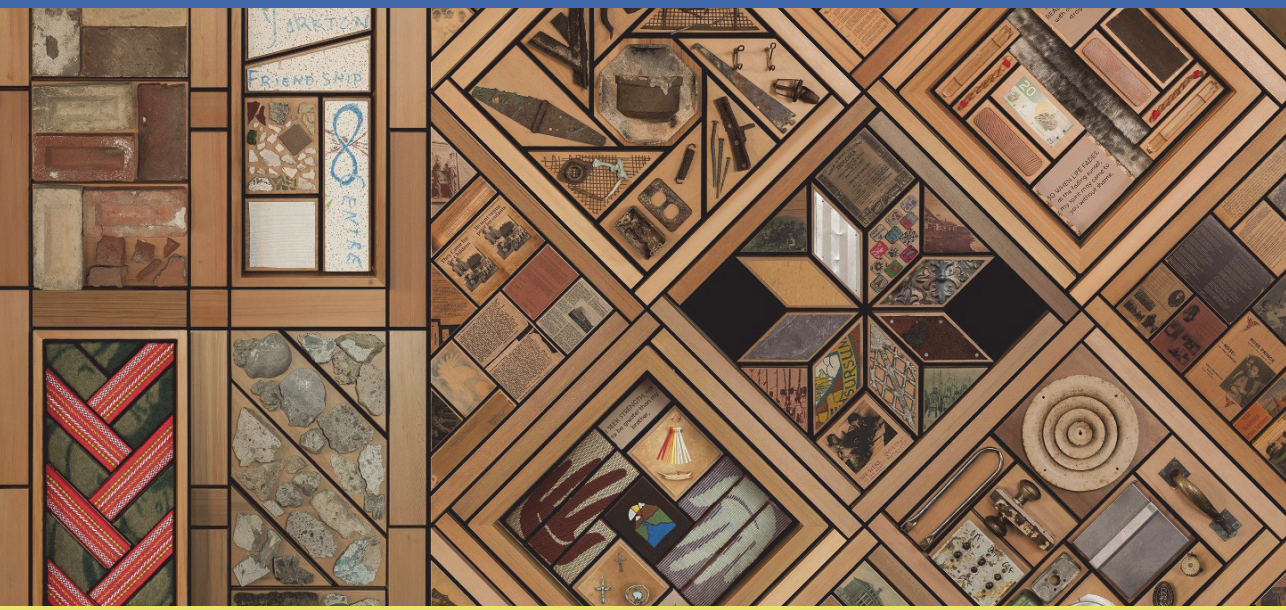
4 2023

# LawArt

## Rivista di Diritto, Arte, Storia

## *Journal of Law, Art and History*



G. Giappichelli Editore

# LawArt

## Rivista di Diritto, Arte, Storia

*Journal of Law, Art and History*

4 2023

IUSTITIAM COLIMUS G. Giappichelli Editore

LawArt
Rivista di Diritto, Arte, Storia
Journal of Law, Art and History
Iscrizione al R.O.C. n. 25223

G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111
http://www.giappichelli.it
http://www.lawart.it

*In copertina:*
Carey Newman, *The Witness Blanket* (detail), Winnipeg, Canadian Museum for Human Rights (courtesy of the Canadian Museum for Human Rights; photograph by Jessica Sigurdson)

Fascicolo annuale pubblicato on-line nel mese di dicembre 2023
presso la G. Giappichelli Editore – Torino

*Direttore responsabile:*

Giovanni Chiodi (Editor-in-Chief, Università di Milano-Bicocca)

*Consiglio direttivo:*

Giovanni Chiodi (Editor-in-Chief, Università di Milano-Bicocca)
Giacomo Pace Gravina (Editor-in-Chief, Università di Messina)
Massimo Meccarelli (Editor-in-Chief, Università di Macerata)
Antonio Cappuccio (Editor-in-Chief, Università di Messina)
Elisabetta Fusar Poli (Università di Brescia)
Federica Violi (Erasmus University Rotterdam)
Cristiano Paixão (Universidade de Brasilia)

*Consiglio scientifico:*

Oscar Cruz Barney (Universidad Nacional Autónoma de México)
Miguel Angel Cuevas (Universidad de Sevilla)
Oscar Guardiola-Rivera (Birkbeck, University of London)
Nader Hakim (Université de Bordeaux)
Ellen Hey (Erasmus University Rotterdam)
Vera Karam de Chueiri (Universidade Federal do Paraná)
Mia Korpiola (University of Turku)
Georges Martyn (Universiteit Gent)
Diana Natermann (Universität Hamburg)
Juliana Neuenschwander Magalhães (Universidade Federal do Rio de Janeiro)
Louise Owen (Royal Central School of Speech and Drama, University of London)
Carlos Petit Calvo (Universidad de Huelva)
Douglas Antônio Rocha Pinheiro (Universidade de Brasilia)
Miloš Vec (Universität Wien)
Richard H. Weisberg (Cardozo School of Law, Yeshiva University New York)

*Consiglio di redazione:*

Andrea Massironi (Redattore Capo/Editorial Assistant, Università di Milano-Bicocca)
Marco Castelli (Università di Milano)
Ana Carolina Couto (Universidade de Brasilia)
Francesca Martello (Università di Macerata)
Gianluca Russo (Università di Firenze)
Alan Sandonà (Università di Bergamo)

## INDICE / CONTENTS

*Pag.*

Editoriale / Editorial 9

## Aperture / Overtures

VERA KARAM DE CHUEIRI
«Sertão is where the strong and the shrewd call the tune»:
From Guimarães Rosa's Novel *Grande Sertão: Veredas*
to Mendonça Filho and Juliano Dornelles' Film *Bacurau* 23

FRANCESCO SERPICO
Sarah Bernhardt e le altre.
*La physionomie nerveuse des femmes artistes* secondo Enrico Ferri 47

## Percorsi / Itineraries:
## *Entanglements nel diritto dell'arte: beni, patrimonio e circolazione / Entanglements in Art Law: Goods, Heritage, and Circulation*

REBECCA JOHNSON
Unsettling Agreements: Law & Art in *The Witness Blanket*,
and in *The Witness Blanket Stewardship Agreement* 115

MANLIO FRIGO
Methods of Dispute Settlement, Post-Colonial Restitutions
and the Increasing Importance of Due Diligence
in the International Art Trade 161

*Pag.*

ARIANNA VISCONTI
Laundering Illicitly Trafficked Cultural Property
and Criminal Law Control over the Import
and Export of Artworks and Antiquities 189

MARCÍLIO TOSCANO FRANCA FILHO,
GUSTAVO TANOUSS DE MIRANDA MOREIRA
What Is an Art Collection? 249

GIAMPAOLO FREZZA, PIETRO VIRGADAMO
NFT e arte. Alla ricerca di una disciplina giuridica adeguata
orientata al principio di verità 285

## Dialoghi / Colloquia

The Court of Arbitration for Art (CAfA).
A Conversation with BERT DEMARSIN 323

Provenance and Other Contemporary Challenges for Global
Cultural Heritage. A Conversation with EMANUELE PELLEGRINI 331

*Una bussola dei possibili* e l'umanesimo nel diritto penale.
Conversazione con EMANUELA FRONZA e CARLO SOTIS 341

RIFRAZIONI. A PROPOSITO DI *LAWART* /
REFRACTIONS. ABOUT *LAWART*

PIETRO COSTA, A proposito di *LawArt*, 3 (2022) 359

CROCEVIA / CROSSOVER

ANDREA ERRERA, Il diritto nella produzione letteraria
di Claudio Magris: uno scrittore al cospetto delle norme 371

RICCARDO FERRANTE, Legge, giustizia e rock' n' roll 401

*Pag.*

SARA OCCHIPINTI, Un'iconografia per la Giustizia consensuale. Un affresco di ieri per un ideale di Giustizia di oggi 433

Abstracts 451

Autori / Contributors 461

# Editoriale

Il quarto numero di *LawArt* propone appuntamenti editoriali consolidati e novità, raccogliendo anche sollecitazioni tematiche e prospettiche frutto delle proposte dei suoi autori e dell'interazione con i suoi lettori, protagonisti di un proficuo dialogo scientifico che la Rivista ha inteso coltivare sin dal primo numero.

La fisionomia dinamica di *LawArt* 4 si delinea attraverso un percorso variegato che prende avvio, come di consueto, dalle *Aperture*, in cui, pur nella diversità dei temi e degli approcci proposti, le riflessioni si immergono in 'spazi', fisici e simbolici. Vera Karam de Chueiri offre un originale sguardo trasversale, che dalla letteratura conduce al cinema, in cui vero protagonista è il *sertão*, spazio reale e metaforico, essenzialmente contraddittorio. Esso è «an experience, an existence and a resistance that is at once local and global», al cuore di *Grande Sertão: Veredas* (1956), capolavoro di Joao Guimarães Rosa. Karam ne intreccia i temi – «power, authority, law (or exception), justice (or injustice)» – lo stile e la narrativa, con quelli dell'opera cinematografica *Bacurau* (2019) diretta da Kleber Mendonça Filho e Juliano Dornelles[1]. Ne nascono considerazioni sul «process of colonization and violence in Brazil» quale paradigma, e sulla necessaria relazione fra «local and global, singular and universal, the Brazilian *sertão* and the world concerning law and literature». Ad altri spazi, quelli urbani – privati o pubblici – e quelli di libertà (di azione e di espressione, effettiva ed apparente), guarda Francesco Serpico, focalizzando la sua attenzione sull'immagine femminile fra Otto e Novecento e sugli stereotipi che legano la figura dell'artista ai disturbi psichici nelle teorie della scienza penale italiana di matrice positivistica. Il dibattito relativo al nesso tra arte e follia rivela «profonde connessioni con un altro tema destinato ad accendere le coscienze dell'Italia liberale: la questione femminile». Il rassicurante immaginario che vuole la donna 'naturalmen-

[1] Cfr. Neuenschwander Magalhães, Juliana (2021), *Bicho Brabo: a poética da resistência em Bacurau*, in «LawArt», 2, pp. 295-332.

doi: 10.17473/LawArt-2023-4-1 LawArt 4 (2023) 9-14
ISSN 2039-6880

te' incline alla cura dello spazio familiare e domestico entra in collisione con la proiezione pubblica della donna-artista, turbando la coscienza borghese. L'Autore affronta la proiezione giuridica di tale inquietudine socio-culturale, addentrandosi nelle contraddizioni della scienza penalistica italiana sul finire dell'Ottocento, da Enrico Ferri a Cesare Lombroso, alle prese con una delle figure femminili più carismatiche e dirompenti del mondo artistico *Fin de siècle*, la 'divina' Sarah Bernhardt.

La sezione monografica *Percorsi* del quarto numero della Rivista è dedicata al "Diritto dell'arte", un settore transdisciplinare in via di rapida espansione, che indaga temi e questioni relativi all'arte e al patrimonio culturale quali oggetto di norme di diritto e di rapporti giuridicamente regolati. Gli ampi margini di quest'area sono definiti da coordinate sostanziali e metodologiche in grado di accogliere numerose prospettive di studio e diversificati approcci disciplinari, incentivando imprevedibili intersezioni e interferenze. *LawArt*, nel suo consueto spirito di 'esplorazione' attraverso i confini (disciplinari, spaziali, temporali, concettuali), ha scelto di proporre contributi che, anche ove dedicati a temi 'tradizionalmente' ascritti al Diritto dell'arte, ne valorizzano complessità e fluidità, attraverso innovative prospettive d'analisi o da inusuali angoli d'osservazione.

L'articolo di Rebecca Johnson, che apre la sezione, esalta le potenzialità interdisciplinari e trasversali del settore Diritto e arte, affrontando la peculiare esperienza canadese del *Witness Blanket*. Qui l'opera d'arte (scelta, per potenza evocativa, quale copertina di questo numero) si fa oggetto di diritto-come-norma ed è al contempo strumento di diritto-come-giustizia. La realizzazione dell'opera, da un lato, è disposta da un accordo giuridicamente vincolante, che è ultimo esito di un tribolato percorso giudiziario avviato mediante *class action* nei confronti del Governo canadese, per «cultural genocide». Dall'altro lato, l'opera d'arte realizza il risarcimento culturale ed effettivo per le violenze inflitte a un popolo intero, ri-costruendone la memoria attraverso «an important piece of legal art: a work of commemoration, responding to a problem of a failure of law». Qui è l'opera d'arte stessa a porre «both settler and Indigenous le-

gal orders into relationship», alimentando un nuovo approccio de-coloniale ai rapporti giuridici.

Mantengono un ancoraggio alla dimensione 'conflittuale' e globale dell'intreccio fra diritto, cultura e arte i contributi di Manlio Frigo ed Arianna Visconti, nei quali i temi della tutela e circolazione dell'arte e della *cultural property* sono affrontati da due versanti differenti ma interconnessi. Frigo si addentra nelle dinamiche e nelle controversie relative alla circolazione internazionale soffermandosi sulle intersezioni fra il piano del diritto, con le sue regole e i suoi strumenti operativi di matrice contrattuale, e le grandi questioni etiche e pratiche che la nuova fase post-coloniale dei rapporti fra Nord e Sud del pianeta sta sollevando, a partire dal decisivo tema delle restituzioni. In tale complesso contesto, in cui numerosi profili problematici concorrono a rendere imprevedibile e intricato un eventuale cammino giudiziale, il mercato dell'arte, soprattutto se transfrontaliero, esige un accurato processo di *due diligence*, condotto con approccio interdisciplinare e attento non solo ai plurimi aspetti giuridici coinvolti, ma anche alla storia del bene oggetto di transazione commerciale. L'indagine su autenticità e *provenance* dell'opera d'arte o del bene, condotta secondo regole e prassi condivise, di cui l'Autore offre un nitido quadro di riferimento, appare essere lo snodo operativo cruciale per un mercato dell'arte, fra soggetti privati o pubblici, che sia responsabile e affidabile. Una simile indagine sovente intercetta traffici illeciti, in cui importazione ed esportazione di opere d'arte e antichità assumono contorni penalmente rilevanti: di questo tema si occupa Visconti, che guarda ai profili 'patologici' della circolazione e del mercato entro la cornice normativa domestica e internazionale. L'intersezione dei piani normativi, a molteplici livelli, che l'Autrice accuratamente dipana e ricostruisce, dà conto delle difficoltà e delle questioni problematiche insite in un settore del diritto, quello penale, che negli anni duemila ha conosciuto un maggiore slancio convenzionale, europeo e sovranazionale. Si tratta di interventi non sempre coerenti fra loro, talora di blanda efficacia, né sempre adeguatamente recepiti a livello nazionale, che spingono a una riflessione

sull'efficacia della repressione penale dei fenomeni illeciti, in assenza di un concreto impegno dei singoli Stati nella regolazione del mercato e nella (quantomeno) riduzione delle sue 'zone grigie'.

Attengono infine ai profili "privatistici" del Diritto dell'arte, e alla configurazione giuridica di suoi specifici oggetti, i saggi che chiudono la sezione, entrambi a due voci: di Marcílio Toscano Franca Filho con Gustavo Tanouss de Miranda Moreira, il primo, e di Giampaolo Frezza con Pietro Virgadamo il secondo. Il saggio dei giuristi brasiliani esplora il tema 'classico' delle collezioni d'arte in una prospettiva rinnovata, che ne proietta la natura di *universitas rerum* nella dimensione comparatistica. Il tutto muovendo dall'assunto che la collezione non possa essere disgiunta dalla sua storia; che, anzi, sia la storia stessa, a partire dalla figura del collezionista, con i suoi 'gusti' e le sue 'ossessioni', a dare compattezza e valore specifico alla collezione quale entità a sé anche dal profilo giuridico. L'ampio *excursus* iniziale, che richiama esempi di raccolte dall'antichità al presente, evidenzia come la collezione sia un «progetto intellettuale», o meglio, una «pluralità ordinata» che implica una componente intellettuale. Questa natura complessa contribuisce a spiegare, nel contesto globale, una significativa diversificazione delle discipline normative nazionali in argomento. Al contempo, consente di integrare gli strumenti di tutela previsti per la proprietà culturale, con quelli della proprietà intellettuale, particolarmente ove si tratti di collezioni di titolarità privata, per le quali si registra un generale vuoto (o difetto) di tutela. Lo sforzo del giurista che elabora categorie, adatta vecchi strumenti e ne plasma di nuovi per supplire alle carenze o inadeguatezze normative, emerge anche nell'analisi con la quale si chiudono i *Percorsi*. Frezza e Virgadamo riflettono infatti sulla disciplina giuridica applicabile di fronte al fenomeno degli *nft* su cui si sono concentrate negli ultimi anni le principali sollecitazioni delle nuove tecnologiche nel campo dell'arte, sia guardando all'opera artistica in sé, sia considerando gli strumenti o veicoli di circolazione delle opere. Arricchendo lo studio di una preliminare, dettagliata identificazione degli elementi tecnico-informatici, indispensabili per inquadrare

correttamente le questioni giuridiche sottese, gli Autori gettano luce su un fenomeno la cui regolazione appare confusa da un quadro normativo ancora poco nitido e da conseguenti orientamenti interpretativi frastagliati, a livello nazionale come internazionale. L'*nft* si presenta «come uno strumento polifunzionale, rispetto al quale è necessario porsi in atteggiamento, si direbbe, più che mai umile e pensoso», alla luce delle caratteristiche e degli interessi di volta in volta coinvolti nel caso concreto. Solo così se ne può individuare la disciplina «in applicazione del principio di adeguatezza», anche ricorrendo a una commistione di plurimi profili disciplinari.

La sezione *Dialoghi* offre alcune stimolanti conversazioni che presentano ampie superfici d'intersezione e significativi punti di contatto con i temi e le questioni che emergono dalla sezione monografica. Le connessioni sono particolarmente evidenti per la conversazione con Bert Demarsin, incentrata sui sistemi di *alternative dispute resolution* destinati nel contesto transnazionale alle controversie nel mondo dell'arte, riflettendo anche sui casi di restituzione connessi alle appropriazioni coloniali. Alle restituzioni e al più ampio tema della *provenance* fa riferimento anche Emanuele Pellegrini, interpellato per apprezzare le interferenze e occasioni di dialogo fra operatori del diritto ed esperti d'arte dal lato di questi ultimi. Allarga lo sguardo alle macro-questioni del diritto penale, nel suo legame con l'umanesimo anche attraverso l'arte, l'intervista a Emanuela Fronza e Carlo Sotis intorno all'opera di traduzione e trasposizione artistica della *Bussola dei possibili* di Mireille Delmas-Marty. Nel contesto dei *Dialoghi* si affacciano, poi, due nuove rubriche, che accolgono suggestioni tematiche e identificano nuove prospettive, grazie proprio a quel dialogo incessante con studiosi e lettori, al quale s'è fatto cenno in avvio. In *Rifrazioni. A proposito di LawArt*, si apre uno spazio dialettico ai contributi che intendano porsi in dialogo con la Rivista attraverso i suoi contenuti, arricchendone così il progetto scientifico attraverso proposte di interpretazione e ri-lettura e mediante riscontri tematici e metodologici alle scelte editoriali. La sottile e ricca analisi di Pietro Costa è il primo felicissimo esempio di tale proficua

interazione, focalizzato sui contenuti e sulle proposte del numero terzo di *LawArt*. Auspichiamo che possa aprire la strada a ulteriori apporti critici altrettanto costruttivi, quale fondamentale strumento di crescita per la nostra Rivista. Infine, la nuova rubrica *Crocevia* chiude la sezione e l'intero quarto numero, aprendo *LawArt* a incursioni intellettuali e sperimentazioni negli spazi di contaminazione fra arte e diritto. E così, Andrea Errera e Riccardo Ferrante ci accompagnano nell'esplorazione della dimensione giuridica, l'uno, tracciando un suggestivo percorso attraverso la produzione letteraria di Claudio Magris, l'altro con una frenetica galoppata nella musica pop del ventesimo secolo; Sara Occhipinti guarda alla giustizia nell'attualità, con le sue stringenti problematiche, cercandone le chiavi di senso attraverso la sua iconografia.

# Editorial

The fourth issue of *LawArt* offers both consolidated editorial appointments and novelties. As such, it gathers thematic and prospective suggestions from its authors and from the interaction with its readers, protagonists of a fruitful scholarly dialogue that the Journal has intended to cultivate since the first issue.

The dynamic physiognomy of *LawArt* 4 is outlined through a variegated path that starts, as usual, from the *Overtures*. Despite the diversity of the themes and approaches presented in this Section, the reflections are immersed in 'spaces', both physical and symbolic. Vera Karam de Chueiri offers an original transversal look, from literature to cinema, in which the true protagonist is the *sertão*, a real and metaphorical space, contradictory in its essence. It is «an experience, an existence and a resistance that is at once local and global» that lies at the heart of *Grande Sertão: Veredas* (1956), Joao Guimarães Rosa's masterpiece. Karam interweaves its themes – «power, authority, law (or exception), justice (or injustice)» – style, and narrative, with those of the film *Bacurau* (2019) directed by Kleber Mendonça Filho and Juliano Dornelles[1]. This gives rise to considerations on the «process of colonisation and violence in Brazil» as a paradigm, and on the necessary relationship between «local and global, singular and universal, the Brazilian *sertão* and the world concerning law and literature». Francesco Serpico looks at other spaces, the urban ones – private or public – and those of freedom (of action and expression, effective and apparent), focusing his attention on the female image between the 19th and 20th centuries and on the stereotypes that link the figure of the artist to psychic disorders in the theories of the Italian positivist criminal science. The debate on the relationship between art and madness reveals «profonde connessioni con un altro tema destinato ad accendere le coscienze dell'Italia liberale: la questione femminile» [«deep

[1] Cf. Neuenschwander Magalhães, Juliana (2021), *Bicho Brabo: a poética da resistência em Bacurau*, in «LawArt», 2, pp. 295-332.

connections with another issue destined to kindle the consciences of liberal Italy: the women's question»]. The reassuring imagination of women as 'naturally' inclined to care of the family and domestic space collides with the public projection of the woman-artist, which disturbs the bourgeois conscience. The Author addresses the legal projection of this socio-cultural disquiet, delving into the contradictions of Italian criminal science at the end of the 19th century, from Enrico Ferri to Cesare Lombroso, grappling with one of the most charismatic and disruptive female figures of the *Fin de siècle* artistic world, the 'divine' Sarah Bernhardt.

The monographic Section *Itineraries* is dedicated to "Art Law", a rapidly expanding transdisciplinary field that investigates themes and issues relating to art and cultural heritage as the subject of legal norms and legally regulated relations. The broad margins of this area are defined by substantive and methodological coordinates capable of accommodating numerous perspectives of study and different disciplinary approaches, stimulating unpredictable intersections and interferences. *LawArt*, in its usual spirit of 'exploration' across boundaries (disciplinary, spatial, temporal, and conceptual), has invited contributions that, even when dedicated to topics 'traditionally' ascribed to Art Law, enhance its complexity and fluidity, through innovative perspectives of analysis or from unusual observation angles.

Rebecca Johnson's article, which opens the Section, exalts the interdisciplinary and transversal potential of the Law and Art sector, addressing the particular Canadian experience of the *Witness Blanket*. Here the work of art (chosen, for evocative power, as the cover of this issue) becomes the object of law-as-norm and is at the same time an instrument of law-as-justice. On the one hand, the realisation of the work is regulated by a legally binding agreement, which is the outcome of a tribulated judicial process initiated through a class action against the Canadian government for "cultural genocide". On the other hand, the work of art makes cultural and effective reparation for the violence inflicted on an entire people, re-constructing their memory through «an important piece of legal art: a work of commemoration, responding to a problem of a fail-

ure of law». Here it is the work of art itself that puts «both settler and Indigenous legal orders into relationship», fuelling a new de-colonial approach to legal relations.

The contributions by Manlio Frigo and Arianna Visconti continue reflecting on the 'conflictual' and global dimension of the intertwining of law, culture, and art, in which the themes of the protection and circulation of art and cultural property are tackled from two different but interconnected sides. Frigo delves into the dynamics and controversies surrounding international circulation. His article focuses on the intersections between the law – with its rules and operational tools of contractual matrix – and the significant ethical and practical questions that the new post-colonial phase of relations between the global North and global South is raising, starting with the decisive issue of restitution. In such a complex context, where numerous problematic profiles combine to make a possible judicial path unpredictable and intricate, the art market, especially if cross-border, requires an accurate due diligence process. Such process should be conducted with an interdisciplinary approach and be attentive not only to the multiple legal aspects involved, but also to the history of the object of the transaction. The investigation of both authenticity and provenance of the work of art or good operates according to shared rules and practices, of which the Author offers a clear reference framework. This investigation appears to be the crucial operational junction for a responsible and reliable art market, between private or public entities. Such an investigation often intercepts illicit trafficking, in which the import and export of works of art and antiquities take on criminally relevant contours: Visconti deals with this issue, looking at the 'pathological' profiles of circulation and market of works of art within the domestic and international regulatory framework. The intersection of regulatory planes, at multiple levels, which the Author carefully unravels and reconstructs, gives an account of the difficulties and problematic issues in the criminal law sector that in the 2000s has experienced a greater conventional, European and supranational momentum. It is a matter of in-

terventions that are not always coherent with each other, that are sometimes limited effective, and that are not always adequately implemented at the national level. This prompts a reflection on the effectiveness of the criminal repression of illicit phenomena, in the absence of a concrete commitment of individual states in regulating the art market and (at least) reducing its 'grey areas'.

Finally, the last two articles that close this Section – both co-authored – concern the 'private law' profiles of art and the legal configuration of its specific objects: the first is by Marcílio Toscano Franca Filho with Gustavo Tanouss de Miranda Moreira, while the second is authored by Giampaolo Frezza with Pietro Virgadamo. The article by the Brazilian scholars explores the 'classical' theme of art collections in a renewed perspective, which projects its nature as *universitas rerum* into the comparative dimension. This idea assumes that the collection cannot be separated from its history. On the contrary, it is history itself – starting from the figure of the collector, with his/her 'tastes' and 'obsessions' – that gives compactness and specific value to the collection as an entity in its own right, also from a legal point of view. The extensive initial excursus, which recalls examples of collections from ancient times to the present, highlights how the collection is an 'intellectual project', or rather, an 'ordered plurality' that implies an intellectual component. This complex nature helps to explain, in the global context, a significant diversification of national regulatory disciplines on the subject. At the same time, it makes it possible to integrate the instruments of protection provided for cultural property with those of intellectual property, particularly in the case of privately-owned collections, for which there is a general lack (or defect) of protection. The effort of the jurist, who elaborates categories, adapts old instruments, and moulds new ones to make up for regulatory deficiencies or inadequacies, also emerges in the last analysis of the *Itineraries* Section. Frezza and Virgadamo deal with the legal discipline applicable to the phenomenon of NFTs, the main focus of the new technologies in the field of art in recent years. The authors look at both the artistic

work itself and the instruments or vehicles for the circulation of works. The study is enriched by a preliminary, detailed identification of the technical-IT elements that are indispensable for correctly framing the underlying legal issues. The Authors shed light on a phenomenon whose regulation appears confused by a regulatory framework that is still unclear and by the consequent jagged interpretative orientations, both nationally and internationally. The NFT presents itself «come uno strumento polifunzionale, rispetto al quale è necessario porsi in atteggiamento, si direbbe, più che mai umile e pensoso» [«as a multifunctional tool, with respect to which it is necessary to adopt an attitude, so to speak, more humble and thoughtful than ever»], in the light of the characteristics and interests involved in the actual situation. This is the only way to identify its discipline «in applicazione del principio di adeguatezza» [«in application of the principle of adequacy»], even resorting to a mixture of multiple regulatory profiles.

The *Colloquia* Section offers some stimulating conversations that present broad areas of intersection and significant points of contact with the themes and issues emerging from the monographic Section. The connections are particularly evident in the conversation with Bert Demarsin, which focuses on alternative dispute resolution systems for art-related conflicts in the transnational context of the art world, including also a reflection on cases related to colonial appropriations. Restitution and the broader topic of provenance is also referred to by Emanuele Pellegrini. *LawArt* asked him to assess the interference and opportunities for a dialogue between legal practitioners and art experts, from the perspective of the latter. The conversation with Emanuela Fronza and Carlo Sotis about the translation and artistic transposition of Mireille Delmas-Marty's *Compass of the Possible* broadens the view to the macro-issues of criminal law, in its connection with humanism also through art. In the context of the *Colloquia*, two new subsections are inaugurated. These include thematic suggestions and identify new perspectives, with the aim of honouring that never-ending dialogue with scholars and readers, which was mentioned at the beginning. In *Refractions. About LawArt*, a dialec-

tical space opens up to contributions that aim to engage in a dialogue with the journal, thus enriching its scientific project by means of interpretation and re-reading suggestions, and through thematic and methodological feedback on editorial choices. Pietro Costa's subtle and rich analysis is the first felicitous example of such fruitful interaction, focusing on the contents and articulations of the third issue of *LawArt*. We hope that it can pave the way for further constructive critical contributions, as a fundamental tool of growth for our Journal. Finally, the new *Crossover* subsection closes the fourth number, opening *LawArt* to intellectual incursions and experiments in the spaces of contamination between art and law. In this vein, Andrea Errera and Riccardo Ferrante accompany us in the exploration of the legal dimension, the former tracing a suggestive path through the literary production of Claudio Magris, the latter with a frenetic gallop in the twentieth-century pop music; Sara Occhipinti looks at justice in the present day, with its pressing problems, seeking the keys to its meaning through its iconography.

# Aperture / Overtures

# «Sertão is where the strong and the shrewd call the tune»: From Guimarães Rosa's Novel *Grande Sertão: Veredas* to Mendonça Filho and Juliano Dornelles' Film *Bacurau*

Vera Karam de Chueiri

«The Sertão is like that, you know:
everything uncertain, everything
certain»
Riobaldo, *Grande Sertão: Veredas*

«And what I am relating is not the
life of a backwoodsman, a jagunço
though he was, but the relevant
matters»
Riobaldo, *Grande Sertão: Veredas*

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. «the wind that twists» / «Do vento que vinha, rodopiado»: The Trial of Zé Bebelo. – 3. «If you go, go in Peace» (*Bacurau*) / «Se for, vai na paz»: Cut-off Heads of the Foreign Invaders. – 4. Some Final Remarks.

## 1. *Introduction*

Silviano Santiago says that João Guimarães Rosa is an inventor[1]. He takes this esthetical category from Ezra Pound's *ABC of Reading*[2]. As a

[1] All quotes of Rosa's book are from the 1963 English edition translated by James L. Taylor and Harriet de Onís. Quotes from secondary literature about Rosa and *Grande Sertão: Veredas* and *Bacurau* were freely translated by me and Ana Cláudia Milani e Silva whom I would like to thank. Nonetheless, we must be aware of Rosa's assertion: «each language guard in itself an inner truth that cannot be translated» (Lorenz, 1991, p. 87). I would like to thank Lucas V.L. Zwicker for adjusting the quotations and reading the text. I am very grateful to Cristiano Paixão who provoked me to write this article.

doi: 10.17473/LawArt-2023-4-2
ISSN 2039-6880
LawArt 4 (2023) 23-46

matter of fact, Rosa is an inventor of a language that is, at the same time, local and universal: the backlands (from now on I will use the Portuguese word *sertão*), «which is as big as the world» [3], is (in) everywhere. It is a space and a time that contains in itself all the elements that make the great universal dramas, with their battles between life and death, between good and evil [4], at the same time that is the narrative of a particular region of Brazil and its people. In this sense, the narrative of *Grande Sertão: Veredas* exceeds itself. In writing to his Italian translator, Edoardo Bizzarri, Rosa says: «I'm sorry [...] But it's just dangerous to try to probe these infralogical, hypersensory intricacies; they are contagious, 'the evil dog possesses me again', invention is an ever-present demon...» [5].

As a matter of fact, *Grande Sertão: Veredas* (from now on *GSV)* is the unfolding of a short novel published two years earlier, in 1954. Rosa himself says that the first title of the novel was *The Devil in the Street, in the Middle of the Whirlwind* (*O Diabo Na Rua, No Meio do Redemoinho*). But right after typing the title of the novel, he scratched the paper with a pencil and wrote above the title *Dead Paths* (*Veredas Mortas*). Not satisfied, he scratched the paper again and added below the title: *Backlands:*

---

[2] Pound (1951), p. 39: «WHEN you start searching for 'pure elements' in literature you will find that literature has been created by the following classes of persons: 1 Inventors. Men who found a new process, or whose extant work gives us the first known example of a process».

[3] Rosa (1963), p. 60.

[4] Duarte/Assis César (2020), p. 60: «The dizzying dive of the camera, which transports us from outer space to the opening scene where a water truck delivers water to the town of Bacurau, also establishes an important relationship between the universal cosmos and the regional microcosm, which will further unfold throughout the movie in the relationship between the periphery and the center. Here is a subtle way to remind us that the «sertão» (the Brazilian hinterland), with its regional peculiarities so well represented in the past by Glauber Rocha and Guimarães Rosa, continues to this day to harbor the elements that compose the great universal dramas, with their battles between life and death, between good and evil, between the hegemonic center and the deviant margins. Not coincidentally, *Bacurau* makes allusions to the literary world of Guimarães Rosa, the Brazilian writer whose unique prose elevated the local dramas of the «sertão» to the realm of the universal».

[5] Rosa (1980a), p. 49.

*Paths* (*Grande Sertão: Veredas*) which ended to be the one he chooses for the novel [6]. The fact that the word *sertão* appears in the last version of the title of the book is meaningful as it is the leitmotiv of the novel: an experience, an existence and a resistance that is at once local and global. From the *sertão* one crosses straight to the world, but the world is also internalized in the *sertão*.

This relationship between the singular (local) and the universal (global) underscores the contradictory character of experience and existence, insofar as it is pure singularity (as unique) and complete universality (when described in a language, for example). There is language; and there is Rosa's invention, a particular language to address the experience, existence and resistance in the backlands. *GSV* is all about it: the contradictory character of experience, existence and resistance/re-existence.

Although the properly historical markers are few in the narrative of *GSV*, historical temporality is present within the *sertão* as a process, the flowing matter that the narrative deals with: existing, resisting, re-existing. This is precisely why the category and the experience of the *sertão* can be universalizable [7]. In *GSV* each experience of the narrator with his band/gang moves the plot which, in turn, drives narratives that are, on the one hand, unique to the *sertão* and, on the other hand, more general about Brazil and the world. After all, the experience of being, existing and re-existing marked by disputes about power, authority, law (or exception), justice (or injustice) have a proper local name but can be either generalized worldwide. The two first decades of the twenty-first century (not to say the short twentieth century – «the age of extremes», according to Hobsbawm) [8] – are plenty of examples, such as the Age of Catastrophe from 1914 to the aftermath of the Second World War.

---

[6] Costa (2006), pp. 200-201.

[7] «What seemed to be, at first sight, a simple description of local colors or particularities, turns out to be a philosophical reflection on good and evil and on the essence of human existence»: Rosenfield (2000), pp. 198-199.

[8] Hobsbawm (1995).

By the same token, literature and law are narratives that are constructed and reconstructed by means of a general/universal language (at this point both have normative claims) yet each leads to a particular experience. If «literature is a vast laboratory in which we experiment with estimations, evaluations and judgments of approval and condemnation [...]» [9], the same applies to law. Both are constructions of possible (aesthetic or legal) that involve the responsibility of their authors. In fact, they are constructions of possible (or calculable) to deal with the impossible (or incalculable) such as life and justice. The incalculable requires us to calculate [10].

According to Rosa, «language and life are one», then, contradiction, such as the sensation of completeness and emptiness, are in both experience (language and life) [11]. The writer's job is to dedicate to «each word all the time it needs to be(come) life again» [12]. Riobaldo, the character who narrates the story, bridges the life's gaps with the feeling of completeness produced by the narrative: «while narrates, it organizes facts, building with its language the life which one only realizes at the very moment of narration» [13]. At some point of the novel, Riobaldo says: «But you, sir, are an unexpected visitor, a man of good sense, faithful as a document: listen to me, think and think again, and repeat it, then you will be helping me» [14].

Paulo Ronái says that a trait of Brazilian backwoodsman is «his unconscious preference for that which is implied and for ellipses, his instinct of emphasizing, specifying and impressing» [15]. Such traits indicate the style of Rosa together with the presence of «unusual words, labelled by

[9] Ricoeur (1992), p. 115.

[10] Derrida (1999), p. 971.

[11] Lorenz (1991), p. 83.

[12] Lorenz (1991), p. 83.

[13] Albergaria (1977), p. 21.

[14] Rosa (1963), p. 83.

[15] Ronái (1969), p. 199.

dictionaries as localism, colloquialism, archaism or brazilianism» [16]. They are neologisms, inventions, «with which the ludic spirit has the pleasure of infinitely mingle the language» [17].

In a letter written on February 9, 1956, to his friend Antônio Azeredo da Silveira who was the Brazilian ambassador in Madrid, Rosa says

> Let me tell you that, in the last week, before handing over *Grande Sertão* to José Olímpio, I spent three days and two nights working without interruption, without sleeping, without changing clothes, without seeing a bed, without taking pervitin or any other drug: it was a sudden sensation of rebirth, of complete and uncomfortable liberation, of rejuvenation: I was going to fly, like a dry leaf. Imagine, I spent two years in a tunnel, an underground one, just writing, endlessly writing... Then, I caught a strong flu, naturally; and, as you well know, the flu is one of the mothers of humility [18].

The intensity and anxiousness of Rosa's existence and experience is felt in the language he invents. He was a man who spent a lot of time reading dictionaries, grammars as he had great interest on the names of things. But he also had great interest on experiencing the things themselves. So, his writings turn to be an experience in seeking the name of things and again one is faced with the relation between the singular and the universal. In passage of *GSV*, Riobaldo asks: «What is a name? A name does not give; a name receives» [19].

Proper names also mean a lot in Rosa's narrative as far as they address the entirety of the text or even that which is beyond the text [20]. The name of the character/narrator of *GSV*, Riobaldo, is a combination of 'rio' (river) and 'baldo' (frustrated) and he is a character who is always changing his path. According to Ronái, syntactic is the most daring undertaking of Rosa: «Rosa's sentences are plenty of exceeding senses for

[16] Ronái (1969), p. 199.

[17] Ronái (1969), p. 199.

[18] Santiago (2017), p. 21.

[19] Rosa (1963), p. 132.

[20] Machado (1976), p. 41.

what they do not say in a game of anacoluthon, suspension points and popular inspiration [...]» [21].

The love story between Riobaldo and Diadorim (a transversal element of the narrative for the purpose of this article), appears in the revelation of a name: «Riobaldo, there is something personal that I must tell you [...]: my name is not really Reinaldo. [...] Well, then, my name, my real one, is Diadorim. Keep this secret, but always, when we are alone, you must call me Diadorim [...]» [22]. Riobaldo understood that «he wanted me alone to know his true name, and for me alone to pronounce it. I understood the significance of this. [...] He was given me his friendship. And friendship given is love» [23]. The elements of Diadorim's name seem to summarize the future of this love: devil, God, day, pain, hate, river, not to mention the suffix 'in' which refers either to male or female [24]. In a certain sense *GSV* (con)founds prose and poetry in the polysemy of words of which is written.

On August, 29, 2019 a film called *Bacurau,* directed by Kleber Mendonça Filho and Juliano Dornelles, was released for movie theaters in Brazil. Begging with a song by Caetano Veloso called *Não identificado* it brings back Tropicalism [25], «an aesthetic, political and (counter) cultural movement that took place in 1960s and exposed the contradictions of a

[21] Ronái (1969), p. 199.

[22] Rosa (1963), p. 131.

[23] Rosa (1963), p. 132.

[24] Machado (1976), pp. 66-67.

[25] The name *tropicália* refers to an installation art by Hélio Oiticica. According to Caetano Veloso (Veloso, 1997, p. 188) the musical movement had no name, but Luis Carlos Barreto suggested to name it *tropicália* because of the affinities with Oiticica's work. The installation was a labyrinth, or kind of snail, with wooden walls with sand on the floor so that people could walk barefoot on it. In the end of the maze there was a TV showing the regular schedule. For Nelson Motta (Motta, 2000, p. 154), Brazilian music in the sixties was so far very good but it needed change, just like the country, which was under the military dictatorship. Caetano and Gil revolutionized Brazilian music by using electric guitar and other electrical instruments, creating a contemporary, popular and provocative local/universal sound/language. Tropicália was a countercultural and aesthetic revolution (Veloso, 1997, p. 188; and Motta, 2000, p. 154).

country deeply divided between urban centers and rural areas. Such division opposes modernization and stagnation, future and past, the acceleration and retraction of time» [26], local and universal. *Bacurau* (the film and the small town, which is not in the map) also refers to the *sertão* of Brazil and to *GSV* and *A hora e a vez de Augusto Matraga* (another novel by Rosa), that is, Rosa's literature and tropicalism's aesthetic and are there in the film. For this very reason, this essay interweaves both narratives.

The perspective of the backlands confronts the urban perspective in either *GSV* and Bacurau. The characters in the novel and in the film of a supposedly primitive world (the *sertão*) do not appear at all diminished before their interlocutor(s) (or enemies) from the urban areas supposedly a place of formal education and erudition. On the contrary, they show a taste for speculation, which makes them keen trackers of ideas, ever-restless inquirers, inquisitive beings who recognize the mark of his own difference from others, who suspect many things and, above all, pose questions that no one, not even the urban-erudite doctor, can answer [27].

*GSV,* the book, is a narrative of the *sertão,* as well as *Bacurau*, the film. S*ertão* defines and delimits the existence of the characters and the place they belong to, either in Rosa's book or in Kleber Mendonça Filho and Juliano Dornelles' film. *Grande Sertão: Veredas* and *Bacurau* narrate the backlands by the (dis)entanglement of voices that are in these two narratives.

In the book, the narrator/character mingle his interpretation of the facts with the facts themselves in a sort of a game of truth [28]. He manages the facts back and forth in the narrative by means of a proper, beautiful, enchanting and challenging language (which sometimes turns to be violent). In the film, the characters are also in a kind of game, but a game of death. They are also constituted by a proper, beautiful, enchanting and challenging language (which is violent since the very beginning of the

[26] Assy/Chueiri (2020), p. 83.

[27] Arrigucci Jr (1994), p. 19.

[28] Chueiri/Torres (2014), p. 3.

movie). In both narratives, the *sertão* interweaves opposites in a kind of dialectics without sublation.

In fact, to overcome contradictions generated by opposites accelerates both plots and that which remains there, in the book and the film, all the time and with no relief, is the tension: among the characters, their identities, world's views and affections.

Both narratives (the book and the film) pose the following dilemma: to be or not to be in the *sertão*. A place of difficulties, precariousness and 'outlaws'.

Despite the time difference between the book release and the movie release (1954 and 2019), both face the process of colonization and violence in Brazil, which accordingly could be in any other country that likewise was subjected to it. A law of the 'outlaws' or an exceptional law is at stake. There are two noteworthy circumstances: there is the state law which is not enforced and the exceptional law (of the outlaws) which is enforced; and there is the state law which is enforced in favor of a few and the exceptional law which is enforced as a kind of resistance on behalf of all. Whenever the state law is not enforced or enforces privileges a dispute takes place between order and disorder, law and not-law, God and Devil, or rather, between two kinds of orders.

Given these introductory remarks, my paper is on this contradictory yet necessary relation between local and global, singular and universal, the Brazilian *sertão* and the world concerning law and literature. So, I want to focus on two narratives in order to develop my own narrative in this paper: first, *GSV* and second *Bacurau*. Both address the *sertão* of Brazil and the world; both show the reality and its reverse, and the reverse of the reverse putting into question moral, legal and political standards such as the law, God and justice. In these two narratives I want to stress two moments: the trial of Zé Bebelo in *GSV* and the cut-off heads of the invaders in *Bacurau*, in order to ultimately reflect about order (or disorder), law (or exception), love (or hate), God (or Devil), bond (or disagreement), justice (or injustice), resistance (and violence) and re-existence.

## 2. *«the wind that twists»* [29] / *«Do vento que vinha, rodopiado»* [30]*: The Trial of Zé Bebelo*

The event of the trial exposes the opposites and contradictions of the *sertão* or, taking a deconstructivist attitude, I would say, the aporias of the *sertão*. The trial was preceded by a «dry flying leaf carried by the wind that was whirling around us that bad lodged against his eye and ear» [31]. A kind of doubt was raised among those men about what was going on:

> ‹The dust devil!› said Caçanje, cursing. ‹There is a cross wind blowing from the direction of the ocean›, said Diadorim. But Caçanje would not have it that way: the whirlwind was His, the devil's. The devil was there, be travelled inside it. I started laughing. What I thought was: ‹The devil in the street, in the middle of the whirlwind› [32].

So, what was there before the trial? A manifestation of nature or the presence of the devil? Either one, it is this very fact of the whirlwind that moved the plot (and the men in quarrel) towards the trial of Zé Bebelo who is caught by the opposing gangs of Riobaldo, Diadorim and Joca Ramiro. At the moment this latter appears, «(a)n unusual restlessness among the herd of horses tipped us off that something was about to happen. Suddenly, a large body of men loomed up out of the vastness of the North, heading our way Cries of ‹Joca Ramiro! Joca Ramiro›» [33]. Then, men were put down. On the one side of the battle, there is Zé Bebelo who is on command and on the other side, Riobaldo, Diadorim e Caçanje. Even being in the opposite side, Riobaldo surprises his gang in saying:

---

[29] Rosa (1963), p. 205.

[30] Rosa (1980), p. 187.

[31] Rosa (1963), p. 205.

[32] Rosa (1963), p. 205.

[33] Rosa (1963), p. 207.

> How could I have a hand in his death? A man of that kind, with his body, his mind, all that He knew and understood? I thought about that. You always had to think about Zé Bebelo. A man, a weak thing in himself, soft even, skipping between life and death among the hard rocks. I felt it in my throat. Could I live with that on my conscience? Suddenly I cried out: «Joca Ramiro wants that man alive! Joca Ramiro insists on it!». I don't know where I got the sudden impulse to say that – a pure invention [34].

In a further moment, Riobaldo changes his mind and decides that he should kill Zé Bebelo to avoid someone else to do it in a worst way. He, then, start shooting towards Zé Bebelo to what Diadorim yells «Are you crazy, Riobaldo?» [35]. In fact, Riobaldo just pretended that he wanted Zé Bebelo dead and not even for a minute he intended to kill him. Finally, someone caught Zé Bebelo and immediately João Curiol yells: «No, not kill him. They are going to try him» [36].

At this point, a step back to the beginning of the narrative of *GSV* is necessary where Riobaldo talks about the trial of two brothers who had killed their father and had sold his cattle and had been forgiven by Zé Bebelo and his gang. The case of the father's murder was the following: one of the two brothers had stolen a gold shrine from Abadia's church and the father, Rudugério de Freitas, sent his other son to kill the one who had stolen the golden shrine. Instead of killing his brother, the two of them decided to kill their father. The arguments of Zé Bebelo to forgive the two brothers were the following:

> Didn't the father wish for murder? Well, then, He himself was killed – tit for tat. I find reasons for this decision, which admits of no repeal or revocation, legal and loyal, in conformity with the law. And Zé Bebelo went on, delighting in his own words: «To forgive is always just and right [...]» [37].

---

[34] Rosa (1963), pp. 210-211.

[35] Rosa (1963), p. 211.

[36] Rosa (1963), p. 212.

[37] Rosa (1963), p. 62.

Finally, the two brothers were relieved from death penalty, but they had to give the cattle of his murdered father to Zé Bebelo, after all some penalty to the two brothers would apply; law and justice are at stake!

Back to the trial of Zé Bebelo, Joca Ramiro orders his arrest to what he goes: «A prisoner? Ah yes, a prisoner. So, I am, as well I know. But the, what you are seeing is not what you see, old man: it is what you will see» [38]. Despite Joca Ramiro has arrested Zé Bebelo, he was not a man to be caught. This fact impacts the trial and the decision is suspended and postponed because of something that cannot be fulfilled such as justice. A kind of aporetic experience which is as improbable as it is necessary. No decision in the name of law would apply or do justice to Zé Bebelo and a situation of no decision or of what is undecidable remains as a decision that never completely captures the singularity of the other: «It is, it is the world beyond control» [39]. Riobaldo calculates regarding Zé Bebelo's trial, according to the law of the *sertão*, but what actually makes him move forward and step back is his sense of justice, that which is incalculable and requires one to calculate with the incalculable. According to Derrida, there are moments in which the decision between just and unjust is never insured by a rule [40]. That is the case of Zé Bebelo's trial in which the rule of *sertão*, based on the *jagunços'* hierarchy and their code of conducts, does not insure a just or unjust decision as we will see below.

All men are in the 'It's-now camp', but the trial does not happen there but a few miles towards north to the 'Always-green' ranch. Joca Ramiro and his men are in a huddle holding a confab. Zé Bebelo is not cast down, on the contrary, he straightens up and threw out his chest and marches forward. Then, he sits on a three-legged stool with a leather seat and the trial starts to take place around him. Joca Ramiro and his men are standing but he decides to sit on the ground to face Zé Bebelo who gets rid of the stool and sits right in front him. At this

[38] Rosa (1963), p. 213.

[39] Rosa (1963), p. 213.

[40] Derrida (1999), p. 947.

moment, Joca Ramiro tells Zé Bebelo that he could be shot to what he answers: «Really! In that case, then, why all these formalities?» [41]. At this point law, justice and revenge are mingled in the trial of Zé Bebelo.

Joca Ramiro asks his men to present charges. Hermógenes is the first: «The recommendation I make is that we tie this scum up like a pig – and bleed him. Or else, stretch him out on the ground and everybody ride their horses over him until there is no live left in him!» [42]. To what Zé Bebelo replies: «My reaction is one of protest, because an accusation has to be made in judicious words, not with affronts and insults!» [43]. Hermogenes is full of anger and the atmosphere is full of tension. Joca Ramiro calls on the next men, Sô Candelário, and instead of presenting charges he wants to duel with Zé Bebelo to what Joca Ramiro adverts: «The decision and sentence, we leave for the last, friend» [44]. Thus, Sô Candelário votes for Zé Bebelo's freedom. Then, it comes Ricardão, a huge and heavy men who says: «The one sentence that means anything is a bullet from a gun» [45]. After having listened to Ricardão, Riobaldo hesitated between what could be fair yet not right.

> It was right as far as what Zé Bebelo had done, but wrong as regards what Zé Bebelo was or was not. Who knows for sure what a person really is? Then, if no one knows, a judgment is always faulty, because what one judges is the past. Well and good. But, in the book-keeping of life, judgments cannot be dispensed with, can they? Only, there are some fish that swim upstream all the way from the mouth to the headwaters [46].

Finally, it is Riobaldo's turn to speak and he goes for Zé Bebelo's freedom and acquittal. He

---

[41] Rosa (1963), p. 217.

[42] Rosa (1963), pp. 219-220.

[43] Rosa (1963), pp. 220-221.

[44] Rosa (1963), p. 222.

[45] Rosa (1963), p. 224.

[46] Rosa (1963), p. 224.

> [...] is a brave and worthy man, an incorruptible one, who keeps his word to the last jot! [...] But if your verdict is for acquittal, and we turn this man Zé Bebelo loose, with clean hands, and him punished only by the defeat that he suffered, then, I think, our fame will be great. Fame with glory: that first we conquered, and then we freed [47]!

On his turn, Zé Bebelo says:

> If I receive a verdict of acquittal, I will thank you with the same courage, but ask for a pardon, that I will not, for I think that one who does so, to save his skin, deserver a half-life and a double death. But I thank you, sincerely. Neither can I offer to serve under the banner of Joca Ramiro – for thought it would be an honor, it would look a miss [48].

Then, Joca Ramiro has the final word:

> The judgment is mine, and the sentence I give holds throughout the North. My People honor me. I am a friend of those I support politically, but I am neither their servant nor their henchman. The sentence will be upheld. The verdict. Do you accept it? [...] Very well, if I consent to your going away to *Goiás*, will you give your word [49]?

To what Zé Bebelo answers:

> I give my word and I will go, Chief. I ask only that you grant that my departure take place in a proper and fitting manner. [...] That if any of my men are still alive and being held prisoner, that they too be released, or given permission to come with me [50].

After the trial all men eat and drink while Riobaldo talks to Diadorim remembering him what Zé Bebelo said: «that the world now was beyond control» [51], to what Diadorim answers: «But, Riobaldo, that's

[47] Rosa (1963), pp. 228-229.

[48] Rosa (1963), p. 233.

[49] Rosa (1963), p. 234.

[50] Rosa (1963), p. 234.

[51] Rosa (1963), p. 236.

the way the world has always been» [52].

The trial of Zé Bebelo, since its very beginning, exposes the opposites and contradictions of the *sertão* or, rather, the aporias of the *sertão*: law and not-law (or exceptional law), God and Devil, friend and enemy, man and woman, revenge and forgiveness, brutal violence and resistance. In fact, the trail exposes a particular world which is the whole world: «You know, sir, the sertão is where the strong and the shrewd call the tune. God himself, when he comes here, had better come armed!» [53]. As we can see in this last passage I quoted, the trial also calls attention to violence which is a category that also moves the plot: on the one hand, a kind of violence which is there in the *sertão* (and in the world) as brutal and immediate violence (for instance, disputes for power, friendship, love, land and money) and on the other hand, a kind of violence that plays resistance. In any case, the category of violence belongs to the symbolic order of law, politics and morals [54]. The whirlwind goes in many directions!

At this point, I move to *Bacurau,* specially to the moment in the film that heads are cut-off and exhibited by the community. *Bacurau*, like *GSV*, deals with opposites and their boundaries without sublation. The decapitated heads of the invaders – a group of foreign shooters who intended to massacre the people of Bacurau – is, at the same time, brutal violence and resistance. An ambush for the invaders or the outcome of a trial (that never took place) mingles brutal violence and resistance and exposes the opposites and contradiction of this small town in the northeast of Brazil that could also be the whole world. If, on the one hand, the people of Bacurau hide, ambush, shoot, kill and decapitate the foreign invaders, on other hand, they resist.

Indeed, Zé Bebelo's trial in *GSV* also exposes the brutal violence of the *sertão* as a matter of being, i.e. of existence and resistance in the face of the difficulties and precariousness of the hidden areas in the interior of Brazil in the mid-twentieth century. *Bacurau* somehow actualizes and

[52] Rosa (1963), p. 236.

[53] Rosa (1963), p. 13.

[54] Derrida (1999), p. 983.

potentializes the dilemmas that have always existed in the hinterlands, that is, since the beginning of the colonization process, and that's why brutal violence and resistance bring these two narratives closer together. According to Assy and Chueiri, «(i)t is all about a form of existing in Bacurau, in the backlands. Violence is the only immanent way to avoid likely extermination» [55]. It is all about existing, resisting and re-existing.

## 3. *«If you go, go in Peace» (*Bacurau*) / «Se for, vai na paz»: Cut-off Heads of the Foreign Invaders*

*Bacurau* is a film released in September 2019 in Brazil. It is a film that interweaves western genre with drama, science fiction and action. It moves the spectator back and forth between now and «few years from now» in this part of the *sertão*, a place of expired vaccines, of water scarcity, of useless books, whose coordinates were not in the map. But it is also a place of drones, motorcycles, digital devices. It is nowhere and somewhere [56]. It is a singular place in the *sertão* of Brazil with universal concerns and demands. It is the place of primitive and technological experiences: the consumption of lysergic plants, the use of drones, the possession of antique shotguns and automatic pistols. It is the target of an extermination game played by foreign invaders but is also a place of existence, resistance and re-existence, just like the paths of *GSV*. Order and disorder, law and not-law, justice and injustice, love and hate play the opposites in the narrative.

A group of foreign invaders with the help of a couple of south-Brazilians (who later are killed by the foreigners they have helped) and corrupted officials of Bacurau (mainly the mayor) using of cutting-edge technology address the 'non-white' people of Bacurau as if they were not worth living a life. It is not entirely clear who the foreigners are and what structure sustains them but by being highly well-equipped, using digital

[55] Assy/Chueiri (2020), p. 21.

[56] Assy/Chueiri (2020), p. 87.

satellite technology and corrupting the local mayor suggests that they are playing a game of death which could not be played without consequences at their homeland.

In the opening scene of the film, the Earth is seen from space suggesting this troublesome relation between the universal and the local and calling our attention to a spot in the globe that somehow can represent the whole of it concerning dilemmas such as inequality, precariousness and violence. As Ivana Bentes says, Bacurau is the «synthesis of brutal Brazil» or a brutal world [57]. A particular place where nasty foreigners attack the local people which attack back with the same brutalism they are subjected to. The people of Bacurau, at the same time vulnerable and powerful, are tired with so much mourning, so many losses, so many injustices and so much shattered dignity. According to Magalhães and Amorim, in picturing the earth the camera moves towards Latin America, particularly towards Brazil, which is

> seen with brightly illuminated areas – the major cities – and other vast areas dotted with light amidst darkness. From the lights seen from above, it's safe to assert that it's dusk and in an hour or two, it will be night in Brazil. But it's also possible to imagine that there's a dark zone where it's getting dark but there are no lights, a dark and forgotten zone on the map. The references are manifold, to the tropicalist past and futuristic technology, to the global and the local, but also to creative freedom amidst dictatorship and imprisonment [58].

In one of the final scenes of the film, heads are cut off. Indeed, the act of severing heads is something familiar to the process of colonization Brazil has experienced. Euclides da Cunha in his book *Os Sertões* describes the immolation of the people of Canudos with images of the heads of *cangaceiros*, which also appear in the Historical Museum of Bacurau [59]. The act of mutilating the enemy's body evokes the colonizing past and

[57] Bentes (2019).

[58] Magalhães/Amorim (2021), p. 297.

[59] Da Cunha (1984).

foreshadows the future, emphasizing the naturalization of violence and drawing attention to this theoretical category and historical practice in Bacurau or elsewhere.

The exhibition of violence is often associated with its spectacle, and this can be observed both in institutions and among individuals. Derrida in his seminars on death penalty stresses the performative nature of this act affirming that it is not only an act of punishment but also a public display of power and authority – almost a theatrical performance[60]. Death penalty is seen as a form of state-sanctioned violence, perpetuating a cycle of brutality and reinforcing the authority of the state over the individual. Moreover, Derrida highlights the paradoxical nature of the death penalty spectacle, as it attempts to uphold justice and prevent crime while also becoming an act that can be fetishized and sensationalized in the public sphere. This dichotomy exposes the contradictions and complexities of capital punishment and the inherent violence and dehumanization associated with it specially in the so-called constitutional democracies.

The cut-off heads are at the same time the inflicted punishment, the brutal violence exerted against the enemy, and the trophy conquered through resistance and that is why they must be showed. The necessity of their exhibition highlights this paradoxical nature of violence, its spectacle, as it inflicts pain and death on the enemy in order the community not to suffer them anymore.

This is as paradoxical as terrible and very much present in *Bacurau*'s characters as far as they openly reveal the dilemmas or the threshold between the law and the law of the 'outlaws' or an exceptional law; between violence and resistance. The scene of the cut-off heads highlights the paradox of violence (on the one hand its brutal nature, and on the other, its role in resistance) but it is not the only one. Other scenes bring out the paradoxes of the Sertão[61], such as: the opening scene with the

[60] Derrida (2014).

[61] According to Magalhães and Amorim, Resistance is, above all, a confrontation between someone who holds rights and someone who violates them. Presenting the resist-

coffins fallen on the road leading to this town where one can only reach 'in peace'; Carmelita's (Lia de Itamaracá) burial; the use of psychotropics as a kind to activation to move from political passiveness to revolutionary resistance; the museum not as a place of reminiscences of the past, of old and mostly useless objects, but as the place that mobilizes the past to act in the present, allowing the community to take the arms displayed there in order to resist.

Resistance is at the border line of kinds of violence and also non-violence. Particularly in Bacurau, performances of resistance by its people, individual or in groups, embody different activities in order to give visibility to what has been invisible (out of the map). According to Assy and Chueiri[62] «by playing out resistance, the community of Bacurau becomes a collective subject of resistance and each inhabitant of the small and invisible town, a subject of resistance». So, to resist becomes to exist for the people of Bacurau. Either the organized communitarian resistance or the marginalized, queer resistance intertwines power, affects, faith, past, present and future in a contradictory and surprising manner.

Just like in *GSV*, in *Bacurau*, «what surprises is what is not predictable or presupposed, what does not happen as just another episode in the flow of events, but in its occurrence, breaks with the process, shatters expectations. In its surprise, perhaps it is not surprising (to us) that this narrative has so much death and so much life – ‹‹do you prefer to live or die?› says Damiano to the wounded foreigner»[63]. By the same token Riobaldo says, referring to Zé Bebelo, «a man, a weak thing in himself, soft even, skipping between life and death among the hard rocks» to finally

ing subject as a subject of rights definitely places resistance in the realm of law. Thinking from an insoluble paradox, in which both law and non-law participate in the operations of the legal system, it is necessary to assume that non-law is, by definition, law (Magalhães/Amorim, 2021, p. 322).

[62] Assy/Chueiri (2020), p. 97.

[63] Chueiri/Milani (2020), p. 634.

cry out: «‹Joca Ramiro wants that man alive!› [...] I don't know where I got the sudden impulse to say that – a pure invention» [64].

The film's plot (and the book's as well) gives clues about its outcome, but these clues are often contradictory. According to Kleber Mendonça Filho himself [65]: «My films bring conflicts that cancel each other out. There is a confusion within the film that I find important». Guimarães Rosa in a dialogue with Günther Lorenz says:

> In the backlands, every man can find or lose himself. Both things are possible. As a criterion, he has only his intelligence and his ability to guess. Nothing more. And that's how that backlands proverb, which at first glance seems like another paradox, is also explained, but it expresses a very simple truth: the devil doesn't exist, and that's why he is so strong [66].

The contradictory signs and confusing clues stress the opposites or rather the aporias to which there is no final answer. According to Derrida,

> a sort of nonpassive endurance of the aporia was the condition of responsibility and decision. Aporia rather than antinomy: the word antinomy imposed itself up to a certain point since, in terms of the law (*nomos*), contradictions and antagonisms among equally imperative laws were at stake [67].

An aporia is neither an apparent antinomy nor a dialectizable contradiction but instead and interminable experience.

As in the trial of Zé Bebelo, the cut-off heads in *Bacurau* deals with law and non-law, rule and exception, justice and injustice, brutal violence and resistance, God and devil and the possible victims from Bacurau, in the most vulnerable of situations, drugged and naked, become, otherwise, very much empowered people. Bacurau's *sertão*, a site of pri-

---

[64] Rosa (1963), pp. 210-211.

[65] Mendonça Filho (2019).

[66] Rosa (2006), p. 80.

[67] Derrida (1993), p. 16.

vations, an abandoned set of subjective and community urgencies, local and global, with its people hidden under the ground reveals its brutality, its urgency and its resistance.

In Bacurau there is no room for the recurring discourse about the ignorance or apathy of the people; its people. There, no one is ignorant or apathetic. The way the community organizes itself to exist, resist and re-exist makes this very clear. And if the lack of water, the expired medicines, and the figure of Mayor depict a Brazil of a past that refuses to pass, the same cannot be said of the people of Bacurau and their existence in resisting and (re)existing.

## 4. *Some Final Remarks*

«isn't life really a dangerous business?» [68]

Guimarães Rosa [69] as well as Kleber Mendonça Filho and Juliano Dornelles [70] narrate the backlands from its location, and its location is both in the deepest Brazil and the whole world. According to Riobaldo, «Backlands are good. Everything here is lost, everything here is found... Everything that has been is the beginning of what is to come, every moment we are at a crossroads». Hence, the *sertão*, its crossroads are also the place where everything remains precisely because everything escapes: the blood, the smell of gunpowder, friendship and love, the waters, the dead paths, God and the Devil, man and woman.

To be (or not to be) in the *sertão* is to experiment the tension of the arc of existence as well as its resistance in order to re-exist. It is the dead paths and the city off the map, empty, abandoned, silent, that generate lives and offer a future. In this sense, both narratives unexpectedly sur-

[68] Rosa (1963), p. 28.

[69] Rosa (1980).

[70] Mendonça Filho/Dornelles (2019).

prise the reader and the spectator with openings and possibilities to move forward (in the plot) and towards the future.

The narrative of GSV, from the old *jagunço* to his interlocutor, moves the past in the face of the urgency of the present of the backlands, which in turn anticipates the future in Bacurau, where everything happens «a few years from now». This is the highly tensed arc of the novel and the film, and it is when the tension of existence exposes its paradoxes or aporias: brutality and delicacy, violence and resistance, God and the devil, a forgiving *jagunço*, a man who is woman, resistance that is creative power. In that (the tense arc of existence as resistance), Brazil shows its 'hard neck' as Riobaldo says, when everything suggests otherwise, after all «life has no rhyme or reason. It has parts. It has arts. It has the mist of Siriuz. It has all faces of the Dog and slopes of life» [71].

As I said in the beginning, GSV and therein Zé Bebelo's trial entangle us in a perpetual movement of opposites, in a certain dialectical manner, but without *Aufhebung*, so to speak. The opposites tension every action, every word, every silence, as well as every emotion (including ours, the readers):

> Everything is and isn't [72].
> Love, in itself, is a kind of penitence [73].
> God exists even when they say He doesn't. But the devil does need to exist to be [74].
> How is it that you can like the true in the false? Friendship with the illusion of disillusionment? ... Diadorim was one of those inscrutable persons – He never revealed his inner thoughts, nor what He was surmising. I think I was that way too. Did I really want to know him? I did and I didn't [75].
> To strive for exactitude makes one blunder [76].

[71] Rosa (1963), p. 409.

[72] Rosa (1963), p. 7.

[73] Rosa (1963), p. 32.

[74] Rosa (1963), p. 49.

[75] Rosa (1963), p. 49.

[76] Rosa (1963), p. 70.

> It is always the same [77].
> Pleasure often turns to fear, fear turns to hate; does hate then turn into these despairs? Despair is good if it turns into a greater sadness, and then into Love, full of longings – then hope comes anew [78].
> God or the Devil? [79]
> The *sertão* is good. Everything is lost here, and everything is found here [80].
> All that has been is the beginning of what is to be – we are forever at a crossroad [81].

Insisting in this idea that either in *GSV* or in *Bacurau* the opposites do not perform a completely dialectical movement yet an aporetic one it might cause a certain discomfort.

This is due by the fact that an aporia is irreducible and demands a decision, for one cannot remain in it. However, its essential irreducibility to the cut that the decision promotes makes this decision contingent, to be taken again. In this contingency lies the promise of the future and the possibilities to move forward just like in Zé Bebelo's trial in *GSV* and in the cut-off heads of the invaders in *Bacurau*.

*Bibliography*

Albergaria, Consuelo (1977), *O bruxo da linguagem no Grande Sertão*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro

Arrigucci Jr, Davi (1994), *Romance e experiência em Guimarães Rosa*, in «Novos Estudos», n. 40, pp. 7-29

Assy, Bethania, Vera Karam de Chueiri (2020), *Forceful and Dusty Magnifying Glasses: Violence and Resistance in Bacurau, in* «Cadernos de estética aplicada», v. 14, n° 26, pp. 80-106

[77] Rosa (1963), p. 172.

[78] Rosa (1963), p. 195.

[79] Rosa (1963), p. 343.

[80] Rosa (1963), p. 369.

[81] Rosa (1963), p. 259.

Bentes, Ivana (2019), *Bacurau e a síntese do Brasil brutal*, in «Revista Cult», 29/08/2019, https://revistacult.uol.com.br/home/bacurau-kleber-mendonca-filho/#.XXPmm1E8QE0 (access 06/13/2023)

Bolle, Willi (1997-1998), *O pacto no Grande Sertão – Esoterismo ou lei fundadora?*, in «Revista USP», 36, pp. 26-45

Chueiri, Vera Karam de, Ana Cláudia Milani Silva (2020), *Sobre a surpresa e o apocalipse em Bacurau*, in «Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura», v. 6, n. 2, pp. 627-644

Chueiri, Vera Karam de, Edna Torres Felício Câmara (2014), *The trail in Guimarães Rosa's novel Grande Sertão Veredas*, in Faralli, Carla, M. Paola Mittica, *Italian Society for Law and Literature Papers*, v. 7, pp. 1-12

Costa, Ana Luiza Martins (2006), *Via e viagens: a elaboração de Corpo de Baile e Grande sertão: veredas*, in «Cadernos de Literatura Brasileira», v. 12, n. 20-21, p. 192

da Cunha, Euclides (1984), *Os sertões,* São Paulo, Três

Derrida, Jacques (1993), *Aporias,* trans. Thomas Dutoit, Stanford, Stanford University Press

Derrida, Jacques (1999), *Force of Law: The Mystical Foundation of Authority*, in «Cardozo Law Review», 11, pp. 5-6 (July-August)

Derrida, Jacques (2014), *The death penalty,* edited by Geoffrey Bennington, Marc Crépon and Thomas Dutoit, trans. Peggy Kamuf, Chicago and London, University of Chicago Press

Duarte, André de Macedo, Maria Rita de Assis César (2020), *O sertão entre as margens e o centro do mundo atual: notas sobre Bacurau*, in «Cadernos de estética aplicada», v. 14, n° 26, pp. 53-79

Hobsbawm, Eric (1995), *The age of extremes. The short twentieth century: 1914-1991,* London, Abacus

Lorenz, Günter (1991), *Diálogo com Guimarães Rosa*, in Coutinho, Eduardo F. (ed.), *Guimarães Rosa Seleção de Textos* (2 ed.), Rio de Janeiro, Seleção Brasileira, pp. 63-97

Machado, Ana Maria (1976), *Recado do Nome: leitura de Guimarães Rosa à luz do nome de seus personagens*, Rio de Janeiro, Imago Editora

Magalhães, Juliana Neuenschwander, Pedro Amorim (2021), *Bicho Brabo: a poética da resistência em Bacurau*, in «LawArt», 2, pp. 295-332

Martins, Nilce (2008), *O Léxico de Guimarães Rosa*, São Paulo, Edusp

Mendonça Filho, Kleber, Juliano Dornelles (2019) (directors), *Bacurau*, Brasil, França, Ancine, Arte France Cinéma, CNC, Cinema Scópio, Globo Filmes, Globosat/Telecine, SBS, Síbio Filmes (131min.)

Mota, Nelson (2000), *Noites tropicais,* Rio de Janeiro, Objetiva

Ost, François (2004), *Raconter la loi,* Paris, Odile Jacob

Pound, Erza (1951), *ABC of reading*, London and Boston, Faber and Faber

Ricoeur, Paul (1992), *Oneself as Another*, trans. Kathleen Blamey, Chicago and London, The University of Chicago Press

Ronái, Paulo (1969), *As histórias de Tutaméia*, in Rosa, João Guimarães (ed.), *Tutaméia* (3 ed.), Rio de Janeiro, pp. 197-201

Rosa, João Guimarães (1963), *The Devil to pay in the backlands: the Devil in the street, in the middle of the Whirlwind*, trad. James L. Taylor and Harriet de Onís, New York, Alfred Knopf (Inc)

Rosa, João Guimarães (1980), *Grande Sertão: Veredas*, São Paulo, José Olympio

Rosa, João Guimarães (1980a), *Correspondência com seu tradutor italiano Edoardo Bizzarri* (2 ed.), São Paulo, T.A. Queiroz: Instituto Cultural Ítalo-Brasileiro

Rosa, João Guimarães (2006), *Cadernos de Literatura Brasileira*, São Paulo, Instituto Moreira Salles

Rosenfield, Kathrin (2000), *Devil to pay in the Backlands and João Guimarães Rosa's quest of universality*, in «Portuguese Literary and Cultural Studies» 4/5, https://ojs.lib.umassd.edu/index.php/plcs /article/view/PLCS4_5_Rosenfield_page197

Santiago, Silviano (2018), *Genealogia da Ferocidade: Ensaio Sobre Grande Sertão: Veredas, de Guimarães Rosa*, Recife, Cepe Editora

Veloso, Caetano (1997), *Verdade Tropical*, São Paulo, Cia. Das Letras

# Sarah Bernhardt e le altre.
# *La physionomie nerveuse des femmes artistes* secondo Enrico Ferri

Francesco Serpico

SOMMARIO: 1. Arte, follia e immagini del femminile tra Ottocento e Novecento. – 2. L'attrice geniale. – 3. Una «psicosi degenerativa della famiglia delle follie morali». – 4. «Se esistono donne di genio». – 5. L'ombra lunga dell'isteria femminile. – 6. Nevrosi urbane. – 7. Maternità, "dismaternità" e prognatismo femminile. – 8. Conclusioni.

«Actrices: La perte des fils de famille. Sont d'une lubricité effrayante, se livrent à des orgies, avalent des millions, finissent à l'hôpital. Pardon! il y en a qui sont bonnes mères de famille!»

G. Flaubert, *Dictionnaire des idées reçues*

## 1. *Arte, follia e immagini del femminile tra Ottocento e Novecento*

Edito a New York nel 1972, *Women and Madness* della psicologa americana Phyllis Chesler rappresenta un testo chiave del pensiero femminista e, allo stesso tempo, uno strumento prezioso per comprendere le complesse relazioni tra malattia mentale ed esperienza femminile [1].

Divenuto ben presto un successo editoriale, il testo fu tradotto in italiano nel 1977, con il titolo *Le donne e la pazzia*. A curarne la pubblicazione per il nostro Paese fu una delle protagoniste della stagione dei diritti e

[1] Tra i numerosi contributi volti ad illustrare il ruolo del movimento femminista nell'analisi critica dei paradigmi tradizionali della psichiatria, ci si limita a segnalare, da ultimi: Pitts/Kawahar (2018); Richert (2020); Maitra/Mc Weeny (2022).

doi: 10.17473/LawArt-2023-4-3 LawArt 4 (2023) 47-111
ISSN 2039-6880

della "rivoluzione psichiatrica" della seconda metà degli anni Sessanta [2]: Franca Ongaro Basaglia [3]. Quest'ultima accompagnò l'edizione del testo con un'introduzione nella quale, pur non facendo mancare una serie di note critiche, riconosceva alla psicologa americana il merito di aver avviato la riflessione su un dato spesso presente nelle storie cliniche delle pazienti e troppo spesso taciuto, ovvero il ruolo delle aspettative sociali associate al comportamento femminile. A ben vedere, precisava la Ongaro, mentre le regole che attenevano all'agire maschile riguardavano azioni condotte in uno spazio pubblico, quelle concernenti le azioni femminili si concentravano essenzialmente sulla sfera privata e familiare «con una esplicita connotazione morale per quello che riguarda la sua capacità o incapacità di corrispondere all'immagine ideale di ciò che deve essere: la buona figlia e la brava madre» [4]. Non è un caso che il testo della Chesler si aprisse con un capitolo introduttivo destinato ad illustrare le storie di artiste che avevano conosciuto l'esperienza dell'internamento psichiatrico come Zelda Fitzgerald o Sylvia Platt. Femminilità non convenzionali, dai più riconosciute come temperamenti indocili e anticonformisti, semplicemente perché cercarono di evadere dalla gabbia imposta dall'ideario della passività e della sottomissione femminile schierandosi «disperatamente e coraggiosamente contro il ruolo tradizionale della donna», tentando «di sfuggire a quella sorta di semiesistenza "diventando pazze"» [5].

---

[2] «Libertà di comunicazione, tendenza a distruggere il rapporto autoritario e la rigida gerarchizzazione dei ruoli, eliminazione del carattere oppressivo-punitivo dell'istituzione: questi possono ritenersi i punti fermi nell'azione di smascheramento delle strutture manicomiali», Basaglia/Ongaro Basaglia (2008), p. 11. Per un'analisi delle principali istanze del movimento di Psichiatria democratica in Italia: Basaglia (1968); Basaglia (1973); Basaglia/Ongaro Basaglia (1975); Basaglia/Tranchina (1979). Per l'esame critico e la discussione del contesto socio-politico che avrebbe portato l'approvazione della legge del 13 marzo 1978 n. 180: Crainz (2003); Babini (2009); Foot (2016), pp. 56-59.

[3] Giannichedda (1982) nonché Valeriano (2022).

[4] Ongaro Basaglia (1977), pp. XI-XII. Il tema sarebbe stato ripreso dall'autrice anche nella sua prefazione al libro inchiesta di Morandini (1977).

[5] Chesler (1977), p. 17. Sul punto, diffusamente, Forgacs (2014), pp. 260-265.

Proprio le storie esemplari di donne che avrebbero pagato un prezzo altissimo per affermare la loro irredimibile individualità consentono di riflettere sul ruolo assunto dai dispositivi sociali, e in particolar modo dalla dimensione giuridica, nel fissare i mobili confini tra inclusione ed esclusione, tra normalità e anormalità [6]. In particolare, questo contributo proverà a concentrare l'attenzione sul fondamentale *turning point* tra Ottocento e Novecento in cui in Italia la nuova scienza penale, nata sulla scia del positivismo scientifico, avrebbe attinto a piene mani dal linguaggio medico per legare la creazione artistica ai disturbi psichici [7]. Sottotraccia, e solo parzialmente nascosto dall'asserita neutralità del linguaggio scientifico, il dibattito relativo alla relazione tra arte e follia rivelava anche profonde connessioni con un altro tema destinato ad accendere le coscienze dell'Italia liberale: la questione femminile.

Lo studio del disegno o di qualche rudimento di pittura o musica aveva costituito da sempre un elemento presente nella formazione delle donne dell'alta borghesia. Per queste donne la pratica artistica, tuttavia, era in ogni caso legata ad uno svago destinato a riempire le lunghe ore dedicate alle cure domestiche e alla prole [8]. D'altro canto, proprio tra Ottocento e Novecento, il mondo dell'arte avrebbe conosciuto l'avvio di un processo di professionalizzazione destinato ad offrire alle donne una serie di occasioni di riconoscimento e affermazione individuale [9]. Per la scienza del tempo – rigorosamente declinata al maschile – la donna presentava

[6] Migliorino (2008); Colao (2011). Nel panorama storiografico non mancano i contributi che hanno esaminato i processi di manicomializzazione femminile, ricostruendo con dovizia di particolari la trama di esistenze in cui l'etichetta della follia avrebbe rappresentato il marchio per contrassegnare condotte di vita non improntate al rigido conformismo imposto dalla comune morale sessuale e familiare. Tra i diversi lavori, oltre all'analisi di De Bernardi (1982); Scartabellati (2001); Bell Pesce (2003); Molinari (2003); Salviato (2003); Fiorino (2002) e (2011); Starnini (2014); Valeriano (2014); Re (2015); Carrino (2018).

[7] Per un'analisi del campo disciplinare psichiatrico in Italia tra Otto e Novecento: Giacanelli (1975); Castel (1980); Babini (1982) e (1989); De Peri (1984).

[8] Soldani (1989); Martin-Fugier (2001).

[9] Imarisio (1986).

una serie di limiti organici che ne condizionavano la struttura biologica: una debolezza congenita nelle funzioni cognitive ed un'elevata instabilità di carattere [10]. Tali assunti, se da un lato confermavano la sua "naturale" vocazione per la sfera dell'affettività e della cura domestica, dall'altro la escludevano dalle manifestazioni più elevate della creatività. Ciononondimeno, l'indiscutibile successo manifestato da una schiera sempre più ampia di donne impegnate nei campi della scrittura, della musica, del teatro sembrava mettere a dura prova questo assunto. Come spiegare allora la vocazione artistica del sesso femminile? Era possibile fornire una motivazione alle ragioni di un talento che sembrava smentire i caratteri del rassicurante immaginario della donna dedita alla cura amorevole della famiglia?

Non è difficile scorgere dietro a queste domande le ansie e i timori aperti dal lento e progressivo processo di emancipazione femminile. In un'Italia dominata dalla «paura della disgregazione» [11], la scienza forniva risposte orientate a leggere ogni fuga dal recinto della *domesticity* come una forma di minacciosa indisciplina, che rischiava di travolgere le fondamenta stesse della società. Al di là di qualsiasi patologia diretta a classificare queste esistenze «fuori norma» [12], la donna artista possedeva una proiezione pubblica che affascinava, ma che allo stesso tempo inquietava la coscienza della borghesia, perché "pericolosamente" affine alla devianza [13]. Figura dal doppio volto, allo stesso tempo ammirata e disprezzata, essa acquisiva nell'immaginario degli scritti di giuristi, criminologi, alienisti una rappresentazione ambivalente che celava il timore di un rovesciamento dei tradizionali ruoli di genere. Se per un verso la donna artista, e in particolare la donna di spettacolo, assumeva una fisionomia carica di un'autonomia e di una indipendenza che avvicinava la sua personalità a quella maschile, per altro verso essa evocava i «fantasmi delle cat-

[10] Tagliavini (1986a).

[11] Stewart-Steinberg (2011), p. 184.

[12] Canguilhem (1998), p. 37.

[13] Musumeci (2015), p. 147.

tive madri e delle perverse e fatali incantatrici»[14] che avrebbero continuato a nutrire le ansie ed i timori reconditi dell'Italia *fin de siècle*.

È opportuno, perciò, esaminare più da vicino la costruzione discorsiva dell'artista messa a punto dalla cultura giuridica, puntando il quadrante dell'analisi su un autore che meglio di altri rispecchiava i nodi irrisolti e le contraddizioni sulle quali si avvitava la scienza penalistica italiana sul finire dell'Ottocento: Enrico Ferri.

## 2. *L'attrice geniale*

Il 15 dicembre 1896 la *Revue des Revues* ospitava sulle sue colonne un articolo a firma di Enrico Ferri[15] dal titolo *La physionomie nerveuse des femmes artistes*[16]. Questi, in apertura del suo contributo, metteva per un attimo da parte l'eloquenza calda ed enfatica che lo aveva contraddistinto in tante battaglie politiche e giudiziarie e si abbandonava ai toni intimi della confessione per rievocare un episodio della sua formazione parigina, allorquando dopo la laurea conseguita all'Università di Bologna aveva frequentato gli austeri corridoi della Sorbona per perfezionare i suoi studi con «l'enthousiasme ardent de la jeunesse». Fu proprio nella capitale francese che, appena ventitreenne, fu testimone di un evento destinato a rimanere ben impresso nella sua memoria, poiché al *Théâtre Français* ebbe l'occasione di assistere con lo stupore dell'incanto ad una recita di Sarah Bernhardt.

---

[14] Pescarolo (2020), p. 181.

[15] Grossi (2000), pp. 14-15; Costa (2003), pp. 373-409; Sbriccoli (1974-1975), (1990), (1998) e (1999); Miletti (2003), pp. 20-24; Bisi (2001); Petit (2007); D'Amico (2008); Stronati (2012) e (2013); Sigismondi (2013); Colao (2013), (2015) e (2016a); Birocchi (2014); Musumeci (2016); Latini (2017) e (2018); Passaniti (2022), pp. 80-91.

[16] Ferri (1896a). Il testo sarebbe di lì a poco riapparso anche in una delle raccolte dei suoi scritti: Ferri (1901a). Del pari, il contenuto dell'articolo sarebbe stato riprodotto (solo parzialmente) in lingua italiana nel suo contributo dal titolo *La donna normale, la donna artista e la donna delinquente*. Tale ultimo scritto è oggi riedito in Ferri (1979). Sul tema, anche Colao (2016b), p. 205.

Fig. 1 – Georges Clarin, *Ritratto di Sarah Bernhardt* (1876), olio su tela, Paris, Petit Palais, Musée des Beux-Arts de la Ville de Paris, PPP 744, https://www.parismuseescollections.paris.fr/fr/petit-palais/oeuvres/portrait-de-sarah-bernhardt-0#infos-principales

Prima vera e propria "diva" della scena teatrale tra XIX e XX secolo, nel 1879 la Bernhardt vestiva i panni di *Phèdre* nell'omonimo dramma di Racine, tappa di una prestigiosa carriera che l'avrebbe portata ad affermarsi nei teatri di tutto il mondo ed in seguito nel nascente cinematografo [17], ricevendo consensi ed entusiastica ammirazione dal pubblico di ogni sesso e condizione sociale, ma anche un'attenzione morbosa dalla stampa per la sua "scandalosa" vita privata scandita in costante sfida ai condizionamenti e ai *clichés* imposti alle esistenze femminili [18]. Della sua battaglia contro i pregiudizi e gli stereotipi della morale corrente avrebbe recato traccia non solo il suo principale scritto dedicato ai problemi teorici della scena, l'*Art du théâtre* [19], ma anche la sua intensa autobiografia, *Ma double vie* [20], destinata a fondare il "mito" della sua personalità ribelle ed anticonvenzionale.

Capace di divulgare di sé un'immagine giocata su una ricercata ambiguità (spesso ritratta alle prese con attività tradizionalmente riservate all'altro sesso, come la scherma e l'equitazione), la Bernhardt fu anche abilissima imprenditrice di sé stessa (ciò che la porterà nel 1899 ad avere una compagnia ed un teatro proprio) [21]. Del pari, Sarah, orgogliosamente legata alle proprie origini ebraiche, non mancò di farsi sentire su temi di grande rilievo: convinta sostenitrice del suffragio femminile, assunse un ruolo di primo piano a sostegno del capitano Dreyfus nell'omonimo *affaire* che lacerò l'opinione pubblica internazionale [22]. Non c'è da stupirsi che nella Francia della Terza Repubblica, alle prese con la profonda crisi di certezze e di credibilità all'indomani della tragica disfatta di Sedan, la

---

[17] Duckett (2015).

[18] Taranow (2015). Sul cruciale punto di passaggio tra Ottocento e Novecento nelle forme teatrali, tra i numerosi studi: Alonge (1988); Angelini (1988). Per lo studio del teatro materiale: Meldolesi (2010). In ordine al mutamento del ruolo attoriale: De Marinis (2000), pp. 101-126.

[19] Bernhardt (2012).

[20] Bernhardt (2013).

[21] Gidel (1991); Gold/Fitzdale (1991).

[22] Brandon (1991); Reef (2020).

Bernhardt divenisse il bersaglio di critiche nelle quali al più gretto antisemitismo si univa la denuncia dei pericoli ai quali erano esposti la morale e l'ordine delle famiglie [23]. Un personaggio capace di attirare su di sé tutti i lai dei paladini della tradizione, ma anche le frustrazioni piccolo borghesi contro l'*èlite* culturale della *France juive* accusata di essere il simbolo del disfacimento economico e morale nel quale il Paese era precipitato [24].

Fig. 2 – Achille Melandri, *Sarah Bernhardt in abiti maschili nel suo studio di pittrice*, fotografia, Paris, Musée Carnevalet Histoire de Paris, PH8674, https://www.parismuseescollections.paris.fr/fr/musee-carnavalet/oeuvres/portrait-de-rosine-bernard-dite-sarah-bernhardt-1844-1923-peignant#infos-principales

[23] Roberts (2002); Marcus (2019); Duckett (2023).

[24] Il riferimento nel testo è al notissimo *pamphlet* di Édouard Drumont *La France Juive*, che contribuì a diffondere in Europa i (nefandi) germi dell'antisemitismo tra Otto e Novecento. È significativo che tra i numerosi bersagli delle accuse di Drumont un posto di rilievo fosse stato riservato al teatro, un luogo simbolico della presenza culturale della minoranza israelitica nella società francese. A partire da classici del teatro d'opera come *La juive* (Ferrero/Giani Cei/Riberi, 2023) fino al successo di un'attrice come Rachel (che rivendicava con orgoglio la propria origine ebraica e che non a caso sfoggiava come nome d'arte quello dell'eroina dell'opera di Halévy), paladina delle virtù civiche nazionali durante l'esperienza della Repubblica del 1848 di Adolphe Crémieux, la presenza ebraica aveva contribuito ad alimentare l'immaginario politico della Francia dell'Ottocento diffondendo una visione inclusiva e universalistica della cittadinanza. Per una attenta disamina dell'atmosfera culturale della Francia *fin de siècle* nonché per l'esame degli attacchi subiti dalla Bernhardt nei quali «se rejoignent l'antisémitisme et antiféminisme», Meyer-Plantereux (2009) (citazione a p. 36).

1re ANNÉE — N° 6. Prix : 10 centimes. Le 5 Avril 1879

LES HYDROPATHES

JOURNAL LITTERAIRE ILLUSTRÉ

Rédacteur en chef : Émile GOUDEAU

Directeur-Administrateur : Paul NIVIER

BUREAUX 30, Rue des Écoles, 30

ABONNEMENTS Paris — Province — Étranger Un an : 5 francs

Secrétaire de la Rédaction : J. JUIF

BUREAUX DU VIVER 38, Rue Monge, 13.



L'hydropathe SARAH BERNHARDT

Fig. 3 – Georges Lorin [Cabriol], *Caricatura di Sarah Bernhardt*, «Les Hydropathes», 5 Aprile 1879, http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k132779f/f31.item.r=l'hydropathe.zoo

Eppure, al di là del carattere divisivo della sua immagine, la Bernhardt avrebbe impresso una svolta decisiva al teatro dei suoi tempi. Nella scena francese tradizionalmente votata al primato della declamazione, Sarah portò in primo piano il corpo. Il suo corpo. Snello, longilineo, dotato di una naturale androginia, rappresentò lo strumento utilizzato dalla Bernhardt per imporre un proprio stile di recitazione – memorabile nei ruoli *en travesti* – caratterizzato da modulazioni impreviste ed audaci, capaci di rivelare gli aspetti più reconditi della femminilità e di infrangere i tabù della morale borghese [25]. Non solo, perché accanto al-

[25] Glen (2000); Mariani (2016). Non è possibile in questa sede soffermarsi in modo analitico sui lavori teatrali e sulla fittissima galleria di personaggi interpretati da Sarah Bernhardt nella sua carriera. Tra i numerosissimi ruoli destinati ad accrescere la sua popolarità oltre Fedra, Doña Sol in *Hernani* di Victor Hugo, Mrs Clarkson e Marguerite Gautier rispettivamente ne *L'étrangère* e ne *La dame aux camélias* di Alexandre Dumas figlio, *Adrienne Lecouvreur* nell'opera di Ernest Legouvé e Eugène Scribe, i personaggi nati dalla collaborazione con Victorien Sardou come Fédora, Théodora, Gismonda e Tosca. Accanto ad essi una menzione spetta ai ruoli maschili come il cantore Zanetto ne *Le passant* di François Coppée, Napoleone II ne *L'Aiglon* di Edmond Rostand nonché la sua famosissima interpretazione dell'Amleto shakespeariano (Taranow, 1996). Del resto,

l'uso del corpo, alla sua straordinaria versatilità, Sarah univa un registro vocale pressoché unico, tale da meritarsi da Victor Hugo l'appellativo di *voix d'or*. Come ricordava un testimone contemporaneo, rapito dalla capacità manipolatoria e dalla perfetta padronanza della *phoné*:

> La sua voce sembrava ondeggiare intorno a lei e i suoi occhi sembravano a volte seguirla. A seconda del testo, cantava, martellava, precipitava la cadenza come in un galoppo che rotolava, cresceva, batteva, si fermava in un silenzio squarciato improvvisamente da un singhiozzo ripetuto. Poi una sorta di melopea volontariamente monotona, che finiva in uno sgomento di un infinito candore o uno scatto di rabbia, di rivolta o di sofferenza [26].

Fig. 4 – William Downey, *Ritratto di Sarah Bernhardt «en costume de troubadour» ne* Le passant *di François Coppée* (1869), fotografia, Paris, Musée Carnevalet Histoire de Paris, PH 9020, https://www.parismuseescollections.paris.fr/fr/musee-carnavalet/oeuvres/portrait-de-l-actrice-sarah-bernhardt-en-costume-de-troubadour-dans-le#infos-principales

---

come è stato messo in luce, la sua capacità di portare sulla scena tratti della psicologia maschile sarebbe stata sempre rivendicata con orgoglio da Sarah: «It's not that I prefer male roles, it's that I prefer male minds». Sul tema, diffusamente, Taranow (2015); Gottleib (2010), pp. 121-210 (p. 142 per la citazione).

[26] Cit. da Allegri (2014), p. 67.

Fig. 5 – Atelier Nadar, *Ritratto di Sarah Bernhardt in abiti di scena* (1884), fotografia, Paris, Musée Carnevalet Histoire de Paris, PH24467, https://www.parismuseescollections.paris.fr/fr/musee-carnavalet/oeuvres/portrait-de-rosine-bernard-dite-sarah-bernhardt-1844-1923-actrice#infos-principales

Fig. 6 – Malcuit editeur, *Sarah Bernhardt nel ruolo del duca di Reichstadt ne* L'aiglon *di Edmond Rostand*, fotografia, cartolina postale, Paris, Musée Carnevalet Histoire de Paris, CP1221, https://www.parismuseescollections.paris.fr/fr/musee-carnavalet/oeuvres/sarah-bernhardt-l-aiglon-0#infos-principales

In sede critica è stato messo in luce come il lavoro tecnico-espressivo di Sarah costituisse il frutto di un processo destinato a coinvolgere «l'interazione tra mimica e costume, la modulazione vocale» nonché una personale ed inimitabile «concezione pittorica del quadro scenico»[27]. In tale processo l'assoluta originalità del suo stile – «Nulla è più contrario alla verità di quanto sia la tradizione» – si fondeva con il costante affinamento delle tecniche e del repertorio attoriale:

> Ho dovuto seguire una lenta evoluzione, imparare, imparare e ancora imparare [...] io stessa mi sono inconsciamente creata una tecnica personale al fine di rendere più sensibile la musica sonora dei versi e la melodia del verbo, così come la musica e la melodia del pensiero[28].

Certamente, come doveva sembrare evidente anche agli spettatori che più l'apprezzavano, «si trattava di un'attrice determinata ad oscurare il testo con la carismatica intensità della sua presenza scenica», con i suoi repentini «cambiamenti d'umore, il ritmo "ostinato" della recitazione, i movimenti spasmodici». Eppure anche i suoi detrattori più convinti non potevano non riconoscerne l'eccezionale statura drammatica e il suo talento inimitabile destinato a combinare all'interno della rappresentazione «le vecchie attrattive della *femme fatale* con i pressanti dilemmi della donna moderna»[29].

Sarebbero state proprio queste sue caratteristiche inconfondibili, il suo personalissimo «je-ne-sais-quoi» ad ispirare Oscar Wilde per la sua *Salomè*, affascinato come tanti altri esponenti dell'*élite* intellettuale da una personalità e da una presenza scenica enigmatica, seducente, che dava

[27] Degli Esposti (2023), p. 138.

[28] Bernhardt (2012), pp. 148, 101.

[29] Stokes (1991), pp. 47-48.

Fig. 7 – Alphonse Mucha, *Manifesto per* La Dame aux camélias *di Alexandre Dumas fils* (1896), litografia su carta, Paris, Musée Carnevalet Histoire de Paris, AFF1136, https://www.parismuseescollections.paris.fr/fr/musee-carnavalet/oeuvres/la-dame-aux-camelias-sarah-bernhardt#infos-principales

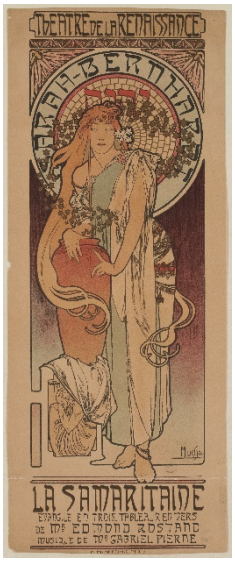



Fig. 8 – Alphonse Mucha, Champenois ed., *Programma di sala per la rappresentazione de La samaritaine al Théâtre de la Reinassance*, litografia, Paris, Musée Carnevalet Histoire de Paris, https://www.parismuseescollections.paris.fr/fr/musee-carnavalet/oeuvres/theatre-de-la-renaissance-sarah-bernhardt-la-samaritaine#infos-principales

Fig. 9 – Alphonse Mucha, *Affiche per la rappresentazione de La Tosca di Victorien Sardou al Théâtre Sarah Bernhradt* (1899), litografia, Paris, Musée Carnevalet Histoire de Paris, AFF. 1169, https://www.parismuseescollections.paris.fr/fr/musee-carnavalet/oeuvres/la-tosca-drame-en-cinq-actes-et-six-tableaux-de-mr-victorien-sardou-theatre#infos-principales

corpo e consistenza a tutte le sfumature del desiderio femminile[30]. Sensuale, altera, magnetica nella sua recitazione – *reine de l'attitude et*

[30] La straordinaria prova d'attrice di Sarah in *Phèdre* sarebbe comparsa in uno dei passi più suggestivi di quella sconfinata *œuvre cathédrale* che è la *Recherche* proustiana, allorquando il protagonista narratore si recava a teatro per assistere allo spettacolo de la Berma. «Quel genio di cui l'interpretazione della Berma non era che la rivelazione, era dunque unicamente il genio di Racine? [...] Capii allora che l'opera dello scrittore era per l'attrice soltanto la materia pressoché indifferente per creare il suo capolavoro d'interpretazione»: Proust (2018), p. 1205. Accanto a Wilde e Proust, la lista dei grandi della cultura rimasti folgorati dal talento della Bernhardt sarebbe assai lunga e suggestiva. Al di là delle parole di Mark Twain («Esistono cinque tipi di attrici. Ci sono le attrici cattive, quelle passabili, quelle buone, quelle grandi. Poi c'è Sarah Bernhardt»), il fascino esercitato dalla sua recitazione avrebbe recato un'impronta indelebile. Freud ne rimase talmente colpito da tenere una fotografia dell'attrice nel suo studio di Vienna, George Bernard Shaw l'aveva ammirata estasiato in *Gismonda*, tanto da commentare: «the show belonged to Bernhardt, an *art noveau* vision in serpentine robes and a headdress of a rare orchids». David Herberth Lawrence, che ebbe modo di assistere ad una sua rappresentazione londinese, confidò di essersi trovato di fronte ad un'esperienza

*princesse du geste*, l'avrebbe definita Edmond Rostand – la Bernhardt aveva rapito a tal punto l'allora giovane Enrico Ferri, tanto da evocare così l'atmosfera che si respirava quella sera in sala:

> la silhouette d'une maigreur transcendantale jusqu'à la voix d'or, semble s'évanouir aux yeux du spectateur fasciné, de même qu'à l'étalage d'un fleuriste des grands boulevards les fleurs luxuriantes, débordantes [31].

Ciononostante, quasi schernendosi per essersi fatto trascinare dalla corrente dei ricordi, nel suo contributo Ferri mutava subito registro. Indossando di nuovo i panni dell'austero giurista, chiariva subito che il suo interesse non era dettato da una istintiva, quanto irriflessa, fascinazione, ma al contrario in lui l'incontro al teatro parigino aveva prodotto un interesse «scientifico», nel senso che, come egli stesso precisava, il trasporto «estetico» dettato dalla visione dell'artista aveva presto ceduto il passo a un interesse di carattere «antropologico» [32].

Sotto questo aspetto, dunque, la personalità dell'attrice francese poteva rappresentare un'irrinunciabile occasione di studio e di analisi. In fondo, un'attrice come la Bernhardt sembrava incarnare l'ideale della "donna nuova" oggetto delle istanze del nascente movimento femminista e suffragista, una donna indipendente e professionalmente affermata, lontana dai tradizionali canoni femminili, capace di esprimere i tratti di una femminilità trasgressiva e destabilizzante per i precetti della morale comune [33]. Soprattutto la Bernhardt era una donna a proposito della quale si adoperava «abitualmente la parola genio», circostanza – quest'ultima – del tutto eccezionale dal momento che ciò avveniva «in un'epoca in cui si riteneva che il genio fosse una potenzialità esclusivamente maschile» [34].

---

allo stesso tempo «meravigliosa e terribile», poiché Sarah sul palco rivelava «the primeval passions of women and she is fascinating to an extraordinary degree» Gottleib (2010), pp. 196-197 per le citazioni. Sul tema, anche Gold-Fitzdale (1991); Rader (2018).

[31] Ferri (1896a), p. 513; Ferri (1901a), p. 478.

[32] Ferri (1901a), p. 478.

[33] Roberts (2002), pp. 178-232.

[34] Re (2002).

## 3. *Una «psicosi degenerativa della famiglia delle follie morali»*

Prima di esaminare nel dettaglio l'argomentazione di Enrico Ferri, è opportuno ricordare che il tema da lui sollevato, in apparenza destinato a suscitare al più la curiosità del pubblico non specialistico e distante dai luoghi dell'accademia, finiva per toccare un nervo scoperto della cultura giuridica, dal momento che esso chiamava in causa direttamente una serie di discorsi centrali nei dibattiti dell'epoca, interessati a comprendere la natura e le manifestazioni della genialità.

Come è noto, uno degli aspetti sul quale maggiormente appuntò il metodo di analisi nato con il positivismo scientifico fu rappresentato dall'interesse manifestato per le espressioni artistiche in ogni sua forma [35]. Tale interesse, dettato dalla consapevolezza che l'estetica non appartenesse più (esclusivamente) ad un mondo filosofico universale [36], avvicinava l'approccio all'arte, per usare le parole di Hippolyte Taine «al movimento generale che avvicina oggi le scienze morali a quelle della natura e che fornendo alle prime i principi, le cautele e l'orientamento delle seconde, comunica loro la stessa solidità e assicura il medesimo progresso» [37]. Espressione emblematica di questo atteggiamento proprio della seconda metà del secolo XIX fu l'attenzione riservata dalla nascente psichiatria al problema della genesi della creazione artistica, che trovò uno dei più originali precursori in Jacques-Joseph Moreau con i suoi studi sull'influenza delle neuropatie sull'azione dei meccanismi celebrali che presiedevano all'attività creativa. Come avrebbe chiarito l'autore,

> les dispositions d'esprit qui font qu'un homme se distingue des autres hommes par l'originalité de ses pensées et de ses conceptions, par son excentricité ou l'énergie de ses facultés affectives, par la transcendance de ses facultés intellectuelles, prennent leur source ce dans les mêmes condi-

[35] Manesco (1981); Drudi (1995).

[36] Vercellone/Bertinetto/Garelli (2003), pp. 160-161.

[37] Taine (2001), p. 14.

> tions organiques que les divers troubles moraux dont la *folie* et l'*idiotie* sont l'expression la plus complète [38].

La latenza dei meccanismi che legavano la genialità al complesso multiverso della follia sarebbe stata uno dei sentieri maggiormente battuti dalla neonata antropologia criminale ed in particolare dal suo fondatore Cesare Lombroso. A partire dal suo *Genio e follia* del 1864, lo psichiatra veronese avrebbe così inaugurato una linea di ricerca destinata ad essere costantemente perfezionata in una continua elaborazione [39], ma soprattutto ad intrecciarsi con lo studio "organico" della devianza e dei suoi presupposti socio-biologici [40].

Secondo Lombroso, l'origine del genio andava rintracciata in una specifica ipertrofia della sensibilità. Più specificamente egli chiariva che

> quanto più si procede nella scala morale, cresce la sensibilità, che è massima negli elevati ingegni, ed è fonte delle loro sventure e dei loro trionfi; sentono ed avvertono più cose e più vivacemente, che non gli altri uomini e più tenacemente e più cose ricordano nella loro mente e combinano [41].

Non è questa la sede per l'esame della complessa e assai peculiare tassonomia dei caratteri del genio che Lombroso faceva discendere da tale premessa; ciò che occorre sottolineare, invece, è che nelle sue pagine la reciproca relazione tra genio e follia assumeva le forme di una vera e propria complicazione. Il genio, poiché manifestava con costante frequenza tendenze antisociali, finiva perciò per essere considerato alla stregua «una vera e propria psicosi degenerativa della famiglia delle follie morali» [42] che, in quanto tale, richiedeva di essere normalizzata.

Come è stato efficacemente messo in risalto,

---

[38] Moreau (1859), p. V. Sul complesso rapporto tra follia e psichiatria nel panorama positivistico, Hagner (2008); Jefferson (2015).

[39] Giacanelli (2000); Palano (2002), pp. 76-77.

[40] Sui caratteri del genio lombrosiano, Villa (1985); Frigessi (2003), pp. 291-326; La Vergata (2010).

[41] Lombroso (1877), p. 410.

[42] Lombroso (1877), p. 410. Sul tema, Vercellone/Bertinetto/Garelli (2003), p. 163.

> il "soggetto" lombrosiano in cui genio e follia si toccano senz'altro è il soggetto cartesiano rovesciato ed interpretato materialisticamente a partire dalla fisiologia e dalla corporeità, orizzonti oramai ritenuti insuperabili delle manifestazioni umane ritenute in precedenza "spirituali". La questione della genialità del soggetto come della "sua" genialità rinvia ora direttamente alla questione del suo corpo senza che allo scienziato osservatore sia necessario ricorrere ad un ulteriore orizzonte di significatività

dal momento che «la riconduzione della genialità alla manifestazione corporea rinvia alla certezza della misurabilità dell'espressione geniale stessa» [43]. Ciò spiega, dunque, perché lo stesso Lombroso contrappuntasse costantemente il senso delle sue argomentazioni con una serie di esempi tratti dalle biografie di celebri geni del passato. Non si trattava, a ben vedere, solo di una concessione al gusto proprio del naturalismo per cogliere nell'arte le manifestazioni tipiche dell'atavismo e della degenerazione [44], ma una necessità del tutto funzionale al suo ragionamento, diretto ad affermare una relazione tra genio e follia a partire dai dati dell'esperienza e dalla neutralità propria dell'osservazione "scientifica" [45]. Ancora una volta il campionario offerto da Lombroso è assai ricco e suggestivo. Si va dalle (presunte) tare psicosomatiche destinate a trasmettersi anche ai discendenti di artisti famosi – «moltissimi uomini d'ingegno ebbero figliuoli o parenti epilettici, idioti o maniaci» –, alle (supposte) anomalie craniche riscontrabili per esempio in Byron, Foscolo o Donizetti in cui «il genio è accompagnato da anomalie nell'organo stesso che è fonte della sua gloria», oppure determinate da più banali infortuni – «Vico cadde da una scala altissima, nell'infanzia, e n'ebbe fratturato il parietale destro» –, fino alla sovrapposizione tra l'intuizione che porta alla scoperta scientifica con quel particolare stato di semicoscienza propria della condizione onirica:

---

[43] Moretti (1998), p. 160.

[44] Rondini (2001). Come è noto, la ricerca di Lombroso sul rapporto tra arte e criminalità avrebbe inaugurato un filone assai fecondo della scuola positiva, così ad esempio negli interventi dello stesso Ferri (1896b); Niceforo (1898); Leggiardi-Laura (1899); Portigliotti (1907), nonché la celebre opera di Sighele (1911).

[45] Hiller (2013).

> Goëthe [*sic*] ripeteva, spesso, di essere una certa irritazione cerebrale necessaria ai poeti, e che molti dei suoi canti sono stati dettati da lui in uno stato simile al sonnambulismo [...] Newton e Cardano sciolsero in sogno alcuni problemi di matematica [...] Mozart confessava che le invenzioni musicali gli venivano involontarie, come vengono i sogni [46].

## 4. *«Se esistono donne di genio»*

La fitta galleria di personaggi celebri nel mondo dell'arte, della scienza e della letteratura evocati dalle pagine di Lombroso potrebbe continuare, tuttavia non muterebbe il senso della sua teoria. Quella della categoria del genio come un territorio nel quale «la percezione corretta e l'allucinazione, la proibizione e la realizzazione del desiderio, l'adattamento completo al mondo e l'assoluta fuga da esso confluiscono e s'incrociano» [47]. Tuttavia, un dato sembra emergere anche da una lettura rapsodica e cursoria delle pagine dedicate ad illustrare gli esempi di personalità geniali: l'assoluta assenza di figure femminili. È opportuno, a tal proposito, rileggere una serie di passi assai significativi: «Gli è che la donna come la femmina in tutti i vertebrati si mostra inferiore per mezzi ed intelligenza al maschio» [48]. In effetti, egli proseguiva:

> il fatto che nelle donne la sensibilità tattile, dolorifica, generale e nei sensi specifici è inferiore al maschio giova spiegarci perché non possano essere né grandi artiste, né grandi poetesse poiché si dipinge bene e si scrive genialmente quando si sente molto. L'arte è un sublime atto riflesso a cui occorre il massimo dell'eccitamento [49].

La citazione poc'anzi menzionata è tratta dall'edizione del 1894 nella quale il suo lavoro su *Genio e Follia*, giunto ormai alla sesta edizione ed

---

[46] Lombroso (1877), p. 5.

[47] Bodei (2015), p. 40.

[48] Lombroso (1894), p. 252.

[49] Lombroso (1894), p. 253.

ampiamente rimaneggiato e arricchito (non solo da nuovi dati, ma anche dall'esigenza di rispondere alle controdeduzioni sollevate da più parti che sembravano smentirne gli assunti portanti), veniva edito con il titolo di *L'uomo di genio in rapporto alla psichiatria, alla storia ed all'estetica*. Si tratta di un dato tutt'altro che anodino per ricostruire gli sviluppi del pensiero lombrosiano, dal momento che pochi mesi prima dell'edizione in parola lo psichiatra veronese aveva dato alle stampe in collaborazione con il genero Guglielmo Ferrero un testo destinato ad una grandissima notorietà e che influenzò profondamente i successivi tornanti del dibattito sulla devianza femminile: *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*[50].

Tra i numerosi sentieri argomentativi che s'incrociavano nell'opera relativa alla delinquenza femminile, uno di essi costituisce un aspetto assai rilevante per il discorso che interessa in questa sede. La donna "normale", sosteneva Lombroso, costituiva il prodotto di un processo evolutivo incompleto, poiché essa

> ha molti caratteri che l'avvicinano al selvaggio, al fanciullo e quindi al criminale (irosità, vendetta, gelosia, vanità), e altri diametralmente opposti che neutralizzano i primi ma che le impediscono nella sua condotta

[50] Lombroso/Ferrero (1893). Occorre precisare che il testo dedicato da Lombroso all'analisi del tema della genialità e della follia, che, come osservato, avrebbe costantemente attraversato la sua produzione, aveva assunto il titolo *L'uomo di genio in relazione alla psichiatria, alla storia ed all'estetica* già a partire dalla quinta edizione del 1888. Tuttavia, la sesta edizione edita nel 1894 si arricchiva di una specifica trattazione (segnatamente il cap. VIII della Parte seconda, pp. 251-274) dal titolo *La genialità nella donna*, diretto a ripercorrere ed illustrare le conclusioni tratte nella sua opera dedicata specificamente alla criminalità femminile: *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale* (1893). In quest'ultima opera, il medico e psichiatra veronese, con dovizia di argomenti, illustrava come la mancanza di originalità e di estro creativo rappresentasse una caratteristica tipica della mente femminile: «Le donne mancano d'una inclinazione speciale per un'arte, una scienza, una professione: scrivono, dipingono, ricamano, suonano, fanno le sarte, le modiste, le fioriste successivamente, buone a tutto ed a niente, non portano che raramente l'impronta della propria originalità in nessun ramo» (p. 161 per la citazione).

quanto l'uomo di raggiungere quell'equilibrio di diritti e doveri, egoismo e altruismo, che è il termine dell'evoluzione morale [51].

Questi assunti offrivano a Lombroso il destro per trattare una questione che da sempre aveva costituito uno dei cardini sul quale veniva edificato ogni discorso relativo alla presunta "natura" femminile, ovvero la sua maggiore sensibilità rispetto all'uomo. A ben vedere, precisava Lombroso, tale considerazione nasceva dall'errata identificazione della sensibilità con l'emotività, propria del sesso femminile. In realtà, egli precisava, i dati biometrici confermavano in maniera "inoppugnabile" che la sensibilità femminile non era affatto superiore a quella maschile, ma che all'opposto la donna "normale" era caratterizzata da una maggiore «ottusità» rispetto all'uomo, testimoniata, a suo dire, dalla minore sensibilità al dolore, dalla limitatezza dei cinque sensi, nonché dallo scarso o assente desiderio sessuale [52].

In tal senso, dunque, la conclusione non poteva che essere obbligata. La donna "normale" non solo era meno sensibile, ma aveva anche raggiunto un livello di sviluppo intellettivo inferiore a quello dell'uomo. Ciò, in definitiva, finiva per confermare lo scarso numero di donne al quale era ascrivibile l'attributo della genialità, ed anche il perché, nei pochi e sporadici casi nei quali tale elemento si era manifestato nel sesso femminile, ciò fosse dovuto alla preponderanza dei caratteri maschili presenti nella loro conformazione psicofisica, tali da rendere la donna di genio poco più che un «maschio mancato» [53].

---

[51] Lombroso/Ferrero (1893), p. 157. Sul tema, diffusamente Musumeci (2019).

[52] Lombroso/Ferrero (1893), p. 49. Sulla tematica del genio femminile in Lombroso, Colao (2016b), pp. 187-188.

[53] «Le donne di genio presentano frequentemente caratteri maschili, onde il genio potrebbe spiegarsi nella donna come Darwin spiegò il colorimento delle femmine uguale al maschio in certe specie di uccelli per una confusione di caratteri sessuali secondari prodotto da incrocio dell'eredità paterna e materna»: Lombroso/Ferrero (1893), p. 161. Del pari, lo stesso Lombroso nella sua argomentazione non esitava a far riferimento all'opera di Max Nordau (seguace dei suoi studi sul genio e divulgatore della sua opera in ambiente tedesco) e ai suoi *Paradossi* dai quali largheggiava in citazioni per desumere in primo luogo la scarsa originalità caratteriale del sesso femminile «fra una principessa ed

A tirare le fila del discorso ci avrebbe pensato Giuseppe Sergi, medico antropologo, già autore nel 1889 delle *Degenerazioni umane*, che nello stesso 1893 aveva trattato diffusamente l'argomento in un articolo dal titolo assai significativo: *Se esistono donne di genio*. La risposta negativa al quesito era netta e non ammetteva esitazioni:

> Morfologicamente e funzionalmente la donna non raggiunge lo sviluppo normale maschile, ma in media resta indietro come vi sia un arresto generale di sviluppo. Quindi, le forme infantili e l'infantilità come stato delle funzioni sono le manifestazioni più comuni del sesso femminile che ricordano l'uomo che non abbia raggiunto lo stato adulto.

Eppure, come precisava Sergi, l'esperienza sembrava deporre diversamente. «Non si può mettere in dubbio» proseguiva «che vi siano donne molto elevate in intelligenza, in energia, in produzioni letterarie ed in arti belle», tuttavia «tali donne, per quanto superiori nei caratteri mentali, non sono geniali mai» [54].

Ancora una volta il discorso "scientifico" si assumeva il compito di smentire il carattere fallace del senso comune. Secondo Sergi, Lombroso aveva potuto

> mostrare un fatto caratteristico nelle donne dette di genio, cioè la presenza di caratteri maschili, specialmente nella fisonomia, nella voce, negli atti, anomalie, cioè, che dichiarano una volta di più che la superiorità dei caratteri nella donna è di tipo maschile [55].

Del resto, concludeva, al di là degli studi compiuti da Galton [56], che

---

una lavandaia corre poca differenza: l'essenza comune all'una e all'altra è la natura muliebre, ovvero l'involontaria ripetizione del tipo generico» (Lombroso/Ferrero, 1893, p. 162), nonché lo spiccato carattere di chiusura alla novità, un misoneismo che la rendeva, a suo dire, per costituzione «nemica del progresso» (Lombroso/Ferrero, 1893, p. 163). Sullo sviluppo in ambito europeo del pensiero lombrosiano, Papa (1985). Sul rapporto tra Nordau e l'ampia rete tessuta da Lombroso in ambito internazionale, da ultimo, Sansone (2022), pp. 24-26, p. 62, n. 13.

[54] Sergi (1893), p. 168.

[55] Lombroso/Ferrero (1893), p. 410.

[56] Galton (1892), p. 318.

confermavano univocamente come «le donne che hanno una cultura superiore siano senza attrattiva per gli uomini, riservate e strane nelle maniere», egli stesso aveva potuto «seguire i fatti di qualche donna indipendente, scrittrice, viaggiatrice, ardita, ansiosa di attività», finendovi «per trovarvi l'eccentricità massima, l'irrequietezza, cioè una forma di energia senza scopo» [57].

## 5. *L'ombra lunga dell'isteria femminile*

Non è difficile scorgere al fondo dei discorsi relativi al "genio femminile" una serie di timori diffusi aperti dall'inarrestabile processo di modernizzazione che al tramonto del XIX secolo esprimeva con urgenza la necessità di affrontare i nodi dell'irrisolta questione femminile. In effetti, proprio per il loro carattere scientifico le teorie che facevano leva su una sorta di parallelismo tra struttura psicosomatica e comportamento sociale sembravano fornire solidissimi argomenti per combattere il movimento per l'emancipazione femminile, ma soprattutto per asseverare una "naturale" divisione di genere iscritta nel codice genetico della società [58].

Paolo Mantegazza, autore di una fortunatissima serie di opere dirette ad illustrare i meccanismi psichici e fisiologici dell'amore e dei sentimenti, aveva decretato che la donna era "biologicamente" predisposta per ospitare al suo interno un cuore più grande e da tale caratteristica ne aveva dedotto che, proprio grazie alla sua specifica conformazione, essa fosse in grado «di consumare nel silenzio e nell'oscurità i più sublimi sacrifici e a sopportare intrepida le torture morali di una vita di continue punture, senza sospirare e senza insuperbirsi» [59]. Meno dotata intellettualmente, ma anche più esposta all'impeto delle passioni; entrambe queste caratteristiche facevano della donna un essere fragile, bisognoso di protezione, inadatto a ricoprire un ruolo di responsabilità al di fuori delle pareti do-

[57] Sergi (1893), p. 169.

[58] Babini (2011).

[59] Mantegazza (1879), p. 285.

mestiche. Otto Weininger in *Sesso e carattere* si sarebbe spinto oltre manifestando il suo sdegno contro le donne che nutrivano un desiderio di maggiore uguaglianza nei rapporti sociali e politici. «Al giorno d'oggi» chiosava «non c'è la vera donna che domanda l'emancipazione, ma generalmente donne maschili che male interpretano la loro stessa natura, né comprendono i motivi del loro agire quando credono di parlare in nome della donna» [60].

Non è necessario indugiare oltre su questo frusto campionario di stereotipi. Piuttosto, puntando di nuovo il quadrante dell'analisi sullo scritto di Enrico Ferri, esso permette di comprendere il senso dell'interesse scientifico che la figura di Sarah Bernhardt aveva destato nel giurista lombardo. La donna descritta dalle trattazioni mediche del tempo appariva come un essere istintuale, fragile, incapace di autodeterminazione. Un soggetto che proprio in relazione alla sua "minorazione" era oggetto dei dispositivi di controllo del discorso medico [61] e di quello giuridico [62]. Invece Sarah Bernhardt si presentava esattamente agli antipodi di questo immaginario. Incarnazione della *new woman* capace di determinare in maniera libera ed indipendente il proprio comportamento relazionale, appariva come una figura fuori dagli schemi, in grado di rasentare il territorio della genialità perché irriducibile alle categorie proprie della femminilità delineata dai saperi "scientifici" [63]. Una personalità, andrebbe aggiunto, che proprio perché impossibile da classificare nelle tradizionali classificazioni del senso sociale sembrava manifestare più di un'affinità con il territorio della devianza.

Si tratta, a ben vedere, di una storia già raccontata. A venire in rilievo

---

[60] Weininger (2012), p. 97.

[61] Babini (1986) e (1999).

[62] Si tratta di un tema spesso sottolineato dalla storiografia giuridica attraverso opere dirette a illustrare ed analizzare i diversi aspetti della minorità femminile dell'Italia liberale. Tra i numerosi contributi, ci si limita a ricordare: Cazzetta (1999); Chiodi (2004); Passaniti (2011); Pignata (2012); Valsecchi (2004); De Giudici (2016); Tita (2018); Fusar Poli (2021).

[63] Dottin-Orsini (1993); Glenn (2000); Showalter (2009).

è quel processo descritto in pagine memorabili da Michel Foucault nel quale tra il diciannovesimo e il ventesimo secolo la sessualità diveniva allo stesso tempo il vettore simbolico e la posta in gioco di una trama di discorsi centrali per l'edificazione dell'egemonia della classe borghese in travolgente ascesa. In particolare, il binomio sapere-potere, fissando un rigido confine tra ciò che è all'interno della "norma" e ciò che è fuori, generava anche la categoria dell'anormalità nella quale iscrivere tutti coloro che assumevano un comportamento non "normato" perché non assimilabile alla griglia delle tipizzazioni e delle convenzioni sociali, un comportamento in ultima analisi sintomo di devianza e disfunzionalità, e come tale passibile di studio, analisi e stigmatizzazione [64].

Ciò che in questo contributo occorre rimarcare è, in modo specifico, la modalità con la quale Ferri ricostruiva i tratti della personalità di Sarah Bernhardt, una lettura che assimilava gli strumenti forgiati per descrivere ed analizzare i ritratti di quel variegato mondo abitato da fantasmi che minacciavano la pace e l'operosità della quiete borghese e che sembrava ricalcare in maniera precisa proprio quella fitta galleria di *outsiders* che popolavano le opere della scuola positiva [65]. La scienza penale vagheggiata dai positivisti era in primo luogo strumento irrinunciabile di difesa sociale, beninteso non contro il fatto-reato, ma contro l'autore (attuale o potenziale) di un delitto; per questo i criteri assiologici e misuratori della difesa non potevano prescindere dalla produzione di tipologie di soggetti pericolosi [66]. In questa operazione di infinita produzione di categorie per l'esame della personalità della Bernhardt, Ferri ricorreva allo strumento dell'analisi del temperamento inteso come «personalità bio-psichica che vive e agisce in un determinato ambiente fisico e sociale» [67], capace di

[64] Foucault (1978).

[65] Pifferi (2007); Marchetti (2008) e (2009); Musumeci (2012) e (2016); Cernigliaro (2013).

[66] Velo Dalbrenta (2004) e (2012).

[67] L'esame del temperamento come fattore essenziale della criminogenesi era stato discusso dal giurista mantovano al IV Congresso internazionale di antropologia criminale tenuto a Ginevra dal 24 al 26 agosto 1896: cfr. Ferri (1901b). La relazione presentata è

saldarsi nella sua costruzione concettuale alla stessa nozione di delitto: «Un fenomeno di patologia individuale o sociale, effetto concomitante di tre ordini di fattori antropologici, fisici e sociali, che ne costituiscono la genesi naturale» [68].

Non rappresenta un caso che il primo carattere che Ferri proponeva all'attenzione del lettore fosse rappresentato proprio dalla specifica conformazione «organica» dell'attrice francese. Tale fisionomia nella Bernhardt assumeva le fattezze «de grands yeux, un teint pâle, une taille souple et élancée, des mouvements rapides et secs, ou bien flexueux, comme chez les félins» [69]. Un ritratto che corrispondeva in pieno alla fisionomia tipica del temperamento "nervoso" o "neuretico" descritto da Lombroso e dettato da un fisiologico principio di compensazione giacché, ad avviso di quest'ultimo, «la legge di dinamismo e di proporzione, che tanto sovraneggia anche nel sistema nervoso» comporta che

> ad un eccessivo consumo o sviluppo di forze succede un'eccessiva reazione, e rilascio delle forze medesime, per cui niuno dei poveri mortali può consumare una certa quantità di forze, senza pagarne, in altro modo, e duramente, lo scotto [70].

Per Ferri, la magrezza accentuata, la corporatura nevratile della Bernhardt rappresentavano una «predominance des lignes droites» a sua volta dettata dalla circostanza che «l'art exige une dépense exceptionnelle d'activité nerveuse» facendo sì che nella

> femme artiste ce tempérament nerveux qui accompagne le type nerveux offre des traits plus marquants chez les hommes, et qu'il atteigne chez elles les limites extrêmes de nervosisme et même de la névrose [71].

---

edita con il titolo di *Temperamento e criminalità* nei suoi *Scritti sulla criminalità*, pp. 423-428 (p. 426 per la citazione).

[68] Ferri (1901b), p. 423.

[69] Ferri (1896a), p. 516; Ferri (1901a), p. 481.

[70] Lombroso (1877), p. 18.

[71] Ferri (1896a), p. 517; Ferri (1901a), p. 481.

Un insieme di caratteri specifici, dunque, che nella donna sembravano deporre nel senso di una specifica correlazione tra l'attività artistica e l'alterazione nervosa a causa, precisava Ferri, «des liens indéniables qui existent entre le génie et la dégénérescence plus ou moins pathologique» [72].

Ma, più in profondità, il discorso del giurista mantovano provava ad istillare un'altra specifica immagine evocata dal corpo dell'attrice. Si trattava di un'associazione larvata che sembrava accreditare una sorta di sovrapposizione tra il temperamento dell'artista, la sua presenza sulla scena e la patologia femminile *par excellence*, ovvero l'isteria [73]. In effetti, proprio per la capacità di interpretare una pluralità di ruoli, l'attrice veniva percepita come una personalità *borderline* incapace di distinguere tra realtà e finzione, di sedurre amplificando al massimo le caratteristiche tipicamente femminili della finzione, dell'ambiguità e della mistificazione. Ed in effetti, gli esempi tratti dalla letteratura medica non mancavano: in primo luogo, la definizione del disturbo isterico a partire dal modello "degenerativo" inaugurato da Morel [74] (non a caso citato con approvazione da Ferri) e fatto proprio in Italia da Lombroso [75] e da Leonardo Bianchi [76], ovvero la donna isterica era tale perché possedeva un particolare tipo di personalità: portata alla simulazione, all'enfatizzazione, alla dimostratività; il sintomo esprimeva una sorta di "menzogna" somatica a sua volta favorito da una degenerazione familiare [77].

Non solo, perché proprio sul finire del XIX secolo i tradizionali studi sull'isteria femminile avevano conosciuto la svolta impressa da Jean-Martin Charcot, direttore del reparto riservato alle pazienti isteriche ed

---

[72] Ferri (1896a), p. 518; Ferri (1901a), p. 481.

[73] Minuz (1986); Tagliavini (1986b); Roccatagliata (1990) e (2001); Fiorino (1998) e (2000); Scull (2011); Micale (2019). Nel panorama degli studi di storia del diritto: Marchetti (2014); Musumeci (2015), pp. 91-92; Latini (2023).

[74] Morel (1857).

[75] Lombroso (2011).

[76] Bianchi (1905).

[77] Roccatagliata (1992) e (2001).

epilettiche dell'ospedale parigino di *Salpêtrière* che aveva descritto la varietà di sintomi presenti nell'attacco isterico come prodotto di un corpo altamente suggestionabile, incline ad un'imitazione irrefrenabile ed un'azione cinetica incontrollata. Legata alla tesi dell'origine non nosograficamente situata dell'isteria, la pratica clinica di Charcot assunse ben presto una notorietà tale da debordare dal perimetro dei discorsi scientifici ed acquisire una grande diffusione anche tra il pubblico dei non specialisti [78].

Intraprendente promotore dei suoi studi, Charcot non solo si affidò ad esperti fotografi per documentare il suo lavoro (frutto di questa collaborazione tra clinica ed arti visuali fu la pubblicazione tra il 1876 e il 1918 dell'*Iconographie photographique de la Salpêtrière*, un imponente atlante fotografico dell'isteria femminile) [79], ma soprattutto avrebbe accresciuto la sua fama con la celebre *Leçons du Mardi à la Salpêtrière* nella quale lo "spettacolo" di un attacco isterico veniva rappresentato di fronte ad una folla di medici, cronisti o semplici curiosi. In effetti, non è un caso che la critica storica abbia costantemente sottolineato il carattere performativo e teatrale delle lezioni tenute da Charcot alla clinica *Salpêtrière* [80]. Convinto sostenitore dei benefici diagnostici e terapeutici indotti dall'ipnosi,

[78] Bonduelle/Gelfand/Gœtz (1995); Gasser (1995); Bogousslawsky/Walusinski/Veyrunes (2009): originariamente «Charcot considered hysteria as a "neuroses" with an organic basis, but with no demonstrable cerebral damage and where a "dynamic lesion" of the brain was responsible for the "stigmata" (sensory dysfunction, hyperexcitability, visual field narrowing) i.e. permanent clinical features in patients who were also prone to paroxysmal fits (gran crises d'hystérie)» (cfr. p. 194 per la citazione). Per l'evoluzione di tale modello nel pensiero di Charcot e per i suoi successivi sviluppi: Bogousslawsky (2020).

[79] Edito in tre volumi a partire dal 1876, l'*Iconographie photographique de la Salpêtrière* terminò le sue pubblicazioni nel 1880. A partire dal 1888 lo studio dell'isteria fu oggetto della *Nouvelle iconographie de la Salpêtrière clinique des maladies du système nerveux* (1888-1918). Nel primo numero la pubblicazione veniva edita sotto la direzione scientifica di Charcot e si avvaleva dell'opera di Paul Richer, *chef de clinique,* e Gilles de la Tourette, *chef de laboratoire*, nonché della collaborazione di Albert Londe, direttore del servizio fotografico. La serie terminò con il *tome vingt-huitième* (1916-1917), edito nel 1918 per i tipi dell'editore Masson. Sulla diffusione dell'opera di Charcot, e la sua profonda influenza anche sulle arti figurative (Paul Klee, Gustav Klimt, Egon Schiele, tra gli altri): Erghbut (2010).

[80] Didi-Huberman (2008), pp. 238-239.

Charcot induceva nelle sue pazienti un attacco isterico che sembrava ripetersi secondo una trama prefissata, ben presto codificata nella letteratura scientifica e divulgata attraverso le testimonianze fotografiche. Dopo una fase prodromica, il corpo dell'isterica attraversava diverse fasi, precisamente *épileptoïde*, *clownisme*, *attitudes passionnelles*, *délire*, destinate a svolgersi sotto l'occhio attento del regista Charcot che ne spiegava i tratti e ne illustrava le manifestazioni più significative [81].

Certamente, non mancavano dubbi sull'autenticità e sull'attendibilità degli attacchi isterici messi in scena da Charcot, cionondimeno fu proprio la natura spettacolarizzata che assumeva nelle sue lezioni la patologia femminile ad incrementare la sua fama, così come quella delle donne protagoniste delle messe in scena alla clinica *Salpêtrière* [82]. Indipendentemente dalla complicità indubbiamente presente nel rapporto tra medico e paziente e dalla sospetta tempestività per la quale veniva inscenata ad uso e consumo del pubblico la *performance* di un accesso mentale, non vi è dubbio che le isteriche della *Salpêtrière* raggiunsero ben presto una grande fama perché capaci di esprimere attraverso il loro corpo, plasticamente destinato alla rappresentazione della malattia, una zona di confine tra realtà e finzione, una frontiera nella quale s'identificava fino quasi a confondersi la manipolabilità del corpo femminile ad opera del sapere medico con l'espressione libera ed incontrollata della propria "essenza corporea" dettata da un attacco isterico [83]. Così, ad esempio, Augustine ricoverata a quindici anni, Blanche Wittman conosciuta come la regina delle isteriche, o ancora Jean Avril – musa di Toulouse-Lautrec – divenuta dopo le sue dimissioni una delle più celebri vedettes del Moulin Rouge con il nome d'arte di *Jane la Folle* [84].

All'interno di questo perimetro, è possibile dunque esaminare il significato di questo richiamo intertestuale presente nel contributo di Enrico Ferri. Accreditare una omologia tra teatro e rappresentazione dell'isteria

[81] Israel (1996).

[82] Trasforini (1982); Didi-Huberman (2008).

[83] Wilson Smith (2017), pp. 130-156.

[84] Marquer (2008).

femminile non solo finiva per toccare una corda presente nell'immaginario dei suoi lettori, ma soprattutto forniva una traccia per decodificare il carattere indecifrato della recitazione di Sarah Bernhardt. Si trattava di un modello di difficile assimilazione perché, come è stato evidenziato, «sempre in tensione rispetto ad un centro (un'anima, una maschera) di per sé mobile ed eccessiva sia come personaggio recitante che nella vita, così come sempre all'insegna dell'eccesso risultavano le sue *performances*». In fondo, era proprio in questa tensione difficilmente definibile, ma costantemente presente, che risiedeva la sua carica di trasgressione: «in una distanza dalla "norma" che le avvicinava sensibilmente alla sfera dell'arte e della sessualità "incerta" e all'"eccentricità" delle attrici charcottiane» [85].

[85] Colopi (2019), p. 14. Non è possibile sapere se Ferri fosse a conoscenza di un dettaglio tutt'altro che trascurabile (spesso ripreso nelle tante biografie della diva francese), ovvero che Sarah fosse fra le più assidue frequentatrici delle lezioni-spettacolo che si tenevano alla clinica *Salpêtrière*. È opportuno sottolineare come la specifica associazione della figura della Bernhard all'isteria costituisse un argomento assai diffuso sulla stampa d'opinione francese. Nel 1884, in occasione di una sua visita alla clinica parigina diretta da Charcot, Sarah rilasciò un'intervista a *Le cronique médical*, subito ripresa da altri importanti giornali parigini. Nel suo colloquio con l'intervistatore, la Bernhardt spiegava che il motivo della sua presenza alla *Salpêtrière* era dettata dalla necessità di perfezionare ai fini della pratica teatrale la gestualità, la mimica e la postura attraverso lo studio delle movenze delle pazienti ricoverate al nosocomio parigino. Il suo intervistatore aggiunse che la Bernhardt si era recata presso la *Salpêtrière* in vista del suo prossimo debutto ne *La dame aux camélias* di Alexandre Dumas, per ispirarsi alle ricoverate al fine di interpretare la spaventosa agonia di Marguerite Gautier. Favorito anche dal *battage* alimentato dalla stampa, lo spettacolo registrò un successo straordinario e contribuì in modo determinante ad accreditare l'immagine della Bernhardt e ad associare in modo, più o meno consapevole, il suo personaggio con l'immaginario della patologia nervosa (Marshall, 2020, pp. 69-70; Timpano, 2021, pp. 40-41). Va ricordato che Sarah non avrebbe mancato di esprimere il proprio punto di vista, come sempre assai brillante ed originale, sugli accostamenti del suo stile recitativo all'isteria. Nell'*Art du théâtre* avrebbe teorizzato la "natura" femminile dell'atto del recitare di per sé connaturato al desiderio di piacere, alla capacità di esaltare i propri pregi e dissimulare i difetti, mentre in *Ma double vie*, nel riflettere sul concetto dell'astrazione da sé come strumento essenziale per l'interpretazione di un personaggio rivendicava con orgoglio la maggiore attitudine femminile basata sulla capacità di assimilazione propria della donna. Lungi da essere un elemento deteriore, rivelatore di una supposta natura passiva dell'animo femminile,

## 6. *Nevrosi urbane*

Ancora una volta, la lezione di Michel Foucault rappresenta un punto di riferimento centrale per esaminare le dinamiche che emergono dal complesso insieme di suggestioni evocate nelle pagine del discorso scientifico. A ben vedere, la celebrità assunta dal metodo di Charcot e dalle sue attrici costituisce una riprova della tesi avanzata dall'intellettuale francese che legge nelle isteriche le prime vere militanti dell'antipsichiatria, capaci di sfuggire da una classificazione della propria follia come perdita di capacità e come impoverimento della mente. Donne che lottavano contro l'esasperante normatività della psichiatria proprio attraverso l'amplificazione del corteo dei sintomi ed esibendo con magnificenza lo spettacolo della loro malattia [86].

Eppure, la suggestiva assimilazione dell'attrice all'isterica non rappresentava l'unico sentiero argomentativo presente nel contributo di Enrico Ferri, volto ad illustrare i caratteri e la fisionomia di Sarah Bernhardt. In effetti, dopo essersi soffermato sul suo temperamento e sulla sua corporatura, il giurista lombardo passava ad esaminare un altro tratto specifico che faceva dell'attrice un singolare oggetto di studio: l'incidenza dei fattori sociali sulla sua personalità. Attraverso un singolare ampliamento di prospettiva, Ferri riconduceva la fisionomia nervosa della Bernhardt ad una "malattia" del proprio tempo nella quale giocavano un ruolo determinante gli effetti indotti dal processo di urbanizzazione delle grandi metropoli europee. È opportuno cedere la parola a Ferri che, a proposito del temperamento neuretico riscontrato nella Bernhardt, commentava:

> Ce type anthropologique, on le rencontre communément dans les grands centres de population, dans les villes où la vie à toute vapeur impose au

---

questa capacità permetteva all'attrice di elaborare un'immagine di sé per gli altri, finendo così per sottolineare, in contrasto con chi teorizzava lo "sdoppiamento" isterico delle donne, il carattere assolutamente volontario e consapevole della *performance* teatrale. Sul punto: Colopi (2019), p. 15; Mariani (2016), p. 66.

[86] Foucault (1969), (1997) e (2004).

> système nerveux un travail continu, exagéré, conduisant fatalement au surmenage, au nervosisme, à la névrose [87].

Da questo punto di vista, dunque, l'analisi di Ferri segnava un passaggio dall'isteria come malattia individuale all'isteria come malattia sociale. Al centro della sua disamina volta ad indagare i fondamenti sociali della personalità della Bernhardt, vi era lo spazio urbano come fonte di degenerazione morale e psichica [88]. Tale ricostruzione prendeva le mosse dal carattere caotico dei grandi agglomerati urbani sul finire del XIX secolo, che rendevano il contatto con la massa un'esperienza onnipervasiva e totalizzante, capace di segnare nel profondo le percezioni della realtà. Come avrebbe scritto José Ortega y Gasset in un testo assai celebre, al limitare del nuovo secolo la vita cittadina proiettava i suoi abitanti in una dimensione nella quale emergeva costantemente la sensazione dell'«agglomerazione, del pieno». «Le città sono piene di gente», scriveva,

> le case, piene d'inquilini. Gli alberghi, pieni di ospiti. I treni, pieni di viaggiatori. I caffè, pieni di consumatori. Le strade, piene di passanti. Le anticamere dei medici più noti, piene di ammalati. Gli spettacoli, appena non siano particolarmente estemporanei, pieni di spettatori [...]. Quello che prima non costituiva un problema, incomincia ad esserlo in ogni momento: trovar posto [89].

---

[87] Ferri (1896a), p. 516; Ferri (1901a), p. 481.

[88] Il tema del disordine urbano come fòmite di degenerazione e matrice di tare e disturbi nevrotici è un tema ampiamente circolante nella complessa rete di discorsi nella cultura europea tra Ottocento e Novecento. Al di là del richiamo ad un'opera assai significativa di Georg Simmel, *Die Großstädte und das Geistesleben* (*La metropoli e la vita dello spirito*), che tuttavia verrà pubblicata solo nel 1903, era ancora una volta Max Nordau a fornire una traccia di lettura utile per inquadrare il fenomeno. Nel suo *Entartung* (*Degenerazione*) Nordau, oltre a scandagliare la produzione artistica dei suoi tempi per ricercare forme patologiche di gusto e sensibilità degli artisti (a finire sotto il suo implacabile vaglio critico erano, tra gli altri, Tolstoj, Wagner, Wilde, Baudelaire), individuava nella città il perverso fattore scatenante di fondamentali disordini psico-comportamentali, come il nervosismo e la sovraeccitazione. Approfondiscono la figura di Nordau, Pick (1989), pp. 223-224; Pelloni (2008).

[89] Ortega y Gasset (2001), pp. 47-48.

Si tratta di parole assai note, che tuttavia sembrano esprimere con chiarezza lo spostamento dell'asse della percezione dell'esperienza urbana come fenomeno capace di modificare la stessa autocoscienza della popolazione. Allo stesso tempo, però, l'identificazione della proprietà della massa come un fenomeno impenetrabile, che muta la fisionomia dei rapporti tra individui, sembrava anche saldarsi con un altro dei tropi discorsivi maggiormente battuti dalle nuove correnti di ispirazione positivistica della penalistica italiana: il potere di suggestione della folla, l'identificazione della città come regno del disordine, dell'indisciplina, della pericolosità.

Si pensi, ad esempio, ad un'opera come quella di Scipio Sighele (edita per la prima volta nel 1891 con il titolo suggestivo *La folla delinquente*) [90]. Questi, nella definizione della relazione tra incube-succube, che si realizzava nella polarità folla-individuo, aveva tratto numerosi riferimenti dagli studi di Morselli sul soggetto ipnotizzato – significativamente connotato come un artista drammatico che intende rappresentare diverse parti in commedia o in tragedia [91] – nonché dagli esperimenti d'ipnosi collettiva messi in atto a Torino da Alfred D'Hont, al secolo Donato. Come autorevolmente affermato, è possibile ricondurre l'insieme di queste rappresentazioni a quel particolare interesse, diffuso tra Ottocento e Novecento, verso i processi di «eterodirezione» dei comportamenti a favore della perdita di controllo sugli spazi urbani in cui sempre maggiori fasce di popolazione venivano inserite [92].

Del pari, il tema della suggestione esercitata dalla città era presente nella *Psychologie des foules* di Gustave Le Bon (1895), ma prima ancora aveva segnato profondamente l'opera di un autore capace di influenzare sensibilmente gli indirizzi del positivismo italiano, come Gabriel Tarde [93], in particolare attraverso il concetto di imitazione [94]. In sede critica è stato

---

[90] Sighele (1891).

[91] Morselli (1886), p. 235.

[92] Gallini (1983), p. 207. Su questi temi anche Guarnieri (1990).

[93] Tarde (1890).

[94] L'impulso imitativo, considerato da Tarde alla base di tutti i fenomeni sociali (*Les lois de l'imitation*, 1890), avrebbe caratterizzato non solo la sua celebre distinzione tra

notato come «la sociologia criminale di Tarde sia attraversata, quasi ossessionata, da una netta dicotomia mondo della città e della campagna, *homme de la ville* e *paysan*» poiché è nelle grandi città come Parigi che «il crimine [...] si trasforma in professione, e, in un certo senso, si raffina: alla violenza vendicativa e brutale, tipica del delitto rurale, si sostituisce una violenza cupida e voluttuosa» [95].

D'altra parte, la Parigi nella quale si formò ed operò Gabriel Tarde era anche il contesto scientifico e professionale nel quale lo studio della criminalità sembrava assimilare strumenti nuovi e inesplorati che si sarebbero rivelati centrali perché basati sullo studio della dissociazione della personalità dei soggetti. Un esempio per tutti: Alfred Binet, già collaboratore di Charcot alla *Salpêtrière*, autore di studi sulle personalità multiple, che si avvalse per le sue ricerche di una ricca casistica desunta dall'attività teatrale, arrivando ad affermare che tra il comportamento dell'isterica, debitamente attivata sotto suggestione ipnotica, e l'attrice che recita totalmente immersa nella sua caratterizzazione del suo personaggio vi fosse una differenza assai sottile e difficile da individuare con nettezza [96]. Si trattava, è opportuno sottolinearlo, di considerazioni di importanza esiziale per giuristi e medici di fronte alle connessioni che l'antropo-

---

folla e pubblico (*L'opinion et la foule*, 1891), ma anche la sua peculiare teoria della responsabilità. In particolare, quest'ultima recuperava la nozione di responsabilità morale (negata dalla scuola positiva italiana ed in particolare da Ferri) basandola, in concorso con altri requisiti, sulla nozione d'identità personale intesa come «que l'acte ait pour cause saisissable une *personne*, c'est-à-dire qu'il ait été voulu, et que cette personne n'ait point subi d'altération trop profonde, au point de vue de ses rapports avec ses semblables, pour être demeurée l*a même* dans le sens social du mot»: Tarde (1891), p. 856. È peraltro assai significativo che Tarde polemizzasse in maniera assai accesa contro l'iperdeterminismo socio-biologico della scuola positiva, nonché contro lo stesso Ferri – «esprit d'ailleurs des plus virils – (Tarde, 1891, p. 852), rappresentante, a suo dire, di quell'«esprit italien qui joue effectivement, dans le grand salon de l'Europe, le rôle de la *femme supérieure* enthousiaste, agitatrice, très radicale d'allures, très diplomate au fond, un peu prompte à exagérer la nouveauté à la mode pour se l'approprier» (Tarde, 1891, p. 852). Sul problema penale in Gabriel Tarde: Petrucci (1988); Bisi (2004).

[95] Petrucci (1995), p. 125.

[96] Binet (1891).

logia sociale e la psico-patologia andavano scoprendo in quegli anni scrutando i legami che tenevano insieme «fisico e morale, giudizi e sensazioni, coordinazione (e alterazione) di movimenti e d'idee». Come è stato messo in evidenza, utilizzando un lessico tratto proprio dall'opera di Binet, «per la prima volta venivano studiati i rapporti tra l'"io normale" alla ribalta sul proscenio e l'"io oscuro" dissimulato dietro le quinte» segnando un tema d'indagine che si collocava «all'immediata preistoria della psicanalisi» dal momento che «Freud darà un senso alla ricerca, organizzerà il materiale, fornirà un vocabolario adeguato, ma lo spazio ermeneutico è già delimitato» [97].

## 7. *Maternità, "dismaternità" e prognatismo femminile*

Naturalmente, è opportuno misurare il senso delle osservazioni riportate nel precedente paragrafo dal momento che il riferimento a tematiche che assumeranno per la cultura scientifica i tratti di una svolta epocale a quel tempo era appena percepibile sullo sfondo [98]. Indipendentemente dalla polemica che lo avrebbe opposto a Tarde – accusato di eclettismo [99] – Ferri rimaneva ancorato allo studio e ai tradizionali strumenti d'indagine della sua disciplina perché orientato a leggere i segni della nevrosi imposta dalla massificazione della vita urbana con le lenti tradizionali che finivano per esprimere i timori della classe borghese prodotti dalla modernizzazione socio-economica incontrollata, dalla pauperizzazione diffusa e capillare, dalla proliferazione di *classes dangereuses* [100].

Il riferimento a tematiche consolidate sembra confermato anche dall'esame del terzo elemento sul quale Ferri costruiva l'analisi della personalità di Sarah Bernhardt, nel quale il giurista lombardo, esaminando i

[97] Petrucci (1995), p. 122.

[98] Martucci (2002), p. 13; Migliorino (2016).

[99] Ferri (1900), pp. 657-668.

[100] Lacché (1990) e (2019); Meccarelli (2009) e (2011); Lacché/Stronati (2011) e (2014).

tratti somatici e frenologici dell'attrice francese, sviluppava una serie di spunti argomentativi ampiamente presenti nel campo disciplinare votato all'analisi della devianza femminile.

In una sua recensione seguita all'edizione del 1893 de *La donna criminale, la prostituta e la donna normale*, da lui definita un «avvenimento scientifico» [101], Ferri aveva provato ad individuare un elemento capace di collegare l'insieme (in verità in più punti farraginoso e contraddittorio) di dati, tabelle e congetture analizzati e commentati da Lombroso e Ferrero. A suo avviso, l'elemento che sembrava fare da sfondo al tema della criminalità femminile doveva essere individuato nella "dismaternità", ovvero la scarsa propensione della donna per ciò a cui essa era biologicamente "predisposta": l'essere madre. Non rappresentava un caso, ad esempio, che nell'analisi di Lombroso la prostituta-nata presentasse una perfetta sovrapponibilità con il tipo-criminale: «la stessa mancanza di senso morale, la stessa durezza di cuore in entrambi, lo stesso gusto precoce per il male» [102]. Tali caratteri recessivi nella prostituta finivano per rivelarsi in modo palese proprio nella mancanza di senso del pudore e in una sessualità del tutto avulsa dalla "naturale" missione della maternità e dalle cure di famiglia. Secondo Ferri, l'analisi di Lombroso confermava come la maternità, attraendo gran parte delle energie individuali della donna, modificandone «tirannicamente tutta l'esistenza organica e psichica», doveva essere considerata il centro d'attrazione in relazione al quale si sviluppava la sua intera vita sociale. Tuttavia, se nella donna "normale" – che orienta la sua esistenza alla cura coniugale e all'intimità domestica – l'elemento biologico-evolutivo si accordava perfettamente con il suo ruolo all'interno della società, nelle ipotesi di devianza femminile tale coincidenza si verificava in maniera imperfetta o non si verificava affatto, sottraendo la donna alla sua vocazione di madre [103].

Al di là dei riconoscimenti tributi da Lombroso, le considerazioni di Ferri sulla maternità, che da lì in poi si avviarono a diventare un «tropo

[101] Ferri (1893).

[102] Lombroso/Ferrero (1893), p. 571.

[103] Ferri (1893).

obbligato della minorità femminile»[104] in ambito giuridico, non rappresentavano affatto una novità perché attingevano ad una serie di discorsi largamente circolanti nei dibattiti medico-scientifici dell'epoca[105]. Emblematica in tal senso, l'opera dello psichiatra tedesco Richard Krafft-Ebing del 1886, *Le psicopatie sessuali* (tradotta in italiano per iniziativa di Lombroso), che fin dalla sua prefazione sottolineava come la (supposta) differenza tra uomo e donna relativa al desiderio sessuale risiedesse in una combinazione di fattori biologici e sociali, essenziale per la stessa conservazione della società. «L'uomo» scriveva Krafft-Ebing

> [...] ama sensualmente, la sua scelta è determinata da doti fisiche e seguendo l'imperioso suo istinto è aggressivo e impetuoso nella conquista dell'amore [...]. Altramente si comporta la donna. Se ha intelligenza normale e buona educazione, il suo desiderio sessuale è languido. Se così non fosse il mondo intero diventerebbe un bordello, e matrimonio e famiglia sarebbero inconcepibili[106].

Ma, a prescindere della questione (per la verità assai dibattuta) tra psichiatri ed antropologi circa il minor desiderio femminile, il tema sul quale si manifestava una assoluta convergenza risiedeva nell'assoluta funzionalizzazione del corpo sessuato femminile al ruolo di madre. Emblematica, ancora, la testimonianza di Paolo Mantegazza:

> La donna è madre, e intorno a questo nocciolo o a questo scheletro biologico si raggruppano tutte le sue energie, quasi tutte le sue virtù, quasi tutte le sue debolezze. La donna è tutta imbevuta di maternità, e anche quando è sterile, anche quando muore vergine, tiene in sé latenti tesori di affetto [...]. Tutte le altre differenze psichiche della donna, le buone come le cattive, si raggruppano intorno a questa fondamentale missione della maternità e quando le manca è sempre una creatura incompleta e anormale[107].

---

[104] Alessi (2006), p. 136; Sbriccoli (2004).

[105] Diffusamente sul punto: Colao (2016a), pp. 203-204; Cavallo (2019).

[106] Krafft-Ebing (1889), p. 11.

[107] Mantegazza (1893), p. 265.

A ben vedere, l'estremizzazione di tali premesse permetteva una facile sponda a chi come lo psichiatra e neurologo tedesco Moebius si sarebbe scagliato, lancia in resta, contro le pretese emancipatorie femminili con (sedicenti) argomentazioni di natura scientifica. A suo dire, il minore sviluppo del cervello femminile costituiva una connotazione necessaria per la preservazione della società. Una «soverchia attività mentale», egli proseguiva, non avrebbe fatto altro che distogliere la donna dalla sua naturale missione biologica, ovvero la maternità. Per questo motivo, Moebius, stigmatizzava con accenti critici non solo la donna che, incanalando il proprio desiderio fuori dalla procreazione, «veniva meno al suo obbligo verso la specie», ma anche l'istruzione femminile, quest'ultima colpevole, secondo la sua argomentazione, di sviare le donne dalla loro missione materna e di essere la causa di un preoccupante calo demografico. Non vi è dubbio, questi concludeva, che il femminismo e il diffondersi di una mentalità femminile *modern style* che ricercava nel campo giuridico una serie di libertà "innaturali", fossero alla base di quelle particolari forme di degenerazione nervose così diffuse ai suoi tempi [108].

Certamente l'orizzonte di lettura nel quale s'iscrivevano le considerazioni di Ferri a proposito di Sarah Bernhardt era lontano dal dogmatismo unilineare e dalla misoginia straripante dell'opera di Moebius. Ciononondimeno, Ferri sembrava condividerne una traccia di fondo: l'esigenza di iscrivere nell'orizzonte della normatività il corpo femminile per incanalarlo nell'unica funzione "necessaria" e compatibile con la sua funzione sociale: l'essere madre. Tale esigenza si traduceva in una necessità di incasellare "scientificamente" non solo le caratteristiche tipiche della "normalità" femminile, ma anche le prerogative ed i limiti dei corpi maschili e femminili, assegnando a ciascuno il proprio posto in società [109]. Non è senza significato che lo stesso Ferri, in una sua successiva conferenza dal titolo suggestivo *La donna normale, la donna artista, la donna delinquente*, classificasse proprio la donna artista come «una varietà antropologica a

[108] Moebius (1904), pp. 84-86.

[109] Gibson (2019); Gadebusch Bondio (1996).

sé stante»[110], collocata in una zona di confine tra i due poli destinati a segnare la normalità e l'anormalità dell'esistenza femminile.

Certo, l'attrice, pericolosamente esposta allo sguardo ed al desiderio degli spettatori, sembrava suggerire una specifica assimilazione con la "donna pubblica", lontana dall'istinto della maternità «nel senso più nobile della sua missione naturale»[111]. Tuttavia, posto di fronte alla personalità di Sarah Bernhardt, il discorso di Ferri prendeva una strada inaspettata ed impegnava l'autore ad inerpicarsi in un tortuoso itinerario argomentativo.

Tale itinerario prendeva le mosse dalla specifica conformazione del viso della Bernhardt, caratterizzata dalla presenza di una "mascella falciforme". Proprio questo specifico aspetto del viso accumunava la Bernhardt a tante «femmes artistes très connues» a cominciare dalla "divina" Eleonora Duse. Attraverso una minuziosa comparazione biometrica (corredata, tra l'altro, da grafici e tabelle) Ferri sottolineava la «ressemblance de ligne et d'expression» tra le donne di spettacolo, e tale circostanza lo portava a concludere che «la mâchoire falciforme» costituisse «le détail précis et symptomatique spécial à la physionomie nerveuse chez les femmes artistes»[112].

Rifacendosi ad una serie di osservazioni da lui già compiute nel suo studio sull'omicidio, Ferri ricordava come l'originaria funzione biologica della mascella, quella di strumento di nutrizione e di attacco, nel progresso evolutivo avesse profondamente modificato la sua natura, come era comprovato dallo sviluppo dei singoli individui nei quali si registrava un «antagonisme entre le développement du cerveau – en partant de la boîte crânienne – et celui de la mâchoire». Così, egli proseguiva, nell'osservazione dell'uomo «très intelligent» era possibile riscontrare una mascella meno pronunciata, "inequivocabile" segno evolutivo di grande profondità di pensiero, ma anche debolezza fisica e asservimento «dans la mêlée sociale». Per contro, una mascella sviluppata come estensione costituiva

[110] Ferri (1979), p. 295.

[111] Ferri (1979), p. 297.

[112] Ferri (1896a), p. 518; Ferri (1901a), p. 482.

l'espressione «d'une puissante activité individuelle contrastant avec celle des autres individus d'un groupe collectif» [113].

Ferri non esitava ad individuare proprio nella «mâchoire en forme de faux» la vera e propria chiave per comprendere appieno i caratteri sfuggenti della donna-artista e ricondurla ad una spiegazione che fosse in linea con la naturale missione della donna in società. «Il faut se rappeler avant tout», scriveva,

> que les deux pôles de la vie sont l'individu et l'espèce. La femme a une fonction prédominant dans la vie de l'espèce par son travail miraculeux de la maternité, qui explique tous ses caractères physiques. Elle ne peut, par conséquent, exceller dans la vie individuelle qu'en sacrifiant dans une certaine mesure la vie de l'espèce, et en faisant de celle-ci une moindre dépense que de celle-là.

Ed in effetti, proseguiva Ferri,

> dans la société d'aujourd'hui et aussi dans celle du passé, il n'y a guère d'outre voie ouverte à l'activité individuelle de la femme que le talent artistique, au théâtre, dans la littérature, ou dans les beaux-arts proprement dits.

Ciò, dunque, chiariva il significato più profondo della "mascella falciforme" propria delle donne-artiste. Essa era

> comme significatif anthropologique, le symptôme extérieur d'une puissante individualité s'éloignant très souvent de la vie de l'espèce, c'est-à-dire de la maternité. Et cette individualité s'exerce dans l'activité artistique parce qu'elle n'a pas d'autre domaine qui lui soit permis, parce qu'elle ne peut pas, par exemple, s'exercer dans l'activité militaire, parce que, si les femmes peuvent devenir de grandes tragédiennes, des grands peintres [...] des grandes musiciennes [...], des écrivains célèbres [...] elles ne peuvent prétendre à la gloire d'un Napoléon Ier, qui lui aussi, avait la forte mâchoire carrée [114].

---

[113] Ferri (1896a), pp. 519-520; Ferri (1901a), pp. 482-483.

[114] Ferri (1896a), p. 520; Ferri (1910a), p. 483.

Del resto, non è senza significato che lo stesso Ferri, allorquando provava a fornire esempi di donne destinate ad eccellere nel mondo artistico, insieme alla Bernhardt e dopo aver menzionato tra le altre, Clara Schumann per la musica e Rosa Bonheur per la pittura, si soffermasse in particolare su Ada Negri che, con le sue raccolte di poesie, aveva cantato non solo la massacrante realtà del lavoro salariato di braccianti ed operai, ma anche il senso di ribellione femminile di fronte ai preconcetti per i quali l'unica esistenza veramente degna per il sesso femminile fosse quella vocata al matrimonio ed ai figli. Certamente «la poétesse du peuple», impegnata allora in uno stretto sodalizio con Anna Kouliscioff e Filippo Turati, corrispondeva in pieno alla fisionomia nervosa «compris la mâchoire falciforme symptomatique» ed i suoi versi esprimevano un «talent si incontestablement génial» [115]. Eppure, ciò non gli impediva di chiosare al termine del suo contributo strizzando l'occhio al senso comune e ai pregiudizi radicati nella mentalità del suo tempo.

> Qu'un critique théâtral me fasse voir les portraits de deux artistes célèbres, l'une ayant les traits de la physionomie symétrique, l'autre ceux de la physionomie nerveuse, je n'hésiterai pas un instant à donner la préférence à ce deuxième type anthropologique, si l'on me demande laquelle des deux l'emporte comme talent. Mais mon choix sera tout autre si, au lieu d'artistes, il s'agit de jeunes femmes à marier

«In tal caso», egli concludeva, «interrogez le miroir de l'âme et prenez pour femme celle qui a une physionomie moins troublant, plus régulière, moins nerveuse, plus maternelle» [116].

## 8. *Conclusioni*

Il contributo di Ferri offre il destro per una serie di considerazioni conclusive, dettate dalla necessità di leggere, al di là delle specifiche linee

[115] Ferri (1910a), p. 483.

[116] Ferri (1896a), p. 521; Ferri (1901a), p. 484.

argomentative, il suo significato nei complessi dibattiti che sul finire dell'Ottocento s'intrecciavano sulla questione femminile.

Naturalmente, il riferimento al tema dell'anatomia e della differenza sessuale non fu affatto un prodotto originale dell'Ottocento. Tuttavia, proprio nel clima positivistico caratterizzato da una fiducia illimitata nella scienza cui faceva da contraltare un rigido conformismo morale, l'attenzione alle differenze sessuali acquisì un tratto marcatamente ideologico [117]. Avviato l'ormai inarrestabile processo di secolarizzazione delle mentalità individuali e collettive, alla scienza fu attribuito il compito di individuare forme e caratteri dei comportamenti sani e morali. La collaborazione tra medicina, antropologia e diritto risultò determinante non solo per avvalorare le tesi sessiste come predicato di scienza, ma anche per fornire una lettura ipostatizzata dell'esperienza femminile ovverosia fondata da caratteri rigidi e immutabili corrispondenti alla supposta natura delle funzioni femminili nella società [118]. Il complesso dei discorsi che, a partire da questi elementi, si occupavano dell'arte al femminile trovò nella riflessione sulla scena teatrale un terreno particolarmente fertile per mettere alla prova la natura essenzializzata della femminilità, dal momento che la teatralità della donna costituiva uno specifico riflesso di una conformazione naturalmente portata alla mutevolezza, alla fragilità emotiva, alla suggestionabilità. Non rappresenta un caso che lo psichiatra inglese Henry Havelock-Ellis, attentissimo lettore di Lombroso e Mantegazza, dedicasse proprio al teatro una specifica riflessione nel suo *Men and Women*, sottolineando come la recitazione delle donne fosse in realtà il portato di un riflesso istintuale dettato dalla loro "naturale" eccitabilità emotiva, dalla tendenza alla finzione, così come all'emulazione incondizionata [119].

---

[117] Wanrooij (1990), p. 177; Govoni (2006).

[118] Wanrooij (1990), p. 178.

[119] «There is [...] one art in which women may be said merely to nearly rival but actually to excel men: this is the art of acting». Ciò, secondo lo studioso inglese, era dimostrato dall'esperienza del passato, per il quale «there are more good actress than good actors», ma anche del presente: «France at all events, can shows no male rivals of Sarah

È possibile auscultare il ritmo delle pulsazioni di questi stereotipi anche nelle pagine che Enrico Ferri dedicava al temperamento "neuretico" dell'artista. Un tentativo che, mirando ad unire la divulgazione con una lettura normativa della società, veniva certamente incontro al gusto dei lettori, affascinati – come intuì Gramsci a proposito delle teorie della scuola positiva – da «quel moralismo astratto, poiché il bene ed il male erano qualcosa di trascendente e dogmatico»[120] che coincideva con il senso comune.

A ben vedere, come avrebbe avuto modo di rimarcare Ferri, se «la donna porta nel delitto il suo carattere sociale e la sua condizione biologica influisce nella sua psicologia», era giocoforza da attendersi che la donna artista, in primo luogo l'attrice, presentasse una serie di caratteristiche dirette a lambire, se non proprio a sovrapporre, due degli elementi riscontrabili come «caratteri emergenti del delitto femminile»: la simulazione e la dissimulazione. Tali caratteristiche, ad avviso del giurista mantovano, «sono rese molto facili dall'autosuggestione alla quale si abbandona la donna. Essa inventa circostanze verosimili, ma non vere. Vi si affeziona in modo intenso e pervicace». Non solo, egli proseguiva, «il fenomeno naturalmente si acquisisce nei casi di nevrosi isteriche. L'isterismo, che è il camaleonte delle malattie nervose, ha per speciale carattere una speciale tendenza alla calunnia, alla maldicenza, alla falsità». Nondimeno, concludeva,

> le nevrosi isteriche nelle donne delinquenti hanno determinato la creazione di "donne fatali" [...] figura di donna fatalmente terribile, che ugual-

Bernhardt». In effetti, ad avviso dell'autore «it is not difficult to find the organic basis of women's success in acting. In women mental processes are usually more rapid than in men; they have also an emotional explosiveness much more marked than in men possess, and more easily whitin call. At same time the circumstances of women social life have usually favoured an high degree of flexibility and adaptability as regard behaviour, and they are, again more trained in vocal expression both those emotions which they feels and those emotions which it is considered their duty to feel. [...] It is probable also that women are more susceptible than man to the immediate stimulus of admiration and applause supplied by the contact with the audience»: cfr. Havelock Ellis (1897), pp. 324-325.

[120] Gramsci (1975), p. 327.

> mente va seminando per forza magnetica il bene e il male, l'odio o l'amore, la gioia o l'infelicità [121].

Da questo punto di vista, dunque, la classificazione di Ferri metteva in rilievo una caratteristica specifica del processo di costruzione della marginalità propria della scienza giuridica [122]. La definizione della donna artista e dei suoi caratteri così diversi dai canoni della rispettabilità borghese riposava implicitamente sulla formulazione e sulla definizione dei princìpi che presiedevano alla "normalità" nelle relazioni tra i sessi. Tale processo, a sua volta, finiva per investire regole informali di comportamento, che tuttavia attraverso il complesso arsenale concettuale ricavato dalla medicina finivano per prospettarsi come necessarie per la conservazione e l'equilibrio del tessuto sociale. Così profondamente diversa dai consolidati tratti di una femminilità debole e remissiva, la donna di teatro incarnava i tratti di un modello incompatibile con gli ideali di decoro e di moderazione, matrice di una promiscuità difficilmente assimilabile al perbenismo borghese [123]. La costruzione tipologica della donna artista permetteva perciò in un significativo contrappunto di asseverare i caratteri della normalità femminile orientata sui tradizionali stereotipi di passività e debolezza [124]. Allo stesso tempo, le complesse istanze emancipatorie che affioravano dal modello della donna di spettacolo finivano per essere così normalizzate, offrendo al pubblico una ulteriore classificazione volta ad arricchire la collezione di tipi e sottotipi, categorie e sottocategorie utili per tranquillizzare una borghesia profondamente turbata e scossa nelle sue certezze di fronte ad un modello femminile così distante dai riferimenti tradizionali.

Si trattava, è il caso di aggiungere, di una costruzione che il giurista lombardo sviluppava da una tribuna internazionale, ma con lo sguardo significativamente rivolto al contesto italiano.

---

[121] Ferri (1979), pp. 289-290.

[122] Cernigliaro (2013).

[123] Gibson (2004a).

[124] Pasi/Sorcinelli (1995).

Come si è avuto modo di sottolineare, Sarah Bernhardt forniva una testimonianza emblematica della figura della *new woman*, orientata nello spazio pubblico e capace di determinare autonomamente le proprie scelte professionali, affettive, relazionali. Cionondimeno l'autointerpretazione di questo modello da parte del pubblico femminile in Italia tra Ottocento e Novecento seguiva una serie di sentieri del tutto peculiari rispetto agli omologhi modelli presenti in Europa e negli Stati Uniti. Come è stato evidenziato, nell'Italia liberale la presenza di una serie di elementi diretti ad ostacolare o quanto meno a rallentare la conversione della modernizzazione economica in una modernizzazione sociale (forte presenza della Chiesa Cattolica, esistenza di profondi *cleavages* territoriali, saldo radicamento dei tradizionali assetti patriarcali nelle relazioni familiari, minore incidenza dell'istruzione e dell'occupazione femminile) agì in modo assai incisivo sulla formazione dell'autocoscienza delle donne per la recezione e l'elaborazione di un nuovo modello di femminilità libera dai modelli ereditati dal passato [125].

In particolare, tale processo, oltre a generare le richieste volte a colmare le inveterate diseguaglianze sul piano economico e normativo (seguendo un modello comune a tutti i movimenti emancipazionisti), segnò anche una profonda riflessione avviata proprio dalle donne sul piano della vita privata facendo sì che in Italia l'immagine della *new woman* acquisisse una ulteriore caratterizzazione più intima, basata sulla consapevolezza della differenziazione di sensibilità ed affettività rispetto al mondo maschile [126]. Ciò, contribuisce a spiegare perché soprattutto in Italia un ruolo determinante per la formazione e l'autoelaborazione di una nuova femminilità fosse assunto da modelli esemplari tratti da storie di vita che intraprendevano strade diverse da quelle tradizionali. Tali testimonianze, più che dalla concreta esperienza lavorativa e professionale, venivano recepite dal pubblico femminile attraverso la cronaca giornalistica, la parola letteraria, ma anche e soprattutto il teatro [127].

Non va dimenticato che tra Ottocento e Novecento il teatro rappre-

[125] Pelaja (1994); Barbagli/Kertzer (2003).

[126] Babini (2015).

[127] Guidi (2004); Betri/Maldini Charito (2002).

sentava una delle poche occasioni di svago "rispettabile" permesse alle donne della borghesia fuori dall'ambito domestico permettendo l'incontro e la conversazione con l'altro sesso. Al dì là degli strali dei moralisti che sottolineavano il carattere deteriore di tale promiscuità, così come gli effetti perversi suscitati da uno spettacolo teatrale su un corpo così fragile e suggestionabile come quello femminile, fu tuttavia la scena teatrale a costituire un importante vettore di socializzazione e di confronto, ma anche di conoscenza, raffronto ed elaborazione di nuovi modelli di femminilità per le spettatrici italiane. In effetti, fu proprio grazie all'incontro con storie di vita così lontane dalla quotidianità che le italiane impararono a costruire una nuova grammatica della femminilità e a immaginare nuovi modelli di relazione ed espressione del desiderio [128].

Per questi motivi, l'esempio "scandaloso" di Sarah Bernhardt e la riconduzione del temperamento artistico ad una forma di nevrosi rappresentavano per Ferri due tasselli argomentativi fondamentali per arginare una pericolosa forma d'identificazione, ribadendo alle donne italiane il confine che separava nettamente la finzione scenica e la vita privata. La figura iconica della diva incarnava in un certo senso una forma di fede secolarizzata, ispirata da un irriflesso ed irrazionale bisogno di immedesimazione da parte del pubblico femminile che proiettava sull'attrice il desiderio di una vita libera, intensa, diversa dal quotidiano [129]. Il teatro poteva agire da pericoloso detonatore di sentimenti difficilmente controllabili [130], mentre le passioni dovevano essere oggetto di saperi disciplinari atti a governare le esistenze femminili verso il loro destino biologico e socialmente condiviso: la maternità e la cura domestica [131].

Quasi superfluo sottolineare le profonde implicazioni politiche che si celavano dietro ad una tale argomentazione. Di fronte all'erompere della dimensione sociale nel discorso giuridico della fine dell'Ottocento, Ferri avrebbe intrapreso una strada che cercava di coniugare questione femmi-

[128] Mitchell (2015); Pietrini (2004) e (2021).

[129] Mariani (1991).

[130] Pullen (2005).

[131] Schettini (2011).

nile e questione operaia, schierandosi apertamente a favore delle rivendicazioni delle donne in materia di lavoro [132].

Eppure proprio la sua posizione nascondeva una soggiacente ambiguità, perché il tema delle condizioni di lavoro non rappresentava né poteva rappresentare un elemento a sé stante, isolato dal complesso d'istanze presenti nell'invisibilità giuridica del femminile, dal momento che esso costituiva solo un aspetto di un problema più ampio relativo al tema della cittadinanza e della soggettività delle donne [133]. A ben vedere, al di là delle numerose manifestazioni simpatetiche verso la condizione femminile, il discorso di Ferri finiva per asseverare il "naturale" rapporto gerarchico tra i sessi affidando all'uomo la sfera pubblica e quella produttiva, lasciando alla donna il governo della casa e dell'educazione. Da questo punto di vista, la stretta relazione esistente tra differenza sessuale ed ordine sociale risultava un argomento decisivo per respingere qualsiasi argomento a favore di una maggiore libertà sul piano dei diritti civili e politici per il sesso femminile [134]. Non solo, la stessa esaltazione della maternità che ricorreva più volte nelle pagine del giurista lombardo si avvitava su una contraddizione difficilmente superabile. Essa, se da un lato permetteva alla donna di rivendicare una imprescindibile funzione sociale e con essa il diritto al rispetto maschile, dall'altro finiva per riverberarsi in senso deteriore sulle sue capacità, escludendo dal novero della "normalità" ogni attività che non fosse legata al ruolo materno [135].

---

[132] Pieroni Bortolotti (1974); Rossi-Doria (2007). Significativo come lo stesso Ferri nella sua conferenza diretta ad illustrare le tipizzazioni femminili di donna "normale", artista e delinquente, dopo aver biasimato il destino della donna del popolo che «lavora ovunque e soffre ovunque», aggiungesse con tono ispirato: «Quando la società avrà reso alla donna tutta la dignità della sua condizione sociale, non certo nel senso del femminismo più o meno eccentrico – che dimentica le naturali ed incancellabili differenze organiche e psichiche tra donna e uomo […] – ma nel senso vero e profondo di tutela dalla maternità, tutta la psicologia della schiavitù della donna è destinata ad attenuarsi progressivamente fino a scomparire» Ferri (1979), p. 292.

[133] Costa (2001), p. 345.

[134] Gibson (2009).

[135] Wanrooij (1990), p. 180; Gibson (2004b).

I caratteri profondi di questa dissociazione avrebbero continuato ad alimentare i dibattiti sulla questione femminile; eppure, indipendentemente dai tentativi di medicalizzazione del desiderio nonché dall'esigenza di fissare i tratti di una pretesa normalità attraverso l'irrefutabile strumentario della scienza, il teatro avrebbe continuato a nutrire la coscienza e la sensibilità delle donne italiane per affermare nuovi modelli di affettività e di autorealizzazione, contribuendo per questa via alla costruzione della complessa, e per molti aspetti irrisolta, modernizzazione dell'Italia liberale.

*Bibliografia*

Alessi, Giorgia (2006), *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa moderna*, Torino, Giappichelli

Allegri, Luigi (2014), *L'artificio e l'emozione. L'attore teatrale nel Novecento*, Roma-Bari, Laterza

Alonge, Roberto (1988), *Teatro e spettacolo nel secondo Ottocento*, Roma-Bari, Laterza

Angelini, Franca (1988), *Teatro e spettacolo nel primo Novecento*, Roma-Bari, Laterza

Babini, Valeria Paola (1982), *Tra sapere e potere. La psichiatria italiana nella seconda metà dell'Ottocento*, Bologna, Il Mulino

Babini, Valeria Paola (1986), *Il lato femminile della criminalità*, in Babini, Valeria Paola, Fernanda Minuz, Annamaria Tagliavini (a cura di), *La donna nelle scienze dell'uomo. Immagine del femminile nella cultura italiana del fine secolo*, Milano, Franco Angeli, pp. 25-77

Babini, Valeria Paola (1989), *Organicismo e ideologie nella psichiatria italiana dell'Ottocento*, in Ferro, Filippo Maria (a cura di), *Passioni della mente e storia. Protagonisti, teorie e vicende della psichiatria italiana tra Otto e Novecento*, Milano, Vita e Pensiero, pp. 331-350

Babini, Valeria Paola (1999), *Un altro genere. La costruzione scientifica della natura femminile*, in Burgio, Alberto (a cura di), *Nel nome della*

*razza. Il razzismo nella storia d'Italia (1870-1945)*, Bologna, Il Mulino, pp. 475-489

Babini, Valeria Paola (2009), *Liberi tutti. Manicomi e psichiatria in Italia. Una storia del Novecento*, Bologna, Il Mulino

Babini, Valeria Paola (2011), *Le donne sono antropologicamente superiori, parola di una donna di genio*, in Volpone, Alessandro, Giovanni Destro-Bisol (a cura di), *Se vi sono donne di genio. Appunti di viaggio nell'antropologia dall'Unità d'Italia a oggi*, Roma, Casa editrice Università La Sapienza, 2011, pp. 12-26

Babini, Valeria Paola (2015), *Between Public and Private. Sexuality and Mathernity in Three New Women: Sibilla Aleramo, Maria Montessori and Linda Murri*, Babini, Valeria Paola, Chiara Beccalossi, Lucy Riall (eds.), *Italian Sexuality Uncovered*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, pp. 162-184

Barbagli, Marzio, David Kertzer (2003), *Introduzione* a Barbagli, Marzio, David Kertzer (a cura di), *Storia della famiglia in Europa. Il lungo Ottocento*, Roma-Bari, Laterza, pp. 3-42

Basaglia, Franco (1968), *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Torino, Einaudi

Basaglia, Franco (1973), *Che cos'è la psichiatria?*, Torino, Einaudi

Basaglia, Franco, Franca Ongaro Basaglia (1975), *Crimini di pace. Ricerche sugli intellettuali e suoi tecnici come adatti all'oppressione*, Torino, Einaudi

Basaglia, Franco, Franca Ongaro Basaglia (2008), *Morire di classe, la condizione manicomiale fotografata da Carla Cerati e Gianni Berengo Gardin* [1969], Trieste, Duemilauno Agenzia Sociale

Basaglia, Franco, Paolo Tranchina (1979), *Autobiografia di un movimento 1961-1979. Dal manicomio alla riforma sanitaria*, Firenze, Unione Province italiane, Amministrazione provinciale di Arezzo

Bell Pesce, Paula (2003), *Un corpo oscuro. Storie cliniche e percorsi di ammissione al manicomio di Palermo (1890-1902)* in «Genesis», II.1, pp. 91-122

Bernhardt, Sarah (2012), *L'arte del teatro. La voce, il gesto, la pronuncia* [1923], Spoleto, Editoria&Spettacolo

Bernhardt, Sarah (2013), *La mia doppia vita* [1907], Roma, Castelvecchi

Betri, Maria Luisa, Daniela Maldini Charito (a cura di) (2002), *Scritture di desiderio e di ricordo. Autobiografie, dieri, memorie tra Settecento e Novecento*, Milano, Franco Angeli

Bianchi, Leonardo (1905), *Trattato di psichiatria ad uso dei medici e degli studenti*, Napoli, Idelson

Binet, Alfred (1881), *Les altérations de la personnalité*, in «Revue des deux mondes», pp. 839-853

Birocchi, Italo (2014), *Può l'uomo disporre della propria vita? Il dibattito tra Enrico Ferri e Carlo Lessona*, in Borsacchi, Stefano, Gian Savino Pene Vidari, *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, Bologna, Il Mulino, pp. 565– 588

Bisi, Roberta (2001), *Gabriel Tarde e la questione criminale*, Milano, Franco Angeli

Bisi, Roberta (2004), *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, Milano, Franco Angeli

Bodei, Remo (2015), *Le logiche del delirio. Ragione, affetti, follia* [2002], Roma-Bari, Laterza

Bonduelle, Marc, Toby Gelfand, Christopher Gœtz (1995), *Charcot, Constructing Neurology,* New York, Oxford University Press

Bogousslavsky, Julien, Olivier Walusinski, Denis Veyrunes (2009), *Crime, Hysteria and Belle Époque Hypnotism: The Path Traced by Jean-Martin Charcot and Georges Gilles de la Tourette*, in «European Neurology», n. 4, v. 62, pp. 193-199

Bogousslavsky, Julien (2020), *The Mysteries of Hysteria*, in «International Review of Psychiatry», 32, 5-6, pp. 437-450

Brandon, Ruth (1991), *Being Divine: A Biography of Sarah Bernhardt*, London, Secker and Warburg

Canguilhem, Georges (1998), *Il normale e il patologico*, Torino, Einaudi

Carrino, Candida (2018), *Luride, agitate, criminali. Un secolo d'internamento femminile (1850-1950)*, Roma, Carocci

Castel, Robert (1980), *L'ordine psichiatrico. L'epoca d'oro dell'alienismo*, Feltrinelli, Milano

Cavallo, Riccardo (2019), *«Sposa affettuosa, madre sublime, donna delinquente». Socialismo giuridico e criminalità femminile*, in Azara, Liliosa, Luca Tedesco (a cura di), *La donna delinquente e la prostituta. L'eredità di Lombroso nella cultura e nella società italiane*, Roma, Viella, pp. 29-50

Cazzetta, Giovanni (1999), Praesumitur seducta. *Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, Giuffrè

Cernigliaro, Aurelio (2013), *L' 'altro' come specchio. Il 'diverso' come minaccia*, in Cassi, Aldo Andrea (a cura di), *Ai margini della civitas. Figure giuridiche dell'esclusione tra Medioevo e futuro*, Soveria Mannelli, Rubbettino, pp. 13-44

Chesler, Phyllis (1977), *Le donne e la pazzia*, Torino, Einaudi

Chiodi, Giovanni (2004), *Zanardelli e il divorzio*, in Onger, Sergio, Gianfranco Porta (a cura di), *Giuseppe Zanardelli capo di governo (1901-1903)*, Brescia, Grafo, pp. 61-118

Colao, Floriana (2011), *A 'form of coercion' for the 'intermediate zone between crime and madness'. Origins of the criminal lunatic asylum*, in Lacché, Luigi, Monica Stronati (eds.), *Beyond the statute law: the 'grey' government of criminal justice systems. History and theory in the modern age,* Macerata, EUM, pp. 61-74

Colao, Floriana (2013), *Ferri, Enrico*, in Birocchi, Italo, Ennio Cortese, Antonello Mattone, Marco Nicola Miletti (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, Il Mulino, vol. I, pp. 849-852

Colao, Floriana (2015), *Un fatale andare. Enrico Ferri dal socialismo all'«accordo pratico» tra fascismo e Scuola positiva*, in Birocchi, Italo, Luca Loschiavo (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, RomaTrE-Press, pp. 129-158

Colao, Floriana (2016a), *"L'albero nuovo si piega meglio di quello vecchio". La giustizia "educatrice" per i minori nell'Italia liberale*, in «Historia et ius», 10, paper 1, www.historiaetius.eu

Colao, Floriana (2016b), *Donna e diritti nel prisma del positivismo italiano tra Otto e Novecento. Natura, ordine giuridico e senso comune*, in Passaniti, Paolo, *Anna Kuliscioff e la prima legge sul lavoro delle donne*, Milano, Franco Angeli, pp. 156-205

Colopi, Valentina (2019), *Hister ergo sum. La rappresentazione della sessualità femminile isterica tra clinica e teatro*, in «Mimesis journal», 8.1, http://www.journal.openedition.org./mimesis

Costa, Pietro (2001), Civitas. *Storia della cittadinanza in Europa*. III. *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza

Costa, Pietro (2003), *Le api e l'alveare. Immagini dell'ordine tra 'antico' e 'moderno'*, in Ordo iuris. *Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, pp. 373-409

Crainz, Guido (2003), *Il paese mancato. Dal miracolo economico agli anni Ottanta*, Roma, Donzelli

D'Amico, Elisabetta (2008), *Strategie di manipolazione dei giurati: Enrico Ferri e la coscienza popolare*, in Lacché, Luigi, Floriana Colao (a cura di), *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, Bologna, Zanichelli, pp. 265-290

De Bernardi, Alberto (1982), *Follia, psichiatria e società. Istituzioni manicomiali, scienza psichiatrica e classi sociali nell'Italia moderna e contemporanea*, Milano, Franco Angeli

De Giudici, Giuseppina (2016), *La donna di fronte alla legge penale. Il problema dell'imputabilità della donna tra Otto e Novecento*, in «Historia et ius», 10, paper 5, www.historiaetius.eu

Degli Esposti, Paola (2023), *Arte e passione. Gli attori nel teatro europeo del XIX secolo*, Roma, Dino Audino

De Marinis, Marco (2000), *In cerca dell'attore. Un bilancio del Novecento teatrale*, Roma, Bulzoni

De Peri, Francesco (1984), *Il medico e il folle: istituzione psichiatrica, sapere scientifico e pensiero medico tra Otto e Novecento*, in Della Peruta, Franco (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 7. Medicina e malattia*, Einaudi, Torino, pp. 1057-1140

Didi-Huberman, Georges (2008), *L'invenzione dell'isteria. Charcot e l'iconografia fotografica* [1982], Milano, Marietti

Dottin-Orsini, Mireille (1993), *Cette femme qu'ils disent fatale*, Paris, Grasset

Drudi, Davide (1995), *Sogni di spiriti esatti. Percorsi dell'estetica nel positivismo*, Firenze, Alinea

Duckett, Victoria (2015), *Seeing Sarah Bernhardt: Performance and Silent Film*, Champaign, IL, University of Illinois Press

Duckett, Victoria (2023), *Transnational Traiblazers of Early Cinema. Sarah Bernhardt, Gabrielle Réjanne, Mistinguett*, Oakland, University of California Press

Erghbut, Frank (2010), *Egon Schiele and Dystonia*, in Bougusslawsky, Julien, Michael Hennerici, Hansjörg Bäzner, Claudio Bassetti (eds.), *Neurological Disorders in Famous Artists*, III, Basel, Krager, pp. 46-60

Ferrero, Ida, Paolo Giani Cei, Mario Riberi (a cura di) (2023), *La juive di Jacques Fromental Halévy. Diritto, religione e diversità*, Torino, Giappichelli

Ferri, Enrico (1893), *Recensione* a Lombroso, Cesare, Guglielmo Ferrero, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, in «La scuola positiva nella giurisprudenza penale», 7-8, pp. 357-365

Ferri, Enrico (1896a), *La physionomie nerveuse des femmes artistes*, in «Revue des Revues», 15 décembre, pp. 513-521

Ferri, Enrico (1896b), *I delinquenti nell'arte*, Genova, Libreria editrice ligure

Ferri, Enrico (1900), *Sociologia criminale*, Quarta edizione, Torino, Bocca

Ferri, Enrico (1901a), *La phisionomie nerveuse des femmes artistes* [1896], in Ferri, Enrico, *Studi sulla criminalità*, Torino, Fratelli Bocca, pp. 478-484

Ferri, Enrico (1901b), *Temperamento e criminalità* [1896], in Ferri, Enrico, *Scritti sulla criminalità,* Torino, Fratelli Bocca, pp. 423-428

Ferri, Enrico (1979), *La donna normale, la donna artista e la donna delinquente*, in Ferri, Enrico, *Arringhe e discorsi,* a cura di Bruno Cassinelli, Milano, Dall'Oglio, pp. 277-297

Fiorino, Vinzia (1998), *In natura di donna. Malattie femminili nella cultura italiana del XIX secolo*, in «I viaggi di Erodoto», 40, 1998, pp. 76-87

Fiorino, Vinzia (2000), *Bizzarrie della natura. Malattie e rappresentazioni della donna nella scienza psichiatrica nel XIX secolo*, in Attanasio, Luigi (a cura di), *Fuori norma. La diversità come valore e sapere*, Roma, Armando, pp. 198-209

Fiorino, Vinzia (2002), *Matti, indemoniate e vagabondi. Dinamiche di internamento manicomiale tra Otto e Novecento*, Venezia, Marsilio

Fiorino, Vinzia (2011), *Le officine della follia. Il frenocomio di Volterra (1888-1978)*, Pisa, Edizioni ETS

Forgacs, David (2014), *Margini d'Italia. L'esclusione sociale dall'Unità ad oggi*, Roma-Bari, Laterza

Foot, John (2016), *La "Repubblica dei matti"*, Milano, Feltrinelli

Foucault, Michel (1969), *Nascita della clinica. Un'archeologia dello sguardo medico*, Torino, Einaudi

Foucault, Michel (1978), *Storia della sessualità*. I. *La volontà di sapere* [1976], Milano, Feltrinelli

Foucault, Michel (1997), *Malattia mentale e psicologia* [1954], Milano, Raffaello Cortina

Foucault, Michel (2004), *Il potere psichiatrico. Corso al Collège de France 1973-74* [2003], Milano, Feltrinelli

Frigessi, Delia (2003), *Cesare Lombroso*, Torino, Einaudi

Fusar Poli, Elisabetta (2021), '*Venere forense'. Corpo, libertà e morale nel discorso dei giuristi tra Otto e Novecento*, in Latini, Carlotta (a cura di), *Argomentazione e lessico nella tradizione giuridica*, Torino, Giappichelli, pp. 179-212

Gallini, Chiara (1983), *La sonnambula meravigliosa. Magnetismo e ipnotismo nell'Ottocento italiano*, Milano, Feltrinelli

Gadebusch Bondio, Mariacarla (1996), *La tipologizzazione della donna deviante nella seconda metà dell'Ottocento: la prostituta, la criminale, la pazza*, in Beretta, Marco, Felica Mondella, Maria Teresa Monti (a cura di), *Per una storia della critica della scienza*, Bologna, Cisalpino, pp. 238-314

Galton, Francis (1892), *Hereditary Genius. An Inquiry into its Laws and Consequences* [1869], New York-London, Mac Millan

Gasser, Jacques (1995), *Aux origines du cerveau moderne: localisations, langage et mémoire dans l'œuvre de Charcot*, Paris, Fayard

Giacanelli, Ferruccio (1975), *Appunti per una storia della psichiatria in Italia*, in Döner, Klaus, *Il borghese e il folle. Storia sociale della psichiatria*, Laterza, Roma– Bari, pp. V-XXXI

Giacanelli, Ferruccio (2000), *Il medico, l'alienista. Introduzione* a Lombroso, Cesare, *Delitto, genio, follia. Scritti scelti*, a cura di Delia Frigessi, Ferruccio Giacanelli, Luisa Mangoni, Torino, Bollati Boringhieri, pp. 5-43

Giannichedda, Maria Grazia (1982), *La voce di Franca Ongaro Basaglia*, in Ongaro Basaglia, Franca, *Salute/Malattia. Le parole della medicina*, Torino, Einaudi, pp. 7-18

Gibson, Mary (2004a), *Labelling Women Deviant. Heterosexual Women, Prostitutes and Lesbians in Early Criminological Discourse*, in Wilson, Perry (ed.), *Gender, Family, Sexuality. The Private Sphere in Italy, 1860-1945*, New York, Palgrave Macmillan, pp. 84-105

Gibson, Mary (2004b), *Nati per il crimine. Cesare Lombroso e le origini della criminologia biologica*, Milano, Mondadori

Gibson, Mary (2009), *Il genere: La donna (delinquente e non)*, in Montaldo, Silvano, Paolo Tappero (a cura di), *Cesare Lombroso cento anni dopo*, Torino, UTET, pp. 155-164

Gibson, Mary (2019), *Introduzione*, a Lombroso, Cesare, Guglielmo Ferrero, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Milano, Edizioni, pp. 1-43

Gidel, Henry (1991), *Sarah Bernhardt*, Paris, Flammarion

Glenn, Susan Anita (2000), *Female Spectacle. The Theatrical Roots of Modern Feminism*, Cambridge, MS, Harvard University Press

Gold, Arthur, Robert Fitzdale (1991), *The Life of Sarah Bernhardt*, New York, Knopf

Gottleib, Robert (2010), *Sarah. The Life of Sarh Bernhardt*, New Haven, London, Yale University Press

Govoni, Paola (2006), *Il genere allo specchio. Una rassegna su donne e scienza,* in Simili, Raffaella (a cura di), *Scienza a due voci*, Firenze, Olschki, pp. 333-353

Gramsci, Antonio (1975), *Quaderni dal carcere*, edizione critica a cura di Valentino Gerratana, I, Einaudi, Torino

Grossi, Paolo (2000), *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, Roma-Bari, Laterza

Guarnieri, Patrizia (1990), *The Psyche in Trance. Inquiry on Hypnotism*, Badia fiesolana, European University Institute

Guidi, Laura (2004), *Scritture femminili e storia*, Napoli, ClioPress

Hagner, Michel (2008), *Des cerveaux de génie. Une histoire de la recherche sur les cerveaux d'élite*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme

Havelock-Ellis, Henry (1897), *Man and Woman A Study of Human Secondary Sexual Characters* [1894], London, Scott

Hiller, Jonathan (2013), *Lombroso and the Science of Literature and Opera*, in Knepper, Paul, Per Jørgen Ystehede (eds.), *The Cesare Lombroso Handbook*, London and New York, Routledge, pp. 244-245

Imarisio, Eligio (1986), *Donna, poi artista. Identità e presenza tra Otto e Novecento*, Milano, Franco Angeli

Israel, Lucien (1996), *L'hystérique, le sexe et la médicine*, Paris, Masson

Jefferson, Ann (2015), *Genius in France. An Idea and Its Uses*, Princeton, NJ) Princeton University Press

von Krafft-Ebing, Richard (1889), *Le psicopatie sessuali. Con speciale considerazione alla inversione sessuale. Studio clinico-legale* [1886], Torino, Bocca

Lacché, Luigi (1990), *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale. Il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Giuffrè, Milano

Lacché, Luigi, Monica Stronati (2011) (a cura di), *Beyond the Statute Law. The Gray Government on Criminal Justice Systems*, Macerata, EUM

Lacché, Luigi, Monica Stronati (2014) (a cura di), *Questione criminale e identità nazionale italiana tra otto e Novecento*, Macerata, EUM

Lacché, Luigi (2019), *La paura delle «classi pericolose». Ritorno al futuro?*, in «Quaderno di storia del diritto penale e della giustizia». L*a paura. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire*, 1, pp. 159-178

Latini, Carlotta (2017), *I segni della devianza e la criminalità dei poveri. Pena e prevenzione nel pensiero di Enrico Ferri un socialista* fuzzy, in «Historia et ius», 11, paper 10, www.historiaetius.eu

Latini, Carlotta (2018), *Storia di un giurista 'eretico'. Diritto e processo penale nel pensiero di Enrico Ferri*, Napoli, ESI

Latini, Carlotta (2023), *Femmine folli tra Otto e Novecento. Le isteriche*, in Mastroberti, Francesco, Marianna Pignata (a cura di), *MaLe Femmine? Itienerari storico-giuridici di una parità incompiuta*, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 201-210

La Vergata, Antonello (2010), *Lombroso e la degenerazione*, in Montaldo, Silvano (a cura di), *Cesare Lombroso. Gli scienziati e la nuova Italia*, Bologna, Il Mulino, pp. 55-93

Leggiardi-Laura, Cesare (1899), *Il delinquente nei Promessi sposi. Ricerche di antropologia criminale e di critica scientifica*, Torino, Bocca

Lombroso, Cesare (1877), *Genio e Follia*, Milano Hoepli

Lombroso, Cesare (1894), *L'uomo di genio in rapporto alla psichiatria alla storia ed all'estetica*, [...] sesta edizione completamente mutata, Torino, Bocca

Lombroso, Cesare (2011), *L'uomo delinquente studiato in rapporto all'antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie* [1876], ed. a cura di Lucia Rodler, Bologna, il Mulino

Lombroso, Cesare, Guglielmo Ferrero (1893), *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Torino-Roma, Roux

Maitra, Keya, Jennifer Mc Weeny (2022), *Feminist Philosophy of Mind*, Oxford, Oxford University Press

Manesco, Adriano (1981), *La riflessione estetica nel positivismo*, in Dufrenne, Mikel, Dino Formaggio (a cura di), *Trattato di estetica*, I, Milano, Mondadori, pp. 259-283

Mantegazza, Paolo (1879), *Fisiologia del piacere* [1854], Milano, Tipografia Bernardoni di Rebeschini e C.

Mantegazza, Paolo (1893), *Fisiologia della donna*, Milano, Treves

Marchetti, Paolo (2008), *L'armata del crimine. Teoria e repressione della recidiva in Italia. Una genealogia*, Ancona, Cattedrale

Marchetti, Paolo (2009), *Le 'sentinelle del male'. L'invenzione ottocentesca del criminale come nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 38, pp. 1009-1080

Marchetti, Paolo (2014), *L'inconscio in tribunale. Azioni incoscienti e diritto penale. Da Charcot alle neuroscienze*, Milano, Franco Angeli

Marcus, Sharon (2019), *The Drama of Celebrity*, Princeton, Princeton University Press

Mariani, Laura (1991), *Il tempo delle attrici. Emancipazionismo e teatro in Italia tra Otto e Novecento*, Bologna Mongolfiera

Mariani, Laura (2016), *Sarah Bernhardt, Colette e l'arte del travestimento* [1996], Bologna, Il Mulino

Marquer, Bertrand (2008), *Les romans de la Salpêtrière. Réception d'une scénographie clinique: Jean-Martin Charcot dans l'imaginaire fin-de-siècle*, Genéve, Droz

Martin-Fugier, Anne (2001), *I riti nella vita privata della borghesia*, in Ariés, Philippe, Georges Duby (a cura di), *La vita privata. L'Ottocento*, Roma-Bari, Laterza, pp. 149-209

Marshall, Johnathan (2020), *Traumatic Dances of "The Non-Self"*, in Braun, Johanna (ed.), *Performing Hysteria. Contemporary Images and Imaginations of Hysteria*, Leuven, Leuven University Press

Martucci, Pierpaolo (2002), *Le piaghe d'Italia. I lombrosiani e i grandi crimini economici nell'Europa di fine Ottocento*, Milano, Franco Angeli

Meldolesi, Claudio (2010), *La microsocietà degli attori. Una storia di tre secoli e più* [1984], in Meldolesi, Claudio, *Pensare l'attore*, a cura di Laura Mariani, Mirella Scino, Ferdinando Taviani, Roma, Bulzoni, pp. 57-77

Meyer-Plantereux, Chantal (2009), *De Rachel à Sarah Bernhardt ou la naissance de l'antisémitisme culturel*, in «Double Jeu», 5, pp. 15-36

Migliorino, Francesco (2008), *Il corpo come testo. Storie di diritto*, Torino, Bollati Boringhieri

Migliorino, Francesco (2016), *Edoardo Weiss e la giustizia penale. Zone di contagio tra psicanalisi e diritto*, Acireale-Roma, Bonanno

Meccarelli, Massimo (2009), *Paradigmi dell'eccezione nella modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica*, in «Quaderni storici», 44, 2, pp. 501-545

Meccarelli, Massimo (2011), *Fuori dalla società: emergenza politica, espansione del sistema penale e regimi della legalità nel tardo Ottocento. Una comparazione tra Italia e Francia*, in Colao, Floriana, Luigi Lacché, Claudia Storti, Chiara Valsecchi (a cura di), *Perpetue appendici e codicilli. Il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, Macerata, EUM, pp. 465-487

Micale, Mark (2019), *Approaching Hysteria. Disease and Interpretations* [1995], Princeton, NJ, Princeton University Press

Miletti, Marco Nicola (2003), *Un processo per la terza Italia: il codice di procedura penale del 1913*. I. *L'attesa*, Milano, Giuffrè

Minuz Fernanda (1986), *Femmina o donna*, in Babini, Valeria Paola, Fernanda Minuz, Annamaria Tagliavini, *La donna nelle scienze dell'uomo. Immagine del femminile nella cultura italiana del fine secolo*, Milano, Franco Angeli, pp. 114-160

Mitchell, Katherine (2015), *Literary and Epistolary Figuration of Female Desire in Early Post-unification Italy*, in Babini, Valeria Paola, Chiara Beccalossi, Lucy Riall (eds.), *Italian Sexuality Uncovered*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, pp. 125-142

Moebius, Paul Julius (1904), *L'inferiorità mentale della donna (sulla deficienza mentale della donna)* [1900], Torino, Bocca

Molinari, Augusta (2003), *Autobiografie della vita e della mente. Scritture femminili nelle istituzioni psichiatriche del primo Novecento*, in «Genesis», II.1, pp. 151-176

Morandini, Giuliana (1977), *E allora mi hanno rinchiusa. Testimonianze del manicomio femminile*, Milano, Bompiani

Moreau, Jean (1859), *La psychologie morbide dans ses rapports avec la philosophie de l'histoire de l'influence des névropathies sur le dynamisme intellectuel*, Paris, Libraire Victor Masson

Morel, Bénédict-Auguste (1857), *Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et morales de l'espèce humaine*, Paris, Baillière

Moretti, Gianpiero (1998), *Il genio*, Bologna, Il Mulino

Morselli, Enrico (1886), *Il magnetismo animale. La fascinazione e gli stati ipnotici*, Torino, Roux e Favale

Musumeci, Emilia (2012), *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato. Devianza, libero arbitrio, imputabilità, tra antiche chimere ed inediti scenari*, Milano, Franco Angeli

Musumeci, Emilia (2015), *Emozioni, crimine, giustizia. Un'indagine storico-giuridica tra Otto e Novecento*, Milano, Franco Angeli

Musumeci, Emilia (2016), *La scienza penalistica italiana tra Otto e Novecento. Crisi o rinascita?*, in «Democrazia e diritto», 4, pp. 123-148

Musumeci, Emilia (2019), *La donna delinquente tra isteria e infirmitas sexus nell'immaginario giuridico e scientifico ottocentesco,* in Azara, Liliosa, Luca Tedesco (a cura di), *La donna delinquente e la prostituta. L'eredità di Lombroso nella cultura e nella società italiane*, Roma, Viella, pp. 51-70

Niceforo Alfredo (1898), *Criminali e degenerati nell'Inferno dantesco*, Torino, Bocca

Ongaro Basaglia, Franca (1977), *Un commento*, in Chesler, Phyllis, *Le donne e la pazzia*, Torino, Einaudi, pp. XI-XX

Ortega y Gasset, José (2001), *La ribellione delle masse* [1927], Milano, SE

Palano, Damiano (2002), *Il potere della moltitudine. L'invenzione dell'inconscio nella teoria politica e nelle scienze sociali tra Otto e Novecento*, Milano, Vita e pensiero

Papa, Emilio Raffaele (1985), *Criminologia e scienze sociali nel dibattito europeo sulla 'Scuola italiana' di antropologia criminale*, in Papa, Emilio Raffaele (a cura di), *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano, Franco Angeli, pp.15-46

Pasi, Antonia, Paolo Sorcinelli (a cura di) (1995), *Amori e trasgressioni. Rapporti di coppia tra Otto e Novecento*, Bari, Dedalo

Passaniti, Paolo (2001), *Diritto di famiglia ed ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale in Italia*, Milano, Giuffrè

Passaniti, Paolo (2022), *Giacomo Matteotti e la recidiva. Una nuova idea di giustizia criminale*, Milano, Franco Angeli

Pelaja, Margherita (1994), *Matrimonio e sessualità a Roma nell'Ottocento*, Roma-Bari, Laterza

Pelloni, Gabriella (2008), *Tra razza, medicina ed estetica. Il concetto di degenerazione nella critica culturale fin de siècle*, Padova, Unipress

Pescarolo, Alessandra (2019), *Il lavoro delle donne nell'Italia contemporanea*, Roma, Viella

Petit, Carlos (2007), *Lombroso en Chicago. Presencias europeas en la 'modern criminal science' americana*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36.2, pp. 875-882

Petrucci, Valentino (1988), *Gabriel Tarde. Filosofie penali tra Otto e Novecento*, Napoli, ESI

Petrucci, Valentino (1995), *Dalla sociologia alla interpsicologia: il diritto in Gabriel Tarde*, in Donzelli, Maria (a cura di), *Folla e politica. Cultura filosofica, ideologia, scienze sociali in Italia e Francia a fine Ottocento*, Napoli, Liguori, pp. 117-128

Pietrini, Sandra (2004), *Fuori scena. Il teatro dietro le quinte dell'Ottocento*, Roma, Bulzoni

Pietrini, Sandra (2021), *Passione e finzione. L'immagine dell'attrice nella narrativa dell'Ottocento*, Alessandria, Edizioni dell'Orso

Pick, Daniel (1989), *Faces of Degeneration. A European Disorder 1848-1918*, Cambridge University Press

Pieroni Bortolotti, Franca (1974), *Socialismo e questione femminile in Italia (1892-1922)*, Milano, Mazzotta

Pifferi, Michele (2007), *Difendere i confini, superare le frontiere. Le "zone grigie" della legalità penale tra Otto e Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36, pp. 743-798

Pignata, Marianna (2012), *Legami in crisi. I rimedi della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, Torino, Giappichelli

Pitts, Claudia, Debra Kawahar (2018), *Radical Visionaries. Feminist Therapy Pioneers, 1970-1975*, Abingdon, Routledge

Portigliotti, Giuseppe (1907), *I pazzi nell'arte*, Torino, Streglio

Proust, Marcel (2018), *I Guermantes*. 3. *Alla ricerca del tempo perduto* [1920-1921], Milano, Rizzoli

Pullen, Kirsten (2005), *Actresses and Whores. On Stage and in Society*, Cambridge, Cambridge Univerity Press

Rader, Peter (2018), *Playing to the Gods. Sarah Bernhardt, Eleonora Duse, and Rivality that Changing Acting Forever*, New York-London-Toronto-Sydney-New Delhi, Simon & Schuster

Re, Lucia (2002), *D'Annunzio, Duse, Wilde, Bernhardt: il rapporto autore/attrice fra decadentismo e modernità*, in «Italian Issue», 117.1, pp. 115-152

Re, Stefania (2015), *Tutti i segni di una manifesta pazzia. Dinamiche d'internamento femminile nel manicomio di Colorno (1880-1915)*, Milano, Franco Angeli

Reef, Catherine (2020), *Sarah Bernhardt: The Divine and Dazzling Life of a First Superstar*, London, Clarion

Richert, Lucas (2020), *Break on Through. Radical Psychiatry and American Counterculture*, Boston, MIT Press

Roberts, Mary Louise (2002), *Disruptive Acts: The New Women in fin-de-siècle France*, Chicago, University of Chicago Press

Roccatagliata, Giuseppe (1990), *L'idea dell'isteria. Il mito della sessualità*, Pisa ETS

Roccatagliata, Giuseppe (1992), *Riflessioni sulla decadenza dell'isteria*, Napoli, Liguori

Roccatagliata, Giuseppe (2001), *L'isteria. Il mito del male del XIX secolo*, Napoli, Liguori

Rondini, Andrea (2001), *Cose da pazzi. Cesare Lombroso e la letteratura*, Pisa, Istituti editoriali e poligrafici internazionali

Rossi-Doria, Anna (2007), *Dare forma al silenzio. Scritti di storia politica delle donne*, Roma, Viella

Salviato, Adriana (2003), *Melanconiche d'altri tempi. Le pazienti del manicomio di San Clemente a Venezia (1873-1904)*, in «Genesis», II.1, pp. 63-90

Sansone, Livio (2022), *La galassia Lombroso*, Roma-Bari, Laterza

Sbriccoli, Mario (1974-1975), *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 3-4, I, pp. 557-642

Sbriccoli, Mario (1990), *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in Schiavone, Aldo (a cura di), *Stato e cultura*

*giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, pp. 147-232

Sbriccoli, Mario (1998), *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in Violante, Luciano (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino, Einaudi, pp. 485-551

Sbriccoli, Mario (1999), *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 28, pp. 817-850

Sbriccoli, Mario (2004), *Deterior est conditio foeminarum. La storia della giustizia penale alla prova dell'approccio di genere*, in Calvi, Giulia (a cura di), *Innesti. Donne e genere nella storia sociale*, Viella, Roma, pp. 73-91

Scartabellati, Andrea (2001), *L'umanità inutile. La "questione follia" in Italia tra fine Ottocento e inizio Novecento e il caso del manicomio provinciale di Cremona*, Milano, Franco Angeli

Schettini, Laura (2011), *Il gioco delle parti. Travestimenti e paure sociali tra Otto e Novecento*, Firenze Le Monnier

Scull, Andrew (2011), *Hysteria. A Disturbing History*, Oxford, Oxford University Press

Sergi, Giuseppe (1893), *Se vi sono donne di genio*, in *Atti della società romana di antropologia*, I, Roma, Presso la sede della società

Showalter, Elaine (2009), *Sexual Anarchy. Gender and Culture at fin de siècle*, London, Virago

Sighele, Scipio (1891), *La folla delinquente*, Torino, Bocca

Sighele, Scipio (1911), *Nell'arte e nella scienza*, Milano, Treves

Sigismondi, Francesca Laura (2013), *La «funzione pratica della giustizia punitiva». Le prolusioni romane di Enrico Ferri*, in «Historia et ius», 4, paper 11, www.historiaetius.eu

Soldani, Simonetta (a cura di) (1989), *L'educazione delle donne. Scuole e modelli di vita femminile nell'Ottocento*, Milano, Franco Angeli

Starnini, Martina (2014), *Follie separate. Genere e internamento manicomiale al San Niccolò di Siena nella seconda metà dell'Ottocento*, Pisa, Pisa University Press

Stewart-Steimberg, Suzanne (2011), *L'effetto Pinocchio. Italia 1861-1922. La costruzione di una complessa modernità* [2007], Roma, Elliot

Stokes, John (1991), *Sarah Bernhardt* [1989], in Stokes, John, Michael Booth, Susan Bassnett, *Tre attrici e il loro tempo. Sarah Bernhardt, Ellen Terry, Eleonora Duse*, Genova, Costa & Nolan

Stronati, Monica (2012), *Enrico Ferri*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, pp. 371-375

Stronati, Monica (2013), "*Un'oncia di pratica": Enrico Ferri e gli "esordi" della rivista "La Scuola positiva"*, in Lacché, Luigi, Monica Stronati (a cura di), *Una tribuna per le scienze criminali. La cultura delle riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento*, Macerata, EUM, pp. 97-117

Taine, Hyppolite (2001), *Filosofia dell'arte* [1865-1881], trad. e a cura di Olga Settineri, Milano, Bompiani

Taranow, Gerda (1996), *The Bernhardt Hamlet. Culture and Context*, New York, Lang

Taranow, Gerda (2015), *Sarah Bernhardt. The Art Within Legend* [1972], Princeton, NJ, Princeton University Press

Tarde, Gabriel (1890), *La philosophie pénale*, Lyon-Paris, Storck-Masson

Tarde, Gabriel (1891), *L'idée de culpabilité*, in «Reveux des deux mondes» 15 giugno, pp. 849-847

Tagliavini Annamaria (1986a), *La «mente femminile» nella psichiatria italiana dell'Ottocento,* in Rossi, Paolo (a cura di), *L'età del positivismo*, Bologna, Il Mulino, pp. 475-491

Tagliavini Annamaria (1986b), *Il fondo oscuro dell'anima femminile*, in Babini, Valeria Paola, Fernanda Minuz, Annamaria Tagliavini, *La donna nelle scienze dell'uomo. Immagine del femminile nella cultura italiana del fine secolo*, Milano, Franco Angeli

Timpano, Nathan (2021), *L'*arc de cercle, *or the Movement of Modernism (1620-2020)*, in Braunn, Johanna (ed.), *Hysterical Methodologies in the Arts. Rising in Rivolt*, Cham, Palgrave Macmillan

Tita, Massimo (2018), *Logiche giuridiche dell'esclusione. Sui diritti al femminile in Italia tra Otto e Novecento*, Torino, Giappichelli

Trasforini, Maria Antonietta (1982), *Corpo isterico e sguardo medico. Storie di vita e di sguardi fra medici e isteriche nell'Ottocento francese*, in «Aut Aut», 177-178, pp. 175-206

Valeriano, Annacarla (2014), *Ammalò di testa. Storie dal manicomio di Teramo (1880-1931)*, Roma, Donzelli

Valeriano, Annacarla (2022), *Contro tutti i muri. La vita e il pensiero di Franca Ongaro Basaglia*, Roma, Donzelli

Valsecchi, Chiara (2004), *In difesa dalla famiglia? Divorzisti e antidivorzisti in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè

Velo Dalbrenta, Daniele (2004), *La scienza inquieta. Saggio sull'antropologia criminale di Cesare Lombroso*, Padova, Cedam

Velo Dalbrenta, Daniele (2012), *L'idealtipo lombrosiano di delinquente*, in Picotti, Lorenzo, Francesca Zanuso (a cura di), *L'antropologia criminale di Cesare Lombroso: dall'Ottocento al dibattito filosofico-penale contemporaneo*, Napoli, ESI, pp. 43-60

Vercellone, Federico, Alessandro Bertinetto, Gianluca Garelli (2003), *Storia dell'estetica moderna e contemporanea*, Bologna, Il Mulino.

Villa, Renzo (1985), *Il deviante e i suoi segni. Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, Milano, Franco Angeli

Wanrooij, Bruno (1990), *Storia del pudore. La questione sessuale in Italia 1860-1940*, Venezia, Marsilio

Weininger, Otto (2012), *Sesso e carattere* [1903], Milano, Mimesis

Wilson Smith, Matthew (2017), *The Nervous Stage. Nineteenth Century Neurosciences and the Birth of Modern Theatre*, Oxford, Oxford University Press

# Percorsi / Itineraries: *Entanglements nel diritto dell'arte: beni, patrimonio e circolazione / Entanglements in Art Law: Goods, Heritage, and Circulation*

# Unsettling Agreements: Law & Art in *The Witness Blanket*, and in *The Witness Blanket Stewardship Agreement*

Rebecca Johnson

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Art as a Response to the Failure of Law. – 2.1. «Getting rid of the Indian Problem»: *The Indian Residential Schools Settlement Agreement*. – 2.2. Art and Commemoration: On the Making of *The Witness Blanket*. – 2.3. Art and the Generating of New Legal Challenges: On Finding a Home. – 3. Law as a Response to the Needs of Art (a Gallery Walk Through the WBSA). – 3.1. The Written Commitments. – 3.1.1. Refocusing the Legal Subject. – 3.1.2. Money Matters. – 3.1.3. Responsibilities and Commitments. – 3.1.4. Duration, Temporality, and Endings. – 3.2. Oral Culture, Art, and the Role of Ceremony. – 4. Conclusion: Observations on Attending a Feast.

Prelude: A moment in time. After a three hour road trip full of laughter, stories, and stopping for snacks, our group of travellers arrive at Kumugwe, the Bighouse on the traditional territory of the K'omoks First Nation[1]. This is my first visit to this space. We follow others from the parking lot, and enter through the wooden door. The pale light of the crisp overcast October morning dims as we move into the ceremonial hall, the fire crackling in the centre of the room, filling the space with a much warmer flickering light. Across the room, massive Thunderbirds with their wings unfurled rise from the top of the carved house poles which hold up the beams of the roof, drawing the eye up to the opening at the centre where smoke rises to the sky and light filters back in. We have entered into a different space, one holding us in an embrace of bare earth and wood. The sounds of the world outside fade away, to be replaced by the sound and scent of fire, and the murmur of voices as we find a seat on the wooden benches lining the wall, and wait for the ceremony to begin.

[1] For some background on the Bighouse, see Everson (2017).

doi: 10.17473/LawArt-2023-4-4 LawArt 4 (2023) 115-160
ISSN 2039-6880

## 1. *Introduction*

In contemporary Canada, some of the most pressing legal problems centre on the legal status of Canada itself, as a colonial settler state. As articulated in the five-volume *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, at issue are questions about the fragility of legal foundations in Canada's assertion of jurisdiction over Indigenous lands and peoples, particularly in the face of the reality of the many pre-existing Indigenous legal orders and traditions [2]. Questions about 'the honour of the crown', the 'duty to consult', and 'land back' are part of the language of our times. With the acknowledgement by the Canadian courts of the pre-existing and continuing reality of Indigenous legal orders, legal pluralism is an unavoidable fact. The questions before the courts and the legislatures are no longer 'if' Indigenous legal orders exist but are rather about 'how' settler and Indigenous legal orders will negotiate productive and lawful ways of living in a shared world.

This new legal landscape, with its challenges to Canada's assertion of jurisdiction over Indigenous peoples, finds articulation in the courts, in Parliament, in classrooms, in the media, and in the arts. An important part of this conversation involves the question of 'national memory'; how do Canadians (Indigenous and non-Indigenous) begin to tell a more accurate story of our own history, a history of the land, its peoples, the Canadian state, and the ways law has been used as a tool in support of dispossession and (cultural) genocide [3]?

In this paper, I take up these conversations at the intersection of law and art. In section 2, I situate the discussion in the Canadian context with its history of Indigenous children being taken from their families to be placed in residential schools. This will include a discussion of the largest class action in Canadian history, one that resulted in the *Indian Residential School Settlement Agreement*. This agreement produced a call for

[2] *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996, 5 vols).

[3] Mahoney (2016).

art in the form of projects of commemoration and national memory. One of these is *The Witness Blanket*.

Fig. 1 – *The Witness Blanket*; photo credit: Aaron Cohen

In this conversation about *The Witness Blanket*, I raise questions about the ways that, within many Indigenous legal orders, art should be understood as not simply artistic object but as an act of governance, or as part of the fabric of law. *The Witness Blanket*, in this account, is an important piece of legal art: a work of commemoration, responding to a problem of a failure of law (that is, the legal structures supporting and enabling a cultural genocide, and resulting in the largest class action in Canadian history).

In Section 3, I shift the direction of focus, and explore how this particular piece of art has participated in the development of a new and decolonial approach to legal relationships, in the form of the *Witness Blanket Stewardship Agreement*. This agreement draws both settler and Indigenous legal orders into relationship through the art itself. In this section, we will take a form of 'gallery walk' through this *Agreement*, exploring how it invites us into a differently structured relationship of art and law.

## 2. *Art as a Response to the Failure of Law*

### 2.1. *«Getting rid of the Indian Problem»:* The Indian Residential Schools Settlement Agreement

Let us begin with the problem of Canada's colonial history, focusing on the legal framework through which Indigenous children were removed from their families and communities, and were placed in residential schools [4]. These schools were one piece of a larger colonial project through which Indigenous societies were dispossessed of their lands, economies were disrupted, practices of law and culture were rendered criminal, and people (and particularly women) were stripped of their citizenship [5].

An entry point might be 1876, with the first *Indian Act*, with its assertion of federal government authority over "Indians" in Canada. Those early years saw the beginnings of government cooperation with Roman Catholic and Protestant Churches to establish a system of residential schools. By the turn of the century, amendments to the *Indian Act* made attendance at residential schools mandatory. Duncan Campbell Scott, one of the proponents of the system, saw the schools as a way to «get rid of the Indian problem» [6]. These schools, which were co-managed by the Canadian Government and four different Church organizations, were widely understood as having a mandate to «kill the Indian in the child» [7].

---

[4] *Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada* (2015, 6 vols).

[5] For two books that detail these histories in a rich and compelling narrative form, see Wickwire (2019) and Sniderman/Sanderson (2022).

[6] In making attendance mandatory, and thus authorizing the removal of children from their families, Scott said: «I want to get rid of the Indian problem. I do not think as a matter of fact, that the country ought to continuously protect a class of people who are able to stand alone [...] Our objective is to continue until there is not a single Indian in Canada that has not been absorbed into the body politic and there is no Indian question, and no Indian Department, that is the whole object of this Bill»: National Archives of Canada, Record Group 10, vol. 6810, file 470-2-3, vol. 7, 55 (L-3) and 63 (N-3).

[7] These words, though spoken first by an American military officer, are often attributed to Duncan Campbell Scott. For more on a man now largely understood as a villain in Canadian history, see Abley (2014).

This was not mere metaphor. As early as the 1920s, it was known that a larger than average number of deaths happened at these schools [8]. For many children, the killer was often preventable diseases, malnourishment, unsafe conditions, and crowded conditions in the schools. And yet, Duncan Campbell Scott wrote,

> It is readily acknowledged that Indian children lose their natural resistance to illness by habituating so closely in the residential schools and that they die at a much higher rate than in their villages. But this alone does not justify a change in the policy of this Department which is geared towards a final solution of our Indian Problem [9].

Well before the last school closed in 1996, student survivors of the schools had begun to initiate legal actions against governments and churches to push for recognition of the harms inflicted and experienced through the schools. As the number of claims mounted, it became clear that the volume of cases would result in the clogging of the courts for years to come. The cases were finally joined into what was the largest class action in Canadian history, brought on behalf some 150,000 still living adult survivors of Indian Residential Schools against the Canadian Government and four church organizations [10].

Pressure mounted for the government to seek a forum for alternative dispute resolution, which finally resulted in the 2007 *Indian Residential Schools Settlement Agreement* (IRSSA). The IRSSA recognized the damage inflicted by residential schools and established a multi-billion-dollar compensation fund made up of five components. The first three of these

---

[8] Bryce (1922) and Mosby (2014), documenting patterns of neglect and malnutrition of children in these schools, as well as the use of children in human biomedical experiments without their consent.

[9] See Sniderman/Sanderson (2022), p. 37.

[10] This history is explored in more detail in Johnson (2015), pp. 29-37. Note that the IRSSA $1.9 billion dollar settlement has been recently surpassed by a $40 billion dollar settlement in another class action brought on behalf of Indigenous children against the state, the First Nations Care Society settlement of 2023: https://www.fnchildcompensation.ca/.

were only available to former residential school students covered by the IRSSA [11]. Two of the components, however, were directed to the larger questions of Canadian national memory. The first of these was the constituting of a Truth and Reconciliation Commission. The Truth and Reconciliation Commission was allocated $60 million to provide opportunities for accounts of the schools to be publicly shared; to raise public awareness; to create a comprehensive historical record; to create a research centre. There was also $20 million set aside for projects of Commemoration, to honour and publicly acknowledge the experiences of former students, families, communities.

The point is that the Survivors of the schools re-allocated a total of $80 million that would have otherwise been available to them as compensation, to the larger project of Canadian national memory. In thinking about how to respond to the harms of what the Truth and Reconciliation Commission would document as a cultural genocide [12], the survivors asked for not only words, but also for art. This was significant given a colonial history in which, through what is known as the *Potlach Ban*, Indigenous public ceremonial practices of feasting, dancing, and gift exchange were criminalized [13]. People participating in these practices were

[11] 1. Common Experience Payment ($1.9 billion) was based simply on number of years one was in residential school [$10,000 for first year, and $3,000 for each subsequent year]; 2. The Independent Assessment Process ($1.7 billion) was a separate process set up to resolve particular claims of sexual abuse and serious physical and psychological abuse; 3. Health & Healing Services ($125 million) were to enable elders and aboriginal community health workers to support former students in terms of mental and emotional health. The *Settlement Agreement* itself is available online: http://www.residentialschoolsettlement.ca/IRS%20Settlement%20Agreement-%20ENGLISH.pdf.

[12] *Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada* (2015, 6 vols).

[13] The 1895 amendments to the *Indian Act* said: «Every Indian or other person who engages in, or assists in celebrating or encourages either directly or indirectly another to celebrate, any Indian festival, dance or other ceremony of which the giving away or paying or giving back of money, goods or articles of any sort forms a part, or is a feature, whether such gift of money, goods or articles takes place before, at, or after the celebration of the same» [is guilty of an offence and liable to imprisonment of a term not exceeding 6 months and not less than 2 months]. As Bracken (1997), p. 119 notes, the

jailed; ceremonial regalia, masks, other treasured objects that were part of the practices of feasting were confiscated and often sold to museums or other collectors [14].

The *Potlach Ban* aimed to disrupt central indigenous cultural/legal institutions. Amongst the Gitksan, for example, legal jurisdiction is exercised through the feast. The feast (what others may refer to as the potlach), «is a complex political, legal, economic, and social institution in which the main business of the hosting House is transacted and formally witnessed by the guest Houses» [15]. In former times, feasts were held for all major legal, social, and political transactions, including the raising of (totem poles).

Even following the lifting of the *Potlach Ban* in the 1950s, there has been a persisting failure within the Canadian legal system to acknowledge the significance of artistic production in the ways which Indigenous legal knowledges have been carried and enacted [16]. An infamous contemporary example of this failure occurred at the trial level during the groundbreaking *Delagamuukw* trial, where Gitxsan elders, asked to provide evidence of their law, asserted that the law (adaawk) was carried in song, and had to be sung [17]. Justice McEachern, in response to the assertion that this law be sung for the Court, argued that he could not hear the songs as evidence, asserting that he had a 'tin ear' [18]. In this context,

---

Ban prohibited every possible circulation of money, goods or articles between Indigenous people where done within the cultural structures of Indigenous legality.

[14] U'mista Cultural Centre, *History of the Potlach Collection*, https://www.umista.ca/pages/collection-history (consulted October 2, 2023).

[15] Napoleon (2010) p. 47. This article provides an extended exploration of feasting/potlaching as an aspect of Indigenous (Gitksan) public law and legal reasoning.

[16] Napoleon/Johnson/McKenzie/Overstall (2024, forthcoming).

[17] *Delgamuukw v. BC* (8 March 1991) Smithers No 0843 (BCSC). For more on Gitxsan law, see Napoleon (2009). The trial decision in *Delgamuukw* was overturned by the Supreme Court in 1997; the case set new precedent for Indigenous rights and affirmed the use of oral testimony in Canadian courts.

[18] For a powerful narrative response to Justice McEachern, written by one of the lawyers in the case, see Pinder (1999). As an example of the ways that Justice

what was at issue was the judge's incapacity to see songs, crests, stories, masks, or dances as not simply 'representations' of law, but as elements of law.

In many North American Indigenous legal orders, there are important and powerful relationships between what some describe as 'art' and some describe as 'law'. At the opening of the exhibit *Testify! Indigenous Laws + the Arts*, Nlaka'pamux lawyer (and now judge) Ardith Wal'petko We'dalx Walkem talked about the close relationship between law and art for many Indigenous peoples [19]. In her nation, she said, when a complex problem engages the people, the artists are brought in. Artists are, in a sense, also lawyers. In engaging with Indigenous legal orders, then, it is crucial to understand the different ways that law is recorded, generated, validated, enacted and transformed in art. Art is not simply object, but also a process of engagement, a carrier of history, a teacher of law [20]. In working across legal orders, we are invited to productively disrupt fixed assumptions about what constitutes 'art', what constitutes 'law', and about the relationships between them. This, then, is the context for understanding how and why the survivors of the Residential Schools, in the IRSSA, focused on the importance of art in responding to the Canadian state's failure of law.

### 2.2. *Art and Commemoration: On the Making of* The Witness Blanket

Artist Carey Newman responded to the IRSSA's call for projects of commemoration. Newman (whose traditional name is Hayalthkin'geme)

---

McEachern's failure has entered into legal discourse, see also Hamilton/Nichols (2019).

[19] For more on the relationships of Indigenous Laws and the Arts in the Testify Collective, see Kolsut (2018) and Johnson (2024, forthcoming).

[20] To return to an example with the Gitxsan and poles, Napoleon (2010), pp. 46-47 affirms the point about the legal significance of such monumental carvings: «The significance of the poles is that they are carrier[s] of social, spiritual, territorial, and economic rights and privileges. On them are carved the crests *(*sing. *ayuks)* representing the specific privileges drawn from the ancient, formal, collective oral histories *(adaawk)*, which are essential cultural property owned by the kinship groups».

is Kwagiulth of the Kwakwaka'wakw Nation on his father's side, and descended from English, Irish and Scottish settlers on his mother's side. Newman, whose own father had attended residential school from the time he was 7 years old until 19, was firmly situated in the complicated and entangled spaces generative for non-linear and embodied thinking. What kind of 'art' or project of memory, Newman asked, could adequately respond to the systemic violence and the human rights violations involved in the histories and aftermath of the Indian residential schools regime[21]? How might art speak to a colonial project that involved a denial of Indigenous legal orders across the nation, and across generations? How might one respond to the failure of law at the heart of the colonial project, a failure which generated such profound injuries and ongoing intergenerational trauma? How might one produce a work of commemoration able to carry the weight and variety of stories to be told, and to do so in a way that accorded with the structures of Indigenous legalities?

[21] On the challenges of national memory, see Moran (2022b). This podcast episode deals with difficult histories in Canada, Germany and the UK, asks, «How do we remember injustices when the physical signs of that history are no longer visible? What do we do with the buildings and structures that still stand? And how are the memories embedded within these sites both painful scars and opportunities for healing?».

Fig. 2 – *The Witness Blanket*; photo credit: Aaron Cohen

What Carey Newman produced was *The Witness Blanket*[22]. The *Blanket* is made up of carved cedar panels, which incorporate 880 objects gathered from residential schools, churches, government offices, and individuals (survivors, their families and loved ones, teachers, officials and more). It stands 3.2 meters at its highest point, and stretches 12 meters wide. The process of its construction stretched over a period of 2 years, as a team of people travelled across the country, to both gather the objects, and also to hear and record the stories that came with those objects[23]. The goal was to find at least one thing from each of the 139 schools spread across the country, which also meant being creative (given that some of the buildings that housed the schools no longer existed).

The *Blanket* was woven to include objects from traditional structures (like big houses, sweat lodges and tipis) as well as from urban and contemporary Indigenous places. It includes bricks, brass doorknobs, plates and cutlery, a school uniform, a child's shoe collected from the forest

[22] Images and stories are accessible on the *Witness Blanket*'s website: https://witnessblanket.ca/about-the-blanket.

[23] For an account of the making of the *Witness Blanket*, see Hudson/Newman (2019).

floor. It includes school records, yearbooks, graduation certificates, building inspection reports, pamphlets outlining school rules, invoices for coal to heat the school in winter. At its centre is a door taken from one of the schools on the cusp of its demolition. It includes an old wooden desk onto whose surface a slideshow of images and documents is projected. It also incorporates items that link Newman and his family directly to the *Blanket*: the handprint of his daughter on the back of a door, a piece of tree from the school his father had attended, a braid of his sisters' hair [24].

Fig. 3 – Braids on the *Blanket*; photo credit: Jessica Sigurdson

This work of art – this work of memory – draws deeply on aspects of law that have deep connections in the Salish legal traditions of Newman's family: cedar, blankets, and witnessing. Cedar, often referred to as the 'tree of life' is deeply integrated into Coast Salish society, with all

[24] During the time the *Blanket* was being constructed, his sisters grew their hair long. It was then cut off in ceremony, acknowledging the generations of indigenous children whose hair was cut off upon their arrival at school. See Hudson/Newman (2019), pp. 134-139.

parts of the tree finding use[25]. Blankets have broad resonance in most cultures around the world (and are wrapped both around the newly born, and the dead), but they also have specific cultural and legal significance in many West Coast legal traditions, linked to practices of identifying lineages, and formalizing and publicly validating people and events[26]. And the objects in the *Blanket* themselves stand as witnesses, drawn together in ways that could capture the magnitude of events and stories to be remembered. The idea of witnesses, again, resonates in all legal traditions, and in particular ways in West Coast legal orders[27].

*The Witness Blanket*, drawing these elements together, invites its audience into engagement. It is something that requires one to walk around, along, through, and behind. There is a door to pass through, there are books whose covers one must bend down to read, there is a table with papers, a piece of a tree, a child's shoe. Each object invites the viewer ask questions, or to consider what the image captures, and why it is there. It invites the viewer into relationship.

### 2.3. *Art and the Generating of New Legal Challenges: On Finding a Home*

*The Witness Blanket* was first exhibited in Victoria, BC in 2016. It then began to travel across the country, spending time in different cities. As Newman pointed out in an interview, such travels do require attention to maintenance, and repairs were necessitated each time the *Blanket* was set up or taken down. At some point, he began turning his attention to the question of where the *Blanket* could spend a longer sojourn. But in thinking about this question, he found himself struggling with the available western legal languages in which to address some deep challenges. If the *Blanket* was to find a home at a museum, what would

[25] Turner (1998). See also Alice Huang, *Cedar* https://indigenousfoundations.arts.ubc.ca/cedar/.

[26] See Hudson/Newman (2010), p. 7.

[27] On practices of witnessing in West Coast Indigenous legal cultures, see Welsh/Olsen (2003).

be the terms of the legal agreement governing both that move, and the kind of care that the *Blanket* would require?

His experience of assembling the *Blanket* had made visible that the language of ownership was profoundly inadequate to describe his relationship to it. The objects in the *Blanket* were put into Newman's care by Indigenous peoples from many different Indigenous legal orders across Canada. What would it mean to then transfer "ownership" of the *Blanket* (and all those objects) through an agreement for sale? And what sum could possibly capture the value in the *Blanket*? Another puzzle, he had noted, was that the construction of the *Blanket* was paid for by the Survivors (who allocated $20 million of their own settlement to make such projects possible). Newman had already been paid by the survivors to produce the *Blanket*. Was he now in a position to profit from the gift that had been given by the Survivors? In this context, how might he approach the question of financial agreements involved in a possible transfer [28]?

Another problem was how to think about the maintenance and care of the *Blanket*. Museums of course have extensive protocols for objects in their care. However, those protocols generally focus on the art as 'object'. But within many Indigenous legal traditions, the dividing lines of animacy differ from those of western law. Trees, in particular, have animacy [29], and so there are often very specific cultural protocols of care for works like masks which are carved from wood [30].

---

[28] Carey Newman shared these observations with the first year law students at the University of Victoria, March 7, 2023.

[29] For the Secwépemc, for example, there is an important telling of how Coyote made a tree fall in love with him: https://www.youtube.com/watch?v=TI70yJvQ-3o. For the Haida, there is a woman/sister in every tree. This argument was made before the Supreme Court of Canada in *Haida Nation v British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, by Haida lawyer Terri-Lynn Williams-Davidson. In another example of the blending of art and law, Williams-Davidson (who is also an artist and singer) rendered the argument musically in her song *Cedar Sister*, released nearly two decades after the court decision affirming the Crown's duty to consult Indigenous people prior to exploiting their lands: https://www.youtube.com/watch?v=k5VDsgsp7vo.

[30] See Moran (2022a), where Indigenous artists take up the question of how cultural products that are made for use become objects to be viewed, and the complicated thinking around that.

The *Blanket*, in this sense, was less 'object' than 'subject'. And it was a subject composed of materials from the physical world, the world of fabricated objects, and the world of stories. Both stories and songs, within most Indigenous legal orders, operate in ways that presume specific practices and protocols for both telling and listening [31]. So how, then might Newman be able to find a museum partner able to enter into an agreement that would ensure that the *Blanket* received not only care as understood within conventional museum practice, but also within a Kwakwaka'wakw world view?

Fig. 4 – A lost child's shoe finds a home in the *Blanket*; photo credit: Jessica Sigurdson

In its travels, the *Blanket* had already spent time in the Canadian Museum for Human Rights (CMHR) in Winnipeg, Manitoba. And so, Newman opened a conversation with archivist Heather Bidzinski, Anishinabek lawyer Jennifer Nepinak, and Museum CEO John Young. This group of Indigenous and non-Indigenous lawyers, artists, archivists, and administrators understood that *The Witness Blanket* was a response to a prolonged period of juridicide – an attempt by Canada and Canadians to

[31] Robinson (2020).

erase Indigenous legal orders. Thus, a contemporary legal response to the care of the *Blanket* could not come from within Canadian common law alone. Over a period of years, they went back and forth, staying in conversation, capturing ideas, learning about and with each other, and finally arriving at a form of legal agreement that might do this important work, responding to the needs of the *Blanket* itself.

The resulting *Witness Blanket Stewardship Agreement* (WBSA) aimed create a space for lawful action from within both common law and an Indigenous legal order. This is made explicit in the written text: «This agreement will be guided by both Kwakwaka'wakw traditional legal orders and Canadian Common Law». But what might this mean? The WBSA affirms the parties' understanding of the complexity of this decision:

> This agreement forms part of a complex understanding that is only fully realized through both the signing of the written agreement and the performance of, and joint participation in, ceremony observed, understood and remembered by Witnesses. Together, the written and oral commitments form the foundation of this ongoing relationship based on mutual trust and respect.

The written portion of the WBSA (which is reproduced in full as an *Appendix* to this Article) was first signed at a ceremony at the Canadian Museum of Human Rights. And then, on October 16, 2019, the WBSA was finalized through a traditional ceremony at Kumugwe, the K'omoks First Nation Bighouse on Vancouver Island. As news releases pointed out, this was a historic moment – the first time in Canadian history that a federal Crown corporation had ratified a legally binding contract through Indigenous legal traditions [32].

[32] Canadian Museum for Human Rights (October 16, 2019), *Indigenous oral ceremony finalized historic agreement with Museum*, News Release, https://humanrights.ca/news/-indigenous-oral-ceremony-finalizes-historic-agreement-museum (consulted June 27, 2023).

## 3. *Law as a Response to the Needs of Art (a Gallery Walk Through the WBSA)*

The WBSA, situated at the intersection of art and law, echoes the legal creativity and collaborative spirit present in the *Witness Blanket* itself. The WBSA, in my view, holds great promise as a pedagogical model of what is possible where people from different legal orders sit longer in the presence of art to help re-orient our understandings of lawfulness and our place within it [33]. In this section we will engage in something of a 'gallery walk' through the WBSA. In section 3.1, we will focus on the written commitments, exploring 4 elements of interest: first, subjects and objects; second, money matters; third, the relationship of rights and responsibilities; and fourth, duration and endings. In section 3.2, the focus will shift to the oral commitments in the WBSA, rooted in ceremony with its embodied experiences of sight, sound, movement and feasting. This will allow us to pose questions about art and ceremony as ways of learning and practicing law, and about what it means to have ongoing obligations to return to the spaces of ceremony. The goal is to open space for examining a creative form of law-making that responds to a work of art/commemoration that is itself a complicated and creative response to a failure of law.

### 3.1. *The Written Commitments*

#### 3.1.1. *Refocusing the Legal Subject*

Because names are important, let us begin there. The full title of the WBSA is, *An Agreement Concerning the Stewardship of the* Witness Blanket – *A National Monument to Recognize the Atrocities of Indian Residential Schools*. The title first names the context by acknowledging an atrocity. It then structures the relationship between Carey Newman,

[33] See Johnson (2020) for links to an annotated version of the WBSA as well as to images and videos for use in a classroom context.

the Museum, and the *Blanket* in a very specific way. The common law convention would be to view the blanket as object, and the Museum and Newman as subjects of a particular kind: a 'buyer' and a 'seller'. This convention is one that constructs the relationship through a specific kind of market lens, where each of the two primary parties is bargaining around how much (or how little) they can pay for an object, and what rights or entitlements they have with respect to how the object is to be transferred and/or treated by the parties. One might imagine, for example, clauses regarding exhibition, or maintenance, insurance, or copyright.

Fig. 5 – John Young and Carey Newman signing the written portion of the WBSA at the CMHR; photo credit: Keith Fraser

Here, the title points us to a different subject/object orientation. It moves us from the language of markets to the language of relationship: providing stewardship to the *Witness Blanket*. The language of stewardship, not unknown in the common law world, would conventionally point in the direction of children, or the infirm, or lands and resources in need of care. The WBSA-*Appendix B: Definitions* gives shape to what the parties mean in using the language of Stewardship and Stewarding:

> Steward/stewardship means holistic responsibility for the care of the *Witness Blanket*, acknowledging the agency and rights of the *Witness Blanket*, and recognizing that no one person owns the *Witness Blanket*. Steward-

ship has been purposefully chosen in lieu of acquisition.

The *Blanket* is described animate – as having agency. This is also made explicit in the definition given for the word "Lodging":

> Lodging means a culturally appropriate place to store and care for the *Witness Blanket*, recognizing that the *Witness Blanket* includes pieces that are treated as living beings. A lodge is considered a place of rest and may incorporate protocols indicated by Elders. It can be an alternative to the use of terms used in a museum context for storage, display or preservation of objects (e.g. display case, vault).

These two definitions signal a non-conventional approach to the *Witness Blanket*. It is not simply that the *Blanket* is described as in need of care, but also that it is described as a rights holder. *The Witness Blanket*, defined thus, includes elements that, whatever one's philosophical beliefs, are to be treated as living beings. While not completely disavowing the concept of ownership as it is conventionally understood (in either legal order), there is a diffusing of its pull both through the definitions above, and through an explicit statement that any ownership claims (as they might be understood with Canadian common law) are distributed («no one person owns *The Witness Blanket*»). This orientation is reinforced in one of the 5 principles agreed to by both parties on the first page of the WBSA:

> We agree that any rights associated with this agreement reside with the *Witness Blanket*, and accept that as collaborative stewards, the Museum and the Artist share the responsibility of making decisions that are in the best interests of the *Witness Blanket*.

Several things stand out to one trained in a Western legal tradition, and primary here is a way of thinking about what rights are, and who possesses them. In the WBSA, the only person with 'rights' is the *Witness Blanket* itself, which is identified as a subject, and not an object. While this is unusual in the context of the art world, the notion that other more than human entities can be spoken of as agents is not without

precedent. Consider the Whanganui River in Aotearoa (New Zealand), now identified as a legal person. Or indeed, the identification of corporate entities as legal persons. In this context, the *Witness Blanket* is a rights holder, and the Museum and the Artist are positioned in terms of their shared responsibilities towards the *Blanket*. Note also here the use of the phrase 'in the best interests,' which in North America is used primarily in the context of those who hold fiduciary obligations with respect to others (whether children, the infirm, or the corporate person).

3.1.2. *Money Matters*

Though there is a decentring or re-orienting of the *Blanket* as an agent rather than only an object, the WBSA does engage with questions about money. In the conventional form, a Museum would be making a payment to the Artist for the art that was acquired. The parties here did agree that money would change hands. But recall the earlier conversation about the ways in which the *Witness Blanket* was already funded/financed by the Survivors of the Residential Schools. The WBSA-*Appendix D: Financial Agreement* addresses the question of money. It opens with a mutual acknowledgment that there is no way to accurately reflect 'the value' of the *Witness Blanket*: «its value is both immeasurable and cannot be monetized». And thus, the Museum pays a fee to the Artist not for the *Witness Blanket* itself, but rather «in consideration of the opportunities which this collaborative stewardship represent for the Museum». It is worth pausing here: there is no transfer of ownership, no purchase of an object. The Museum transfers money to the Artist to acknowledge the value of *being* in a relationship of collaborative stewardship. These monies do not represent the ongoing costs of this stewardship (i.e. curating, location, upkeep, signage, lighting, floor space, staff, etc.), but are in addition to those. Further, the Museum commits itself to not only an initial payment of $250,000 but also to making its best efforts at raising an additional $500,000. The Artist, for his part, commits to putting the entirety of this amount (somewhere between one-quarter and three-quarters of a million dollars) towards a legacy project

to take the gift given by the survivors and pass it forward into the future. In short, both the Museum and the Artist commitment themselves to generating funds for this purpose.

### 3.1.3. *Responsibilities and Commitments*

With the *Witness Blanket* as the 'subject' of attention, one thinks differently about the 'object/objective' of the WBSA. The Artist and the Museum are not so much negotiating terms as they are setting out an approach to the shared care of the *Witness Blanket*. Much of the WBSA focuses attention on questions that are pressing in the context of Art/Law (how to care for art, who gets to see it, how it travels?). Page 2 of the WBSA sets out a list of responsibilities. What we see is a list of shared problems articulated as commitments: how to provide lodging and care; how to work towards common understandings of shared responsibilities; how to approach conservation and preservation; how to curate stories to travel with the *Blanket*; how to address reproductions and traveling exhibitions; how to respect cultural protocols around care; decisions about the Artist's appearances; how to plan for changes in specific decision-makers (from the Museum and the Artist's family) over time.

Notable in this list of commitments is the use of verbs that direct attention to mutual understanding, collaboration and ongoing work between the parties in the process of implementing those commitments. In the list of commitments on p. 2 of the WBSA, note the recurrence of phrases like: 'will work with', 'commits to caring for the *Witness Blanket*', 'understands and honours the responsibilities', 'will provide recommendations', 'will work in collaboration with', 'in discussion with', 'will collaborate in the development of', will provide guidance, will support, will work together.' The response to the challenges posed by a work of art such as the *Witness Blanket* is an orientation towards a collaborative practice from the outset. One might note here a certain looseness with respect to specifics: the focus is less on the specific decisions that either party might make, than on articulating assumptions about the processes that will structure their shared decision-making process.

In most contracts of the sort emerging in the common law world, there are provisions to deal with conflicts, or disagreements about decisions. One might thus expect to see some sort of arbitration clause (to refer some kinds of conflicts to a neutral arbiter), or a choice of law clause (to prioritize one or the other of the legal orders in the context of certain kinds conflicts). Conventional clauses of this sort do not appear in the WBSA. The closest thing is a clause which sets out the processes by which the parties will continue to strengthen their relationship, in ways that will enable them to do the hard work of sorting out most differences themselves. On page 3 of the WBSA, one sees this:

> In fulfilment of our commitment to this ongoing relationship, the Museum and the Artist will review this agreement yearly (meeting remotely or in person as appropriate) in addition to committing to a renewal feast every four years [...] Through these points of connection, this agreement may evolve or be revised by mutual agreement in writing.

Note here that the primary focus is on the commitment to their relationship (which is focused on collaborative stewardship). This is sustained through two practices of review: an annual review of the document (an expected practice of ongoing governance in many incorporated societies), and a practice of renewal feasts (an expected practice for maintaining partnership and treaty relationships in many Indigenous legal orders). In both cases, these are practices aimed at maintaining common understandings so as to avoid the emergence of conflict. Further, such practices of renewal and review are articulated as the foundations for the parties to mutually agree to changes in how they wish to approach their shared stewardship.

### 3.1.4. *Duration, Temporality, and Endings*

Let us finally turn to the question of time. How long is this shared stewardship expected to continue? On p. 3 of the WBSA we see this:

> In the spirit of this partnership, it is intended that this agreement will endure for seven generations forward. The Museum and the Artists agree

> that they will uphold their commitments and this agreement for a minimum of ten (10) years, following which the agreement will continue unless both the Museum and the Artist (or the Artist's designate) agree to end the agreement.

A first point here is to note the language of seven generations in describing the intended duration for the Agreement. The phrase 'seven generations', to modern ears, might resonate with the familiar principle of Haudenosaunee law, that embeds decision-making in a context that draws in the needs of community seven generations forward. Such a period of time might be expected to run forward for something like 150 years. This approach to a broader temporal horizon also finds expression in the Salish world in a form of thinking that approaches the present in a manner that both looks back three generations, and forward three generations at the same time. It finds expression linguistically in some orders where, for example, the word for great-great-grand-parent, is the same as the word for great-great-grand-child[34]. This orientation to decision-making and responsibilities across time is explicitly captured in the final clause of the WBSA. Immediately above the signature line, it reads, «The Museum and the Artist honour these commitments to each other, to the *Witness Blanket* and to future generations to come».

In the common law world, one might approach such a clause with caution, thinking about concepts like the rule against perpetuities. Or, one might wonder if this is simply an aspirational statement akin to 'Til death do us part.' But again, in the context of a partnership working across two legal orders, one is holding together modes which seek clarity/specifity around both duration and finality, and modes which seek openness to the ways in which the parties can work challenges that may

[34] For example, «in *Halq'eméylem,* the same term – *tómiyeqw* – is used to express the relationships of great-great-great-great-grandparent, great-great-great-great-grandparent, great-great-great-great-grand-uncle/aunt, great-great-great-great-grandchild and great-great-great-great-grandniece/nephew. In this way, people from parallel past and future generations up to seven times removed from current living relatives are considered to hold the same relationship with the current living generation»: Carlson/McHalsie/Perrier (2001), pp. 28-29.

emerge in the context of changing conditions. Support for the kind of philosophical thinking behind this understanding of the temporal horizon appears in the WBSA-*Appendix C: Past, Present, Future*. Again, what appears there might be understood as a kind of pedagogical intervention, one aimed at articulating a quite different sense of how accountability might implicate responsibilities to not only the present, but also the past and the future.

Because such an understanding may require some stretching, note that the duration clause also provides a minimum time horizon for the parties to work towards. Recall that the parties also explicitly agreed to uphold their commitments for a minimum of 10 years. At the 10 year mark, unless the parties mutually agree to end the agreement, it would continue.

And what then of endings? What would be the process through which this agreement to be collaborative stewards might be unravelled? On page 3 of the WBSA, the parties say,

> The Museum and the Artist will willingly enter into discussion with the Community (that includes Story Keepers and Witnesses) regarding respectful handling of the *Witness Blanket* should this agreement come to an end.

Note here the focus on willingness to work together with others to both explore and come to decisions about the ways in which the unravelling can happen. This is not about seeking an external arbiter or specifying a particular result. Indeed, let us return to the question of money. In the Canadian common law context, failures of contract frequently involve a monetary approach to breach: a defaulting party is often required to 'pay back' the other, or to make compensation in the form of a damages award. Here, an ending would not implicate the paying back of fees paid under the WBSA, since a decision to stop jointly stewarding has no impact on the initial decision of both parties to gather funds to put towards a legacy. The focus is not on the rights of the Museum or the Artist, nor on 'breach' or failure of responsibilities; the focus remains on

the needs of the *Witness Blanket* to be handled with care and respect. As both Carey Newman and the Museum have noted, once the focus is off the rights of the signatories and is focused on the needs of the *Witness Blanket*, there is a profound shift in how one thinks about solutions, including solutions that have to do with endings.

To summarize, when one looks at these elements in the written text of the WBSA, one can see a shift in thinking that moves from saying what law "applies", to asking how two legal orders can work together to "guide" the parties in joint stewardship. Again, law is here invited into an artistic and collaborative practice that is perhaps a better fit for understanding art as something that might function in relationships, and not only as an object to which something can apply. It helps us see law not only as rules or standards, but also as practice, procedures, principles and more.

### 3.2. *Oral Culture, Art, and the Role of Ceremony*

In this section, we turn to parts of the WBSA that are less familiar to people trained primarily within Western legal orders – specifically, to those parts of the Agreement embedded in legal practice less attached to written texts, than to texts that might be described as 'arts-based.' Recall that the WBSA becomes 'legal and binding' through the operation of conventions from two legal orders. Within Canadian Common Law, an agreement is reduced to writing, and it becomes legal through the affixing of signatures, appropriately witnessed. And so, as we have seen above, the WBSA does appear in paper form, with all the conventions one would expect (signed, dated, witnessed). Within Kwakwaka'wakw law, certain kinds of agreement were marked through public ceremony, and were recorded in different ways. Indeed, it is precisely such ceremonies that were prohibited under the *Potlach Ban* discussed earlier.

Fig. 6 – Carey, John and Heather in ceremony; photo credit: Media1

Let us turn then to the question of the ceremonial, as part of the realization of lawful commitments under Kwakwaka'wakw law. As one might expect, in a relationally based agreement of this sort, the parties would be committed to learning how to be lawful in both legal traditions. WBSA-*Appendix A: Kwakwaka'wakw Ceremony* is the starting point. It stands as a kind of pedagogical tool, and as a summary of the elements of Kwakwaka'wakw law and ceremony that are to be drawn into action. Paragraph one of that *Appendix* is reproduced here:

> Oral culture has governed Kwakwaka'wakw social and legal orders since time immemorial. Cultural, social and legal transactions, agreements and the sharing or transmission of rights were marked through ceremony and recorded in several ways. One was by calling Witnesses who were paid to remember, tell and retell the story of the events that had transpired. Another was through the creation of artistic records that could take many forms, from the raising of a monumental carved pole, to the design on a bentwood box or ceremonial blanket, to a small rattle, a talking stick or even a song. Connected by their dynamic and continued use, these methods were very effective at preserving our histories from generation to generation, through millennia.

There are several things to note here. One is the reference to forms of 'art' that should be understood as legal: carved poles, bentwood boxes,

ceremonial blankets, rattles, talking sticks, songs. The invitation is to understand that oral culture, in this sense, is not about a lack of 'writing', but about embedding a legal story in ways that actively draw participants into an embodied engagement with law. Witnesses, for example, are not simply documenting that something was signed, or being called upon to validate truth in a courtroom context. Rather, they are called upon to remember, to tell, and retell a story. Further, because there is always more than one witness called, the recording of memory can be expected to happen in ways that create a richer legal tapestry and make memory something that is continually drawn into the present by an obligation to retell. Memory here is attached to the recording of an event in poles, boxes, blankets, rattles, sticks and songs. Each such object would also invite the storytelling that accompanies the object, and each becomes a pathway to memory (through things that are touched, carried, viewed, heard, smelled, used, and more). One can see in this practice the embedding of legal memory in a very rich proprioceptive field, attentive to the varieties of human abilities to learn or remember through a wider sensorium (one can access and carry legal memory and obligation through neural pathways that connect us more deeply to our neurological capacities).

Fig. 7 – Box of Treasures, Mask, Dancer, Rattle, guests present; photo credit: Media1

In the next paragraph of the WBSA-*Appendix A: Kwakwaka'wakw Ceremony*, one learns about the important principle of feasting:

> The art of hosting (feasting) includes a cultural practice of invitation, seating guests, blessing the space, identifying Witnesses, feeding guests, singing a feast song, storytelling and gift-giving. As a finale, the Witnesses are invited to speak. They recount what they saw, what they heard and how this made them feel. This, their story, our story, is what they carry and will retell to others. These feasts or potlatches remain an important aspect of Kwakwaka'wakw governance and social and legal order, and centre around building and maintaining relationship based in trust, recognition, mutual respect and friendship.

Fig. 8 – Witness Andy Everson reporting back to the gathered guests; photo credit: Media1

This paragraph then documents what a feast involves for the parties to the agreement. It sets out the protocols, so that a person who is invited to attend will both know what to expect, as well as have a framework to make sense of what they are seeing. It explains the specific context for this kind of witnessing, decentring the Western idea of a witness as primarily rooted in criminal or civil trials practice, where people are being asked to provide evidence of injuries, harms or entitlements. In the WBSA discussion of ceremony, there is an explicit acknowledgment that

witnessing is partial and subjective, embedded in the particular experience of specific people. Witnessing is also tied not just to what is *seen*, or *heard,* but also to the affect-laden *feeling* of the experience. Witnesses are asked both to watch what has transpired, and then to share all that with the others at the Ceremony. This means that, for each person present at the Ceremony, they too will have had the experience of seeing, hearing and feeling. Part of that will include the experiencing of being witness to the Witnessing. That is to say, people attending the ceremony/feast as guests are invited to hear four different Witness accounts/reports, with all their differences and affects.

This Witnessing is not directed to 'proof' or 'validation of data', so much as it is directed to creating pathways of shared experience, and to creating pathways of connection between those who were present at the Ceremony (connections that are multiple, rather than singular, connections that validate the many ways of seeing and processing a shared experience). This paragraph makes explicit that the goals of Ceremonial feasting are linked to practices of governance, both legal and social, directed to sustaining the relationships of trust that will support an agreement to join in collaborative stewardship. The feasting, put another way, seeks to build and maintain the relations that will be necessary to do the work of stewarding.

How then will the parties implement what the Appendix refers to as "cultural teachings"? The Appendix lays out the things that the Museum and Artist have agreed to do together to 'enact the agreement and maintain the relationship'. Just note here the language of 'enactment' and of 'maintenance' (which implies both a starting point, a making real, and also ongoing work). They agree:

> To come together in ceremony on the traditional territory of the Kwakwaka'wakw people within one year of signing the paper document.
> To create a physical embodiment of the agreement in the form of a feast dish or box of treasures. This piece will both symbolically and literally hold the story of this agreement [35].

[35] The box of treasures which holds the paper copy of the agreement is visible in figures 6, 7, and 9.

> To mutually agree upon and name four Story keepers who will each receive copies of the written document. The Story Keepers will be tasked with telling and retelling the story of how the document was created and remembering the original spirit and intent of the agreement.
> To name, call and recognize four Witnesses who will be asked to speak at the conclusion of the ceremony, and then remember and recount the event for future generations.
> To feast together as a demonstration of their mutual respect and friendship, and their commitment to honouring the *Witness Blanket*.

In these commitments, it is clear what the obligations and procedures are for enacting the agreement in a way that accords with two quite different legal orders. What is also significant is that there is an integration of people into a shared legal experience: both Indigenous and non-Indigenous participants signing contracts in a way that is lawful within Canadian common law; both Indigenous and non-Indigenous participants taking up roles within Kwakwaka'wakw legal ordering. Let us stop here to note that the words "Witness" and "Story Keepers" are also defined terms in the WBSA-*Appendix B: Definitions*:

> Witnesses means the people designated by the Artist and the Museum (four from each side) to observe, understand and remember the specific context of the agreement. Each Witness hold an oral record of the agreement. Designation of Witnesses, detailed roles and succession plans are articulated in Museum procedures accompanying this agreement.
> Story Keepers means the people designated by the Artist and the Museum (four from each side) to receive copies of the written document. Designation of Story Keepers, detailed roles and succession plans are articulated in Museum procedures accompanying this agreement.

Eight people are charged with holding the written text, and another eight people charged with holding an oral record of the context for the agreement. Thus, after Inaugural Ceremony (held in 2019), there were 16 people holding and keeping knowledge of the agreement in both of its legal forms. Half of these people are doing that holding from within their own legal order, and half of them have been invited to do that holding in the context of a legal order that is not their own. One might say we then

see something that involves equivalent relations of respect towards the legal traditions of the other, without attempting to collapse them into a singular approach, or focusing on questions of 'tie-breaking' in the event of a conflict. There is a new community of knowledge keepers being built together. The term "community" is also defined in the agreement.

> Community means the group that represents the Interests of the Museum, the Artist and the *Witness Blanket*. The Community would be called upon if significant changes were to be made to the agreement, or if either party could no longer fulfil their commitments to the agreement. This group includes the Story Keepers and Witnesses identified through the traditional ceremony and oral component of this agreement.

Fig. 9 – Community joining to dance with the agreement, now held in the box of treasures; photo credit: Media1

One can see here how the Ceremonial portion of the agreement links to the Written portion of the agreement. In each case, there is an acknowledgement that things may shift, people may no longer be able to follow through on their commitments, it may be necessary for change. Rather than setting out what we might think of as "breach" conditions, the agreement sets out a process for resolving those problems by identifying

the people who need to be involved. This will include those who have been charged with remembering the text and context. They will be people who have feasted together, shared stories, and built relationships to each other and to the *Blanket*. This community, over time, will increase to include those present at subsequent gatherings. It will be composed of a group of people who share a 'longue durée' understanding of the *Witness Blanket* and its place in time. This is a quite different way of understanding the obligation of witnesses and story keepers; they remain sutured to the care of the *Blanket*, with an understanding that the WBSA represents not a point in time, but an ongoing set of relationships and commitments.

## 4. *Conclusion: Observations on Attending a Feast*

Fig. 10 – The feel of ceremony and feasting; photo credit: Media1

On a more personal note, let me circle back to the beginning of this article. In 2019, a group of us from ILRU (the Indigenous Law Research Unit at the University of Victoria,) travelled from Victoria to Comox to attend the inaugural ceremony for the *Witness Blanket Stewardship Agreement*. We had been invited to attend as guests. Our group included

Jessica Asch, Tara Williamson, Brooke Edmonds, and Lindsay Borrows. It was an intergenerational group, as we were also joined by my mother Arta, and by Lindsay's baby Wasaya. The process of the ceremony and feast followed much of what is set out in the discussion above. But the experience of being in that space of ceremony as a law professor/guest exceeds what can be easily captured in words. I had the deep sensation of entering into a differently structured temporal space, where past, present and future touched up against each other.

Fig. 11 – The Dancers and the Fire; photo credit: Media1

The felt experience of the event worked on so many levels: I can still draw up the heat and smell and sound of the fire, tended by a firekeeper throughout the event; I can feel the beat of the drums, and the rhythm of the dancers as their feet moved on the bare earth of the floor. In know where I was sitting with respect to the images reproduced above, know who was sitting alongside me, recall the angles from which I experienced the dances, songs and speeches.

There are strong physical sensations attached to the memories of what I heard and saw. I can place myself joining others on the dirt floor at the end, as we danced in shared rhythm around the fire. I can easily draw up the sensation of being overwhelmed by the gifts were given at the end (indeed, in spite of all I knew [intellectually] to expect about potlach cer-

emonies, I was not prepared for the affective power of receiving those gifts)[36]. And I can pull up the taste of the salmon, and of oolican grease that accompanied the meal. I can hear echoes of conversations around the tables as people sat with each other, processing what we had seen and heard. The echoes of all those experiences continue to resonate in my mind and body.

Fig. 12 – The drums and songs; photo credit: Media1

With the passage of time, I have been struck by the ways the power of this ceremonial experience has had resonance in contexts that seem somewhat distant from the question of residential schools, genocide, and national memory. As just one example, in the context of my work teaching Business Associations, I now find myself seeing the power of ceremony as a way of addressing the challenges of what we might call corporate memory in the context of relationships between people and institutions[37]. With all institutional entities (societies, corporations, governments), one can anticipate changes in decision-making personnel, as peo-

[36] See Johnson (2019a) and (2019b) for another set of perspectives on the power of the ceremony.

[37] Johnson/Leonard (2020).

ple move from one job to another, and as Boards of Directors turnover, as elections draw new people in. Is the review of a written agreement (or contractual terms of reference) enough to help the people who occupy these new roles truly understand the relationships they are part of? My sense is that written agreements are simply not powerful enough to do the necessary work. Can attention to the power of art and the ceremonial provide other avenues? Let us pause for a moment to think about the WBSA. The agreement involved Carey Neman (a human person) and the Museum (an incorporated person), but the negotiations on the part of the Museum were enacted through very specific (human) people. Those people formalized their commitments and responsibilities in the deeply affective laden context of ceremony and feasting. As I write this article, and as the time for the next renewal feast approaches, the Museum has a completely new set of people in the roles of CEO, archivist, and lawyer. In addition to the commitment to the annual review of the written commitments, the WBSA also contains a commitment to holding a renewal feast each 4 years. As a result, there is a built-in mechanism for connecting new people to their obligations through the affect-laden power of ceremony and feasting. It functions something like an aide-mémoire (aid for daily living) for an institutional entity. The feast creates the context for the renewal of relations, through all the work of planning for the feast (which draws in people to the unavoidable work of planning), and for the event itself, which then provides the space for people to sit with each other in a shared space of storytelling, and space of gifting, and a context where food provides the space for people to begin to build relationships to and with each other.

I suppose the point here is to note the deep power in the relationships of law and art. The WBSA models the capacity to pull so many witnesses into engagement, and in the process, nourishes very different kinds of relationships, ones that honour the reality of legal pluralism, and which invite us to inhabit a world in which law and art can be something that we do together. It invites us to inhabit our world of entanglements in ways

that let us build relations with people who do law differently and find ways to work together even in the face of those differences. Entanglements worth pursuing.

*Bibliography*

Abley, Mark (2014), *Conversations with a Dead Man: The Legacy of Duncan Campbell Scott*, Toronto, Douglas & McIntyre

Bracken, Christopher (1997), *The Potlatch Papers: A Colonial Case History*, Chicago, University of Chicago Press

Bryce, Peter Henderson (1922), *The story of a national crime: being an appeal for justice to the Indians of Canada; the wards of the nation, our allies in the Revolutionary War, our brothers-in-arms in the Great War,* Ottawa, James Hope & Sons, Ltd.

Carlson, Keith (ed.), Albert (Sonny) McHalsie (cultural advisor), Jann Perrier (Graphic Artists and Illustrator) (2001), *A Stó:Lo-Coast Salish Historical Atlas*, Vancouver, Douglas & McIntyre

Everson, Keisha (2017), *Determination: Revitalizing Culture in the K'omoks Valley, in* «Kumugwe Cultural Society», https://kumugwe.ca/bighouse/ (consulted October 3, 2023)

Hamilton, Robert, Joshua Nichols (2019), *The Tin Ear of the Court: Ktunaxa Nation and the Foundation of the Duty to Consult*, in «Alberta Law Review», 56.3, pp. 729-760

Hudson, Kirstie, Carey Newman (2019), *Picking up the Pieces: Residential School Memories and the Making of the Witness Blanket*, Victoria BC, Orca

Johnson, Arta (October 27, 2019a), *The Witness Blanket Ceremony*, in «Larch Haven», https://larchhaven.blogspot.com/2019/10/the-witness-blanket-ceremony.html (consulted July 28, 2023)

Johnson, Arta (October 28, 2019b), *Feasting and Gifting*, in «Larch Haven», https://larchhaven.blogspot.com/2019/10/gifting-and-feast.html (consulted July 28, 2023)

Johnson, Rebecca (2015), *Taking the Call: An Introduction to the Truth &*

*Reconciliation Commission and Its 94 Calls to Action*, in «Canadian Yearbook of Human Rights», 1, pp. 29-37

Johnson, Rebecca (January 31, 2020), Implementing Indigenous Law in Agreements – Learning from 'An Agreement Concerning the Stewardship of the Witness Blanket', in Reconciliation Syllabus: a TRC-Inspired Gathering of Materials for Teaching Law, https://reconciliationsyllabus.wordpress.com/2020/01/31/implementing-indigenous-law-in-agreements-learning-from-an-agreement-concerning-the-stewardship-of-the-witness-blanket/ (consulted July 28, 2023)

Johnson, Rebecca (2024, forthcoming), *Testify! Reflections on Cultural Legal Studies and Indigenous Legal Orders*, in Crawley, Karen, Thomas Giddens, Timothy D. Peters (eds.), *The Routledge Handbook of Cultural Legal Studies*, New York, Routledge

Johnson, Rebecca, Bonnie Leonard (2020), *Coyote and the Cannibal Boy: Secwépemc Insights on the Corporation*, in Fitzgerald, Oonagh (ed.), *Corporate Citizen: New Perspectives on the Globalized Rule of Law*, Waterloo, Center for International Governance Innovation, pp. 31-46

Kolsut, Julian (2018), *Indigenous Law art exhibit on display in Victoria*, «CHEK News», 30 September, https://www.cheknews.ca/indigenous-law-art-exhibit-on-display-in-victoria-494409/ (consulted August 3, 2023)

Mahoney, Kathleen (2016), *Canada's Origin Story*, in *Big Thinking* (*Lectures organized by the Federation for the Humanities and Social Sciences*), May 10, https://www.youtube.com/watch?v=aaw5_8UuiBM (consulted July 28, 2023)

Moran, Ry (2022a), *Episode 2: A Box of Treasures*, in *Taapwaywin: talking about what we know and what we believe (A UVic Libraries Podcast)*, https://www.taapwaywin.ca/post/episode-2-a-box-of-treasures

Moran, Ry (2022b), *Episode 3: Preservation, Destruction, Transformation*, in *Taapwaywin: talking about what we know and what we believe (A UVic Libraries Podcast)*, https://www.taapwaywin.ca/post/episode-3-preservation-destruction-transformation

Mosby, Ian (2014), Food Will Win the War: The Politics, Culture and Science of Food on Canada's Home Front, Vancouver, UBC Press

Napoleon, Val (2009), *Ayook: Gitksan Legal Order, Law, and Legal Theory*, PhD Dissertation, University of Victoria Faculty of Law

Napoleon, Val (2010), *Living Together: Gitksan Legal Reasoning as a Foundation for Consent*, in Webber, Jeremy, Colin M. MacLeod (eds.), *Between Consenting Peoples: Political Community and the Meaning of Consent*, Vancouver, UBC Press, pp. 45-76

Napoleon, Val, Rebecca Johnson, Debra McKenzie, Richard Overstall (eds.) (2024, forthcoming), *An Interrupted Intergenerational Conversation: Indigenous Art and Societal/Cultural Expressions*, Toronto, University of Toronto Press

Pinder, Leslie Hall, (1999), *The Carriers of No*, in «Index on Censorship», 4, pp. 65-74

Robinson, Dylan (2020), *Hungry Listening: Resonant Theory for Indigenous Sound Studies*, Minneapolis, University of Minnesota Press

Sniderman, Andrew Stobo, Douglas Sanderson (2022), *Valley of the Birdtail: An Indian Reserve, a White Town, and the Road to Reconciliation*, New York, HarperCollins Publishers

Turner, Nancy J. (1998), *Plant Technology of First Peoples in British Columbia*, Vancouver, UBC Press

Welsh, Christine, Sylvia Olsen (2003), *Listen with the Ear to Your Heart: A Conversation About Story, Voice, and Bearing Witness*, in Norris Nicholson, Heather (ed.), *Screening Culture: Constructing Image and Identity*, Lanham-Boulder-New York-Oxford, Lexington Books, pp. 143-156

Wickwire, Wendy (2019), *At the Bridge: James Teit and an Anthropology of Belonging*, Vancouver, UBC Press

*Appendix*

*An Agreement Concerning the Stewardship of the Witness Blanket – A National Monument to Recognize the Atrocities of Indian Residential Schools*

The mandate of the Canadian Museum for Human Rights (the "Museum") is to explore the subject of human rights, to enhance the public's understanding of human rights, to promote respect for others, and to encourage reflection and dialogue. The Museum is located on ancestral lands in Treaty 1 Territory, that have always been and continue to be home to Indigenous peoples.

The *Witness Blanket*, a large-scale art installation, was created by Carey Newman (the "Artist") as a national monument to recognize the atrocities of the Indian Residential School era, honour the children, and symbolize ongoing reconciliation.

As a national museum dedicated to the evolution, celebration and future of human rights, the Museum understands and embraces its responsibility to respond to the Truth and Reconciliation Commission's Calls to Action to redress the legacy of residential schools and advance the process of reconciliation in Canada.

In recognition of its responsibilities towards reconciliation, and the importance of the Stories about and held within the items that make up the *Witness Blanket*, the Museum respectfully wishes to enter into an agreement with the Artist to become joint stewards of the *Witness Blanket*.

This agreement forms part of a complex understanding that is only fully realized through both the signing of the written agreement and the performance of, and joint participation in, ceremony observed, understood and remembered by Witnesses. Together, the written and oral commitments form the foundation of this ongoing relationship based on mutual trust and respect.

Together, the Museum and the Artist acknowledge and agree to the following principles:

We acknowledge the cultural and spiritual significance of the *Witness Blanket,* as well as the profound knowledge and experiences embedded in the *Witness Blanket*.

We recognize the importance of the *Witness Blanket* not only for its representation of Canada's human rights history and the genocide committed by Canada against the Original peoples of the land we share as our home, but also for the opportunity it offers to advance dialogue and discussion about genocide and reconciliation in Canada.

We respect the Stories and People whose stories are attached to the *Witness Blanket* and commit ourselves to uphold and honour the cultural integrity of the Stories and the People they represent.

We recognize that the *Witness Blanket* is not owned by any single person, and that this agreement and any exchange of funds does not transfer legal ownership of the *Witness Blanket*, but formally shares responsibility for the physical and spiritual care of the *Witness Blanket*.

We agree that any rights associated with this agreement reside with the *Witness Blanket,* and accept that as collaborative stewards, the Museum and the Artist share the responsibility of making decisions that are in the best interest of the *Witness Blanket*.

We agree to act in partnership and in accordance with traditional teachings that include Respect, Humility, Love, Truth, Honesty, Courage and Wisdom, and the concept of Past, Present and Future.

The spirit and intention of this agreement is to ensure that the Stories told by the *Witness Blanket* are preserved and shared for future generations.

Honouring the past, respecting the present and acknowledging our responsibility to the future, the Museum and the Artist agree to transfer physical custody of the *Witness Blanket* into the Museum's care and stewardship.

The responsibilities and commitments made under this agreement are as follows:

– The Museum will provide respectful lodging for the *Witness Blanket* and commits to caring for the *Witness Blanket* for the duration of this agreement.

– The Museum understands and honours the responsibilities and duties required to be respectful stewards of the *Witness Blanket*.

– The Museum will provide recommendations for the conservation of the *Witness Blanket* and will work in collaboration with the Artist to determine the most respectful methods for treating and preserving the *Witness Blanket*.

– The Museum will work with the Artist to identify an appropriate selection of Stories to transfer with the *Witness Blanket* to support the repair, display and sharing of the *Witness Blanket*.

– In discussion with the Artist and the Community, the Museum will make reasonable efforts to provide access to the *Witness Blanket* in a variety of ways and formats.

– The Museum and the Artist will collaborate in the development of a reproduction of the *Witness Blanket* for the purpose of creating a travelling exhibition, enabling wider access to the *Witness Blanket* Stories while preserving the original *Witness Blanket* for future generations. The Museum will assume responsibility for the management of the travelling exhibition.

– The Artist will provide guidance with respect to the cultural protocols, care, maintenance and preservation of the *Witness Blanket* and will support the Museum in its commitment to care for it.

– The Artist will be responsible for responding directly to requests for personal appearances.

– The Artist and the Museum will work together to designate the future voices that will represent the Museum, the *Witness Blanket* and the Artist's family in order to continue the collective conversation and fulfill our respective responsibilities to this agreement while honouring the Newman family's inherent connection to the *Witness Blanket*.

– This agreement honours the terms of the financial arrangement noted in Appendix D.

– This agreement will be guided by both Kwakwaka'wakw traditional legal orders and Canadian Common Law.

In fulfilment of our commitment to this ongoing relationship, the Museum and the Artist will review this agreement yearly (meeting remotely or in person as appropriate) in addition to committing to a renewal feast every four years on or around the anniversary of the inaugural feast. Through these points of connection, this agreement may evolve or be revised by mutual agreement in writing.

In the spirit of this partnership, it is intended that this agreement will endure for seven generations forward. The Museum and the Artist agree that they will uphold their commitments and this agreement for a minimum of ten (10) years, following which the agreement will continue unless both the Museum and the Artist (or Artist's designate) agree to end the agreement.

The Museum and the Artist will willingly enter into discussion with the Community (that includes Story Keepers and Witnesses) regarding respectful handling of the *Witness Blanket* should this agreement come to an end.

The Museum and the Artist honour these commitments to each other, to the *Witness Blanket*, and to future generations to come.

Our signatures below acknowledge our commitment to this relationship of trust and our responsibilities therein.

| | |
|---|---|
| John Young | Carey Newman |
| President and CEO | Artist |
| Canadian Museum for Human Rights | *The Witness Blanket* |

*Dated this* _____*th day of* _____*, 2019.*

*Appendix A: Kwakwaka'wakw Ceremony*

Oral culture has governed Kwakwaka'wakw social and legal orders since time immemorial. Cultural, social and legal transactions, agreements and the sharing or transmission of rights were marked through ceremony and recorded in several ways. One was by calling Witnesses who were paid to remember, tell and retell the story of the events that had transpired. Another was through the creation of artistic records that could take

many forms, from the raising of a monumental carved pole, to the design on a bentwood box or ceremonial blanket, to a small rattle, a talking stick or even a song. Connected by their dynamic and continuous use, these methods were very effective at preserving our histories from generation to generation, through millennia.

Another important principle in Kwakwaka'wakw ceremony is feasting. The art of hosting (feasting) includes a cultural practice of invitation, seating guests, blessing the space, identifying Witnesses, feeding guests, singing a feast song, storytelling and gift-giving. As a finale, the Witnesses are invited to speak. They recount what they saw, what they heard and how this made them feel. This, their story, our story, is what they carry and will retell to others. These feasts or potlatches remain an important aspect of Kwakwaka'wakw governance and social and legal orders, and centre around building and maintaining relationships based in trust, recognition, mutual respect and friendship.

In recognition of these cultural teachings, and to enact this agreement and maintain the relationship, the Museum and the Artist agree on the following:

– To come together in ceremony on the traditional territory of the Kwakwaka'wakw people within one year of signing the paper document.

– To create a physical embodiment of the agreement in the form of a feast dish or box of treasures. This piece will both symbolically and literally hold the story of this agreement.

– To mutually agree upon and name four Story Keepers who will each receive copies of the written document. The Story Keepers will be tasked with telling and retelling the story of how the document was created and remembering the original spirit and intent of the agreement.

– To name, call and recognize four Witnesses who will be asked to speak at the conclusion of the ceremony, and then remember and recount the event for future generations.

– To feast together as a demonstration of their mutual respect and friendship, and their commitment to honouring the *Witness Blanket*.

– To maintain and renew the relationship over time, coming together

to share in food and remembrance at least once every four years, but as often as is required to fulfill their commitment to the care and stewardship of the *Witness Blanket*.

In this way, we intend to bring together Indigenous and Western legal principles in a manner of mutual respect, where each supports and upholds the other.

*Appendix B: Definitions*

*NB: Throughout the written agreement, certain words – that would not usually be capitalized in standard English grammar – have been capitalized to signify their importance in the context of the* Witness Blanket. *They are defined below for additional understanding, along with other significant non-capitalized words.*

Community means the group that represents the interests of the Museum, the Artist and the *Witness Blanket*. The Community would be called upon if significant changes were to be made to the agreement, or if either party could no longer fulfill their commitments to the agreement. This group includes the Story Keepers and Witnesses identified through the traditional ceremony and oral component of this agreement.

Lodging means a culturally appropriate place to store and care for the *Witness Blanket*, recognizing that the *Witness Blanket* includes pieces that are treated as living beings. A lodge is considered a place of rest and may incorporate protocols indicated by Elders. It can be an alternative to the use of terms used in a museum context for storage, display or preservation of objects (e.g. display case, vault).

People means the persons whose lives were impacted by Indian residential schools – students, mothers, fathers, survivors and their families. It includes persons from the past, the present and the future.

Seven generations is a cultural phrase that indicates forward thinking and future sustainability, roughly translated into 140 years.

Spiritual care means acknowledgement of cultural protocols that are

required to respectfully care for the *Witness Blanket* in harmony with Western concepts of conservation and preservation.

Steward/stewardship means holistic responsibility for the care of the *Witness Blanket*, acknowledging the agency and rights of the *Witness Blanket*, and recognizing that no one person owns the *Witness Blanket*. Stewardship has been purposefully chosen in lieu of acquisition.

Stories means the physical items and recorded oral testimony that contribute to the whole of the *Witness Blanket*. Stories is capitalized to recognize that these items are living beings embodied in the *Witness Blanket*.

Story Keepers means the people designated by the Artist and the Museum (four from each side) to receive copies of the written document. Designation of Story Keepers, detailed roles and succession plans are articulated in Museum procedures accompanying this agreement.

Traditional teachings refer to traditional concepts or lessons understood to be sacred and which form the foundation for healthy, respectful relationships. The traditional teachings listed in this agreement are not universal but are mutually shared by the Kwakwak'awakw and Coast Salish traditions of the Artist, and traditions of Treaty 1 Territory nations where the Museum resides.

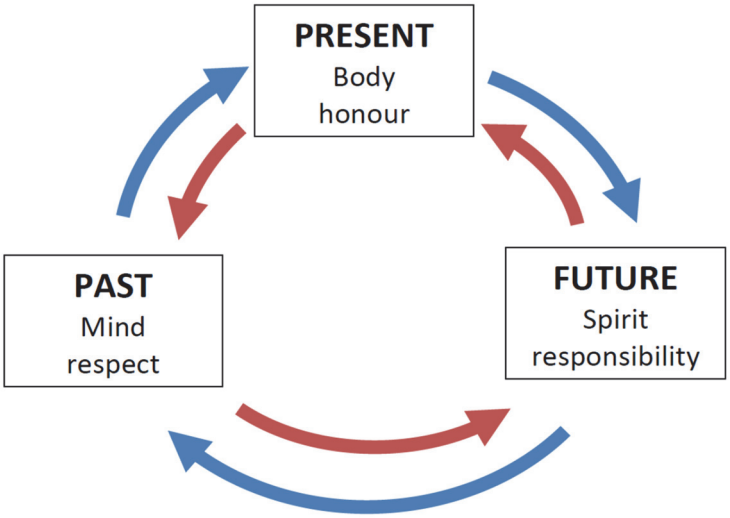
Witnesses means the people designated by the Artist and the Museum (four from each side) to observe, understand and remember the specific context of the agreement. Each Witness holds an oral record of the agreement. Designation of Witnesses, detailed roles and succession plans are articulated in Museum procedures accompanying this agreement.

### *Appendix C: Past, Present, Future*

The cultural values of respecting the past, honouring the present and responsibility to the future ask us to consider our own existence within the continuum of life. The lives we live are built on the wisdom of our ancestors who came before us. They entrusted us with stewardship of the land that sustains us, the air we breathe, and the water that gives life to

all. When we acknowledge this, we take on the responsibility of continuing their ways and decisions. We do this by respecting and carrying their wisdom forward, passing on the same gifts to future generations that were given to us.

During our lifetime, although we have access to the resources and knowledge that surround us, they do not belong exclusively to us, they also belong to those who came before us and the generations yet to come. The generation of the present must always consider that the decisions we make and the actions we take reflect our past and impact the future. In this way we are connected across time and it requires us to embody each of these principles in the way that we walk. This is our system of accountability.




*Appendix D: Financial Agreement*

Both the Artist and the Museum recognize that the terms of this financial arrangement do not accurately reflect the true value of the *Witness Blanket,* as its value is both immeasurable and cannot be monetized.

It also recognizes that, due to budgetary limitations and public accountability, the Museum must be prudent in establishing its financial commitments.

As such, the Museum will pay an initial one-time fee of two hundred and fifty thousand dollars ($250,000) to the Artist in consideration of the opportunities which this collaborative stewardship represents for the Museum.

In addition, the Museum also commits to applying best efforts to raise up to an additional five hundred thousand dollars ($500,000) through fundraising and/or sponsorship to further support the project which will be transferred to the Artist in further consideration of the value placed on the *Witness Blanket* and the opportunities that it represents. However, if despite best efforts, no additional funds are raised, then the CMHR will not be required to transfer any additional payments to the Artist beyond the initial one-time fee of two hundred and fifty thousand dollars ($250,000).

To uphold the principles, spirit and intent of this agreement, and to honour residential school survivors and the commitment they made to reconciliation through the establishment of the Truth and Reconciliation Commission's Commemoration Initiative, which was the original source of funding for the creation of the *Witness Blanket*, the Artist agrees to commit the entirety of the fee resulting from this financial agreement toward the establishment of a legacy project that will continue the work of art and reconciliation.

# Methods of Dispute Settlement, Post-Colonial Restitutions and the Increasing Importance of Due Diligence in the International Art Trade

Manlio Frigo

CONTENTS: 1. Alternative and 'Traditional' Dispute Settlement Approach in the Art Market. – 2. The Current Debate on the Post-Colonial Restitutions and the Recent Practice in Europe: The 'Belgian Approach'. – 3. Advantages and Drawbacks of In-Court Dispute Resolution. – 4. Applicable Law and Jurisdiction Issues. – 5. Advantages and Main Features of a Legal Due Diligence. – 6. A Multidisciplinary Team of Experts Makes the Difference. – 7. Authenticity and Provenance. – 8. Provenance and Nature of Cultural Goods. – 9. Title of Ownership and International Circulation. – 10. Criminal Liability for Partial or Total Failure to Exercise Due Diligence. – 11. Responsible Art Market's Guidelines and the End Goal: A Successful Transaction.

## 1. *Alternative and 'Traditional' Dispute Settlement Approach in the Art Market*

Contemporary international practice in dispute settlement methods concerning the circulation of cultural property is showing remarkable developments that some prominent scholars have described as a «renewal of restitutions» [1]. The alternative nature of the dispute settlement may concern not only the selected methods, but also the proposed solutions, in three different respects.

First, the above available settlement mechanisms may be considered alternative to judicial dispute resolution and to the traditional diplomatic channels leading to the application of a bilateral or multilateral international treaty.

Second, the choice of an (alternative) settlement mechanism may have some significant consequences on the legal effects of the preferred tool. Indeed, an arbitration concludes with a binding arbitral award, whereas

[1] See Cornu/Renold (2009), p. 504.

doi: 10.17473/LawArt-2023-4-5 LawArt 4 (2023) 161-188
ISSN 2039-6880

both conciliation and mediation aim to help parties reach an agreement and have entirely different legal effects.

Third, the above dispute settlement mechanisms are also alternative in terms of the material outcome of the agreement, which may be quite different from the traditional restitution or return of the object to the claimant.

In cases concerning illicit or dubious provenance, recent and contemporary international practice is marked by a variety of possible combinations: the settlement could involve an agreement on a long-term loan, the deposit of the requested object, a donation, the restitution accompanied by scientific and artistic cooperation between the parties, or an agreement to establish a trust with a view to future restitution. Alternative solutions may be found – and have indeed been found – notably in disputes between States and individuals or public or private foreign entities. But even in disputes involving States, a dispute is rarely settled through an international treaty, for several reasons. The first and most recurring reason is that States tend, where possible, to avoid an officially diplomatic approach and instead prefer to settle disputes with a less publicised contractual tool. Some examples of international disputes settled through bilateral agreements include the disputes between France and Nigeria concerning the Nok and Sokoto statuettes, or the dispute between France and South Korea concerning the royal manuscripts of the Joseon dynasty.

In the France/Nigeria dispute, the three statuettes that the French government purchased in 1999 from a Belgian art dealer had, according to the Nigerian government, been illicitly excavated and exported. They were returned to the Nigerian government in accordance with a first agreement reached in 2000 and a second agreement reached in 2002, which provided for the transfer of the ownership to Nigeria and a parallel 15-year renewable loan of the statuettes to the Quay Branly Museum in Paris [2].

[2] See Schyllon (2003), pp. 133-148.

Just to mention a few other examples, in October 2021, Germany and Nigeria signed a pre-accord featuring the restitution of Benin bronzes (more than 1000 items) starting from the year 2022, although some artifacts will remain on loan to German museums [3]. In the Fall of 2021, the Dutch Government announced its support for proposals leading to the return of looted objects from state-owned collections, based on recommendations made by a government-appointed Advisory Committee set up in 2019 to establish a national policy framework for colonial collections [4]. Lastly, in February 2022, the Government of Angola started discussions with the Portuguese Government concerning the return of its cultural heritage which had been illegally removed from Angola and exhibited in Portuguese museums [5].

In terms of the dispute resolution mechanisms used in this area, resorting to the courts to settle a dispute frequently remains the first option for parties after all other preliminary possibilities of reaching an amicable resolution have been exhausted unsuccessfully. Moreover, depending on the situation and specific circumstances, resorting to the courts may either entail a fixed course that the parties must follow, to their regret, in the absence of an alternative, or an instrumental tool used by the claimant to put the defendant under pressure, in the hope of reaching a future agreement after negotiations appear impossible. This is, of course, a situation that has little to do with the specific features of disputes concerning the circulation of cultural property. Other specific characteristics

[3] Harris (2022). On a different note, it is noteworthy that the British Universities of Cambridge, in 2019, and Aberdeen, in 2021, returned to Nigeria bronzes looted by the British soldiers from Benin City, in Southern Nigeria in 1897; see Adebola (2021).

[4] Government of the Netherlands, *Redressing an Injustice by Returning Cultural Heritage Objects to their Country of Origin* (29 January 2021); https://www.government.nl/latest/news/2021/01/29/government-redressing-an-injustice-by-returning-cultural-heritage-objects-to-their-country-of-origin. See also Returning Heritage, *Dutch Recognise Colonial Injustice and Aim to Return Stolen Objects from State Collections* (22 March 2021) https://www.returningheritage.com/dutch-recognise-colonial-injustice-and-aim-to-return-stolen-objects-from-state-collections.

[5] Carlos (2022).

also need to be considered that may facilitate or hamper the effort to provide a legal answer or convenient solution that is acceptable for all parties involved.

Particularly, in claims for the restitution of cultural property, the owner may need to bring legal action against the possessor before a foreign jurisdiction where the possessor is domiciled and/or where the property has been transferred. In this case, the claimant frequently faces an uncertain outcome for several reasons. These include doubts as to the law that the court will apply, the task of giving evidence of the title (namely in claims for the recovery of archaeological items that have been illicitly excavated and declared as State property in the country of origin), and the possible burden of proof of the possessor's bad faith. But if the defendant is also affected by the same or equivalent level of uncertainty, resorting to the courts may be a good starting point to make both parties aware of the risks they each face and to create the material and psychological conditions for negotiations.

The different capacity and status of the parties (i.e., States, companies, public or private institutions, or individuals) may have a significant impact on how a dispute develops. In disputes between individuals concerning the authenticity or the ownership of an art object stolen from the legitimate owner and transferred to another country where it has been purchased in good faith, the main issue is determining the competent jurisdiction and applicable law. This issue is resolved in the same way as other transnational disputes, with one additional step: the identification of the sources of private international law, uniform law or domestic law that may come into play in the specific case. Should the same dispute occur between States, or between a State and an individual or a legal person, this 'detail'may affect the choice of applicable law in different ways in terms of: (a) the decision to resolve the dispute in or out of court, and (b) the problem of the substantive law and its applicability in concrete terms. This would be the case with a request from a State to recover an illegally exported cultural object, as the choice of law and jurisdiction would be based on a declaration of public ownership established under the law of the claimant State.

## 2. *The Current Debate on the Post-Colonial Restitutions and the Recent Practice in Europe: The 'Belgian Approach'*

The historical window opened by President Macron in Ouagadougou on 28 November 2017, during an official visit to Burkina Faso, preparing the path toward the restitution of African cultural heritage objects currently held in French national collections, has probably established a new era in cultural relations between France and Africa and, from a broader perspective, between the North and the South of the planet.

As is known, just a few months later after his address to Sub-Saharan Africa, President Macron commissioned a report, today known as the 'Sarr-Savoy Report', from academics and researchers Bénédicte Savoy and Felwine Sarr, to implement the return of thousands of artworks and objects of historical, ethnographical, archaeological interest [6].

The Sarr-Savoy Report aims at providing the chronological, legal, methodological, and financial framework to ensure the return of African cultural heritage items back to Africa, raising several questions about the existence of the legal and moral grounds of such an approach, as well as in terms of the obstacles to its concrete achievement.

In such a context, it is a fact that, the special law which – by way of derogation from the principle of inalienability – ordered the return of a saber to Senegal and 26 plundered objects to Benin was adopted only in December 2020 [7]. The ceremony, held in Paris on 9 November 2021, for the restitution of the Treasure of Kingdom of Abomey, seized in the 19th century, to the Republic of Benin was certainly meant to represent an event of highly symbolic importance, as witnessed by the presence of

---

[6] Sarr-Savoy (2018).

[7] *Loi No. 2020-1673 du 24 décembre 2020 relative à la restitution de biens culturels à la République du Benin et à la République du Sénégal* (O.J. No. 312, 28 December 2020). See also *La France acte la restitution définitive d'objets d'art au Sénégal et au Bénin*, «Le Monde» (Paris, 16 July 2020), https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/07/16/la-france-acte-la-restitution-definitive-d-objets-d-art-au-senegal-et-au-benin_6046342_3212.html.

both President Emmanuel Macron and President Patrice Talon[8]. As a matter of fact, this is not a French problem and has little to do with some (unavoidable?) resistance manifested within certain sectors of the institutional apparatus of that country.

What is more important to underline is, however, the effect that this complex series of events has produced in the debate that has developed in recent years, particularly, but not exclusively, in Europe and Africa. From this point of view, it would be rather ungenerous not to record the emulative effect that Macron's declaration and the Sarr-Savoy Report have produced even before the concrete restitution initiatives, except, possibly, for Italy where a real comprehensive debate about the colonial and postcolonial issues has yet to be seriously addressed[9]. In fact, as a follow-up of the Sarr-Savoy Report, Jean-Luc Martinez in his quality as *ad honorem* chairperson of the *Musée du Louvre* – has published on April 27, 2023 a Report for the attention of the President of the French Republic entitled *Patrimoine partagé: universalité, restitutions et circulation des oeuvres d'art. Vers une législation et une doctrine françaises sur les "critères de restituabilité" pour les biens culturels*, proposing steps and criteria for the restitution of items of cultural significance that belong to a 'shared heritage'[10].

In the above scenario, Belgium's approach deserves a separate mention due to both the choice of adoption of a general legal tool concerning the fate of cultural property connected with the past colonial experience, and to the substance of such regulatory intervention.

In June 2022, the Chamber in plenary session approved the *Projet de loi reconnaissant le caractère alienable des biens liés au passé colonial de l'État belge et determinant un cadre juridique pour leur restitution et leur re-*

---

[8] *France Formally Hands Back 26 Looted Artworks to Benin*, *RFI* (Paris, 9 November 2021), https://www.rfi.fr/en/africa/20211109-france-formally-hands-back-26-looted-artworks-to-benin.

[9] Visconti (2021), p. 551.

[10] See https://www.vie-publique.fr/rapport/289235-universalite-restitutions-circulation-des-oeuvres-d-art-rapport-martinez.

*tour*, subsequently published on July 3, 2022[11]. By the approval of this law, Belgium is the first State to create a general legislative framework for the restitution of colonial collections. The 'Belgian approach' is also quite interesting because the scope of application of the new bill includes objects acquired during the political and administrative domination of the State of origin by Belgium, starting from the signature of the Act of the Berlin conference in 1885, up to the date of the independence of the State of origin[12]. The bill aims at consolidating close cooperation with the State of origin of items of dubious or questionable provenance, and at involving the State of origin in the restitution process. For this purpose, bilateral agreements of cultural and scientific cooperation will be concluded between Belgium and the State of origin to define the methods of cooperation that will make it possible to establish whether the property must be returned, as well as the preservation guarantees required to ensure its return to the State of origin[13].

Each bilateral agreement will establish a joint scientific commission, which will receive the requests of restitution, confirm the origin of the objects and determine how the property was acquired, in order to assess the importance of the requested object for the heritage of the State of origin and to render its reasoned opinion concerning the fate of the object[14]. The decision concerning the deaccessioning and the restitution of the object – based on the opinion rendered by the joint commission – will

[11] *Loi reconnaissant le caractère alienable des biens liés au passé colonial de l'État belge et determinant un cadre juridique pour leur restitution et leur retour*, «Moniteur Belge», n° 41, p. 70607. See also Chambre des Représentants de Belgique, *Projet de loi reconnaissant le caractère aliénable des biens liés au passé colonial de l'état belge et déterminant un cadre juridique pour leur restitution et leur retour* (25 April 2022) Doc. 55 2646/001, https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/2646/55K2646001.pdf. *Passé colonial: la Chambre adopte le cadre juridique pour la restitution des biens*, *RTBF* (30 June 2022) https://www.rtbf.be/article/passe-colonial-la-chambre-adopte-le-cadre-juridique-pour-la-restitution-des-biens-11022973.

[12] See Article 3, para 2.

[13] Article 4.

[14] Articles 5-6.

be adopted by the King and will result in the transfer of title of the object to the State of origin.

International practice concerning the circulation of cultural goods and the fight against illicit trafficking has accustomed us to consider the difference between the notions of restitution and return, referring to two consistent and recurring definitions. Even the wording that relevant international conventions use to make a clear distinction between these two figures is based on the need to provide two different legal regimes, in accordance with distinct cases of illicit trafficking [15].

Typically, restitution should be granted to the owner of a cultural property, which was stolen. Conversely, the issue of return should be raised in the case of objects illegally exported from a state's territory. In the first case, the rightful owner has been dispossessed and requests the restoration of the infringed right; in the second case, it is not the right of property, which is being violated, as the person responsible for the violation arising from the illegal export may in fact be the legitimate owner.

In this respect, probably the most precise and detailed separation between the two notions may be found in Article 1 of the 1995 UNIDROIT Convention, which clearly states that

> This Convention applies to claims of an international character for: (a) the restitution of stolen cultural objects; (b) the return of cultural objects removed from the territory of a Contracting State contrary to its law reg-

[15] *Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflicts* (14 May 1954) entered into force 7 August 1956 249 UNTS 358 (hereinafter: 1954 Hague Convention), Protocol I; *Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property* (14 November 1970) entered into force 24 April 1972 823 UNTS 232, Articles 7, 13, 15; UNIDROIT *Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects* (24 June 1995) entered into force 1 July 1998 2421 UNTS 457 (hereinafter: 1995 UNIDROIT Convention), Articles 1, 3, 4, 5, 6, 8, and 9. At a European Union level, see Directive 2014/60/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No. 1024/2012 [2014] OJ L159/2, Articles 2, 3, 8, and 10.

> ulating the export of cultural objects for the purpose of protecting its cultural heritage (hereinafter "illegally exported cultural objects") [16].

In the above contexts, the common element to the two distinct terms to which we have referred is that both the restitution and the return imply the physical transfer of the objects in the hands of the owner, or in the territory of the requesting State.

Unlike the current international legal practice, the 'Belgian approach' inspiring the new bill under discussion includes a quite different and original characterization of the two notions of restitution and return. In fact, pursuant to Article 3 of the Belgian law, *restitution* means «the transfer of legal ownership of the object to be restituted, decided in accordance with the present law» (Article 3.4), while *return* means «the material transfer to the State of origin of the object to be restituted, the restitution of which has been decided in accordance with the present law» (Article 3.5) [17]. In other words, the model proposed by the Belgian law makes for the first time a clear distinction between the transfer of title (*propriété juridique*) and the material transfer (*remise matérielle*), thus inaugurating the new category of the 'intangible restitution' of cultural property.

The logic of the above choice is clearly explained in the *Exposé des motifs,* which is published together with the text of the law. With a view to bypassing the problems posed by the 'material restitution' (*restitution matérielle*)

> [...] the law will clearly affirm that the goods which are linked to the Belgian colonial past are, under the conditions it provides, alienable exclusively with a view to restitution and return, free of charge, to the State of origin. By distinguishing between the transfer of the legal ownership of the property and the material delivery of the latter to the State of origin, this draft law deviates from the principle laid down by Article 3.50 of the

[16] 1995 UNIDROIT Convention, Article 1.

[17] See the Belgian law, Article 3.4 (defining 'restitution' as «le transfert de propriété juridique du bien restituable, décidé conformément à la présente loi») and Article 3.5 (defining 'retour' as «la remise matérielle à l'État d'origine du bien restituable dont la restitution a été décidée conformément à la présente loi»).

> Civil Code, according to which the right of ownership confers directly on the owner the right to use what is the subject of his right, to enjoy it and to dispose of it [18].

And even more clearly, the spirit of the new law emerges where it is explained that

> In this case, the material return of the property will not 'directly' follow the legal restitution of this property, the bilateral agreement on scientific and cultural cooperation having to provide for the methods according to which this return will operate. This process is justified by the status of goods belonging to a movable cultural heritage, which require specific protection and, therefore, to ensure in advance that they are conserved in good conditions [19].

Whatever the assessment of the appropriateness of the Belgian legislator's choice, there is no doubt that the solution proposed by splitting the ownership of the assets and their material availability constitutes a precedent, which should be discussed in the future.

---

[18] Projet de Loi, 'Exposé des motifs'7: «La loi affirmera clairement que les biens qui sont liés au passé colonial belge, sont, dans les conditions qu'elle prévoit, aliénables exclusivement en vue d'une restitution et d'un retour, à titre gratuit, à l'État d'origine. En distinguant le transfert de la propriété juridique du bien et la remise matérielle de ce dernier à l'État d'origine, le présent projet de loi s'écarte du principe posé par l'article 3.50 du Code civil, selon lequel "le droit de propriété confère directement au propriétaire le droit d'user de ce qui fait l'objet de son droit, d'en avoir la jouissance et d'en disposer"».

[19] Projet de Loi, 'Exposé des motifs'7: «En l'espèce, le retour matériel du bien ne suivra pas 'directement'la restitution juridique de ce bien, l'accord bilatéral de coopération scientifique et culturelle devant prévoir les modalités selon lesquelles s'opérera ce retour. Ce procédé se justifie par le statut particulier des biens relevant d'un patrimoine culturel mobilier, qui nécessitent une protection spécifique et, donc, de s'assurer préalablement de leur conservation dans de bonnes conditions».

### 3. *Advantages and Drawbacks of In-Court Dispute Resolution*

If we now turn to the more general practice of international art related disputes, it is to be noted that some legal scholars have explored the advantages and disadvantages of in-court resolutions to such disputes and have pointed out that the competent jurisdiction is chosen, whenever possible, considering the rules of private international law and substantive law that will apply to the case [20].

As to the advantages, resorting to resolving disputes in court is advisable given both the wide competence entrusted to the judge and the definitive nature of the judge's decision. Furthermore, the judge's decision – not to mention the structural differences between the common law and continental law systems – is, by definition, aimed at resolving the dispute once and for all.

As to the disadvantages, the uncertainty that accompanies judicial claims in this field is a major problem and is the result of a combination of factors.

In disputes regarding rights in rem concerning cultural objects, the claimant – be it a State or an individual – should consider not only the differing (and, thus, uneven) protection granted to the bona fide purchaser under different domestic legal systems, but also the different attitudes of domestic jurisdictions regarding the recognition and enforcement of foreign public law [21]. In this respect, the landmark decision rendered by the British Court of Appeal in *Islamic Republic of Iran v. Barakat* (2007) must be mentioned. The case concerned a claim by Iran seeking the restitution of some illegally excavated archaeological objects that had been illicitly exported and put on sale at auctions in Britain. Under Iranian law, the objects were State property, and the Court of Appeal, refusing to follow the more traditional view that a foreign public law could not be applied, upheld the claim, declaring that «the claim in this

[20] See Shapiro (1999), p. 17, Gazzini (2004), p. 52, Roodt (2015), p. 161 ff.

[21] Roodt (2015), p. 161 ff.

case is not an attempt to enforce export restrictions, but to assert rights of ownership» [22].

In international judicial practice, domestic jurisdictions are frequently asked to interpret and apply not only specific domestic legislation – regardless of whether it is the substantive law of the *forum* or of another legal system – but also the relevant rules of international law in force in the *forum*, such as the international conventions to which that State is a party [23]. But the decision in *Islamic Republic of Iran v. Berend* from a few months earlier demonstrates how some details can influence different court decisions in similar circumstances. Indeed, the Queen's Bench Division, in dismissing the State's claim to a title of a fragment of an ancient limestone relief purchased by the defendant in Paris in 1974, held that public policy did not require English law to introduce the French doctrine of *renvoi* to determine the title to movables and that, under French domestic law, the defendant had lawful title to the fragment [24].

## 4. *Applicable Law and Jurisdiction Issues*

As to the law applicable to the merits, some well-known and conflicting decisions, such as *Winckworth v. Christie's, Manson & Woods* [25], *Attorney General of New Zealand v. Ortiz and Others* [26], *Republic of Ecuador v. Danusso* [27], or *Ministère français de la culture v. Ministero italiano dei beni*

---

[22] See *Islamic Republic of Iran v. Barakat*, 21 December 2007, [2007] EWCA, Civ. 1374.

[23] This commonly happens whenever a court must apply domestic or foreign law; the role of domestic courts in enforcing international treaties is rather well explained in the *Barakat* case.

[24] See *Islamic Republic of Iran v. Berend*, 1 February 2007, [2007] EWHC, 132 (QB).

[25] See *Winkworth v. Christie Manson and Woods Ltd. and Another*, [1980] 1 ER (Ch) 496, [1980] 1 All ER 1121.

[26] See *Attorney General of New Zealand v. Ortiz and Others*, (1982) 2 *WLR*, p. 10.

[27] See Court of Turin, Decision of 25 March 1982, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 1982, p. 625.

*culturali and De Contessini*[28] suggest that even the general accepted principle of *lex situs* may bring about different and frequently unpredictable outcomes. Conversely, the option proposed in doctrine for an alternative and special conflict of laws rule, leading to the application of *lex originis*, is not generally accepted and may not itself always represent a reliable and predictable solution[29].

The choice of competent jurisdiction can play a prominent role in the choice of law applicable to the merits. Indeed, it is by applying the private international law rules of the court – together with the rules of international law in force in the same legal system – that the substantive law applicable to the merits is determined[30]. Furthermore, the effectiveness of this decision may typically become a crucial issue whenever recognition and enforcement in a different country are needed. As a result, there should be little doubt that the above factors add further uncertainty not only to the outcome of the claim, but also to the concrete effect of the decision.

Through international legal cooperation, some positive efforts have been made to reduce some of the disadvantages of resorting to litigation to settle disputes, particularly as to the uncertainty of the outcome that relates to claims for the restitution or return of cultural goods. As is well known, Regulation 1215/2012 (Brussels I bis) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), in introducing some new provisions in this domain at European level, added a supplementary special jurisdiction for disputes concerning the recovery of cultural objects[31]. The possibility, now admitted

[28] See Italian Court of Cassation, Decision No. 12166 of 23 November 1995, in «Il Foro italiano», 1996, I, p. 907.

[29] Frigo (2015), p. 409 ff.

[30] Siehr (1993), p. 48.

[31] See Regulation of the European Parliament and of the Council No. 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition of judgments in civil and commercial matters (recast). Under Article 7.4, a person domiciled in a Member State may be sued in another Member State «as regards a civil claim for the recovery, based on ownership, of a cultural object as defined in point 1 of Article 1 of Directive 93/7/EEC initiated by

under Article 7.4 of the Regulation, to bring legal action against a person domiciled in a Member State in another Member State in the courts for the place where the cultural object is situated at the time when the court is seized in civil claims for the recovery of a cultural object (based on ownership), should at least result in reducing the defendant's ability to challenge the jurisdiction, and thus represent a concrete support to the claimant.

From a substantive applicable law perspective, some legal initiatives taken at an international, regional, and national level also introduce special uniform and private international law rules.

At international level, this is particularly true of the 1995 UNIDROIT Convention and its uniform rules concerning the duty of restitution of stolen cultural objects (Article 3) and return of illicitly exported cultural objects (Article 5).

At regional level, this is true with the EU Directive 2014/60 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State, which aims to better reconcile the free circulation of cultural objects with the need for more effective protection of cultural heritage. Directive 2014/60 improves the previously applicable EU Directive 93/7, particularly by widening the notion of cultural object falling under its scope of application, and by extending the statute of limitations within which return proceedings may be initiated. The directive also approximates the laws of Member States in terms of the requirements that must be met, particularly by ensuring a more common interpretation of the notion of due diligence, which the possessor must prove to have exercised to obtain fair compensation for the return of the cultural object [32].

At national level, this is the case with the 2004 Belgian code of private international law, which introduces an interesting and rather original choice between *lex situs* and *lex originis*. In fact, under Article 90 of this code, whenever a domestic law of a State includes a cultural object with-

the person claiming the right to recover such an object, in the courts for the place where the cultural object is situated at the time when the court is seised».

[32] Cornu/Frigo (2015), p. 5 ff.

in its national heritage at the time of its illicit exportation, the claim for the return of that cultural object is governed by the law of that country, or – at the claimant State's request– by the law of the country where the cultural object is located at the time the claim is filed [33].

## 5. *Advantages and Main Features of a Legal Due Diligence*

After considering the uncertain outcome of art related disputes in the international practice, one should explore the ways to avoid or reduce the risk of judicial or extra-judicial claims. The task of identifying appropriate precautions to take when trading in a complex market such as the art and cultural property one, is certainly not easy. As we have seen, when it comes to cross-border transactions, questions arise about applicable law, jurisdiction, and judicial interpretation criteria to assess title of ownership, authenticity, and so on.

In a global art market where transparency is sometimes lacking, in this respect legal due diligence is crucial for all transactions. Verifying the factual and legal circumstances surrounding a transaction is equally as important as collecting and safeguarding the fundamental information of the good in question if one is to avoid or at least significantly reduce transactional risks, be it in relation to a donation, a loan, or a deposit.

Legal due diligence entails a multifaceted investigation, especially for cross-border transactions.

[33] Article 90 of the Belgian code of private international law, 16 July 2004 provides as follows: «Lorsqu'un bien qu'un Etat inclut dans son patrimoine culturel a quitté le territoire de cet Etat de manière illicite au regard du droit de cet Etat au moment de son exportation, sa revendication par cet Etat est régie par le droit dudit Etat en vigueur à ce moment ou, au choix de celui-ci, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication. Toutefois, si le droit de l'Etat qui inclut le bien dans son patrimoine culturel ignore toute protection du possesseur de bonne foi, celui-ci peut invoquer la protection que lui assure le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication».

First, the authenticity and provenance of the artwork or cultural property must be checked: author, date, type, historical period, materials used – all these things must add up.

Second, the seller must prove that he/she owns the artwork and that no special liens, guarantees, or other constraints prevent its free transfer. This aspect becomes more complex when one considers the differences between civil– and common-law systems. The former hinges on possession as envisioned in the Napoleonic Code of 1804 (*en fait de meubles la possession vaut titre*), and thus stolen goods may sometimes be lawfully transferred based on possession alone. Whereas in common-law systems like in the UK and the US, the legitimate owner of an artwork generally has superior title of ownership to a good-faith purchaser, thus precluding lawful transfer of stolen goods. The lawfulness of a given transaction thus depends entirely on the applicable law.

Third, an artwork's provenance and materials can also raise red flags, for example if composed of patented or banned materials. The seller's identity is also a key consideration: transactions with unknown counterparties or never-ending chains of intermediaries ought to be avoided. A significantly higher or lower price than the market value for a particular type of artwork also raises a red flag, as do uncommon payment methods (e.g., Bitcoin), blatant conflicts of interest, and particular situations of the seller (e.g., marital separation).

Finally, checking that international circulation is carried out to the letter of the law is a must to ensure the highest attainable transactional security and avoid nasty surprises.

## 6. *A Multidisciplinary Team of Experts Makes the Difference*

Unwelcome surprises often emerge when it is too late to do anything – which is the reason why the legal due diligence should be completed during the negotiation phase. And this regardless of whether it is a collector purchasing an artwork on the market, an art dealer wanting to resell an artwork, or a museum being donated or loaned an artwork.

A key question concerns what skills are essential to a successful outcome of an artwork's purchase? Oftentimes, legal experts from multiple jurisdictions need to work as a united team to ensure comprehensive legal due diligence. And working in synch is especially key given the complexity of the legal framework: (a) national civil, criminal, tax and administrative law; (b) international conventions on property circulation and smuggling; (c) EU regulations and directives on import, export and return of cultural goods; and (d) national and international codes of ethics, e.g., those issued by the International Council of Museums (ICOM, particularly with its Red Lists), by the *Confédération Internationale des Négociants en Oeuvres d'Art* (CINOA) and the American Alliance of Museums (AAM) [34]. It is a fact that frequently museums and cultural institutions are among the privileged recipients of requests for the return of goods, and it is certainly no coincidence that many codes of conduct are addressed precisely to them. It has been lately the case with the release by Arts Council England (ACE) of the guidance *Restitution and Repatriation: A Practical Guide for Museums in England* (August 2022): the Guide addresses, *inter alia*, the ethical, practical, and legal concerns for museums and suggests a step-by-step procedure to be followed, providing best-practice principles [35].

## 7. *Authenticity and Provenance*

What does legal due diligence on artworks entail?

A complete due diligence should start with the basics: this would include a detailed check on all the documentation and information that, combined with the assessment of the artwork's history and authorship, and should by providing a clear picture of the artwork's authenticity and provenance. Naturally, the verification of authenticity and provenance

[34] Frigo (2020), p. 787-807.

[35] See ACE, *Restitution and Repatriation: A Practical Guide for Museums in England, Arts Council England*, Manchester, 2022. See also Bursey (2022), p. 341 ff.

concerns an investigation relating to two entirely separate problems which should be carried out with the aid of a plurality of instruments.

Historical bibliographies, scientific studies, valuations and appraisals by independently accredited appraisers and art historians always prove useful. International valuation standards are applied by, for example, the likes of the Art & Antiques division of the London-based Royal Institution of Chartered Surveyors (RICS, established in 1868 and accredited by King George VI in 1946) [36]. Accredited labs and research centres (such as the *Opificio delle Pietre Dure* in Florence) [37] are a similarly key piece of the puzzle, as they can analyse the materials of an artwork to determine the historical period it hails from. This can be especially useful given that, when it comes to artworks attributed to an artist based on connoisseurship alone, the appraiser's opinion can always be challenged.

Things are obviously much simpler if the artist or foundation to which an artwork belongs issues a certificate of authenticity, and even more so if the artwork is included in a *catalogue raisonné*. [38] This is because it removes the main doubts as to who the artist is, and foundations always keep archives documenting the ownership history of their artworks. As to the value of an artwork, the collection of reference plays a key role, and as auction records show, artworks from renowned collections attract much higher bids.

Exhibition records and museum loan records are just as crucial – not just to retrace an artwork's journey on the international scene but also to document the importance of the curators who arranged for its exhibition and to attest to the authoritativeness of the critics who have critiqued it.

Lastly, red flags and unlawful dealings (e.g., stolen, or misappropriated artworks) can also be identified from public and private databases

[36] https://www.rics.org/uk/.

[37] http://www.opificiodellepietredure.it/.

[38] According to the International Foundation for Art Research – IFAR, *catalogues raisonnés* are «scholarly compilations of an artist's body of work [...] critical tools for researching the provenance and attribution of artwork» (https://www.ifar.org/cat_rais.php).

(e.g., Interpol's Stolen Works of Art Database [39], the Italian Carabinieri's database for stolen cultural property *Banca Dati dei beni culturali illecitamente sottratti* [40], and the Art Loss Register [41]). Naturally, a red flag should be raised whenever an artwork lacks a certificate of authenticity, has undergone restoration when there ought to have been none, has an unclear provenance, or is by an artist whose work is known to be the frequent target of forgery.

Knowledge – or at least an approximate acknowledgment – of the legal framework of reference is also vital. A few regulatory instruments come into play at EU level: (a) Council Regulation (EC) No 116/2009 on the export of cultural goods; (b) Directive 2014/60/EU on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State; and (c) Regulation (EU) 2019/880 on the introduction and the import of cultural goods.

As a rule, for cultural goods that come from abroad countries, the applicable rules in the country of provenance need to be checked. In Italy, for instance, the export of cultural goods without a valid export licence is a criminal offence that can entail the additional penalty of seizure and confiscation. Italian legislation also sets strict requirements for archaeological objects: it must be proven that they date back to before 1909 to avoid automatic state ownership under Law No. 364 of 1909. Proof can be provided through export documents (such as free circulation certificates and export licences), wills that list the object in question, auction listings, and even family photographs and letters.

## 8. *Provenance and Nature of Cultural Goods*

Legal due diligence during a transaction involving a cultural good must consider the good's provenance and nature and the transaction's features.

[39] https://www.interpol.int/Crimes/Cultural-heritage-crime/Stolen-Works-of-Art-Database.

[40] http://www.carabinieri.it/cittadino/tutela/patrimonio-culturale/la-banca-dati-tpc.

[41] https://www.artloss.com/.

The goal of legal due diligence will vary on a case-by-case basis – for example, it could be to:

a) prevent the acquisition of archaeological or ethnological objects obtained from unlawful excavations or that come from certain countries (e.g., Iraq and Syria, which are subject to UN Security Council resolutions and EU regulations); and

b) assess whether constraints or bans on trade/export of certain categories of goods are imposed by the country of provenance, e.g., ivory and human remains.

Specific attention should be paid to historical events from which frequent disputes regarding requests of return goods have arisen. Historical periods that saw systematic looting are a special cause for concern: e.g., with regards to recent events 1933-1948 in Europe (Nazi-looted art), 1949-1990 in Eastern Europe and the USSR, and 1953-1959 in Cuba (during the revolution). As to Nazi-looted art, the American Association of Museums published *Guidelines concerning the unlawful appropriation of objects during the Nazi era* in 1999, which set out 'reasonable steps'that museums should take to ascertain the provenance and status of Nazi-era cultural goods before acquiring them or accepting them as donations. ICOM's *Recommendations concerning the return of works of art belonging to Jewish owners* (1999) echo the above by recommending that efforts be made to track down owners who were unlawfully stripped of sold or donated cultural property. The Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art (1999) were adopted at an intergovernmental conference that saw government officials from 44 countries meet to discuss how to resolve issues relating to artworks confiscated in Nazi-occupied territories between 1933 and 1945 and never returned to their rightful owners. The principles – which were reaffirmed at the intergovernmental conferences of Vilnius (2000) and Terezin (2009) – set out criteria to identify confiscated artworks and their lawful owners as well as methods for resolving ownership disputes [42].

[42] Washington Principle 2 reads as follows: «Relevant records and archives should be open and accessible to researchers, in accordance with the guidelines of the Internation-

Some countries have implemented the Washington Principles by establishing special advisory committees to resolve cases concerning Nazi-looted art [43]. In Italy, this was the Anselmi Commission, which was specifically tasked with reconstructing the actions undertaken by public and private bodies in Italy to acquire property of Jewish citizens (*Commissione per la ricostruzione delle vicende che hanno caratterizzato in Italia le attività di acquisizione dei beni dei cittadini ebrei da parte di organismi pubblici e privati*) until 2001, when it published its final report [44]. Other advisory bodies around Europe include the Spoliation Advisory Panel in the UK [45], the CISV in France (*Commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations intervenues du fait des législations antisémites en vigueur pendant l'occupation*) [46], the Dutch Restitutions Committee in the Netherlands, [47] the *Beratende Kommission* in Germany [48], and the *Kommission für Provenienzforschung* in Austria [49].

In 2016, the US passed the Holocaust Expropriated Art Recovery Act, to «provide the victims of Holocaust-era persecution and their heirs

---

al Council on Archives». Washington Principle 3 reads as follows: «Resources and personnel should be made available to facilitate the identification of all art that had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted». Washington Principle 4 reads as follows: «In establishing that a work of art had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted, consideration should be given to unavoidable gaps or ambiguities in the provenance in light of the passage of time and the circumstances of the Holocaust era».

[43] Austria, France, Germany, the Netherlands, and the United Kingdom; see European Parliament, *Cross-border restitution claims of art looted in armed conflicts and wars and alternatives to court litigations* (2016), p. 20 https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556947/IPOL_STU(2016)556947_EN.pdf.

[44] http://presidenza.governo.it/DICA/7_ARCHIVIO_STORICO/beni_ebraici/index.html.

[45] https://www.gov.uk/government/groups/spoliation-advisory-panel.

[46] http://www.civs.gouv.fr/.

[47] https://www.restitutiecommissie.nl/en.

[48] https://www.kulturgutverluste.de/Webs/DE/BeratendeKommission/Index.html.

[49] https://www.kunstkultur.bka.gv.at/kunstruckgabe For more details on commission/committee work, see Campfens (2018), pp. 185-220; see also for an appraisal of the issues confronting museums and claimants Palmer (2021), pp. 1-50.

a fair opportunity to recover artworks confiscated or misappropriated» and «to ensure that claims to artwork and other property stolen or misappropriated by the Nazis are not unfairly barred by statutes of limitations but are resolved in a just and fair manner» [50].

Although the Washington Principles are not binding, their impact is far from tenuous: courts have taken these very principles into consideration when ruling on restitution claims. A prime example took place two years before the US adopted the (binding) Holocaust Expropriated Art Recovery Act: in *Von Saher v. Norton Simon Museum of Art at Pasadena*, the US Court of Appeals for the Ninth Circuit overturned the district court's decision and ordered the return of two Nazi-looted Cranach paintings to Dutch collector Jacques Goudstikker's heirs. The paintings had been acquired in 1971 by the Norton Simon Museum in Pasadena (CA), but the court reasoned that «federal policy also includes the Washington Conference Principles on Nazi Confiscated Art» [51].

In fact, courts were applying international law to uphold claims for the restitution of cultural property looted during the Second World War even before the collective call to action that culminated in the Washington Principles. In *Rosenberg v. Fischer* (1948), for instance, the Federal Supreme Court of Switzerland ruled that German troops in occupied France had violated Swiss and international law when they confiscated the works of art in question; the court thus ordered them to be returned to their rightful owners [52]. In the famous case *Menzel v. List* (1966), the New York Supreme Court ordered that a Chagall painting looted in 1941 by the Reichsleiter Rosenberg Taskforce and purchased by a New York

[50] https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/6130/text.

[51] See *Marei Von Saher c. Norton Simon Museum of Art in Pasadedna, Norton Simon Art Foundation,* 754 F.3d 712; 2014 US App. LEXIS 10552 of 6 June 2014. On the effectiveness of this and other non-binding principles, see Demarsin (2012), pp. 118 ff., who sums up as follows: «The only way for the international community to achieve the spirit of the Washington Principles is to broadly implement the existing framework, not to add yet another non-binding recital of good intentions» (p. 185).

[52] Bundesgericht 8 June 1948, in «Annuaire Suisse de droit international Privé», 1949, pp. 139 ff.

gallery owner be returned to the claimants, who had purchased it in Belgium in 1932 but were forced to leave the painting behind when they fled for their lives [53].

## 9. *Title of Ownership and International Circulation*

Legal due diligence can entail investigating the validity of the possessor's title of ownership of an artwork, and this is especially advisable when the seller is not the artist. In this case, the due diligence entails (among other things): (a) analysis of sales invoices and other administrative documentation, (b) verification of the existence of a will or other documentation proving rightful heirship or of deeds of donation, and (c) checks as to whether the artwork is encumbered by a pledge or other guarantee.

Naturally, investigations into legal ownership necessarily entail ascertaining the law applicable to the transaction. As mentioned, civil law and common law differ in this regard, so an investigation based on one or the other can produce very different outcomes.

International conventions and national legislation based on international norms underline the importance of in-depth due diligence to avoid unwittingly purchasing illegally obtained cultural property. Examples include the UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (1970) and, even more famously, the UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (1995), which establishes criteria to determine whether a possessor of a stolen cultural object required to return it exercised due diligence when acquiring the object, as only then are they entitled to fair and reasonable compensation on returning it [54]. The return procedure under Art. 10 of EU Directive 2014/60

[53] 267 N.Y.S. 2d, pp. 804 ff. (Sup Ct. 1966); see also Siehr (1993), pp. 25 ff., and p. 129, Frigo (2015), pp. 93 ff., and p. 230.

[54] See Arts. 4 and 5 of the UNIDROIT Convention.

is substantially identical to that under Art. 4.4 of the UNIDROIT Convention[55].

In any case, purchasers need to carefully assess the import/export rules for cultural goods in the country of provenance to avoid extremely unpleasant surprises. Italy, for example, prohibits the permanent export of cultural goods that have been declared of national cultural interest (Art. 13 of the Italian Cultural Heritage Code); and if an artwork was created 70 or more years ago by an artist who is no longer living, and it's worth over EUR 13,500, it may be exported only if authorised by the competent export office (Art. 65 of the Italian Cultural Heritage Code). In these cases, legal due diligence entails checking not only whether constraints exist (typically a declaration of national cultural interest), but also whether the good in question had previously been exported from Italy without authorisation or was imported from a country banning its export.

To cite but one example of due diligence in action: in case a cultural good was to be temporarily imported into Italy, the competent Italian export office – i.e., the local unit of the Ministry of Culture – would issue a certificate of shipment or an import certificate, which would also allow the good to subsequently leave Italy for five years without the need for a certificate of free circulation or an export licence. Indeed, a shipment or

[55] Art. 10 reads as follows: «Where return of the object is ordered, the competent court in the requested Member State shall award the possessor fair compensation according to the circumstances of the case, provided that the possessor demonstrates that he exercised due care and attention in acquiring the object.

In determining whether the possessor exercised due care and attention, consideration shall be given to all the circumstances of the acquisition, in particular the documentation on the object's provenance, the authorisations for removal required under the law of the requesting Member State, the character of the parties, the price paid, whether the possessor consulted any accessible register of stolen cultural objects and any relevant information which he could reasonably have obtained, or took any other step which a reasonable person would have taken in the circumstances.

In the case of a donation or succession, the possessor shall not be in a more favourable position than the person from whom he acquired the object by those means.

The requesting Member State shall pay that compensation upon return of the object».

an import certificate serves to confirm a good's provenance and lawful export.

## 10. *Criminal Liability for Partial or Total Failure to Exercise Due Diligence*

In-depth legal due diligence on authenticity, provenance, ownership, and import/export status avoids the risk of criminal liability and penalties. In other words, a purchaser must gather sufficient information to be able to rule out that a given cultural good has not been the subject of a criminal offence, such as receipt of stolen goods, forgery, unlawful export or unlawful excavation. When international circulation is involved, failure to comply with export regulations can result in seizure if the purchaser is aware that the cultural good was unlawfully exported or should have been aware of this circumstance had the proper due diligence been exercised.

In this regard, the importance of the recent reform which introduced the new title relating to crimes against cultural heritage into the Italian penal code cannot be overlooked.

In particular, the new article 518-decies of the code punishes with a fine and imprisonment anyone who imports cultural property deriving from a crime, or found following unauthorized research, or exported from another State in violation of its laws for the protection of cultural heritage [56].

The *erga omnes* character of the above rule is clear and – together with the other rules already foreseen in the Italian legal system and today made more severe, not only expresses an evident tightening of the legal response in the fight against illicit trafficking, but makes even more evi-

[56] Pursuant to article 518-decies of the penal code, «Whoever […] imports cultural property deriving from crime, or found as a result of requests carried out without authorization, where provided for by the legislation of the State in which the discovery took place, or expropriated from another State in violation of the law on the protection of cultural heritage, is punished with imprisonment from two to six years and a fine from Euro 258 to Euro 80.000».

dent the unavoidability of an adequate due diligence in international art related transactions.

As mentioned, comprehensive due diligence is a multifaceted process – indeed, it sometimes extends beyond the legal aspects of a cultural goods or artwork's circulation. Such is the case when tax aspects are involved, e.g., when a trust fund with artworks is dissolved and the works are distributed among the beneficiaries. Due diligence in this case should focus on the proper application of succession or donation taxes (i.e., direct taxes) and VAT (i.e., indirect taxes).

## 11. *Responsible Art Market's Guidelines and the End Goal: A Successful Transaction*

The increasing complexity of the art market has prompted efforts to provide the market appropriate tools to exercise due diligence before purchasing cultural goods. One notable example is Responsible Art Market (RAM)[57], a non-profit based in Geneva that has spearheaded an initiative to keep market operators up to speed on the associated risks. To this end, RAM manages a platform for the exchange of best practices and publishes practical guidelines and other materials free of charge. The guidelines include a toolkit for a comprehensive, risk-based approach to due diligence in art transactions, complete with a checklist of red flags and risk-mitigation assessments.

To sum up, the preliminary checks and assessments touched on in this article are an inextricable part of the very concept of due diligence and an invaluable means of averting the risks associated with art and cultural property transactions. Be it an acquisition, a donation, a sale of movable or immovable property, or a more complex transaction such as an art investment, a loan that involves putting up an artwork as collateral, or the management of an entire art collection, a successful transaction requires

[57] http://responsibleartmarket.org/.

a team of experts who can reassure the client that they have used criteria and tools like those set out in RAM's toolkit to address all the risks.

Legal due diligence is part and parcel of the increasingly recommended standards under the codes of ethics in the field, and even sometimes obligatory under national, EU and international regulations. Legal due diligence is truly the embodiment of the adage 'better safe than sorry'.

*Bibliography*

Adebola, Titilayo (2021), *The Return of Looted Benin Bronzes: Art, History and the Law* (*University of Aberdeen School of Law*, 8 November 2021), https://www.abdn.ac.uk/law/blog/the-return-of-looted-benin-bronzes-art-history-and-the-law/

Bursey, Lauren (2022), *Colonial-Looted Cultural Objects in England*, in «Santander Art and Culture Law Review», 2, pp. 341-354

Campfens, Evelien (2018), *Resolving Looted Art Claims: What About Access to Justice?*, in «Santander Art and Culture Law Review», 4, pp. 185-220

Carlos, João (2022), *Angola vai discutir com Portugal retorno de obras de arte*, in «DW» (Lisbon, 9 September 2022), https://www.dw.com/pt-002/angola-vai-discutir-com-portugal-retorno-de-obras-de-arte/a-60711461

Cornu, Marie, Marc-André Renold (2009), *Le renouveau des restitutions de biens culturels: les modes alternatifs de règlement des litiges*, in «Journal du droit international», pp. 494-533

Cornu, Marie, Manlio Frigo (2015), *Nouvelle Directive 2014/60/UE en matière de restitution de biens culturels. L'alliance entre le droit de l'Union et le droit international*, in «Europe», 4, pp. 5-10

Demarsin, Bert (2012), *Let's not Talk about Therezin: Restitution of Nazi Era Looted Art and the Tenuousness of Public International Law*, in «Brooklyn Journal of International Law», 37, 1, pp. 118-185

Frigo, Manlio (2015), *Circulation des biens culturels, determination de la loi applicable et méthodes de ràglement des litiges. Collected Courses of The Hague Academy of International Law* 375, Leiden-Boston, Brill

Frigo, Manlio (2020), *Codes of Ethics*, in Francioni, Francesco, Ana Filipa Vrdoljak (eds.), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 787-808

Gazzini, Isabelle Fellrath, *Cultural Property Disputes: The Role of Arbitration in Resolving Non-Contractual Disputes*, New York, Ardsley

Harris, Gareth (2022), *The Benin Bronzes are Returning Home: Germany and Nigeria Sign Historic Restitution Agreement*, in «The Art Newspaper», 4 July 2022

Palmer, Norman (2021), *Museums and the Holocaust* (2nd edition by Ruth Redmond-Cooper), Builth Wells, Institute of Art and Law

Roodt, Christa (2015), *Private International Law, Art and Cultural Heritage,* Cheltenham, Edward Elgar

Sarr, Feline, Bénedicte Savoy (2018), *Rapport sur la restitution du patrimoine culturel africaine. Vers une nouvelle éthique relationnelle*, https://www.culture.gouv.fr/Espace-documentation/Rapports/La-restitution-du-patrimoine-culturel-africain-vers-une-nouvelle-ethique-relationnelle

Shapiro, Daniel (1999), *Litigation and Art-Related Disputes*, in Byrne-Sutton, Quentin, Fabienne Geisinger-Mariethoz (eds.), *Resolution Methods for Art-Related Disputes*, Proceedings of a Symposium Organized on 17 October 1997, *Etudes en droit de l'art* 11, Zürich, Schulthness, p. 17

Shyllon, Folarin (2003), *Negotiations for the Return of Nok Sculptures from France to Nigeria – An Unrighteous Conclusion*, in «Art, Antiquity and Law», 8, pp. 133-148

Siehr, Kurt (1993), *International Art Trade and the Law*, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law* 243, Leiden-Boston, Brill

Visconti, Arianna (2021), *Between 'Colonial Amnesia' and 'Victimization Biases': Double Standards in Italian Cultural Heritage Law*, in «International Journal of Cultural Property», 28, 4, pp. 551-573

# Laundering Illicitly Trafficked Cultural Property and Criminal Law Control over the Import and Export of Artworks and Antiquities

Arianna Visconti

CONTENTS: 1. Towards a New Role for Criminal Law Prevention and Punishment of Cultural Property Trafficking: The Reasons of a Shifting Paradigm. – 1.1. The Long-Lasting Marginalisation of Criminal Law Responses to Trafficking: An Overview. – 1.2. Conflicting National Attitudes and Legal Gaps. – 1.3. The International Community's Shifting Attitude and the Shadows of Organised Crime and Terrorism. – 2. Regulating the Grey Market in Artworks and Antiquities. From the 1970 UNESCO Convention to the 2017 Council of Europe Convention. – 2.1. A Structurally "Polluted" Market. – 2.2. The 1970 UNESCO Convention: A Feeble Tool. – 2.3. Due Diligence Standards in the 1995 UNIDROIT Convention and Their Influence on EU Rules. – 2.4. Binding and Non-Binding Provisions in the 2017 Council of Europe Convention. – 3. Laundering Tainted Cultural Objects: The Crucial Role of International Circulation. – 3.1. A Preliminary Distinction: Laundering Through Cultural Property vs. Laundering of Cultural Property. – 3.2. International Circulation as a Laundering Tool: A Comparison of National Regulatory Models. – 3.3. The Most Recent European Inputs. – 4. Some Final Considerations on Provenance Documentation, Due Diligence and the "Rehabilitation" of the Market.

## 1. *Towards a New Role for Criminal Law Prevention and Punishment of Cultural Property Trafficking: The Reasons of a Shifting Paradigm*

Cultural property trafficking is nowadays receiving a far greater attention than just fifteen years ago, when it was mostly considered more a cultural heritage conservation problem, than a criminal issue (and even less a criminal emergency). This attitude was reflected in the kind of experts and international organisations involved in its documentation and prevention. On the one hand, the study of clandestine excavations and archaeological looting, of art theft and of cultural property contraband, as well as advocacy to put a stop to these offences, were mostly the pro-

doi: 10.17473/LawArt-2023-4-6 LawArt 4 (2023) 189-248
ISSN 2039-6880

vince of archaeologists, rather than of criminologists and legal scholars [1]. On the other hand, the development of international legal tools to curb this traffic was implicitly but solely entrusted to the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO), which, albeit strongly committed to the task, has neither a statutory mandate, nor the related specific expertise, to deal with issues of criminality, crime prevention and penal sanctions. The resulting legal panorama, at least at an international level, was one of "penal minimalism" [2]. Thus, the focus has long been, basically, on preventive measures, to be adopted and implemented mostly by the very countries most impacted by cultural property trafficking, on loose forms of international cooperation, and on ways of facilitating the recovery and restoration to the country of origin of trafficked cultural objects.

### 1.1. *The Long-Lasting Marginalisation of Criminal Law Responses to Trafficking: An Overview*

As it is beyond the scope of this paper to analyse in any detail this long-lasting general picture, it is only possible to summarise here the most salient traits of the international legal framework as it presented itself between the Fifties and the end of the Nineties. The first treaty adopted after World War II specifically to protect cultural heritage, i.e. the 1954 Hague *Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict* [3], was built around a twofold system. On the one hand, the treaty provides for safeguarding duties, i.e. measures that each contracting State has to «undertake to prepare in time of peace for the safe-

[1] While these different competences and approaches have recently reached a better level of integration in cultural property trafficking studies, doubtlessly there is still «an urgent need for more constructive and coordinated research into the mechanics of the trade and potential regulatory solutions»: Brodie/Kersel/Mackenzie/Sabrine/Smith/ Yates (2022), p. 118.

[2] See further Manacorda (2011).

[3] Adopted in the Hague on 14 May 1954, in force 7 August 1956, 249 UNTS 240. See further, e.g., R. O'Keefe (2006), pp. 92-195; Forrest (2010), pp. 78-104.

guarding of cultural property situated *within their own territory* against the foreseeable effects of an armed conflict» (art. 3, italics added). On the other hand, it includes a number of respect duties, i.e. prohibitions of intentional acts apt to endanger, damage or destroy cultural property protected under the Convention itself (art. 4) [4]. It is also worth noticing that safeguarding duties were defined in totally generic terms in the 1954 Convention, while respect duties were, in turn, presided over by an extremely vague criminalisation obligation (art. 28) [5]. Both sets of provisions were to be detailed, clarified, expanded and strengthened only in the Second Protocol, added to the Convention in 1999 [6], after the traumatic experiences of the Iran-Iraq war (1980-1988), of the First Gulf War (1990-1991), and of the Yugoslav wars (1991-2001). Moreover, the majority of questions more strictly related to the transnational traffic of cultural property, that is, those pertaining to export, import, and related issues of confiscation, restitution, and indemnity to good faith possessors, were confined to a separate Protocol [7], also adopted in 1954, to allow States unwilling to commit themselves to obligations in this field to become parties to the Convention without being bound also by these specific provisions.

The following UNESCO *Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property*, adopted in 1970 [8], relied on public law rules and preventive and

---

[4] That is, making use of cultural property and its immediate surroundings for purposes likely to expose it to destruction or damage; directing an act of hostility against cultural property; allowing the commission of theft, pillage or misappropriation of, or acts of vandalism directed against, cultural property, and requisitioning movable cultural property; directing acts of reprisals against cultural property.

[5] See also, specifically, Maugeri (2008), p. 40; Manacorda (2011), p. 27.

[6] Adopted in the Hague on 26 March 1999, in force 9 March 2004, 38 ILM (1999) 769. See further, e.g., Keane (2004), pp. 27-36; R. O'Keefe (2006), pp. 236-302; Forrest (2010), pp. 110-121.

[7] Adopted in the Hague on 14 May 1954, in force 7 August 1956, 249 UNTS 358. See further, e.g., R. O'Keefe (2006), pp. 195-200; Forrest (2010), pp. 104-108.

[8] Adopted in Paris on 14 November 1970, in force 24 April 1972, 823 UNTS 231. See

protective policies to be adopted by States Parties with respect to their own cultural heritage, thus imposing the heaviest burden on the shoulders of countries often unable to find the resources required to comply in a meaningful and effective way with their conventional obligations. Moreover, penal provisions were not framed as a necessary tool, since they were only considered (as we are going to discuss) in alternative to administrative sanctions and with respect to a limited number of unlawful behaviours (arts 8 and 10). International cooperation against trafficking and for the recovery and restitution of cultural property was entrusted to diplomatic channels and to possible bilateral agreements between States Parties (arts 7.b.ii and 15).

Finally, the UNIDROIT *Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects*[9], conceived as complementary to the 1970 UNESCO Convention and adopted in 1995, specifically addressed only private law issues of restitution and return, providing minimum uniform rules and direct access to the tribunals of contracting States for natural and legal persons – including States acting as plaintiffs – for the recovery of trafficked cultural property. This also offered, obviously, an indirect contribution to countering this criminal phenomenon, but, by definition, this new treaty was not apt (nor meant) to have any direct effect on national or international criminal policies in this field.

### 1.2. *Conflicting National Attitudes and Legal Gaps*

The reasons behind this structural weakness of penal responses to cultural property trafficking are many, ranging from the perceived low seriousness of crimes against cultural heritage (even in many countries traditionally most affected by them), to a more general resistance, on States'part, to cede any significant amount of penal sovereignty, at least

further, e.g., P.J. O'Keefe (2007); Forrest (2010), pp. 166-196; Stamatoudi (2011), pp. 31-66.

[9] Adopted in Rome on 24 June 1995, in force 1 July 1998. See further, e.g., Forrest (2010), pp. 196-219; Stamatoudi (2011), pp. 66-111; Prott (2021).

till the emergence, in the Eighties and Nineties, of serious concerns about organised crime [10]. A specific contributing factor, however, was – and remains today – the very different approaches taken to this issue by, on the one hand, source countries (i.e., countries rich in cultural property which are, mostly involuntarily, net exporters of these specific items) and, on the other, market countries (i.e. both net final importers of cultural property, and countries acting as hubs of the transnational trade in artworks and antiquities, very active as both importers and exporters) [11]. While the former, in fact, tend to push for a strict regulation of cultural heritage and of the trade in cultural property, including severe controls over international circulation, a preference accorded to public ownership (especially of archaeological materials) and inalienability, a number of limitations on private owners'rights, and also a greater use of punitive provisions, the latter favour a liberalistic approach to both internal and international circulation of collectibles and other cultural objects, with lighter regulation of the market, fewer controls, and the use of mostly unspecific – if any – penal provisions [12].

The history of the abovementioned treaties provides evidence of these different attitudes: market States, with the sole exception of the United States, did not even participate in the negotiations for the 1970 UNESCO Convention [13], and only started to join it as contracting parties at the turn of the century (oft with many reservations and understandings), once the international attention for traffic of cultural property had started to rise significantly. As for the 1995 UNIDROIT Convention, no major market State, with the sole exception of China (which, however, has

[10] See further Manacorda (2011); Visconti (2021); in general Forlati (2021).

[11] See, also about the related debate about 'universalistic'vs. 'nationalistic'approaches to cultural heritage, e.g., Merryman (1986); Lewis (2006); Posner (2007); Brodie (2018a); Peters (2020). See also broadly, and for further references about the conflicting interests and positions of source and market countries, Mackenzie/Brodie/Yates/Tsirogiannis (2020).

[12] For a comparative overview see, besides P.J. O'Keefe (2007), also Demuro (2002), pp. 333-497, and Vozza (2015).

[13] See, e.g., P.J. O'Keefe (2007), pp. 7-8; Forrest (2010), pp. 166-167.

long been a source country, and only recently became also powerfully attractive for cultural property importations), has yet ratified it, twenty-five years after its entry into force [14].

This fragmented picture has contributed, and keeps contributing today, to make trafficking in cultural property attractive and widespread [15] (even if exact estimates about its scope and value are impossible, due to the exceedingly vast dark figure which structurally characterises this criminal phenomenon) [16]. Unlike other forms of traffic, it is rooted in a basically legal market: trade in artworks, antiquities and collectibles, differently from (e.g.) trade in drugs or human beings, is per se licit., and in many countries it is but very lightly regulated [17]. Experienced criminals know well how to exploit regulatory gaps between different jurisdictions, transferring cultural items in States with no (or very limited) import and export controls, trading them in countries which favour the position of "good faith" buyers and allow for acquisitive prescription [18], and dodging jurisdictions with stricter regulations – at least till an item has been properly "laundered" and endowed with a paper trail plausibly showing it as having a legitimate origin (as we will see).

Said differences between national regulatory approaches also contribute to make criminal investigation and prosecution of cultural property

---

[14] The updated list of contracting States is available at https://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention/status/ (accessed June 4, 2023).

[15] Besides Mackenzie/Brodie/Yates/Tsirogiannis (2020), see also, amongst others, Brodie/Kersel/Mackenzie/Sabrine/Smith/ Yates (2022).

[16] See, e.g., Durney/Proulx (2011), pp. 127-128; Balcells (2019), pp. 40-49; Yates/Brodie (2023).

[17] See note 15 as well as Mackenzie (2005), pp. 62-120.

[18] In this specific respect, differences between source and market countries'attitudes towards cultural property trade should not be overestimated, as the main contributing factor relates, instead, to different national legal traditions and, accordingly, different private law principles ruling ownership acquisition. An example of such possible 'misalignment'is Italy, which, albeit being traditionally considered a 'source country', follows the European continental tradition of favouring good faith purchasers: see, e.g., Giardini (2023).

trafficking particularly difficult: the frequent lack of double criminality, coupled with the absence of specialized law enforcement agencies in all but a few countries, and with the huge evidentiary problems which are most common in this field (especially with respect to archaeological loot), contribute to make this traffic a very low-risk, high-profit activity for criminals, who can count on not being identified at all or, when apprehended, on short time limitations, low conviction rates, low penalties, and easy access to diversion. In fact, while the first steps of cultural property trafficking usually involve "common" criminals (illegal diggers, thieves, smugglers, etc.), as the items proceed along the traffic chain, to be integrated in the art and antiquities market, professional dealers and intermediaries, reputed collectors and curators, and like "respectable" individuals and entities, tend to become the predominant actors, also getting the lion's share of profits [19]. As many scholars have highlighted, cultural property trafficking can thus be defined mostly as a «white-collar crime» [20] or a «crime of the powerful» [21], with all the well-known attached implications in terms of double standards of criminalisation, both in terms of abstract legal provisions and in terms of law enforcement in practice.

### 1.3. *The International Community's Shifting Attitude and the Shadows of Organised Crime and Terrorism*

Even if the picture just outlined remains mostly true in present days, what has significantly, albeit slowly, changed during the last few decades is the general attitude of the international community towards the role to be played by criminal law in preventing cultural property trafficking [22].

---

[19] See further, e.g., Mackenzie/Brodie/Yates/Tsirogiannis (2020), as well as Brodie/Doole/Watson (2000), in part. p. 13.

[20] According to the well-known definition by Sutherland (1944; 1983). See specifically Mackenzie (2005), pp. 121-226.

[21] Mackenzie (2011a).

[22] For a detailed description of this process and all relevant references, see Visconti (2021).

Starting in the Eighties, and peaking in recent years, after major terrorist attacks in the United States (2001) and in Europe (2004, 2005, 2015, 2016) and the conflicts in Iraq (2003-2011, 2014-ongoing) and Syria (2011-ongoing), two broader security concerns have contributed to change perceptions about (amongst others) the seriousness of this specific criminal phenomenon, i.e., firstly, the growing fear of organised crime and of its possible involvement in art and antiquities traffic and, later on, the awareness that this same trafficking may be used as an additional channel to finance terrorist groups and armed militias in territories ravaged by war and political instability.

While the intrinsic opacity of the phenomenon does not allow to assess the exact extent to which these concerns are founded, there are features of the art and antiquities international market which definitely create opportunities for this kind of criminal interactions [23]. Archaeological looting and art theft provenly increase in contexts of unrest and conflict [24], where opportunities for local criminal organisations and armed groups to act undisturbed multiply, and local populations are often involved in forms of subsistence digging to support themselves in a situation of systemic lack of legitimate resources. In general, the smuggling abroad of cultural artefacts may take advantage of the same channels used by organised crime for other forms of trafficking, allowing for an opportunistic interplay of different kinds of criminality. Artworks and antiquities are, besides, usually small, easily portable and tradable, and capable of commanding good market prices, thus making, at the same time, for a desirable source of additional income for both criminal organisations and terrorist groups [25], and for a good channel through which proceeds of differ-

[23] See also Mackenzie (2002) and (2011b).

[24] See, e.g., Brodie (2011) and (2018b); De Bernardin (2021).

[25] The spreading of e-commerce channels, including through social media, has recently made even easier for criminals (including individuals affiliated to terrorist organisations) to exploit this potential source of income, including by dramatically reducing the number of intermediaries involved in the traffic. See, e.g., Al-Azm/Paul/Graham (2019).

ent typologies of (even completely unrelated) crimes could be laundered with a certain ease [26].

The Council of Europe was the first international organisation to commit to an attempt at introducing a specific suppression treaty aimed, broadly, at crimes affecting cultural heritage. In 1985, in Delphi, a first *Convention on Offences relating to Cultural Property* [27] was opened to signature, but times were not ripe yet and it never entered into force, as it failed to reach the required minimum of three ratifications (art. 21). In a like manner, in 1990 the *Eight United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders* produced, amongst others, a draft *Model Treaty for the Prevention of Crimes that Infringe on the Cultural Heritage of Peoples in the Form of Movable Property* [28], which, however, differently from other models, was never the object of a resolution converting it into an actual convention and opening it to signature. The following years saw first a strengthening of criminalisation obligations in the framework of international humanitarian law, with the aforementioned *Second Protocol to the Hague Convention*, adopted in 1999 and including punitive measures for violations potentially conducive to trafficking (arts 15.1.e and 21) [29], and later [30] a direct involvement of the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) in promoting the adoption of new international tools to specifically counter this phenomenon [31].

While the idea to try and add a specific protocol to the recently adopted United Nations *Convention against Transnational Organized Crime*

---

[26] See specifically notes 73 and 74.

[27] Adopted in Delphi on 23 June 1985, ETS 119, accompanied by an Explanatory Report. See Manacorda (2011), pp. 36-38.

[28] See the Report on the Conference proceedings, UN Publications, Sales No E.91.IV.2, Chap. I, § B.1, Annex. See further Manacorda (2011), pp. 36-37.

[29] Besides note 2, see also, specifically, Maugeri (2008), pp. 57-89; Manacorda (2011), pp. 28-30.

[30] Starting with ECOSOC Resolution 2004/34.

[31] See, e.g., Castañeda de la Mora (2013).

(UNTOC)[32] was considered unmanageable and quickly abandoned[33], UNODC firstly focused on promoting, as far as possible, UNTOC's direct application also to cultural property trafficking. It thus started encouraging UNTOC's States Parties to make offences against cultural heritage into «serious crimes» according to art. 2(b)[34], in order to attract such offences into the scope of the treaty's cooperation measures, whenever «transnational in nature» and «involve[ing] an organized criminal group» (art. 3) matching the loose definition of art. 2(a)[35]. Secondly, UNODC undertook the drafting of a soft-law tool, i.e. a set of *International Guidelines for Crime Prevention and Criminal Justice Responses with Respect to Trafficking in Cultural Property and Other Related Offences*, eventually adopted by the UN General Assembly on 18 December 2014[36]. These Guidelines, besides encouraging States to introduce or strengthen criminal offences aimed at protecting cultural heritage, also include a number of recommendations about preventive and cooperation measures, and were largely instrumental in prompting a renewed effort by the Council of Europe towards the adoption of a proper suppression treaty. In fact, on 3 May 2017, in Nicosia, a new *Convention on Offences relating to Cultural Property* was opened to signature, and it eventually entered into force on 1st April 2022[37].

---

[32] Adopted with UN Resolution A/RES/55/25 on 15 November 2000, in force 29 September 2003. See broadly Forlati (2021), as well as McClean (2007).

[33] Manacorda (2011), p. 43.

[34] That is, a «conduct constituting an offence punishable by a maximum deprivation of liberty of at least four years or a more serious penalty».

[35] That is, «a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this Convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit»; where «structured group», in turn, means, according to art. 2(c), «a group that is not randomly formed for the immediate commission of an offence and that does not need to have formally defined roles for its members, continuity of its membership or a developed structure». See also Borgstede (2014); Blake (2020).

[36] With Resolution A/RES/69/196. See further Visconti (2013).

[37] CETS n. 221, accompanied by an Explanatory Report. See also Bieczinski (2017); Fincham (2019); Mottese (2020).

The success of this later attempt is mostly to be attributed – in addition to its simpler structure and, possibly, less ambitious nature, when compared to the 1985 Delphi Convention – to the intervened shift in the perceived seriousness of, and related prevailing attitude of policymakers towards, cultural property trafficking, as briefly summarised above. The extent of said change should not be overestimated, however, as a quick glance to the status of ratifications of the 2017 Nicosia Convention [38] will show that, presently, all six contracting parties appear to be source countries, and no significant market State appears amongst the signatories, either. Nonetheless, the simple fact that this treaty has rapidly entered into force marks a turning point of sorts. Moreover, as we will discuss in the following section, the very design of this convention, coupled with a look at the soft-law instruments adopted in the last decade and at the broader international picture, also demonstrate a changing attitude towards the regulation of the art and antiquities market, with a new attention devoted to improving its transparency and accountability and, thus, reducing its (in)famously "grey" nature.

## 2. *Regulating the Grey Market in Artworks and Antiquities. From the 1970 UNESCO Convention to the 2017 Council of Europe Convention*

### 2.1. *A Structurally "Polluted" Market*

As observed, the market for artworks, antiquities and collectibles, besides being traditionally transnational in nature, is in and by itself a licit one. Nonetheless, it is also, structurally, extremely permeable to the trade of cultural objects of unlawful origin. This is not only related to the aforementioned regulatory gaps between different countries, but also to a long-prevailing market and collectors'culture [39]. Even if things are now

[38] Available at https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=221 (accessed June 6, 2023).

[39] See broadly, e.g., Mackenzie (2005), in part. pp. 157-226; Mackenzie/Yates (2016); Mackenzie/Brodie/Yates/Tsirogiannis (2020), in part. pp. 29-114; Yates/Berzina (2020).

(slowly) changing, at least amongst cultural institutions and market operators who, by their very prominence, are more subject to public scrutiny and reputational risks, the art and antiquities environment has long been (and still mostly is) characterised by a serious lack of transparency, perfectly embodied by a prevailing "no questions" policy which allows for undocumented, or very loosely documented, items to freely circulate on the market [40]. "From the collection of a Swiss gentleman" and like expressions remain common provenance attributions in catalogues and advertisements, and so-called "orphan works", for which no information besides a generic "guarantee" by the present vendor is available [41], are omnipresent both on the physical market and (even more) on the ever-growing online one [42].

The long tradition of handshake-based sales, indifference to documentation, and prevailing "privacy" concerns, accounts for a market where fully legal, but undocumented, or very poorly documented, items coexist with, and provide a screen to, objects of unlawful origin which have become "legalised" through the passing of time and the sale (and resale) under legal regimes which favour the purchaser's position, as well as with fully illegitimate items which are the product of recent offences (illegal excavation, theft, unlawful export, etc.), both of which can in turn easily circulate with no, very poor, or sometimes forged, provenance infor-

[40] See, e.g., Renfrew (2000); Elia (2001); Gill/Tsirogiannis (2016); for further references see the Authors cited in note 39.

[41] On a similar note, in the notorious Getty Bronze case, one of the main diligence failures which, according to Italian judges, do not allow to consider the museum as "extraneous to the crime" and, thus, contribute to justify the confiscation of the statue (which was found by Italian fishermen in 1964 and bought by the Getty Museum in 1977), consists in the uncritical reliance placed on allegations of legitimacy of title offered by the vendor's law consultants, even more at a time when it was well known the existence of an ongoing criminal proceeding in Italy involving the appropriation and export of the statue. See Cass. pen. III 2 January 2019 No. 22, as well as Scovazzi (2019). About the case see also, e.g., MacKintosh Ritchie (2009); Fincham (2014).

[42] On which see, specifically, besides note 25, also, e.g., Brodie (2015); Topçuoğlu/Vorderstrasse (2019); Sargent/Marrone/Evans/Lilly/Nemeth/Dalzell (2020), pp. 43-67.

mation [43]. Further market-specific cultural factors [44], such as a tendency to neutralise the criminal significance of art and antiquities trafficking through the conceptual frames of "cultural universalism" [45], "better stewardship", etc., as well as a certain "acquisitive greed" and competitive attitude of cultural institutions, have also traditionally contributed to an overall opacity of this market, conducive to facilitating criminal activities against cultural heritage (as well as through cultural heritage, as it is the case with art frauds and money laundering, for instance).

Just to make one example, even today the simple fact that a cultural item can be stated to have left its country of origin or discovery before 1970 (the date of adoption of the aforementioned UNESCO Convention) is frequently considered enough to make it fully "kosher", even if it is common knowledge that many source countries had in place strict cultural heritage legislation (prohibiting, first and foremost, unauthorized excavations and exports) well before that alleged "divide". While this "1970 standard" calls for more scrutiny over the provenance of recently surfaced archaeological items, thus in a way hindering, to some extent, the placing on the market of items which are the product of contemporary looting, its less commendable facet is that, through it, the non-retroactivity of the Convention is often instrumentally converted into a patent of legitimacy for anything that happened (or may be said to have happened) before its introduction [46].

### 2.2. *The 1970 UNESCO Convention: A Feeble Tool*

The first steps in the long and uphill path towards shared international standards of market regulation were moved by the 1970 UNESCO Convention itself, which, however, for the reasons already briefly sketched

[43] Besides note 39, see also, e.g., Bowman (2008).

[44] See note 39.

[45] See note 11.

[46] See further, e.g., Gerstenblith (2013); Gerstenblith (2019), pp. 286-287; Mackenzie/Brodie/Yates/Tsirogiannis (2020), pp. 95-98.

above, did not provide a very compelling legal framework, while at the same time mostly focusing on the source side of the market [47].

This is especially true with respect to international circulation and the related documentation. Looking at the relevant articles (3, 6 and 7), the clearest provision is the one about export regulations [48]: contracting States commit themselves to implementing a system of export authorisations and related certificates, that must accompany the cultural item when actually exported (art. 6.a); the related prohibition of export not accompanied by said documentation (art. 6.b) must be publicised «by appropriate means, particularly among persons likely to export or import cultural property» (art. 6.c), i.e. professional dealers and intermediaries. As observed, this Convention does not favour specifically the use of criminal law, and thus infringements on provisions adopted in compliance with art. 6(b) need not necessarily be followed by a penal sanction, as States Parties are free to opt for administrative ones according to art. 8 [49].

Coming to cultural property import, provisions appear less clear-cut and, all in all, requirements for States Parties can be considered less strict, to the advantage of market operators in art-importing countries. On the one hand, according to art. 7(b)(i), States Parties are only required to «prohibit» (including by providing sanctions, once again indifferently penal or administrative in nature, for related infringements: art. 8) the import of cultural property

> stolen from a museum or a religious or secular public monument or similar institution in another State Party to this Convention after the entry into force of this Convention for the States concerned, provided that such property is documented as appertaining to the inventory of that institution.

---

[47] See also Forrest (2010), p. 195.

[48] See further, e.g., P.J. O'Keefe (2007), pp. 41-44 and 54-66; Forrest (2010), pp. 174-183; Stamatoudi (2011), pp. 44-53.

[49] See specifically P.J. O'Keefe (2007), pp. 67-68; Forrest (2010), pp. 187-188; Stamatoudi (2011), pp. 53-54; Manacorda (2011), pp. 32-33.

Even if many scholars (and source countries) affirm that this provision is not the only one relevant to import regulation, and that art. 3 implies [50] that States Parties must also prohibit the import of cultural property whose export is unlawful according to the legislation of the State Party of origin adopted in accordance with art. 6, this interpretation has been widely rejected by art-importing countries.

Thus, read literally and in isolation, art. 7(b)(i) leaves out all products of clandestine archaeological excavations, which, by definition, can never be "inventoried" as cultural property in the country of origin, while at the same time constituting one of the main objects of trafficking. Moreover, the prohibition does not include the import of items which were "just" illegally exported (without having previously been stolen, or without evidence of a prior theft). The latter are thus only to be considered under the less committing provision of art. 7(a) [51], requiring contracting States to take measures

> consistent with national legislation, to prevent museums and similar institutions within their territories from acquiring cultural property originating in another State Party which has been illegally exported after entry into force of this Convention, in the States concerned

as well as, «whenever possible, to inform a State of origin Party to this Convention of an offer of such cultural property illegally removed from that State after the entry into force of this Convention in both States». As States are not required to make any change to their pre-existing legislation, nor are such acquisitions declared illicit., for many countries this has long meant nothing more than leaving the issue of illegally exported cultural objects to museums self-regulation, while at the same time completely ignoring deals amongst private individuals, professional or otherwise.

---

[50] «The import, export or transfer of ownership of cultural property effected contrary to the provisions adopted under this Convention by the States Parties thereto, shall be illicit». In support of this expanded interpretation see, e.g., P.J. O'Keefe (2007), p. 54; Forrest (2010), pp. 176-177.

[51] See note 48.

Progressively, albeit slowly [52], museums and other cultural institutions (especially public ones) have been thus kept to higher standards of diligence than market operators, partly because of the development of stricter legal and social controls, and partly because of self-regulation efforts by national and international associations [53] – first and foremost by the International Council of Museums (ICOM), with its Code of Ethics [54], first adopted in 1986 and presently undergoing its second review after the 2004 one, coupled with other tools like the ICOM Standards on Accessioning (2020) [55]. While open non-compliance with these soft-law rules does not constitute, per se, a legal infringement subject to enforceable sanctions, it can lead to loosing ICOM membership and to other reputational damages compromising, in turn, a cultural institution's attractiveness for potential donors and sponsors, support by the public, access to loans and cultural exchange programmes, etc.

Concerning other possible obligations pertaining to market transparency, the 1970 UNESCO Convention shows itself, once again, as a weak tool. In fact, the Convention does not address the issue of possible public controls over the circulation of rights on cultural property [56], while, with respect to commercial activities, it requires (art 10) contracting States, «as appropriate for each country», to

---

[52] For a critical appraisal of the situation in the US see, e.g., Amineddoleh (2014).

[53] See, e.g., P.J. O'Keefe (2007), pp. 147-166; Forrest (2010), pp. 195-196; Gerstenblith (2013); Hilgert (2016).

[54] Available at https://icom.museum/en/resources/standards-guidelines/code-of-ethics/ (accessed June 8, 2023).

[55] Available at https://icom.museum/en/resources/standards-guidelines/code-of-ethics/ (accessed June 8, 2023).

[56] The only provision of possible relevance under this respect, i.e. art. 13(a), being too vague to have any significance other than leaving States Parties free to keep to their specific rules on cultural property ownership: «The States Parties to this Convention also undertake, consistent with the laws of each State: (a) To prevent by all appropriate means transfers of ownership of cultural property likely to promote the illicit import or export of such property». See further, e.g., P.J. O'Keefe (2007), pp. 82-83; Forrest (2010), pp. 183-184; Manacorda (2011), p. 33.

> oblige antique dealers, subject to penal or administrative sanctions, to maintain a register recording the origin of each item of cultural property, names and addresses of the supplier, description and price of each item sold and to inform the purchaser of the cultural property of the export prohibition to which such property may be subject [57].

The explicit concession to flexible national implementation of this provision, coupled with the lack of any proper criminalisation obligation for infringements, has favoured an overall situation in which countries have mostly just stuck to pre-existing national rules, or lack thereof. A recent market survey run by UNESCO [58] as part of the ongoing review process of its 1999 International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property [59] shows that only 62% of respondents keep a register recording information on each item sold; of these, less than 75% keep always track of the origin of the item [60]. Besides, only 33% of interviewed market operators have declared to know about the Object ID standard and, of these, only 62% actually use it to describe and identify traded cultural property [61].

It thus comes as no surprise that the Operational Guidelines, adopted in 2015 to promote a more uniform and effective implementation of the

---

[57] See further P.J. O'Keefe (2007), pp. 74-76; Forrest (2010), pp. 186-187; Manacorda (2011), p. 33.

[58] UNESCO (2022), pp. 23-44.

[59] Available at https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000121320 (accessed June 8, 2023).

[60] The most common information regularly recorded relates to the description of the item sold (90%) and to the name and address of the supplier (both about 85%); the price of the item is always recorded by 80% of respondents. The majority of the sample (61%, plus a further 8% of people not answering the specific question) does not provide the recorded information to the purchaser. UNESCO (2022), pp. 28-29.

[61] UNESCO (2022), p. 29. The Object ID is an internationally recognized documentation standard (promoted by ICOM, UNESCO, WCO and INTERPOL) conceived to identify and record cultural items. See also Yasaitis (2005). It is recalled also by the preamble to Regulation (EU) 2019/880 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the introduction and the import of cultural goods (on which see below), at understanding 15.

1970 UNESCO Convention by States Parties[62] (in the absence of any willingness to re-negotiate and update the treaty itself), recommend more stringent controls on cultural property international circulation and trade. For instance, it is suggested (gdln. 58) that

> in the spirit of the Convention States Parties should prohibit the entering into their territory of cultural property, to which the Convention applies, that are not accompanied by [an] export certificate. Consequently, the prohibition of the export of cultural property without its corresponding export certificate should make illicit the import of that cultural property into another State Party, as the cultural property has not been exported legally from the country affected.

Besides (gdln. 73),

> States Parties are encouraged to ensure that equally constraining rules, whether legislative or ethical, include the same provisions for collectors and dealers as those being observed by museums or other similar institutions, particularly those concerning the provenance of the cultural property

and specific recommendations address better regulation and monitoring of online sales (gdlns 68-70) and of sales in auction (gdln. 71). Finally, «States Parties are encouraged to penalize offences against cultural property, committed in violation of the Convention, by introducing penal sanctions against the perpetrators of such offences» (gdln. 65), and even to make any offence relating to cultural property trafficking «a serious crime, as defined in article 2 of the UNTOC, in particular with regard to the relevant penalties» (gdln. 66). These Guidelines, like the 2014 UN ones, are just a soft-law, non-binding tool, but they testify to an overall shifting attitude of the international community towards art and antiquities market regulation.

[62] Available at https://en.unesco.org/fighttrafficking/operational-guidelines (accessed June 8, 2023). See further Scovazzi/Ferri (2015).

### 2.3. *Due Diligence Standards in the 1995 UNIDROIT Convention and Their Influence on EU rules*

A more significant, albeit, in turn, slow and still in progress, impact on market standards and practices is due to the aforementioned 1995 UNIDROIT Convention. Introducing minimum and directly applicable uniform rules for the restitution of stolen cultural objects and the return of illegally exported ones [63], this treaty takes care to enumerate a number of (non-exhaustive) criteria to evaluate due diligence (or lack thereof) in the acquisition of artworks and antiquities [64], i.e. (art. 4.4.)

> all the circumstances of the acquisition, including the character of the parties, the price paid, whether the possessor consulted any reasonably accessible register of stolen cultural objects, and any other relevant information and documentation which it could reasonably have obtained, and whether the possessor consulted accessible agencies or took any other step that a reasonable person would have taken in the circumstances

as well as «the absence of an export certificate required under the law» of the State of origin requesting the return of the cultural item (art. 6.2).

These parameters were to be later incorporated, almost verbatim, into the second iteration of the European Union secondary legislation on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State [65] (i.e. Directive 2014/60/EU [66], repealing Directive 93/7/EEC [67]), when defining the standards of «due care and attention in

---

[63] See note 9.

[64] See further, e.g., Forrest (2010), pp. 206-207 and 212-213; Stamatoudi (2011), pp. 85-92 and 99-100; Prott (2021), pp. 70-77 and 90-93.

[65] See also Schneider (2016), in part. pp. 160-162.

[66] Directive 2014/60/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No 1024/2012 (Recast). See further, e.g., Górka (2016); Miglio (2016).

[67] Council Directive 93/7/EEC of 15 March 1993 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State. See further, e.g., Stamatoudi (2011), pp. 141-157.

acquiring the object», compliance with which gives rise to the right to receive fair compensation for the item which is to be returned (art. 10).

Moreover, they played a crucial role in shaping the abovementioned ICOM ethical standards for cultural institutions and, in general, all the most recent initiatives aimed at improving due diligence standards in the art and antiquities market [68].

### 2.4. *Binding and Non-Binding Provisions in the 2017 Council of Europe Convention*

Eventually, the 2017 Nicosia Convention coagulated the results of this change in the international approach to cultural property market regulation into a new set of both binding and non-binding provisions. In fact, many relevant statements take the form of (mere) recommendations to States Parties [69]. Thus, contracting countries are asked to «consider», for instance, «introduc[ing] due diligence provisions for art and antiquity dealers, auction houses and others involved in the trade in cultural property, and introduc[ing] an obligation to establish records of their transactions», to «be made available to the competent authorities in accordance with domestic law» (art. 20.c), as well as «prevent[ing] free ports from being used for the purpose of trafficking of cultural property either through legislative measures or by encouraging them to establish and effectively implement internal norms through self-regulation» (art. 20.k). More relevant are, however, the binding criminalisation obligations set in Chapter II of the Convention.

The latter encompass, besides theft and other forms of unlawful appropriation (art. 3), unlawful excavation and removal (art. 4) [70], illegal

[68] See also, broadly, Frigo (2009); Cornu (2017). On said standards see also par. 4.

[69] See note 37. See also, specifically, Mottese (2018).

[70] Art. 4 does not, however, contain a strict criminalisation obligation, considering that para. 2 allows States Parties to declare, at the time of ratification, acceptance, approval or accession, that they reserve «the right to provide for non-criminal sanctions, instead of criminal sanctions» for the offences of unlawful excavation (art.

exportation (art. 6), and destruction and damage of cultural property (art. 10), a number of provisions more strictly related to the circulation on the transnational market of cultural property of criminal (or anyway unlawful) origin, namely illegal importation (art. 5) [71], acquisition (art. 7) and placing on the market (art. 8) of cultural property of criminal origin, as well as falsification of documents pertaining to the provenance of cultural items (art. 9). These provisions, if and when effectively implemented, have the highest potential to disrupt traditional models of laundering tainted artworks and antiquities, and will therefore be the object of specific discussion in the following sections.

## 3. *Laundering Tainted Cultural Objects: The Crucial Role of International Circulation*

### 3.1. *A Preliminary Distinction: Laundering Through Cultural Property vs. Laundering of Cultural Property*

There are actually two growing concerns focusing on the art and antiquities market as a possible conduit and facilitator of criminal activities. That is, on the one hand, the idea that it may provide a channel for the laundering of money of (various) criminal origin (laundering through cultural property). On the other, there is increasing awareness that cultural property of unlawful origin usually gets a varnish of "respectability" through market operations aimed at building an amount of apparently legitimate "pedigree" for these items (laundering of cultural property) [72].

---

4.1.a), unlawful removal or retention of illicitly excavated cultural objects (art. 4.1.b), and unlawful retention of cultural property excavated in compliance with national rules (art. 4.1.c).

[71] In this case, too, there is, however, no strict criminalisation obligation: see par. 3.3.

[72] For an overview of the structural factors linking both phenomena see also Mosna (2022).

To cope with the first of these two risks [73] (which is beyond the scope of this paper to address, but in passing [74]), the Fifth Anti-Money Laundering Directive [75], adopted in 2018, extended AML rules, previously applicable only to "high value dealers", to all «persons trading or acting as intermediaries in the trade of works of art, including when this is carried out by art galleries and auction houses, where the value of the transaction or a series of linked transactions amounts to EUR 10.000 or more» (art. 1.1.c.i), as well as to all «persons storing, trading or acting as intermediaries in the trade of works of art when this is carried out by free ports, where the value of the transaction or a series of linked transactions amounts to EUR 10.000 or more» (art. 1.1.c.j). The United Kingdom has made, and retained after Brexit, similar adjustments to its AML regulations [76], and the US are, in turn, in the process of strengthening their AML rules with respect to art and antiquities dealers [77].

Instead, the 2017 Nicosia Convention, as observed, focuses on behaviours conducive to possible laundering of cultural property, as, one the one hand, money laundering is an offence that does not per se directly affect the preservation of cultural heritage and, on the other, AML concerns are already addressed by a specific body of international legisla-

[73] See also FATF (2023) for a detailed and updated assessment of money laundering risks in this market sector.

[74] On this specific issue see further, e.g., Amato (1994); Ulph (2011); van Duyne/Louwe/Soudijn (2015).

[75] Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU. See further Hufnagel/King (2020).

[76] See The Money Laundering, Terrorist Financing and Transfer of Funds (Information on the Payer) Regulations 2017; see also BAMF Guidance on Anti Money Laundering for UK Art Market Participants, approved by HM Treasury, amended and approved 6 February 2023. See further Hufnagel/King (2020).

[77] See the *Anti-Money Laundering Act* 2020, in particular Secs 6110(a) and 6110(c), as well as the pending ENABLERS Act (*Establishing New Authorities for Businesses Laundering and Enabling Risks to Security Act*), first presented in the House of Representatives on 10 August 2021. See further Burroughs (2019); Dagirmanjian (2019).

tion [78]. And, indeed, the laundering of specific objects, whose market value mostly depends on their rarity and non-fungible nature [79], presents structural differences with the laundering of a completely fungible asset such as money [80]. Thus, while some AML measures (such as customer due diligence) may help also preventing and combating laundering of cultural property, the process through which an artwork or antiquity of criminal origin is presented as "legitimate" on the market includes a number of specific tricks and techniques aimed at preserving, as far as possible, the item's peculiar value while at the same time concealing, or at the very least obfuscating, its unlawful origin [81].

These may include physical (more or less reversible) alterations [82], such as, for instance, smashing pottery so as to easily export and trade the shreds [83], which are to be recomposed and restored after years, or even

---

[78] See Explanatory Report, § 32.

[79] In this field, rarity must not be understood in absolute terms, but, instead, by comparing the social desirability of given cultural items with their relative scarcity. Even objects common enough (such as, e.g., certain coins, seals, etc.) may be coveted by passionate collectors and thus foster a low-end art and antiquities market which – also because of the high volume and small value of single transactions – is by far harder to monitor for sales of objects of unlawful provenance. See also, e.g., Brodie (2015); Berzina (2021).

[80] See broadly, besides Mackenzie/Brodie/Yates/Tsirogiannis (2020), e.g., Ferri (2005), in part. pp. 169-181 and 252-261; Tijhuis (2011); Bowman Balestrieri (2019); Gerstenblith (2019); Fabiani/Marrone (2021); Mosna (2022) and (2023).

[81] Many, if not all, behaviours aimed at the laundering *of* cultural property will anyway fall under the broad definition of «laundering of proceeds of crime» established in art. 6(1) UNTOC, which in turn builds on other like broad definitions in international and EU law. See further, e.g., McClean (2007), pp. 68-83. This is a further reason for the aforementioned UNODC's policy (see par. 1) encouraging States Parties to this Convention to make offences against cultural heritage into «serious crimes» in the meaning of art. 2(b) UNTOC. See also Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Tenth Session, 2020, Resolution 10/7, Combating Transnational Organized Crime against Cultural Property.

[82] See note 80 for further examples and references.

[83] This was apparently done, for instance, also in the famous case of the Euphronios Krater, looted from an Etruscan tomb circa 1971, smuggled by the dealer Giacomo Me-

decades (usually making the biggest profit over the last fragments to be acquired by the purchaser who is collecting all the different batches); the cutting of sculptures [84] or paintings of large dimensions, and/or a picture's strategic "restoration" made by suppressing or adding figurative elements, so as to alter the artwork's overall aspect [85]; the superimposition of a visibly crude modern patina so as to pass a genuine antiquity for a modern imitation commonly sold as tourist souvenir [86]; the tearing of illuminated pages from ancient manuscripts or incunabula, to be easily concealed, transported, and traded as self-standing artworks [87]; etc.

The production of a (more or less legitimate) paper trail for the stolen, looted or contrabanded item is another traditional technique [88], which is becoming more and more important as the market's appetite for provenance information increases. It may range from the "simple" production of fake information and/or documentation (forged export certificates [89],

---

dici in Switzerland and later sold to the American merchant Robert E. Hect and, by him, to the Metropolitan Museum of New York. The vase was returned to Italy in 2008 thanks to an agreement between the MET and the Italian Government reached in 2006. See, e.g., Gill/Chippindale (2006; 2007); Briggs (2007); Watson/Todeschini (2007); Chappell/Polk (2011); Gill/Tsirogiannis (2016).

[84] See for instance the thinning and breaking of Guatemalan stelae, which was common in the Seventies to ease their smuggling abroad, as reported by Yates (2015), pp. 26-27.

[85] Like occurrences are regularly reported, for instance, in the yearly reports published by the Italian Carabinieri Command for the Protection of Cultural Heritage, available at https://tpcweb.carabinieri.it/SitoPubblico/home/contenuti/pubblicazioni (accessed September 2, 2023).

[86] This was, for instance, the technique used by Jonathan Tokeley-Parry to smuggle ancient artefacts out of Egypt, to later have them restored in England: see *R. v. Tokeley-Parry*, [1999] Crim LR 578, C.A., on which also note 112, and Gerstenblith (2009), p. 27.

[87] See for instance the many samples displayed in the exhibition *Storie di pagine dipinte. Manoscritti e miniature recuperati dal Nucleo Tutela del Patrimonio di Firenze*, Firenze, Palazzo Pitti, 24 June – 4 October 2020, information available at https://www.uffizi.it/eventi/storie-di-pagine-dipinte (accessed September 2, 2023).

[88] See note 80 for further examples and references.

[89] A grossly forged export certificate from Egypt was, for instance, part of the docu-

sale contracts, gallery labels, catalogue pages, etc.), to actually subject an item of unlawful origin to one or more sales and resales, either directly between merchants and/or collectors, or in auction, usually with the help of figureheads and/or shell companies, and preferably in (one or more) country(ies) whose private law rules favour "good faith" purchasers [90]. Other common tricks include presenting the object as coming from a badly inventoried, but existing, collection; asking for it to be checked against the Art Loss Register (typically used with archaeological items which cannot be reported as looted, having been found and appropriated directly by criminals), so as to exhibit the resulting declaration that it is not recorded within the database as proof of its lawful origin [91]; and, especially for high-volume, low-value collectibles, channel them through flea markets, bric-à-brac shops, or – more and more commonly, today – e-commerce websites and other online outlets [92].

### 3.2. *International Circulation as a Laundering Tool: A Comparison of National Regulatory Models*

To all of this, it must be added that the simple act of transferring abroad a stolen or misappropriated cultural property may contribute to its laundering [93], especially for antiquities whose culture of origin, and thus area of possible discovery, crosses modern States'borders: it can be incredibly difficult, if not impossible, once one such item has left its context and has been cleaned, to determine with certainty the original finding spot, and, even if and when this remains possible through expert investigation, it becomes anyway easier to market the item as coming from a different country, where it might be possible to freely export it from, or anyway to

mentation based on which the Metropolitan Museum of New York acquired in 2017 a gilded coffin which was then returned in 2019, having been looted and illegally smuggled out of the country. See, e.g., Kinsella (2019); Sabar (2021).

[90] A technique also used, for instance, by Medici and his acolytes: see note 83.

[91] See, e.g., Marinello (2013); Burns (2015); Tremayne-Pengelly (2022).

[92] See also note 42.

[93] See note 80 for further examples and references.

obtain an export permission with less difficulties. Moreover, as many States do not enforce other countries'export rules and thus do not require the exhibition of a valid export permission at the moment of entry of a cultural object within their territory, perfectly valid import declarations (presented to comply with custom duties) can be obtained and added to an artwork's or antiquity's documentation, to increase its appearance of legitimacy and ease further circulation on the market, both national and international[94].

It must be also kept in mind that proof of unlawful export is usually easier than proof of unlawful appropriation, so that a State's failure to prohibit the import of items illegally exported from a different country weakens the overall capacity of a legal system to hinder transnational cultural property trafficking. This is the reason why export and import traditionally constitute crucial steps in the laundering process of a tainted cultural property.

In fact, a summary overview of the regulatory models adopted by different countries reveals, even today, an extremely fragmented picture, in which it is possible to identify and sketch three prevailing policy lines in the implementation of the aforementioned import and export provisions of the 1970 UNESCO Convention and, thus, in the evolution of relevant national regulations, and of the criminalisation of related offences, from the Seventies to the adoption of the 2017 Nicosia Convention.

Especially amongst strong market countries, several States Parties opted for introducing very limited modifications to their domestic legislation. As a consequence, also behaviours relating to cultural property trafficking are rarely set out as specific offences, as they are, instead, mostly covered by generic pre-existing provisions (as far as they are applicable). The most notable example is provided by the United States. The US did

[94] Measuring the gap between cultural items declared at export from any given source country and those declared at import in a relevant market State (such as the US) is, in fact, one of techniques used to gather an estimate of the overall dimension of illicit trafficking in artworks and antiquities: see Fisman/Wei (2009); Beltrametti (2013). More broadly on the issue of investigating the dark figure of cultural property trafficking see, e.g., Brodie/Dietzler/Mackenzie (2013).

and do not possess a comprehensive cultural heritage legislation and, due to their peculiar standing when accepting the 1970 Convention in 1983, the related *Convention on Cultural Property Implementation Act* (CPIA)[95] made very limited additions to domestic law, nor does it contain any specific penal provision[96]. The federal regulation of criminal offences relating to cultural property circulation can therefore rightly be defined as a «patchwork system»[97].

In brief[98], the import of a cultural object illegally exported from its country of origin may constitute a criminal offence in case (i) it is misdeclared, or not properly declared, at importation according to the US Customs Statute[99], or (ii) if the object can be characterized as «stolen property» according to the *National Stolen Property Act* (NSPA), or as violating the 1979 *Archaeological Resources Protection Act* (ARPA). Both acts prohibit (interstate and) foreign transportation, transmission and transfer of (NSPA)[100], and more broadly trafficking in (ARPA)[101], respectively, stolen goods worth more than 5.000 USD, and (regardless of value) «any archaeological resource excavated, removed, sold, purchased, exchanged, transported, or received in violation of any provision, rule, regulation, ordinance, or permit in effect under State or local law»[102], and are interpreted as allowing prosecution of some acts of cultural property trafficking both in entry[103] and in exit (thus providing also a meas-

[95] 19 US Code §§ 2601-2613.

[96] See Demuro (2002), pp. 445-467; P.J. O'Keefe (2007), pp. 107-123; Nafziger (2010), pp. 766-767.

[97] Fincham (2007), p. 611.

[98] See Gerstenblith (2016).

[99] 18 US Code § 542.

[100] 18 US Code § 2314.

[101] «Sell, purchase, exchange, transport, receive, or offer to sell, purchase, or exchange»: 16 US Code § 470ee (b) and (c).

[102] 16 US Code § 470ee (c).

[103] The possibility that penal prosecution under NSPA may cover, in given circumstances, also import of cultural objects illegally excavated in, and/or exported from, another country has been supported by US case law, most notably *United States v*

ure of export control) [104]. Customs authorities can apply civil forfeiture to illegally imported or exported goods [105]. In 2002 a specific Cultural Heritage Resource Crimes Sentencing Guideline [106] was adopted, in order to better tailor sentencing for offences affecting the intangible value of cultural property; it applies to both entirely domestic crimes, and crimes involving transnational elements [107]. Thus, all in all, the US do not systematically enforce other countries'export rules, nor consistently criminalise the import of "simply" illegally exported cultural items, bar the limited cases of specific bilateral agreements with given source States [108] or of UN Security Council resolutions preventing the export of antiquities from specific conflict zones (i.e., presently, Iraq and Syria) [109].

Another example of market State (in this case, a primary hub of the international art and antiquities trade) that did not make a systemic

---

*McClain*, 545 F.2d 988 (5th Cir. 1977), and *United States v Schultz*, 333 F.3d 393 (2nd Cir. 2003). See P.J. O'Keefe (2007), pp. 115-121; Fincham (2007), pp. 611-621; Gerstenblith (2009). A similar use of ARPA is suggested by scholars: see Gerstenblith (2016), p. 14.

[104] See P.J. O'Keefe (2007), p. 109. Specifically relevant to export controls is also 16 US Code § 470ee (b), which refers to trafficking in objects excavated or removed from public lands or Indian lands in violation of the ARPA or any other Federal Law. Also relevant to the protection of US domestic cultural heritage is the 1990 *Native American Graves Protection and Repatriation Act* (NAGPRA), 18 US Code § 1170. See Gerstenblith (2016), pp. 14-15.

[105] 19 U.S. Code § 1595a(c-d). If there is a bilateral agreement between the US and the country of origin providing (a measure of) enforcement to that country's export regulations, the violation of the other State's export controls will also become a violation of US import controls. See P.J. O'Keefe (2007), pp. 110-115; Gerstenblith (2016), p. 6.

[106] 18 US Code App 2B1.5.

[107] See Gerstenblith (2016), p. 16.

[108] See note 105.

[109] See *Emergency Protection for Iraqi Cultural Antiquities Act* 2004, Pub. L. No. 108-429; Executive Order, No. 13350, § 4, 69 Fed. Reg. 46,055, 46,056 (30 July 2004); CBP *Import Restrictions Imposed on Archaeological and Ethnological Material of Iraq*, 73 Fed. Reg. 23,334 (30 April 2008); *Protect and Preserve International Cultural Property Act* 2016, Pub. L. No. 114-151; CBP *Import Restrictions Imposed on Archaeological and Ethnological Material of Syria*, 81 Fed. Reg. 53,916 (15 August 2016).

change to domestic legislation is the United Kingdom, which, however, does provide specific penal enforcement at least for some offences, and particularly export infringements. Like the US, the United Kingdom never had a comprehensive cultural heritage legislation, nor did it introduce one after the ratification, in 2002, of the 1970 UNESCO Convention, but its domestic law includes since 1952 a measure of control over the export of «national treasures» [110], infringements of which are partly punished under specific penal provisions [111], and partly (intentional evasion of restrictions to export) under the general rules of the *Customs and Excise Management Act* 1979 (art. 68.1-3). But the UK legal framework does not include a system of specific import controls, nor, therefore, specific violations. The criminal offence of handling stolen goods under art. 22 of the *Theft Act* 1968 may apply in some instances of import of illegally excavated and exported objects [112], and in 2003 a new offence of dealing in tainted cultural objects was introduced to comply with the recently ratified 1970 UNESCO Convention [113]. Said offence includes both importing and exporting (besides acquiring and disposing of) cultural objects which were removed (i.e., detached from a building, structure or monument of cultural interest) or excavated in breach of either UK law or another country's law, and it is punished with imprisonment not exceeding seven years, or a fine, or both [114]. The offence does not cover, however, dealing in objects which were merely exported in violation of the laws of the country of origin, and has known extremely scant appli-

[110] The matter is currently regulated by the *Export of Objects of Cultural Interest (Control) Order* 2003, adopted under the *Export Control Act* 2002. See P.J. O'Keefe (2007), pp. 138-143; Vozza (2015), pp. 217-224; Wilson (2019).

[111] See *Export of Objects of Cultural Interest (Control) Order* 2003, arts 4 (misleading applications for licences), 5 (failure to comply with licence conditions) and 6 (failure to provide evidence of the destination of the object).

[112] See P.J. O'Keefe (2007), p. 140. See also *R v. Tokeley-Parry* (1999) Crim. L.R. 578, C.A., on which Ulph (2011), pp. 43-45.

[113] *Dealing in Cultural Objects (Offences) Act* 2003. See also Ulph (2011), pp. 45-46.

[114] In case of summary conviction punishment is reduced (art. 1.3).

cation since its introduction[115], resulting in a more symbolic than effective provision.

An unbalance between strict rules, and related strong enforcement, for cultural property export, one the one hand, and an absence of specific[116] rules and offences for cultural property import, on the other, is often present in the legal framework of States Parties to the 1970 UNESCO Convention which possessed specific and comprehensive cultural heritage laws well before ratifying said treaty. This is the case, for instance, with Italy (till the ratification of the 2017 Nicosia Convention)[117], Spain[118] or India[119] (the same was also true for France till 2016)[120]. These countries

[115] See also Mackenzie/Green (2009).

[116] Naturally, even in these countries the dealing in trafficked cultural objects may on occasions fall, when all elements of the (unspecific) offence are matched, under general criminal law provisions variously punishing the receiving and handling of proceeds of a crime.

[117] Comprehensive cultural heritage regulations were firstly introduced with Law 12 June 1902 n. 185 and perfected with Law 20 June 1909 n. 364. The matter is currently primarily regulated by Legislative Decree 22 January 2004 n. 42 (*Cultural Heritage Code*), and related amendments, which, till 2022 (see below), also included the largest number of relevant criminal offences. See Lenzerini (2010); Manes (2011); Visconti (2019).

[118] Starting with the *Law on the Defence, Conservation and Accretion of Historic and Artistic Heritage* of 13 May 1933. The matter is currently regulated by Law 25 June 1985 n. 16 on Spanish Historic Heritage, and related amendments. See Demuro (2002), pp. 343-380; Sofía de Salas (2010); Vozza (2015), pp. 192-202.

[119] Strict export restrictions, backed by criminal punishment, were already present in the *Antiquities (Export Control) Act*, 1947, adopted under colonial rule, and the subsequent *Antiquities and Art Treasures Act*, adopted by the independent Republic of India in 1972, kept to this model (see §§ 3, 25 and 28; unlawful export is punishable with imprisonment between six months and three years and with a fine).

[120] France's history of cultural heritage regulation started with the Law of 31 December 1913 on Historic Monuments; the matter is currently regulated by the *Cultural Heritage Code* (*Code du patrimoine*) 2004, and related amendments. France became a party to the 1970 Convention in 1997. See Demuro (2002), pp. 381-413; Cornu (2010); Boustany (2019). Only with Law 7 July 2016 n. 925 arts L111-8 and L111-9 were introduced, prohibiting, respectively, import of cultural objects from a State Party to the 1970 Convention in the absence of an export certificate (when required by the law of

have a long tradition of limiting and strictly controlling possible "losses" of cultural objects, including by way of criminal [121] (or a mix of criminal and administrative) [122] offences and sanctions for violations; this ingrained and exclusive focus on possible detriments to the national heritage, and, thus, on export regulation was retained even after becoming parties to the 1970 UNESCO Convention (respectively in 1978, 1986 and 1977), as none of these countries introduced specific import controls, nor, therefore, specifically related offences.

But the same exclusive focus on export control and enforcement is displayed also by some States which adopted new comprehensive cultural heritage legislations in preparation to, or a relatively short time after, becoming parties to the 1970 UNESCO Convention, such as China [123] or

---

said country), and import, export, transportation of, or any dealing in, cultural objects illicitly exported from a country according to a UN Security Council resolution. The same Law 925/2016 provided for infringements to be punished with two years of imprisonment and a fine of EUR 450.000 (art L114-1.II and III), i.e. the same sanctions applicable to unlawful exports (art L114-1.I).

[121] This is the case with India and France: see notes 119 and 120.

[122] Art. 174(1) and (2) of Italian CHC (now repealed and substituted by art. 518 *undecies* It.PC: see below) used to punish, with imprisonment (from one up to four years) or a fine, unlawful export of cultural property, i.e. (i) intentional export of objects whose permanent exit is prohibited, (ii) intentional failure to bring back within the assigned deadline objects whose temporary export was granted by the competent authority, and (iii) intentional export of an object for which an export certificate (and/or a EU export licence) is required without having asked for, or obtained, said certificate; in case a cultural object is exported without being accompanied by the required export permission, which was however released by the authority, art. 165 It.CHC provides for an administrative pecuniary sanction. Art. 75 of Spanish PHHL, referring to arts 2(2)(a) and 11(1) of the *Law on Contraband* (n. 12/1995), establishes as a felony punished with imprisonment from one to five years and a fine the illegal export of cultural property worth EUR 50.000 or more, and as an administrative offence punished with a pecuniary sanction the illegal export of objects under said value threshold; art. 76 PHHL establishes further administrative offences for other infringements of export regulations.

[123] China ratified the 1970 Convention in 1989. The *Law of the People's Republic of China on Protection of Cultural Relics* was first adopted in 1982, and amended in 1991, 2002, 2007, and 2013. For punishment of «serious» offences (including smuggling of cultural relics: art. 64.6) it refers to the Penal Code, while providing for administrative

Egypt [124], which are also mostly perceived, and definitely perceive themselves, only as source countries. This stance can be quite problematic with respect to countries which, like China, have recently become also relevant markets for imported artworks and antiquities [125].

However, a gradual shift in attitudes is shown by some other traditional source countries, which soon after the ratification of the 1970 UNESCO Convention, and for long decades afterwards, adopted this same approach, and have instead recently (even before the adoption of the 2017 Nicosia Convention) introduced criminal offences punishing importation of cultural objects taken in violation of the laws of the country of origin. This is, for instance, the case with Mexico [126], which has also introduced, with the same 2014 reform, a specific aggravation of sanctions for traffickers, to be equated to habitual offenders for purposes of pun-

sanctions in case the unlawful export is «not serious enough to constitute a crime» (art. 65). In turn, the Penal Code, which included a crime of smuggling of exit-prohibited valuable cultural objects when first enacted in 1979 (art. 173, currently art. 151, punished with imprisonment over five years in serious cases, and a fine), was amended in 1997 with a whole section devoted to crimes of disrupting the administration of cultural relics, which includes a "preliminary" offence of selling or giving to foreigners precious cultural relics the export of which is banned (art. 325). See Demuro (2002), pp. 469-487; Huo (2015).

[124] Egypt had a long tradition of controls over archaeological excavations and cultural property export under Ottoman domination and, later, the British protectorate, but the first comprehensive law adopted by the independent State is Law n. 117 of 1983, amended by Law n. 3 of 2010, promulgating the *Antiquities Protection Law*. Art. 41 punishes any smuggling of an antiquity outside Egypt by intensive imprisonment and a fine, except in case the culpable leads to confiscation of the object or helps repatriating it (art. 45 *bis*). Egypt became a party to the 1970 Convention in 1973.

[125] See Huo (2015), pp. 507-508.

[126] Mexico became a party in 1972, when it also adopted the *Federal Law on Archaeological, Artistic and Historic Objects and Areas*, which initially only included export rules (art. 16) and a criminal offence of unlawful export (art. 53). In 2014 a new art. 53 *bis* was added, punishing the import, export or transfer of ownership of cultural objects effected in violation of the laws of the country of origin. The sanctions differ: under art. 53, imprisonment from five to twelve years and a fine (penalties to be both raised by half for leaders, organisers or financiers of the unlawful export); under art. 53 *bis*, imprisonment between three and twelve years and a lower fine.

ishment under Federal Law (art. 54). Other countries, such as Peru, keep reserving specific criminal punishment for unlawful export, but have introduced administrative sanctions for the import of cultural objects not accompanied by an export permission released by the competent authorities of the country of origin [127].

Finally, several countries which adopted comprehensive cultural heritage laws as a consequence of (such as Canada [128] or Algeria [129]), or in preparation for (such as Australia [130]), becoming parties to the 1970 UNESCO Convention, took a more balanced approach, introducing specific criminal offences of both unlawful export [131] and unlawful import [132], to be typically punished with identical penalties.

---

[127] Peru became a party in 1979. It had granted some measure of legal (including constitutional) protection to its cultural heritage since the Thirties, but it only adopted a really comprehensive *General Law of the Cultural Heritage of the Nation* – n. 28296 – in 2004, followed by an implementing Regulation in 2006. The 1991 Penal Code presents a specific section (Title VIII) for crimes against cultural heritage, including two offences of unlawful export (arts 228 and 230), punished more severely in case of pre-hispanic objects (imprisonment between three and eight years and a fine) than for all other declared cultural objects (imprisonment between two and five years and a lesser fine). Law 28296 provides export rules (arts 10 and 33-34; to be complemented by arts 54-60 of the Regulation), including administrative sanctions for infringements (art. 49.1.c), as well as an administrative offence of unlawful import (art. 49.1.d). Both administrative offences imply a pecuniary sanction as well as confiscation of the object.

[128] Canada became a party in 1978 and adopted in 1985 a specific *Cultural Property Export and Import Act* (CPEIA). See P.J. O'Keefe (2001), pp. 20-28; Mueller/Zedde (2012).

[129] Algeria became a party in 1974. In 1998 it adopted a comprehensive *Law for the Protection of Cultural Heritage*.

[130] Australia became a party in 1989 and, building on the model provided by Canada (another federal state) and in preparation to acceptance of the Convention, in 1986 adopted the *Protection of Movable Cultural Heritage Act* 11/1986 (PMCHA). See P.J. O'Keefe (2007) pp. 100-106.

[131] For Canada, see arts 40-42 and 44-46 CPEIA: punishment (which is identical for illegal import) is imprisonment not exceeding five years, or a fine, or both; in case of summary conviction punishments are reduced (art 45.1.a). For Algeria see arts 62 and 102(1) of the 1998 Law: punishment (which is identical for illegal import) is imprisonment between three and five years and a fine, and it gets doubled for recidivists (art.

More recently, Germany, which had ratified the 1970 UNESCO Convention in 2007, eventually proceeded, in 2016, to introduce a national comprehensive cultural heritage law (*Kulturgutschutzgesetz*) [133], providing, besides a system of export bans and controls, also an articulated set of import prohibitions and controls, notably banning import of cultural property (i) exported contrary to the laws of the country of origin [134], or (ii) removed from its country of origin contrary to EU specific rules [135], or (iii) removed in violation of par. I(1) of the 1954 Hague *Convention First Protocol*. Both sets of provisions are backed up by penal and administrative sanctions (the latter for infringements about documentary requirements: art. 84.2-3), as well as by provisions for seizure and confiscation (arts 33-39 and 85-86); the 2016 Law also includes a ban on placing on the market cultural property lost, unlawfully excavated, or unlawfully

102.2). For Australia, see § 9(3-3B) PMCHA: punishment (which is identical for unlawful import) is imprisonment not exceeding five years, or a fine, or both; criminal responsibility is also extended to legal persons (§ 9.3B.b).

[132] For Canada, see arts 37(2) CPEIA (which defines illegal import as import of cultural property exported from a State which is party to a cultural property agreement contrary to said State's export rules), 43 and 45-46. For Algeria, see art. 102(3) of the 1998 Law (which defines illegal import as the illicit introduction of a movable property whose historic, artistic or archaeological value is recognised by the country of origin). For Australia, see § 14(2) PMCHA (unlawful import is defined as importation of objects whose export was prohibited according to the law of the country of origin); criminal responsibility is also extended to legal persons.

[133] KGSG, 31 July 2016. See Bennett-Schaar (2019); Peters (2019). For an overview of the previous legal framework see Demuro (2002), pp. 415-443.

[134] Export contrary to the laws of the country of origin is to be considered "unlawful", according to art. 32(1)(1), in case of illicit export from any EU member State effected after 31 December 1993 (entry into force of Regulation EEC 3911/92), and in case of illicit export from a State Party to the 1970 UNESCO Convention effected after 26 April 2007 (ratification of the Convention by Germany).

[135] This will currently affect cultural objects removed from Iraq after 6 August 1990 (see art. 3 of Council Regulation EC 1210/2003 of 7 July 2003 concerning certain specific restrictions on economic and financial relations with Iraq and repealing Regulation EC 2465/96) and objects removed from Syria after 15 March 2011 (see art. 11c of Council Regulation EU 36/2012 of 18 January 2012 concerning restrictive measures in view of the situation in Syria and repealing Regulation EU 442/2011).

imported (art. 40) [136], and due diligence provisions in dealing with cultural property (arts 41-47). With respect to unlawful export (art. 31), intentional infringements are punished with imprisonment not exceeding five years or a fine (art. 83.1.1-2 and 2) and specific negligent behaviours are also punished (art. 83.1.1 and 6 as referring to art. 21.1-2 and 4-5) [137]; the same penalties apply to intentional unlawful import (art. 83.1.3), for which, however, no negligent behaviours are criminalized.

The underlying idea behind this latter approach is that, on the one hand, protecting cultural heritage as a universal interest of humankind means protecting each and every country's heritage, according to a principle of solidarity which, by itself, requires to consider equally deserving of sanctioning any harm to cultural heritage, wherever it might occur, and that, on the other, no effective prevention of offences occurring at the source side of the market is actually possible without also adopting measures to curb demand-driven opportunities and, thus, without corresponding controls, and sanctions, on the importing side of the transnational trade [138].

### 3.3. *The Most Recent European Inputs*

This awareness, coupled with the already mentioned and generalised increasing concern for the possible links between cultural property trafficking and organised crime and terrorism financing, is, indeed, one of the driving forces which led to the adoption, in 2019, of the new EU Regulation on the import of cultural goods [139].

This Regulation, which entered into force in June 2019 but is not yet fully applicable, delegates (art. 11) Member States to provide unspecified

---

[136] Intentional violation of which constitutes a criminal offence punished with imprisonment not exceeding five years or a fine (art. 83.1.4-5).

[137] The sanction is imprisonment not exceeding three years or a fine.

[138] See, e.g., Peters (2019; 2020).

[139] Regulation (EU) 2019/880 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the introduction and the import of cultural goods. See further Dehouck (2019); de Jong (2021); Schreiber (2021); Szabados (2022).

in nature, but necessarily «effective, proportionate and dissuasive», penalties for violations of the new shared minimum rules on entry into the EU territory of cultural objects exported from non-member States. Said rules include, first and foremost, the prohibition of importing objects unlawfully removed from the territory of another State (art. 3.1 and Annex Part A); a ban which has been fully applicable since 28 December 2020 and which, as we will discuss, partly overlaps with obligations stemming (for contracting parties) from art. 5 of the 2017 Nicosia Convention. Further provisions in the 2019 Regulation impose certification and documentation requirements for the import of cultural goods into the EU (arts 3.2, 4 and 5, and Annex Parts B and C). At the very latest by 28 June 2025 importers will need either to provide proof (art 4) [140], or declare under their responsibility (art 5) [141], either that the item was exported in compliance with the law of the country of origin, or that it was lawfully exported from the last country where it was located for a period of more than five years, whenever either the source country cannot be deter-

[140] When applying for an import licence, which will cover the kind of cultural items deemed most at risk of trafficking, i.e. «products of archaeological excavations (including regular and clandestine) or of archaeological discoveries on land or underwater», and «elements of artistic or historical monuments or archaeological sites which have been dismembered» (which in turn explicitly include «liturgical icons and statues, even free-standing»), in both instances «whatever the value» and provided they are «more than 250 years old» (Annex, Part B). The application must be «accompanied by any supporting documents and information providing evidence that the cultural goods in question have been exported from the country where they were created or discovered in accordance with the laws and regulations of that country or providing evidence of the absence of such laws and regulations at the time they were taken out of its territory» (art. 4.4), and «evidence that the cultural goods in question have been exported in accordance with paragraph 4 shall be provided in the form of export certificates or export licences where the country in question has established such documents for the export of cultural goods at the time of the export» (art. 4.5).

[141] Importer statement, to be presented for the typologies of cultural goods listed in Part C of the Annex, provided that the item is «more than 200 years old» and that it has a customs value of «EUR 18.000 or more». The importer's declaration must be accompanied by a «standardised document describing the cultural goods in question in sufficient detail for them to be identified by the authorities and to perform risk analysis and targeted controls» (art. 5.2.b).

mined, or the object was taken out of said source country before 24 April 1972 (when the 1970 UNESCO Convention came into force).

While the 2019 EU Regulation does not imply a proper criminalisation obligation (as Member States remains free to opt for administrative or civil sanctions, rather than for penal ones) for any form of unlawful import, on the other hand arts 3(1) and 11 do impose an enforceable prohibition, valid throughout all EU territory, of importing illegally removed «cultural goods»[142]. On the same issue, instead, the 2017 Nicosia Convention remains to some extent blander. Indeed, it merely recommends (art. 20.b) that States Parties

> introduce import and export control procedures, in accordance with the relevant international instruments, including a system whereby the importation and exportation of movable cultural property are subject to the issuance of specific certificates.

Consequently, art. 5(1) requires contracting parties to «ensure that, when committed intentionally, the importation of movable cultural property» of unlawful origin «constitutes a criminal offence under its domestic law where the offender knew that the cultural property had been stolen, excavated or exported in violation of the law of [another] State» only insofar as

> the importation of [said cultural property] is prohibited pursuant to its domestic law on the grounds that it has been: (a) stolen in another State; (b) excavated or retained under circumstances described in Article 4 of this Convention; or (c) exported in violation of the law of the State that has classified, defined or specifically designated such cultural property in accordance with Article 2 of this Convention.

[142] As defined under Part A of the Annex: the list is long and articulated, mostly matching the typologies of «cultural property» and «cultural objects» identified as such under (respectively) the 1970 UNESCO Convention and the 1995 UNIDROIT Convention, with no money value threshold applicable, and no age threshold bar the cases of «antiquities […] such as inscriptions, coins and engraved seals» and of «articles of furniture», that must both be «more than one hundred years old» to be subject to the aforementioned import prohibition.

Thus, no State Party to the Nicosia Convention is actually bound to criminalise the import of tainted cultural items when said import is not already prohibited under its domestic legislation [143], any alteration of which to this effect is, as observed, merely suggested, but not imposed by the Convention itself. Moreover, according to art. 5(2), «any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, declare that it reserves the right to provide for non-criminal sanctions, instead of criminal sanctions for the conduct» of illegal importation.

Nonetheless, the combined effect of Regulation EU 2019/880 and of the 2017 Nicosia Convention for States bound by both may actually result in a stringent criminalisation of unlawful import, as the example recently provided by Italy demonstrates. Indeed, while late in implementing art. 3(1) EU Reg., once ratified (with Law 21 January 2022, n. 6) the Nicosia Convention, Italy, on the occasion of the comprehensive reform of its cultural heritage criminal law enacted with Law 9 March 2022, n. 22 [144], opted, reversing its previous attitude, for strict criminal punishment of any import of cultural property

> derived from a felony, or discovered as a result of unauthorised archaeological researches, whenever an authorisation is required according to the law of the country where the item was found, or exported in violation of regulations of the country of export pertaining to the protection of its national cultural heritage [145].

The new art. 518 *decies* of the Italian Penal Code punishes the intentional importation of said objects with imprisonment between two and

[143] See also Explanatory Report, § 46.

[144] On which see broadly, also for further references, Visconti (2023), in part. pp. 65-79 and 165-404.

[145] For an unofficial English translation of criminal offences against cultural heritage in Italian law see https://asgp.unicatt.it/asgp-CulturalHeritageCriminalLaw_Italy_2022(2).pdf (accessed May 31, 2023).

six years and a fine between EUR 258 and EUR 5.165, a penalty which is equal, in the minimum deprivation of liberty, to unlawful export (now punished by art. 518 *undecies* It.PC), albeit being lower than what provided with respect to maximum deprivation of liberty and maximum monetary sanction (respectively set at eight years of imprisonment and at EUR 80.000 for unlawful export). Moreover, when involving the responsibility of a legal entity, in the interest or to the advantage of which the offence is committed [146], the organisation is subject to the same sanctions in case of both unlawful import and unlawful export (art. 25.2 and 5 of Lgs. Decree 8 June 2001, n. 231, as amended by Law 22/2022).

Another interesting feature of this new felony is that it is expressly declared applicable only outside the cases of participation in the offences set in arts 518 *quater* (receiving of cultural property of criminal origin), 518 *quinquies* (employment of cultural property of criminal origin), 518 *sexies* (laundering of cultural property of criminal origin) and 518 *septies* (self-laundering of cultural property of criminal origin, punished less severely than the former), thus in practice acknowledging that importation may as well constitute a step in the laundering of tainted antiquities and artworks.

When it comes to further steps in the laundering process, the 2017 Nicosia Convention presents, in fact, a simpler structure than the new Italian legislation just summarised. It requires States Parties only to ensure criminalisation of, on the one hand, «acquisition» (art. 7.1) and, on the other, «placing on the market» (art. 8.1) of «cultural property that has been stolen in accordance with Article 3 of this Convention or has been excavated, imported or exported under circumstances described in Articles 4, 5 or 6 of this Convention», «where the person knows of such unlawful provenance». States Parties are also invited to «consider» punishing these same behaviours «also in the case of a person who should have known of the cultural property's unlawful provenance if he or she had exercised due care and attention» – a provision mostly conceived to

[146] Liability of legal persons for criminal offences relating to cultural property is required to the States Parties of the 2017 Nicosia Convention by art. 13: see par. 4.

strengthen due diligence duties for professional collectors and art and antiquities market operators [147]. States Parties are not required, however, to additionally and specifically criminalise more complex and deceptive activities, conceived and structured to prevent, or anyway make harder, the discovery of the illegitimate origin of a cultural object. They remain, of course, free to do so (as Italy has recently done), or to apply to such instances (whenever all requirements are met) any unspecific criminal provision possibly covering also the laundering of non-fungible items of criminal origin (as it was the case with Italy prior to the 2022 reform), or (if they are not otherwise bound to criminalise laundering of proceeds of crime) [148] to consider such further elements of obstruction to justice immaterial in the structuring of their criminal law system.

There is, however, one specific instance where the 2017 Nicosia Convention places on States Parties a criminalisation obligation which is directly instrumental to preventing a frequent occurrence in the artificial "cleaning" of artworks, antiquities and collectibles of unlawful origin – that is, falsification of provenance documentation.

## 4. *Some Final Considerations on Provenance Documentation, Due Diligence and the "Rehabilitation" of the Market*

According to art. 9, States Parties to the 2017 Nicosia Convention are bound to criminalise «the making of false documents and the act of tampering with documents relating to movable cultural property», «where these actions are intended to present the property as having licit provenance». Differently from provisions pertaining to archaeological excavations and import, States are not left free to expressly opt for non-criminal sanctions, which testifies to the importance attributed to the genuineness and reliability of provenance documentation in the prevention and suppression of cultural property trafficking.

[147] See Explanatory Report, §§ 57-60.

[148] See note 81.

As already observed above, provenance information [149] has nowadays become more relevant for collectors, cultural institutions and market operators, especially those who are more in the public eye and need thus take better care of their reputation. Provenance research has even become a new, sought-after skill for professionals working in these fields, starting with the need to assess issues of possible Holocaust-era confiscation, and progressively trickling down to issues of "problematic" colonial takings and, eventually, of more recent and "plainer" unlawful origin of cultural items [150]. Besides this, provenance information has traditionally been one of the three pillars – together with art-historical or archaeological expertise and scientific analysis – founding the authentication process of artworks and antiquities [151].

This may well explain why the 2017 CoE suppression treaty considers counterfeiting of provenance documentation a serious danger for the transparency and cleanliness of the art and antiquities market and thus, indirectly but consistently, for the safety of the cultural heritage as a whole. In fact, as the appetite of collectors, curators and merchants for documents testifying the origin and ownership history of movable cultural property increases, the production of forged contracts, invoices, export licences, etc., will increase accordingly, to satisfy a growing demand for documental "pedigree". It is therefore reasonable to try and prevent a foreseeable accumulation of deceitful provenance documentation also through the provision of criminal offences.

But, however important to discourage and punish such opportunistic behaviours, the effectiveness of provisions such as art. 9 CoE Convention in reducing the overall "greyness" of the art and antiquities market should not be overestimated. Not only because discovering counterfeited provenance documentation, and even more the forgers behind it, is as difficult as any other fight against fakes and forgeries, which are deceptive

[149] See note 150 as well as Gerstenblith (2020).

[150] See broadly, e.g., Hilgert (2014); Vikan (2014); Milosch/Pearce (2019); Tompkins (2020).

[151] See, e.g., Sloggett (2000); Amineddoleh (2015); Hecker (2020); Thomas (2022).

and hard to spot by nature. But even more because placing too much emphasis on the mere passive collection of paper trails risks actually slowing down a change in culture and practices which is most needed, as we discussed above, in this field. As Gerstenblith points out [152], what really matters is not "simple" provenance documentation, but objectively verifiable and verified provenance documentation. And, unfortunately, active provenance research methodology with respect to archaeological artefacts (the most exposed to looting and trafficking) has not seen, as of today, a development comparable to provenance research applied to artworks looted under the Nazi regime [153]. Thus, simply relying on criminal provisions aimed at "sanitizing" circulating provenance documentation appears to some extent disingenuous, as it risks, in the end, to weaken the operators'sense of responsibility with respect to proper provenance checks.

The most important tool to counter laundering of cultural property is, indeed, performing proper object due diligence on cultural items proposed for sale, acquisition, donation, etc. As we have seen, the 1995 UNIDROIT Convention has been a milestone in establishing the first shared due diligence standards in this field, including standards of active validation (consulting accessible registers of stolen cultural objects, consulting accessible agencies and authorities, and in general taking all steps a reasonable person would take).

Later initiatives have built on this, asking museums to «establish the full history of the item since discovery or production» before acquisition (ICOM 2004 Code, art. 2.3), and, more specifically, to «verify whether the object was lawfully obtained, lawfully exported and/or imported, and that no other legal provisions are violated», including by (i) assessing the «trustworthiness of the seller or donor and examine: 1) available documents, including purchase contracts, insurance documents and documentation of prior ownership beyond the current owner; 2) related customs documents including export and/or import licenses, declarations of im-

[152] Gerstenblith (2019), p. 302.

[153] Gerstenblith (2019), p. 294.

port or export; and 3) references in auction catalogues, inventories, or correspondence»; (ii) physically examining the object for «evidence of damage that might have resulted from illegal excavation, theft, looting, or suspicious restoration», as well as «for previous inventory numbers or markings that may indicate that the object originates from another collection or provides information about its provenance»; (iii) checking the item against all available national and international databases of stolen, looted or missing cultural objects; (iv) verifying if the object falls under specific national or international legal protection, including the one reserved to cultural heritage in armed conflicts (ICOM Standards on Accessioning). Bottom-up initiatives aimed at market operators, such as the *Responsible Art Market Art Transaction Due Diligence Toolkit* [154], have recently promoted like standards for merchants and intermediaries [155].

But to make the market more transparent and less prone to easy laundering of tainted cultural property, such due diligence rules should be made compulsory on penalty of sanctions, even if not necessarily criminal in nature, following the example of the 2016 German legislation (arts. 40-44 and 84.1.2-4 KGSG) [156]. In this respect, even the 2017 Nicosia Convention has been quite timid, as we have seen. The introduction of «due diligence provisions for art and antiquity dealers, auction houses and others involved in the trade in cultural property» is the object of a mere recommendation to States Parties (art. 20.c), as it is the criminalisation of negligent acquisition or placing on the market of cultural property of unlaw-

[154] Published in 2018 and available at http://responsibleartmarket.org/guidelines/art-transaction-due-diligence-toolkit/ (accessed June 10, 2023).

[155] Similar initiatives have been undertaken also by associations of scholars and experts who might be called to work on unprovenanced cultural items as part of their research activity or as consultants for auction houses and dealers. See, e.g., Archaeological Institute of America, *AIA Policy on the Presentation and Publication of Undocumented Antiquities*, 4 January 2020, available at https://www.archaeological.org/wp-content/uploads/2020/01/AIA-Publication-Presentation-Policy.pdf (accessed September 7, 2023). On the ethical challenges faced by experts see specifically, e.g., Brodie (2021); Yates (2022); Loges (2023).

[156] On which see, besides note 133, also Fabel (2016).

ful origin (arts 7.2 and 8.2). And while amply drawing on the 2014 UN Guidelines for the preventive measures recommended in art. 20, the 2017 Nicosia Convention has notably left out any reference to «introducing obligations, as appropriate, to report suspected cases of trafficking of and related offences against cultural property and [...] to criminalize the failure to meet those obligations» (gdln. 18).

Yet, some regulatory changes appear to be occurring, albeit slowly and indirectly. Considering the Italian 2022 reform, for instance, even if it has not directly affected the – overall unsatisfactory – discipline of provenance (and authenticity) documentation [157], the sheer introduction of corporate quasi-criminal responsibility for (almost) all crimes against cultural heritage (including, besides unlawful export and import and falsification of provenance documentation, also receiving and laundering of cultural property of criminal origin) is likely to prompt changes in corporate approaches to object due diligence in the art and antiquities market [158]. While it is true that said offences are only punishable when committed intentionally, the very structure of Lgs. D. 231/2001 [159] requires legal entities (auction houses, corporate galleries, artists'archives, and in general any entity potentially dealing in cultural objects) to take a risk-based approach to crime prevention, meaning that they have to perform a risk assessment with respect to the possible commission of said offences on behalf of the organization by individuals related to it (managers, employees, consultants, etc.) and, based on that, to develop organizational risk reduction strategies to be implemented through specific adjustments to their compliance models. But said mitigation of criminal risks can only be achieved, in the end, through the systematisation of

[157] See arts 64 and 164 It.CHC. For a discussion of the current inadequacy of these provisions, as well as for further references, see Visconti (2023), pp. 195-199 and 326.

[158] For a more detailed discussion see Visconti (2023), pp. 211-216, 293-294, 309-311 and 328-330.

[159] On which see broadly, e.g., Alessandri/Seminara (2018), pp. 87-127; Castronuovo/De Simone/Ginevra/Lionzo/Negri/Varraso (2019); Piva (2021).

organisational due diligence protocols and procedures, including, by definition, accurate provenance checks on cultural objects the legal person is dealing in [160].

It must be acknowledged that this part of the 2022 reform is going to influence only a very limited portion of the art and antiquity market, as it only affects legal entities, and – according to general rules of corporate quasi-criminal liability in Italy – it does not oblige said entities to introduce the above mentioned compliance programmes (whose adoption is voluntary, and is to be rewarded, when effective and effectively implemented, with exoneration from liability). Moreover, Italy's role in the international art and antiquities market remains quite marginal, as of today [161]. Nonetheless, it is possible that long-term changes will be more widespread.

On the one hand, arts 13 and 14(2) of the 2017 Nicosia Convention require all States Parties to introduce a form of corporate liability – which may be «criminal, civil or administrative» in nature – for the criminal offences listed in the Convention itself committed «for [the] benefit» of the legal entity, to be mandatorily backed up by «criminal or non-criminal monetary sanctions», and possibly also by «other measures, such as: (a) temporary or permanent disqualification from exercising commercial activity; (b) exclusion from entitlement to public benefits or aid; (c) placing under judicial supervision; (d) a judicial winding-up order». As the number of ratifications will hopefully increase, so will the number of countries pressuring cultural institutions and corporate art and antiquities dealers into adopting more structured organisational preventive measures to counter the risks of getting involved in criminal offences against cultural heritage, thus, indirectly, improving their due diligence standards with respect to all aspects of transactions involving cultural items. Moreover, the trend does not appear necessarily limited to current or prospective States Parties to the 2017 Nicosia Convention, as other countries may

[160] Besides note 158, see Troyer/Tettamanti (2022), in part. pp. 1179-1182.

[161] See Art Basel – UBS (2023).

decide, consistent with their own domestic jurisdiction, to implement like forms of corporate responsibility [162].

Of course, such pressures will be of direct concern only for legal entities, which are also, in general, the subjects more exposed to reputational losses in case wrongdoing comes to light. These initiatives are thus unlikely to change, in and by themselves, the culture and practices of individual market operators and, more broadly, of smaller firms and institutions. Nonetheless, usually in the long run attitudes which prevail at the top of any given social group tend to trickle down and influence the behaviours of lower-level social actors, and self-regulation (and even more enforced self-regulation) policies have been known to evolve, on occasions, into mandatory legal standards.

While completely eliminating cultural property trafficking (or any other form of criminality, for that matter) is an unrealistic perspective, it is not at all unconceivable to achieve, in time, a substantive scaling down of this criminal phenomenon. This, in turn, requires acting for the reduction of opportunities and motivations, in a concerted and consistent manner in all countries involved. And while some tasks appear well beyond the reach of single governments (e.g., the reduction of armed conflicts and situations of political unrest in heritage-rich countries), other appear more feasible in the medium-to-long term, provided that the present increased attention to cultural property trafficking as a criminal problem will not fade into political declamation. Amongst these, all measures aimed at making the art and antiquities market more transparent and open to scrutiny are certainly the most important [163]. It is not on

[162] See also the 2014 UN Guidelines at §§ 23-24, as recalled also by § 67 of the 2015 UNESCO Operational Guidelines.

[163] Interestingly, building on the EU *Action Plan against trafficking in cultural goods*, presented by the European Commission on 13 December 2022 (Com.2022.800), the Council of the European Union has released, on 8 June 2023, a document of Conclusions on the fight against trafficking in cultural goods inviting the Commission to take several steps in the direction of a stricter and better coordinated regulation of the European art and antiquities market. Amongst these, there is the suggestion to extend the application of the EU electronic system for the import of cultural goods (cur-

the harshness of punishments for art theft, archaeological looting, unlawful export, etc., but rather on each country's actual commitment to work towards a regulatory reduction of the "greyness" of the market for cultural items, that the quality and credibility of criminal policies aimed at combating cultural property trafficking is ultimately to be tested.

*Bibliography*

Al-Azm, Amr, Katie A. Paul, Shawn Graham (2019), *Facebook's Black Market in Antiquities. Trafficking, Terrorism, and War Crimes*, Antiquities Trafficking and Heritage Anthropology Research (ATHAR) Project, https://atharproject.org/report2019/ (17 August 2023)

Alessandri, Alberto, Sergio Seminara (2018), *Diritto penale commerciale*. I. *I principi generali*, Torino, Giappichelli

Amato, Giuseppe (1994), *Il riciclaggio dei profitti delle attività illecite, con particolare riguardo agli investimenti in opere e oggetti d'arte: nuove prospettive sanzionatorie ed investigative*, in «Foro italiano», V, 4, cc. 220-226

Amineddoleh, Leila (2014), *Protecting Cultural Heritage by Strictly Scrutinizing Museum Acquisitions*, in «Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal», 24, 3, pp. 729-781

Amineddoleh, Leila (2015), *Purchasing Art in a Market Full of Forgeries: Risks and Legal Remedies for Buyers*, in «International Journal of Cultural Property», 22, 2-3, pp. 419-435

Art Basel – UBS (2023), *The Art Market 2023*, https://theartmarket.artbasel.com/ (accessed May 31, 2023)

rently under implementation: see also Commission Implementing Regulation EU/2021/1079 of 24 June 2021 laying down detailed rules for implementing certain provisions of Regulation EU/2019/880 of the European Parliament and of the Council on the introduction and the import of cultural goods) to handle and keep track also of exports towards non-member States, as well as to issue guidance for Member States on sales registers, also covering online sales, and propose the mandatory keeping of transactions records.

Balcells, Marc (2019), *One Looter, Two Looters, Three Looters… The Discipline of Cultural Heritage Crime within Criminology and Its Inherent Measurement Problems*, in Hufnagel, Saskia, Duncan Chappell (eds.), *The Palgrave Handbook of Art Crime*, London, Palgrave MacMillan, pp. 33-53

Beltrametti, Silvia (2013), *Dati e analisi sul traffico illecito di beni culturali*, in «Aedon», 1, http://www.aedon.mulino.it/archivio/2013/1/beltrametti.htm (accessed June 10, 2023)

Bennett-Schaar, Silvan (2019), *A Prowl through the New German Cultural Property Legislation*, in «Art Antiquity & Law», 24, 4, pp. 349-356

Berzina, Diana (2021), *More Than Just Money. Human-Object Relationships in Low-End Collecting*, in Oosterman, Naomi, Donna Yates (eds.), *Crime and Art. Sociological and Criminological Perspectives of Crimes in the Art World*, Cham, Springer, pp. 225-239

Bieczynski, Mateusz M. (2017), *The Nicosia Convention 2017: A New International Instrument Regarding Criminal Offences against Cultural Property*, in «Santander Art & Culture Law Review», 3, 2, pp. 255-274

Blake, Janet (2020), *Trafficking in Cultural Property: Where Cultural Heritage Law and the International Fight Against Transnational Organized Crime Coincide*, in Carstens, Anne-Marie, Elizabeth Varner (eds.), *Intersections in International Cultural Heritage Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, pp. 157-180

Borgstede, Greg (2014), *Cultural Property, the Palermo Convention and Transnational Organized Crime*, in «International Journal of Cultural Property», 21, 3, pp. 281-290

Boustany, Joumana (2019), *Cultural heritage in France* [Research Report], Marne-la-Vallée, Université Gustave Eiffel, https://hal.science/hal-03620235/document (accessed June 10, 2019)

Bowman, Blythe A. (2008), *Transnational Crimes Against Culture. Looting at Archaeological Sites and the 'Grey' Market in Antiquities*, in «Journal of Contemporary Criminal Justice», 24, 3, pp. 225-242

Bowman Balestrieri, Blythe A. (2019), *The Antiquities Licit-Illicit Inter-*

*face*, in Hufnagel, Saskia, Duncan Chappell (eds.), *The Palgrave Handbook on Art Crime*, London, Palgrave MacMillan, pp. 79-87

Briggs, Aaron K. (2007), *Consequences of the Met-Italy Accord for the International Restitution of Cultural Property*, in «Chicago Journal of International Law», 7, 2, pp. 623-653

Brodie, Neil (2011), *The Market in Iraqi Antiquities 1980-2009 and Academic Involvement in the Marketing Process*, in Manacorda, Stefano, Duncan Chappell (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World. Illegal Trafficking in Cultural Property*, New York-Dordrecht, Springer, pp. 117-133

Brodie, Neil (2015), *The Internet Market in Antiquities*, in Desmarais, France (ed.), *Countering Illicit Traffic in Cultural Goods: The Global Challenge of Protecting the World's Heritage*, Paris, ICOM, pp. 11-20

Brodie, Neil (2018a), *Problematizing the Encyclopedic Museum: The Benin Bronzes and Ivories in Historical Context*, in Effros, Bonnie, Gualong Lai (eds.), *Unmasking Ideologies: The Vocabulary and Symbols of Colonial Archaeology*, Los Angeles, Cotsen Institute, pp. 61-82

Brodie, Neil (2018b), *The Illegal Excavation and Trade of Syrian Cultural Objects: A View from the Ground*, in «Journal of Field Archaeology», 43, 1, pp. 74-84

Brodie, Neil (2021), *Cuneiform Exceptionalism?*, in Oosterman, Naomi, Donna Yates (eds.), *Crime and Art. Sociological and Criminological Perspectives of Crimes in the Art World*, Cham, Springer, pp. 103-117

Brodie, Neil, Jessica Dietzler, Simon Mackenzie (2013), *Trafficking in Cultural Objects: An Empirical Overview*, in Manacorda, Stefano, Arianna Visconti (a cura di), *Beni culturali e sistema penale*, Milano, Vita e Pensiero

Brodie, Neil, Jenny Doole, Peter Watson (2000), *Stealing History. The Illicit Trade in Cultural Material*, Cambridge, McDonald Institute

Brodie, Neil, Morag M. Kersel, Simon Mackenzie, Isber Sabrine, Emiline Smith, Donna Yates (2022), *Why There is Still an Illicit Trade in Cultural Objects and What We Can Do About It*, in «Journal of Field Archaeology», 47, 2, pp. 117-130

Burns, Charlotte (2015), *Stolen Art? Why No One Can Say for Sure*, in «The Art Newspaper», 2nd June, https://www.theartnewspaper.com/2015/06/02/stolen-art-why-no-one-can-say-for-sure (accessed September 2, 2023)

Burroughs, Timothy E. (2019), *US and EU Efforts to Combat International Money Laundering in the Art Market Are No Masterpiece*, in «Vanderbilt Journal of Transnational Law», 52, 4, pp. 1061-1096

Castañeda de la Mora, Citlalin (2013), *The Work of the United Nations Office on Drugs and Crime in the Area of Illicit Trafficking in Cultural Property*, in Manacorda, Stefano, Arianna Visconti (a cura di), *Beni culturali e sistema penale*, Milano, Vita e Pensiero, pp. 3-18

Castronuovo, Donato, Giulio De Simone, Enrico Ginevra, Andrea Lionzo, Daniele Negri, Gianluca Varraso (eds.) (2019), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, Wolters Kluwer

Chappell, Duncan, Kenneth Polk (2011), *Unraveling the "Cordata": Just How Organized Is the International Traffic in Cultural Objects*, in Manacorda, Stefano, Duncan Chappell (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World. Illegal Trafficking in Cultural Property*, New York-Dordrecht, Springer, pp. 99-113

Cornu, Marie (2010), *France*, in Kono, Toshiyuki (ed.), *The Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century* Leiden-Boston, Brill, pp. 341-419

Cornu, Marie (2017), *Engager le marché européen de l'art dans la lutte contre le traffic illicite des biens culturales. Etude pur la conference de renforcement des capacités, 20-21 mars 2018, Lutte contre le trafic illicit de biens culturels, la recherce de provenance et l'exercice de la diligence requise dans l'Union Europeenne*, Paris, UNESCO, https://en.unesco.org/sites/default/files/study_prof_cornu_fr_2.pdf (accessed June 3, 2023)

Dagirmanjian, Alessandra (2019), *Laundering the Art Market: A Proposal for Regulating Money Laundering Through Art in the United States*, in «Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal», 29, 2, pp. 687-727

De Bernardin, Michela (2021), *Palmyrene Funerary Portraits: A 'Conflict Antiquities'Case*, in Traviglia, Arianna, Lucio Milano, Cristina Tonghini, Riccardo Giovanelli (eds.), *Stolen Heritage*, Venezia, Edizioni Ca' Foscari, pp. 79-95

Dehouck, Maja R.J. (2019), *Balancing Markets, Morals and Law: The Fight to Regulate Illicit Trafficking in Cultural Goods and the EU Regulation on the Import of Cultural Goods*, in «Art Antiquity & Law», 24, 1, pp. 1-38

De Jong, Anna M. (2021), *The Cultural Goods Import Regime of Regulation (EU) 2019/880: Four Potential Pitfalls*, in «Santander Art & Culture Law Review», 7, 2, pp. 31-50

Demuro, Gian Paolo (2002), *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Milano, Giuffrè

de Salas, Sofía (2010), *Spain*, in Kono, Toshiyuki (ed.), *The Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century*, Leiden-Boston, Brill, pp. 663-689

Durney, Mark, Blythe Proulx (2011), *Art Crime: A Brief Introduction*, in «Crime Law & Social Change», 56, 2, pp. 115-132

Elia, Ricardo J. (2001), *Analysis of the Looting, Selling, and Collecting of Apulian Red-Figure Vases: A Quantitative Approach*, in Brodie, Neil, Jennifer Doole, Colin Renfrew (eds.), *Trade in Illicit Antiquities: The Destruction of the World's Archaeological Heritage*, Cambridge, McDonald Institute, pp. 145-153

Fabel, Paul (2016), *Due Diligence Obligations in the New German Cultural Property Protection Act*, in «Santander Art & Culture Law Review», 2, 2, pp. 237-246

Fabiani, Michelle D., James V. Marrone (2021), *Transiting Through the Antiquities Market*, in Oosterman, Naomi, Donna Yates (eds.), *Crime and Art. Sociological and Criminological Perspectives of Crimes in the Art World*, Cham, Springer, pp. 11-28

FATF – Financial Action Task Force (2023), *Money Laundering and Terrorist Financing in the Art and Antiquities Market*, Paris, FATF/OECD

Ferri, Paolo Giorgio (2005), *Uscita o esportazione illecite*, in Manna, Adelmo (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Gli illeciti penali*, Milano, Giuffrè, pp. 165-262

Fincham, Derek (2007), *Why US Federal Criminal Penalties for Dealing in Illicit Cultural Property Are Ineffective, and a Pragmatic Alternative*, in «Cardozo Arts & Entertainment Law Journal», 25, 2, pp. 597-645

Fincham, Derek (2014), *Transnational Forfeiture of the Getty Bronze*, in «Cardozo Arts & Entertainment Law Journal», 32, 2, pp. 471-500

Fincham, Derek (2019), *The Blood Antiquities Convention as a Paradigm for Cultural Property Crime Reduction*, in «Cardozo Arts & Entertainment Law Journal», 37, 2, pp. 299-336

Fisman, Raymond, Shang-Jin Wei (2009), *The Smuggling of Art, and the Art of Smuggling: Uncovering the Illicit Trade in Cultural Property and Antiques*, in «American Economic Journal: Applied Economics», 1, 3, pp. 82-96

Forlati, Serena (2021), *Organized Crime: The Road to the Palermo Convention*, in Boister, Neil, Sabine Gless, Florian Jeßberger (eds.), *Histories of Transnational Criminal Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, pp. 177-186

Forrest, Craig (2010), *International Law and the Protection of Cultural Heritage*, Abingdon-New York, Routledge

Frigo, Manlio (2009), *Ethical Rules and Codes of Honor Related to Museum Activities: A Complementary Support to the Private International Law Approach Concerning the Circulation of Cultural Property*, in «International Journal of Cultural Property», 16, 1, pp. 49-66.

Gerstenblith, Patty (2009), *Schultz and Barakat: Universal Recognition of National Ownership of Antiquities*, in «Art, Antiquity & Law», 14, 1, pp. 21-48

Gerstenblith, Patty (2013), *The Meaning of 1970 for the Acquisition of Archaeological Objects*, in «Journal of Field Archaeology», 38, 4, pp. 364-373

Gerstenblith, Patty (2016), *The Legal Framework for the Prosecution of Crimes Involving Archaeological Objects*, in «US Attorneys' Bulletin», 64, pp. 5-16

Gerstenblith, Patty (2019), *Provenances: Real, Fake, and Questionable*, in «International Journal of Cultural Property, 26, 3, pp. 285-304

Gerstenblith, Patty (2020), *Provenience and Provenance Intersecting with International Law in the Market for Antiquities*, in «North Carolina Journal of International Law», 45, 2, pp. 457-495

Giardini, Giuditta (2023), *Taming the Italian 'Trojan Horse': The A Non Domino Sales of Cultural Objects*, in «Uniform Law Review», 28, 1, pp. 1-19

Gill, David, Christopher Chippindale (2006), *From Boston to Rome: Reflections on Returning Antiquities*, in «International Journal of Cultural Property», 13, 3, pp. 311-331

Gill, David, Christopher Chippindale (2007), *From Malibu to Rome: Further Developments on the Return of Antiquities*, in «International Journal of Cultural Property», 14, 2, pp. 205-240

Gill, David W.J., Christos Tsirogiannis (2016), *Polaroids from the Medici Dossier: Continued Sightings on the Market*, in Charney, Noah (ed.), *Art Crime. Terrorists, Tomb Raiders, Forgers and Thieves*, Basingstoke-New York, Palgrave MacMillan, pp. 229-239

Górka, Maciej (2016), Directive 2014/60: *A New Legal Framework for Ensuring the Return of Cultural Objects within the European Union*, in «Santander Art & Culture Law Review», 2, 2, pp. 27-34

Hecker, Sharon (2020), *La formazione di una collezione*, in Calabi, Giuseppe, Sharon Hecker, Raffaella Sarro, Angelo Busani, *Le opere d'arte e le collezioni. Acquisto, gestione, trasferimento*, Milano, Wolters Kluwer, pp. 1-36

Hilgert, Markus (2016), *'Definitely stolen?': Why There Is No Alternative to Provenance Research in Archaeological Museums*, in Murphy, Bernice L. (ed.), *Museums, Ethics and Cultural Heritage*, Abingdon, Routledge, pp. 210-217

Hufnagel, Saskia, Colin King (2020), *Anti-Money Laundering Regulation and the Art Market*, in «Legal Studies», 40, 1, pp. 131-150

Huo, Zhengxin (2015), *Legal Protection of Cultural Heritage in China: A Challenge to Keep History Alive*, in «International Journal of Cultural Policy», 22, 4, pp. 497-515

Keane, David (2004), *The Failure to Protect Cultural Property in Wartime*, in «DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law», 14, 1, pp. 1-38

Kinsella, Eileen (2019), *Last Year the Met Spent $4 Million on a Golden Sarcophagus. It Turned Out to Be Looted. Now They Had to Send It Back*, in «Artnet News», 26th September, https://news.artnet.com/art-world/new-york-returns-ancient-4m-mummy-1661824 (accessed September 2, 2023)

Lenzerini, Federico (2010), *Italy*, in Kono, Toshiyuki (ed.), *The Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century* Leiden-Boston, Brill, pp. 440-466

Lewis, Geoffrey (2006), *The 'Universal Museum': A Case of Special Pleading?*, in Hoffman, Barbara T. (ed.), *Art and Cultural Heritage. Law, Policy and Practice*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, pp. 379-385

Loges, Luise (2023), *"Do You Expect Us to Throw It All Away?" Thirty Years of Looted Iraqi Cuneiform Archives*, in Fabiani, Michelle D., Kate M. Burmon, Saskia Hufnagel (eds.), *Global Perspectives on Cultural Property Crime*, Abingdon, Routledge, pp. 147-159

Mackenzie, Simon (2002), *Organised Crime & Common Transit Networks*, in «Trends & Issues in Crime & Criminal Justice», 233, pp. 1-6

Mackenzie, Simon (2005), *Going, Going, Gone: Regulating the Market in Illicit Antiquities*, Leicester, Institute of Art and Law

Mackenzie, Simon (2011a), *Illicit Deals in Cultural Objects as Crimes of the Powerful*, in «Crime Law & Social Change», 56, 2, pp. 133-153

Mackenzie, Simon (2011b), *The Market as Criminal and Criminals in the Market: Reducing Opportunities for Organised Crime in the International Antiquities Market*, in Manacorda, Stefano, Duncan Chappell (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World. Illegal Trafficking in Cultural Property*, New York-Dordrecht, Springer, pp. 69-85.

Mackenzie, Simon, Neil Brodie, Donna Yates, Christos Tsirogiannis (2020), *Trafficking Culture. New Directions in Researching the Global Market in Illicit Antiquities*, London-New York, Routledge

Mackenzie, Simon, Penny Green (2009), *Criminalising the Market in Illicit Antiquities: An Evaluation of the Dealing in Cultural Objects (Offences) Act 2003 in England and Wales*, in Mackenzie, Simon, Penny Green (eds.), *Criminology and Archaeology: Studies in Looted Antiquities*, Oxford, Hart, pp. 145-170

Mackenzie, Simon, Donna Yates (2016), *What Is Grey About the 'Grey Market'in Antiquities,* in Beckert, Jens, Matias Dewey (eds.), *The Architecture of Illegal Markets: Towards an Economic Sociology of Illegality in the Economy*, Oxford-New York, Oxford University Press, pp. 70-86

MacKintosh Ritchie, Alexander (2014), *Victorious Youth in Peril: Analyzing Arguments Used in Cultural Property Disputes to Resolve the Case of the Getty Bronze*, in «Pepperdine Dispute Resolution Law Journal», 9, 2, pp. 325-378

Manacorda, Stefano (2011), *Criminal Law Protection of Cultural Heritage: An International Perspective*, in Mancorda, Stefano, Duncan Chappell (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World. Illegal Trafficking in Cultural Property*, New York-Dordrecht, Springer, pp. 17-48

Manes, Vittorio (2011), *La tutela penale*, in Barbati, Carla, Marco Cammelli, Girolamo Sciullo (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, Il Mulino, pp. 289-313

Marinello, Christopher (2013), *The Art Loss Register*, in «IFAR Journal», 14, 1-2, pp. 60-64

Maugeri, Anna Maria (2008), *La tutela dei beni culturali nel diritto internazionale penale. Crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, Milano, Giuffrè

McClean, David (2007), *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford-New York, Oxford University Press

Merryman, John H. (1986), *Two Ways of Thinking about Cultural Property*, in «American Journal of International Law», 80, 4, pp. 831-853

Miglio, Alberto (2016), *La restituzione di beni culturali nell'Unione Europea: dalla Direttiva 93/7 alla Direttiva 2014/60, tra mercato interno e competenza esterna dell'Unione*, in «Rivista del commercio internazionale», 4, pp. 863-884

Milosch, Jane C., Nick Pearce (eds.) (2019), *Collecting and Provenance. A Multidisciplinary Approach*, New York-London, Rowman & Littlefield

Mosna, Anna (2022), *Give Art Market Regulation a Chance*, in «Maastricht Journal of European & Comparative Law», 29, 3, pp. 304-327

Mosna, Anna (2023), *More than Antiquities Trafficking: The Issue Is Antiquities Laundering*, in Fabiani, Michelle D., Kate M. Burmon, Saskia Hufnagel (eds.), *Global Perspectives on Cultural Property Crime*, Abingdon, Routledge, pp. 99-118

Mottese, Elisabetta (2018), *Preventive Measures in the Council of Europe Convention on Offences relating to Cultural Property: An Overview*, in «Santander Art & Culture Law Review», 4, 2, pp. 121-142

Mottese, Elisabetta (2020), *La lotta contro il danneggiamento e il traffico illecito di beni culturali nel diritto internazionale. La Convenzione di Nicosia del Consiglio d'Europa*, Torino, Giappichelli

Mueller, Jennifer, Kathryn Zedde (2012), *The Cultural Property Export and Import Act and Canada's International Legal Obligations*, in «Canadian Criminal Law Review», 17, 1, pp. 31-40

Nafziger, James A.R. (2010), *United States*, in Kono, Toshiyuki (ed.), *The Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century*, Leiden-Boston, Brill, pp. 757-771

O'Keefe, Patrick J. (2001), *The Use of Criminal Offences in UNESCO Countries: Australia, Canada and the U.S.A.*, in «Art Antiquity & Law», 6, 1, pp. 19-36

O'Keefe, Patrick J. (2007), *Commentary on the UNESCO 1970 Convention*, 2nd edn., Leicester, Institute of Art and Law

O'Keefe, Roger (2006), *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge-New York, Cambridge University Press

Peters, Robert (2019), *Preventing Trafficking in Cultural Property: Import and Export Provisions as Two Sides of the Same Coin*, in «Santander Art & Culture Law Review», 5, 2, pp. 95-108

Peters, Robert (2020), *Nationalism Versus Internationalism: New Perspectives Beyond State Sovereignty and Territoriality in the Protection of*

*Cultural Heritage*, in Carstens, Anne-Marie, Elizabeth Varner (eds.), *Intersections in International Cultural Heritage Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, pp. 364-388

Piva, Daniele (ed.) (2021), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, Torino, Giappichelli

Posner, Eric A. (2007), *The International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Observations*, in «Chicago Journal of International Law», 8, 1, pp. 213-231

Prott, Lyndel V. (2021), *Commentary on the 1995 UNIDROIT Convention*, 2nd edn., Leicester, Institute of Art and Law

Renfrew, Colin (2000), *Loot, Legitimacy and Ownership: The Ethical Crisis in Archaeology*, London, Bloomsbury Publishing

Sabar, Ariel (2021), *The Tomb Raiders of the Upper East Side*, in «The Atlantic», December, https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2021/12/bogdanos-antiquities-new-york/620525/ (accessed September 2, 2023)

Sargent, Matthew, James V. Marrone, Alexandra T. Evans, Bilyana Lilly, Erik Nemeth, Stephen Dalzell (2020), *Tracking and Disrupting the Illicit Antiquities Trade with Open Source Data*, Santa Monica, RAND Corporation, https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR2706.html (accessed August 30, 2023)

Schneider, Marina (2016), *The 1995 UNIDROIT Convention: An Indispensable Complement to the 1970 UNESCO Convention and an Inspiration for the 2014/60/EU Directive*, in «Santander Art & Culture Law Review», 2, 2, pp. 149-164

Schreiber, Hanna (2021), *Regulation (EU) 2019/880 and the 1970 UNESCO Convention – A Note on the Interplay between the EU and UNESCO Import Regimes*, in «Santander Art & Culture Law Review», 7, 2, pp. 173-182

Scovazzi, Tullio (2019), *Un atleta non ancora giunto a destinazione*, in «Rivista di diritto internazionale», 2, pp. 511-518

Scovazzi, Tullio, Paolo Giorgio Ferri (2015), *Recent Developments in the Fight against the Illicit Export of Archaeological Objects: The Operational*

*Guidelines to the 1970 UNESCO Convention*, in «Art Antiquity & Law», 20, 3, pp. 195-228

Sloggett, Robyn (2000), *The Truth of the Matter: Issues and Procedures in the Authentication of Artwork*, in «Art Antiquity & Law», 5, 3, pp. 295-304

Stamatoudi, Irini A. (2011), *Cultural Property Law and Restitution*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar

Sutherland, Edwin H. (1944), *Is 'White Collar Crime' Crime?*, in «American Sociological Review», 10, 2, pp. 132-139

Sutherland, Edwin H. (1983), *White-Collar Crime. The Uncut Version*, New Haven, Yale University Press

Szabados, Tamás (2022), *The EU Regulation on the Import of Cultural Goods: A Paradigm Shift in EU Cultural Property Legislation?*, in «Croatian Yearbook of European Law and Policy», 18, pp. 1-23

Thomas, Rod (2022), *Buying Investment Art: Authenticity, Risk and a Four-Proof Framework*, in «Art Antiquity & Law», 27, 2, pp. 133-158

Tijhuis, Edgar A.J. (2011), *The Trafficking Problem: A Criminological Perspective*, in Manacorda, Stefano, Duncan Chappell (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World. Illegal Trafficking in Cultural Property*, New York-Dordrecht, Springer, pp. 87-97

Tompkins, Arthur (ed.) (2020), *Provenance Research Today. Principles, Practices, Problems*, London, Lund Humphries

Topçuoğlu, Oya, Tasha Vorderstrasse (2019), *Small Finds, Big Values: Cylinder Seals and Coins from Iraq and Syria on the Online Market*, in «International Journal of Cultural Property», 26, 3, pp. 239-263

Tremayne-Pengelly, Alexandra (2022), *Every Art Collector Needs This Database. But Is It Being Manipulated by Thieves*?, in «Observer», 27th September, https://observer.com/2022/09/every-art-collector-needs-this-database-but-is-it-being-manipulated-by-thieves/ (accessed September 3, 2023)

Troyer, Luca, Melissa Tettamanti (2022), *Reati contro il patrimonio culturale e responsabilità degli enti: questioni interpretative e suggerimenti pratici*, in «Le società», 41, 10, pp. 1174-1182

Ulph, Janet (2011), *The Impact of the Criminal Law and Money Laundering Measures upon the Illicit Trade in Art and Antiquities*, in «Art Antiquity & Law», 16, 1, pp. 39-52

UNESCO, Subsidiary Committee of the Meeting of States Parties to the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (2022), *Report on the Results of the Consultations with the Art Market on the Revisions to the International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property*, Tenth Session, Paris, 16-17 May 2022, C70/22/10.SC/9

van Duyne, Petrus C., Lena Louwe, Melvin Soudijn (2015), *Money, Art, and Laundering: Coming to Grips with the Risks*, in Kila, Joris D., Marc Balcells (eds.), *Cultural Property Crime. An Overview and Analysis of Contemporary Perspectives and Trends*, Leiden, Brill, pp. 79-95

Vikan, Gary (2014), *Provenance Research and Unprovenanced Cultural Property*, in «Collections», 10, 3, pp. 341-348

Visconti, Arianna (2013), *Le prospettive internazionali di tutela penale: strategie sanzionatorie e politico-criminali*, in Manacorda, Stefano, Arianna Visconti (a cura di), *Beni culturali e sistema penale*, Milano, Vita e Pensiero, pp. 139-159

Visconti, Arianna (2019), *The Reform of Italian Law on Cultural Property Export and Its Implications for the 'Definitional Debate': Closing the Gap with the European Union Approach or Cosmetics? Some Systemic Considerations from a Criminal Law Perspective*, in «Santander Art & Culture Law Review», 5, 2, pp. 172-182

Visconti, Arianna (2021), *The Illicit Trade in Cultural Objects. From Marginalization to the Current Surge in Attention by Transnational Criminal Policymakers*, in Boister, Neil, Sabine Gless, Florian Jeßberger (eds.), *Histories of Transnational Criminal Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, pp. 220-235

Visconti, Arianna (2023), *Problemi e prospettive della tutela penale del patrimonio culturale*, Torino, Giappichelli

Vozza, Donato (2015), *La prevenzione e il contrasto al traffico illecito di beni culturali mobili tra spunti comparati e prospettive di riforma*, in *Circo-*

*lazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Milano, Giuffrè pp. 185-242

Watson, Peter, Cecilia Todeschini (2007), *The Medici Conspiracy: The Illicit Journey of Looted Antiquities. From Italy's Tomb Raiders to the World's Greatest Museum*, New York, Public Affairs

Wilson, Frances (2019), *UK Export Controls and National Treasures*, in «Santander Art & Culture Law Review», 5(2), pp. 193-208

Yasaitis, Kelly Elizabeth (2005), *Object ID: A Model of Global Collaboration*, in «Museum Management and Curatorship», 20(1), pp. 21-39

Yates, Donna (2015), *Displacement, Deforestation, and Drugs: Antiquities Trafficking and the Narcotics Support Economies of Guatemala*, in Kila, Joris D., Marc Balcells (eds.), *Cultural Property Crimes: An Overview and Analysis on Contemporary Perspectives and Trends*, Leiden, Brill, pp. 23-36

Yates, Donna (2022), *Creative Compliance, Neutralization Techniques, and Palaeontological Ethics*, in «The Geological Curator», 11(7), pp. 428-435

Yates, Donna, Diana Berzina (2020), *Regulating the "Grey" Antiquities Market: What Works, What Does Not and a Way Forward*, in *Opportunities and Challenges of the Art and Antiques Market Management*, Riga, The National Heritage Board of Latvia, pp. 73-84

Yates, Donna, Neil Brodie (2023), *The Illicit Trade in Antiquities Is Not the World's Third-Largest Illicit Trade: A Critical Evaluation of a Factoid*, «Antiquity», 97, 394, pp. 991-1003

# What Is an Art Collection?

Marcílio Toscano Franca Filho,
Gustavo Tanouss de Miranda Moreira

«O todo sem a parte não é todo,
A parte sem o todo não é parte,
Mas se a parte o faz todo, sendo parte,
Não se diga, que é parte, sendo todo»

Gregório de Matos

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The Concept of Art Collection According to Comparative Law. – 3. Art Collections as Intellectual Creations. – 4. Final Remarks.

## 1. *Introduction*

The most valuable object of any art collection is the time of the person, who devotes themselves to it by planning, building, maintaining, conserving, expanding, interpreting, and giving it life and wings. This is the very reason why it is so saddening to hear news about thefts, fires, depredations, looting, *deaccessions or deaccessioning*, splitting or dilapidation of either public or private collections [1]. This text is, first of all, a writing about the time invested by collectors such as Assis Chateaubriand, Calouste Gulbenkian, Peggy Guggenheim, François Pinault or Gianni Agnelli; time spent passionately collecting objects saved from dispersion and forming an art body based on any principle or a singular relationship among the collectible items.

One of the first individual collectors identified in history was Noah, the Abrahamic hero, to whom it fell, according to Genesis (6:19-20), to

[1] Charney (2018), *passim*.

doi: 10.17473/LawArt-2023-4-7
ISSN 2039-6880

collect and select «of every living thing of all flesh, [...] two of every sort [...]; male and female [...]» [2]. The multiple senses of passion – at the same time love and rapture but also anguish and torment – reflect well Noah's work in those days before the flood, in his incessant attempt to complete his collection. However, Noah was certainly not the first collector ever. The phenomenon of collecting, in fact, has been verified in all human societies since the Upper Paleolithic, albeit in a more rudimentary form [3]. Archaeologist André Leroi-Gourhan discovered, in excavations in the Arcy-sur-Cure caves, in the French department of Yonne, a series of eccentric objects arranged in a sacred place that anticipated links with aesthetics, even if they were located in a religious site [4].

The rich tombs of the Valley of the Kings in ancient Egypt show that Egyptians already held a paradoxical belief in human transience and the durability of beautiful material things. Collecting of some sort was a reality in Egypt and Mesopotamia. Five hundred years before Christ, Hecataeus of Miletus described an Egyptian temple that contained a vast library at whose entrance it could be read: «a place of recreation of the soul» [5]. Similarly, at the grandiose Library of Alexandria, founded in the third century before the Christian Era, it could be read: «the place for the cure of the soul» [6]. The Hellenic-Romanesque-Byzantine contribution to collecting *ante litteram* was also quite relevant, with their many temples and offerings; decorated tombs with pieces of furniture in them; sacred objects and relics; loots and spoils of war displayed as true trophies for the glory of the houses of people who had the power [7].

The universality of collecting is due to the ancient relationship between the visible and the invisible world, since all human societies, since *Homo sapiens*, have traded with that which cannot be seen, whereby each

[2] Elsner/Cardinal (1997), p. 1.

[3] Pomian (2001), p. 9.

[4] Pomian (1987), pp. 40-41.

[5] Taylor (1954), pp. 17-54.

[6] Sax (1990), p. 1167.

[7] Pomian (1987), pp. 20-41.

society has drawn their own way the line that separates those two realms. In other words, collections embody the sense of sacrifice, as they intermediate the contact between the visible spectators and those who inhabit the invisible world. This is a crucial point capable of homogenizing things as heteroclitic and unique as collections [8].

For Krzysztof Pomian, we behold a sacrifice when a visible object, usually inserted in the sphere of utilitarian activities for keeping alive the members of a given society or reproducing its material equipment, as well as ensuring the durability of society itself, is removed from the aforementioned routine to be driven to the entities that inhabit the invisible domain, or when the object has been produced with that purpose. Then, the sets of offerings to the deities and the funerary furniture, to cite two examples, represent gifts from the visible dimension to the invisible sphere, which, in turn, pours blessings over that first dimension [9].

Each society builds their collections based on the characteristics of their history, structure, technique and way of life, in such a way that all collections are different from each other due to aspects such as their composition; the places, contexts, and social hierarchies that serve as background for the collection and the language used to speak of it; the way of exhibition, the audience, and the behaviors required from those who exhibit and those who look at or appreciate the collections [10].

Pomian teaches that the first type of collection of the medieval western world, existing since the 6th century, but with much earlier roots, are the treasures, which subdivided into two species: the ecclesiastical and the royal [11]. The power achieved by the Church and the royalty made it possible for their members, in their different hierarchies, to accumulate wealth, gather objects, especially precious metals and stones, which symbolized the divine or nearly divine power of that person gathering such

[8] Pomian (2003), pp. 7-9.

[9] Pomian (2003), pp. 8-10.

[10] Pomian (2003), pp. 7-9.

[11] Pomian (2001), p. 9.

treasure [12]. Owned more by an institution than by an individual, those collections depicted power and wealth, signs of divine protection, and their items could serve both for religious rites – to trade with the invisible world, and object of inevitable admiration of believers – and as a means of payment, as sometimes objects were melted down to mint coins [13].

In Middle Ages Europe, for example, Benedictine monasteries became centers of conservation, research, and dissemination of European culture, with their libraries, illuminations, iconographies, murals, stained glass, and tapestries. However, the history of collections took a turn with the capture of Constantinople by the Crusaders and the consequent exchanges with Byzantium, a context that allowed the intensification of interest and the massive influx of objects and remains of Ancient times. The Italian Veneto was home to the first modern private collection ever recorded: Oliviero Forzetta (1300-1373), a notary engaged in the trade of precious objects and in relations with Venetian artists, gathered for more than three decades a collection of marble, bronze, ancient coins, sculptures, and drawings; he also owned a library. Despite Forzetta's pioneering spirit, it was the influence of Petrarch (1304-1374) in the world of letters and in his dialogue with the princes that spurred the growth of private collections in Venice and Florence in the first half of the 14th century. There was then another attitude towards collections, which made them different from treasures; their constitution and content were more connected with social status and the owner's individuality receded into the background [14]. Something new began to emerge in the way of collecting that ascended in that scenario:

> un lien fort commence à unir le collectionneur à sa collection, qui devient, pour lui, une partie et un prolongement de lui-même et, pour les autres, son autoportrait composé d'objets qu'il a choisis et exposés, l'expression

[12] Pomian (2001), p. 9; Pomian (2003), pp. 9-10.

[13] Pomian (2001), p. 9.

[14] Pomian (2001), pp. 9-10.

> tant de son statut et de sa richesse que de son intériorité: de son savoir, de sa sensibilité, de ses aspirations, ses intérêts et ses goûts [15].

Given this scenario, some royal treasures converted into private collections, and figures such as the French King Charles V, the Wise (1334-1380), and the noble Jean de Berry (1340-1416) entered the spectrum of true modern collectors [16]. Despite this new era of collecting, it is worth considering that private collections appeared before, independently, two other times in history: in ancient China, then Japan; and in Rome, two centuries before Christ, lasting for about three hundred years until they were obscured in the 1st century of the Christian Era [17]. The rebirth of private collections only took place in the 14th century, in northern Italy and France [18], notably in two environments: among the literate people and in the royal courts [19].

The collection of Cardinal Pietro Barbo (1416-1471) gained important fame with his election to St. Peter's chair under the name of Paul II, whereby he became the first collecting Pope and influenced collecting within the Church, even if involuntarily [20]. It is also undoubted that the birth of capitalism renewed the interest in collecting, thanks, among other families, to the Medici, the Stuart, the Bourbon, and the Habsburg.

A new wave of private collections increasingly moved away from the sacred, as the holy relics and precious objects were replaced by works of identifiable human authors, in a clear sign of devotion to the humanism typical of the Renaissance [21]. The new collections were gradually exhibited in private and profane places, without participating, or taking part only minimally in the religious liturgy. Private collections *ab initio* were

---

[15] Pomian (2003), p. 11.

[16] Pomian (2001), p. 10.

[17] Pomian (2003), p. 10.

[18] Pomian (2003), p. 10.

[19] Pomian (2001), p. 11.

[20] Pomian (2001), pp. 10-11.

[21] Pomian (2001), pp. 11-12; Pomian (2003), p. 11.

separated from the treasures by their antiquity. In the second half of the 15th Century, pictures and paintings were the basic elements that set such as distance [22]:

> L'entrée des tableaux renforce de ce fait la tendance à une séparation de la collection composée des œuvres d'art qu'on expose au regard, fût-ce celui des courtisanes, du trésor dont font partie des objets cérémoniels et rituels qui, en général, restent enfermés sous bonne garde. Ce sont les collections d'antiquités mais surtout de tableaux qui, plus que toute autre chose, témoignent dorénavant du goût et du savoir de leurs propriétaires [23].

In that very period, rare and curious natural objects, such as certain plants, bones or stuffed animals began to constitute yet another category of items that were added to private collections. Those collections differentiated themselves according to their content and orientation, constituting sets of different types – each type with different variants – that intertwine and that, from the 16th century on, have related to an architectural structure that optimizes its presentation, such as the gallery for statues and paintings; the garden and the *follies* for some works of ancient or modern art and living plants; the studio or the cabinet for products of art or nature and small objects [24].

Still in the 16th century, as capitalism grew stronger, there arose in Europe the *Wunderkammern*, or cabinets of curiosities, repositories of exotic and interesting objects that, gathering from antiques to natural elements, from rarities to extraordinary things – the so-called *rariora* and *curiosa* –, consubstantiated in «expressions d'une curiosité encyclopédique qui vise à ouvrir au regard le tout de la création, [...] à enfermer l'univers entier dans l'espace d'un studio adapté à cet effet par son architecture et plus encore par son décor» [25], resorting to astrology, hermetic traditions and ancient beliefs to classify the objects in those cabi-

[22] Pomian (2001), pp. 11-12; Pomian (2003), p. 11.

[23] Pomian (2001), p. 12.

[24] Pomian (2001), p. 12.

[25] Pomian (2001), p. 13.

nets and thus show that no category was left out. In the words of Francis Henry Taylor, «la Wunderkammer fu lo sviluppo della camera di sicurezza, del tesoro del castello in cui era riposto ogni oggetto di valore» [26]. To some extent, the *Wunderkammern* were the predecessors of contemporary museums.

The rise of a kind of science anchored in the use of instruments of measurement and observation, in method and comparison, as well as a new history, with the aim of knowing the past by means of ancestral traces living through the present, made the unsystematic cabinets of curiosities, from the final decades of the 17th century, *démodés*, since «la curiosité se voit de plus en plus canalisée et subordonnée à des questions qui s'originent non dans d'anciennes croyances mais dans la recherche d'un savoir utile» [27]. This brought about modifications not only in relation to the content of the collections but also in the way they were exhibited, analyzed and classified [28].

With regard to these private collections, the old notion of sacrifice that Pomian spoke of continues to exist and consists precisely in the sums that the collector devotes to his/her collection, which are immobilized for long periods of time, sometimes for generations, instead of being used in production or the commercial trade of collection items [29].

When they first appeared, private collections were mostly inaccessible to the public, although they belonged to public persons [30]. Then, in 1471, pontiff Sixtus IV restored to the people of Rome ancient sculptures that were in the papal residence in the Lateran for them to be shown in the Capitolium; the pope inaugurated a hitherto unknown model of collection, whose works were not in temples or palaces, but were made available to the public in a privileged space – that was, in fact, the first muse-

[26] Taylor (1954), p. 134.

[27] Pomian (2001), p. 14.

[28] Pomian (2001), p. 14.

[29] Pomian (2003), p. 12.

[30] Pomian (2001), p. 15.

um ever[31]. At the beginning of the 16th century, other museum collections began to appear in Italy; two hundred years later, museums multiplied across other European countries and, in the 20th century, they became an almost ubiquitous phenomenon worldwide[32].

Quite a lot of time, a lot of effort and big money are spent on making, interpreting, acquiring, collecting, preserving, exhibiting, reveling in, and studying art[33]. The existence of thousands of museums around the planet; record-breaking audiences in shows and exhibitions; tens of thousands of art traders and galleries; hundreds of thousands of collectors, fairs, auctions and other forms of art trade, including digital forms; national and international culture agencies; university departments of art, archeology and anthropology; specialized academic journals are solid evidence that people and their institutions care about artistic-cultural objects[34]. According to Alessia Zorloni, this widespread interest in art – not only of large corporations, but also of individuals, various types of companies, public institutions and cultural institutions – basically pursues four types of goals:

> 1. The first model is linked to cultural-interest motivations and stems from a completely inner, aesthetic need, in which the consumer's emotive side predominates. 2. Secondly there is the model which proceeds from a decorative need, connected to the necessity of establishing a pleasant working environment: the functional aspect takes the upper hand here. 3. A third model is based on speculation, bringing together passion for artworks and the need to invest savings beyond the reach of currency fluctuations and fiscal risks: here economic criteria are the most important ones. 4. Lastly, societal motivations are those that consider the collector's activity not as an end in itself, but as a source of social prestige able to respond to need in the symbolic domain[35].

---

[31] Pomian (2001), p. 16.

[32] Pomian (2001), p. 16; Pomian (2003), p. 10.

[33] Merryman (1989), p. 344; Chechi (2014), pp. 10-11.

[34] Merryman (1989), p. 343; Chechi (2014), pp. 10-11.

[35] Zorloni (2013), p. 119.

The relevance of collecting and the symbiotic relationship between the public and the private reams is such that, according to the eminent professor Elina Moustaira, nowadays, more than a passion, collecting is «un progetto intellettuale»:

> 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 [36].

Caring for collections, however, cannot be limited to the isolated consideration of the objects that make it up. It is necessary to take care of the art collections as a whole, since the provision of satisfactory solutions for safeguarding them requires a specific legal treatment, which address those collections completely as an entity. Properly protecting art collections requires as much care for the collections as a whole as for each of the goods that comprise them. Legally protecting art collections requires, first of all, assessing as accurately as possible what the object of guardianship is, while the success of this mission, in turn, presupposes a key element: law's definition of art.

## 2. *The Concept of Art Collection According to Comparative Law*

A collection differs from a random gathering of items, that is, a random set of gathered art objects that can be considered an art collection. About that, Fabrizio Lemme states: «Esistono 'raccolte d'arte', esistono 'collezioni d'arte'» [37]. Therefore, to better protect art collections, it is clear that law needs to consider not only each object of a collection but also to visualize and protect the collection under a second prism, as it is

[36] Moustaira (2020), p. 61.

[37] Lemme (2019).

in effect: an autonomous thing, distinct from the elements that compose it.

The word 'collection' originates from the Latin word *collectio*, which, in turn, comes from the verb *colligere*[38], which means, in an evident pleonasm, 'to gather together'[39]. The etymology of *colligere* – derived from *legere*, which has Greek roots in λέγειν [40] – makes us infer, then, that a collection presupposes joining many elements[41] that can and must be 'read' as a whole or entirely.

As we follow Ophélie Coste-Gouzes, we realize that collections have a particular structure, with two necessary and cumulative components – physical and intellectual – that interconnect to form a single whole. On the physical plane are the things that give consistency, substrate, basis to the collection, and they are only admissible goods in a collection[42]. To constitute a collection, things need to meet two cumulative criteria; they must be distinct – therefore, individualized –, although they may be of the same nature or of a different nature; and they must be up for appropriation, which leads to the logical conclusion that they are trade goods[43].

Then, it is usually the case that the things that make up a collection are corporeal, however, there are incorporeal collections, such as digital, photographic, cinematographic, sound, or videographic collections; collections of unpublished texts, performances, know-how, and many of those collections accessible electronically. It should be noted, however, that although an intangible collection does not have a physical support, digitization enables, to some extent, the materialization of incorporeal elements[44]. In addition, although most collections are constituted of in-

[38] Moustaira (2015), p. 1.

[39] Coste-Gouzes (2017), p. 24.

[40] Moustaira (2015), p. 1.

[41] Coste-Gouzes (2017), p. 24.

[42] Coste-Gouzes (2017), p. 24.

[43] Coste-Gouzes (2017), pp. 24-32.

[44] Coste-Gouzes (2017), p. 26.

consumable things, there are also ephemeral collections composed of consumable goods, such as works of art created from natural resources such as water, earth, sand, wood, and stones [45].

Since a collection is a set par excellence, its origin presupposes the gathering of the elements that compose it to consubstantiate a totality [46]. Nevertheless, the set-collection is not just a whole, but a whole in order [47] or, to quote Mireille Delmas-Marty on the interactions between legal sets, a «pluralisme ordonné» [48]. Therein lies the second indispensable facet of every collection: the intellectual component [49].

At the intellectual level, the focus falls on the bond of unification, capable of synthesizing the diversity of physically heterogeneous elements to obtain a legally homogeneous structure. According to Ophélie Coste-Gouzes [50], the collector has a double connection with his collection: on the one hand, the object-collector relationship in that the objects belong to the collector; on the other, the connection that the collector establishes among the elements based on criteria, interests or objectives previously chosen according to the will of the collector and common to all the goods that constitute the collection, which conceives a classification, an order, a harmonization of the things selected according to the previously elected principles, based on the collector's intellect. In view of this, the collector's will exerts a vertical legal relationship over the elements, which, in turn, are connected horizontally through de facto ties [51].

In fact, the things that make up a collection are not physically connected: it is the collector's will that connects them. In this sense, it is necessary to mention the lessons of Cristiano Chaves de Farias and Nelson Rosenvald about the classification of legal goods into singular and collec-

[45] Coste-Gouzes (2017), pp. 25-26.

[46] Coste-Gouzes (2017), pp. 38-40.

[47] Coste-Gouzes (2017), p. 39.

[48] Delmas-Marty (2006), pp. 951-957.

[49] Cf. Coste-Gouzes (2017), p. 22.

[50] Coste-Gouzes (2017), pp. 51-52.

[51] Coste-Gouzes (2017), p. 52.

tive. Singular things are «those things that, despite being together, must be considered individually, independently of the other things that compose it», and they can be simple – when referring to «goods that form a homogeneous whole, whose parts, united by nature or human ingenuity, do not need determination of law», like an animal – or compound – «formed by the conjunction of simple things that, as a consequence, lose autonomy», whether goods are of «material order (as in the construction of a building, for example) or immaterial (such as goodwill)» [52]. Collective or universal goods have been «added to a set, constituted by several singular things, to form a single individual whole that is distinct from its components» [53].

These things subdivide into: universality of law, as understood in the text of art. 91 of the Brazilian Civil Code of 2002, «the complex of a person's legal relations, which have economic value»; and universality de facto, constituted, in the words of art. 90 of the Código Reale, by the «plurality of singular things that belong to the same person and have a single destination», where the goods that form it may «be the object of specific legal relations». About the *universitas facti*, Farias and Rosenvald warn that they must not be confused with composite singular things, due to the autonomy of things that constitute de facto universality [54]. The Italian civil code, art. 816, also provides for the *universalità di fatto*.

The classificatory activity undertaken by the collector according to their will [55], through an intellectual construction, leads to the unification of the set, as well as allows an object that no longer shares one or more common interests used as a selection and organization criterion to regain

[52] Farias/Rosenvald (2017), p. 539.

[53] Farias/Rosenvald (2017), p. 539.

[54] Farias/Rosenvald (2017), p. 539.

[55] Many are the criteria that can be used to undertake the classifying activity. Lemme (2019) mentions a few: «identità tematica (ad esempio nature morte o paesaggi), [...] identità storica (ad esempio Barocco napoletano), [...] identità di formazione/origine (ad esempio i dipinti raccolti dal cardinale Albani prima della sua elezione al Soglio Pontificio)».

its individual autonomy as it leaves the coexistence of other goods, in favor of the coherence of the collection itself [56]. According to Coste-Gouzes, the collection's unity is a fiction arising from the collector's will, amid several elements, to achieve a common goal, *id est*, to construct a federate thing taken as a single legal reality [57].

Overall, behind the collector's organization endeavor are both the desire to achieve the totality of the collection, «[the] closure/completion/perfection» [58], and the potential impossibility or enormous difficulty of seeing such an aspiration come true [59]. The fear sometimes gets in the way, «for if one is a collector and there is nothing left to collect, who is one then?» [60]. Collecting is an eternal adventure, and in the words of Jean Baudrillard, «through collecting, the passionate pursuit of possession finds fulfilment and the everyday prose of objects is transformed into poetry, into a triumphant unconscious discourse» [61]. The ideal of having everything of something really goes the way of the monstrosity and uselessness of this type of project, like a map so large and detailed that would have the size of the real thing.

Faced with such a scenario, and since it is not possible to have the objects of a collection portray the totality of a reality, the collector is urged to organize, classify, select, elect the items that will integrate their set, those that, in the collector's mind, are worth more than others and that, when added to the collection, will be resignified in this new collective environment [62].

---

[56] Coste-Gouzes (2017), p. 56.

[57] Coste-Gouzes (2017), p. 62.

[58] Danet/Katriel (1994), p. 231.

[59] Cf. Moreira (2015a), *passim*. Coste-Gouzes' text we have referred to mentions several times the tension between 'totality' and the collection's 'impossibility' of being complete, and she makes it very clear on p. 173: «The relationship between the project to collect the totality of things and being aware that it is impossible».

[60] Belk (1994), p. 324.

[61] Baudrillard (1996), p. 87.

[62] Moreira (2015b), pp. 1-5; Moreira (2015a), pp. 168-170, 173-174.

Now that the contours of the physical and intellectual components have been outlined, it should be emphasized that the originality and actual unity of a collection are due to the duality of its unique structure [63]: a collection exists as such only through a true combination or '*liaison*' – and not the mere juxtaposition – between the intellectual and physical planes, so that the collection does not stand if one of them is not present [64]. This is the scenario for Coste-Gouzes to state that a collection concomitantly represents *container*– as it involves the elements and defines the lines of its common space due to the collector's will – and *content* – since it is the things that make up the collection that confer existence on it –; it cannot be admitted to speak of a collection if one of those is missing [65]. Further emphasizing the interdependence between the two components, it is the intellectual prism that allows creating and, later, maintaining the physical prism of each collection [66].

However, this intimate and necessary interrelation does not prevent us from asserting that the collection is a new thing, a good in itself, in which the whole has its own autonomy, distinct from the elements that compose it [67]. This way, Coste-Gouzes [68] states that the collection, as a new good, must also enjoy a specific legal regime different from that applicable to the elements that form it. The items in the collection do not lose their individual autonomy, but it is considered that it remains only 'dormant' while they are in the collection and, as soon as they leave this special set, they regain their individual autonomy once suspended, their particular legal discipline from before [69].

Then, the collection can be seen as a universality *de facto*, however, a

[63] Coste-Gouzes (2017), pp. 45, 65.

[64] Coste-Gouzes (2017), p. 45.

[65] Coste-Gouzes (2017), pp. 42, 45.

[66] Coste-Gouzes (2017), p. 45.

[67] Coste-Gouzes (2017), pp. 57-59.

[68] Coste-Gouzes (2017), p. 58.

[69] Coste-Gouzes (2017), p. 58.

specific manifestation [70], since it does not exist without the relationship among its elements and the contours of the criteria adopted by the collector according to his/her will; it remains as something distinct from the various goods that constitute it, though [71]. In turn, the different things that integrate a collection are not devoid of their individual autonomy, which is suspended, only to be recovered if the good is separated from the collection [72].

Relying on these theoretical observations it is possible to conduct a brief comparative study of the definition of collection within some legal orders in which art law has achieved relevant development.

According to Marie Cornu, except for the cases in which the notion of collection intertwines with that of a museum or identifies the activities of a museum [73], French law, until the beginning of the 2010s, did not propose a definition of collection, while the goods that integrate such a *universitas rerum* were protected in a singular form without due concern for the whole [74]. Decree No. 2011-574 of 24 May 2011 [75], changed that situation by altering the chapter regulating the circulation of cultural goods of the *Code du patrimoine* (CP) [76]; art. R. 111-3 [77] has been added, and it lays out, *in verbis*:

> Pour l'application de l'annexe 1 du présent code, constitue une collection, un ensemble d'objets, d'œuvres et de documents dont les différents élé-

[70] Coste-Gouzes (2017), p. 61.

[71] Coste-Gouzes (2017), pp. 42, 45, 59-62.

[72] Coste-Gouzes (2017), p. 58.

[73] Art. L. 410-1 of the *Code du patrimoine* (2004), for example, provides that: «Est considérée comme musée, au sens du présent livre, toute collection permanente composée de biens dont la conservation et la présentation revêtent un intérêt public et organisée en vue de la connaissance, de l'éducation et du plaisir du public».

[74] Cornu (2012), p. 315.

[75] *Décret n. 2011-574 du 24 mai 2011 relatif à la partie réglementaire du code du patrimoine (livres Ier à VI)*.

[76] *Code du patrimoine*, 2004.

[77] Chatelain/Taugourdeau (2011), p. 182; Cornu (2012), p. 315.

> ments ne peuvent être dissociés sans porter atteinte à sa cohérence et dont la valeur est supérieure à la somme des valeurs individuelles des éléments qui le composent. La valeur et la cohérence de la collection s'apprécient en fonction de son intérêt pour l'histoire ou pour l'histoire de l'art, des civilisations, des sciences et des techniques.

As a matter of fact, this legislative change was inspired on a decision concerning the export of 114 plaster sculptures and 32 metal reliefs by the Franco-German artist Hans Arp, intercepted by the French customs authorities at Mortagne-du-Nord on 22 May 1996, on their way into German territory [78]. Brought before the Tribunal Correctionnel of Valenciennes on a charge of export of cultural property without a mandatory certificate, the defense of the transporters and The German foundation Hans Arp-Sophie Taeuber claimed they were unsigned and unfinished objects, not entered in the repertoire list, or were working material for casting [79].

In the absence of a definition of collection in French law, the Tribunal Correctionnel [80] and then the Cour d'Appel of Douai [81] relied on expert reports to decide that the set's coherence and historical relevance allowed them to consider it a collection to be protected [82], the export of which, under those conditions, was illegal. If Arp's objects were viewed in isolation, some could be exported without a certificate, since their value did not reach the threshold over which issuing an export certificate is mandatory [83]. However, the Court, *in casu*, took the collection as an entity, which implied another level of value, then higher, which would prevent the export of the set without a certificate, since the Arp collection ex-

[78] Chatelain/Taugourdeau (2011), p. 182; Cornu (2012), p. 315.

[79] Chatelain/Taugourdeau (2011), p. 182.

[80] In a decision of 20 January 2000. Cf. Bellet (2000).

[81] 6th Chamber, in a decision of 6 March 2001. Cf. France, Cour de Cassation, chambre criminelle. *Pourvoi n. 01-85840*. 8 janv. 2003.

[82] Chatelain/Taugourdeau (2011), p. 182.

[83] Cornu/Mallet-Poujol (2006), p. 254.

ceeded this level of financial amount corresponding to a whole collection [84].

Although CP's art. R. 111-3 implies that a collection covers only movable property, art. L. 410-1 lays out that the permanent collection that characterizes a museum consists of 'goods', without making a distinction between movable and immovable things [85]. In turn, CP's art. R. 442-3 mentions that the inventory of collections may include immovable goods [86]. Therefore, we can affirm that a collection can be composed of both movable and immovable property [87].

It should also be noted that the current wording of art. R. 111-3 of the *French Heritage Code* allows for a better control of big-value sets of movable property [88], and it serves as a basis for extending the scope of collection protections in any disputes [89]. Moreover, it should be emphasized that such a legal device is capable of protecting objects without artistic or cultural value considered in isolation: what is being analyzed at this point is whether the collection itself is of interest for history, art history, civilizations, sciences, and techniques [90].

On the other hand, the Italian legal system understands the collection mainly as «raccolta di beni mobili che nel loro insieme presentano un interesse storico o artistico eccezionale e pertanto sono a soggetti speciale» [91]. The *Codice dei beni culturali e del paesaggio* establishes in the first item of paragraph two of art. 10:

1. [...]
2. Sono inoltre beni culturali:

[84] Cornu/Mallet-Poujol (2006), p. 254.

[85] Cornu (2012), p. 315.

[86] Cornu (2012), p. 315.

[87] Cornu (2012), p. 315.

[88] Cornu (2012), p. 315.

[89] Chatelain/Taugourdeau (2011), p. 182.

[90] Chatelain/Taugourdeau (2011), p. 1.

[91] Cornu (2012), p. 317.

> a) le raccolte di musei, pinacoteche, gallerie e altri luoghi espositivi dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico;
> b) gli archivi e i singoli documenti dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico;
> c) le raccolte librarie delle biblioteche dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente e istituto pubblico, ad eccezione delle raccolte che assolvono alle funzioni delle biblioteche indicate all'articolo 47, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616.
> 3. Sono altresì beni culturali, quando sia intervenuta la dichiarazione prevista dall'articolo 13: [...]
> e) le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti, che non siano ricompense fra quelle indicate al comma 2 e che, per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, ovvero per rilevanza artistica, storica, archeologica, numismatica o etnoantropologica rivestano come complesso un eccezionale interesse [92].

It is worth mentioning that the code protects cultural collections when they present, as a whole («come complesso»), an exceptional interest, a more demanding requirement than that reserved for separate cultural property, which calls for «interesse particolarmente importante» [93]. In this sense, for the collection to be legally recognized by law, it must focus on to the bond that unites the assets that compose it, more than the constituent elements of the whole alone [94]. Moreover, Italian law makes no distinction between the owners of these sets, so that both private and public collections may be covered by the guardianship in question, provided that they are of «interesse eccezionale» [95].

Italy maintains a long tradition of legal protection of cultural property, and the declared purpose «di mantenere integre le raccolte e collezioni d'arte» [96]. Today, art. 21, 1, c of the *Codice dei beni culturali e del paesag-*

---

[92] Cornu (2012), p. 317.

[93] Cornu (2012), p. 328.

[94] Cornu (2012), p. 328.

[95] Cornu (2012), pp. 317-318, 328.

[96] Barbati (2017), p. 144.

*gio* contains an explicit «divieto di smembramento non autorizzato di collezioni», worded as follows:

> Articolo 21
> Interventi soggetti ad autorizzazione
> 1. Sono subordinati ad autorizzazione del Ministero:
> [...]
> c) lo smembramento di collezioni, serie e raccolte;

Brazilian law has no specific legal concept applicable to collections in general. The header of the inaugural article to the *Brazilian Statute of Museums* (*Estatuto dos Museus*, Law No. 11.904, of 14 January 2009) states the following:

> For the purposes of this law, museums are considered non-profit institutions that conserve, investigate, communicate, interpret and exhibit, for preservation, study, research, education, contemplation and tourism, sets and collections of historical, artistic, scientific, technical or any other cultural value, open to the public, at the service of society and its development.

One point must be made: this item mentions «sets» and «collections», notions that are not to be taken as the same. Sets are more flexible and less judicious structures than collections. It is a broader notion. Further on, in the sole paragraph of art. 6, the *Statute of Museums* reads:

> Visitable collections are considered to be sets of cultural property conserved by a natural or legal person, which do not have the characteristics provided for in art. 1of this Law, and which are open to visitation, even if sporadically.

Indeed, the *Statute of Museums* proposes a definition of visitable collection by opposing the concept of museum. However, it should be noted that Brazilian law conceptualizes 'visitable collections'. In addition, the *Statute of Museums* speaks of 'art body', 'collections' and 'sets'. Although 'art body' and 'collection' are often used as synonymous, the terms have different meanings in the museological field: 'art body' designates a gen-

eral plexus of elements, «with a broader body, often consisting of several collections»[97]. Examples include institutional or corporate art bodies, formed by more than one collection and/or fund[98]. Therefore, art body, names plexuses without a necessary intrinsic nexus of meaning, except for the fact that they belong to the same institution or place, for example. In turn, a 'collection' «regards the 'second life' of an object within a new context, no longer related to its use or market value, but related to its ability to produce meanings (symbolic value) – object as a semiophore»[99]. In this sense, within art body X, there may be a coin collection Y and a map collection Z[100].

A 'set' or fund implies gathered elements that have an exogenous bond of meaning but do not constitute a collection. The set is more like a simple *à-côté*. Objects from a set may come from a common region or place, from the same donor, have the same typology[101]; a set may have been organically produced or accumulated by an individual, family or entity, etc. «The most striking difference between a set and a collection is that a collection is assembled intentionally and goes one direction»[102], it follows a guiding principle, while the set is circumstantial and exogenous. A set can be simply secreted slowly and spontaneously.

---

[97] Enciclopédia Itaú Cultural de Arte e Cultura Brasileiras, *Acervo e Coleção*, available at https://enciclopedia.itaucultural.org.br/termo14329/acervo-e-colecao (accessed March 2, 2020); Vilas Boas, Carolina apud Gama, Larissa. *Ibram Response*. Message received by <mfilho@tce.pb.gov.br> on 18 August 2020. In the aforementioned message, Dr. Larissa Gama, transcribes an *e-mail* she received from Dr. Carolina Vilas Boas, Director of the Department of Museum Processes (DPMUS) of the Brazilian Institute of Museums (IBRAM), from where we have taken the aforementioned information about the distinction between the terms 'art body', 'collection' and 'set'. Our sincerest thanks to Drs. Larissa Gama and Carolina Vilas Boas.

[98] Vilas Boas apud Gama.

[99] Vilas Boas apud Gama; Desvallées/Mairesse (2013), p. 34; Pomian (1987), pp. 42-47.

[100] Enciclopédia Itaú Cultural de Arte e Cultura Brasileiras, *Acervo e Coleção*.

[101] Vilas Boas apud Gama.

[102] Vilas Boas apud Gama. In the same sense: Desvallées/Mairesse (2013), p. 35.

There is no specific definition of an art collection under international law, although the term is found in several regional norms and treaties concerning cultural goods [103]. The 1995 UNIDROIT Convention, for example, defines public collection [104] in art. 3, 7, *in verbis*:

> 7. For the purposes of this Convention, a 'public collection' consists of any group of inventoried or otherwise identified cultural objects owned by: (a) a Contracting State (b) a regional or local authority of a Contracting State; (c) a religious institution in a Contracting State; or (d) an institution that is established for an essentially cultural, educational or scientific purpose in a Contracting State and is recognised in that State as serving the public interest.

The theme of collections has been an issue of concern for UNIDROIT in recent years. Indeed, by Note Verbale of 16 October 2015, the Permanent Mission of Mexico to the Rome-based International Organizations transmitted to the UNIDROIT Secretariat a proposal to include work on legal issues related to private art collections in the organization's 2017-2019 Work Programme. The General Assembly endorsed this recommendation in its 75th session (Rome, 1 December 2016). In 2017, UNIDROIT organized a two-day conference on *Private Collections: Historical and Legal Perspectives* (Rome, 16-17 March 2017), when eminent professor Elina Moustaira was invited to prepare a detailed report on the state of the art of the legal regime of private collections [105].

In 1998, the Council of Europe published the report *Protection of 'incidental collections' against dispersal*, which pontificates:

> What is a collection?

---

[103] Cornu (2012), pp. 322-323.

[104] Cornu (2012), pp. 322-323. On the cited page, Cornu refers to the elements of a public collection as pontificated in art. 3, item 7, of the UNIDROIT Convention of 1995; in addition, p. 330 of the *Dictionnaire* offers the definition of public collection present in the UNIDROIT Convention.

[105] Documento UNIDROIT 2017 C.D. (96) 9, Governing Council, 96th session, Rome, 10-12 May 2017, pp. 6-7.

> 4. We cannot consider the dispersal of collections without first agreeing on what we mean by 'collection'. The basic feature must be that the collection has an underlying theme. For example, the collection was formed by an historical figure or one significant in the history of taste; or it may be that, although the creator is not important, the collection itself illustrates a particular aspect of history or taste. There are also collections associated with particular buildings and other structures. Here the theme comes from the association with, for example, a particular house.
> 5. The collection must be capable of being regarded as an entity in its own right. In other words, the value of a particular collection from the point of view of history, science or art must exceed that of the individual objects of which it is composed.
> 6. Provided there is the underlying theme, the number of objects does not matter although, for logical reasons, there would have to be at least two.
> 7. Nor should there be any requirement that the objects comprising a collection be kept in one place [106].

The detailed analysis of how the different national and international legal systems deal with the concept of collection allows us to verify that this notion is not at all homogeneous [107], so that reaching a final definition to the term becomes a problematic task. In comparative law, a collection can indicate: an activity of systematic collection, via accumulation of similar objects; an organization of several elements according to a method and a reasoning, evidencing its value or artistic, historical and/or scientific interest, for example, of the set, without necessarily referring to each of the objects that individually constitute the collection; or a set of elements or works held by an institution such as a museum [108]. These three conceptions can possibly and even frequently be present in the same legal system, although they entail their own legal effects, especially concerning the risk of dispersion of the set, whether this threat is seen from a strictly material prism, or from the broader perspective of law [109].

---

[106] Report *Protection of "incidental collections" against dispersal*, Doc. 8111, Council of Europe (May 6, 1998).

[107] Cornu (2012), p. 327.

[108] Cornu (2012), p. 327.

[109] Cornu (2012), p. 327.

As regards the nature of the goods forming part of a collection, some national laws are based on greater openness, and they consider that both movable and immovable goods can enter a collection [110]. In fact, despite the variations, the legal definitions of collection commonly mention qualities such as coherence, unity, and interest [111].

### 3. *Art Collections as Intellectual Creations*

Most national legal systems protect only public collections or those that are part of certain special regimes, such as the regime of listing, of the *Musées de France* and historical monuments, so that several private collections are left out of proper legal guardianship. Pointing to a model that overflows the guardianship of material property to protect an intangible dimension of collections, preventing their dispersion and the destruction of any entities that correctly qualify as collections, regardless of their owner and the submission of the whole set to other safeguarding regimes [112], some voices defend that the collection as an entity can be protected as a work of intellectual property, distinct from the various goods that compose it and with a value greater than that corresponding to the sum of its various constituent elements. In this hypothesis, the whole-collection would be envisioned as a creation of the human mind and, therefore, it would be under the protection of intellectual property law. Let us consider what Krzysztof Pomian says:

> Chaque collection particulière peut [...] devenir [...] une expression de la personnalité du collectionneur. Elle peut traduire non seulement son savoir et son goût, mais aussi ses nostalgies, ses rêves, ses fantasmes. Elle peut être son œuvre, celle qu'il laissera à la postérité [113].

---

[110] Cornu (2012), p. 327.

[111] Coste-Gouzes (2017), p. 16.

[112] Cornu/Mallet (2006), pp. 390-391.

[113] Pomian (2001), p. 18.

The question was raised for the first time by the French courts in the famous Schlumpf case, in which the Franco-Swiss brothers Hans and Fritz Schlumpf ceded their collection of antique vehicles to the Association of the National Automobile Museum of Mulhouse and requested, in court, that the institution be designated exclusively as 'Musée Schlumpf' [114]. The court of first instance acquiesced at the request of the brothers, and based that decision on copyright, declaring that the collection in question was «un ensemble indissociable à considérer comme une véritable création originale de l'esprit, au même titre qu'une œuvre d'art» [115].

The appellate court judgment, however, held that the brothers could only enjoy an exclusive right of ownership or control over the collection, and that it could not be held on the exact terms of an '*œuvre de l'esprit*' [116]. At that time, the Court of Appeals of Paris proclaimed:

> Si la réunion d'objets mobiliers en un lieu déterminé est inspirée par une volonté et une passion longtemps affirmée et non contestée, qui la rapproche d'une œuvre de l'esprit, il reste qu'il ne saurait lui être reconnu la protection légale instituée par la loi du 11 mars 1957 [sur la propriété littéraire et artistique], alors que le propre d'une œuvre d'art est de ne supporter aucune modification postérieure à sa création, et que les conceptions modernes de la muséologie impliquent, au contraire et de façon nécessaire, des évolutions et des présentations capables de retenir l'intérêt et l'attention des visiteurs qualifiés ou non [117].

However, the judges granted the collection the right to be called exclusively 'Schlumpf', based on an original and *sui generis* protection: the creation of the category '*œuvre de l'homme*', not to be confused with '*œuvre de l'esprit*', although it was envisioned by the court as a new form

---

[114] Cornu/Mallet (2006), p. 393.

[115] France, Tribunal de Grande Instance de Paris. 3ème chambre. 25 nov. 1986 apud Cornu/Mallet (2006), p. 393.

[116] Cornu/Mallet (2006), p. 393.

[117] France, Cour d'Appel de Paris, Chambre 1, Section A. N. 1988-022721, 1988-601250. May 25, 1988, in *Recueil*, Paris, Dalloz, 1988, p. 542.

of personality right similar to an author's moral right over his/her work. [118] According to the Court:

> L'action de réunion et de collection et la passion, qui ont inspiré leurs auteurs, ont constitué et continuent de constituer un message et un témoignage dont l'initiative créatrice mérite protection comme étant l'expression d'un droit de la personnalité voisin du droit moral et la manifestation d'une action hors du commun. [...] L'œuvre de Fritz et Hans Schlumpf, née de leur initiative et de leur volonté affirmée, doit mériter, en elle-même, la protection judiciaire nécessairement inhérente à une œuvre de l'homme qui porte témoignage d'une époque déterminée ou d'un génie créateur [119].

The resolution in question causes, to a certain extent, perplexity regarding the criteria and attributes established by the judges [120], and some authors, such as Chatelain and Taugourdeau, criticize the legal argumentation of the decision, since «une œuvre est ou non une œuvre de l'esprit protégeable, il n'y a pas de catégorie intermédiaire» [121]. For others, the notion of '*œuvre de l'homme*' has fluid contours, which prevent it from being seen as the foundation of a regime of guardianship of the collection [122].

Another relevant decision worth bringing up concerns the Henri Langlois Film Museum. To the same Paris Court of Appeals, the way the collection was displayed was considered an original work by its author, that is, the exhibition consisted of a true '*œuvre de l'esprit*' [123]:

---

[118] Cornu/Mallet (2006), p. 393.

[119] France, Cour d'Appel de Paris, Chambre 1, Section A. N. 1988-022721, 1988-601250. May 25, 1988, in *Recueil,* Paris, Dalloz, 1988, p. 542; Cornu/Mallet (2006), p. 393.

[120] Cornu/Mallet (2006), p. 393.

[121] Chatelain/Taugourdeau (2011), p. 112.

[122] *La collection: quel statut juridique ?* in «La Gazette Drouot», Paris, 30 juin 2006, available at https://www.gazette-drouot.com/article/la-collection-%253A-quel-statut-juridique-%253F/6441 (accessed February 23, 2020).

[123] Chatelain/Taugourdeau (2011), p. 112.

> il ne s'agit pas ainsi d'une simple présentation méthodique d'éléments relatifs à l'histoire du cinéma mais d'une création résolument personnelle exprimant à la fois l'imaginaire d'Henri Langlois et ses conceptions propres de l'histoire du cinéma et reflétant ainsi sa personnalité [124].

This time, Françoise Chatelain and Pierre Taugourdeau [125], praise the decision: «On ne peut qu'approuver cette jurisprudence qui tend à protéger des collections savamment et patiemment constituées, et ont une valeur propre différente de l'addition des valeurs des objets qui les composent», in clear consonance with the provisions of CP's art. R. 111-3, whereby it comes to the definition of collection in the part that regulates the circulation of cultural goods [126]. For the indoctrinators [127], it would be paradoxical if collections that meet these criteria contained in the aforementioned article of the CP were submitted to movement control, but not to the benefit of art. L. 111-1 of the *Code de la Propriété Intellectuelle* (CPI) [128], whose first part states that «l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous [129]». Another author completes, after criticizing the decision reached in the Schlumpf case: «Dès lors, c'est peut-être l'esprit de la collection plus que sa matérialité qu'il convient de protéger. Par exemple, en lui reconnaissant la qualité d'œuvre de l'esprit» [130].

---

[124] France, Cour d'Appel de Paris. 1ère chambre. Association Henri Langlois et autres contre Cinémathèque française et autres. 2 oct. 1997, in *Recueil*, Paris, Dalloz, 1998, p. 312; Chatelain/Taugourdeau (2011), p. 112.

[125] Chatelain/Taugourdeau (2011), p. 112.

[126] In effect, the authors bring, just below their 'approval' to the decision rendered by the Cour d'Appel of Paris, following the reasoning they present, the content of CP's art. R. 111-3 (Chatelain/Taugourdeau, 2011, p. 112).

[127] Chatelain/Taugourdeau (2011), p. 112.

[128] *Code de la propriété intellectuelle*, Loi n. 92-597 du 1 juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle (partie législative), 1 juil. 1992.

[129] Art. L. 111-1 of the CPI.

[130] *La collection: quel statut juridique ?*, in «La Gazette Drouot», Paris, 30 juin 2006,

On 7 March 2018, the Cour de Cassation rejected one appeal by Peggy Guggenheim's French heirs against the Solomon R. Guggenheim Foundation [131]. Four years earlier, the descendants of the illustrious art collector had sued the US institution on the grounds that it had not respected Peggy Guggenheim's wishes regarding the collection that she left as a legacy to the Foundation and that is kept in a palace in Venice [132]. Although the case is much more complex, Sandro Rumney, Guggenheim's grandson, lamented, in an interview with *The Art Newspaper*, that the Cour de Cassation did not address the argument that the collection constituted an *œuvre de l'esprit*, since lower courts had denied Rumney's defense position on the substance of the case [133]. In the words of the collector's grandson:

> As you know, the Court of Cassation rules on the form and not on the merits. [...] We insisted that the central question at the heart of this whole process should be taken into account. It was first and foremost about recognising Peggy Guggenheim's collection as an œuvre de l'esprit. [...] As an œuvre de l'esprit, the collection could have been protected in its integrity as desired by Peggy who, in her wishes, stipulated that her collection should be presented under her name, and in the presentation she had wanted it «without addition or withdrawal». This is no longer the case today, where pieces from outside her collection have been added, and only part of the collection is now shown. [...] Unfortunately, our main request has not been taken into account [...] [134].

On 12 January 2004, in a divorce decree, the Grenoble Court held that a collection of insects was the own and exclusive property of the husband, the collector, and it was not under the former couple's common property regime. The judges found that the collection had «un caractère

available at https://www.gazette-drouot.com/article/la-collection-%253A-quel-statut-juridique-%253F/6441 (accessed February 23, 2020).

[131] Bellet (2018).

[132] Bellet (2018).

[133] Ruiz (2018).

[134] Ruiz (2018).

personnel de sorte qu'elle constitue un bien propre par sa nature»[135]. In other words, each collection reveals the identity of its collector, reflecting their choices[136] and, in the words of Russell Belk, it is an extension of oneself:

> Our self-definition is often highly dependent upon our possessions. The collection is especially implicated in the extended self because it is often visible and undeniably represents the collector's judgements and taste. In addition, the time and effort spent in assembling a collection means that the collector has literally put a part of self into the collection. [...] Because collections are seen as extensions of self, to lose one's collection is to experience a diminished sense of self[137].

In his inaugural speech as an 'Académico Correspondiente' in the Royal European Academy of Doctors, in Barcelona, Janeiro 2017, Manuel Puig Costa goes in the same direction:

> Varios autores de nuestro entorno, como Calvo Serraller y Artur Ramón coinciden en que «Una colección es la afirmación de una autobiografía resumida». A través de los objetos coleccionados mostramos parte de nuestra personalidad y preferencias. [...] Estos objetos que se poseen y reubican en un nuevo espacio conforman una historia del arte personal[138].

## 4. *Final Remarks*

Erasing the past is destroying the future. Protecting public and private art collections from the many risks they run means defending a common heritage, portions of life that cannot be replaced if they are lost. As well emphasizes the *Faro Convention of the Council of Europe* (2005), protecting cultural heritage is a human right, and fundamental to all who constitute the global community, those whose works of art are an extension

[135] Signorile (2020), p. 23.

[136] Belk/Wallendorf (1994), pp. 240-241.

[137] Belk (1994), p. 321.

[138] Costa (2017), p. 11.

of themselves, even if they do not realize it [139]. Fighting for safeguarding artistic and cultural manifestations is, therefore, a mission that falls, directly or indirectly, to each one of us who build and inhabit the world, whether public or private agents.

Today, when many of the objects of art are in collections and museums, whether privately- or state-owned, including companies, universities, and cultural institutions of various types, it is indisputable that the guardianship of collections must get special attention from law. However, when one realizes that the collection is more than a mere group of works of art, which, therefore, boasts a higher value than that of all the items that compose it, special attention is not enough: it requires careful and special handling, a kind of treatment that considers the collection as an entity, whose wholesomeness is considered a specific good, not to be mistaken with all the goods that form it, but non-existent without its integrating parts. Protecting the sets-collections requires recognizing their structural uniqueness, in which intellectual components make the link between the constituent physical components. In other words, safeguarding collections presupposes caring for their integrity – shielding them against undue or unwanted dispersal and against any offensive conduct – and for the particular interest, the value and coherence that legitimize efforts to preserve the unity of a collection. In addition to caring for the whole, it is worth mentioning that it is equally imperative to look zealously at each of the non-fungible works that make up the collection.

Despite that, legally protecting art collections requires, as a basic provision, that the law conceptualize these sets, and do so taking into account the essential elements that characterize collections, as well as allowing them to be protected as effectively as possible. However, defining collections without legal effects arising from the subsumption of factual reality to the law's concept of collection is almost useless, just as it is of little use to generate effects that do not imply the necessary safeguard. Indeed, a fruitful guardianship of art collections depends on the existence of a truly protective legal regime associated with its definition. In addi-

[139] Belk (1994), p. 321.

tion, the operator-interpreter of law must correctly qualify the real-world event by calling the *nomen iuris* 'collection' only that which effectively holds the essence of such sets, lest there be the erroneous production of effects which are reserved to other legal institutions that are not on a par with the concept of collection.

However, the national legal systems rarely conceptualize collections as such. The definitions found are usually associated with specific contexts or factors, such as museums for example. In relation to collections that fit into those more specific scenarios, legal systems usually define only public collections; very few of them address a concept of collection that encompasses private collections, or have a regime especially directed to this type of collection, in such a way that they are often relegated to a legal limbo [140]. In such a scenario, it is urgent that law covers all collections and provide them with a dignifying and appropriate discipline.

It is true that it cannot be asserted that there is at present a perfect national law of collections, but it is a fact that the French law is one of the most mature regarding that aspect. In turn, although the Brazilian legal system offers a relatively suitable protection to the works of art, it is still incipient with regard to the effective protection of collections.

Article R. 111-3 of the French *Code du patrimoine* presents an exemplary concept, as its definition of collections utilizes factors that are crucial to their protection; for example, it mentions that the elements that form the collection cannot be dissociated without affecting its coherence; that the value of the entity taken as a whole is greater than the sum of the individual values of each good that is part of the whole; and that both the coherence and the value of the collection are appreciated according to their interest for history or for the history of art, civilizations, sciences, and techniques [141]. That article allows considering objects that do

[140] Cf. Coste-Gouzes (2017), pp. 13-17.

[141] Article R. 111-3: «Pour l'application de l'annexe 1 du présent code, constitue une collection, un ensemble d'objets, d'œuvres et de documents dont les différents éléments ne peuvent être dissociés sans porter atteinte à sa cohérence et dont la valeur est supérieure à la somme des valeurs individuelles des éléments qui le composent. La valeur et

not necessarily have intrinsic artistic-cultural value, but which, when united in a coherent and particular way as a whole, lead to a higher added value of the whole, which justifies special protection since it boasts cultural interest [142]. It is worth mentioning that since this legal provision is in the part of the *Code du patrimoine* that regulates the circulation of cultural property, the recognition of a collection in accordance with the provisions of art. R. 111-3 of the Code is made by both customs and tax rules [143]. This situation, however, does not tarnish the brilliance of the concept, even if a broader irradiation of it, not restricted to the framework of exports, is more appropriate to the effective protection of collections.

On the other hand, Brazilian law does not provide a concept of collection as that advanced in the French heritage code; the Brazilian law only has the definition of 'visitable collection' [144], as opposed to the notion of museum: visitable collections are understood by law as the sets of cultural goods that do not have the characteristics of a museum and that are open to public visitation, even if sporadically. It is easy to realize that the French concept has the ability to bear more showy fruit.

In addition, the protection of art collections by intellectual property or copyright law must be brought to the fore, for this scenario is still timid in the legal system of France, despite the existence of important legal precedents. These judgments make it possible to foresee that the path will be paved for safeguarding a collection as a work of the spirit, creation of the human mind, as a kind of work of art in itself or a true *Gesamtkunstwerk*. In Brazil, there are still no trial decisions that follow this reasoning. Despite that, it seems to us to be a plausible and avant-garde protection, which tends to gain force in the future.

---

la cohérence de la collection s'apprécient en fonction de son intérêt pour l'histoire ou pour l'histoire de l'art, des civilisations, des sciences et des techniques».

[142] Chatelain/Taugourdeau (2011), p. 1.

[143] Chatelain/Taugourdeau (2011), p. 146.

[144] Art. 6, sole paragraph, of Law No. 11.904, of 14 January 2009, the Statute of Museums.

In a world of so much material excess and so much access to consumption, it is not an easy task to choose specific objects, to choose certain targets, to select and discard pieces, to bring together very unique elements under a guiding principle, an artistic logic, a cultural reasoning. This is the great task of a collector who, by doing true self-curation, gives the collection an idiosyncratic character and establishes dialogues between pieces and artists who were often distant in time and space. In this sense, by providing constant unusual encounters between artists, between works and between collectors, the collections constitute themselves as true 'open works', as defined by Umberto Eco.

Much more than mechanically gathering elements, collecting is creating an innovative and singular reflection on those very elements that come together, after all «collections are essentially a narrative of experience» [145]. With that in mind, Hans Ulrich Obrist and Asad Raza understand collecting, ultimately, as the activity of 'collecting knowledge':

> To make a collection is to find, acquire, organize and store items, whether in a room, a house, a library, a museum or a warehouse. It is also, inevitably, a way of thinking about the world – the connections and principles that produce a collection contain assumptions, juxtapositions, findings, experimental possibilities and associations. Collection-making, you could say, is a method of producing knowledge [146].

In this sense, the collection itself is also an expression of the collector's individual personality, an expression of the author's nature, worthy of a note, support and legal protection: «like fiction, collections narrate world-views [...]» [147]. The collector is, therefore, a creator of meanings, coherences, senses, and expressions, through his/her *Gesamtkunstwerk*. So much so that the value of a work of art can change after it was part of a given collection. Also, so much so that great painters of the past such as David Teniers (the Younger), Balthasar van den Bossche, Wilhelm Schu-

[145] Pearce (2005), p. 412.

[146] Obrist/Raza (2014), p. 39.

[147] Pearce (2005), p. 412.

bert van Ehrenberg, Gillis van Tilborgh, Hieronymus Janssens and Jacob De Formentrou used their own collections as *Leitmotif* of their paintings and created a new pictographic genre, the so-called 'gallery paintings' or 'picture galleries' – spectacular paintings that depict spacious halls filled with works of art; creative metalanguages of paintings on paintings.

Law no. 9.610/98, the Brazilian copyright law, opens a small space to encompass a protection of collections in art. 7, item XIII, which reads as follows:

> Art. 7 Protected intellectual works are those creations of the spirit, expressed by any means or bore on any support, either tangible or intangible, either known or yet to be invented, such as: [...]
> XIII – the collections or compilations, anthologies, encyclopedias, dictionaries, databases and other works, which, due to their selection, organization or arrangement of their content constitute an intellectual creation.

Now we are particularly interested in other works which, due to their selection, organization or arrangement of their content, constitute an intellectual creation! The collection is a very selective and original 'assemblage'. In contemporary art, artists such as Joseph Cornell, Claes Oldenburg, Marcel Broodthaers, and Hans-Peter Feldmann have made collecting their art [148]. Understanding a collection as a work of art was precisely what led Marilá Dardot and Matheus Rocha Pitta to create the fictitious collector Duda Miranda, whose collection (also fictitious) was exhibited at the show *A for Art – The Duda Miranda collection*, held in 2006 [149].

*Bibliography*

Barbati, Carla (2017), *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, Il Mulino
Baudrillard, Jean (1996), *A Marginal System: Collecting*, in Baudrillard,

[148] Grazioli (2012), *passim*.

[149] Miranda (2007).

Jean (ed.), *The System of Objects* [*Le Système des objets*, 1968], translated by James Benedict, London, Verso, pp. 85-106

Belk, Russell W. (1994), *Collectors and collecting*, in Pearce, Susan M. (ed.), *Interpreting Objects and Collections*, London, Routledge, pp. 317-326

Belk, Russell W., Melanie Wallendorf (1994), *Of mice and men: gender identity in collecting*, in Pearce, Susan M. (ed.), *Interpreting Objects and Collections*, London, Routledge, pp. 240-251

Bellet, Harry (2018), *Procès Guggenheim: la Cour de cassation rejette le pourvoi des héritiers*, in *Le Monde*, Paris, 13 mars 2018, https://www.lemonde.fr/arts/article/2018/03/13/proces-guggenheim-la-cour-de-cassation-rejette-le-pourvoi-des-heritiers_5270035_1655012.html (accessed February 24, 2020)

Bellet, Harry (2000), *Amende record pour l'exportation illégale de 146 sculptures de Jean Arp*, in *Le Monde*, Paris, 25 janv. 2000, available at https://www.lemonde.fr/archives/article/2000/01/27/amende-record-pour-l-exportation-illegale-de-146-sculptures-de-jean-arp_3589090_1819218.html

Charney, Noah (2018), *The Museum of Lost Art*, London, Phaidon

Chatelain, Françoise, Pierre Taugourdeau (2011), *Œuvres d'art et objets de collection en droit français*, Paris, LexisNexis

Chechi, Alessandro (2014), *The settlement of international cultural heritage disputes*, Oxford, Oxford University Press

Cornu, Marie (2012), *Collection*, in Cornu, Marie, Jérôme Fromageau, Catherine Wallaert (eds.), *Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel*, Paris, CNRS

Cornu, Marie, Nathalie Mallet-Poujol (2006), *Droit, œuvres d'art et musées: protection et valorisation des collections*, Paris, CNRS

Costa, Manuel Puig (2017), *Sobre el coleccionismo. Introducción a la historia. Discurso de ingreso en la Real Academia Europea de Doctores, como Académico Correspondiente*, en el acto de su recepción el 24 de enero de 2017, Barcelona, Real Academia Europea de Doctores

Coste-Gouzes, Ophélie (2017), *Contribution à l'étude juridique des collec-*

*tions privées*, Thèse (Doctorat en Droit privé et sciences criminelles) – École doctorale Droit et Science politique, Montpellier, Université de Montpellier

Danet, Brenda, Tamar Katriel (1994), *No two alike: play and aesthetics in collecting*, in Pearce, Susan M. (ed.), *Interpreting Objects and Collections*, London, Routledge, pp. 253-277

Delmas-Marty, Mireille (2006), *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, Paris, Recueil Dalloz

Desvallées, André, François Mairesse (eds.) (2013), *Conceitos-chave de Museologia,* São Paulo, Comitê Brasileiro do Conselho Internacional de Museus / Pinacoteca do Estado de São Paulo / Secretaria de Estado da Cultura

Elsner, John, Roger Cardinal (1997), *The Cultures of Collecting*, London, Reaktion Books

Farias, Cristiano Chaves de, Nelson Rosenvald (2017), *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*, 15. ed, Salvador, JusPodivm

Lemme, Fabrizio (2019), *Come ottenere il vincolo collezionistico*, in «Il Giornale dell'Arte», n. 397, mag. 2019

Merryman, John Henry (1989), *The Public Interest in Cultural Property*, in «California Law Review», 77, pp. 339-364

Miranda, Duda (2007), *A coleção Duda Miranda*, Belo Horizonte, Rona Editora, https://issuu.com/amir_brito/docs/dudamiranda (accessed November 23, 2020)

Moreira, Maria Elisa Rodrigues (2015a), *As infinitas coleções de Jorge Luis Borges e Italo Calvino*, in «Signótica, Goiânia», 27, n. 1, pp. 159-180

Moreira, Maria Elisa Rodrigues (2015b), *Coleção, leitura, literatura: Jorge Luis Borges e Italo Calvino*, in «Recorte, Três Corações», 12, n. 1, pp. 1-18

Moustaira, Elina (2015), *Art collections, private and public: a comparative legal study*, Berlin, Springer

Moustaira, Elina N. (2020), *National laws on private collections: Problems and solutions*, in «Isaidat Law Review for Law and Arts», special issue, pp. 61-71

Obrist, Hans Ulrich, Asad Raza (2014), *Ways of Curating*, New York, Farrar, Straus and Giroux

Pearce, Susan M. (2005), *On Collecting*, London, Routledge

Pomian, Krzysztof (1987), *Collectionneurs, amateurs et curieux - Paris, Venise : XVIe-XVIIIe siècle*, Paris, Gallimard

Pomian, Krzysztof (2001), *Collections: une typologie historique*, in «Romantisme», n. 112, pp. 9-22

Pomian, Krzysztof (2003), *Des saintes reliques à l'art moderne - Venise-Chicago XIIIe-XXe siècle*, Paris, Gallimard

Ruiz, Cristina (2018), *Case dismissed: France's highest court rules in favour of Guggenheim foundation*, in «The Art Newspaper», https://www.theartnewspaper.com/news / case-dismissed-france-rules-in-favour-of-guggenheim-foundation (accessed February 24, 2020)

Sax, Joseph L. (1990), *Heritage Preservation as a Public Duty: The Abbé Grégoire and the Origins of an Idea*, in «Michigan Law Review», 88, n. 5, pp. 1142-1169

Signorile, Patricia (ed.) (2020), *La collection d'œuvres sous le regard du droit et de l'art*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille

Taylor, Francis Henry (1954), *Artisti, principi e mercanti. Storia del collezionismo da Ramsete a Napoleone*, Torino, Einaudi

Zorloni, Alessia (2013), *The Economics of Contemporary Art: Markets, Strategies, and Stardom*, Berlin, Springer

# NFT e arte.
# Alla ricerca di una disciplina giuridica adeguata orientata al principio di verità

Giampaolo Frezza, Pietro Virgadamo

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Non fungible token*: il fenomeno. – 3. *Segue:* "Nature giuridiche" dell'*nft*: dal problema ai problemi. La sua funzione economico-giuridica basilare e la sua polifunzionalità in concreto. – 4. *Nft* e mercato dell'arte: il fenomeno. – 5. *Segue:* Problemi giuridici e loro possibile soluzione "plurale". – 6. Prospettive future (ma non troppo). Per un orientamento al principio di verità.

## 1. *Introduzione*

Le innovazioni tecnologiche che caratterizzano la società contemporanea trovano nel mondo dell'arte un terreno assai fertile.

Per quanto di trasversale applicazione, la tecnologia *blockchain*, così come le azioni degli algoritmi, contraddistinguono il mercato delle opere d'arte non soltanto nelle correlate modalità di circolazione [1]. Tali innovazioni inducono l'interprete ad interrogarsi, ormai, sulla natura stessa dell'opera creativa, sulla sua corretta individuazione, sulla effettiva valenza artistica che vi si deve riconoscere.

Il presente studio, partendo da un primo tentativo di "comprensibile" definizione delle nozioni tecnologiche rilevanti, mira in particolare ad individuare una disciplina giuridica adeguata a regolare il crescente utilizzo dei c.d. *nft* (*non fungible token*) nel mercato artistico [2], nella consapevolez-

[1] Frezza (2020), pp. 491 ss.; sui temi di arte e diritto, con maggior respiro, si rinvia a Frezza (2022a), pp. 131 ss.; Frezza (2022b), pp. 216 ss.; Frezza (2022c), pp. 145 ss.; Frezza (2019), *passim*; Frezza (2011), pp. 1734 ss.; Virgadamo (2022a), pp. 611 ss.; Virgadamo (2018), pp. 1478 ss.; Garofalo (2023), *passim*.

[2] Anche la letteratura italiana è, negli ultimi anni, ormai significativa: La Fata (2023), pp. 85 ss.; Garavaglia (2022), pp. 352 ss.; Azara (2022), pp. 323 ss.; Voshmgir

doi: 10.17473/LawArt-2023-4-8 LawArt 4 (2023) 285-320
ISSN 2039-6880

za di un panorama di opinioni sul punto assai frastagliato e di un orizzonte normativo, al momento, poco nitido, se non addirittura oscuro, nel quale un barlume di luce è stato, sia pur flebilmente [3], gettato dalla recente approvazione, con decreto direttoriale del Ministero della Cultura 30 giugno 2022 n. 12, del *Piano nazionale di digitalizzazione del patrimonio culturale 2022-2023* [4] e, soprattutto, con d.m. 11 aprile 2023 n. 161, delle

(2021), *passim*; Comandini (2021), *passim*; Gitti (2021), pp. 13 ss.; Antonacchio (2021), pp. 4265 ss.; Rubino De Ritis (2021); de Caria (2021), pp. 90; de Caria (2020), pp. 855 ss.; Masi (2021), pp. 241 ss.; De Luca (2020), pp. 101 ss.

[3] I timidi segnali di risposta normativa al fenomeno in esame sono stati preceduti da documenti di qualche interesse divulgativo, diremmo orientativo, come la sintesi reperibile sul sito del Ministero della Cultura dal gennaio 2022 dal titolo *Alla scoperta degli nft*. Nel riferito documento, si definiscono gli *nft* come «unità di valore», affermandosi chiaramente che i *token* possono considerarsi beni giuridici ai sensi dell'art. 810 c.c. L'*nft*, tuttavia, «non parrebbe identificarsi con il bene giuridico ad esso sotteso, i cui diritti non sono difatti automaticamente riversati nell'*nft* stesso», alludendosi esplicitamente, nel prosieguo, ai diritti d'autore. Il che appare perfettamente in linea con quanto anche la prassi aveva consolidato, come si rinviene nella nota piattaforma *SuperRare*, nella quale l'acquirente – qualora non abbia convenuto con l'autore-venditore la cessione dei diritti di sfruttamento economico, e qualora all'*nft* non siano abbinate anche le clausole di cessione dei diritti di proprietà intellettuale sull'opera – acquista esclusivamente la licenza per mostrare, promuovere e condividere quanto contenuto nel *nft*. Ne deriva che gli utenti possono vendere, scambiare o trasferire i loro *nft*, esibendo l'opera al loro interno, ma non possono utilizzare commercialmente l'opera ad esso abbinata. L'autore, dal canto suo, mantiene, invece, il diritto esclusivo di utilizzazione economica della sua opera anche dopo la vendita del *nft* che la incorpora, se non diversamente disposto. Va, dunque, distinto il piano del diritto d'autore sull'opera materiale cui l'*nft* rimanda (escluso, di per sé e salvo patto apposito con l'avente diritto, dalla negoziazione), dal diritto di proprietà sul *nft*, che ovviamente viene trasmesso con la sua alienazione. Ovviamente, se l'opera *in rerum natura*, che il *nft* in qualche modo veicola, è anche oggetto di diritti specifici come marchi, *design*, diritto all'immagine ecc., ognuna di tali situazioni giuridiche rimarrà soggetta alla disciplina sua propria. V., sui rapporti tra diritto d'autore e *nft*, *infra*, §§ 3 e 5.

[4] Quantomeno per il settore pubblico dei beni culturali, vengono qui date importanti, per quanto brevi, indicazioni agli operatori. Si occupa di *nft*, in particolare, il paragrafo A11, p. 29 del *Piano Nazionale*, significativamente titolato *Riproduzione ad altissima definizione di beni culturali*. Vi si legge testualmente che «nel caso un soggetto pubblico o privato volesse realizzare copie ad altissima definizione di beni culturali pubblici da destinare al mercato degli NFT (*Non-Fungible Token*) sarà necessario fare ricorso a stru-

*Linee Guida per la determinazione degli importi minimi dei canoni e dei corrispettivi per la concessione d'uso dei beni in consegna agli istituti e luoghi della cultura statali*.

Il decreto è estremamente sintetico e rimanda all'Allegato, che si occupa di *nft* solamente nella sezione A (*Riproduzione di beni culturali*), sottosezione a.2.1. (*Serigrafie digitali destinate al mercato*), ove si specifica che

> qualora le copie o serigrafie digitali, prodotte in serie limitata e certificate, in altissima definizione, siano finalizzate alla realizzazione di *Non-Fungible Token* (NFT) di beni culturali, destinati alla commercializzazione e/o allo scambio su piattaforme *online*, l'istituto concedente individua la tariffa applicabile ai fini della concessione, sommando: la tariffa individuata in base al livello di pregio dell'opera all'interno degli intervalli di cui alla Tabella 5 (*Tariffe per livello di pregio*); al coefficiente relativo al numero di vendite, come individuato all'interno degli intervalli di cui alla Tabella 7 (C*oefficienti per percentuale sulle vendite di NFT*).

Segue una minima tabella riportante i coefficienti di vendita minimo (90%) e massimo (99%). Si evidenzia conclusivamente che

---

menti di riproduzione professionali (A3) che possono richiedere forme di occupazione degli spazi interni all'istituto (A4), ma anche sottoscrivere uno specifico contratto d'uso con l'istituto che ha in consegna il bene (U5). Questa specifica fattispecie, solo recentemente diventata d'attualità anche per il patrimonio culturale, sarà oggetto di specifica prossima regolamentazione da parte del MiC». Viene, opportunamente, riportato un esempio significativo: «un'azienda specializzata nella riproduzione ad altissima definizione di beni culturali chiede l'autorizzazione a una biblioteca statale di poter eseguire, con idonee attrezzature, le riproduzioni di un noto codice miniato al fine di poterle commercializzare sia su supporti analogici (copie 3D) che digitali (ad esempio mediante NFT), secondo modalità da concordare con il MiC». Quel che più preme sottolineare è che, ai sensi delle citate linee guida – per quanto approvate con decreto direttoriale e pertanto, sul piano ricostruttivo, aventi, a stretto rigore, il mero valore di atto amministrativo della cui stessa rilevanza esterna può discutersi: cfr., tuttavia, *funditus*, Angelone/Zarro (2022), *passim*, ove una intelligente disamina della poliedricità delle fonti normative secondarie – si rimanda di necessità alla stipula di un «contratto d'uso», con ciò sottintendendo come il rapporto tra parte pubblica e parte privata non sia mai condensato in via esclusiva nel *token*, il quale è solo strumento di attuazione di un rapporto negoziale che rinviene altrove (nel contratto, appunto) le sue regole.

> le tariffe risultanti dall'applicazione dei criteri sopra indicati non comprendono gli eventuali diritti dei terzi connessi alla fornitura e alla riproduzione delle medesime immagini, che devono essere separatamente quantificati e liquidati agli eventuali titolari del diritto d'autore.

Il documento normativo sembra fornire all'interprete due prime indicazioni significative. Anzitutto, l'*nft* viene chiaramente qualificato come riconducibile ad una modalità di circolazione di «copie o serigrafie» (digitali), che sono evidentemente beni giuridici, di rilievo artistico, in quanto riproduttive di un bene esistente in natura e artistico a sua volta, per la sua acclarata appartenenza al patrimonio culturale 'statale'.

La seconda indicazione nitida è la separazione tra concessione d'uso, da parte dello Stato o dell'ente ad esso collegato, e diritto d'autore spettante a determinati soggetti sull'opera rappresentata in *nft*, indicazione atta a fugare il dubbio in merito alla circolazione del diritto patrimoniale d'autore (quello morale, notoriamente, non si trasferisce, almeno ad oggi, in Italia), in via automatica, tramite il mero acquisto del *token*.

Si possono porre, sul tema, due problemi. Il primo attiene all'eventuale circolazione del diritto morale tramite negoziazione di *nft* all'estero e acquisto da parte di acquirente che opera in Italia. Si porrebbe il problema della natura di ordine pubblico della regola che vieta la circolabilità del diritto morale d'autore quale espressione della personalità umana, sul quale alcuni manifestano significative aperture di pensiero [5]; secondariamente e alla base, ci si può chiedere se le regole ministeriali, di stampo pubblicistico, possano esplicare una qualche influenza sul fenomeno *nft* dilagante nelle contrattazioni tra privati.

La sensazione è che, per quanto settoriale, l'indicazione normativa possa rivelarsi parzialmente utile anche in punto di qualificazione della fattispecie '*nft* di opera d'arte' nella contrattazione tra privati. Va tuttavia osservato che, se la qualifica di un *nft* come strumento circolatorio di 'copia o serigrafia' (digitale) d'opera d'arte sembra consona, in linea di massima, al trasferimento di opere non native digitali, come quelle tipi-

[5] Anselmo, *in press*.

camente del patrimonio pubblico, non è scontato che essa si attagli ad un *nft* rappresentativo di un'opera nativa digitale, ove il *token* non riproduca *in toto*, bensì rappresenti in modo diretto una sola parte dell'opera artistica oggetto di *tokenizzazione*.

A tale esile cornice normativa, di livello al più secondario, e si chiarirà, solo in parte primario, non si esclude tuttavia, come si proverà a suggerire, che possa accostarsi, via via consolidandosi, una fonte terziaria idonea a disciplinare la materia – in attesa di compiute disposizioni italiane ed europee specifiche – sul piano delle regole consuetudinarie.

## 2. *Non fungible token: il fenomeno*

Definire il fenomeno *nft* nel contesto odierno presenta almeno due ordini di difficoltà.

Si tratta, anzitutto, di uno strumento informatico di utilizzo relativamente recente, il che induce prudenza nell'accogliere istintive inclinazioni classificatorie, che potrebbero tradirne l'originalità [6].

In secondo luogo, si tratta di una entità in qualche modo "cangiante" sotto il profilo funzionale, cioè atta a perseguire scopi concreti e funzioni economiche tra loro molto differenti, onde, sul piano dogmatico [7], si impone ancora maggiore prudenza.

Il *non fungible token* (letteralmente: gettone non copiabile, o non fungibile [8]), rappresenta, secondo una corrente definizione, l'atto di proprietà o il certificato di autenticità di un bene unico, digitale o fisico [9].

---

[6] Per l'importanza decisiva dell'attenzione alle peculiarità del caso concreto nell'individuazione della normativa adeguata a regolarlo, v., con compendiosa sintesi del pensiero dell'Autore in numerose sedi espresso, Perlingieri (2020), pp. 345 ss.

[7] Per i pericoli connessi agli eccessi del dogmatismo, v. ancora Perlingieri (1984), pp. 956 ss., anche in Perlingieri (1989), pp. 215 ss.

[8] Si suol dire, con figura retorica, che ad essere infungibile sia il *token*. A ben vedere, ad essere fungibile o meno, secondo la categorizzazione accolta nel diritto civile italiano, non è tanto il *token*, quanto il bene che esso rappresenta. Se esso è un *unicum* (per esempio, un'opera d'arte, materiale o nativa digitale che sia), per conseguenza sarà fungibile

In altre parole, e appena generalizzando, accade che un bene o un'utilità, ovvero una situazione giuridica soggettiva viene trasferita interamente o a "quote" – si direbbe, con un parallelismo meramente descrittivo e atecnico, in "azioni" – che ne rappresentano una parte (gli *nft*, appunto), tramite mezzi informatici (normalmente tramite la ormai nota tecnologia *blockchain* [10]) capaci di rendere certo e tracciabile l'acquisto e il trasferimento: è il c.d. processo di *tokenizzazione*, che, finalizzato inizialmente allo scambio di criptovalute (quali, ad esempio, i *bitcoin*), si è ampliato nel suo utilizzo tramite l'accostamento di protocolli di esecuzione automatica del rapporto negoziale che possono supportare l'*nft*, meglio noti, con espressione forse non del tutto consona, come *smart contracts* [11].

Possedere un *nft* del prodotto può anche consentire di trasformare l'acquisto "fisico" in un *Metaverse Interactive Object* [12], cioè di un bene digitale collezionabile, scambiabile e utilizzabile nel metaverso [13], ovvero

---

lo strumento che la rappresenta digitalmente (il *token* appunto), che verrà strutturato di conseguenza come entità unitaria e indivisibile; se il bene *tokenizzato* è fungibile (per esempio, un gettone avente il valore di moneta virtuale o libri tra loro uguali e freschi di stampa), sarà fungibile anche il relativo *token*. Semmai, la tecnologia in esame apre le porte ad un allargamento della nozione di infungibilità che, in prospettiva, sarà sempre più determinata da come il creatore del *token* considera, o vuole che si consideri, un determinato bene, creando ad arte, se del caso, il requisito dell'unicità dello stesso, tramite l'infungibilità del mezzo digitale che lo rappresenta e lo trasferisce.

[9] La letteratura è ampia e articolata. Cfr., nel loro complesso, i contributi citati, *supra*, nt. 2.

[10] Sulla *blockchain*, in relazione al mercato dell'arte, v. ancora Frezza (2020), pp. 491 ss.

[11] Sul tema della loro controversa classificazione, tra i più recenti contributi, v. Rigazio (2021), pp. 369 ss. e, quali approfondimenti monografici, Maugeri (2021), *passim*; Martone (2022), *passim*.

[12] V., *infra*, § 4 e gli esempi ricordati, in modo particolare nei settori del *food* & *beverage* e del *fashion & luxury*.

[13] Si intende comunemente per metaverso, secondo l'*Enciclopedia Italiana*, «uno spazio tridimensionale all'interno del quale persone fisiche possono muoversi, condividere e interagire attraverso avatar personalizzati»: Aa.Vv. (2013), p. 103. Invero, ad oggi, dovrebbe forse parlarsi più correttamente di "metaversi" al plurale, esistendone una molteplicità e non essendo ancora attuale, se mai lo sarà, una loro *reductio ad unum*.

optare decisamente per l'acquisto di un'utilità nativa digitale, utilizzabile per sua natura esclusivamente nel metaverso stesso.

Inoltre, una volta che l'*nft*, dal *wallet* del suo creatore o titolare, viene trasferito in quello dell'acquirente, si avrà, per opinione comune, un ulteriore vantaggio, ossia quello della massima garanzia tecnologica – sul piano giuridico valgano le considerazioni che offriremo a seguire [14] – del compratore riguardo all'aver realmente acquisito la proprietà, si suol dire, su quell'*asset*, ovvero su quel bene, fisico o digitale che sia.

Nel momento in cui l'acquirente ha pagato l'ammontare (in linea di massima, in criptovaluta) corrispondente al prezzo del bene, l'*nft* verrà poi trasferito nel suo *wallet* e la transazione sarà immutabilmente registrata nella *blockchain* in cui l'*nft* viene creato e scambiato. L'*nft*, dunque, quantomeno nasce per "vocazione originaria" sulla base di supporto della tecnologia *blockchain*, la quale consente di ottenere una catena di trasferimenti tracciabili, con incisione informatica della provenienza dai diversi soggetti che trasferiscono e ricevono un dato bene.

Una simile tecnologia in parte ha, e in buona parte è destinata intuitivamente ad avere, conseguenze dirompenti non solo sul piano economico, ma altresì su quello giuridico, sol che si pensi a quanto l'esigenza di certezza sia uno dei valori fondanti dell'intero sistema ordinamentale.

Come spesso avviene, tuttavia, ad un elevato grado di certezza non sempre corrisponde un altrettanto apprezzabile grado di giustizia, onde l'interprete è chiamato ad un sempre attento controllo nella fase di applicazione delle regole [15].

Gli *nft*, come proveremo a illustrare, sembrano rappresentare in questo senso, con pungente attualità, un fertile terreno di emersione di tale con-

---

[14] V., *infra*, §§ 3 e 5. Peraltro, come si è fatto notare, la declamata certezza dell'acquisto avviene 'allo stato dell'arte' o meglio, si dovrebbe dire, della tecnologia, rispetto alla quale non è dato conoscere gli sviluppi futuri o gli eventuali problemi che il *server* di supporto del *token* potrebbe incontrare: cfr. Solenne (2022).

[15] Circa l'imprescindibile funzione di controllo propria dell'interprete, v. Perlingieri (2010), pp. 164 ss. Il tema è caro all'illustre Autore e, recentemente, in più punti emergente all'interno, ad esempio, di una pregevole raccolta di suoi Scritti: v. Perlingieri (2022), *passim*.

flitto di valori, terreno nel quale fiorisce una certezza che, forse, nessun mezzo tecnico aveva mai prima assicurato nei medesimi termini e nel quale, al contempo, la giustizia nel caso concreto rischia di rimanere, in assenza di controllo da parte del giurista, metaforicamente, incatenata.

## 3. Segue: *"Nature giuridiche" dell'nft: dal problema ai problemi. La sua funzione economico-giuridica basilare e la sua polifunzionalità in concreto*

Il primo problema che rimane inevaso, in assenza di normativa apposita, è quello della qualificazione giuridica del fenomeno qui analizzato.

Gli *nft* avrebbero, secondo una intuitiva prospettiva, i requisiti di scarsità, appropriabilità e utilità, onde la loro istintiva qualificazione come beni giuridici *ex* art. 810 c.c. [16].

Vi è chi li riconduce, talvolta e in relazione al loro contenuto, ai titoli di credito (rappresentativi di merci *ex* art. 1996 c.c. o fedi di deposito *ex* art. 1790 c.c.) [17]; in diversa prospettiva, non si esita a identificarli, se del caso, con veri e propri strumenti finanziari [18].

L'elucubrazione teorica, in questo come in altri casi, tuttavia, complica piuttosto che semplificare i termini della questione.

Trattare gli *nft* come beni giuridici *sic et simpliciter*, senza altro specificare, significherebbe – salvo quanto si vorrà distinguere nel prosieguo – ventilare l'applicazione, nei loro confronti, di regole tradizionali come, ad esempio, quella del 'possesso vale titolo' *ex* art. 1153 c.c., che richiede delicate distinzioni e valutazioni.

Per altro verso, un *token* infungibile può risultare idoneo a identificare l'avente diritto a una prestazione, ma anche il detentore di un bene (fisico o digitale), facilitandone così lo scambio. Istintivo è il parallelismo con i

[16] È la posizione prevalente della giurisprudenza di *common law*: riferimenti in La Fata (2023), p. 92 s.; in Italia, v. in giurisprudenza Trib. Roma, ord., 20 luglio 2022, in «Foro italiano», 2022, 12, I, c. 3810; in dottrina, ad esempio, cfr. Azara (2022), pp. 323 ss.

[17] De Luca (2020), p. 113.

[18] Carriére (2021), pp. 5 ss.

titoli rappresentativi di merce (art. 1996 c.c.). Allo stesso modo, anche la categoria dei documenti di legittimazione *ex* art. 2002 c.c. sembra talvolta calzante con gli usi cui destinare un *nft*, in quanto potenzialmente utilizzabile per identificare l'avente diritto alla prestazione (il detentore del *token*) nei confronti dell'emittente o a consentire il trasferimento del diritto "incorporato" [19].

Anche l'assimilazione dei *tokens* ai titoli di credito, tuttavia, va vagliata con prudenza, considerato che essi possono assolvere a funzioni davvero molto diverse. Esistono, infatti, quantomeno: a) *payment tokens*; b) *earning tokens*; c) *funding tokens*; d) *reward tokens*; e) *voting right tokens*; f) *asset tokens*; g) *identity tokens* [20]. Da un *token* potrebbero allora discendere situazioni classificabili in termini di realità, obbligatorietà, ma anche a carattere associativo, cui si aggiungono gli *utility token* che operano quali sostanziali *voucher* connessi all'erogazione di servizi.

Un *nft* può, pertanto, potenzialmente, con ampia esemplificazione [21]: a) trasferire, in tutto o in parte, la proprietà di un bene digitale [22]; b) trasferire, in tutto o in parte, la proprietà di un bene esistente in natura [23]; c)

---

[19] La Fata (2023), p. 95.

[20] Per un'efficace sintesi, v. La Fata (2023), p. 94.

[21] Non tratteremo, in questa sede, delle problematiche di diritto tributario e penale connesse all'utilizzo di *nft*, sulle quali v., tra i vari contributi, l'ottima sintesi sugli aspetti fiscali offerta da *borsaitaliana.it* e sugli aspetti penali, connessi alla repressione del riciclaggio, da Minto (2023).

[22] Si tratta dell'ipotesi più delicata. L'*nft* si presta, in tal caso, a essere titolo di proprietà di tale bene ma, al tempo stesso oggetto di eventuale proprietà in quanto bene esso stesso – de Caria (2021), p. 106 – suscettibile di possesso (v., *infra*, § 3, nel prosieguo).

[23] La capacità del *token* di trasferire la proprietà di *beni mobili* non è in discussione per i contratti consensuali, mentre un problema potrebbe porsi per quelli reali, problema comunque superabile qualificando il trasferimento del *token* nel *wallet* dell'acquirente quale *traditio* simbolica. L'ipotesi, poi, di quotizzazione di un bene mobile tra più titolari di *token*, ognuno suo comunista, dovrebbe comunque condurre all'applicazione della regola secondo la quale il proprietario può chiedere – salvo patto contrario nei limiti di cui all'art. 1111 c.c. – in ogni momento, la divisione.

Con riguardo ai beni immobili, come si vedrà a seguire, il necessario coinvolgimento del notariato per determinati atti (come le donazioni) e comunque l'ancoraggio della risoluzione dei conflitti al meccanismo della trascrizione immobiliare non consente, *rebus*

costituire diritti reali diversi dalla proprietà su tali beni; d) costituire diritti personali di godimento sui medesimi; e) costituire diritti di garanzia, anche reali, di tipo non possessorio e rotativo su beni materiali da essi rappresentati oppure costituire esso stesso l'oggetto della garanzia [24]; f) trasferire diritti d'autore, morali (in altri ordinamenti giuridici) e patrimoniali (in Italia) [25]; g) conferire diritti associativi, come ad esempio il diritto di voto; h) rappresentare diritti di credito; i) costituire mezzo di pagamento (anche di pagamento traslativo); l) costituire mezzo di investimento finanziario [26].

---

*sic stantibus*, di riconoscere, almeno in Italia, alla *tokenizzazione* di diritti di proprietà immobiliare alcun valore di risoluzione dei conflitti. Il requisito della forma scritta (art. 1350 c.c.) potrebbe, invece, ben essere superato, con l'ausilio di uno *smart contract*, *ex* art. 8 *ter* l. 11 febbraio 2019, n. 12, se rispettate e tecnicamente rispettabili le condizioni previste da quest'ultima disposizione.

Riflette lucidamente su questi temi de Caria (2021), pp. 95 ss., riprendendo Garcia Teruel/Simon Moreno (2021), pp. 15 ss.

[24] Cfr. Blockchain4innovation (2022). Nel mondo dell'arte, «recentemente, l'Alta Corte di Singapore ha concesso un provvedimento di urgenza che ha impedito la vendita (*freezing injunction*) di un *nft* utilizzato dal proprietario, insolvente, a garanzia di un prestito. Lo scorso 19 marzo, il ricorrente-proprietario, che, secondo *The Art Newspaper*, sarebbe Janesh Rajkumar, un investitore in BAYC NFT, ha utilizzato uno dei suoi *nft*, «BAYC n. 2126», come garanzia per un prestito di *Ethers* (la moneta utilizzata sulla *blockchain Ethereum*) pari a 143.346 dollari concesso dalla parte resistente, nota *online* come 'Gino's Big Town Chef' (GBTC). L'*nft* in questione, evidenzia Giardini (2022), fa parte del progetto avatar *Bored Ape Yacht Club* costruito su *Ethereum*. Il progetto prevede una tiratura limitata di ritratti di scimmie annoiate che, assieme agli *Nft CryptoPunk*, sono tra i più costosi ad essere scambiati su *OpenSea*, la principale piattaforma per lo scambio di *nft*. La creazione di diritti di garanzia aventi ad oggetto *nft* o tramite *nft* solleva problemi di compatibilità con la disciplina italiana sul pegno non possessorio e rotativo, che non possono essere approfonditi in questa sede, prima fra tutte la disciplina prevista, se del caso, in punto di opponibilità della garanzia, legata all'iscrizione della stessa all'interno di apposito registro tenuto presso l'Agenzia delle entrate (art. 1, comma 4, l. 30 giugno 2016, n. 119).

[25] Su tale aspetto v., *infra*, § 5. In generale, andrebbe superata, pur se al momento non si verifica, la necessaria intermediazione su alcuni diritti di proprietà intellettuale o autoriale ad opera di soggetti come la Siae o altri enti dotati dei requisiti di legge (d.lgs. 15 marzo 2017, n. 35). Cfr. in argomento, sul piano comparativo, de Caria (2021), p. 103 e v., *infra*, § 5.

[26] Ci si chiede se possa ritenersi applicabile la disciplina di cui alla Direttiva

Se tutto quanto poco sopra sintetizzato è ragionevole, l'*nft* si presenta, allora, come uno strumento polifunzionale, rispetto al quale è necessario porsi in atteggiamento, si direbbe, più che mai umile e pensoso [27], scrutando di volta in volta le caratteristiche e gli interessi sottesi al caso concreto per comprenderne le sfumature e, solo di conseguenza, individuarne la disciplina in applicazione del principio di adeguatezza [28], che potrebbe imporre anche una commistione dei profili disciplinari appena ricordati in vari punti.

Su vari contenuti che possono contraddistinguerne la fisionomia, l'*nft* svolge tuttavia una sorta di funzione-base, tendenzialmente onnipresente, latamente pubblicitaria o certificatoria della transazione avvenuta, che, siamo certi, è destinata a produrre effetti di non poco momento sulle stesse regole giuridiche che, ad oggi, presidiano gli acquisti a titolo derivativo.

Le stesse categorie di acquisti, derivativi o originari, sono destinati a subire l'impatto della tecnologia *blockchain* operante tramite *nft*: se l'idea della catena di blocchi rievoca senza dubbio la derivatività dell'acquisto, è lecito chiedersi cosa dovrebbe fare, un domani, un giudice a fronte di una transazione attestata tramite *nft*, ma contrariata dai registri di trascrizione immobiliare: nel contesto di nostro interesse, si pensi ad installazioni artistiche saldamente ancorate al suolo, cioè soggette alle regole

---

2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari (c.d. MiFID II) inquadrando come tali gli *nft*. Si fa notare (Labate, 2022, *passim*) che essi, per un verso, non sono menzionati nell'Allegato 1, Sezione b), della direttiva citata, che contiene l'elenco degli strumenti sottoposti alla relativa disciplina. La stessa direttiva menziona poi i caratteri della fungibilità, intercambiabilità ovvero replicabilità degli strumenti medesimi, caratteri etimologicamente incompatibili con la natura stessa dell'*nft*. Non appare allora possibile equiparare tali *asset* alla categoria di strumenti finanziari, sebbene in talune specifiche ipotesi sembra non potersi escludere che essi possano ricadere nell'alveo della più ampia nozione di «prodotto finanziario», contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. u) del Tuf, quale «ogni altra forma di investimento di natura finanziaria» (v. anche Allegato I).

[27] Per la prudente responsabilità del giurista nell'approccio ai problemi del diritto, v. ancora Perlingieri (2006), pp. 127 ss. ed in Perlingieri (2022), pp. 402 ss.

[28] Perlingieri (2018), pp. 63 ss.

della trascrizione unitamente al suolo cui accedono, riprodotte e fatte "circolare" tramite *nft*. In tale evenienza, posta la cogenza del meccanismo trascrittivo per la risoluzione dei conflitti, il titolare di *nft*, acquirente di esso ma non anche primo trascrivente, non potrà certo prevalere, ad oggi, verso l'acquirente del bene con modalità tradizionali che abbia regolarmente trascritto l'acquisto [29].

Ed è altrettanto spontaneo domandarsi come possa prevalere l'acquisto di un soggetto tramite *nft* di un bene mobile, se al contempo tale bene, esistente in natura, viene acquisito per usucapione o per l'operare del possesso vale titolo da altro soggetto in buona fede. A tale domanda è intelligente rispondere (e ciò vale anche per le opere d'arte) che chi possiede un bene notoriamente [30] *tokenizzato* manca della buona fede, essendo in colpa grave [31]; intelligente, ma non sufficiente, dato che, in radice, non è peregrino domandarsi, con apertura di vedute, se lo stesso *nft* sia suscettibile di possesso idoneo a far maturare l'usucapione o a far scattare la regola del possesso (mediato dal *token*) vale titolo [32], stante l'evoluzione progressiva cui molte categorie civilistiche tradizionali – il bene giuridico e il possesso non fanno eccezione – sono oggi sottoposte [33]. Infine, ci si potrebbe

[29] V. anche la sintesi dei problemi circolatori offerta, *supra*, nt. 23.

[30] Si fa l'esempio della società che annunci la vendita di *smarthphone* univocamente associati a *token*, con notizia divenuta fatto notorio: cfr. Azara (2022), pp. 335 ss.

[31] Azara (2022), pp. 335 ss.

[32] Pone corretti interrogativi sulla fisionomia del possesso, come tradizionalmente concepito, rispetto al fenomeno delle criptoattività, Travia (2022), pp. 310 ss. Lo stesso Azara (2022), p. 21, conclude peraltro il ragionamento ammettendo – sulla scia di altri attenti studi: Giuliano (2021), p. 1466, che parla, dopo la *tokenizzazione*, di «nuovo bene 'fisico-digitale'» – l'applicabilità dell'art. 1153 c.c. al *token* (si direbbe, in uno con il bene materiale che riproduce, ma, *a fortiori*, aggiungeremmo, *in uno* col bene digitale che rappresenta, in caso di beni nativi digitali). In tale suggestiva prospettiva, il *token* non sarebbe altro che un'appendice digitale, come tale suscettibile di possesso, del bene fisico, che avrebbe mutato la sua stessa natura assumendo parzialmente quella, appunto, di bene digitale.

[33] Ne è consapevole lo stesso Azara (2022), pp. 335 ss. il quale, non a caso, ventila l'ipotesi dell'applicazione, secondo adeguatezza o in via analogica che dir si voglia, delle regole di circolazione dei beni mobili registrati, individuando nella circolazione dei *token* un'eccezione implicita all'art. 1153 c.c.

chiedere come l'acquisto di un *nft*, caratterizzato all'evidenza da un'operatività fin troppo oggettiva e inscalfibile, venga toccato dalle classiche regole di derivatività espresse dai brocardi *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis* e *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*.

Volendo, in modo un poco ardito, lanciarsi in un espediente immaginifico e futuribile, si potrebbe ventilare semmai che l'*nft* "in purezza", e di là dal suo contenuto, sia semplicemente uno strumento di certezza dei traffici, enfaticamente più vicino all'idea di trascrizione degli atti giuridici che non a quello di bene, titolo di credito, ecc.; trascrizione "classica", si direbbe all'italiana, che, proseguendo con il colorito parallelismo, può essere messa a confronto con l'*nft* riproduttivo di un'opera non digitale ma esistente *in rerum natura*, ove l'*nft* stesso svolgerebbe una funzione-base di lata "opponibilità" *erga omnes* dell'acquisto. Là dove il bene, ad esempio artistico, rappresentato da *nft*, sia invece nativo digitale, lo strumento appare accostabile alla pubblicità tavolare, decisamente costitutiva, essa stessa, dell'acquisto [34].

L'utilità certificativa, da un lato, quella rappresentativa di un qualsiasi diritto, dall'altro, indurrebbero, così ragionando, a far rientrare l'*nft* di un bene nativo digitale anche nella categoria dei beni giuridici mobili, mentre, in particolare per l'*nft* rappresentativo di un bene materiale (per esempio, un dipinto) o di un servizio (una *performance*?), il più delle volte e salvi contenuti particolari, non sembra inconferente la configurazione, nello specifico, come titolo di credito atipico [35].

---

[34] Recentemente, sulla pubblicità tavolare, si veda il pregevole contributo di Rusconi (2022), *passim*. Il parallelismo con i meccanismi di pubblicità degli atti rimane al momento tale, in attesa di sviluppi futuri. La catena *blockchain*, sulla quale si basa l'*nft*, infatti, pone, a tacer d'altro, significativi problemi di sostenibilità economica ed energetica. Secondo diversi osservatori, si tratta di una tecnologia, al momento, estremamente energivora. Un esempio è *Ethereum*, forse la più diffusa piattaforma *marketplace* nel mercato dell'arte *nft*: secondo il Rapporto 2022 del *Crypto Carbon Ratings Institute*, ogni transizione nel 2021 ha richiesto in media 37 kwH, per un consumo complessivo di 17.3 TWh. Cfr. Crypto Carbon Ratings Institute (2022).

[35] Azara (2022), p. 326, onde l'applicabilità delle tre regole fondamentali poste dagli artt. 1992, 1993 e 1994 c.c. Per altro verso, per molti Paesi, tra cui l'Italia, la riconducibilità ai beni giuridici dei *token* è abbastanza nitida: cfr. de Caria (2021), pp. 90 ss.

Il giurista sembra dunque essere di fronte ad uno strumento polivalente, con funzione essenzialmente certificativa di un acquisto latamente inteso, rappresentativo di un bene, credito o servizio, capace di interrogare le categorie tradizionali relative alla circolazione mobiliare (e, in prospettiva, non solo). Nell'ipotesi di *nft* di bene nativo digitale, pare di essere, poi, a seconda dei casi, di fronte ad una originale ibridazione giuridica tra un'entità avente apparente natura di bene esso stesso (e dunque, non solo capace di darne una rappresentazione) e un meccanismo certificativo del suo scambio, con la conseguenza di dover, sin da subito, immaginare l'applicazione di discipline adeguate, come si è tentato di prefigurare, rispetto al concreto assetto di interessi.

Non da ultimo, si impone un'appropriata tutela del consumatore, giacché la corretta protezione di quest'ultimo non può in alcun modo prescindere da un'adeguata informazione e formazione relativa al funzionamento di *blockchain* e *token*. Si pensi alla complessa applicabilità dell'articolo 52 del Codice del Consumo, che disciplina il diritto di recesso del consumatore nei rapporti *business to consumer*; diritto il quale, in questo caso, non potrebbe trovare applicazione giacché è la struttura stessa della *blockchain* che non permette agli anelli della catena di esercitare il c.d. *ius poenitendi* [36], tranne a collegare l'operazione, come si dovrebbe, ad uno *smart contract* la cui esecuzione sia condizionata allo spirare del relativo termine per l'esercizio del diritto di pentimento.

## 4. Nft *e mercato dell'arte: il fenomeno*

Gli ambiti di applicazione della tecnologia *non fungible token* sono ormai innumerevoli e spaziano, volendo limitarsi ad alcuni casi esemplari, dagli investimenti in sé considerati [37] alla musica, dai giochi al collezionismo di

[36] In argomento, Bellomia (2020), *passim*.

[37] Di seguito alcuni esempi degli *nft* più costosi al mondo, secondo *borsaitaliana.it*: *The Merge* dell'artista Pak, venduto su *Nifty* a 91 milioni di dollari; *Everydays, The First 5000 days di Beeple*, venduto a 69,3 milioni di dollari in un'asta *Christie's*; *Clock*, un *nft*

ogni sorta, dalla moda [38] al settore agroalimentare [39], dalla Pubblica amministrazione, in special modo dei beni culturali [40], al commercio dei preziosi (particolarmente dei diamanti [41]).

Un settore elettivo, che, tuttavia, ha dato una sferzata decisa all'utilizzo della tecnologia che ci occupa è senza dubbio il mercato dell'arte contemporanea.

Bastino pochi esempi applicativi nel mondo dell'arte, dotati di una certa suggestione, per comprendere la rilevanza del fenomeno *nft* [42].

---

creato da Pak e Julian Assange (un orologio che conta i giorni in cui il fondatore di *WikiLeaks Assange* è stato imprigionato) venduto a 52,7 milioni di dollari; *Huma One di Beeple*, venduto a 28,985 milioni di dollari; *CryptoPunk #5822*, acquistato per la cifra di 23,7 milioni di dollari; *CryptoPunk #7523*, venduto a 11,75 milioni di dollari; *CryptoPunk #3100*, venduto a 7,67 milioni di dollari; *CryptoPunk #7804*, venduto a 7,6 milioni di dollari.

[38] Trattazione approfondita, sul piano giuridico, di recente in Sarzana di Sant'Ippolito/Pierro/Epicoco (2022), *passim*.

[39] Cfr., per una sintesi, in chiave divulgativa, Marzialetti (2023) e Spoto (2019), pp. 26 ss.

[40] V., *infra*, in questo stesso paragrafo, relativamente al caso mediatico della Galleria degli Uffizi.

[41] Recentemente si è sperimentato l'utilizzo di *nft* per prevenire le frodi nella certificazione dei diamanti, per garantirne la tracciabilità e l'eticità della provenienza. A ciò si è aggiunta la creazione di vere e proprie gemme digitali costituite da *nft*, vendute e comprate come preziosi esistenti *in rerum natura*. Su *bitmonds.com* si legge, ad esempio: «i *Bitmonds* sono collezionabili, che invece di essere stampati su carta sono digitali. Visivamente si presentano come diamanti colorati 3D con cui un utente può interagire anche in modalità touch. Ogni *Bitmonds* va oltre il concetto di edizione limitata perché è un oggetto unico al mondo. Viene caratterizzato da un *number ID* univoco e progressivo, un colore, un nome e caratteristiche di purezza. Regalare un *Bitmonds* è come regalare qualcosa di unico e non replicabile. Indossare i tuoi *Bitmonds* su *smartwatch*, è un modo per colorare il tuo *outfit* o raccontare il *mood* della giornata».

[42] Con riguardo, in generale, all'utilizzo della tecnologia *blockchain*, sia consentito rinviare a Frezza (2020), pp. 492 ss., ove vengono ricordati alcuni antesignani di tale sviluppo, già riferibili all'editore (oggi casa d'aste) Bolaffi, oltre ad una distinta trattazione delle piattaforme *blockchain permissioned* e *permissionless*, che sollevano problematiche in parte differenti. Si rinvia a quelle pagine in riferimento alla necessaria circolazione delle informazioni, nella catena di blocchi, sullo stato dell'operazione economica (interventi giudiziali di vario tipo, inadempimenti, risoluzioni, ecc.), che, evidentemente, riguardano anche gli *nft* che sulla medesima catena basano il loro funzionamento.

Con un significativo esperimento pilota, recentemente sono state offerte quote *nft* di un dipinto di Wharol ("*14 Small Electric Chairs*"), valutato 5,6 milioni di dollari e parzialmente venduto a più acquirenti (circa 800 partecipanti all'asta) per una quota complessiva pari al 31,5%, ad un importo totale di 1,7 milioni di dollari.

Il Progetto Monnalisa tra Fondazione del notariato e IBM, il progetto svizzero *ArtID*, la *start up* milanese *Art Rights* sono, poi, tutti mirati a creare passaporti digitali e certi delle opere d'arte; la società di *blockchain injective protocol*, dopo aver acquistato un'opera dello *street artist* Bansky e averla "convertita" in *nft*, l'ha bruciata. Altrimenti operando, il valore sarebbe rimasto legato all'opera fisica mentre, così facendo, essa è stata acquistata per 95mila dollari e rivenduta per 382mila in criptovaluta [43].

Si è – proseguendo con l'esemplificazione – altresì levata la proposta di emettere *nft* per i beni storici del patrimonio artistico nazionale, come il Colosseo [44] e la stessa Galleria degli Uffizi ha concesso, a titolo oneroso, una licenza di riproduzione digitale tramite *nft* del famoso *Tondo Doni* di Michelangelo, senza, secondo le dichiarazioni ufficiali, in alcun modo cedere il diritto di utilizzo dell'immagine medesima per altri scopi, né tantomeno la proprietà dell'opera materiale che, come dichiarato dalla Galleria, «rimane fermamente nelle mani della Repubblica italiana» [45].

Infine, secondo notizie di stampa, la prima tappa del progetto Siae-*Algorand* ha visto la creazione del *database* dove i singoli diritti d'autore e diritti connessi intermediati dalla Siae sono registrati sotto forma di *nft* e abbinati ad *account* corrispondenti ai più di novantamila autori ad essa iscritti; ciò sarebbe avvenuto primariamente per le opere musicali, ma

---

[43] Molti esempi sono rinvenibili nel documento citato in nt. 3, *Alla scoperta degli nft*, reperibile su *beniculturali.it*.

[44] Cfr. Aa.Vv. (2021). In dottrina, Damiani (2022), pp. 352 ss.

[45] Il noto sito dedicato *Artribune.com* sintetizza la vicenda e le relative dichiarazioni dei soggetti coinvolti. Il caso ha sollevato i temi, affrontati in queste pagine, dell'oggetto del trasferimento (diritto di proprietà sull'opera, sfruttamento dell'immagine) e dei suoi limiti in relazione alle opere d'arte digitali e non.

con significative prospettive di crescita e di espansione verso varie forme di espressione autoriale, anche artistica [46].

Non è poi surreale ipotizzare che l'artista, per finanziare il proprio lavoro, possa cercare di raccogliere liquidità ricorrendo ad un meccanismo simile al *crowdfunding* e al fenomeno delle *initial coin offering*, emettendo e alienando *copyright tokens* rappresentativi di una quota del diritto patrimoniale d'autore avente ad oggetto l'opera ancora da creare, e d'altro canto tale evenienza è più che possibile dal momento che l'autore non farebbe altro che disporre del proprio diritto su un'opera futura (purché determinata o determinabile), secondo quanto previsto dall'art. 120 della Legge sul diritto d'autore e più in generale dall'art. 1346 c.c. [47].

Fuori dagli esempi riportati, in buona sostanza, accade che un'opera d'arte, sia essa esistente nel mondo materiale o di totale creazione digitale (c.d. *cripto art*) viene – esprimendosi con un poco di approssimazione – venduta "a quote" tramite mezzi informatici (la ricordata tecnologia *blockchain*) capaci di rendere certo e tracciabile l'acquisto e il trasferimento della "quota" virtuale di opera d'arte acquisita, la quale rimane in digitale se è tale, oppure custodita, ad esempio, in galleria o in apposito *caveau*, se materiale.

Va osservato che la possibilità di acquistare soltanto un *nft* di un'opera d'arte implica un cambiamento piuttosto radicale nell'approccio mentale di chi si rende titolare di tale tipologia di beni; sino ad oggi, infatti, chi acquistava opere d'arte, se poteva indubbiamente essere mosso dalla volontà di investire in modo redditizio il proprio denaro, intendeva anche soddisfare un vezzo estetico o la volontà di essere in possesso di un bene unico e ammirato. Mentre l'acquisto di *nft* d'arte non consente in sé di ammirare l'opera dal vivo, non appaga in senso tradizionale il piacere estetico dell'acquirente e soddisfa in modo molto lato il desiderio di possesso che muove il collezionista.

Esso consente, tuttavia, di potersi definire "collezionista", di entrare a far parte di ambienti ricercati, in una parola crea esclusività a favore di

[46] Si vedano Blockchain4innovation (2022), e SIAE (2019).

[47] Damiani (2022), p. 361.

un pubblico più vasto che, capace di acquistare un *nft*, non lo sarebbe, verosimilmente, rispetto all'opera artistica nella sua interezza. In questo senso, si discute di una democraticizzazione del mercato dell'arte, tradizionalmente elitario [48], da taluno ritenuta tuttavia solamente virtuale e non reale [49], benché il fenomeno appaia, forse un po' più prosaicamente, animato da logiche di reperimento fondi, per parte venditrice, e di investimento, per la parte acquirente. Ciò a tacer del fatto che, se di democraticizzazione si tratta, sarebbe, alla base, comunque animata da logiche di *élite*, essendo il fenomeno *nft*, per sua natura, vocato a creare esclusività e scarsità di beni in un mondo, quello virtuale, tendenzialmente condivisivo.

Chi negozia un *nft* relativo ad un'opera d'arte, peraltro, trasferisce qualcosa che, per dirla con pensiero brillante, lascia pensare all'autorevole, lato, ossimoro della "ricchezza assente" [50], la quale, cionondimeno, è capace di far emergere problematiche di non poco momento, rispetto alle quali, ad oggi, una risposta deve essere tentata con necessario senso di prudenza.

## 5. Segue: *Problemi giuridici e loro possibile soluzione "plurale"*

Le problematiche che gli *nft* sollevano, nello specifico, in merito alle opere d'arte [51], si sovrappongono a quelli, generici, appena sintetizzati e possono, a loro volta, considerarsi nei termini che seguono.

Anzitutto, vi sono problemi legati all'autenticità dell'opera, cioè alla riferibilità al suo affermato autore.

Taluno sostiene che l'obbligo per il mercante d'arte o intermediario di rilasciare la, pur non sempre del tutto probante, autentica dell'opera al collezionista *ex* art. 64 d.lgs. 42/2004 non potrebbe trovare alcuno spazio

---

[48] Damiani (2022), p. 359.

[49] Magri (2019), *passim*.

[50] Spada (1999), p. 407.

[51] Trovatore (2022), pp. 81 ss.; Allegranti/Trezza (2022), pp. 403 ss.; Vulpiani (2021), pp. 1 ss.; Carrière (2021), pp. 1 ss.

di fronte ad una compravendita di opera d'arte legata a *nft*, atteso che quest'ultimo, per sua natura, è già esso stesso "custode" dell'autenticità dell'opera [52].

Tuttavia, si deve ritenere che tale adempimento sia decisamente richiesto. Né si dovrebbe eccessivamente distinguere tra opera materiale digitalizzata e opera nativa digitale: nel primo caso, il certificato andrebbe regolarmente fornito tra la documentazione annessa all'*nft*, non essendovi altrimenti alcun riscontro effettivo sulla paternità dell'opera per il solo operare del *token*, che in sé è un mero mezzo di trasferimento di una quota di diritto sulla stessa; nel secondo caso, parimenti, esso andrebbe allegato, in assenza di deroghe legali all'operatività della norma appena richiamata. Si può semmai discutere se lo stesso *nft*, nel caso specifico, riportante l'immagine dell'opera e il riferimento al proprio autore, rappresenti in sé stesso il certificato richiesto dall'art. 64 cit.: poco cambierebbe la sostanza del problema, cioè il fatto che una dichiarazione di autentica, comunque la si voglia intendere, deve essere rilasciata, sia che si dica che l'*nft* la contiene sia che si preferisca affermare che esso è, contenutisticamente, un certificato di autenticità.

Il caso di scuola, dimostrativo dell'assunto per cui l'autentica sarebbe tutt'altro che inutile rispetto al meccanismo dei *nft*, è ormai quello della vendita *online*, attraverso la piattaforma *OpenSea*, del disegno di Jean-Michel Basquiat *Free Comb with Pagoda*, insieme ad un *nft* ad esso associato. L'offerta è stata dapprima annunciata e poi cancellata, a causa dell'opposizione della fondazione dell'artista. L'annuncio di vendita non solo garantiva l'autenticità dell'opera fisica, ma affermava anche che chiunque avesse acquistato l'*nft* avrebbe avuto addirittura il diritto di distruggere l'opera ad esso associata, pur non essendo il venditore anche titolare del diritto di autore sull'opera, e, pertanto, neanche di *tokenizzarla*, potere

[52] La 'sicurezza' e il 'valore autentico' dell'*nft* rappresentano una sorta di 'massima tralatizia' negli scritti in materia. Cfr. Vulpiani (2021), p. 7, la quale afferma che «gli NFTs non pongono, infatti, in linea teorica, problemi in relazione alla certificazione dell'autenticità e provenienza dell'opera…»: in linea teorica appunto. L'Autrice cita, infatti, il caso di un soggetto, acquirente di *nft*, vittima di un'ipotetica truffa, che credeva di aver acquistato un'opera di Bansky rivelatasi poi fasulla.

che deve ritenersi espressione, almeno per le opere non native digitali, del diritto autoriale di riproduzione dell'opera medesima [53].

In definitiva, il certificato di autentica andrebbe fornito, almeno al primo passaggio dell'opera, di qualunque opera d'arte rientrante all'interno della fattispecie di cui al citato art. 64, perché se la catena, per il prosieguo, è "certa" e capace di trasferire in automatico ai vari passaggi i documenti e le informazioni richieste da tale disposizione, certa non è, *ab origine*, la connessione tra opera e suo autore. L'opera, a monte, ovviamente, deve essere autentica in sé, rimanendo – si direbbe: ovviamente – sempre possibile dimostrarne la falsità, cioè la non rispondenza alle informazioni *tokenizzate* [54].

Si presentano, poi, problemi legati all'individuazione dell'oggetto del trasferimento tramite *nft* di un'opera d'arte e segnatamente dei diritti d'autore sull'opera stessa.

Non è sempre chiaro che cosa sia l'opera compravenduta e se l'oggetto dell'*nft* sia la proprietà dell'opera artistica oppure, alternativamente o cumulativamente ad essa, altri diritti che la riguardano, come le prerogative d'autore. Sembra ragionevole affermare che gli *nft* non abbiano alcuna rilevanza dal punto di vista del diritto d'autore e che la proprietà dell'opera debba essere considerata come un qualcosa di autonomo ed isolato rispetto alle prerogative autoriali su di esso [55].

---

[53] V. quanto argomentato nel prosieguo ma anche, nel complesso del ragionamento, *supra*, nt. 3. Cfr. anche, per le diverse opinioni sul punto (ma sembra decisamente prevalere quella restrittiva, proposta nel testo), Allegranti/Trezza (2022), p. 414. Ciò vale nell'ipotesi di opera non nativa digitale, potendosi qualificare l'attività di *tokenizzazione* come riproduzione dell'originale *in rerum natura*. Diverse considerazioni andrebbero fatte, tuttavia, per la *tokenizzazione* di opere native digitali, nella misura in cui, in tal caso, tale attività non rappresenti una riproduzione dell'opera (coperta dal diritto d'autore), bensì una mera sua cessione *pro quota* a mezzo di strumenti informatici (diritto di alienazione che, all'evidenza, spetta all'acquirente ed esula dal diritto d'autore). Sui contenuti del diritto d'autore, in riferimento alle opere d'arte, v. Virgadamo (2018), pp. 1478 ss.

[54] Frezza (2020), pp. 492 ss.

[55] L'opinione è ormai nitida (v., *supra*, nt. 3, ma la generalità della dottrina qui citata), coerente, sul piano argomentativo con l'unica sentenza ad oggi edita in Italia su *nft* (Trib. Roma, ord., 20 luglio 2022, caso *Juventus*, relativa all'inibitoria ordinata per

La questione è, per vero, assimilabile al problema posto dall'acquirente di un dipinto fisico, il quale acquisisce solo il diritto di goderne liberamente e non anche il diritto d'autore su di esso, che rimane, invece, di base, in capo all'artista. Ragionando all'italiana – diversamente avverrebbe, ad esempio, nel Regno Unito – si dovrebbe affermare che i diritti di sfruttamento delle opere d'arte non vengono trasferiti automaticamente all'acquirente al momento dell'acquisto [56]. In Italia, ad esempio, l'art. 109 della legge sul diritto d'autore stabilisce chiaramente che i diritti di sfruttamento, che comprendono la riproduzione dell'opera, cioè la moltiplicazione di tutta o parte dell'opera in copie, appartengono esclusivamente all'autore e non vengono trasferiti con la vendita dell'opera, salvo diverso accordo scritto. Questa regola si applica, naturalmente, anche agli *nft*, con l'effetto che gli unici soggetti autorizzati a cedere come *token* una determinata opera sono i titolari dei relativi diritti di sfruttamento, cioè l'artista, il suo *estate*, o il proprietario dell'opera (purché detti diritti gli siano stati espressamente ceduti o per legge trasmessi) e che comunque non sarebbe cedibile, almeno allo stato delle arti del diritto italiano, il diritto morale d'autore.

Il recente e discusso caso del *David* di Michelangelo, che ha condotto, su impulso del Ministero della Cultura (già Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo) alla condanna, inibitoria e di rimozione delle immagini illecitamente diffuse da parte resistente, per un illecito utilizzo dell'immagine del bene culturale e artistico in esame [57], deve essere, non solo descrittivamente, richiamato.

---

l'inserimento illecito del marchio figurativo in un *nft* senza il consenso della società calcistica) e suffragata, nei limiti di propria rilevanza giuridica, dal d.m. 11 aprile 2023 n. 161, *Linee Guida per la determinazione degli importi minimi dei canoni e dei corrispettivi per la concessione d'uso dei beni in consegna agli istituti e luoghi della cultura statali*, che menziona «eventuali diritti dei terzi connessi alla fornitura e alla riproduzione delle medesime immagini, che devono essere separatamente quantificati e liquidati agli eventuali titolari del diritto d'autore». V., *supra*, § 1.

[56] V., di recente, la pregevole comparazione effettuata da Anselmo (2023, *in press*).

[57] Trib. Firenze 2023, ord. 20 aprile 2023, testo leggibile in *studidarte.it*.

Come l'immagine del *David* è stata illecitamente riprodotta e diffusa, a parere del giudicante, da soggetti non legittimati a disporne (o a disporne in quella data maniera), così avverrebbe tramite la riproduzione in *nft* di qualunque opera tutelata come bene culturale ai sensi del relativo Codice (d.lgs. n. 42/2004), oppure, semplicemente, quale opera autoriale. Nel primo caso, risulteranno violati, *in primis*, gli artt. 107 ss. cod. beni culturali, nel secondo, quantomeno, gli artt. 13 ss. l. aut. E se in quest'ultimo caso sarà leso certamente il diritto d'autore (di cui la riproduzione dell'opera fa parte), nel primo verrà compromesso un interesse collettivo alla protezione del patrimonio culturale, di norma esercitato da un ente esponenziale (come è un Ministero). Al contrario, ben poca attinenza sembra avere la vicenda con il diritto all'immagine propriamente detto (pur invocato, non senza torsioni argomentative o necessarie specificazioni [58], dal Tribunale ed ampiamente enfatizzato dai *media*), essendo que-

[58] Si legge, ad un tratto, nell'ordinanza appena richiamata che «l'immagine di un bene è dunque cosa diversa rispetto all'immagine del suo titolare». E difatti, i precedenti in materia, anche richiamati dal Tribunale, attengono in parte alla c.d. 'reputazione commerciale', che non solo non può essere intesa quale diritto della personalità – con ciò che ne dovrebbe discendere, ad esempio, in punto di risarcibilità del danno non patrimoniale – ma che, soprattutto, non si vede come possa rilevare, rispetto ad un bene, come il *David*, ovviamente *extra commercium* (il ragionamento potrebbe invece essere interessante in riferimento ai guadagni legati all'opera, anche tramite *token*, di cui però la pronuncia non fa cenno). Nei confronti di un tale bene, la lesione non patrimoniale va riferita correttamente alla collettività, cioè ai cittadini italiani (se non all'umanità intera, per determinati beni, come quelli protetti dall'Unesco), portatori di un interesse, di rilievo costituzionale, esprimibile, con dicitura non per forza solamente enfatica, quale 'diritto alla bellezza' del patrimonio culturale e artistico comune. In altri casi giurisprudenziali, si fa riferimento all'immagine di enti non commerciali, ma il ragionamento non muta: non dovrebbe trattarsi di vero e proprio diritto all'immagine *ex* artt. 2 Cost. e 10 c.c., se riferito all'ente in quanto tale, ma di lesione della reputazione commerciale dell'ente o personale degli associati (mediata dall'ente di appartenenza) o di usurpazione delle denominazioni associative.

L'illecito legato al caso *David*, dunque, cagiona un presumibile danno non patrimoniale, quantomeno, ai cittadini della Repubblica, lesi nel loro interesse di rango costituzionale alla preservazione del patrimonio artistico della Nazione, di cui il Ministero si fa esclusivamente esponente. Il problema è, tuttavia, delicato e merita approfondimento. Pregevole e attuale il recente studio di Sandulli (2023), *passim*.

sto, dal punto di vista soggettivo, riferibile, quale diritto della personalità, solamente alle persone fisiche [59] ed avendo come contenuto, dal punto di vista oggettivo, la disposizione del ritratto proprio di dette persone e non di beni, per quanto di inestimabile valore.

Che, potenzialmente, un'illecita riproduzione di un'opera d'arte, anche costituente bene culturale, possa essere attuata, ancor più agevolmente, tramite *nft*, è dimostrato poi dalla nota, e da molte fonti riportata, vicenda de *La Ronda di Notte* di Rembrandt – oggi digitalizzata e ricostruita ad altissima risoluzione e nelle sue originarie dimensioni grazie all'intelligenza artificiale – *tokenizzata* e rivenduta in tal forma sul web dal *Global Art Museum* (GAM), senza autorizzazione da parte del *Rijksmuseum*, presso il quale è custodito il capolavoro originale. L'esempio fa emergere la potenziale lesività dell'attività di *tokenizzazione* rispetto, tra l'altro, alle prerogative autoriali o di protezione del bene culturale, benché, nell'ipotesi di specie, l'ente museale che ha denunciato il fatto non abbia ottenuto alcuna tutela specifica, posto che l'opera riprodotta era ormai di dominio pubblico e non protetta da alcuna prerogativa d'autore, né poteva, contrariamente al caso *David*, ventilarsi un utilizzo screditante, finalizzato ad ottenere guadagni, dell'immagine dell'opera medesima. Ai sensi della normativa italiana che avrebbe rilevato in linea di ipotesi (artt. 107 ss. d.lgs. n. 42/2004), pertanto, il caso non avrebbe verosimilmente condotto a soluzioni diverse rispetto a quelle in effetti raggiunte.

Se, dunque, la riproduzione tramite *nft* di un'opera d'arte trova limite nel rispetto delle prerogative autoriali e (o) legate alla qualifica del bene come culturale ai sensi della relativa legislazione, un ruolo propulsivo di tale strumento digitale può essere invece intravisto in ordine al diritto di seguito, cioè il diritto al compenso per l'autore ad ogni trasferimento dell'opera, dovuto alle condizioni di cui agli artt. 144 ss. l. n. 633/1941. La sua riscossione potrebbe essere, infatti, facilitata dal meccanismo del *to-*

[59] Si tratta della migliore prospettiva, costituzionalmente conforme, per quanto non incontroversa, che vede i diritti della personalità in senso stretto riferibili solamente alle persone fisiche: cfr. Perlingieri (2008), *passim*; Virgadamo (2022b), pp. 149 ss.

*ken* infungibile, che potrebbe eliminare ogni intermediazione da parte di enti ad oggi competenti a riscuotere i compensi autoriali e a redistribuirli, appunto agli autori (per esempio, Siae). Qualcosa di simile avviene, ad esempio, nella piattaforma *SuperRare*, che assoggetta a commissioni automatiche, in favore dell'autore, i vari trasferimenti di *nft* sulle opere compravendute, commissioni raccolte in modo automatico per effetto di uno *smart contract*, che le deduce automaticamente dal prezzo della vendita [60]. Tuttavia, anche in tal caso, non può sottacersi che la legge (artt. 144 ss. l. aut.) impone il versamento del compenso a titolo di diritto di seguito ad enti accreditati (storicamente la Siae, *ex* art. 154 l. aut.), quali intermediatori e, fino ad eventuali – immaginabili – modifiche legislative, non sembra che tale attività di intermediazione possa essere lecitamente sostituita da una percezione diretta dell'emolumento da parte dell'avente diritto, onde le somme trattenute ad oggi da piattaforme private devono ritenersi estranee, in linea astratta, al compenso per il diritto di seguito in senso tecnico, che rimarrebbe comunque dovuto dal venditore [61], in prima battuta, all'ente accreditato di riferimento [62].

Non vanno dimenticati, infine, i problemi connessi al carattere effettivamente artistico dell'opera e alla concreta funzione primariamente tra-

[60] V. Minio (2021), *passim*.

[61] Sebbene l'art. 152, comma 1, l. aut. individui nel venditore il soggetto obbligato al pagamento del diritto di seguito, anche l'acquirente può essere chiamato a tale prestazione. A stabilirlo è stata la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 26 febbraio 2015, causa C-41/14.

[62] Si tratterebbe, ragionando in punta di penna, di un pagamento a soggetto non legittimato, tale essendo, in prima battuta, il creditore-autore dell'opera, la cui legittimazione a ricevere risulta paralizzata, per interesse pubblico di ordinata gestione dei flussi, dalla "momentanea" legittimazione esclusiva della (nel caso considerato) Siae. Ai sensi dell'art. 1118 c.c., pertanto, il venditore dovrà provare – per dirsi liberato agli occhi della Siae stessa, dall'obbligo di corresponsione dell'emolumento a titolo di diritto di seguito – l'approfittamento del creditore. Essendo questo, in prima battuta, come chiarito, la medesima Siae, non può certo dirsi che essa abbia approfittato del pagamento (non avendo peraltro neanche trattenuto il corrispondente aggio dovuto per legge) e pertanto si dovrebbe essere inclini a ritenere che la somma andrà nuovamente corrisposta, allo stato delle arti, alla Società di tutela degli autori ed editori.

slativa del bene 'opera d'arte' o essenzialmente speculativo-finanziaria dell'operazione economica attuata tramite *nft*.

Un problema radicale è legato alla natura effettivamente artistica dell'opera trasferita tramite *nft*, problema che esiste per ogni creazione che ambisca a definirsi artistica, ma che, rispetto alle creazioni digitali, emerge in modo ancora più nitido. Come distinguere la vendita di un *nft* rappresentativo di una parte di un'immagine digitale artistica dalla vendita di uno strumento speculativo digitale rispetto al quale l'immagine rappresenta un mero "substrato" di riferimento, non diversamente da quanto avverrebbe per un marchio, un *brand*, una semplice pubblicità priva in sé di una concreta utilità (patrimoniale o esistenziale) *in re ipsa*?

La domanda non è peregrina, sol che si consideri come – si è tentato di dimostrare – predicare il carattere artistico di un'opera non è secondario, se non altro per le rilevanti conseguenze giuridiche che a tale carattere si associano, non ultimo il ricordato diritto di seguito [63].

A prevenire il pericolo che la funzione in concreto del negozio traslativo di *nft* su "sedicenti" opere d'arte digitale celi un intento squisitamente speculativo, dovrebbe farsi prudente applicazione dell'art. 27 *Codice di Autodisciplina pubblicitaria* – da poco aggiornato (comunicato del 9 marzo 2023), con il contributo di Banca d'Italia e Consob – appositamente al fine di gestire la pubblicità di *nft*, cripto-attività e *trading on line*, con la valorizzazione di obblighi di comunicazione e trasparenza di non secondaria importanza.

A tali disposizioni si accostano le *Linee guida sulla pubblicità delle cripto-attività* [64], recentemente introdotte dall'Istituto di autodisciplina pubblicitaria (Iap), nelle quali si legge, tra le molte altre indicazioni, in particolare che la comunicazione commerciale

[63] Per la necessità di appurare in concreto il carattere artistico di un'opera, al fine di tutelarla come arte (artt. 9 e 33 Cost.) e non come mera opera dell'ingegno, v. Virgadamo (2018), pp. 1478 ss. Il ragionamento funziona, *a fortiori*, là dove l'opera non abbia neanche una minima dignità ai sensi della normativa sul diritto d'autore, ma rappresenti un semplice mezzo di speculazione economica.

[64] V. Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria (2023).

deve chiarire se l'offerta ha in via primaria ad oggetto finalità di investimento e quindi di potenziale accrescimento del capitale a fronte del rischio di perdita del medesimo, ovvero, se è invece finalizzata alla acquisizione di servizi offerti tramite piattaforme tecnologiche (es. *utility token* – un tipo di cripto attività che è esclusivamente volto a consentire l'accesso a un bene o servizio fornito dall'emittente del *token*).

Tali novità, provenienti dagli operatori del settore, nella forma delle norme di autodisciplina, non devono in alcun modo essere svilite. La prassi, in una materia come quella degli *nft*, direttamente non normata sul piano delle fonti scritte, assume un valore decisivo per il progressivo, e non per forza lento, stratificarsi di regole che si candidano a divenire vere e proprie fonti consuetudinarie, anche prima dell'avvento di più strutturati (e gerarchicamente elevati) apparati disciplinari.

D'altronde, ciò già in parte avviene: le regole di autodisciplina adottate proprio dall'Iap sono recepite nelle *Raccolte di usi* di diverse Camere di Commercio, Industria e Artigianato italiane, e come tali vanno, sul piano delle fonti, almeno nel rispettivo ambito territoriale, presuntivamente considerate (art. 9 disp. prel. c.c.) [65].

Tutto ciò senza omettere l'eventuale applicazione delle normative di settore sugli strumenti finanziari di varia tipologia, debitamente indicate dalla dottrina più attenta al problema [66].

---

[65] Basti rinviare, *ex multis*, alla *Raccolta provinciale degli usi di Milano*, p. 515, *sub* art. 3, reperibile presso il sito istituzionale della relativa CCIA, ai sensi del quale «nell'elaborazione dei messaggi pubblicitari, gli operatori si uniformano alle regole del Codice dell'Auto – disciplina Pubblicitaria e si adeguano alle determinazioni dei suoi Organi autodisciplinari». V. CCIAA Milano (2010).

[66] Carrière (2021), pp. 1 ss., che debitamente distingue tra diverse tipologie di cripto-arte (opere d'arte *tokenizzate*, cripto-opere d'arte, *art utility/security token*, *cripto-art fund units*), rispetto alle quali possono rendersi applicabili diverse normative di settore.

## 6. *Prospettive future (ma non troppo). Per un orientamento al principio di verità*

Di fronte al panorama, non certo nitido, appena delineato, il legislatore italiano, ad oggi, si è limitato – con l'introduzione dell'art. 8 *ter* l. 11 febbraio 2019, n. 12 – a definire le tecnologie basate su registri distribuiti e gli *smart contracts*, attribuendo un qualche rilievo giuridico all'operatività interna alla *blockchain*, pur non nominata esplicitamente [67].

In particolare, ai sensi del comma 3 della disposizione citata,

> la memorizzazione di un documento informatico attraverso l'uso di tecnologie basate su registri distribuiti produce gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica di cui all'articolo 41 del regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014.

In altre parole, si presumono – anche per gli *nft*, in quanto utilizzanti la *blockchain* – l'«integrità dei dati, dell'invio di tali dati da parte del mittente identificato, della loro ricezione da parte del destinatario identificato e di accuratezza della data e dell'ora dell'invio e della ricezione indicate dal servizio elettronico di recapito certificato qualificato» (art. 41, comma 2, citato).

L'Unione europea, da parte sua, mostra al momento un atteggiamento attendista, o comunque ancora non d'impatto, come testimoniato dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018, intitolata *Tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione* – in continuità con il *report* pubblicato nel mese di febbraio 2017 (*Come la tecnologia blockchain può cambiarci la vita*) –, con la quale si è iniziato a prendere in esame semplicemente la tecnologia *blockchain*, analizzando le sue svariate possibilità di applicazione, proprio in considerazione di una presa di coscienza delle molteplici opportunità che tale tecnologia può avere nello sviluppo dei mercati mondiali.

---

[67] Sul quale, v. Rigazio (2021), pp. 369 ss., che bene mette in evidenza alcune imprecisioni espressive in seno al citato art. 8 *ter*.

Un intervento che potrebbe, in potenza, avere un certo impatto sulla problematica è il discusso e tanto atteso Regolamento europeo MiCA *su un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia del registro distribuito*, approvato dal Parlamento europeo – su una proposta presentata dalla Commissione il 24 settembre 2020 – il 20 aprile 2023, dal Consiglio europeo il 16 maggio 2023 e pubblicato in *G.U.U.E.* il 9 giugno 2023. Esso entrerà in vigore il 24 dicembre 2024, tranne alcuni titoli particolari, che entreranno in vigore prima (30 giugno 2024), anche riguardanti i *token*.

Il Regolamento, tuttavia – dopo molti dubbi circa la sua applicabilità agli *nft*, posto che, già all'esito di alcuni emendamenti, sembrava destinato ad operare solo per i *token* c.d. *fungible* [68] – sembra essere destinato a non essere di aiuto rispetto al tema qui in esame, considerato che il testo definitivamente approvato dell'art. 2, al terzo comma, sgombra il campo da ogni perplessità, chiarendo che «il presente regolamento non si applica alle cripto-attività che sono uniche e non fungibili con altre cripto-attività», cioè non si applica, dopo tanto dibattere, agli *nft*.

Nel frattempo, il 14 febbraio 2023 la Commissione europea ha lanciato il c.d. *Sandbox* normativo *blockchain* europeo per tecnologie di registro distribuito. Il *Sandbox* è uno spazio di sperimentazione controllato, in cui le imprese possono testare i loro prodotti e servizi dialogando con le autorità di regolamentazione competenti, individuare gli ostacoli giuridici e normativi alla loro introduzione e fornire consulenza giuridica, esperienza e orientamenti normativi in un contesto sicuro e di riservatezza. Tale spazio operativo dovrebbe inoltre consentire alle autorità di regolamentazione e di vigilanza di migliorare la loro conoscenza delle più avanzate tecnologie *blockchain* e di condividere le migliori pratiche. Lo spazio di sperimentazione, che rimarrà aperto dal 2023 al 2026, sosterrà 20 progetti all'anno [69].

---

[68] In argomento, v. Zatti (2022), pp. 287 ss.; Antonacchio (2021), pp. 4265 ss.

[69] V. https://ec.europa.eu/digital-building-blocks/wikis/display/EBSI/Sandbox+Project, *link* reperibile all'interno del sito istituzionale della Commissione europea.

Resta chiaro al momento, quale centrale snodo problematico, che, di fronte ad un panorama normativo ancora in embrione, i prodotti artistici, veicolati con *nft*, richiamano l'opportunità di accertamenti esperti – secondo alcuni, anche dell'implementazione di un sistema di controllo sulla loro natura realmente artistica del bene [70], come proposto di recente dal Notariato [71] – essendo rilevante il rischio, altrimenti ragionando, di confonderli con i meri mezzi di investimento finanziario, i quali dovrebbero essere presidiati, come poco sopra evidenziato, da regole appropriate [72].

Ancor prima di una doverosa indagine sulla causa in concreto del negozio, il principio di prudenza [73] e quello di verità [74] dovrebbero, quanto-

[70] Virgadamo (2018), pp. 1478 ss.

[71] Il registro volontario delle opere d'arte raccoglierebbe dati "anagrafici" ed evidenze biometriche dell'opera stessa, di conseguenza, una certificazione delle sue caratteristiche e della relazione con il suo autore, in collaborazione con Archivi e Fondazioni per gli artisti non più viventi. Il notaio certificherebbe, quindi, l'opera d'arte e ne autenticherebbe la provenienza; attraverso l'utilizzo delle nuove tecnologie basate sui registri distribuiti – *blockchain* – si potrebbe, infine, creare un sistema di circolazione tracciabile e sicuro. Ciò consentirebbe di evitare o limitare plagi e violazioni del diritto d'autore. Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato (2022).

[72] Rileva Carrière (2021), p. 12, che «la connaturata evanescenza del fenomeno 'arte' sembra capace di offrire un 'nobile' alibi, una 'copertura' ideale al tentativo di sottrarre ad ogni forma di regolazione quelle che, perlomeno dal punto di vista 'esterno', non possono non essere descritte (anche?) come operazioni, più o meno opache [...] di raccolta diffusa di capitali che fanno leva su logiche di investimento e speculazione». In tal senso si ventila, talvolta, l'inquadramento della cripto-arte nel contesto dei derivati finanziari, con applicazione della relativa disciplina. Tali operazioni non vanno, a nostro avviso, in sé stesse condannate, bensì adeguatamente inquadrate e, per l'effetto, regolate, come l'Autore, in definitiva, propone. Anzi, «la qualificazione giuridica del prodotto finanziario non muta per il solo fatto di avere per sottostante un'opera artistica»: Trovatore (2022), pp. 81 ss.

[73] In parte reso dal c.d. *wait and see*, di fronte a novità tecnologiche in attuale evoluzione che, secondo Rigazio (2021), pp. 369 ss., caratterizzerebbe l'atteggiamento del legislatore europeo.

[74] Se guardiamo bene la Repubblica «promuove la ricerca scientifica» (art. 9 Cost.), «riconosce» (*nda*: la Verità si riconosce) i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.), «detta norme per la ricerca (*nda*: la Verità si ricerca) della paternità» (art. 30 Cost), «riconosce» ancora le autonomie locali (art. 5 Cost), «riconosce» i diritti della famiglia (art. 29

meno, condurre, se non a saper distinguere un *nft* di un'opera digitale, spacciata – si direbbe proprio: artatamente – come artistica, da un *nft* rappresentativo di un qualunque strumento di investimento, quantomeno ad applicare tutte quelle regole di protezione, sopra ricordate, atte a garantire un'adeguata tutela cautelativa dell'acquirente e del mercato nel suo complesso.

Il quadro, forse a tinte fosche, che si era in altra sede tratteggiato [75], in merito al rapporto tra arte contemporanea e *blockchain*, trova tuttavia coloriture più serene al pensiero che la riflessione, negli ultimi anni, sui temi proposti, appare, poco alla volta, più nitida e progressivamente meno affetta da sterile dogmatismo.

Se un primo insegnamento che si trae dallo studio dell'impatto delle nuove tecnologie sul mondo dell'arte, segnatamente contemporanea, è che "non è vero ciò che si certifica", ma, di principio, dovrebbe "certificarsi ciò che è vero", non andrebbe neanche eccessivamente enfatizzata una strenua resistenza all'avanzare, inevitabile e al contempo in sé fruttuoso, della tecnologia.

L'attenzione per le autentiche dell'opera d'arte, la decisa protezione delle prerogative autoriali, il fervore verso il disvelamento di dinamiche speculative dietro quella che rimane comunque la più alta e nobile delle espressività umane, la consapevolezza che la ragione del diritto è quella

---

Cost.), «riconosce» la libertà di emigrazione (art. 35 Cost.), «riconosce la proprietà privata con funzione sociale» (art. 42 Cost), «riconosce» la funzione sociale della cooperazione.

Esiste, allora, forse, un diritto alla Verità – ne sarebbero espressione, a tacer d'altro, il diritto a conoscere le proprie origini, ma non meno la disciplina sulla pubblicità ingannevole, quella relativa all'etichettatura dei prodotti agroalimentari, quella sulla trasparenza nei rapporti regolati dal Tub e in genere nei contratti con contraente "debole", e molto altro ancora – ma forse, non di meno, esiste un principio di Verità capace di orientare l'interprete. Non compete certo a chi scrive tentare di operare questa sottile, difficile, ardita ricerca in riferimento alla vera arte, ma vi sono, come si è in altra sede provato ad indicare – Virgadamo (2018), pp. 1478 ss. –, competenze specialistiche che ben potrebbero fornire il loro proficuo contributo. Interessante lo studio di Moro Visconti (2021), pp. 472 ss.

[75] Frezza (2020), pp. 514 ss.

dei fini (l'arte e ciò che esprime, nel nostro caso) e non quella dei mezzi [76] (quali sono *blockchain* e *nft*), non devono in alcun modo condurre a preconcette chiusure di sistema in nome di una malintesa tutela di una verità che ne tarperebbe la naturale fioritura.

La sia pur lenta evoluzione normativa, il sapiente utilizzo di categorie tradizionali, capaci di mostrare spesso una duttilità da molte parti sottovalutata, la prudenza e non di meno il coraggio dell'interprete, ritrovano vigore in chi, luminosamente, aveva secoli addietro insegnato serenità di giudizio, ricordandoci che «la Verità è come un leone. Non avrai bisogno di difenderla. Si difenderà da sola» [77].

*Bibliografia*

Aa.Vv. (2013), voce *Metaverso*, in *Enciclopedia Italiana*, *Appendice VIII*, L-Z, *Lessico del XXI secolo*, Roma, Treccani

Aa.Vv. (2021), *"Vendiamo il Colosseo come NFT". La proposta di un gruppo di ricercatori*, in «italian.tech», 26 luglio 2021, https://www.italian.tech/blog/lettere/2021/07/26/news/vendiamo_il_colosseo_come_nft_311764838/

Allegranti, Ivan, Remo Trezza (2022), *I non fungible token (NFT) come trampolino di lancio per le città devastate a causa di disastri ambientali. Un'analisi del fenomeno nella legalità reticolare*, in «Il diritto dell'economia», 1, pp. 403-431

Angelone, Marco, Mariacristina Zarro (a cura di) (2022), *Diritto civile della regolazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane

Anselmo, Giulia (2023), *Un confronto sulla tutela del diritto morale d'autore tra Regno Unito e Italia: alienabilità e trasferibilità*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone», *in press*

[76] Bobbio (1988), pp. 97 ss.

[77] Il pensiero di Agostino, sopra riportato, è stato ricordato dagli Autori in un recente incontro di studi tenutosi, il 24 marzo 2023, presso l'Università degli studi di Firenze e sapientemente organizzato dal Maestro Giuseppe Vettori, dal titolo *La verità in pittura*, dal quale sono sorti proficui spunti di riflessione.

Antonacchio, Fabio (2021), *Non fungible token e altre cripto-attività in attesa del regolamento europeo MiCA*, in «Il fisco», 44, pp. 4265-4270

Azara, Alberto (2022), *Gli automi nel diritto privato: dal distributore automatico al fenomeno della tokenizzazione*, in «Foro napoletano», pp. 323-349

Bellomia, Valentina (2020), *Il contratto intelligente: questioni di diritto civile*, in «Judicium.it», 10 dicembre 2020

Blockchain4innovation (2022), *Pegno rotativo e blockchain: un nuovo percorso di accesso al credito per Latteria Soresina*, in *Blockchain4innovation.it*, 24 gennaio 2022

Bobbio, Norberto (1988), *Reason in law*, in «Ratio Juris», 1, pp. 97-108

Carrière, Paolo (2021), *La "cripto-arte" e i non-fungible tokens (NFTs): tentativi di inquadramento giuridico*, in «dirittobancario.it», 2 agosto 2021, pp. 1-16

CCIAA Milano (2010), *Raccolta provinciale degli usi di Milano*, in *milomb.camcom.it*

Comandini, Gian Luca (2021), *Da zero alla Luna. Quando come e perché la blockchain sta cambiando il mondo*, Palermo, Dario Flaccovio Editore

Consiglio Nazionale del Notariato (2022), *Tracciabilità, sicurezza e innovazione: le proposte del notariato per rilanciare il mercato dell'arte in Italia*, in *notariato.it*, 4 novembre 2022

Crypto Carbon Ratings Institute (2022), *Energy Efficiency and Carbon Footprint of the Polygon Blockchain*, in *carbon-rating.com*, 1 settembre 2022

Damiani, Enrico (2022), *Cripto-arte e non fungible tokens: i problemi del civilista*, in «Rassegna di diritto della moda e delle arti», 2, pp. 352-364

de Caria, Riccardo (2020), *Il diritto di fronte alla tokenizzazione dell'economia*, in «Il diritto dell'economia», 1, pp. 855-873

de Caria, Riccardo (2021), *L'impatto della tokenizzazione sui diritti di proprietà*, in «MediaLaws», 3, pp. 90-107

De Luca, Nicola (2020), *Documentazione crittografica e circolazione della ricchezza assente*, in «Rivista di diritto civile», 1, pp. 101-130

Frezza, Giampaolo (2011), *Opere d'arte e diritto all'autenticazione*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone», pp. 1734-1751

Frezza, Giampaolo (2019), *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane

Frezza, Giampaolo (2020), *Blockchain, autenticazioni e arte contemporanea*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone», pp. 491-515

Frezza, Giampaolo (2022a), *Art and Law: Authentication and Assessment within the Italian legal sistem*, in «The Italian Law Journal», pp. 131-147

Frezza, Giampaolo (2022b), *Cultura, arte e diritto. In ricordo di un Maestro*, in «Actualidad Juridica Iberoamericana», 12 *bis*, pp. 216-241

Frezza, Giampaolo (2022c), *L'ammissibilità dell'azione di accertamento dell'autenticità di un'opera d'arte come tutela del contenuto intrinseco del diritto di proprietà*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone», pp. 145-157

Garavaglia, Roberto (2022), *Tutto sugli nft*, Milano, Hoepli

Garcia Teruel, Rosa M., Héctor Simon Moreno (2021), *The digital tokenization of property rights. A comparative prospective*, in «Computer Law and Security Review», 41, pp. 1-16

Garofalo, Giuseppe (2023), *Accertamento dell'autenticità di un'opera d'arte e azione di condanna all'"archiviazione"*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone», 2, *in press*

Giardini, Giuditta (2022), *Dopo le opere d'arte fisiche, anche gli Nft a garanzia di prestiti*, in «ilSole24Ore.com», 26 maggio 2022

Gitti, Gregorio (2021), *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità nei nuovi mercati finanziari*, in «Banca borsa titoli di credito», pp. 13-40

Giuliano, Massimo (2021), *Le risorse digitali nel paradigma dell'art. 810 cod. civ. ai tempi della blockchain. Parte seconda*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», pp. 1456-1466

Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria (2023), *Linee guida sulla pubblicità delle cripto-attività (*crypto-assets*)*, in *iap.it*, 7 marzo 2023

La Fata, Francesco (2023), *Distributed ledger technology e token crittografici. Un "sistema" alternativo di circolazione della ricchezza (e dei diritti)?*, in «Persona e mercato», n. 1, pp. 85-98

Labate, Andrea (2022), *La crescita degli nft nell'arte e la regolamentazione a livello europeo*, in «ntplusdiritto.ilSole24Ore.com», 24 marzo 2022

Magri, Geo (2019), *La Blockchain può rendere più sicuro il mercato dell'arte?*, in «Aedon. Rivista di arti e diritto online», 2, pp. 182-189

Martone, Isabella (2022), *Gli smart contracts*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane

Marzialetti, Silvia (2023), *Dal tartufo alla pizza, ora gli nft si possono anche assaggiare*, in «ilSole24Ore.com», 28 gennaio 2023

Masi, Daniele (2021), *Le criptoattività: proposte di qualificazione giuridica e primi approcci regolatori*, in «Banca impresa società», pp. 241-270

Maugeri, Marisaria (2021), *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, Il Mulino

Minio, Federica (2021), *Crypto arte, nft, certificato di autenticità e diritto di seguito*, in *collezionedatiffany.com*, 30 novembre 2021

Minto, Andrea (2023), *Riflessioni sull'applicabilità della disciplina antiriciclaggio ai Non fungible tokens*, in «rivista.dirittobancario.it», 1

Moro Visconti, Roberto (2021, *La valutazione dell'arte digitale*, in «Diritto industriale», 5, pp. 472-486

Perlingieri, Carolina (2008), *Enti e diritti della persona*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane

Perlingieri, Giovanni (2018), *Legge, giudizio e diritto civile*, in «Annali SISDiC», 2, pp. 63-91

Perlingieri, Pietro (1984), *Prassi, principio di legalità e scuole civilistiche*, in «Rassegna di diritto civile», pp. 956-984

Perlingieri, Pietro (2006), *Lo studio del diritto e la storia*, in «Annali della Facoltà di Economia di Benevento», 11, pp. 127-140

Perlingieri, Pietro (2010), *Il principio di legalità nel diritto civile*, in «Rassegna di diritto civile», pp. 164-201

Perlingieri, Pietro (2020), *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol. II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane

Perlingieri, Pietro (2022), *Giuristi e loro opere. Un itinerario*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane

Rigazio, Sara (2021), *Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella l. 12/2019*, in «Diritto dell'informazione e dell'informatica», 2, pp. 369-395

Rubino De Ritis, Massimo (2021), *L'espansione economica del Metaverso: i Non Fungible Token*, in *Giustiziacivile.com*, 16 novembre 2021

Rusconi, Carlo (2022), *Consensualismo, principio dell'iscrizione e polifunzionalità della pubblicità tavolare*, Napoli, Jovene

Morabito, Simone (2021), *Profili giuridici degli n.f.t. (non fungible tokens) tra arte e blockchain in Italia*, in *businessius.com*, 11 gennaio 2021

Sarzana di Sant'Ippolito, Fulvio, Marco Pierro, Ivan Osvaldo Epicoco (2022), *Il diritto del metaverso*, Torino, Giappichelli

SIAE (2019), *SIAE Partners with Algorand for Efficient Management of Copyright on Blockchain*, in *algorand.com*, 6 dicembre 2019

Spada, Paolo (1999), *La circolazione della "ricchezza assente" alla fine del millennio*, in «Banca borsa titoli di credito», 1, pp. 407-425

Spoto, Giuseppe (2019), *Gli utilizzi della blockchain e dell'internet of things nel settore degli alimenti*, in «Rivista di diritto alimentare», 1, pp. 25-35

Travia, Niccolò (2022), *La tecnologia blockchain*, in Battelli, Ettore (a cura di), *Diritto privato digitale*, Torino, Giappichelli, pp. 289-314

Trovatore, Gianfranco (2022), *L'opera d'arte e il suo valore nell'epoca della blockchain*, in «Arte e diritto», 1, pp. 81-93

Virgadamo, Pietro (2018), *La protezione giuridica dell'opera d'arte ai confini del diritto d'autore (e oltre): dalla logica mercantile all'assiologia ordinamentale*, in «Diritto di Famiglia e delle Persone», pp. 1478-1507

Virgadamo, Pietro (2022a), *Autenticità dell'opera d'arte e archiviazione: nessun potere di coazione sull'ente certificatore*, in «Giurisprudenza italiana», pp. 611-619

Virgadamo, Pietro (2022b), *Enti e risarcibilità del danno non patrimoniale*, in Perlingieri, Giovanni, Gabriele Carapezza Figlia (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, t. I, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 149-163

Voshmgir, Shermin (2021), *Token economy. Come il web3 reinventa Internet*, trad. it., Berlino, Token Kitchen

Vulpiani, Giorgia (2021), *Non fungible tokens, smart contracts e blockchain nell'arte e nella moda: crypto art e digital fashion*, in «Cammino Diritto», 11, pp. 1-18

Zatti, Filippo (2022), *Verso la regolamentazione europea delle criptoattività*, in «Diritto del mercato assicurativo e finanziario», pp. 287-306

# Dialoghi / Colloquia

# The Court of Arbitration for Art (CAfA)

## A Conversation with Bert Demarsin

*In September 2023, Federica Violi and Antonio Cappuccio, assisted by Hannah Driesens, met with Bert Demarsin, Professor at KU Leuven and the driving force behind the* Art, Law & Management Research Programme, *dedicated to the promotion of interdisciplinarity in the art industry. He also sits on the governing board of the Court of Arbitration for Art (CAfA). Spurred by the interest in this noteworthy example of the interplay between law and art, LawArt took the opportunity to explore with him the peculiarities of dispute resolution in the art industry.*

LawArt: *Dear Prof. Demarsin, thank you very much for taking the time to engage with us for this interview. Let us start by providing the general context of our conversation to our readers. How did the idea of instituting CAfA take shape? What was/were its main prompts or triggers for it to materialize?*

BD: The idea of creating a specialized mediation & arbitration institution for art-related disputes was the result of a conference organised by *Authentication in Art* (henceforth AiA), a foundation constituted under Dutch law. The AiA foundation brings together people that work in the art industry: art experts, material scientists, and conservation studies experts. In other terms, people who have deep knowledge of the art world. Within this environment, there was some frustration regarding civil court cases involving art-related disputes. Traditional court proceedings do not consistently ensure a comprehensive understanding of art expertise. In this regard, there is a common sentiment among these experts that a public judge may not always be the best positioned to adjudicate these disputes. Particularly in the US, certain decisions have been vehemently criticized [1], fuelling the opinion within the art industry that the

[1] See e.g. Greenberg Gallery v. Bauman, 817 F. Supp. 167 (D.D.C. 1993).

doi: 10.17473/LawArt-2023-4-9 LawArt 4 (2023) 323-330
ISSN 2039-6880

outcome of these cases might have been different if they were taken by arbitrators with closer contact with the art world. This shared feeling triggered the idea that there should be a dedicated court or arbitration institute specialized in art matters, similarly to what has already occurred in other fields, such as sports. CAfA was thus an initiative borne out of the art world itself.

Since AiA is a Dutch foundation, it made sense to reach out to the Netherlands Arbitration Institute (henceforth NAI), a well-established arbitration institute, founded right after World War II. NAI has a very solid reputation in the market. It is also an arbitration institution that was somewhat interested and keen on taking this new path and exploring the potential for a dedicated arbitration institution for the art business. The AiA and NAI decided to team up, and in 2018 the creation of CAfA was announced at the annual Conference of AiA in The Hague. There CAfA was founded, so to speak. Not technically, but the idea became concrete and gained significant support in the relevant market. The decision was made to incorporate CAfA in The Hague, with the idea of relying on its baseline as the city of peace and justice, with historical ties to arbitration institutions.

After its formal establishment in 2018, the founders of CAfA reached out to me with an invitation to become the seventh board member and serve as a sort of neutral intermediary between the three members of NAI and the three members of AiA, mostly from the US. The invitation was extended to me due to my experience in art and cultural heritage law, both in the US and in the Dutch-speaking world.

Ever since, CAfA exists. However, creating a mediation & arbitration institution that has the ambition to work globally is not easy. It is of great importance to convince the market that you are a solid arbitration institution to work with and you need to find arbitrators and experts that are willing to work for the board. In 2019 CAfA started looking for neutrals and then Covid-19 hit. In a way, Covid-19 facilitated the establishment of CAfA since it was suddenly more feasible to connect with people online without travelling around the world.

LawArt: *Would you briefly explain how CAfA works? What is a typical case that you envision could be litigated or mediated at CAfA? What peculiarities of the art 'world' (very broadly speaking) can be accommodated through CAfA that would otherwise not be properly addressed in a general commercial arbitration proceeding or in a public court?*

BD: Authenticity disputes are definitely among the ones CAfA would be best positioned to handle. Authenticity in the market is still a key problem. Everybody who buys a piece of art is constantly wondering whether it is real: 'do I get value for money at the end?'. This would be a typical art case for CAfA. Another one could be provenance. Here, the problem is not whether the piece of art is real, but rather 'can I legitimately own it?'. People can ask themselves 'Do I acquire it from a person who has good title?'. In fact, provenance issues primarily arise in two scenarios: art theft and smuggling. Smuggling art entails taking it out of its intended jurisdiction, which may not necessarily imply an ownership problem.

For both authenticity and provenance, cases may come before CAfA based either on arbitration clauses in contracts or general terms appointing CAfA as the competent dispute settlement body, or based on a decision of the parties to submit the case to CAfA *ad hoc*.

CAfA shares the back office of administration with NAI, which administers all formal procedural steps, including appointing neutrals. CAfA has now more than 200 neutrals acting globally and can work in 60 languages. In this sense, we act worldwide with people from all continents registered as potential neutrals. Regarding the arbitration rules, CAfA's ones reflect those of the NAI but are tweaked in a certain way to accommodate the necessities of the art industry.

These adjustments are particularly relevant when it comes to the appointment of arbitrators, who are selected based on several rigorous criteria. On the one hand, CAfA relies on a set of neutrals with extensive experience as lawyers in the art industry. On the other hand, there are international commercial arbitration specialists, not necessarily specialized on art-related matters. It is imperative that the arbitration panel in-

cludes neutrals with affinity with the art world. A careful selection of neutrals is crucial in order to gain the confidence of the art world. The outcome should somewhat align with the expectations of the market. Differently from a civil court judge, we anticipate our neutrals to have a strong grasp of the technical possibilities, practices, and limitations within the realm of art expertise, especially when it comes to assessing evidence. In essence, having highly skilled, specialized neutrals is key!

Secondly, you need to be somehow more appealing than state courts. CAfA can offer quicker proceedings and can be more discrete. As to the latter aspect, we do however have a standard rule that awards can be published, unless the parties request not to. Publication of awards is important to build jurisprudence, solidity, and reputation for the institution. CAfA can also operate flexibly in a global world: our home base is The Hague, but we can also act in any convention centre worldwide. This gains time and saves certain costs, which leads me to the next aspect.

Arbitration is indeed more expensive. However, this needs to be considered in perspective. Litigating in public courts, with decisions subject to appeal, often leads to staggering costs. The upfront costs of arbitration will be higher, yet the ultimate costs should not surpass those of a traditional courtroom proceeding.

Finally, I would like to mention that CAfA has designated expert pools, attached to the institution: material scientists, who are lab testing pieces of art, and provenance experts. CAfA maintains a pool of experts mainly because, as such, the objective outcome of these tests is not disputable, if the test is well-performed. While interpretation of the results might be debated, the outcome of the test itself remains fixed. Parties of course still retain the right to challenge these findings in court hearings and introduce their own experts. We aim at limiting costs and work with well-esteemed organisations that are equipped to run these kinds of tests. When it comes to provenance research, the focus is on finding and examining documents that can certify the presence (or absence) of a specific piece in a given place. Provenance research is essentially historical investigation. Instead of inviting all parties to bring their witnesses for court

testimony for example, we have a dedicated expert pool to conduct this kind of inquiries. This approach limits costs, increases quality and enhances confidence in CAfA on the part of the art world.

This expertise entails burdensome costs. For this reason, CAfA chooses to work with a technical process advisor. This advisor assists the neutrals presiding over the case, guides factfinding and provides information to the panel as to what they can expect to find through these tests. Technical process advisors possess a very well overview of current possibilities qua testing and examinations. I keep on emphasizing that, ultimately, it all boils down to the individuals involved; what is special about the CAfA is the people: neutrals, experts, technical process advisors with extensive experience and knowledge of the art world. The advantage of this approach is that it effectively mitigates costs without compromising investigation and outcome.

This does not mean of course that you will not find specialized professionals elsewhere. Take JAMS for example. There is an overlap with our experts; the outcomes in terms of dispute resolution might be very similar as the ones reached by CAfA. This further underscores the value of commercial arbitration and mediation in art-related disputes. When there are compelling reasons to opt for a private resolution, commercial arbitration and mediation can offer an advantageous alternative compared with the public court system. In order to establish a solid presence on the market vis-à-vis other arbitration institutions like JAMS, CAfA has to rely on the strong calibre of its pool of experts and strive to become the most cost-effective option.

LawArt: *Is there any type of art disputes that you believe CAfA would/should not be called upon to administer? If so, which type of disputes and where would you see these being litigated?*

BD: As an arbitration institution, we are different from a public court. I can imagine that out of principle, certain parties in specific cases may rather prefer an official decision from a state court. In fact, CAfA does not necessarily provide the ideal solution for every art-related case. It is fair

to say that for certain matters it might be more appropriate to seize the public courts. For instance, in case there are compelling reasons to make the case public, or if there is no interest in preserving longstanding (business) relationships, possibly due to significant frustration. Arbitration is designed to be quicker, less adversarial, and discrete. The rationale is to move past a dispute swiftly in the art business, something that is not *per se* prioritized in public courts.

Furthermore, CAfA does not have the same powers of investigation that public judges have. If a case on restitution before the public courts is linked to a criminal investigation, it is obvious that a state court is the one positioned to find evidence.

Commercial arbitration is less powerful in this sense. The standard for CAfA is civil and commercial cases, and less cases where the state authority is heavily involved. It is true that public authorities (increasingly) agree on arbitration clauses, e.g. in procurement contracts. Yet, while CAfA is open to administer cases between an individual and the state, it is logical to expect the public administration to opt for the public court system, for reasons of transparency and (fiscal) accountability. Ultimately, CAfA fits more disputes among private parties.

However, it is worth indicating that for certain matters public authorities have already created institutions akin to arbitration for cases involving Nazi-era looting. In the Netherlands, for instance, there is the *Restitutie commissie*, which functions as some sort of arbitration or alternative dispute resolution institution, presiding over disputes related to Nazi-era looting. Public authorities have established these kinds of restitution commissions to make sure that decisions concerning these matters remain under state purview. In that sense, it is unlikely that the Netherlands would ever refer a case about Nazi-era looting to CAfA. Yet, I can imagine that in states where such commissions are missing, authorities might consider submitting these kinds of disputes to CAfA. It depends on the situation and the legal framework of each jurisdiction.

That said, I think there are many cases involving public authorities where CAfA does not play a significant role. It is important to bear in

mind that the primary purpose of commercial arbitration is to facilitate dispute resolution between private parties, and this is very much true for CAfA as well.

LawArt: *CAfA officially engages in arbitration as 'the administration of justice by arbitrators'. What notion of justice does this reference embody? Do you see CAfA expanding towards disputes involving questions of non-transactional justice?*

BD: The kind of justice model we have in mind is very much contractual, based on an agreement between the parties. In the end a decision is delivered to make sure that commercial parties can move on, and business can proceed further.

Do I see CAfA's role expanding towards non-transactional justice, for instance in cases of colonial restitution?

Most of the objects were removed by government authorities under official state policies during the colonial period. Most of these collections are still in the hands of public institutions. Unlike with Nazi-era looting, where private individuals can often still prove ownership, most of these objects taken from indigenous communities during the colonial era cannot be linked to a specific individual.

The damage of Nazi-era looting can be easily individualised. This does not hold true for colonial heritage. With colonial heritage, states are heavily involved, and we do not have institutions akin to a *Restitutie commissie*. What we mostly have are ministerial policies dealing with the restitution of colonial artefacts. Ultimately, however, the decision rests with ministries and it remains very much a political decision. This can be broadly observed. I do not know of any jurisdiction where a country could seize a public court to claim restitution of artefacts taken during the colonial era. The atrocities that occurred were enormous. The problem is that from a strict (European) civil or property law perspective, most of these objects belong to museum collections. Besides the formal legal aspect, bringing a case before a court might also not be effective, due to the politics and diplomacy deeply intertwined with these matters.

Colonial objects are also used as diplomatic tools in international relations. Considering the complexity and multitude of interests of states and communities, I do not believe that such sensitive topics will ever be adjudicated at CAfA. Private institutions most likely are not going to be entrusted with the resolution of this type of conflicts. Should CAfA become the ultimate authority in art-related matters and develop a flawless reputation and credibility, these cases might one day come before CAfA. However, I remain sceptical about this prospect.

Ultimately, CAfA has a role to play as a commercial arbitration initiative, with the idea in mind to deliver contractual or transactional justice. Whether CAfA will expand its scope or find itself well positioned to handle cases with a distinct remedial or distributive justice dimension is really for the future to say. Yet, states will probably come up with their own initiatives. Should states decide at a certain point to establish a specialized court, or make courts competent to hear this kind of cases, or create a restitution body for colonial-related conflicts, that would imply relinquishing a very important instrument of diplomacy. Thus, I do not foresee countries transferring this role to CAfA. They would instead install mechanisms that remain under state control.

I hope that CAfA will be successful in achieving its initial ambitions, meaning that CAfA will become over time the institution that springs to mind when it comes to the resolution of civil and commercial art-related disputes; the same way as other arbitration institutions are immediately associated with certain types of cases. The fact that those arbitration institutions exist shows that it is attainable! However, it is important to acknowledge that CAfA is a start-up at this stage. We are now directing our efforts into ensuring that our clauses are inscribed into relevant contracts, as this is the guarantee that sooner or later the cases will be appointed to CAfA. We strive to become a well-established and reputable arbitration institution for art-related matters. Time will tell whether this endeavour will be successful or not. Ultimately, arbitration will always hinge upon the willingness of the parties involved.

# Provenance and Other Contemporary Challenges for Global Cultural Heritage

## A Conversation with Emanuele Pellegrini

*'Circulation' of artworks and cultural goods is the core of the monographic section of our fourth issue. Exploiting the complexity of this topic through its multiple frames and dimensions (domestic or transnational, financial, intergenerational, licit or illicit., public or private) has been the main aim of the thematic focus outlined for our contributors. From the perspective of cultural heritage, public interest layers (national but also global ones) intertwine with private rights (those of collectors, owners and their heirs, foundations, companies etc.) and the plurality of the relevant legal frameworks, thus interacting at various levels. These legal frameworks are unavoidably pushed into dialogue with art history and archaeology. Yet, a proper dialogue needs well-matched language codes and synchronized interactions.*

*The need for a closer communication between different epistemologies and professional profiles in the field of art and cultural heritage circulation appears evident and strikingly important to avoid fatal mistakes and actual damages. On the one hand, we have legal experts seeking certainty and responsibilities and bound by rules and forms. On the other, 'art and culture' experts, who analyze and evaluate objects and artists, qualify and expertly assess provenance and authenticity, originals and fakes, by means of careful and thorough analysis. Not rarely, languages, techniques, timeframes and drivers of law and of art, and culture professionals do not meet. As an outcome, issues of 'interference' may turn into legal disputes, where players are manifold as well as the involved spectra of normativity and sets of rules that come into play.*

*When dealing with the illicit trafficking of cultural heritage, with artworks and artefacts looted as spoils of war, or plundered by colonial powers during decades of dominion, these issues grow more and more critical. The range of implications gets wide and asks for interaction and dialogue across fields and disciplinary boundaries. After all, 'cultural heritage' itself «has to do with*

doi: 10.17473/LawArt-2023-4-10 LawArt 4 (2023) 331-340
ISSN 2039-6880

*meaning-giving» and, taking into consideration that when, in processes of meaning-giving, «objects and cultural expressions are labeled 'heritage', conservation measures might be taken to save them for future generations»* [1]*. The tight links between law and this process are patent. If «heritage has to do with selecting and neglecting (hi)stories that give meaning to objects and traditions»* [2]*, then discursive practice cannot be neglected also when the legal discourse, both at a domestic or at a supranational level, comes to the fore.*

*As it has been clearly pointed out, such a concept as 'civilization' «was a main concept and colonialism an integral part of the international legal system» and this «Eurocentric concept of civilization has so far been an ignored catalyst for the international development of cultural heritage norms», leading to an international legal system of cultural heritage which «partly still reflects its colonial roots. The current restitution discussions are an outcome of this ongoing problematic legal constellation»* [3]*.*

*As a matter of fact, restitution and repatriation themes – that are a sort of 'trend-topic'in cultural heritage discussion over last years – display many of these zones of interference-interaction, where art and cultural heritage, history, identity, narratives, legal frameworks, and politics are knotted and impact international relations and balances. Cases in which the (forced, unconsented or fraudulent) domestic or international circulation of artworks and archaeological goods is tangled with memory, identity, and their violation, are recent and resounding. Morgantina's Eupolemos Silver claimed by Italy, for instance, or Elgin marbles, disputed between the U.K. and Greece, or Benin bronzes asked to be returned by UK, Germany and other European countries, not to mention the disputes concerning Egyptian cultural heritage spread all over the world. Ownership and provenance issues, international* ius commune *and diplomacy, musealization and proper valorization, international*

---

[1] Wagenaar, Pieter, Jeroen Rodenberg (eds.) (2018), *Cultural Contestation: Heritage, Identity and the Role of Government*, Cham, Palgrave McMillan, pp. 2-3.

[2] *Ibidem.*

[3] Spitra, Sebastian M. (2020), *Civilisation, Protection, Restitution: A Critical History of International Cultural Heritage Law in the 19th and 20th Century*, in «Journal of the History of International Law/Revue d'histoire du droit international», 22, pp. 329-354.

*agreements and institutions are some of the triggering points of these and far more other 'cultural heritage affairs'in the new global perspective.*

*Given these opening considerations, Elisabetta Fusar Poli for LawArt opens the discussion with Emanuele Pellegrini, art historian and professor of Art History at the IMT Institute for Advanced Studies, Lucca (Italy).*

LawArt: *Restitution is a basic principle of international law, deeply rooted in* ius commune *long tradition, that nowadays has also become a fundamental tool of cultural heritage politics. Can we consider it, in a certain way, as a sort of disruptive weapon? I mean: is it effective in undermining the cultural heritage status quo, as consolidated in the Twentieth century?*

EP: First, let me clarify a very crucial point. There is not a single way of restituting art objects, not a single method, not a recipe of universal value. There may be shared practices at national and international level, but they cannot be applicable to each object or group of objects. International agreements on repatriation and restitution are necessary, but they may be useful in some cases and useless in others. Governments, cultural institutions and diplomats do rely on shared practices that change through decades. However, each single art object or each group of objects must be considered *per se*, with its own collecting history that may be reshaped thanks to new documents discovery and advancement in the field of cultural heritage studies. Indeed, repatriation and restitution issues are deeply intertwined with scientific research in the field of cultural heritage, on which any discussion on objects'history and destiny is based.

LawArt: *Your answer is neat and could be summarized in one statement: restitution is neither a necessary, nor a universal tool. The right to retain or the obligation to "give back" something that one holds or possesses, moreover, requires that someone else's ownership is preliminarily and carefully ascertained. An activity that can be easier for 'common' goods but can often be extremely arduous for goods belonging to cultural heritage because ownership is inextricably intertwined with history.*

EP: I do agree. Before starting any dispute about "restitution, yes or no", a careful analysis of the history of the object itself is necessary. Any decision must rely on this accurate historical research based on philology and archival research, which should provide as much data as possible on ownership, including selling contracts, loans, dispossessions, thefts, etc. This kind of investigation is possible only thank to the expertise and skills of cultural heritage professionals. It may last months if not years, and unfortunately, it may not lead to a clear definition of an object past life. Moreover, new discoveries may take place even after a very long time and may change dramatically our knowledge on an object, a collector, or an institution history. Even if very accurate, this data collection could present some unsolved problems, grey zones, so to say, that do not allow a complete clarification on the whole collecting history. From the very moment when the object leaves the artist hand, the artist studio or workshop, it enters the "real world", in what we can call the realm of art collecting. From this time on, the collecting history begins. This story may be made by changes of properties, transfers, musealization, gift, loans and so forth. All those events build what can be defined the object "ID". On this ID, and only on this one, as it is investigated by cultural heritage experts, it is possible to foster any discussion on (possible) restitution or repatriation claims. Considering this collecting history in the present, that is considering the object in a retrospective manner, we do have what experts define the provenance. Today provenance has become almost an autonomous research field within cultural heritage domain.

LawArt: *I understand that the so-called "provenance" is a sort of diachronic artistic-legal due diligence on cultural goods, whose outcome is the historical and dynamic identity of goods themselves (the "ID" you are talking about). Given that, it seems to me that it therefore has a pivotal value in any discussion concerning cultural heritage issues generally speaking.*

EP: That's absolutely right. Provenance has quickly gained more relevance in many research fields, from museology to art history and archaeology. Provenance proved to be essential to understand the history of the

object; and the knowledge of this history is fundamental to decide whether an object should-could be returned to a previous owner or not. Provenance helps in documenting the reasons why an object should-could be returned, or kept in a collection, or moved to another, for example, on a temporary basis. The relevance of provenance studies has changed not only experts'attitude towards collecting and art collections, but also of collectors, museum professionals, policy makers and rulers. Assessing objects provenance may remove doubts about the object original owners and helps in determining if an acquisition should be considered licit or illicit; it is extremely important especially in the museum world, today so interconnected and much readier to rediscuss the roots of its heritage. Lack of data in collecting history, for example, may suggest prudence in the acquisition, especially by public institutions, since the objects may have been stolen, illicit exported or imported, etc.

LawArt: *In other words, the 'ID' may not be identified…*

EP: Here we have another crucial point. In many cases we do not have clear answers about provenance. Sometimes it is not possible to identify all the passages that artworks made across centuries. Researchers keep working on the topic and answers may arrive months or years later from the immediate necessity to reply to a request of acquisition, relocation, or restitution. The timeframe of the research is not the same as that of the art dealers, lawyers, or policy makers. In any case, the increasing relevance of provenance research has had a very positive effect, because it has increased a brand-new awareness on objects ID among all the actors dealing with art collecting, both in private and public institutions.

LawArt: *Well, thanks to your clarifications we can now pick up restitution issues, and take some steps forward: if restitution is not the universally valid and always 'useful'answer in case of disputed cultural heritage, be it privately or publicly owned, we need alternatives: which ones?*

EP: To answer this question, I go back to my first answer. I will keep the attention on facts (i.e. historical data) and objects: it depends on each situation. There are some key points to be stressed. First: illicit exported and imported objects must be repatriated. However, in this case it is a matter of fighting illicit trafficking. Of course, it is quite easy to define what is illicit trafficking on the ground of an international regulation, or treaties that have been ratified in recent times. Even if not all the countries are aligned or ratified the agreements, cooperation among nations and growing awareness on provenance has at least created a common basis of discussion. Problems arise when we cannot prove if an object has been legally or illegally exported, because, just to mention a very general example, issues may concern nineteenth or even seventeenth century diplomacy and international relations. These are of course completely different from international relations and agreements in the present. It can happen, and this is why provenance research are so relevant. Scholars in the humanities are quite at ease with unsolved problems; as cultural heritage experts, we are perfectly aware that certain problems cannot be clarified due to lack of data or to possible contrasting interpretation of the same documents. This is the case of the Elgin marbles, with scholars still arguing if Lord Elgin was granted by the Ottoman empire administration with the permission to pick up or even remove marble pieces from the Parthenon or rather just to study the Acropolis buildings through drawings and measurements, possibly taking away only those broken pieces already fallen from the buildings and then lying in the Acropolis area. Given this very complicated scenario, the solution may be a compromise.

LawArt: *Compromise: maybe this word contains the further answers we seek. Compromise between restitution and retention, at first, even if it may sound nonsensical, from a strictly legal point of view. However, I think that a museum can play a relevant role of 'mediator' within this compromise, especially in a global perspective on cultural heritage. Do you agree? What role can be played by museums, in your opinion?*

EP: Museums can be mediators, but they can be the problem too. I will reply to your question with another question, very rarely considered when dealing with restitutions. What happens after the restitution? What is an object's destiny after it has been sent back to its "origin"? A museum is the place in which objects are decontextualized. Objects are very seldom made to be seen inside museums, not considering the incredible differences among museums in the world. At the same time, museum is the place where we can provide a better conservation of artworks that normally would pass through certain destruction. It is the case of the bronze doors of the Baptistry in Florence, recovered in the Museo del l'Opera del Duomo in Florence, or the Marco Aurelio, today hosted in the Musei Capitolini in Rome. Pollution and atmospheric agents would have certainly destroyed those unique masterpieces of Western art. In these cases, copies took the place of the originals, but I will not enter now in the very complex relationship between copies and original in museums and public spaces. Talking about removal and relocation, we may notice that in the mentioned cases art objects, even if decontextualized, have been moved within the same cities, just for few meters from their previous location, and that they do not change ownership. Indeed, one may think that restitution claims involve different countries or difficult heritage, but that is not how things are: restitutions may happen in the same country or even in the same city. Occasions for restitutions may be caused by the refurbishment of a museum which could decide to "set free" some of the art objects located in the storage, or driven by requests supported by local actors for political reason (i.e. consensus building). Italy is rich of masterpieces still requested from one museum to another and in these cases the objects would cross the borders of regions within the same nation. In other cases, decontextualization implies a radical change, shifting from one nation to another, to one owner to another …

LawArt: *Please, forgive me for interrupting you, but listening to these examples of conservation and musealization, I could not help but think of a few frustrating experiences. The repatriation of looted archaeological relics, for example, may not be considered a great success, if their destiny is to be moved from prestigious museums to be relocated (transplanted, we could say) in*

*small peripheral or nearly inaccessible museums, without adequate historical-critical apparatus, almost alien in what should have been their original context. What is the role of valorization in restitution processes?*

EP: What is peripheral? What is inaccessible? Restitution of art objects, in some cases relevant art objects, to what one might consider "nearly inaccessible museums" may help in solving some over-tourism issues. It could also improve the general knowledge of the complexity of the cultural heritage, which is made not only by important museums and rare masterpieces but rather by a far more complex scenario. Once again, it is very important to study each single case *per se*. Like objects, museums too have been created in very different historical, social, and cultural context with aims that are completely different from the missions of the museum in the present world. Indeed, many museums have a long history, history that became tradition. Some artworks are so interwoven with museum history and museum image that they can ultimately be considered as part of the institution itself. Artworks have been musealized since centuries, becoming part not only of the museum but also of the territory where the museum is located. It is not simply the question of being *pro* or *contra* restitution. It is much more question of analyzing the historical context, trying to find out possible solutions that do not necessary entail restitutions. This is the field of cultural diplomacy.

LawArt: *Cultural diplomacy leads me to consider that the "compromise" we are exploring as an alternative – if not often preventing – tool with respect to restitution, could help us in case of 'dissonant'or 'uncomfortable' heritage. Think of architectural monuments of colonialism or war or of past regimes and think of all the 'negative' kinds of answer to this problematic cultural heritage, such as iconoclastic practices or the so-called 'cancel culture'.*

EP: Well, the basic instruments of cultural diplomacy are knowledge, critical analysis, scholars'efforts to clarify as much as possible provenance history. And, most important of all, dialogue, and cooperation. Relying on accurate scientific analysis may prevent any excess that could

pollute a debate that on many occasions in the last years proved to be very harsh. These tools could also fight both iconoclastic practices, cancel culture, and any excess around memory and cultural heritage in case of 'dissonant'or 'uncomfortable' heritage. In my opinion, there are no permanent solutions, but there are different cases and possible solutions, more than one. Cultural diplomacy could and should play a primary role in the redefinition of objects destiny when a dispute around restitution arises. Cultural diplomacy could and should work to find out possible agreements between cultural institutions and between states. Moreover, the quality of the debate affects the reactions of the institutions and the cultural heritage world in general. For example, the debate on colonial heritage preserved in Western museums has fueled relevant research on colonial past, leading to a general reexamination of musealization practices. It has affected the way in which Western museums present their colonial heritage and, even more important, the way in which it is explained to the visitors. Explanation about violence, rape, destruction, in relation with objects on display may clarify the colonial past.

LawArt: *And this could be considered a cultural answer to problematic cultural heritage issues, in the perspective of 'compromise'. One last question. Looted art, before reaching museums and art exhibitions often ends up on the (apparently) licit market. Even auction houses, fundamental intermediaries in the art market, have shown their sensitivity towards the matter and carry out appropriate due diligence, involving multidisciplinary profiles (historical-artistic as well as legal and fiscal), on the origins of the art objects. Moreover, art and culture experts are aware of the various legal systems involved which govern, sometimes in different ways, the law of property, possession, the effects of good faith etc. On the other hand, authenticity (original, fakes or copies?), attribution, and provenance are capital issues left to their knowledge and sensibility but heavily impacting legal assessments. Don't you think that a better dialogue between the humanities and legal fields should be fostered? What kind of hitches do you detect? Are we talking about planets that can intersect their orbits and, if yes, at which point?*

EP: Of course, I do think that the dialogue is not only necessary, but fundamental both in the art market and in the acquisition practice. Precisely due to the fact that many important museums started to check the provenance of the objects in their collections, and some museums started restitution practices within an international agreement between governments (it is the case of Italy and the United States), a more careful analysis of the provenance of the objects in the art market is today not only required but has become current practice. Investigation methods and timeframes may not coincide. However, different expertise must work in strict cooperation. Only cooperation between cultural heritage experts and experts in other domains, such as legislation and international diplomacy, could lead to find possible solution to still unsolved problems. Eventually, dialogue and cooperation are always the right answers.

# *Una bussola dei possibili* e l'umanesimo nel diritto penale

Conversazione con Emanuela Fronza e Carlo Sotis

*Mireille Delmas-Marty, una delle voci più originali della penalistica contemporanea, nel suo ultimo libro* Une boussole des possibles *(Parigi, 2020) ci ha proposto una magistrale riflessione sulla prospettiva di senso del diritto, sul suo legame con l'umanesimo, inteso come processo culturale e sociale con cui si afferma una civiltà. È uno scritto di grande visione e molto ispirato, che l'artista Antonio Benincà, in dialogo con la stessa Delmas-Marty, ha 'tradotto' nella forma tridimensionale di una peculiare Bussola, vero 'oggetto-manifesto'.*

*Del libro è ora disponibile un'edizione in lingua italiana (*Una bussola dei possibili. Governance mondiale e umanesimo giuridico, *a cura di E. Fronza e C. Sotis, Bologna, 1088press, 2021)*.

LawArt, *con Elisabetta Fusar Poli e Massimo Meccarelli, ha incontrato i curatori Emanuela Fronza e Carlo Sotis, per una conversazione sul progetto di traduzione, sulle interazioni tra diritto e arte e sugli orizzonti attuali del diritto penale.*

LawArt: *Raccontateci anzitutto come nasce l'idea di curare una versione italiana del saggio di Mireille Delmas-Marty. Perché proprio questo testo tra gli scritti, sempre notevoli, della grande giurista francese?*

EF & CS: Leggere e diffondere Mireille Delmas-Marty in Italia (e non solo) è sempre stato tra i nostri obiettivi. Di qui l'idea di tradurre questo libro, coerente con il suo spirito e con il dialogo che Mireille ha sempre tenuto vivo e aperto con l'Italia e con studiosi italiani. Inoltre, ci piace ricordare, che Mireille ha parlato per la prima volta della *Bussola dei Possibili* proprio in Italia, a Bologna, nel 2019 durante un seminario presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche. Mireille teneva molto a questo scritto; è stato il suo ultimo progetto, in cui ha visto materializzato il suo pensiero anche in una forma artistica. Un testo coerente con

doi: 10.17473/LawArt-2023-4-11 LawArt 4 (2023) 341-358
ISSN 2039-6880

la sua ricerca, ma anche molto innovatore in grado di parlare ai giuristi e non solo.

L'idea di tradurre questo saggio prima in italiano e poi in inglese nasce, insomma, dalla stessa convinzione che anima il progetto: l'Umanesimo giuridico come Bussola, da un lato e l'importanza di dialogare con altri linguaggi, non razionali, e in particolare con l'arte per descrivere la mondializzazione e le sfide che questa pone. Far pensare, diffondere la sua sensibilità e il suo metodo. Diritto e Arte. Diritto e Poesia. Diritto e Immaginazione. Si tratta di strumenti potenti per fondare la comunità umana e ricomporre la realtà, anche l'Imprevedibile. Rendere accessibile a più persone possibile questa via che Mireille ci indica così chiaramente, è questa la ragione.

LawArt: *Un progetto di traduzione in effetti è di per sé un momento di dialogo privilegiato con l'Autore. Nel vostro caso, ciò è reso palese nel volume, anche dalla scelta di 'proseguire' la riflessione di Delmas-Marty con una postfazione di Francesco Palazzo (*Il messaggio di Mirelle Delmas-Marty per un diritto umano e planetario*) e un vostro saggio conclusivo (*Immaginare il (nuovo) mondo*). Avete avuto anche interazioni dirette con Delmas-Marty nel realizzare questo progetto?*

EF & CS: In effetti, abbiamo avuto la fortuna di poter discutere con Mireille dell'edizione in italiano, di curarne i dettagli e scegliere assieme a lei la copertina. Era molto contenta di questo progetto sul suo progetto. Per lei era essenziale che le idee circolassero e si fidava di noi, come Ambasciatori della *Bussola dei Possibili*. Al professor Francesco Palazzo abbiamo chiesto di scrivere la Postfazione. Lo abbiamo chiesto proprio a lui, che assieme al professor Alessandro Bernardi ha fatto circolare il pensiero di Mireille in italiano pubblicando *Le flou du droit*.

LawArt: *Veniamo allora a discutere della interazione tra diritto e arte. Questo saggio è in realtà anche una scultura, o meglio, un 'oggetto-manifesto'; Antonio Benincà infatti ha realizzato un'opera che 'materializza' l'idea della "bussola dei possibili". Per usare le parole dello stesso artista, un'opera che*

*«si è fatta da se stessa, come una specie di simbiosi alchemica tra pensiero e materia». Avere assunto anche una forma artistica cosa aggiunge alla forza del discorso giuridico svolto da Mireille Delmas-Marty?*

EF & CS: Il dialogo con l'arte è, come si accennava, parte integrante del progetto di Delmas-Marty. Per realizzarlo si è rivolta all'artista franco-veneziano Antonio Benincà, l'*intellectruel*; con un sorriso, Mireille portava fieramente l'appellativo di *jurispoète*, che proprio questo artista le ha dato. Il suo pensiero si è evoluto grazie al confronto con Antonio Benincà e alla sua idea di affidarsi a un linguaggio diverso. Mireille Delmas-Marty nel riflettere sulla mondializzazione, sulle sue contraddizioni si è accorta che le parole non le bastavano più. Aveva l'impressione di essere «au bout de la capacité discorsive» per esprimere le sfide e gli intrecci che caratterizzano questo processo e rendono così incerto il futuro. Aveva il sentimento che occorreva fare altro e andare oltre la visione logica delle cose, risvegliando un'emozione. Ha così deciso di affidare a un'altra voce, a quella dell'arte, per dimostrare quanto stava esplorando «sans passer par la raison pure».

Tra le diverse forme di arte (musica, pittura, poesia, scultura) ha scelto di affidarsi a una installazione. L'idea appariva semplice: stabilizzare i venti dello spirito senza immobilizzare le società umane. L'arte, nella sua idea, permetteva di esplorare zone altrimenti oscure, rendendo visibili zone altrimenti invisibili. Mireille questo voleva e nelle parole aveva trovato soltanto un limite nel pensare al diritto e alle sue profonde trasformazioni.

LawArt: *Potete aggiungere qualcosa su come si è svolto il dialogo tra la giurista e l'artista? Qui può dirsi che l'artista, raccogliendo l'inusuale sfida ad andare oltre l'estetica personale, ha messo esperienza e immaginazione 'al servizio' del pensiero di Delmas-Marty.*

Antonio Benincà, Prototipo di *La Boussole des Possibles*, Castello di Goutelas

EF & CS: L'incontro con Antonio Benincà è stato sorprendente, un incontro di natura inedita e le ha permesso di andare al di là delle parole. Antonio Benincà si è messo al servizio di Mireille per rendere 'materia' il suo pensiero. Lavorare a quest'opera d'arte ha messo in moto, tuttavia, un percorso inaspettato: dal pensiero alla materia e poi dalla materia di nuovo al pensiero giuridico, alimentato proprio dal percorso artistico. Da Mireille a Antonio, da Antonio a Mireille, dandole nuovi strumenti con cui pensare il diritto e le sue contraddizioni.

Mireille aveva una grande sensibilità per l'arte, nelle sue varie forme, e non era la prima volta che traeva ispirazione dall'arte per pensare al Mondo. Con la *Bussola dei Possibili*, tuttavia, insieme ad Antonio Benincà ha portato la sua riflessione a un livello completamente nuovo. Insieme, non volevano enunciare una verità fissa, ma avanzare una proposta in movimento: una bussola al servizio dei cittadini e di coloro che occupano posizioni di responsabilità (politici, economisti, giudici, ricercatori, ecc.) per scegliere insieme un destino desiderabile tra i possibili futuri del mondo. E ciò per uscire da una mondializzazione imposta e fatalista e percorrere una via pluralista, che si adatti all'imprevedibile e resista alla disumanizzazione. Stabilizzare, dunque, senza immobilizzare.

La forza di questo discorso trova conferma quando si vede la *Bussola dei Possibili* dal vivo [n.d.r. *un video in cui la si può osservare in azione è disponibile on-line al link:* https://vimeo.com/654617038]. L'abbiamo vista, assieme, per la prima volta a Goutelas, luogo di utopie e di percorsi, dove la bussola è rimasta installata per alcuni mesi. La *Bussola* c'è e con essa la forza e l'impronta fisica delle sue idee. Ora, in attesa di nuovi luoghi ove viaggiare e lanciare il proprio messaggio.

Nel vederla si percepisce la forza dell'incontro tra la *jurispoète* e *l'intellectruel*. Si percepisce la forza di un messaggio, l'indicazione della via. È una *Bussola* inusuale, senza un Nord, che possiede un centro magnetico dove si incontrano i diversi principi dell'Umanesimo e che indica la giustizia per orientarsi tra i venti contrari.

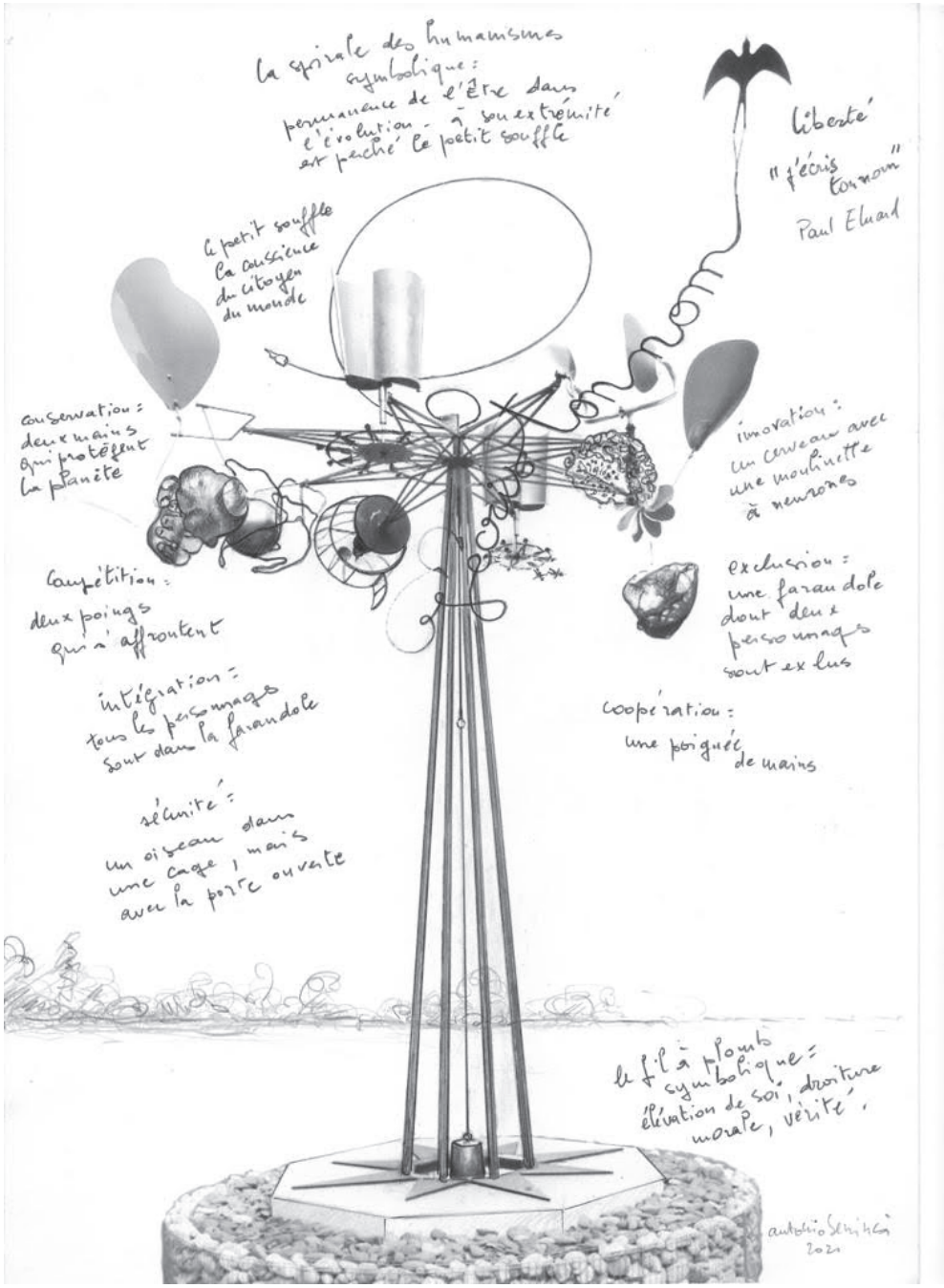
Ci piace ricordare uno scambio tra Mireille e Antonio, mentre stavano lavorando alla realizzazione di questo oggetto. «Mireille, non mi sembra

che servirà a qualche cosa» osserva Antonio Benincà; Mireille risponde: «anche se non serve a niente, dobbiamo farlo lo stesso». È un oggetto-manifesto che non impone nulla, ma propone una direzione, un movimento e delle possibilità, appunto. È un oggetto realista e utopista, come era Mireille.

LawArt: *Nel vostro saggio mettete in evidenza come un profilo retorico ricorrente nella riflessione di Delmas-Marty sia costituito dal ricorso alle metafore. Perché? Qual è a vostro avviso il valore aggiunto della metafora, in un discorso necessariamente specialistico, come è il discorso giuridico?*

EF & CS: La metafora, lo sappiamo bene, è un potente e a volte pericoloso strumento del pensiero; ha il potere di associare cose, separarne altre. Il pensiero giuridico lo sa bene e ne fa quindi ampio uso. Si pensi al termine "prodotto" che nel suo nucleo concettuale evoca occorrenze tangibili, quindi reali, dunque solide, e perciò i "prodotti finanziari" che non sono né tangibili, e tantomeno solidi, si sono proclamati tali. Si pensi ancora alle bio-banche: quelle degli organi, poi del seme, poi del sangue e quindi del latte, metafora che immediatamente veicola quanto sia prezioso ciò che custodiscono, ma al contempo svela o marca la quantificabilità economica del corpo umano, la sua assoggettabilità a logiche patrimonialistiche, ben lontane dall'umanesimo ideologico che paiono sottendere.

La metafora va quindi maneggiata con cura (eccone un'altra!), ha il potere di decidere ciò che è visibile da ciò che è nascosto; ha, infatti, una dimensione immaginifica, riesce con un tratto a veicolare un pensiero, ad offrire l'orizzonte di senso ad una concettualizzazione.




Antonio Benincà, Disegno di *La Boussole des Possibles*, con legenda

LawArt: *E l'incontro con l'arte è utile anche a tale riguardo?*

EF & CS: Il pensiero di Mireille Delmas-Marty è estremamente originale e lei era perfettamente consapevole che tutti abbiamo difficoltà ad accettare il senso del nuovo. Da qui la sua grande attenzione al linguaggio ed anche il suo gusto per giochi linguistici («droit doux, mou, flou»*)*, alle metafore e alla ricerca di una dimensione visuale. Sapeva perfettamente che le idee si veicolano per canali emotivi, per patti esperienziali, per immagini e associazioni e che la nostra conoscenza è anzitutto visiva. Da qui, anche, la sua ricerca di metafore che fossero sempre più 'immaginali' (dal pluralismo ordinato si passa alle "*nuages voyageurs"*): i quattro volumi che raccolgono le sue ricerche al College de France si chiamano non a caso *Les forces immaginantes du droit*.

Il passaggio verso la ricerca di vere illustrazioni (la rosa dei venti) e infine ad un "*objet-manifeste"* (come amava chiamarlo), cioè la *Bussola dei Possibili*, che nel suo nome è un'ennesima e potente metafora. Va da sé, quindi, che l'incontro con l'arte è essenziale.

I giuristi, almeno una parte e Mireille Delmas-Marty in prima linea tra questi, sanno perfettamente che le norme giuridiche non solo comunicano, ma trovano sé stesse tramite l'arte e che i testi di legge o di dottrina non sono certo autosufficienti.

LawArt: *State sostenendo che l'Arte ha a che fare con la produzione normativa?*

EF & CS: Sì, in effetti l'arte con la forza iconografica non è solo rappresentazione di regole e valori, ma autentica produttrice di contenuti normativi. Come la concettualizzazione dell'equilibrio tra fede e ragione deve alla cupola di Sant'Ivo alla Sapienza di Borromini tanto quanto che a un trattato di teologia, così quel verbo con cui apre l'art. 11 Cost. – «ripudia» – trova sé stesso affiancandosi al di poco precedente *Guernica* di Picasso.

Gli esempi forse non rendono, perché l'incontro tra arte e diritto non è semplice associazione tra un precetto ed una opera; ma è un fenomeno

carsico, che attraversa il tempo e lo spazio. Sia come sia, ogni giurista sa, o dovrebbe sapere, quanto quell'incontro sia cruciale perché è vero, come dice Einstein, che noi possiamo vedere solo ciò che possiamo teorizzare, ma è vero anche che possiamo teorizzare solo ciò che possiamo immaginare.

E nulla più dell'arte ci permette di immaginare. Non a caso Mireille Delmas-Marty assieme a suo marito Paul Bouchet e ad un gruppo di artigiani, operai, avvocati è stata protagonista di quella straordinaria avventura umane e civile che è stata lo Château de Goutelas in Forez (Francia). Un castello restaurato con il lavoro di tantissimi volontari che è stato un magico luogo di "*Creation et Recherche*" e che aveva uno dei suoi pilastri nell'essere un centro residenziale sia per artisti sia per giuristi. Un luogo che anche fisicamente e umanamente ha costituito l'incontro del pensiero giuridico con l'arte.

LawArt: *Torniamo un momento ancora sulla metafora. Come spiegate, qui la riflessione di Mireille Delmas-Marty presenta un ulteriore tratto di originalità: lei ricorre alle metafore del "vento" e della "bussola", che non corrispondono a quelle tipicamente ricorrenti nei discorsi giuridici, come «fonti del diritto», «normativa alluvionale», «deriva interpretativa». Qual è la ragione a vostro avviso?*

EF & CS: Per Mireille Delmas-Marty il diritto è un fenomeno sociale e i fenomeni sociali sono un coacervo di relazioni, forze, interessi, passioni, dinamiche. Ha sempre rifuggito quindi l'idea che la ricerca in campo giuridico dovesse riguardare i concetti statici e le essenze giuridiche (il contratto, il reato, il dolo, l'interesse legittimo ecc.). Ha insegnato, invece, che occorre cercare di tessere delle relazioni e descrivere delle dinamiche; basti pensare a quello che resta il suo capolavoro *Les grands systèmes de politique criminelle* del 1992. Si tratta di un libro tutto costruito attorno alle dinamiche prodotte dalle articolazioni di due coppie di relazioni fondamentali: criminalità/devianza e reazione statale/reazione sociale.

Di conseguenza l'universo idraulico (quello delle fonti del diritto per capirci) è sì in grado di formalizzare dinamiche, ma descrive una realtà

troppo canalizzata (è il caso di dirlo) per corrispondere a quella che è la effettiva dimensione sociale del diritto. In particolare, noi crediamo, i liquidi hanno la caratteristica di non essere né comprimibili, né elastici e quindi offrono un campo metaforico non idoneo a spiegare le interferenze tra norme non risolvibili con il 'semplice' principio di non contraddizione (risoluzione di antinomie per specialità, gerarchia o cronologia).

Le interferenze normative non antinomiche sono invece una caratteristica essenziale dei fenomeni giuridici. Al punto tale che per Mireille Delmas-Marty un concetto chiave è quello di discontinuità normativa, nel senso che il punto di partenza è l'interferenza e occorre quindi trovare gli strumenti per gestire le ipotesi di discontinuità, in un universo in cui, evidentemente, la regola è la continuità normativa. Da qui il passaggio al "gassoso", al mondo dei venti. Le norme, le forze che esse esprimono, e quelle a cui si contrappongono non descrivono infatti conflitti a somma zero. Le norme invece nel loro interferire sono comprimibili ed espandibili e si modificano elasticamente.

LawArt: *Quale diversa visione (o precomprensione) del diritto dischiude l'uso di metafore come il vento o la bussola?*

EF & CS: Dietro al passaggio dalle fonti ai venti c'è anche – sottotraccia – quell'afflato liberatorio tipico di Mireille Delmas-Marty di non farsi bloccare dai dogmi, di trasmettere che il diritto è rigore e poesia, è forza immaginante in grado di imporre idee, concetti e valori al discorso *savant* e a quello pubblico del tutto nuovi: dal pubblico ministero europeo all'assegnare ad un fiume la titolarità di diritti suoi propri. Il diritto però è forma, è senso del limite e questo passaggio al gassoso per Mireille non doveva segnare un'evaporazione formale.

Al contrario vuole essere ricerca di una forma a dinamiche però troppo complesse da potere essere canalizzate. E questa forma la offrono la Rosa dei venti e la Bussola. Per concludere su questo punto siamo convinti che una delle più importanti innovazioni del pensiero e delle opere di Mireille sia stato proprio introdurre un 'metodo metaforico' che le ha permesso di rendere visibile l'invisibile e di introdurre una rivoluzione nella rappre-

sentazione del diritto. Mireille aveva capito bene che le metafore aiutavano a rendere accessibile il diritto e a dialogare con altre discipline. In tale modo questo 'metodo metaforico', fatto di intuizione, ha permesso di innovare la comprensione del diritto penale, del diritto e non solo.

LawArt: *Vorremmo ora capire meglio il dispositivo della bussola. Ci pare significativo che essa non abbia ago magnetico orientato secondo una direzione costante, proiettata su un quadrante orizzontale e bidimensionale, bensì si muova recependo in modo dinamico – quindi variabile – forze che interagiscono entro uno spazio complesso e tridimensionale, in cui piuttosto domina la direzione verticale-ascensionale. Tale configurazione del dispositivo-bussola quale lettura del diritto intende suggerire? È un richiamo al valore del pluralismo e alla funzione dei principi?*

EF & CS: Proviamo a rispondere congiuntamente alle due domande. In effetti la *Bussola dei Possibili* è così chiamata per la sua funzione di indicare un percorso, ma essa in realtà ha la meccanica di una *girouette* (in italiano dovremo dire "banderuola", ma tradotto perderebbe quella accezione proattiva e animista che ha il termine francese). La Bussola gira in funzione dei venti, ma gira tutta e in tutte le sue componenti (l'innovazione, ad esempio, non smette mai di girare, indipendentemente dal vento, solo la bonaccia la paralizza). Questi venti possono cambiare, alternarsi, scontrarsi, arrivare a raffiche, anche molto forti, e la "bussola" si comporterà di conseguenza senza troppo scomporsi. Questa (anti)bussola non è infatti una bandierina che va a seconda di dove il vento soffia, perché trova e mette in equilibrio le varie forze in gioco. Questo equilibrio è assicurato dal filo a piombo immerso in acqua che ne garantisce il parallelismo con la base (dove sono iscritti i valori fondamentali). Il corollario è che se il filo a piombo si dovesse spezzare, la bussola andrebbe fuori asse e alla prima folata si romperebbe tutto.

L'apparato simbolico è chiaro e potente. Il filo a piombo immerso nell'acqua è il diritto che attutisce le forze in gioco, e le tiene in equilibrio, mantenendole in asse con la base ottagonale su cui sono iscritti i principi fondamentali. È quindi evidente il richiamo al valore del pluralismo e alla

funzione dei principi. Se tuttavia la bussola non ha un ago magnetico ha comunque un punto di attrazione, da cui ne dipende il corretto funzionamento, e questo è la gravità, che attrae il filo a piombo. E qui, a livello simbolico, sono possibili (almeno) due letture. La prima è che sia la persona, in virtù dell'Umanesimo giuridico che è sempre stato il faro di Mireille Delmas-Marty, a costituire il centro di attrazione del filo a piombo e quindi dell'equilibrio che il diritto è chiamato a svolgere. È possibile, tuttavia, pensare che il punto di attrazione sia proprio la massa terrestre: che sia, cioè, la madre terra il centro da cui dipende l'equilibrio.

LawArt: *Se la bussola indica dove il diritto deve andare, chi produce le forze che ne orientano la lancetta? Chi ha il compito di leggere la bussola?*

EF & CS: Per quanto concerne la prima domanda possiamo rispondere che le forze sono tutte quelle che animano il tempo presente, nessuna esclusa: le forze della mondializzazione, quelle innescate dalle crisi, ambientale, securitaria, finanziaria, ma anche quelle della mondialità, forze contrapposte ed entrambe compresenti che formano la rosa dei venti (libertà/sicurezza competizione/cooperazione, innovazione/conservazione, inclusione/esclusione).

Sulla seconda. La *Bussola* è un oggetto-manifesto, uno strumento che ha due ambizioni: una descrittiva del tempo presente e delle sue dinamiche e una prescrittiva per indicare il bisogno di trovare le forme di equilibrio delle forze in gioco e di farlo avendo a mente i valori, la centralità della persona e della Terra. Ognuno ha il compito di leggere la bussola ed ognuno sarà quindi libero di interpretarla alla luce della propria esperienza personale, psicologica, politica. Nelle varie presentazioni è stato molto interessante vedere la forza immaginante che ha prodotto la *Bussola*. Ad esempio, nell'idea di Mireille Delmas-Marty il centro di attrazione del filo a piombo simbolicamente è la persona, in virtù dell'umanesimo giuridico. Altri, invece, che l'hanno vista hanno proposto l'interpretazione, a cui abbiamo accennato sopra, che il centro possa essere la Madre terra.

LawArt: *Ma allora, che cosa resta del rapporto tra diritto e potere politico?*

EF & CS: Il problema è complesso. Per provare a rispondere crediamo occorra a monte farsi un'altra domanda, ovvero chiedersi che cosa resta del potere politico? La rifondazione dei poteri è tema presente a Mireille Delmas-Marty (e anche il titolo del secondo volume de *Le forze immaginanti del diritto*). In fondo fino a quando il potere politico ha avuto una assoluta centralità abbiamo assistito ad una tensione tra un "diritto-scudo" dagli abusi del potere politico e un "diritto-spada" attraverso cui perpetrare abusi del potere politico. Il ruolo del giurista e della società ha sempre avvertito forte questa anfibologia del diritto nel suo rapporto con il potere politico. Ma ora stiamo vivendo un cambio di paradigma. E noi crediamo non sia un caso che oggi al diritto ci si rivolge anche in virtù di quel difetto di potere politico rispetto a nuovi poteri dominanti, quello tecnologico *in primis*.

Oggi, mentre chiudiamo questa intervista, è il 27 di settembre 2023 e proprio ora la *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo sta discutendo una causa in cui sei giovani persone hanno chiamato alla sbarra 32 Paesi membri per la violazione dei loro diritti fondamentali determinata dal mancato rispetto delle riduzioni di $CO_2$ ed i conseguenti effetti sul cambiamento climatico. Chiaro che sono chiamati in causa gli Stati perché questi solo nel sistema della CEDU possono essere le controparti, ma in realtà quei sei giovani chiedono al diritto di fronteggiare poteri immensi, diluiti. Poteri senza responsabilità. Si pensi al potere tecnologico. In fondo i poteri economici e quelli politici hanno trovato nel diritto uno scomodo e ingombrante, ma ineludibile alleato. L'ambizione – molto concreta peraltro – del potere tecnologico invece è quella di sbarazzarsi del tutto del diritto e di gestire la conflittualità in autotutela.

Insomma, in queste poche battute non sappiamo bene cosa rimanga di quel rapporto: sappiamo però che il diritto, come diceva Mireille Delmas-Marty, non può certo fare tutto, ma può fare qualcosa per limitare e equilibrare dei poteri sempre più asimmetrici e informali e tali anche per una

crisi sempre più profonda del potere politico ad esercitare sé stesso. La strada – anche questa tracciata Mireille Delmas-Marty – è quella di provare a riallacciare i poteri con le responsabilità.

LawArt: *Voi siete entrambi penalisti come lo era Mireille Delmas-Marty; che implicazioni ha questa visione del diritto per il diritto penale?*

EF & CS: Questo testo, più di altri, prende atto di una situazione di crisi. Lancia un messaggio, anche di metodo per i giuristi e per i penalisti. Mireille ricorda ad ogni penalista la propria responsabilità e l'importanza dell'essere umanisti, sempre. Riflettere, impegnarsi e osare con immaginazione.

Il libro e gli strumenti metodologici che contiene, esortano il penalista, lo invitano a uscire dal proprio ambito per comprenderlo meglio a partire dalla politica criminale, dal diritto comparato ma anche dalla poesia e dall'arte. Soltanto così il diritto penale può adempiere alle sue responsabilità ed essere un diritto che tutela le libertà, e si impegna per una cultura del limite.

Occorre andare oltre i propri confini disciplinari e non solo. Occorre vedere la realtà, mai negarla, così permettendo alla realtà di evolvere.

Mireille Delmas-Marty ragionava per problemi, non per discipline. Anche in questo testo Mireille invita il penalista e più in generale il giurista a pensare ai movimenti mettendo in dialogo il reale e l'immaginario sempre tenendo presente la validità pratica della sua idea e il potere suggestivo la sua formulazione. Fondamentale per lei rendere visibile il movimento, anche grazie all'arte, per mostrare il problema e cercare di risolverlo facendo appello all'Immaginario. Il diritto per Mireille è strumento a servizio dell'Umanità per osservare processi, movimenti e in definitiva «admettre que le chemin n'est jamais tracé d'avance».

Mireille, grande interprete del nostro tempo, esprime in queste pagine l'alto ruolo di civiltà del diritto e dunque anche del diritto penale, nella società e nella fondazione di una comunità umana solidale su scala mondiale. Il diritto come strumento per reagire ai cambiamenti della società,

per forgiare nuovi strumenti e cornici di pensiero – come la sovranità solidale.

Anche dinanzi agli sviluppi attuali, alla società governata dalla paura in Europa e nel mondo, Mireille Delmas-Marty descrive la realtà. Anzi. Con la sua consueta tenacia, con il suo pensiero critico e la sua capacità immaginativa richiama i penalisti, i giuristi e, più in generale, gli esseri umani ad una responsabilità per immaginare una comunità interdipendente e solidale.

LawArt: *C'è dunque una ripresa dell'idea – qui ci viene da pensare agli studi di Mario Sbriccoli sulla storia della scienza penalistica – di un compito civile, di una preoccupazione per la società da parte del giurista penalista nello svolgere il suo sapere specialistico …*

EF & CS: Certamente. Il diritto penale e, più in generale, il diritto hanno un ruolo fondante e sono plasmati da ciascuno di noi e dall'impegno e dalle conoscenze di ciascuno di noi nel costituire una comunità umana mondiale. Per evitare il naufragio, ci insegna Mireille Delmas-Marty nel suo lungo viaggio tra i venti della mondializzazione, occorre essere consapevoli dell'interdipendenza e della solidarietà, essere capaci di accogliere un pensiero in movimento e di immaginare, senza alcuna arroganza, un nuovo Mondo.

Di qui il ruolo del penalista e del giurista, che deve però servirsi dell'immaginazione. Messaggio portante del pensiero di Mireille Delmas-Marty. "Le forze immaginanti del diritto" in divenire possono mantenere la rotta per rendere universali i valori che stanno alla base dei processi di umanizzazione, incrociando differenti saperi e culture.

Mireille Delmas-Marty ci ha fatto capire, come dicevamo poco fa, l'importanza di essere giuristi umanisti.

LawArt: *Altro grande problema, su cui* La bussola dei possibili *fa riflettere, è quello appunto della portata universale della concezione umanistica del diritto. Voi sostenete che la prospettiva della 'mondialità' di Mireille Delmas-*

*Marty sia al riparo da pretese universalistiche di tipo assoluto e, dunque, possiamo qui aggiungere, anche dal discorso egemonico che l'umanesimo occidentale ha mostrato di poter esercitare sugli altri mondi. Potete spiegarci perché? E ciò cosa implica?*

EF & CS: Grazie per questa domanda, perché Mireille Delmas-Marty è sempre stata molto attenta a tale rischio, cercando altresì di immaginare percorsi giuridici pluralisti. Occorre ricordare l'importanza nel suo pensiero della differenza tra "universale" e "universalizzabile", che richiedeva il passaggio da una visione statica a una visione dinamica del sistema giuridico. Dobbiamo dimostrare che ciò che può essere universalizzato non è l'affermazione di un obiettivo predeterminato da valori occidentali, ma è un progetto collettivo e pluralista che tende a riunire, poi armonizzare, visioni globali attorno a una base mobile.

La bussola ha il suo Nord nell'Umanesimo giuridico. Mireille Delmas-Marty offre così un vento di speranza e una via per orientarci. La centralità della persona trova sé stessa nelle due dimensioni dell'Umanesimo: diversità di ogni essere umano (singolarità) e uguale dignità. Proprio questo Nord di una bussola inusuale ci permette di navigare anche tra venti opposti, nel *pot au noir*, tra gli eccessi della libertà e quelli dell'eguaglianza. La libertà da sola produce disuguaglianza e l'uguaglianza da sola annichilisce la libertà. Come afferma anche l'art. 3 della Costituzione italiana, è proprio la dignità a tenere assieme libertà e uguaglianza. Ecco, dunque, il filo che le lega: l'Umanesimo. Un Umanesimo, che su scala mondiale, non può che essere pluralista, sostiene Mireille Delmas-Marty, ricorrendo al concetto di mondialità (*mondialité*): non una visione culturale, non un impero mondiale, ma una comunità interdipendente, solidale. Unica e molteplice allo stesso tempo. Molteplice perché implica pluralismo, ma unica perché non basta giustapporre le differenze, ma occorre cercare di armonizzare le diversità.

In questo la mondialità, concetto che Mireille Delmas-Marty attinge dal poeta Edouard Glissant, si avvicina al pluralismo ordinato di Mireille

Delmas-Marty, che avvicini le differenze senza sopprimerle, ma anche senza cadere in sovranismi senza sbocchi. Per tendere ad un mondo comune occorre preservare le differenze, cercando di renderle compatibili. È dunque l'opposto di una mondializzazione selvaggia e uniformante e di un pensiero egemonico. Diversi, interdipendenti e solidali e questo a condizione di integrare dei principi comuni e di sviluppare una consapevolezza di un destino e di un Avvenire comune. Ci sono diversi Avvenire possibili e l'Avvenire resta aperto all'Imprevedibile.

LawArt: *Il saggio di Mireille Delmas-Marty è stato scritto prima che si concludesse l'esperienza della pandemia. Come si adatta la sua analisi allo scenario post-pandemico? Quali sono i potenziali fattori di 'disumanizzazione' da cui dobbiamo proteggere il diritto oggi?*

EF & CS: Mireille ha varcato confini. Viaggiava in Iran, è stata tradotta in Cina, ascoltava con la stessa attenzione lo studente e il Giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti.

Impegno, ascolto, riflessione. Voleva fare la differenza e ricordarci che il diritto non solo ha un ruolo fondante, ma è strumento per affermare un'etica del limite per l'essere umano, per la società e la comunità umana. «Le droit n'a pas tous les droits», ripeteva. Anche nell'osservare e affrontare le diverse crisi che attraversano il mondo ci ha mostrato l'importanza di non alimentare la cultura della paura, così come ci ha avvertito dell'importanza di non proteggersi da tutti i rischi.

L'emergenza pandemica, come altre emergenze, ha mostrato che occorre ritrovare la forza per una nuova comprensione del presente. Mireille Delmas-Marty aveva scritto un Manifesto per una «mondialité apaisée», individuando tre aggettivi per immaginare una responsabilità umana su scala mondiale: «tous différents, tous interdépendants, tous solidaires». Credo che tale messaggio contenga le indicazioni per aiutarci a non perdere la Bussola. Mireille ci dice di preservare le differenze, di riconoscere le interdipendenze, e promuovere le solidarietà planetarie.

Spetterà a questo diritto in divenire, ci dice Mireille, riconciliare i due opposti, la speranza e la paura. In modo che «la paura diventi solidarietà di fronte al rischio e che la responsabilità si apra alla speranza».

Nel 2003, nella sua lezione inaugurale al Collegio di Francia, all'indomani dell'inizio della guerra in Iraq, Mireille Delmas-Marty sottolineava la sfida per il diritto in un momento in cui «cedeva alla forza». È in quella lezione che ci ricorda la nostra responsabilità come giuristi, l'impegno che a questa deve corrispondere. Per una comunità umana, per un nuovo Mondo, il razionale non era sufficiente. Mireille ci ricorda l'importanza di cercare altrove, nell'arte, nella poesia «l'insurrezione dell'immaginario».

Grazie, dunque, a questa pensatrice per averci, in definitiva, insegnato la simbiosi tra diritto e materia, tra arte e diritto, per rendere visibile l'invisibile.

LawArt: *Condividiamo pienamente il vostro senso di gratitudine. Desideriamo però ringraziare anche voi, per aver realizzato questo significativo "progetto sul progetto", promuovendo il coinvolgimento in un dialogo così ricco e originale. E grazie per la disponibilità a discuterne con* LawArt.

# Rifrazioni. A proposito di *LawArt* / Refractions. About *LawArt*

## A proposito di *LawArt*, 3 (2022)

Pietro Costa

*Il 4 ottobre 2023 si è tenuta all'Istituto Luigi Sturzo di Roma la tavola rotonda* Linguaggio delle immagini, letteratura e dimensione giuridica. Presentazione del n. 3/2022 di *LawArt - Rivista di Diritto, Arte, Storia. L'incontro era mosso dall'idea di rilanciare in un dibattito più ampio la riflessione svolta negli articoli pubblicati nell'ultimo numero della rivista (la cui sezione monografica è stata dedicata in particolare al tema* Il Visual Turn negli studi giuridici*). Con questo stesso spirito pubblichiamo qui la relazione presentata in quella occasione da Pietro Costa, professore emerito dell'Università di Firenze e Accademico dei Lincei, che ringraziamo molto per aver raccolto il nostro invito di condividere, anche sulle pagine di* LawArt*, le sue impressioni sul nostro progetto editoriale e la sua visione del rapporto tra diritto, arte e storia.*

Il progetto euristico cui *LawArt* appartiene è chiaro: è il progetto di mettere a fuoco il punto di intersezione fra fenomeni apparentemente lontani, come il diritto, da un lato, e, dall'altro lato la produzione artistica (la letteratura, le arti visive, il cinema, la musica). Quali sono questi punti di intersezione? A me sembra che si diano tre diverse modalità di interazione fra diritto e arte, ormai note e tutte puntualmente presenti nel volume (anzi nei volumi) di *LawArt*.

La prima modalità. In essa la produzione artistica viene presa in considerazione come un fenomeno socioculturale e socioeconomico: come un fenomeno quindi che, come ogni altro fenomeno sociale, esige di essere giuridicamente disciplinato. In questa prospettiva interessano non i pro-

doi: 10.17473/LawArt-2023-4-12 LawArt 4 (2023) 359-370
ISSN 2039-6880

dotti artistici come tali, ma la formalizzazione giuridica cui l'arte, come fenomeno sociale, ha dato luogo in un determinato contesto (del presente o del passato). Nel nostro volume, due saggi appartengono a questo ambito di ricerca: il documentato saggio di María Encarnación Roca Trías, che studia a fondo il problema della proprietà delle opere d'arte nel quadro della vigente costituzione spagnola, e l'originale lavoro di Giovanni Chiodi, che si interroga sui diritti degli esecutori ed interpreti musicali nell'Italia del Novecento attraverso una serrata analisi delle vicende giudiziarie e delle posizioni dottrinali.

Con la seconda modalità del rapporto fra arte e diritto si apre uno scenario diverso, sorretto da una diversa domanda. Non ci si chiede in che modo il diritto disciplini l'arte, ma ci si chiede come l'arte rappresenti il diritto. Questa domanda presuppone due assunti: che il diritto possa e debba essere studiato come momento della complessiva dinamica socioculturale; e che l'arte (nelle sue varie espressioni) possa contribuire a farci capire il diritto come fenomeno socioculturale.

Per chi condivida entrambi gli assunti i prodotti letterari appaiono uno specchio prezioso per immergere il diritto nella vita complessiva di una determinata società. Tanto per fare un esempio: chi voglia capire che cosa sia stato il diritto nella Francia dell'Ottocento si accorgerà facilmente che studiare il codice Napoleone e leggere le sentenze dei giudici è necessario, ma non sufficiente. Se voglio capire la dimensione esperienziale del diritto, conviene che legga non solo il *Code Napoléon*, ma anche la *Comédie humaine* e intraveda il terreno nel quale prodotti testuali pur così diversi affondano le radici. Il mio esempio non è peraltro casuale: proprio a Balzac un amico scomparso, Aldo Mazzacane, ha dedicato pagine suggestive [1] e a Balzac il secondo fascicolo di *LawArt*, del 2021, ha dedicato significativi contributi: penso ai saggi di Giacomo Pace, di Giovanni Chiodi, di Francesco Gambino [2].

Per chi tenta di raggiungere una conoscenza, vorrei dire, *à parte entiè-*

[1] Mazzacane (2014).

[2] *Balzac e il diritto. Discussione intorno a* G. Guizzi, *Il 'caso Balzac'. Storie di diritto e letteratura*, Il Mulino 2020, in «LawArt», 2 (2021).

*re*, del diritto, una conoscenza del diritto come parte integrante della cultura di una determinata società, le opere letterarie sono ovviamente una fonte importantissima. Accanto a esse, però, possono offrire materiali altrettanto preziosi anche altre espressioni artistiche: la pittura, le arti visive in genere, il cinema e anche la musica (anche se per quest'ultima sorgono problemi specifici che ci porterebbero troppo lontano [3]).

Per quanto riguarda le arti visive, la pittura è ormai da tempo una fonte largamente impiegata per comprendere la strutturazione politico-giuridica di una determinata società. Un caso esemplare, illustrato da una ormai sovrabbondante letteratura, è il ciclo di affreschi senesi dedicati da Ambrogio Lorenzetti al tema del buono e del cattivo governo; ma gli esempi si possono moltiplicare: mi piace ricordare il suggestivo saggio di Mario Sbriccoli dedicato all'immagine della giustizia [4], seguito dal libro di Adriano Prosperi sullo stesso tema [5].

In effetti, tanto la letteratura quanto le arti visive sono un giacimento immane, il cui sfruttamento è appena iniziato. È benvenuta dunque l'iniziativa di *LawArt* che raccoglie saggi documentati, suggestivi, importanti che lavorano in questa direzione: ricordo il saggio di Stefania Gialdroni, dedicato alle istituzioni giurisdizionali riflesse nel prisma della pittura tardo-quattrocentesca; il lavoro di Giacomo Pace Gravina, che stabilisce un felice cortocircuito fra la rappresentazione iconica di un giurista del Settecento e il suo ruolo nella società del tempo; e infine il contributo di Diana Natermann sul ruolo delle immagini (fotografiche, in questo caso) nella costruzione del discorso coloniale. Se poi volessimo estendere lo sguardo al cinema (di autore e di consumo), ci troveremmo di fronte a un materiale altrettanto inesauribile: uno storico di Chicago, Julius Kirshner, mi diceva che, a suo avviso, *Law and Order* – un serial televisivo americano degli anni Novanta – era impagabile per capire il sistema giudiziario del suo paese. E proprio nell'ultimo numero di *LawArt* Francesco Gambino offre una penetrante analisi comparativa delle rappresentazioni

[3] Mi permetto di rinviare a Costa (2020).

[4] Sbriccoli (2009).

[5] Prosperi (2008).

– rispettivamente, giuridico-kelseniana e teatrale e cinematografica – del singolare caso dello pseudo-capitano Voigt.

Possiamo dunque moltiplicare i termini del confronto fra l'esperienza giuridica e le manifestazioni artistiche, ma non cambia la domanda di fondo: nello scenario euristico cui mi sto riferendo – lo scenario originariamente compendiato nella formula *law and literature* – ciò che congiunge i due ambiti, il loro punto di intersezione, è il riflettersi del diritto nello specchio della produzione artistica, assunta come testimonianza privilegiata dell'immaginario, dei valori, delle aspettative di una determinata società. *Law and literature*, in questo senso, viene interpretata e realizzata come *law* in *literature*: il diritto come esperienza riflessa-rappresentata nella letteratura, nella pittura, nel cinema, nelle arti in genere.

È facile intendere come un siffatto programma euristico, fondato su un serio impegno interdisciplinare, richieda la condivisione di un atteggiamento di fondo nei confronti dei fenomeni considerati: occorre insomma che il ricercatore (giurista o letterato che sia) coltivi nei confronti tanto del diritto quanto della letteratura un interesse che vorrei dire *kulturgeschichtlich*. In questa prospettiva, lo storico della letteratura dovrà cogliere delle opere letterarie non soltanto il profilo estetico e stilistico (per intenderci, 'formale'), ma anche e soprattutto il contenuto storico-culturale e lo storico del diritto prenderà in considerazione il diritto non soltanto come un insieme di norme formulate e applicate, ma anche come funzione e momento della dinamica sociale complessiva. Non è necessario che il giurista sostenga teorie giuridiche antiformalistiche e antinormativistiche. Basta che egli sia interessato non soltanto alla struttura-logico prescrittiva del discorso giuridico, ma anche al funzionamento delle norme in un concreto contesto storico sociale (né si dimentichi peraltro che il più illustre campione del formalismo giuridico – Hans Kelsen – è stato anche l'autore di brillanti saggi sociologico-realistici sulla democrazia).

Il diritto 'nelle' arti, dunque: il diritto in quanto esperienza rappresentata dalla letteratura, dal cinema, dalla pittura. Un siffatto programma euristico non esaurisce però lo spettro delle proposte riconducibili alla formula *law and art*. Sono infatti ormai numerosi gli approcci che inten-

dono instaurare un rapporto più stringente fra le arti e il diritto assumendo un obiettivo diverso da quello prima ricordato: non studiare il diritto nelle arti, bensì studiare il diritto come arte.

Si apre uno scenario diverso e complesso che sta e cade con il senso che intendiamo attribuire alla congiunzione 'come'. Se affermiamo che il diritto è 'come' la letteratura ('come' il cinema, 'come' la fotografia ecc.) e se prendiamo sul serio la congiunzione 'come', iniziamo un viaggio avventuroso che ha come presupposto e come tramite uno strumento tanto potente quanto delicato: l'analogia.

Che uso viene fatto dell'analogia e della metafora quando *law and literature* viene declinata come *law as literature*? Come è noto, le modalità di impiego delle metafore nella costruzione del discorso sono molto varie. Le metafore possono essere lessicalizzate e fossilizzate (e in questo caso la loro rilevanza è ridotta al minimo), oppure possono creare effetti stilisticamente ed esteticamente importanti incrementando l'efficacia retorica, persuasiva del discorso. Ciò che però preme sottolineare è che la metafora può svolgere un ruolo ancora diverso: almeno a partire dagli anni Cinquanta del Novecento (penso in particolare a Max Black e poi a Mary Hesse) e poi con la crisi del neopositivismo novecentesco, ha preso campo la convinzione che la metafora ha un ruolo primario nella rappresentazione del mondo e produce effetti non solo stilistici e retorici, ma anche cognitivi.

Concepita da Black come elemento di raccordo e di interazione fra contesti diversi e apparentemente lontani, la metafora «seleziona, enfatizza, sopprime, e organizza caratteristiche» di un ambito di esperienza facendo leva su tratti caratteristici di un ambito diverso[6]. È un'idea feconda, ripresa e sviluppata anche in tempi più recenti. Penso, ad esempio, alla cosiddetta *Conceptual Metaphor Theory*[7], secondo la quale la metafora concettuale opera mettendo in rapporto due domini diversi, il primo dei quali (il dominio *source*) offre la 'mappatura', lo schema orientativo per il dominio assunto come *target*. E non posso esimermi dal ricordare che pro-

[6] Black (1962), p. 44.

[7] Lakoff/Johnson (1980).

prio in Italia ha visto la luce, nei lontani anni Sessanta del Novecento, un grande e appassionante libro sull'analogia e sulla metafora (*La linea e il circolo*, di Enzo Melandri) [8], che, trascurato per decenni, è stato finalmente rimesso in circolo da una provvida riedizione dovuta alla casa editrice Quodlibet di Macerata [9].

Non posso addentrarmi, nel tempo disponibile, in questo difficile ma fecondo terreno e mi limito a ribadire un punto: che per il programma euristico che conveniamo di chiamare '*law as literature*' è decisivo interrogarsi sulla portata euristica e cognitiva dell'analogia. Insomma: *hic Rhodus, hic salta*. Se vogliamo decifrare l'oggetto 'diritto' mettendolo in relazione con altri ambiti di esperienza, non possiamo evitare di interrogarci sullo statuto dei procedimenti analogico-metaforici volta a volta impiegati per 'mappare' il dominio assunto come *target* (appunto, l'esperienza giuridica). Ho tuttavia l'impressione che proprio questo momento, per così dire, metodologico-riflessivo, sia spesso trascurato e che spesso e volentieri la connessione metaforico-analogica fra arte e diritto sia presupposta, piuttosto che esplicitata e problematizzata. Certo, conviene introdurre un *caveat*. Non dobbiamo sopravvalutare l'importanza della riflessione metodologica: possiamo cucinare ottime torte anche senza essere laureati in chimica alimentare. È però anche vero che un'accurata tematizzazione delle strategie analogico-metaforiche potrebbe servire da fondamento e da stimolo per gli studi di *law as art*.

Da questo punto di vista, il saggio di Douglas Rocha Pinheiro è interessante e istruttivo. Esso, infatti, si sofferma su un elemento che può operare come termine medio e ponte fra esperienze distanti e in questo modo offrire un sostegno agli accostamenti analogici: mi riferisco alle sue considerazioni antropologico-culturali sul ruolo centrale della vista nelle culture occidentali. Il suo rilievo è pertinente. Pensiamo al linguaggio che impieghiamo per dar conto delle prestazioni cognitive del discorso. Quando ci riferiamo alla dimensione epistemica di un discorso, quando parliamo di un 'discorso di sapere', attribuiamo a esso la capacità di 'rappre-

[8] Melandri (1968).

[9] Melandri (2012).

sentare' il mondo, di mostrarci la struttura profonda della realtà: appunto di renderla 'visibile'. I discorsi di sapere sono tali in quanto capaci di vedere oltre il visibile, di vedere realtà che sfuggono al nostro senso (la vista) e che tuttavia, in quanto conosciute, divengono 'vedute'. La conoscenza è comprensibile soltanto come estensione, oltre il visibile, del vedere (sfidando l'apparente ossimoro).

Riteniamo di poter vedere oltre il visibile, ma sappiamo che non possiamo vedere tutto. Pinheiro ci ricorda il carattere inevitabilmente parziale della visione rinviando a Walter Benjamin, che sottolineava la necessaria compresenza del vedere e del non vedere, l'impossibilità di cogliere la 'totalità'. Peraltro, il carattere prospettico e parziale della rappresentazione è una delle caratteristiche essenziali che anche Thomas Kuhn attribuisce al paradigma scientifico. Il paradigma è, per Kuhn, l'insieme degli elementi che permettono a un sapere di rappresentare il proprio oggetto, di 'vederlo'; ma questa visione è non già totale, bensì parziale; presuppone un osservatore, *rectius*, una comunità di 'osservatori', socialmente, culturalmente, insomma, storicamente, situata.

I discorsi, i discorsi di sapere, quindi anche il discorso giuridico, 'vede', ma la visione di cui i discorsi sono il tramite non è totale e incondizionata: è una visione sorretta e guidata da interessi, aspettative, valori; è una visione segnata dalla dinamica e dal conflitto sociale di cui è parte; è una visione che produce un effetto, al contempo, di rischiaramento e di occultamento. È con questo gioco di luci e ombre che il lettore dei testi (dei testi prescrittivi come dei testi di sapere) deve fare i conti. È questa la strategia raccomandata dall'*optical constitutionalism* di Pinheiro: decostruire una tradizione testuale portando alla luce quei presupposti che, sottaciuti ma condivisi, hanno impresso a quella tradizione la peculiare 'parzialità' della sua visione. Pinheiro, nel *case study* di cui si occupa (la formazione e la successiva interpretazione della vigente costituzione brasiliana), si riferisce (sulla scia di Sedgwick) alle convinzioni omotransfobiche che hanno inciso sul processo di redazione e di applicazione del testo costituzionale impedendo la 'visione' (e quindi anche il riconoscimento) delle minoranze vulnerabili.

È appunto con questo gioco di luce e ombra che deve confrontarsi qualsiasi lettura critica di un testo. Interpretare criticamente una tradizione significa mettere in discussione i presupposti sottaciuti della *received view* da essa veicolata, pur nella consapevolezza che il compito critico-ermeneutico è un compito interminabile, data l'impossibilità di 'vedere' l'oggetto nella sua totalità. Possiamo chiamare '*optical*' il programma di un'ermeneutica critica? Lo possiamo (e possiamo servirci delle metafore impiegate da Pinheiro, quali «optical unconscious» e «inclusive parallax») proprio perché, a partire dall'assunto antropologico-culturale prima ricordato, facciamo leva sulla fondante esperienza del 'vedere' per intendere la dimensione epistemica delle nostre formazioni discorsive.

Resta dunque ferma l'importanza del nesso fra 'diritto' e 'visione'. Questo nesso è messo a fuoco anche nelle pagine di Stolk e Vos, che si occupano delle organizzazioni internazionali come meta di turismo: il *legal sightseeing*, indicato nel titolo del loro saggio. L'espressione inglese *sightseeing* evoca, direi con ridondanza, la centralità del vedere. Qui però il linguaggio del vedere è impiegato in una direzione in qualche modo opposta rispetto al saggio di Pinheiro. La semantica della visione non serve più a evocare la drammatica contrapposizione fra ciò che un testo mostra e ciò che nasconde né allude allo sforzo necessario a evitare la *epistemology of closet* (per usare l'efficace espressione di Sedgwik ricordata da Pinheiro). Il diritto, infatti, non ha qui la volatile esistenza di un testo prescrittivo sul cui senso ci interroghiamo. Il diritto si presenta come un insieme di istituzioni incarnate in oggetti sensibili, 'visibili', anzi visitabili: esemplificativamente, il palazzo di vetro dell'Onu, l'aula di un tribunale internazionale, l'ufficio di un ambasciatore con tutti i suoi arredi.

Vedere, in questo caso, non è vedere-rappresentare un oggetto incorporeo: è vedere con i nostri corporei organi di senso cose molto solide come palazzi, aule, oggetti. È allora scomparsa la visione come epicentro di una costruzione metaforica? Non direi. Semplicemente, il diritto in questo caso non è l'oggetto, ma è il soggetto della visione: il tema è il 'farsi vedere' del diritto, la sua mondana incarnazione nei più diversi e solenni apparati, al contempo inequivocabilmente 'materiali' e potentemente

simbolici. Il farsi vedere del diritto, la sua mondana incorporazione in edifici, stanze e corridoi, non è l'abbandono della metafora: è la valorizzazione di un nesso *ab antiquo* presente nella semantica della visione; il nesso fra 'vedere' e 'potere' (un nesso centrale nell'antropologica politica dell'Occidente, e forse non solo dell'Occidente; un nesso di cui occorrerebbe considerare anche la dimensione apertamente o cripticamente teologica: Dio è onnipotente perché onnivedente – e viceversa – e analogamente onnipotente e onnivedente è il piccolo dio secolarizzato del *panopticon* benthamiano).

Stolk e Vos sottolineano l'importanza che per le istituzioni riveste il rapporto con il pubblico. Hanno ovviamente ragione. Un politologo americano degli anni Sessanta del Novecento – Merriam – parlava dei *credenda* e dei *miranda* del potere: non solo le dottrine, ma anche le immagini, i riti, le liturgie, che mettono in rapporto il potere con i soggetti e lo rendono (almeno parzialmente) visibile, sono dispositivi indispensabili per la sua legittimità e quindi per il suo funzionamento.

Vedere il diritto (il tema del saggio di Pinheiro) e il farsi vedere del diritto (il tema del lavoro di Stolk e Vos) sono prospettive, in qualche misura, eguali e contrarie: per il primo, la metafora della visione è un incentivo per cogliere, del diritto, le zone in ombra, la polvere sotto il tappeto (potremmo dire le realtà rimosse, dal momento che anche il lessico psicoanalitico può aver molto a che fare con la metafora della visione) e conduce a una critica puntuale degli ordinamenti; per i secondi, il farsi vedere del diritto coincide con un'efficace strategia di autolegittimazione degli ordinamenti stessi, essendo difficilmente ipotizzabile che possa condurre al disvelamento degli *arcana imperii* (la trasparenza delle istituzioni è, per Bobbio, una delle mancate promesse della democrazia).

In ogni caso, la metafora del vedere sembra implicare il tentativo di raggiungere, oltre il diritto, il flusso di esperienze di cui il diritto è una provvisoria e fragile formalizzazione. Le letture che Massimo Meccarelli e Cristiano Paixão offrono di Sebald vanno, a mio avviso, in questa direzione. Meccarelli e Paixão non leggono Sebald come altri hanno letto Balzac o Rabelais, per capire l'immagine del diritto riflessa nello specchio

della letteratura (*law in literature*). La loro aspettativa è diversa: usare l'opera letteraria non come uno specchio, ma, vorrei dire, come un *XR viewer*, come un visore di una *extended reality*, come un dispositivo che permetta l'accesso a un'area esperienziale su cui il diritto riposa pur senza coincidere con essa.

Massimo Meccarelli si chiede che cosa si attenda Sebald dalla letteratura: semplicemente, che dica la verità sul mondo; che non si arresti alla superficie delle cose ma colga, come scrive Sebald, «the metaphysical underside of reality». *The underside*, appunto: il lato nascosto, celato delle cose. Di nuovo, è in gioco la pervasiva metafora del vedere: in questo caso, però, la letteratura non è l'oggetto del vedere, ma un suo *medium*; si vuole non già vedere la letteratura, ma vedere per mezzo della letteratura: vedere, grazie alla letteratura, l'altra faccia della luna, la faccia nascosta del diritto.

Che cosa può mostrare Sebald sul 'non visto' del diritto? Tanto Paixão quanto Meccarelli traggono dalle opere sebaldiane un preciso e impegnativo invito; l'invito a ripensare il rapporto fra diritto e tempo riflettendo su uno dei temi centrali della produzione sebaldiana: l'uso della memoria. Il tema della memoria è fondamentale: per il singolo, ovviamente, ma anche per le istituzioni, che trovano nell'uso politico della memoria un tramite decisivo per la loro legittimazione (basti pensare al ruolo delle storie nazionali nella costruzione dei vari Stati europei e, più di recente, al grande, anche se spesso infruttuoso, tentativo dell'Unione Europea di costruire una 'memoria condivisa' che ne rafforzi la sempre claudicante legittimità).

Politica della memoria, per le istituzioni, significa instaurare un complicato regime di ricordo e di oblio. La giustizia di transizione – presa in considerazione da Meccarelli – è un caso interessante. Un paese è costretto a confrontarsi con laceranti fratture che hanno spezzato i principali vincoli sociali e occorre, in qualche modo, voltar pagina, e ricostruire i legami interrotti. Occorre ricordare, ma anche dimenticare. Serve mettere in contatto carnefici e vittime e cercare difficili mediazioni fra memorie, interpretazioni, esperienze opposte. Si può far molto in questa dire-

zione; ma si può anche prendere sul serio il monito di Sebald, che sembra andare nella direzione opposta assumendo come irrinunciabile e inestinguibile il 'risentimento' della vittima: un risentimento che riposa su un'istanza di giustizia assoluta, non sacrificabile alla logica della composizione del conflitto; per l'appunto quella composizione del conflitto che sembra essere uno dei principali obiettivi delle istituzioni politico-giuridiche.

Forse il diritto ha buone ragioni per porre limiti al tempo e contemplare la possibilità dell'oblio; forse il diritto al risentimento è un elemento socialmente pericoloso. È però anche vero che il diritto al risentimento di Sebald ricorda molto l'indignazione valorizzata da Diderot: che proprio nell'indignazione – nell'indignazione di fronte alla diseguaglianza e alle prevaricazioni – vedeva la fondazione originaria dei diritti. In questa prospettiva allora – come ricorda Paixão – la delimitazione del tempo e la politica dell'oblio, cui gli ordinamenti inclinano, devono arrestarsi di fronte alle violazioni dei diritti umani fondamentali.

In ogni caso, storia e memoria (l'oggettivo svolgersi del processo interattivo e la soggettiva rappresentazione che di quel processo i singoli attori mettono in scena) incidono in modo determinante sulle soluzioni politico-giuridiche volta a volta prospettate (e al tema della memoria *LawArt* si è mostrata sempre sensibile: penso al bel saggio di Marco Fioravanti su Gary, ospitato nel secondo volume della rivista[10]). Storia e memoria, insomma, non sono un lusso 'letterario', ma sono dimensioni essenziali per comprendere ciò che Massimo Meccarelli ha efficacemente chiamato «il terreno magmatico» da cui gli ordinamenti traggono la loro linfa vitale.

*Bibliografia*

Black, Max (1962), *Models and Metaphors: Studies in Language and Philosophy*, Ithaca (NY), Cornell University Press

[10] Fioravanti (2021).

Costa, Pietro (2020), *Il diritto «come» la musica, la musica «come» il diritto: il fascino discreto di un'analogia*, in Roselli, Orlando (a cura di), *Le arti e la dimensione giuridica*, Bologna, Il Mulino, pp. 229-270

Fioravanti, Marco (2021), E*ducare all'umanità, custodire la speranza. Resistenza, diritto e memoria nell'opera di Romain Gary*, in «LawArt», 2, pp. 129-161

Lakoff, George, Mark Johnson (1980), *Metaphors We Live by*, Chicago, Chicago University Press

Mazzacane, Aldo (2014), *Diritto e romanzo nel secolo della borghesia. Le Colonel Chabert di Honoré de Balzac*, in «Giornale di Storia costituzionale», 28/II, pp. 187-213

Melandri, Enzo (1968), *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Bologna, il Mulino

Melandri, Enzo (2012), *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Macerata, Quodlibet

Prosperi, Adriano (2008), *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, Einaudi

Sbriccoli, Mario (2009), *La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna* [2003], in Sbriccoli, Mario, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, pp. 155-208

Crocevia / Crossover

# Il diritto nella produzione letteraria di Claudio Magris: uno scrittore al cospetto delle norme

Andrea Errera

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Claudio Magris e il diritto: un percorso intellettuale in tre movimenti e un finale. – 3. Primo movimento e tesi: necessità del diritto nella vita degli uomini. – 4. Secondo movimento e antitesi: la violazione del diritto. – 5. Terzo movimento e sintesi: diritto e giustizia sostanziale. – 6. Finale: la poesia e la fantasia del giurista.

## 1. *Premessa*

Come ben noto, il movimento nato originariamente nel contesto americano con il nome di *Law and Literature* – sorto in antitesi rispetto agli aridi tecnicismi e formalismi della scuola nota con il nome di *Law and Economics* e affermatosi nel corso del tempo anche nell'ambiente scientifico italiano con il nome di *Diritto e Letteratura* [1] – pone tra i suoi obiettivi l'intento di valorizzare adeguatamente la dimensione umana, sociale ed etica del fenomeno giuridico rispetto ad una mera visione positivistica ed utilitaristica del diritto [2]. In particolare, all'interno di una riflessione generale e complessiva sul rapporto esistente tra diritto e scrittura, il mo-

[1] Su questo «campo di indagine a sé stante» – così scriveva già Sansone (2001), p. VII – mi limito per tutti a citare Alpa (2017), pp. 9-25 e 264-281. Per un esame specifico della dottrina statunitense cfr. Cavalaglio (1998).

[2] È stato scritto che il movimento *Diritto e Letteratura*, nato «come ambito disciplinare autonomo nelle *Schools of Law* americane negli anni Settanta, con l'aspirazione di limitare l'eccesso formalistico cui era giunta la riflessione giuridica [...] intende riportare il giurista a considerare la riflessione etica quale elemento non trascurabile nel diritto, avvicinandolo a pensare sempre più alla giustizia anche nella sua dimensione equitativa»: queste parole si leggono in Carta (2005).

doi: 10.17473/LawArt-2023-4-13 LawArt 4 (2023) 371-399
ISSN 2039-6880

vimento di *Law and Literature* si occupa di studiare per un verso la configurazione del diritto stesso come testo letterario, disciplinato quindi da strutture grammaticali e stilistiche appartenenti alle regole di produzione di qualsiasi testo scritto (*Law as Literature*) [3], e per un altro verso la connotazione riservata alla disciplina giuridica all'interno delle fonti della letteratura, o comunque delle opere in grado di offrire una rappresentazione artistica della società (*Law in Literature*) [4].

Quest'ultima specifica declinazione, ossia quella volta ad indagare e studiare la trasposizione narrativa del diritto all'interno delle fonti letterarie [5], si è rivelata una delle più innovative e feconde tecniche di studio, e la sua fioritura ha prodotto molte suggestive riflessioni, testimoniando l'evidente vivacità scientifica di questa moderna metodologia di indagine [6].

Le pagine che seguono si inseriscono in questo particolare campo di ricerca, e hanno il proposito di esplorare la dimensione giuridica all'interno della produzione letteraria di uno dei più celebrati ed autorevoli scrittori italiani contemporanei, ossia Claudio Magris [7]. A questo fine, nell'intento

---

[3] Cfr. Sansone (2001), pp. 79-83.

[4] Cfr. Wellek/Warren (1956). Precisa a questo proposito Sansone che «il termine letteratura indica la narrativa, l'epica, la prosa, la poesia»: Sansone (2001), p. 3; specificamente su *Law in Literature* si vedano le pp. 78-79.

[5] Ecco la definizione complessiva che ne dà Sansone: «il campo del *diritto e letteratura* si occupa, in via generale, della ricognizione di aspetti della problematica e dell'esperienza giuridica esposti nelle opere letterarie e dell'esame del contributo della letteratura nella formazione della cultura giuridica»: Sansone (2001), p. 1.

[6] Cfr. Sansone (2001), pp. 43-71. Per le prospettive più recenti si può fare riferimento alle seguenti raccolte di scritti: *Diritto di parola* (2009); *Law and Literature* (2010); *Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione* (2014). In ambito italiano merita una specifica menzione l'attività della Società Italiana di Diritto e Letteratura, attiva dal 2008 presso il CIRSFID (Centro interdipartimentale di ricerca in Storia, Filosofia e Informatica del Diritto) dell'Università di Bologna, che promuove gli studi di *Diritto e Letteratura* e in generale l'ambito di ricerca di *Law and the Humanities*.

[7] Claudio Magris (Trieste, 10 aprile 1939) è stato professore ordinario di Lingua e Letteratura tedesca nell'Università di Torino dal 1970 al 1978, per passare poi ad insegnare Letteratura tedesca presso l'Università di Trieste. La profonda conoscenza scientifica

di offrire un contributo che possa suscitare l'interesse non solo dei cultori del diritto, ma anche degli appassionati di letteratura e di tutti quei ricercatori di confine che ragionano sulle possibili combinazioni, commistioni, interazioni e ibridazioni tra diritto e letteratura, si è scelto per ogni argomento indagato di proporre direttamente i brani pertinenti delle opere sottoposte a riflessione: infatti le descrizioni contenute nelle opere di Magris appaiono sovente così argute, taglienti ed incisive da consentire di apprezzarne la peculiare capacità letteraria di condensare e comunicare icasticamente i concetti giuridici affrontati – persino i più complessi – in lucide e preziose sintesi esplicative. Per giunta, apparirà chiaro dalla lettura dei brani qui riprodotti che le esposizioni elaborate da Magris per affrontare i temi giuridici si presentano in genere così esaurienti, evidenti e calzanti nella loro succinta efficacia da conquistare e sedurre non solo i giuristi, ma persino i lettori digiuni di scienza giuridica, senza peraltro che la limpida concisione esplicativa metta mai a repentaglio il rigore dell'argomentazione o la solidità concettuale del ragionamento.

## 2. *Claudio Magris e il diritto: un percorso intellettuale in tre movimenti e un finale*

Per avviare la riflessione sul diritto nella produzione letteraria di Claudio Magris, occorre però anzitutto affrontare una difficoltà preliminare e ba-

maturata a proposito della cultura mitteleuropea ha condotto Magris a sviluppare numerosi studi con cui ha contribuito ad una più consapevole conoscenza del "mito asburgico". Accanto alla produzione scientifica, si colloca peraltro un'intensa e importante attività letteraria che ha consentito a Magris, grazie alla sua vasta e finissima cultura, di affermarsi non solo come uno dei più lucidi saggisti, ma anche come uno dei più affermati e celebrati narratori contemporanei, ricevendo per questo suo valore numerosi premi e prestigiosi riconoscimenti. L'attività letteraria di Magris non si limita peraltro alla scrittura di romanzi, perché la sua capacità di percezione critica della società e la sua umanità lo hanno portato ad essere per molti anni un apprezzato redattore di acuti e toccanti interventi sul *Corriere della Sera*. Sul fronte dell'impegno civile, Magris è stato Senatore nella XII Legislatura dal 1994 al 1996, eletto nel collegio di Trieste con una lista indipendente.

silare, legata alla circostanza che una personalità profonda, acuta e vivace come quella di Magris ha avuto innumerevoli occasioni di confrontarsi con il fenomeno giuridico, e si è cimentato quindi con il diritto in un considerevole numero di saggi e di articoli diversi, al punto che sarebbe impossibile fornire in questa sede un ragguaglio preciso ed esaustivo su questo tema tramite un analitico e completo repertorio di fonti.

Quello che cercherò di fare non è pertanto stilare un anodino elenco di rimandi bibliografici, ma tentare piuttosto di raggruppare le sue riflessioni più rilevanti in un percorso intellettuale coerente ed omogeneo, che offra una lettura complessiva del pensiero di Claudio Magris in relazione al diritto. In particolare, per offrire una traccia del percorso in cui si snoderà la trattazione, e per consentire quindi di seguire con sicurezza e consapevolezza il dipanarsi delle argomentazioni senza smarrire il filo del cammino da compiere, ho pensato di avvalermi di uno schema espositivo scandito in tre momenti successivi che potremmo enfaticamente qualificare come tesi, antitesi e sintesi.

Questa prospettazione triadica si pone peraltro in perfetta sintonia con la concezione fluida della realtà sociale prospettata da Magris, che indica l'inevitabile dinamicità di ogni esperienza umana e il suo naturale e costante movimento evolutivo. In particolare, Magris segnala l'infondatezza di qualsiasi fittizio vagheggiamento verso una irreale fissità o immobilità delle vicende storiche:

> Siamo quasi tutti ciechi conservatori, riluttanti o comunque incapaci di credere che le cose possano cambiare. Scambiamo la realtà, in cui siamo abituati a vivere, per la natura, per un ordine di cose che sarebbe magari augurabile ma ingenuo sperare di mutare. Scambiamo la facciata del reale per l'unica realtà possibile, definitiva, senza avvertire ciò che sempre e incessantemente preme dietro di essa e di continuo la cambia – ora lentamente, quasi inavvertitamente, ora in misura eclatante. Non sentiamo il tarlo che rode il legno, non ci accorgiamo della crisalide che diventerà farfalla, non percepiamo l'intasarsi delle arterie della Storia [8].

[8] Magris (2016), p. 104.

Tutto ciò vale evidentemente anche per il diritto, ove la necessità e l'ineluttabilità di un continuo cambiamento si impongono imperiosamente contro ogni possibile rischio di chiusura o di irrigidimento dogmatico: «Nulla è immutabile; fin dai tempi dei Greci, le leggi venivano scritte pure per essere sottoposte alle verifiche e alle eventuali correzioni della storia» [9].

Si può qui scorgere la disillusione della civiltà moderna verso ogni fittizia lusinga di stabilità o di fissità [10], che Magris coglie con precisione e lucidità. Ma tutto ciò trova una precisa ed eclatante espressione anche all'interno della scienza giuridica contemporanea, ove si percepisce ormai in modo lampante il crollo di ogni ingenua pretesa di dogmatismo giuridico e di certezza del diritto, che costituivano certamente miti e modelli intellettuali cari ai giuristi della giurisprudenza positivistica, ma che indubbiamente non sono più paradigmi scientifici attuali e convincenti nella civiltà giuridica odierna [11].

Una configurazione strutturale di questo saggio in tre movimenti evolutivi (tesi, antitesi, sintesi) si presenta dunque decisamente appropriata non solo per comprendere la visione che Magris ha in generale del dinamismo storico e culturale, ma anche per afferrare più nello specifico la concezione che lo stesso Magris propone del diritto come quadro normativo incessantemente mutevole e variabile. A questo punto occorre solo individuare il punto di origine da cui prendere le mosse, ossia il contenuto del primo tassello della triade concettuale: in altre parole, dobbiamo presentare la tesi di partenza di Magris per quanto riguarda il fenomeno giuridico.

## 3. *Primo movimento e tesi: necessità del diritto nella vita degli uomini*

La tesi da cui prendere le mosse può essere condensata molto semplicemente nella piena e sincera convinzione dell'assoluta ed imprescindibile

[9] Magris (2011), p. 12.

[10] Bauman (1999) e (2006).

[11] Grossi (2001), pp. 43-82.

necessità del diritto nella vita umana, che costituisce un valore ineliminabile ed essenziale per la stessa convivenza sociale. Ciò vale ovviamente per la più importante ed autorevole delle fonti del diritto contemporaneo, a cui spesso Magris fa rinvio come baluardo contro ogni aberrazione e degenerazione: «La Costituzione […] ha un valore fondante, racchiude ed esprime il sentimento di un nostro comune riferimento e destino di italiani» [12].

Ma ciò vale in generale per ogni regolamentazione giuridica, come spesso Magris ci indica anche tramite i personaggi dei suoi romanzi, caparbiamente convinti della insostituibile necessità della disciplina garantita dal diritto. Ecco in proposito alcuni significativi passaggi tratti dal romanzo *Un altro mare*:

> L'ordine ci vuole, anche se personalmente non fa per lui, non ne è capace, ma nel mondo è necessario. [...] Pure Schopenhauer – il suo ritratto accigliato e sarcastico era appoggiato ai libri, nella soffitta – aveva demolito per sempre ogni volontà di vita e di potenza, ma era contento che ci fossero l'esercito e la polizia per tener buona la canaglia [13].
> … ordine ci vuole, le leggi sono odiose ma non si vive nella soffitta di Nino e fuori di quella soffitta il mondo è duro, guai se non ci fossero quelle odiose leggi. Enrico le disprezza e le osserva minuziosamente, altrimenti chissà dove si andrebbe a finire [14].
> Bisogna attenersi al capitolato, che insegna a rinunciare, attenervisi scrupolosamente. Enrico non ha paura né degli uomini né dei puma, né del neverino di bora scura che piomba sulla barca in mare, ma dei paragrafi e dei comma sì che ha paura. [...] Lui è il padrone e deve sorvegliare che si adempia alla legge [15].

Tuttavia, se è vero che non si può transigere sull'applicazione delle norme giuridiche e se è vero che il diritto è un'imposizione necessaria nella vita quotidiana individuale – come i giuristi nella civiltà occidentale hanno da sempre ribadito con formule celeberrime come *ubi societas ibi*

[12] Magris (2011), p. 10.

[13] Magris (1998), p. 17.

[14] Magris (1998), p. 74.

[15] Magris (1998), p. 75.

*ius*[16] – Magris accosta a questa verità evidente anche l'indicazione di un'altra caratteristica dell'animo umano, ossia la pulsione alla disobbedienza, talvolta addirittura esaltata come desiderabile e auspicabile: «La ribellione alla legge esercita, spesso, maggior fascino della sua osservanza»[17].

Non vi è dubbio che la riflessione sulle dinamiche della disobbedienza abbia grandemente e a lungo occupato la scienza giuridica[18]. Magris fa peraltro notare che esistono ovviamente circostanze in cui le critiche alle norme potrebbero trovare un fondamento ovvio e sensato, come nell'ipotesi dell'inadeguatezza del diritto a rispondere alle più elementari esigenze di chiarezza e di comprensibilità:

> La polemica contro la legge, sempre più vistosa, non prende di mira, come sarebbe giusto e anzi doveroso, soltanto l'abnorme proliferazione delle leggi, spesso inestricabili e tortuose o indecifrabili, sino al punto di offuscare anziché promuovere la certezza del diritto, negando così la loro ragion d'essere e ostacolando il fine per il quale esistono[19].

Ma Magris fa anche notare come spesso la ribellione al diritto assuma una connotazione ben più ampia e generalizzata, in conseguenza della percezione dell'intera imposizione giuridica come detestabile e odiosa: «Ogni legge, col suo formalismo e la sua autorità, appare facilmente antipatica»[20].

Vale la pena qui ricordare come questa qualificazione corrisponda strettamente alle riflessioni proposte da Grossi sui miti della modernità, sulla forza meramente estrinseca delle prescrizioni legislative, e sul rapporto (ben diverso da quello della civiltà medievale) tra diritto, legge e giustizia[21].

---

[16] Levi (1924); Rocco (1998); Federici (2017).

[17] Magris (1999), p. 248.

[18] Bobbio (2004); Viola (2009); Baldini (2019).

[19] Magris (1999), p. 249.

[20] Magris (1999), p. 251.

[21] Mirabile rimane per me l'immagine del diritto continentale moderno percepito dal-

Sulla base della circostanza per cui il diritto che viene imposto tramite lo strumento legislativo può presentare talvolta un contenuto incomprensibile, irrazionale o addirittura radicalmente inaccettabile, si origina a questo punto l'interrogativo cruciale di Magris per quanto riguarda il fenomeno normativo: può essere in qualche circostanza lecita una resistenza contro il diritto, ove questo sia inteso semplicemente come la decisione normativa assunta da una maggioranza parlamentare? E se è così, in quale ipotesi la resistenza contro il diritto è lecita?

La risposta, lapidaria e fulminante, è affidata a queste epigrafiche parole: «Una violenza inflitta a un individuo non diventa giusta solo perché il cosiddetto sentire comune l'approva» [22].

Questa profonda e radicata consapevolezza ci introduce al secondo momento della nostra struttura tripartita, ossia all'antitesi.

## 4. *Secondo movimento e antitesi: la violazione del diritto*

E l'antitesi concerne proprio il tema della resistenza al diritto: in quale caso chi trasgredisce la legge può suscitare approvazione, condivisione o addirittura ammirazione? Ecco la risposta che ci guiderà in tutta la ricostruzione del pensiero di Magris sulla complessa questione della contestazione contro la legge:

> Quest'ammirazione è giusta e doverosa nei confronti di chi insorge contro una legge iniqua. [...] Se il mondo non perisce lo si deve, in buona parte, a chi sa sentire la voce delle «non scritte leggi degli dèi» e obbedirle, qualsiasi ne siano le conseguenze e qualsiasi cosa proclamino i legislatori del momento [23].

---

l'«uomo della strada» come uno strumento incomprensibile e pericoloso, al punto da essere equiparato ad un arnese «estraneo, che gli piove sul capo dall'alto come un tegolo dal tetto»: Grossi (2001), p. 51.

[22] Magris (2006), p. 17.

[23] Magris (1999), p. 248.

Magris individua come personaggio emblematico di questa insurrezione una figura che incarna da secoli questo ruolo difficile e scomodo, e che si staglia nella cultura occidentale come l'alfiere indomito di una lotta titanica [24], ossia Antigone:

> Come tutte le grandissime opere poetiche, l'Antigone non appartiene soltanto alla letteratura; è un'opera che investe alle radici le ragioni, le contraddizioni e le lacerazioni dell'esistenza ed è dunque anche opera filosofica e religiosa [...] non c'è distinzione tra poesia, scienza, riflessione e religione, ma un unico discorso poetico cerca di afferrare la totalità del mondo, di dire che cosa esso sia e quale sia il suo significato [25].

Magris ci introduce il dramma interiore di Antigone con queste parole:

> Ogni rielaborazione, commento e ripresa sono un'interpretazione del nodo centrale della tragedia, il conflitto fra la legge dello stato – in questo caso rappresentata dal decreto di Creonte, che proibisce di dar sepoltura al cadavere di Polinice, morto mentre combatteva contro la sua città e la sua patria – e le «leggi non scritte degli dèi», il comandamento etico assoluto che impone ad Antigone di seppellire il fratello caduto nella guerra fratricida, di osservare l'eterna legge dell'amore fraterno e universale e della *pietas* dovuta ai morti, legge che nessun diritto positivo può infrangere senza perdere con ciò la sua legittimità [26].

Questo scontro è ancora più doloroso per l'evidente divario di forze in campo, e quindi per la qualità eroica della resistenza opposta da Antigone:

> Antigone non è un'autorità ecclesiastica; è una donna sola, risoluta ad opporre a una legge dello Stato per lei iniqua le «non scritte leggi degli dèi», i princìpi morali assoluti, non negoziabili. Talvolta dunque i laici, non senza imbarazzo, devono negare a Cesare ciò che sembra spettargli [27].

---

[24] Errera (2013), pp. 16-18; Paradisi (2019).

[25] Magris (1999a), pp. 240-241.

[26] Magris (1999a), p. 242.

[27] Magris (2006a), p. 39.

Soprattutto, è evidente nel pensiero di Magris che questo scontro è innanzitutto e fondamentalmente uno scontro di carattere schiettamente normativo: «L'*Antigone* è, in primo luogo, conflitto fra Antigone e Creonte, fra le due leggi che, nelle loro persone, si affrontano» [28].

In modo ancora più chiaro e palese, il conflitto giuridico è descritto in questo passo:

> La tragedia è dunque conflitto fra legge, *Gesetz*, e comandamento morale, *Gebot*, i quali hanno entrambi un loro valore. Ma l'*Antigone* è la tragedia, perennemente attuale, del dovere di scegliere tra questi valori, con tutte le difficoltà, gli errori e anche le colpe che questa scelta, nelle singole circostanze storiche, implica. La legge positiva, di per sé, non è legittima, nemmeno quando nasce da un ordinamento democratico o dal sentimento e dalla volontà di una maggioranza, se calpesta la morale. [...] E allora bisogna obbedire alle «non scritte leggi degli dèi» cui obbedisce Antigone, anche se tale obbedienza – ovvero disubbidienza alle inique leggi dello Stato – possa avere delle conseguenze tragiche [29].

Ecco il punto. Antigone è ferma nell'obbedire alla legge morale, ma sa con altrettanta certezza che il suo comportamento è antigiuridico perché viola la legge positiva, e questo conflitto genera in lei lacerazione e cruccio:

> Il conflitto fra legge e coscienza è tragico. Si ha tragedia quando non c'è una nitida contrapposizione di innocenza e di colpa, bensì un conflitto nel quale non è possibile per nessuno assumere una posizione che non comporti inevitabilmente un certo grado di colpa [30].

Antigone sa che è doveroso il rispetto della legge, perché sa che ciò consente la convivenza sociale, e riconosce quindi indubbiamente che l'ossequio al diritto è una virtù da rispettare e da stimare. Ma Antigone sa anche che la dignità e la dirittura morale non possono essere messe a repentaglio da una pedissequa e formale obbedienza alla legge, nell'ipotesi

[28] Magris (1999a), p. 243.

[29] Magris (1999a), p. 244.

[30] Magris (2010), p. 4.

in cui essa sia manifestamente contraria all'umanità e alla rettitudine morale:

> Non è in primo luogo l'osservanza di una legge, umana o religiosa, a fare di un uomo un uomo, a infondergli la capacità di discernere il bene dal male, di vivere liberamente il proprio rapporto con gli altri, con sé stesso e col proprio destino [31].

Se Antigone vuole conservare e difendere la sua umanità deve quindi resistere al diritto ingiusto, e ciò è tanto più emblematico in quanto la scelta di Antigone non è il frutto di una esplicita volontà di proporsi come un modello alternativo ed eroico di lotta al sistema, ma nasce da una esigenza puramente intima e individuale – e nondimeno parimenti incoercibile e non negoziabile – di tutela della propria dignità personale: «La morale e forse anche la politica meno sospette nascono e vengono praticate controvoglia» [32].

Lo scontro tra Antigone e Creonte è quindi inevitabile. Ma cosa ci dice che questo scontro, e soprattutto il rifiuto opposto da Antigone a Creonte, sia anche giusto e sacrosanto? Per poter essere sicuri di ciò bisognerebbe essere assolutamente certi che Antigone ubbidisca veramente a princìpi universali:

> A questo punto sorge un interrogativo terribile, a sua volta tragico: come si fa a sapere che quelle leggi non scritte sono degli dèi, ossia sono dei princìpi universali, e non invece arcaici pregiudizi, cieche e oscure pulsioni del sentimento, condizionate da chissà quali vincoli atavici? [...] La tragedia, ma anche la dignità umana consistono nel fatto che a questo dilemma non c'è una risposta precostituita; c'è solo una difficile ricerca, non esente da rischi, anche morali [33].

Il punto centrale è insomma proprio questo. Quali valori possono legittimare la lotta di Antigone? In difesa di quali princìpi si può trasgredire la legge positiva degli uomini?

---

[31] Magris (2006b), p. 52.

[32] Magris (2006c), p. 238.

[33] Magris (1999a), pp. 244-245.

Il problema è serio perché, come sottolinea Magris, «i valori, come ha insegnato una volta per tutte Max Weber, non si possono dimostrare, bensì mostrare» [34].

Ma se non è possibile una dimostrazione scientifica – e quindi esatta ed incontestabile – della superiorità di alcuni valori su altri, si rasenta un rischio ancora più grande, ossia quello di sentirsi individualmente liberi di trasgredire la legge degli uomini sulla base di qualsiasi personale e arbitraria scelta di valori puramente soggettivi, con conseguenze nefande e disastrose sulla convivenza civile:

> Se si inizia a transigere su una norma etica o giuridica, non si sa dove si va a finire o meglio lo si sa benissimo: si approda a un supermarket morale in cui ogni comportamento è *optional* e ciascuno sceglie quello che gli pare e gli fa comodo [35].

Nota acutamente Magris che questo atteggiamento di opportunismo etico è d'altronde ancora più evidente nelle epoche di crisi e di transizione, a cui la nostra fase storica tristemente appartiene:

> Tale sincretismo esasperato è tipico dei momenti di trapasso da una civiltà a un'altra. [...] L'optional ispira anche le scelte morali, perché è particolarmente comodo scegliere fra i comandamenti e i divieti [36].

Malgrado il rischio di questo becero opportunismo etico, Claudio Magris però non ha dubbi: l'uomo ha la facoltà di conoscere e di scegliere valori etici universali e assoluti, così essenziali da essere riconosciuti da tutti gli uomini come fondamentali ed imprescindibili. Questi valori non possono essere però il frutto di semplici scelte di maggioranza, perché la storia umana mostra con allarmante evidenza la barbarie insita nell'imposizione dei valori da parte di alcune civiltà, magari semplicemente più ricche e più forti, su civiltà più deboli ma non per questo meno degne di rispetto:

---

[34] Magris (1999b), p. 257.

[35] Magris (2011a), p. 24.

[36] Magris (2006), pp. 20-21.

> Sappiamo anche che spesso le civiltà, anche la nostra, hanno imposto con violenza ad altre civiltà valori che esse ritenevano universali-umani e che erano invece il prodotto secolare della loro cultura, della loro storia, della loro tradizione, che era semplicemente più forte. E se la maggioranza non ha ragione, […] è facile cadere nella tentazione di imporre con la forza un'altra ragione, che a sua volta ha solo la forza [37].

La ribellione alla legge umana può fondarsi quindi solo su valori assoluti, non su una banale contrapposizione fra la legge positiva e una diversa concezione frutto di una diversa visione politica, che come tale è necessariamente mutevole o addirittura del tutto effimera ed evanescente:

> La coscienza che si ribella alla legge positiva dello Stato in cui vive l'individuo, il quale vi si ribella in nome della sua coscienza, può farlo solo se ritiene di potersi appellare a princìpi assoluti. Sin dalle origini fondanti della nostra civiltà, al diritto codificato (ossia alla legge) viene contrapposta l'universalità di valori umani che nessuna norma positiva può negare. [...] Antigone è il simbolo intramontabile della resistenza alle leggi ingiuste, alla tirannide, al male [38].

Le certezze di Antigone non si basano pertanto semplicemente sulla fiducia di appellarsi ad un diritto più antico o più autorevole, ma solo sull'intrinseca forza insopprimibile dei princìpi professati:

> Le non scritte leggi degli dèi di Antigone sono ben di più di un antico diritto tramandato; si presentano come elementi non storici ma assoluti [39]. [...] La coscienza, soprattutto per ribellarsi con fondamento, deve appellarsi a princìpi che trascendono la contingenza e la relatività di quel momento storico e dell'assetto politico e sociale in cui vive l'individuo che si ribella. [...] Le leggi positive ingiuste, scrive San Tommaso, non sono propriamente leggi, e ad esse non è dovuta alcuna obbedienza; anzi, l'uomo onesto ha il diritto e il dovere di ribellarsi contro di esse [40].

Magris sottolinea infatti che questa percezione dell'ineliminabile pre-

[37] Magris (2010), p. 6.

[38] Magris (2010), pp. 4-5.

[39] Magris (2010), p. 5.

[40] Magris (2010), p. 7.

rogativa dell'uomo di ribellarsi al diritto ingiusto è stata riconosciuta da tutti, ossia non solo nell'età greca da Sofocle, ma da uomini di cultura, filosofi, politici e giuristi di ogni epoca [41], che hanno posto l'accento sulla necessità di individuare «un *quantum* di irrinunciabile universalismo etico, con la fede indiscussa in pochi valori non negoziabili, fondamento di ogni umanità e di ogni società civile» [42].

A questo punto Magris passa quindi in rassegna i princìpi che ritiene degni di considerazione e di rispetto universali, e che ravvisa nelle seguenti espressioni della civiltà umana:

> l'amore cristiano del prossimo, i postulati dell'etica kantiana che ammonisce a considerare ogni individuo sempre come un fine e mai come un mezzo, i valori illuministici e democratici di libertà e tolleranza, gli ideali di giustizia sociale, l'uguaglianza dei diritti di tutti gli uomini in tutti i luoghi della terra siano fondamenti universali che nessun Creonte, nessuno Stato può violare [43].

Ovviamente i giuristi hanno studiato con attenzione il tema dei diritti umani [44], e li hanno spesso condensati nella nozione di diritto naturale [45], di cui parla anche Magris:

> Il diritto naturale, con i suoi inviolabili princìpi universali, si contrappone alla norma positiva ingiusta; la legittimità nega la legalità iniqua. Lo Stato è servitore del bene comune e quand'esso invece lo opprime l'ubbidienza alle sue leggi ingiuste diventa una colpa – un peccato, dicono i teologi – e la ribellione un dovere [46].

Ma oggi le nuove realtà sociali pongono sfide originali, inusitate e tre-

---

[41] Ovviamente, sul punto cfr. Thoreau (2017).

[42] Magris (2010), p. 14.

[43] Magris (1999a), p. 245.

[44] *I diritti umani* (2000).

[45] Basti per tutti, in considerazione della vastità della bibliografia possibile, il rinvio a Fassò (2001).

[46] Magris (1999a), p. 246.

mende basate sull'incontro – e sullo scontro – di civiltà diverse [47], senza però che ciò possa costituire un alibi per evitare la ricerca di criteri basilari – e come tali comuni e condivisi – di difesa della dignità umana [48]:

> La tolleranza e il dialogo presuppongono un relativismo etico, contro la presunzione di essere i soli depositari di un valore assoluto, che induce chi ritiene di possederlo a imporlo agli altri, magari per la loro salvezza. In nome di questa convinzione sono state commesse e si commettono le violenze più orribili. […] Il relativismo [...] è fondamentale e necessario quale correttivo all'interno della ricerca della verità, contro ogni dogmatismo, ma non può escludere la ricerca della verità medesima [49].

Certamente sono sorte e potranno sempre sorgere nel corso del tempo contestazioni sull'esatto contenuto di questi princìpi etici universali, ma l'uomo – e soprattutto il giurista – non potrà in nessun caso esimersi dal porre in essere tutti gli sforzi per rintracciare e difendere questi valori di umanità, malgrado le spinose difficoltà sollevate in ogni epoca dalla ricerca delle giuste risposte [50]. Infatti questa ricerca si presenta ovviamente incessante ed estenuante:

> Non ci si può sottrarre alla responsabilità di scegliere dei valori universali e di comportarsi in conseguenza. [...] Ma occorre rendersi conto di quanto pesante, tragica sia questa responsabilità e di quanto difficile sia risolvere tale contraddizione [51].

E il primo a non sottrarsi a questo dovere e a questa responsabilità di individuare i valori universali è proprio lo stesso Claudio Magris, che assume su di sé il compito e l'onere di proporre una possibile lista dei princìpi di giustizia non negoziabili:

---

[47] Cfr. Glenn (2011).

[48] A proposito, ad esempio, della concezione di Josef Raz che ha sottolineato il «primato della responsabilità come fonte di significato e matrice di senso», cfr. Ferlito (2022), p. 136; Raz (2003); Jonas (1990).

[49] Magris (2010), pp. 13-14.

[50] Cfr. Bettini (2019).

[51] Magris (2006), p. 19.

> All'Europa spetta, culturalmente, il compito di rinnovare la consapevolezza e la difesa del principio di valore, quell'esigenza di princìpi universali che costituisce, da più di due millenni, l'essenza della sua civiltà. [...] Sin dalle sue origini, la cultura occidentale ha posto l'accento sull'individuo, piuttosto che sulla totalità. [...] Tale primato dell'individuo presuppone il principio di uguale dignità e uguali diritti di tutti gli uomini e presuppone dunque la reciproca tolleranza delle diversità e il dialogo fra le culture, fra sistemi di valori talora anche contrastanti. [...] Ma ci si può trovare – e ci si è trovati e ci si troverà – in situazioni che impediscono, moralmente, di transigere e di dialogare, di tollerare. [...] In questa drammatica e crescente ricchezza di diversità e di contrasti, si dovrà faticosamente elaborare, nel continuo confronto e dialogo con le culture dei nuovi europei, un minimo di valori comuni non negoziabili, che comporta una sempre dolorosa ma inevitabile gerarchia di valori [52].

In questa ricerca, Magris indica come fondamentale ed irrinunciabile il ruolo della ragione, che è la cifra caratteristica di tutto il pensiero occidentale:

> Non è il caso di dubitare per questo della ragione. Proprio perché essa, come dicevano gli illuministi, è una tenue fiammella nella notte, è tanto più preziosa; va protetta e non certo spenta per civetteria con le tenebre o col mistero, di cui ci si accorge solo grazie a quella piccola fiamma. [...] Non resta che continuare a essere degli illuministi, alieni da ogni retorica del progresso, ironici, umili, accaniti fedeli della fede nella ragione, nella libertà e nella possibilità di incidere, certo modestamente, sul corso del mondo e di operare per un reale progresso dell'umanità [53].

Come la scienza giuridica ha a lungo ritenuto, solo la ragione umana può essere lo strumento per evitare l'ingiustizia di un diritto arbitrario [54]. Infatti in un altro passo Magris allo stesso modo scrive:

> Nella società multietnica e multiculturale del futuro, con la quale l'Europa dovrà sempre più fare i conti, sarà sempre più necessario, proprio per mantenere più aperto possibile lo spirito di dialogo e di fraterna accetta-

[52] Magris (2006), pp. 13-16.

[53] Magris (2006), p. 24.

[54] Cfr. Birocchi (2002).

> zione nei confronti delle diversità, stabilire un irrinunciabile quantum di universalismo etico, da non sacrificare in nessun caso. Fra gli elementi che non potranno non continuare ad essere fondanti, pena la stessa fine della civiltà europea in senso forte, rientrano il senso del valore primario dell'individuo e la razionalità [55].

La ragione offre quindi all'umanità in modo evidente le fondamentali bussole dotate di certezza, di chiarezza e di definitività per orientarsi costantemente nelle scelte più difficili e scabrose: «i princìpi che ispirano l'etica e il diritto – l'uguale dignità di tutti gli uomini, la tutela di ognuno di essi da ogni violenza – non hanno da mutare con i tempi» [56].

In questo modo abbiamo ormai posto chiaramente in luce i primi due capisaldi del nostro discorso: la tesi (ossia la necessità della legge umana e del suo rispetto) e l'antitesi (ossia l'insopprimibile e doverosa urgenza di non obbedire a nessuna legge ingiusta, ossia a nessuna legge che leda la dignità umana).

## 5. *Terzo movimento e sintesi: diritto e giustizia sostanziale*

Occorre evidentemente pervenire a questo punto ad una sintesi, giacché lo stesso Magris indica chiaramente che quei princìpi morali irrinunciabili non devono limitarsi ad essere semplicemente lo sprone per disobbedire ad ogni legge ingiusta, ma devono anzi diventare il riferimento necessario tramite il quale arrivare addirittura ad abrogare le leggi ingiuste e sostituirle con nuove leggi conformi a giustizia. D'altronde, la sintesi non può certamente negare la tesi (e cioè la necessità del rispetto della legge), ma la può solo sublimare tramite il ruolo dell'antitesi (e cioè della meditata obbedienza alle leggi, ossia di una obbedienza vagliata alla luce di una consapevolezza critica dell'equità sostanziale e non meramente formale che si deve raggiungere con lo strumento legislativo), pervenendo così al risultato della necessità del rispetto della legge, ma solo di quella legge

[55] Magris (1999b), p. 258.

[56] Magris (1999), p. 250.

che abbia recepito e inglobato i princìpi eterni e non negoziabili di giustizia che animano l'intera umanità.

Ecco quindi che si pone per Magris ininterrottamente la necessità di creare nuove leggi per rispondere di volta in volta a nuove sfide di giustizia: «Chiedere nuove leggi dinanzi a nuovi problemi non significa abdicare alla morale e all'impegno personale, ma significa dare realtà concreta agli imperativi e ai comandamenti della morale» [57].

Ma se questa è la strada per la giustizia, ossia una permanente opera di revisione del quadro legislativo, è evidente che le nuove leggi – opportunamente ispirate alla tutela della dignità umana – dovranno necessariamente nascere tramite un rigoroso rispetto delle regole di democrazia che presiedono nei sistemi civili alla produzione legislativa:

> La democrazia è – certo non soltanto, ma comunque anche – la regola che si basa sul criterio di contare le teste, sistema probabilmente scadente ma, come diceva Einaudi, il meno peggio, visto che l'unica alternativa è quella di spaccarle, le teste [58].

Infatti, al di fuori della democrazia non è possibile rinvenire nessuna legalità, anche per coloro che volessero affermare valori irrinunciabili e assoluti di giustizia ispirati ad una qualche forma di giusnaturalismo [59], come Magris sottolinea in questo brano:

> Se le «non scritte leggi degli dèi» si limitano a contrapporsi astrattamente alla legge positiva, possono rivelarsi estremamente pericolose. [...] Sul piano politico, una pura moralità, anche nobile ma non mediata dalla legge, può divenire violenza giustizialista, sino al linciaggio [60].

Per affermare in modo legittimo i reali valori dell'umanità non si può quindi limitarsi a disobbedire alle leggi ingiuste, ma occorre obbligato-

[57] Magris (1999), p. 250.

[58] Magris (2010), p. 6.

[59] Cfr. Viola (2011).

[60] Magris (1999), p. 251.

riamente battersi per ottenere nuove leggi che tutelino efficacemente quei valori di giustizia:

> Infinite volte ci si trova dinanzi a leggi che appaiono ingiuste, a provvedimenti sbagliati o riprovevoli, a cose che non vanno, ma che si possono correggere solo nelle apposite sedi, all'interno di un governo che può modificare alcuni suoi atti, nel Parlamento che può cambiare le leggi, nelle elezioni che possono capovolgere le maggioranze e gli indirizzi di governo del Paese [61].

Da ciò discende che il luogo ordinario della composizione del conflitto tra istanze diverse e per far trionfare i veri valori può essere solo il dialogo, e specificamente il dialogo politico: «solo la composizione del conflitto è una soluzione, e questa composizione, come ha scritto Gustavo Zagrebelsky, spetta alla politica: *è il senso della politica*» [62].

In altre parole, deve essere la politica a condurre infine alla creazione di leggi 'giuste', come limpidamente dice Magris in questo passo esemplare:

> C'è un'unica strada, ricorda Norberto Bobbio [63]: battersi per creare una legalità più giusta senza limitarsi a contrapporre le «voci del cuore» alle norme positive, ma facendo diventare norme, nuove norme più giuste, quelle voci del cuore, trasformandole e sottoponendole alla verifica della coerenza logica e delle ripercussioni sociali; verifica propria a ogni norma e alla sua creazione. Un grande giurista, Tullio Ascarelli, vedeva nell'*Antigone* non l'astratta contrapposizione della coscienza individuale alla norma giuridica positiva, del singolo allo Stato, bensì la lotta della coscienza per tradursi in norme giuridiche positive più giuste, per creare uno Stato più giusto. Creonte, alla fine, assume consapevolezza che la sua legge era iniqua ed è pronto – anche se troppo tardi – a cambiarla. Le «non scritte leggi degli dèi» vengono scritte in leggi umane più giuste, anche se la loro trascrizione è interminabile e a ogni legge positiva la coscienza oppone l'esigenza di una legge più alta. La tragedia non è che questo processo sia interminabile, questa sua perenne perfettibilità è semmai la sua gloria; ci

[61] Magris (2011b), p. 52.

[62] Magris (2010), p. 4.

[63] Circa il pensiero di Bobbio su questo punto, cfr. Ferlito (2022), p. 158.

> sono piuttosto tante ragioni per temere che il processo s'interrompa e che paurose ricadute inumane facciano regredire la storia, cui non è garantito a priori alcun progresso, alla barbarie, la civiltà alla ferocia, la convivenza all'odio [64].

Solo in questo modo il diritto potrà rispondere alla sua più vera e autentica funzione, ossia alla protezione dei deboli dalle angherie e dalle sopraffazioni dei forti:

> Una nuova realtà può comportare, accanto a vantaggi, nuovi pericoli, che occorre arginare. La legge è tutela dei deboli, perché i forti non ne hanno bisogno; è stata la plebe a Roma a chiedere e a ottenere le dodici tavole, basilari nel diritto romano scritto [65].

A questo proposito con mirabile forza espressiva Magris fa dire al personaggio di un suo romanzo: «Sono gli schiavi che cianciano di diritti, chi è libero ha doveri» [66].

La possibilità di edificare un sistema giuridico fondato su doveri, e non su diritti soggettivi, è d'altronde ben più che una velleità letteraria, perché la concreta esperienza storica ci offre molteplici esempi di durature esperienze giuridiche (del passato e del presente) che sono state (e sono attualmente) basate sull'idea della costruzione di una struttura di doveri vincolanti per i consociati e non già di diritti inviolabili, e che perseguono nondimeno con successo in questo modo il proposito di edificare una società giusta e rispettosa delle prerogative individuali [67].

E infatti Magris cita l'esempio di antiche civiltà giuridiche che avevano ben compreso questo ruolo basilare ed imprescindibile della valorizzazione dei doveri e non già dei diritti per una equilibrata vita sociale:

---

[64] Magris (1999a), pp. 246-247.

[65] Magris (1999), p. 250.

[66] Magris (1998), p. 74.

[67] Per un esame delle esperienze giuridiche fondate stabilmente sulla centralità dei doveri, anziché dei diritti (come, ad esempio, quella ebraica, che «ha elevato l'obbligo anziché il diritto ad architrave del sistema normativo»), cfr. Ferlito (2022), pp. 133-137, 156-158.

> Le dittature sono la negazione dello Stato, caduto in mano a gruppi privi di ogni legittimazione, a quei poteri che i romani chiamavano globalmente *latrones*. [...] La civiltà e la democrazia liberale stanno dalla parte di Napoleone, del codice che abbatte le mura del ghetto, e non dalla parte di chi costruisce quelle mura o comunque lascerebbe che ognuno, in possesso della forza di farlo, innalzasse ghetti per chiudervi chi gli pare. Senza legge non c'è ordine né libertà; l'eclissi del diritto lascia il mondo, direbbero i romani, in balìa dei *latrones* [68].

Da tutto ciò risulta confermata e ribadita nel pensiero di Magris la centralità ineliminabile della legge, nella sua capacità di prevedere un sistema di doveri e non solo di diritti, come unico possibile baluardo della giustizia:

> Indebolire la legge, in nome dello spontaneo processo della vita che in tutti gli ambiti – individuale, politico, economico, sociale – procederebbe per il meglio, significa lasciare i deboli alla mercé dei forti, spianare la strada alla violenza e all'ingiustizia, abbandonare la realtà all'arbitrio del più potente. [...] Abbiamo e avremo sempre più bisogno di certezza del diritto [69].

La stessa idea di giustizia non è neppure concepibile per Magris al di fuori di una rigorosa legalità garantita da un efficace sistema legislativo:

> Giustizia è assicurare a chiunque, anche al più bestiale assassino, un processo regolare e tutte le garanzie di uno Stato di diritto, proteggendolo da qualsiasi violenza selvaggia e anche dai sentimenti legittimamente feroci nei suoi confronti. Quando a decidere non è la legge – arida, formalistica, anche cavillosa, ma pur sempre garanzia dei diritti di ognuno – è meglio non nominare invano la giustizia [70].

Insomma, il diritto (legislativo) ha per Magris una forza, un'importanza e un rilievo assolutamente centrali, che ne impediscono qualsiasi superficiale connotazione negativa:

---

[68] Magris (1999b), pp. 263-264.

[69] Magris (2006b), p. 54.

[70] Magris (2011c), p. 177.

> Democrazia, logica e diritto sono stati spesso disprezzati quali valori "freddi" in nome di valori "caldi" del sentimento. Ma quei valori freddi – forse nessuno lo ha messo in evidenza come Norberto Bobbio – sono necessari per stabilire le regole e le garanzie di tutela del cittadino, senza le quali gli individui non sarebbero liberi e non potrebbero vivere la loro «calda vita», come la chiamava Umberto Saba. Sono i valori freddi – l'esercizio del voto, le formali garanzie giuridiche, l'osservanza delle leggi e delle regole, i princìpi logici – a permettere agli uomini in carne e ossa di coltivare personalmente i propri valori e sentimenti caldi, gli affetti, l'amore, l'amicizia, le passioni e le predilezioni di ogni genere [71].

In sintesi, ecco la conclusione di Magris: «La legge è come la democrazia: è un valore freddo, una regola che non penetra il mistero della vita, ma consente a ognuno di vivere il proprio mistero, la propria passione, il proprio delirio» [72].

## 6. *Finale: la poesia e la fantasia del giurista*

Abbiamo così svolto in tre tappe un percorso all'interno delle opere di Magris alla ricerca del suo pensiero in tema di diritto. Nondimeno, è chiaro che ciò non può pretendere di concludere l'indagine: molti altri versanti e molte altre questioni presenti nei suoi scritti potrebbero essere affrontate, ma ovviamente si tratterebbe di una ricerca mastodontica, che finirebbe per travalicare di gran lunga i fini del presente saggio.

Non ritengo però opportuno chiudere il discorso senza proporre alcuni brani – frutto di una mia personale spigolatura all'interno della produzione letteraria di Magris – che considero particolarmente significativi per illustrare la profondità e la lucidità della sua riflessione per quanto concerne il valore della scienza giuridica. A questo proposito Magris ha scritto:

> Tanta letteratura, anche grande ma ingiusta, ha guardato con freddezza al diritto, considerandolo arido e prosaico rispetto alla luce della poesia e

[71] Magris (2010), p. 20.

[72] Magris (2006b), p. 52.

> della morale. La legge invece ha una profonda e malinconica poesia; è il tentativo di calare concretamente nella realtà vissuta le esigenze della coscienza – un tentativo fatalmente compromissorio, perché costretto a fare i conti con i limiti del reale, ma grande proprio per questo arduo e ingrato confronto con la dura prosa del mondo [73].

Non si tratta peraltro di un'affermazione isolata ed estemporanea; al contrario, Magris ha anche chiaramente affermato che:

> La democrazia è poetica, è ricca di fantasia, perché ci fa sentire che esistono individui che non vedremo mai, e di cui giustamente non ci importa nulla, ma che hanno il nostro stesso diritto di vagabondare, sognare, delirare. Chi sa vedere solo l'immediatezza, non vede niente [74].

La sincera e vigorosa difesa del diritto assume in alcuni punti anche tinte vivide e colorite, che appaiono opportune per rimarcare in modo enfatico il concetto anche rivolgendosi ai non addetti ai lavori:

> Certo, Stato e diritto appaiono prosaici, malinconici; le cose essenziali della vita – l'amore, l'amicizia, l'avventura, la morte – avvengono senza codici e il cow-boy è più affascinante del burocrate. [...] Ma se il Far West è seducente, con l'eroe generoso che difende la fanciulla inerme dai malvagi pistoleros che vogliono portarle via il ranch, ci si deve chiedere cosa succederebbe se non arrivasse quel provvidenziale eroe, che nella realtà appunto non arriva quasi mai. E il western insegna che c'è bisogno dello sceriffo, col quale inizia l'opera della legge e dello Stato, senza cui i deboli restano esposti alla violenza dei forti [75].

Se questo è il pregio del diritto, trova piena giustificazione anche il forte e sonoro richiamo di Magris persino alla 'fantasia' del legislatore:

> Sarà quindi non solo inevitabile, ma anche bene promulgare tutte le leggi che il corso delle cose renderà necessarie. Non è un lavoro divertente; può sembrare cavilloso, ma richiede fantasia. Gli antichi, che

[73] Magris (1999), p. 251.

[74] Magris (2006b), p. 54.

[75] Magris (1999b), p. 263.

> avevano capito quasi tutto, sapevano che ci può essere poesia nel legiferare [76].

Magris non si trova peraltro isolato nell'uso di questa colorita espressione: anche all'interno della scienza giuridica attuale esistono infatti celebri e vigorosi richiami alla necessità di alimentare e valorizzare la 'fantasia' del giurista [77].

Nondimeno, Magris prosegue le sue riflessioni su questo tema aggiungendo che la fantasia del legislatore si sviluppa necessariamente tramite il confronto politico, nel quale deve prevalere anche un doveroso rispetto per l'antagonista, senza il quale – come senza il diritto – ci si avvia inevitabilmente alla barbarie, che costituisce una

> malattia della società contemporanea: la caduta di quella virtù suprema, premessa di tutte le altre, che è il rispetto, e dello stile, in cui il rispetto prende corpo. [...] Il rispetto non esiste senza certe forme, senza uno stile in cui s'incarna e che non obbedisce a etichette pretesamente raffinate o a rigidi codici di comportamento, bensì è uno spontaneo riguardo nei confronti degli altri, di chiunque altro; è il modo in cui ci si rivolge agli altri, pur magari combattendoli. Quando una società perde lo stile, inizia a marcire [78].

Infine, Magris ci segnala anche che il diritto può essere per il giurista persino lo strumento supremo per affermare e difendere con onore e fermezza la propria dignità contro ogni sopruso, malgrado il rischio reale e imminente di gravi e micidiali conseguenze personali per il coraggio di voler custodire, tramite il diritto, anche la propria rettitudine:

> La vita è certo un valore, ma non è detto sia il valore supremo; gli antichi ammonivano a non perdere, per amore della vita, per sopravvivere a ogni costo, le sue ragioni e il suo significato (*propter vitam vivendi perdere causas*) [...] Sarebbe meglio essere come l'avvocato Cornelio Brosio, che al processo del tribunale fascista a Torino, nell'aprile 1944, esamina con pi-

[76] Magris (1999), p. 251.

[77] Cfr. Grossi (1986) e (2018), p. 308.

[78] Magris (2011d), p. 141.

> gnoleria e poi rifiuta di firmare la domanda di grazia perché contiene alcune espressioni contrarie ai suoi princìpi. Credo che, a essere così, si vive meglio, si è e si resta più vivi [79].

Possiamo dire in conclusione che Magris ci rammenta in tutta la sua opera che per il diritto non si è immolato solo un personaggio letterario come Antigone, ma che per la salvaguardia della giustizia incarnata in princìpi giuridici ispirati alla rettitudine hanno trovato il loro martirio anche molti giuristi del passato e del presente, ovunque nel mondo, testimoniando in questo modo un eroismo non certamente minore di quello di Antigone per consentire il trionfo di un diritto veramente giusto.

Tutto quel che si è detto sinora mostra l'attenzione profonda, sagace e originale con cui Claudio Magris ha indagato il fenomeno giuridico. In particolare, nella narrativa e nei saggi di impegno civile, scritti in oltre cinquanta anni di attività, è possibile scorgere una raffinata sensibilità, che ha portato Magris a scandagliare con lucidità e rigore gli influssi e le implicazioni che le scelte giuridiche hanno prodotto sulla realtà umana, che si presenta come fragile e delicata destinataria delle soluzioni normative. Spicca quindi in tutto ciò una singolare capacità di esaminare gli effetti prodotti dal diritto nella vita umana: l'attenta lettura delle dinamiche sociali, che emerge costantemente dalle opere di Claudio Magris, mette a nudo, insomma, con rara precisione, gli effetti – talvolta sconvolgenti e talvolta imprevedibili – del diritto nella quotidiana esistenza collettiva.

Ed è in questa abilità e sensibilità che è possibile individuare il merito saliente e cruciale di Claudio Magris, che ha rivolto con la sua attività letteraria un monito costante alla scienza giuridica per rammentarne l'importanza e il valore al fine di pervenire ad una giurisprudenza giusta ed equilibrata – ossia per perseguire l'obiettivo di essere effettivamente artefice di quello *ius* come *ars boni et aequi* di cui parlavano con venerazione i giuristi romani [80] – che costituisce la premessa indispensabile per il

[79] Magris (2011e), p. 18.

[80] Locuzione attribuita a Celso da Ulpiano (Dig.1.1.1.pr.); cfr. Cerami (2020).

raggiungimento di una vera *consonantia* armonica tra gli uomini, vero obiettivo primario di tutto il diritto.

Claudio Magris ci ricorda che è a questo alto, difficile e nobile ruolo che dovrebbe sempre aspirare la scienza giuridica, e che occorre sempre vigilare per evitare che questa mèta ambiziosa, ma necessaria, rischi di venire affievolita o, addirittura, di andare del tutto smarrita nelle pieghe dei tecnicismi o nelle raffinatezze dei virtuosismi dialettici. In conclusione, Claudio Magris opportunamente sottolinea in tutte le sue opere, oramai da mezzo secolo, la necessità di una giurisprudenza colta, coraggiosa e sensibile ai valori profondi e irrinunciabili della dignità umana, perché ci ricorda che solo un diritto intrinsecamente giusto può veramente consentire lo sviluppo di una società pacifica, prosperosa e armoniosa.

*Bibliografia*

Alpa, Guido (2017), *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, Marietti

Baldini, Vincenzo (2019), *La disobbedienza civile come forma (illegittima?) di resistenza contro la legge ingiusta… La condotta individuale di opposizione tra imperativo etico ed (auto)tutela costituzionale*, in «Dirittifondamentali.it», 1, https://dirittifondamentali.it/

Bauman, Zygmunt (1999), *La società dell'incertezza*, Bologna, il Mulino

Bauman, Zygmunt (2006), *Vita liquida*, Roma-Bari, Laterza

Bettini, Maurizio (2019), *Homo sum. Esseri "umani" nel mondo antico*, Torino, Einaudi

Birocchi, Italo (2002), *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli

Bobbio, Norberto (2004), *Disobbedienza civile*, in Bobbio, Norberto, Nicola Matteucci, Gianfranco Pasquino (eds.), *Dizionario di politica*, Torino, Utet

Carta, Paolo (2005), *Humanisme juridique du XX^e^ siècle*, in «Droit et littérature», 5, pp. 13-37 (consultato in *Laboratoire italien*, 5/2005, http://laboratoireitalien.revues.org/260)

Casucci, Felice (ed.), *Diritto di parola. Saggi di diritto e letteratura* (2009), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane

Cavalaglio, Lorenzo (1998), *Literature vs. Economics, ovvero Richard Posner e l'analisi giusletteraria*, in «Vita notarile», 1, pp. 492-518

Cerami, Pietro (2020), *"Ius est ars boni et aequi". Un riesame della definizione celsina*, in «Revista general de derecho romano», 34

Chiodi, Giulio M. (ed.) (2000), *I diritti umani. Un'immagine epocale*, Napoli, Alfredo Guida

Errera, Andrea (2013), *Los juristas y la verdad: Éxitos y fracasos de una investigación permanente*, in «Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia», 25, pp. 11-28

Fassò, Guido (2001), *Storia della filosofia del diritto. I. Antichità e medioevo*, a cura di C. Faralli, Roma-Bari, Laterza

Fassò, Guido (2001), *Storia della filosofia del diritto. II. L'età moderna*, a cura di C. Faralli, Roma-Bari, Laterza

Federici, Renato (2017), *"Ubi societas ibi ius". "Ubi ius ibi societas". Alla ricerca dell'origine e del significato di due formule potenti*, in «Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici», http://www.contabilita-pubblica.it/Rivista%20web.htm

Ferlito, Sergio (2022), *Tradizioni religiose e ordine sociale. Alle origini dell'immaginario giuridico*, Roma, Carocci

Glenn, Patrick H. (2011), *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, il Mulino

Graziadei, Michele, Barbara Pozzo (eds.) (2014), *Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione*, Atti del III Congresso Nazionale (Como, 14-15 marzo 2014), Milano, Giuffrè

Grossi, Paolo (1986), *La fantasia nel diritto*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 15, pp. 589-592

Grossi, Paolo (2001), *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè

Grossi, Paolo (2018), *Della interpretazione come invenzione (La riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 47.1, pp. 303-312

Jonas, Hans (1990), *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, Einaudi

Levi, Alessandro (1924), *Ubi societas, ibi ius*, in *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, Zanichelli, pp. 47-94

Magris, Claudio (1998), *Un altro mare*, Milano, Garzanti

Magris, Claudio (1999), *Quelle leggi necessarie*, in Magris, Claudio, *Utopia e disincanto. Saggi 1974-1998*, Milano, Garzanti

Magris, Claudio (1999a), *Chi scrive le non scritte leggi degli dèi?*, in Magris, Claudio, *Utopia e disincanto. Saggi 1974-1998*, Milano, Garzanti

Magris, Claudio (1999b), *La borsa dei valori*, in Magris, Claudio, *Utopia e disincanto. Saggi 1974-1998*, Milano, Garzanti

Magris, Claudio (2006), *Le frontiere del dialogo*, in Magris, Claudio, *La storia non è finita. Etica, politica, laicità*, Milano, Garzanti

Magris, Claudio (2006a), *Cosa spetta a Dio e cosa spetta a Cesare*, in Magris, Claudio, *La storia non è finita. Etica, politica, laicità*, Milano, Garzanti

Magris, Claudio (2006b), *Ragioni della legge e ragioni del cuore*, in Magris, Claudio, *La storia non è finita. Etica, politica, laicità*, Milano, Garzanti

Magris, Claudio (2006c), *Epilogo*, in Magris, Claudio, *La storia non è finita. Etica, politica, laicità*, Milano, Garzanti

Magris, Claudio (2010), *Chi scrive le non scritte leggi degli dèi?*, in Magris, Claudio, Stefano Levi Della Torre, *Democrazia, legge e coscienza*, Torino, Codice edizioni

Magris, Claudio (2016), *Il Muro durerà ancora anni…*, in Magris, Claudio, *Istantanee*, Milano, La nave di Teseo

Magris, Claudio (2011), *Patriottismo della Costituzione*, in Magris, Claudio, *Livelli di guardia. Note civili (2006-2011)*, Milano, Garzanti

Magris, Claudio (2011a), *Alla frontiera della vita*, in Magris, Claudio, *Livelli di guardia. Note civili (2006-2011)*, Milano, Garzanti

Magris, Claudio (2011b), *Tasse, teologia e buonumore*, in Magris, Claudio, *Livelli di guardia. Note civili (2006-2011)*, Milano, Garzanti

Magris, Claudio (2011c), *La Dea della Giustizia e quella della Caccia*, in Magris, Claudio, *Livelli di guardia. Note civili (2006-2011)*, Milano, Garzanti

Magris, Claudio (2011d), *Tiro a segno sulla Chiesa*, in Magris, Claudio, *Livelli di guardia. Note civili (2006-2011)*, Milano, Garzanti

Magris, Claudio (2011e), *Morire per Danzica*, in Magris, Claudio, *Livelli di guardia. Note civili (2006-2011)*, Milano, Garzanti

Mittica, Maria Paola (ed.) (2010), *Law and Literature. A Discussion on Purposes and Method*, Proceedings of the Special WS on Law and Literature held at 24th IVR World Conference (September, 2009, Beijing), Bologna, ISLL

Paradisi, Roberto (2019), *Il diritto negato. Alle origini della legittima difesa: l'eterno conflitto tra Antigone e Creonte*, Torino, Giappichelli

Raz, Joseph (2003), *I valori fra attaccamento e rispetto*, Reggio Emilia, Diabasis

Rocco, Delia (1998), *Ubi societas ibi ius*, Padova, Cedam

Sansone, Arianna (2001), *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Milano, Giuffrè

Thoreau, Henry David (2017), *Disobbedienza civile*, Milano, Feltrinelli

Viola, Francesco (2009), *L'obiezione di coscienza come diritto*, in «Persona y Derecho», 61, pp. 53-71

Viola, Francesco (2011), *Costituzione, democrazia e diritto naturale*, in Possenti, Vittorio (ed.), *Il futuro della democrazia*, Milano, Mimesis, pp. 183-201

Wellek, René, Austin Warren (1956), *Teoria della letteratura*, Bologna, il Mulino

# Legge, giustizia e rock'n'roll

Riccardo Ferrante

«…and that the ladder of law has no
top and no bottom»
B. Dylan, *The Lonesome Death of Hattie Carroll*

SOMMARIO: 1. Tra *blues* e *rock'n'roll*. – 2. Legge, giustizia e ingiustizie nel *rock*. – 3. *I Fought the Law*: storia di una canzone *rock*. – 4. Legge e giustizia nei cantautori italiani (cenni). – 5. «The Law is everything we have» (tornare a Runnymede…).

## 1. *Tra* blues *e r*ock'n'roll

Sesso, droga e *rock'n'roll* rappresenta una triade ormai assai riconoscibile della cultura popolare globale; lo stesso termine *rock'n'roll* compendia il movimento dell'atto sessuale e una compulsione che può essere riferita anche all'abuso delle sostanze psicotrope.

Elemento distintivo del *rock* – in realtà influenzato da molti altri generi (pure dalla 'musica colta') dai confini incerti e dalle articolazioni molto diversificate – è in effetti il *beat*, una scansione ritmica costante, una pulsazione [1]. Diversamente dal *blues*, o dal *country*, o dal *folk*, o dal *jazz*, generi con cui è fortemente imparentato, e che nascono dalle esibizioni dal vivo, la sua conformazione originaria sono i dischi, che dunque in queste pagine saranno la fonte di riferimento preminente [2].

Il *Pantheon* storico di questo vasto genere musicale si è arricchito lungo il secolo scorso di personaggi che si sono distinti per una prassi parossistica, e in alcuni casi autodistruttiva, non senza molti casi – però – di im-

[1] Belz (1975), p. VI.

[2] Belz (1975), p. VII.

doi: 10.17473/LawArt-2023-4-14
ISSN 2039-6880

prevista resilienza [3]. Va detto che allo stesso modo ha riservato imprevedibili sviluppi creativi il genere artistico nel suo complesso, divenendo parte essenziale della cultura del Novecento, passando in alcuni tratti da 'musica popolare' a 'musica colta' e ponendosi in specifici casi come articolazione della 'musica [classica] contemporanea' (emblematico il percorso artistico di Brian Eno); nel contempo ha fornito pagine ormai inserite nella storia della letteratura più recente [4].

Anche il *rock*, dunque, ha sviluppato i suoi classici [5]. Nella fase di determinazione dei canoni del *rock'n'roll*, è già possibile individuare una se-

---

[3] I *rocker* ultrasettantenni, che calcano il proscenio con energia inesaurita, ormai non si contano più. Un'autobiografia emblematica, per il particolare profilo biografico e artistico ricco di 'esperienze' del compositore e chitarrista dei Rolling Stones, è l'ampio Richards (2010). Tra le 'bio' degli esponenti di quella generazione (Richards è del 1943), e nella notevole diversità, si segnala Young (2012); il cantautore canadese è del 1945. Sempre nel medesimo genere letterario, anche se incominciamo ad uscire dai limiti del *rock* in senso stretto, Mason (2018); Mason, batterista dello storico gruppo inglese dei Pink Floyd, è del 1944. Discorso a parte, per la speciale collocazione nella storia della cultura contemporanea, consolidata anche dal *Nobel Prize*, merita Dylan (2016[2]); Dylan è del 1941. Nessuno di questi artisti ha ancora interrotto la propria attività concertistica. Infine, per un quadro enciclopedico complessivo, può essere utile Roberts (2013), *ad vocem*.

[4] Sotto vari angoli prospettici, interessante su questi temi il numero monografico di «Diacronie. Studi di storia contemporanea», n. 53, I/2023, dedicato a *Popular media e storia. Media, consumi e politica dagli anni '50 agli anni '90* – https://www.studistorici.com/2023/03/29/sommario-numero-53/.

[5] Queste pagine non hanno minimamente lo scopo di affrontare temi musicologici; l'approccio è quello dello storico della cultura giuridica adattato a un campo in realtà lontano dalla tradizionale indagine in questo settore. È dunque in gran parte un 'tentativo' storiografico. Un punto di partenza fondamentale, però, possono essere le parole scritte autorevolmente più di quarant'anni fa, ma di primo acchito ancora in buona parte attuali: «Tuttavia, il rock resta un fenomeno eterogeneo e poco chiaro a cui sono state adattate strutture critiche piuttosto esili. La confusione sull'identificazione della musica è responsabile solo in parte di questa situazione. Molti saggi sull'argomento discutono di musica in termini entusiastici, ma trascurano di descrivere con chiarezza i caratteri specifici della musica stessa. Questa tendenza rispecchia la natura popolare del rock: la musica è considerata eccitante, importante, piena di significati ma tutto ciò non incoraggia la discussione del perché questi termini siano esteticamente validi». Belz (1975), pp. VII-VIII.

rie di brani che parlano di legalità violata e delle sue conseguenze, e in particolare della condanna al carcere ingiustamente patita o della esecuzione delle pene. Si tratta di un tema narrativo ricorrente, che può essere letto come una particolare declinazione della triade-base, forse meno seducente del calco originario, ma non meno scatenante dello 'spirito' del *rock*: 'legge, giustizia e *rock'n'roll*', appunto.

Emblematiche sono le vicende di un brano musicale scritto alla fine degli anni '50, che rientra in questa tradizione, e se ne farà lo snodo di queste pagine. Parla di 'legge' in modo molto esplicito, e significativamente resisterà nella tradizione della cultura *rock* tramite varie reinterpretazioni per il modo in cui rappresenta il rapporto difficile e contraddittorio tra legalità e società. Ma vale la pena ricostruire prima un contesto.

Il *rock*, forma musicale dalle radici complesse, ha notoriamente un suo fattore originario nel *blues*[6]. La 'scala *blues*' si determina attraverso le 'blue notes'. Nella chitarra si utilizza il *bending*: 'stirando' la corda sulla tastiera se ne modifica la tensione e dunque il tono con un effetto, ancora una volta, *blue*[7].

---

[6] Tecnicamente, e riprendendo dallo *Standard Dictionary of Folklore, Mythology and Legend*: «Musicalmente, i blues si distinguono per strutture di 8 o 12 misure (poi anche 16 o 20), per una certa qualità antifonale, per le sincopi e per la presenza della poliritmia caratteristica della musica negra, per progressioni armoniche semplici e per una leggera diminuzione del 3° e 7° grado della scala la cui intonazione è anche detta "blue" [...] La strofa tipica consiste in un'affermazione ripetuta una o più volte, a volte con piccole modifiche, e un verso conclusivo, una risposta gnomica, un commento sentenzioso». Murray (1999), p. 36.

[7] Indice, medio e, se del caso, anulare della mano sinistra spingono lateralmente la corda, mentre col pollice ci si ancora al manico in una sorta di manovra a tenaglia. L'effetto emotivo è un languore strascicato, triste che – se l'effetto è insistito – può diventare lancinante. La tecnica è sconosciuta alla musica classica e via via ha dilagato nella musica *rock*, come uno degli elementi distintivi (in campo chitarristico) della derivazione dal *blues*, per poi affacciarsi anche nella musica (classica) contemporanea. Tra i tantissimi esempi possibili, David Gilmour – chitarrista dei Pink Floyd, gruppo rock che più di qualsiasi altro ha sconfinato appunto nel genere 'musica contemporanea' – usa ad esempio ampiamente questa tecnica (per altro in un contesto di scala pentatonica) in quello che è considerato il più importante *solo* della storia del *rock*, presente in *Conforta-*

*Blue* indica tristezza, e originariamente lo stato depressivo e agitato susseguente alla astinenza da alcool, cioè «to have the blue devils».

> Anche se ci si può a volte di fatto dimenticare del tutto di loro, troppo spesso ciò di cui subito ci si accorge, la mattina non appena ci si alza, è che quelli sono lì di nuovo, incombenti come il cattivo tempo, e ronzano come insetti sporchi portando le loro infezioni, e sciamano proprio come se fossero davvero piccoli demoni impegnatissimi nel compito che è stato loro affidato dal Gran Re dei Demoni rossi in persona, di recare in giro la loro molestia [8].

Peraltro col termine *blue laws* sono indicate le *sunday laws*, le leggi che, inizialmente (dal XVII secolo) proibitive per motivi religiosi delle attività lavorative e di commercio durante la domenica, vietavano in particolare in quel giorno la vendita e il consumo di alcool [9].

> Il blues è prima di tutto, qualsiasi fonte abbia concorso a formarlo, una musica originale degli Stati Uniti. È una sintesi di elementi africani ed europei, il prodotto di una sensibilità afro-americana in territorio americano [10].

Col termine *blues* si iniziò a identificare la musica popolare dei neri impegnati nelle piantagioni di cotone, in particolare lungo il Mississippi. Una di queste era il complesso delle *Angola State Farms*, che prendeva il nome dalla zona di provenienza degli schiavi usati per la raccolta: in

---

*bly Numb* (l'album è lo storico *The Wall*, 1978, cui si farà riferimento anche in conclusione).

[8] Murray (1999), p. 7. La prima parte del volume è dedicata appunto all'influenza esercitata dai *blues*, nel senso appunto di 'spiriti maligni'. Di seguito si spiega come 'blue', inteso come stato emotivo, sia termine europeo reperibile nelle fonti fin dalla prima età moderna.

[9] L'origine del termine 'blue laws', riferito alle 'sunday laws', è in realtà ignota e le ipotesi sono le più svariate. Il tema esce totalmente dalla presente analisi e la bibliografia disponibile è molto ampia. Scegliendo, si può partire dalle *blue laws* del Connecticut, considerate per molti versi il modello delle altre, ma con radici europee; una prima ricostruzione storica e comparativa in Peters (1876).

[10] Murray (1999), p. 28.

quell'area nel 1901 fu edificato un penitenziario. Si tratta dell'attuale *Louisiana State Penitentiary* ed è la più ampia prigione di massima sicurezza degli USA, dove vivono più di seimila detenuti. È attrezzata di *death row*, la 'coda per la morte', la sezione specializzata destinata ad ospitare i detenuti condannati alla pena di morte. Qui in effetti si svolgevano anche le esecuzioni capitali tramite sedia elettrica. In *Angola Prison* si generò via via un significativo repertorio *prison-blues* sui temi carcerari e in genere sull'esecuzione delle pene.

Analoga tradizione sviluppò il *Mississippi State Penitentiary* di *Parchman Farm* [11]. Apparentemente compassionevole, in sostanza una colonia penale (dopo il gettito fiscale la seconda maggiore fonte finanziaria per lo stato del Mississippi), nascondeva metodi schiavisti.

> Le prigioni non dovrebbero far parte della storia della musica. Ma nella sottocultura capovolta del blues del Delta tutto è l'opposto di quello che ci si aspetta [12].

Tra i tanti brani di questo sottogenere – in particolare quelli interpretati da Robert Pete Williams – vale la pena ricordare *'Lectric Chair Blues*, eseguita da Blind Lemon Jefferson (1893-1929), figura seminale della tradizione *blues* texana: è una sorta di *Ultimo giorno di un condannato a morte*, non meno straziante del più colto referente letterario ottocentesco [13]; suo anche *Hangman's Blues*, il *Blues del boia* (1928) [14].

D'altronde, secondo una consolidata tradizione di studio, il prototipo dei *blues* popolari è il brano *Joe Turner*, la cui melodia è stata poi riutilizzata con testi diversi. Quello originario parla appunto di Joe, che aveva il compito di trasferire i detenuti neri da Memphis al penitenziario di Nashville. Lungo il Mississippi si organizzavano delle estemporanee bische; i

---

[11] Gioia (2020), pp. 85-96.

[12] Gioia (2020), p. 85.

[13] Il riferimento è ovviamente a *L'ultimo giorno di un condannato a morte* scritto da Victor Hugo nel 1829.

[14] Su Blind Lemon Jefferson, Lomax (1993), *passim* (che segnala in discografia: *Blind Lemon Jefferson – King of the Country Blues*, Yazoo 1069). Cfr. Portelli (2011), *passim*.

neri accorrevano e quando il numero era sufficiente interveniva la forza pubblica, un processo sommario e l'affidamento a Joe Turney che raccoglieva così forza lavoro per le piantagioni lungo il fiume. Le donne piangevano per la scomparsa del loro uomo: «Mi hanno detto che è passato Joe Turner» [15].

Su queste basi si è in seguito venuta a creare una produzione discografica di *blues* e *spirituals* 'carcerari' molto ricca, in buona parte frutto dello straordinario lavoro etnomusicologico e antropologico svolto sul campo, con registrazioni fatte soprattutto a Parchman, da Alan Lomax (1915-2002), e da suo padre John (1867-1948) [16]. Ricerche che per altro costarono ad Alan le indagini dell'FBI e l'accusa di essere un simpatizzante del partito comunista [17].

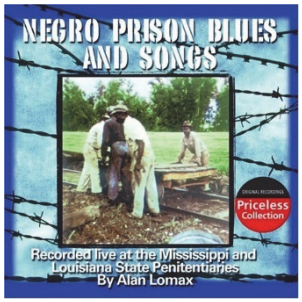
Un breve assaggio di questa discografia restituisce suggestioni vivide anche dal punto di vista grafico:

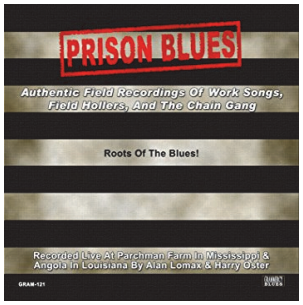
---

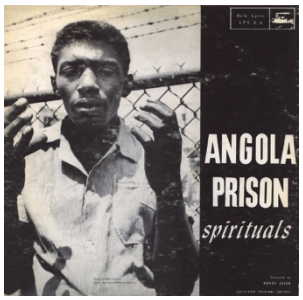
[15] Southern (1997), pp. 336-338 e *passim* (in particolare pp. 332-340). Il rinvio, circa il *blues* di Joe Turner, è poi a Handy (1941), pp. 147 e *passim*. Il titolo di primo pezzo *blues* conosciuto gli è conteso dal non meno tragico *Death Letter Blues*; Lomax (1993), pp. 18-19 e 494.

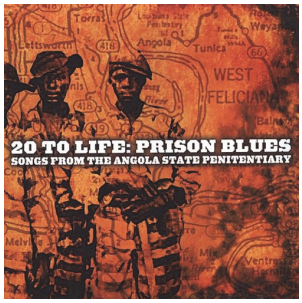
[16] Quanto al lavoro di ricerca sulla musica popolare svolto anche in Italia, celebre il suo Lomax (2008).

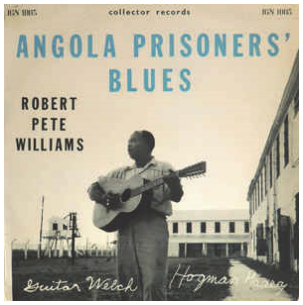
[17] Per l'FBI «l'investigazione condotta tra i vicini dimostra che è un individuo molto strano: si interessa soltanto di musica folk, è davvero poco affidabile e scontroso. [...] Non dà alcun valore ai soldi, usa la sua proprietà e quella del governo con negligenza, praticamente non si cura del suo aspetto». Lomax (2008), pp. 18-19. Artefice della *Columbia World Library of Folk and Primitive Music*, collabora con la BBC (su indicazione di Edgard Hoover è indagato anche dai servizi britannici dell'MI5) e registra – oltre che in Inghilterra e in Italia – anche in Spagna. Infine, la sua opera è parte fondamentale dell'*Archive of american folk songs* conservata presso la *Library of Congress*, di cui era stato impiegato, e sue registrazioni sono adesso accessibili anche sul canale https://www.youtube.com/user/AlanLomaxArchive.





## 2. *Legge, giustizia e ingiustizie nel* rock

Dunque, passando al *rock*, la dimensione carceraria, quella propria di chi ha violato la legalità, marca fin dalle origini lo sviluppo della musica popolare che si andrà affermando dalla metà del secolo XX.

Nato dalla tradizione dell'"arte *folk*' nord-americana (quantomeno nell'interpretazione 'classica' di Carl Belz) il *rock* si radicava su un profondo mutamento di valori, di stili di vita, di bisogni e di sogni [18]. Coagu-

[18] Belz (1975), pp. 3-5.

lava l'immaginario americano del dopoguerra e aveva il suo fulcro nel mito dell'adolescenza come ripartenza e condizione permanente: «forever young / and beautiful» invoca Elvis, e «forever young» invocherà Dylan [19]. Regole sociali e consuetudini famigliari precedenti non erano più accettabili; la condizione giovanile stava improvvisamente cambiando e con ciò si affermava una nuova mentalità e un nuovo stile [20]; nuove *norme*, in sintesi.

'L'inizio del *rock*' è unanimemente individuato nel 1954 per la convergenza tra *pop* e *rhythm and blues* (e si è detto avrebbe avuto nel 1957 la sua definitiva articolazione di genere) ma anche per un fatto giudiziario dal profondo contenuto politico e sociale. In quell'anno, nella celebre controversia *Brown v. the Board of education of Topeka* la Corte Suprema sancì la fine definitiva della segregazione razziale nelle scuole pubbliche con una sentenza di cui fu estensore il presidente Earl Warren (n. 347 U.S. 483, del 17 maggio 1954) [21]. Il movimento per i diritti civili prendeva vigore, anche attraverso l'impegno di Martin Luther King.

> The popularity of a wild, teen-oriented rock-and-roll can be attributed to a number of social changes that occurred during the 1950s [...] The civil rights movement helped make possible the acceptance of African-American-inspired music by white teens [...] The number of youths who would feel the impact of the Brown decision was growing rapidly. In 1946, about 5,6 million teenagers attended American high school. Ten years after, the number climbed to 6,8 million; and in 1960, the number of

[19] Portelli (1981), pp. 28-29, e *passim*.

[20] Assante/Castaldo (2004), pp. 171-175. «Detto altrimenti, si può dire che il *rock'n'roll* esistesse già, prima della sua nascita, o almeno di sicuro la maggior parte dei suoi elementi stilistici erano già presenti nella musica afroamericana del dopoguerra, ma fu il nuovo "significato" che i giovani attribuirono alla musica a trasformarne profondamente l'aspetto e i contenuti»; p. 176. «Anche se molto diversi, il country e il rhythm'n'blues avevano un elemento comune che li rendeva particolarmente 'appetibili' per il pubblico dei *teen-ager*: erano espressioni 'pure' di esperienza, erano legate a una matrice folk genuina, avevano legami strettissimi con la realtà e rappresentavano in entrambi i casi una cultura e una popolazione "di minoranza", quella nera e quella dei bianchi poveri»; p. 177.

[21] Belz (1975), p 132; sulla periodizzazione p. XI. Szatmary (2004[5]), pp. 20-21.

> teens increased to 11,8 million [...] By 1954, rock-and-roll was beginning to achieve widespread popularity among white youths [22].

Su altro fronte non può essere un caso che il genere esploda all'indomani della stagione maccartista, che si era aperta nel 1954 e si era chiusa nel 1955 (con le dimissioni di Joseph McCarthy) [23]. Insomma una fase profondamente 'nuova', che passando attraverso le rivolte studentesche di Berkley tra il 1964 e il 1965, avrà il suo culmine libertario nella 'summer of love' del 1967, e il suo epilogo tra il festival di Monterey del 1967 e quello di Woodstock nel 1969, con la fine del movimento degli *hippies*: il 20 gennaio 1969 inizia il suo mandato presidenziale Richard Nixon.

L'innesco definitivo era stato dato dal bacino, che si agitava indiavolato, di Elvis Presley.

Nel 1953 – a 18 anni – incide un acetato da 10 pollici presso una sezione di Memphis della gloriosa *Sun Records*, dove ritorna a gennaio successivo per incidere altri due brani. Tra il 1954 e il 1955 esplode la *Presley mania* e in poco tempo la *Sun* può schierare il suo *million-dollar quartet*: oltre a Elvis, è composto da Jerry Lee Lewis, Carl Perkins e Johnny Cash [24].

Bianco, Elvis veniva però proprio dal Mississippi, «un ragazzo povero, ignorante, genio istintivo e naïf, diventato in pochi mesi, nel corso del 1956, un faro per intere legioni di giovani americani e, poco più tardi, di tutto il mondo» [25].

Nel 1954 ha esordito anche Jerry Lee Lewis (1935-2022), che – soprannominato *the killer* per il suo indiavolato stile pianistico – è ugualmente considerato uno dei padri del *rock'n'roll*, ma viene travolto da una vicenda personale che travalica il tema del rapporto con la legge e la giustizia (il matrimonio con una cugina tredicenne), e comunque collezionerà

---

[22] Szatmary (2004[5]), pp. 19-21.

[23] Portelli (1981), pp. 16-19.

[24] Szatmary (2004[5]), pp. 32-39.

[25] Assante/Castaldo (2004), p. 179.

arresti legati ad alcool, stupefacenti e armi. Bianco anche lui, ugualmente povero e del profondo sud, originario della Louisiana.

Sono gli anni in cui inizia a segnalarsi anche Johnny Cash (1932-2003), che diventerà uno dei maggiori artisti *country* attivi tra la metà degli anni Cinquanta e gli anni Settanta. Nel 1956, pubblica il singolo *Folsom Prison Blues*: un carcerato rievoca l'omicidio che lo ha condotto in cella e pensa in modo struggente a chi ha il privilegio di essere 'fuori', in particolare i passeggeri di un treno che sente transitare in lontananza. Il brano gli era stato ispirato, a suo dire, dalla visione del film *Inside Folsom Walls*, ma più probabilmente dall'ascolto della canzone *Crescent City Blues* di Gordon Jenkis del 1953, cosa che gli sarebbe poi costata una condanna per plagio.

Ma la scena della musica nord-americana, e non solo, era ormai largamente occupata dal 'Re del *rock'n'roll*'. Nel 1957 Elvis Presley pubblica *Jailhouse Rock*, parte integrante dell'omonimo film (in Italia *Il delinquente del rock and roll*); scritto da Jerry Leiber e Mike Stoller, diventerà uno dei suoi brani più identificativi (anche se il vero 'delinquente del *r'n'r*' sarebbe stato identificato piuttosto, come già accennato, in Jerry Lee Lewis…). Ovviamente l'approccio è assai più leggero, in sostanza un invito a ballare freneticamente, pur all'interno di un istituto di pena. Resta il fatto che proprio il 1957 è ritenuto periodizzante nel passaggio dal processo di amalgama tra *pop*, *country and western* e *rhythm and blues* al consolidamento del *rock* e alla sua diversificazione nei vari sotto-stili [26]. Maturava definitivamente il passaggio sintetizzato da Chuck Berry: «It used to be called boogie-woogie, it used to be called blues, used to be called rhythm and blues… It's called rock now» [27].

Tra il 1965 e il 1967 Cash collezionerà tre arresti più o meno direttamente collegati all'abuso di sostanze stupefacenti, consolidando con ciò la sua immagine di 'fuorilegge', da cui poi si riscatterà nel periodo successivo (Fig. 1) [28]. Il percorso di riabilitazione ha un passaggio fondamentale il 13 gennaio 1968, quando il *country-singer* terrà uno storico concerto pro-

[26] Belz (1975), p. XI e 48 ss.

[27] Szatmary (2004[5]), p. 1.

[28] Stefanel (2020), pp. 51-55. Più di uno i libri sulla vita di Cash; da ultimo, Turner (2021[4]), sul suo arresto, pp. 173 ss.

prio alla Folsom Prison (Fig. 2). L'album, pietra miliare nella tradizione musicale, segna l'inizio di una serie di presenze degli artisti *rock* negli istituti di pena con loro concerti (lo stesso Cash replicherà anche in altri istituti di pena americani), e sarà ripubblicato nel 2000.

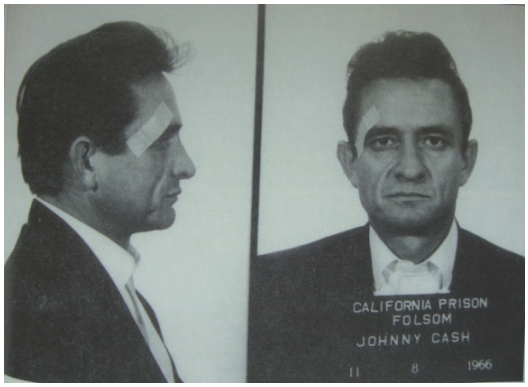



Fig. 1 – Foto segnaletica di Johnny Cash in occasione della sua detenzione a Folson Prison nel 1966

Fig. 2 – Johnny Cash in concerto a Folson Prison il 13 gennaio 1968

Nel medesimo 1968 il cantautore nord-americano Jerry Jeff Walker (1942-2020) pubblica una delle più struggenti ballate *country-rock*, che verrà poi portata al successo nel 1970 dalla celebre Nitty Gritty Dirt Band: *Mr. Bojangles*. Arrestato per ubriachezza Walker finisce in carcere in Louisiana [29]. Lì incontra un anziano detenuto, ancora una volta affran-

[29] Le informazioni biografiche sono in Walker (1999).

to per il proprio destino e che ricorda sempre il cane, con cui ha vagabondato per tanti anni, ma che poi è morto. Nella prigione della Contea – dove torna spesso, etilista cronico – ha un soprannome, ed è appunto 'Mr. Bojangles'; riesce a trovare sollievo solo iniziando a ballare un melanconico tip tap con le sue scarpe logore; «salta!» gli chiedono gli altri detenuti e lui salta, per dimenticare, e mentre è in una lurida cella comune del carcere di New Orleans pare librarsi nell'aria, libero [30].

Oltre a quella fondamentale dei Nitty Gritty, la particolare malinconia di quelle note è resa dall'interpretazione di Nina Simone (1933-2003), e compare nell'album del 1974 intitolato *It Is Finished*. Attivista per i diritti civili dei neri d'America, aveva già abbandonato polemicamente gli Stati Uniti accusando le autorità di non fare abbastanza contro il razzismo. Anche Bob Dylan aveva inciso *Mr. Bojangles*, nell'album *Dylan* del 1973.

Discriminazione razziale e amministrazione della giustizia sono temi che venendo dal *blues* saranno raccolti da un autore richiamato spesso in queste poche pagine. Nel 1964, infatti, nell'album *The Times They Are A-Changin'* Dylan pubblica *The Lonsome Death of Hattie Carrol*. Hattie è una dipendente di un hotel di Baltimora, e il 9 febbraio 1963 viene aggredita senza motivo, insieme ad altri suoi colleghi di colore come lei, da un bianco, William Devereux 'Billy' Zantzinger (proprietario di un'importante piantagione di tabacco). Incriminato per omicidio volontario, patirà infine una condanna per omicidio preterintenzionale a soli sei mesi di carcere. Già Don West (1906-1992), poeta e attivista dei diritti civili (accusato di essere comunista e dunque indagato dalla *House Committee on Un-American Activities – HCUA* creata nel 1938), aveva composto la *Ballad of Hattie Carrol*, una delle probabili fonti di Dylan [31]. Ma è Dylan, al di là del tragico episodio, a scolpire

[30] Intensa l'interpretazione che ne diede, cantando e ballando appunto, Sammy Davis Junior, facendone un cavallo di battaglia del suo repertorio fino agli ultimissimi anni di attività.

[31] Sui fatti e anche sulla particolare funzione assunta dalla musica come strumento giornalistico 'alternativo', Petersen (2020).

una critica profonda al sistema di giustizia nord-americano, al rapporto tra giudice e norma:

> In the courtroom of honor, the judge pounded his gavel, / To show that all's equal and that the courts are on the / Level / And that the strings in the books ain't pulled and / Persuaded, / And that even the nobles get properly handled / Once that the cops have chased after and caught 'em, / And that the ladder of law has no top and no bottom, /Stared at the person who killed for no reason, / Who just happened to be feelin' that way without warnin'. / And he spoke through his cloak, most deep and distinguished, / And handed out strongly, for penalty and repentance, / William Zanzinger with a six-month sentence. / Oh, but you who philosophize, disgrace and criticize all /Fears, / Bury the rag deep in your face, for now's the time for your / Tears.

Nel 1965 'Billboard' lancia una serie di sondaggi tra gli studenti dei college; tra i gruppi trionfano i Beatles, e tra i cantanti *folk*, Harry Belafonte, Bob Dylan e Joan Baez [32]. Ma per il movimento *folk* sono appunto i Beatles a far comprendere come ormai la strada sia segnata; il *rock* era parso un'isteria di breve respiro, e invece adesso si comprende che le istanze di rinnovamento della società passeranno necessariamente attraverso quel genere musicale che si è rapidamente, e inaspettatamente, consolidato nella cultura popolare [33].

La mutazione dylaniana, il suo passaggio all'elettrico – per lui che proveniva dal 'talking blues' dei cantastorie girovaghi neri e di Woodie Guthrie [34] – sarebbe stata esemplare. Al Festival *folk* di Newport del 1965

---

[32] Belz (1975), p. 60.

[33] Belz (1975), pp. 62-63.

[34] Guthrie (1912-1967) a sua volta è prototipo dell'*hobo*, tipica figura di cantante girovago e povero degli anni '30 e '40 di un'America ancora nomade, in viaggio verso ovest e la California (come descritto in *Furore* di John Steinbeck), e tipicamente associata al treno e alle stazioni. Guthrie si muoveva insieme ad un altro cantastorie, questa volta nero, Leadbelly ('pancia di piombo'), al secolo Huddie Ledbetter. «The great Leadbelly won his name because of his fabled endurance in the fields as "number-one man in the number-one gang in the Texas pen"»; Lomax (1993), p. 272. Leadbelly fu scoperto da John e Alan Lomax in carcere ad *Angola State Farm*. In particolare, lo regi-

Dylan inizia suonando chitarra acustica e armonica a bocca; dopo la pausa, torna in scena accompagnato da una sezione di chitarre elettriche. I fischi lo costringono a lasciare il palco in lacrime, ma «questo evento fu fondamentale nello sviluppo del rock negli anni '60» [35].

Nel 1967 Dylan torna alla dimensione acustica con l'album *John Wesley Harding*. È considerato un significativo, e in realtà momentaneo, contributo a un più ampio *back to the Country* portato avanti da una parte significativa del movimento *roc*k fino a un recupero vero e proprio del *folk*, che caratterizzerà tutto il decennio successivo, soprattutto nella *bay area* (Byrds, Buffalo Springfield, James Taylor, i CSNY, Joni Mitchell, e così via) [36]. L'idea di fondo sarebbe stata esplicitata, e radicalizzata, nel 1972 nella formula 'music for a new circle' rivendicata (in chiave più tradizionalista, tra *bluegrass* e *folk-revival*) dai Nitty Gritty Dirt Band [37]. L'intito-

strarono, nel 1934, mentre cantava *Midnight Special*, motivo tradizionale che lui – come altri – aveva via via modificato ed era molto in voga nelle carceri del sud; i motivi sono ricorrenti: un treno che al suo passaggio illumina una cella e il prigioniero che intona il suo lamento. Lomax/Lomax (1994), p. 71. Di questo brano sono innumerevoli i rifacimenti successivi fino al più noto dei Credence Clearwater Revival (1969); prima di loro ad esempio Harry Belafonte, con Dylan all'armonica, nel 1962, e dopo gli ABBA, nel 1975. Tornando a Guthrie, la piega politica, che a un certo punto assunse la sua produzione (sulla sua chitarra era scritto «this machine kills fascists»), è considerata la base della musica 'socialmente consapevole' dei decenni successivi, anche attraverso autori che esplicitamente si sono ispirati a lui, da Dylan, appunto, fino a Bruce Springsteen. Ampia la letteratura, in particolare Kaufmann (2012); utile, anche per la ricca contestualizzazione storica, Assante/Castaldo (2004) pp. 88-91 e *passim*; sul Leadbelly anche Gioia (2020) p. 88 e *passim*, e Lomax (1993), *passim*.

[35] Belz (1975), p. 120.

[36] Szatmary (2004[5]), pp. 205-213.

[37] In particolare, col triplo album *Will the Circle Be Unbroken* del 1972, che ospitò i migliori artisti della tradizione di Nashville (Earl Scruggs, Mother Maybelle Carter, Doc Watson, ecc.) e che, se significativamente si apre con la *Grand Ole Opry Song* di Hilo Brown (1922-2003), si chiude con il capolavoro di Joni Mitchell *Both Side Now* (1969), in una particolarissima versione strumentale per chitarra *solo* di Randy Scruggs (1953-2018). Operazione analoga era stata compiuta dai celebri *The Byrds*, emblematici della musica e della cultura giovanile della *West coast*, che nel '65 avevano portato al successo la dylaniana *Mr Tambourine Man*; nel 1968 avevano pubblicano l'album *Sweetheart of the Rodeo*, fondativo del *country rock*, ma che inimicò loro il pubblico più legato alle radi-

lazione della *title track* dell'album dylaniano si riferisce al fuorilegge John Wesley Hardin (1853-1895), pistolero della tradizione *western*, accreditato di almeno una quarantina di omicidi.

Nel 1971 Joan Baez riprende il celebre caso simbolo, giudiziario e politico, di Nicola Sacco e BartolomeoVanzetti. Già nel 1928, sulla vicenda tragica dei due anarchici italo americani finiti ingiustamente sulla sedia elettrica l'anno prima a Boston, Alfredo Bascetta aveva pubblicato *Lacreme 'e cundannate*[38]. Baez propone una ballata struggente: *Here's to You*, di cui compone il testo (pochi versi ripetuti più volte); la musica è di Ennio Morricone per il film *Sacco e Vanzetti* di Giuliano Montaldo[39].

Nel medesimo 1971 Bob Dylan incide e pubblica *I Shall Be Released*. Scritta nel 1967, nel 1968 era stata pubblicata per la prima volta dai The Band, che con Dylan avevano e avrebbero lavorato intensamente. Il tema è ancora una volta la carcerazione, in una chiave poetica particolarmente ispirata, che al suo centro ha la punizione e il suo senso, tanto da farne una delle canzoni dylaniane più commoventi ma per certi versi più politiche. Qui il *rock* diventa letteratura, e non si può escludere che proprio questo passaggio del suo percorso lirico sia fra quelli che lo hanno condotto al lauro del premio Nobel. Tutti hanno bisogno di essere protetti, lo si sa, ma allo stesso tempo ognuno, una volta o l'altra, cade, commette qualche sbaglio; e allora, anche se rinchiusi per punizione, e magari vittime di qualche ingiustizia, bisogna immaginarsi liberi, perché prima o poi ci sarà la liberazione

> They say ev'ry man needs protection / They say ev'ry man must fall / Yet
> I swear I see my reflection / Some place so high above this wall / I see my

ci psichedeliche della band e d'altronde suscitò la reazione negativa dell'ambiente conservatore di Nashville, quello appunto blandito tre anni dopo dai Nitty Gritty.

[38] In seguito, in Italia, il brano sarà ripreso dalla Nuova compagnia di canto popolare.

[39] In traduzione italiana l'avrebbe cantata Gianni Morandi. Un'esecuzione commovente, con grande orchestra e ampio coro, dello stesso Ennio Morricone (1928-2020) in piazza San Marco a Venezia nel 2007 in https://www.youtube.com/watch?v=vp420cZZ0c4.

> light come shining / From the west unto the east / Any day now, any day now / I shall be released // Standing next to me in this lonely crowd / Is a man who swears he's not to blame / All day long I hear him shout so loud / Crying out that he was framed [40].

Proprio in occasione della realizzazione del concerto/celebrazione *The Last Waltz* (1978, da cui l'omonimo film di Martin Scorsese), con cui si scioglievano i The Band – e in un certo senso si sanciva la fine della stagione musicale della *West coast*, del *country rock* e in genere di quel periodo che aveva raggiunto il suo vertice con la già ricordata 'summer of love' del 1967 – Dylan e tutti gli altri invitati canteranno in coro, chiudendo lo storico *happening*, proprio *I Shall Be Released*.

Dettaglio emblematico: in *The Last Waltz* non si dimenticano le radici *blues* di quell'esperienza musicale, nell'occasione rappresentate da una magistrale interpretazione di *Mannish Boy* (incisa per la prima volta nel 1955) niente meno che da parte di Muddy Waters (1913-1983); il *rhythm and blues* di Waters, come quello di pochi altri 'urban blues artists', va considerato fondativo per i più importanti artisti *rock* del secolo, da Elvis, ai Beatles, a Jimi Hendrix, ai Led Zeppelin… e, in particolare, per i Rolling Stones [41].

---

[40] Francesco De Gregori ne ha fatto una versione italiana (*Come il giorno*, 2003), traducendo, in modo ovviamente non letterale: «Dicono che un uomo può sbagliare / e certi errori costano parecchio / Ma quando il sole passa lungo il muro / Io mi ci vedo come in uno specchio / E la mia luce intorno / è innocenza e verità / Ogni giorno come il giorno / Che uscirò da qua // Un uomo accanto a me seduto fra la gente / Ripassa la sua vita e non ci sta / E parla e grida e giura che non ha fatto niente / Che non dovrebbe essere qua».

[41] Szatmary (2004[5]), p. 1. Dopo aver messo mano a una chitarra per la prima volta a tredici anni, nel 1944 Muddy acquistò la sua prima chitarra elettrica; Leo Fender stava infatti introducendo questo nuovo strumento per il consumo di massa. Questa figura di artista rappresenta l'uscita del *blues* dalle piantagioni, dalla segregazione, e dalle prigioni, verso le città: «By combining the sounds of the country and city into a nitty-gritty, low-down, jumpy sound, Muddy Waters reflected the optimism of postwar African Americans, who had escaped from seemingly inescapable Southern cotton fields»; Szatmary (2004[5]), p. 7. Proprio da questo spirito di liberazione evolve 'naturalmente' il *rock*: «I shall be released», appunto. Nel 1950 Muddy Waters pubblica il brano *Rollin' Stone*, che da una parte darà il nome alla nota rivista musicale, dall'altra verrà fatto

Ma ancora con riferimento alle tematiche razziali, nel 1975, scritta con Jacques Levy e inserito nell'album *Desire*, Bob Dylan incide *Hurricane*, che ha tutti i crismi della 'protest song' anni '70, collegandosi alla campagna in atto per la revisione di un processo penale che aveva già avuto una vasta eco [42]. Vi si racconta la storia di un pugile – esordisce il futuro premio Nobel – che sarebbe potuto diventare campione del mondo e invece è finito in cella, accusato dalle autorità per un crimine che non ha mai commesso.

> Here comes the story of Hurricane / The man the authorities came to blame / For somethin' he never done / Put in a prison cell, but one time he coulda been / The champion of the world.

Il lungo testo narra infatti, in modo anche assai analitico (per essere il testo di una canzone), la storia del pugile Rubin 'Hurricane' Carter, accusato di un triplice omicidio perpetrato anni prima, nel 1966, in un bar di Paterson, nel New Jersey (Fig. 3). Ma la legge ha sbagliato, la polizia aveva bisogno di un colpevole, le testimonianze erano state addomesticate e il pugile aveva cercato di spiegarlo in un libro [43]. Alla fine di quello

---

proprio nel 1963 da Mick Jagger, Keith Richards, Brian Jones, Dick Taylor (subito sostituito da Bill Wyman) e Tony Chapman (subito sostituito da Charlie Watts). Il primo 'singolo' dei Rolling Stones – che letteralmente vuol dire notoriamente 'pietre rotolanti' ma è espressione figurata che indica 'sbandati', 'vagabondi', usando il verbo *to roll* presente nella definizione stessa di *rock'n'roll* – contiene due *rhythm'n'blues cover*, una di Chuck Berry e una di Muddy Waters, *I Wanna Be Loved*. Su queste prime fasi: Szatmary (2004[5]), pp. 120-123. 'Storiche' le immagini di una loro performance insieme al maestro, ormai anziano, in un locale di Chicago durante un loro *tour*; ne diede testimonianza il vinile *Live at Checkerboard Lounge, Chicago 1981*. *Mannish Boy* è stata posta dalla rivista *Rolling Stone* al posto 230 tra le migliori canzoni di sempre, che al numero uno riporta *Like a Rolling Stone* di Bob Dylan e al secondo *Satisfaction* dei Rolling Stones: la stessa *Mannish Boy* recita in refrain: «I a man / I'm a full-grown man / I'm a man / I'm a rollin' stone…».

[42] Sulla composizione, insieme a Jacques Levy, di questo brano e sul contesto sociale e culturale di quella fase, Sounes (2008), pp. 269-270.

[43] Carter (1974); della sua vicenda nel 1999 si fece un film, *The Hurricane* (*Hurricane. Il grido dell'innocenza*), dove la parte del protagonista fu interpretata da Denzel Washington.

stesso anno Dylan tiene un concerto alla *Clinton State Prison*, e 'Hurricane' Carter ha la possibilità di salire sul palco a protestare la propria innocenza (Fig. 4). Dylan trova intollerabile vivere in uno Stato dove la giustizia appare un tragico e beffardo gioco, i colpevoli se la spassano liberi, e un innocente vegeta in una cella lunga dieci piedi.

> To see him obviously framed / Couldn't help but make me feel ashamed to live in a land / Where justice is a game / Now all the criminals in their coats and their ties / Are free to drink martinis and watch the sun rise / While Rubin sits like Buddha in a ten-foot cell / An innocent man in a living hell / That's the story of Hurricane / but it won't be over till they clear his name.

Tra il 1985 e il 1986 Rubin sarà in effetti riconosciuto innocente e scarcerato: le autorità giudiziarie statunitensi ammetteranno che le accuse rivoltegli erano state condizionate da pregiudizi razziali. I procuratori del New Jersey faranno ricorso alla Corte suprema, che rifiutando di esaminare il caso renderà definitiva la sentenza di assoluzione. E poi una straordinaria nemesi si ha nel 2005, quando per la sua attività nell'Associazione per la Difesa dei Condannati per Errore (ADWC) Rubin Carter riceve la laurea *ad honorem* in Legge presso la *New York University*, l'Università di Toronto e la *Griffith University di Brisbane*.

Fig. 3 – Il ritratto del pugile Rubin 'Hurricane' Carter
utilizzato per la copertina del 45 giri di Bob Dylan edito dalla CBS

Fig. 4 – Bob Dylan visita in prigione Rubin 'Hurricane' Carter

In passato alcuni hanno sostenuto che il versante di protesta della produzione di Dylan in realtà abbia ampi riscontri nelle espressioni artistiche del passato, e dunque non sia in sostanza originale; altri hanno per converso sottolineato come sia stato il primo cantante della sua generazione a veicolare una speciale sensibilità sociale attraverso dei media innovativi, e travalicando i limiti dell'arte *folk* abbia fatto ingresso in quelli dell'arte "dotta"; qualsiasi cosa questi termini intendano significare [44]. Ovviamente oggi il Nobel costituisce un buon argomento (come noto, non definitivo) per il prevalere della seconda ipotesi.

Dunque, provando a tirare le somme, alcuni motivi ritornano. L'alienazione carceraria, le vite 'dentro', e la musica popolare che cerca di far breccia in quelle mura con l'espressione lirica, l'impegno civile e finanche la presenza fisica. Ma la vera protagonista è una società che comunque discrimina, innanzi tutto per motivi razziali, dove i più deboli rischiano di soccombere e l'autorità pubblica è avvertita come un volano dell'ingiustizia sociale che usa la legalità come puro strumento formale per ribadire l'ineguaglianza.

Non mancano poi i profili retorici, dove storia criminale e storia americana in generale si intrecciano in chiave epica, come si intrecciano a

[44] Belz (1975), pp. 121-123 e poi, sulla 'musica socialmente cosciente', pp. 124 ss. Sulle 'canzoni di protesta' e i suoi artefici (ovviamente compreso in particolare Dylan) a partire dagli anni '60, Szatmary (2004[5]), pp. 81-100.

questo punto i generi artistici e in particolare musica e cinema. Sempre per restare a Dylan, già autore – come si è visto – di un album dedicato al fuorilegge John Wesley Harding, nel 1973 è fra gli interpreti del film *Pat Garret e Billy the Kid* di Sam Peckinpah e soprattutto ne cura la colonna sonora, che contiene una perla come *Knocking on Heaven's Door*. Dopo qualche anno esce nelle sale *The Long Riders* (*I cavalieri dalle lunghe ombre*, 1980), film che con la regia Walter Hill ricostruisce la storia di Jesse James e dei suoi sodali; larga parte della forza evocativa delle immagini è affidata alle musiche della tradizione *folk* rielaborate da Ry Cooder. Ancora, il mito romantico del fuorilegge arriva fino al punto da far definire *outlaws* il gruppo di *country-singers* che si muovono al di fuori del circuito tradizionale (e conservatore) di Nashville e i cui esponenti maggiori sono Waylon Jennings (1937-2002) e Willie Nelson (nato nel 1933, ancora attivo e considerato il patriarca della canzone popolare nord-americana).

Ma possiamo identificare una sintesi di quanto detto fino ad ora, ricordando un pezzo, che ha attraversato davvero un lungo tratto all'interno della musica popolare contemporanea, più o meno dall'epoca della pubblicazione del *Folsom Prison Blues* di Cash fin quasi ai giorni nostri, e che sotto vari profili incarna lo spirito del *rock*. È la vicenda emblematica, che abbiamo evocato in esordio. Proviamo a ricostruirne la storia.

## 3. I Fought the Law*: storia di una canzone* rock

Nel 1959 il giovane musicista Sonny Curtis entra nei Crickets per sostituire alla chitarra niente di meno che Buddy Holly (di cui era amico e in seguito ne curò la memoria), figura germinale del *rock*, morto a ventidue anni in un incidente aereo. Già l'anno prima Sonny ha scritto, e ora incide col suo nuovo gruppo, *I Fought the Law* (possiamo tradurre *Ho combattuto la legge*), ma purtroppo per lui non si tratta di un successo (Curtis è del 1937, ed è ancora in attività). I Crickets, per altro, proprio assieme a Buddy Holly e agli Everly Brothers, sono fra i migliori artisti *rockabilly* di quella fase cruciale di consolidamento del genere *rock*, di cui si è già detto; si abbandonavano i soggetti *pop* del *country* (tradizioni, valori mo-

rali, religione, vero o falso amore…) verso scenari i più vari e inediti, secondo la strada già tracciata dal *rhythm and blues* [45].

Passa qualche anno (la 'maturità del *rock*' è periodizzata tra il 1964 e il 1968) [46] e nel 1965 il pezzo è ripreso da Bobby Fuller con i suoi Bobby Fuller Four. Li vediamo nel filmato promozionale in bianco e nero schitarrare tra le sbarre di un carcere (chiusa in cella una ragazza bionda si dimena al ritmo del *r'n'r*). D'altronde, quantomeno da Elvis 'the pelvis' in poi, il ballo è coessenziale all'espressione musicale (ricordiamolo, *to rock* indica il rollio, il movimento, e nello stesso tempo la compulsione del coito sublimato appunto nel ballo); «la quantità dei balli inventati negli anni '50 e '60 va oltre ogni immaginazione […] La loro quantità rispecchia la straordinaria varietà di reazioni fisiche ed emotive ispirate dalla musica rock» [47].

Questa volta il brano sale trionfalmente le classifiche di vendita.

La storia narrata da *I Fought the Law*, nonostante il tono scanzonato con cui viene adesso interpretata, è tragica. La canta un forzato che mentre spacca le pietre sotto il sole pensa alla sua bella che ha dovuto lasciare, e all'errore commesso: una rapina finita male che gli è costata la dannazione per sempre. Si è messo contro la legge e la legge ha prevalso: «I fought the law, and the law won» ripete ossessivamente.

Consacrato come *cover* (un rifacimento, dunque un classico) il brano entra nella *top ten* USA; il successo sembra arridere ai Fuller Four, ma inopinatamente Bobby viene trovato morto per asfissia in una macchina, suicida; alcuni dicono sia stato ucciso. Ha ventitre anni.

Da quel momento per questo pezzo musicale, sincopato e travolgente, inizia una serie infinita di rifacimenti; vi si misurano i *country singers* più famosi e impegnati, dal già ricordato Johnny Cash a Hank Williams Jr., a Roy Orbison, a Waylon Jennings, e poi – mescolando grinta e *pathos* tragico – alcuni fra i più grandi *rockers* del secolo, fino a Bruce Springsteen e ai Green Day. D'altronde era segnato che sarebbe piaciuta ai *roc-*

[45] Belz (1975), pp. 54-55.

[46] Belz (1975), pp. 87 ss.

[47] Belz (1975), pp. 66-67.

*kettari* di tutti i tempi: la trasgressione, la caduta senza redenzione possibile, il monolite dell'ordine costituito che è stato sfidato, ma che vince sempre. Una melodia facile e battente, il giro di *rock'n roll* che ti costringere a battere i piedi a terra.

Ma non finisce qui: il riferimento alla legge era troppo ghiotto.

I Dead Kennedys sono una celebre *band* anarcho-punk californiana tra '70 e '80, noti per la violenza e l'ironia parodistica delle loro esecuzioni. Il cantante Jello Biafra, un mito tra i cultori del genere, e il chitarrista East Bay Ray rimettono mano alla *hit* di Curtis/Fuller. Il discorso si fa ancor più serio, la critica contro la società americana più radicale, e questa volta la vicenda narrata è reale. Nel 1978 è stato assassinato a San Francisco, insieme al sindaco della città George Moscone, Harvey Milk, attivista del movimento *gay*. L'assassino, inizialmente imputato per omicidio volontario, si vede successivamente derubricata l'imputazione a omicidio colposo. L'uomo, si sentenzia, ha sì ucciso per odio omofobo, ma è un depresso, vittima dello stile di vita americano, cresciuto a cibo-spazzatura; più probabilmente hanno pesato i suoi trascorsi di veterano del Vietnam, e le sue amicizie nella polizia. Dopo sei anni è scarcerato. Nel 1985 Dan White (questo il nome dell'assassino) si suicida, ma i Dead Kennedy ricordano e non perdonano, ripescano *I Fought the Law*, e ne fanno una parodia tragica di quei fatti.

Nel nuovo testo della canzone il protagonista, Dan White appunto, sotto il sole della California non spacca pietre, ma tracanna birra e cerca sesso, non piange per la sua fidanzata, ma esulta per essere diventato un eroe del Ku Klux Klan. Soprattutto urla che «la legge non conta un c… se hai gli amici giusti, così vanno le cose in questo paese». Ecco allora che il *refrain* cambia, perché anche lui ha sfidato la legge, ma l'ha sconfitta: «I fought the law, *and I won*» [48].

Della vicenda storica, che causò una rivolta nelle strade di San Francisco all'epoca della sentenza, sarà fatto anche un film da Gus van Sant, con Sean Penn (2008). Il brano subirà in seguito altre trasfigurazioni: un gruppo serbo la dedicherà addirittura a Slobodan Miloševic…

[48] La canzone compare nell'album *Give Me Convenience or Give Me Death*, 1987.

La nuova perifrasi ricompare in una grafica (2004) del celebre *street-artist* Banksy, ma secondo un percorso interpretativo particolare (Fig. 5). L'immagine rappresenta un uomo, placcato a terra da un nugolo di agenti; in mano ha un pennello, con cui ha appena finito di scrivere sul muro, in rosso, *I fought the law, and I won*. Potrebbe rappresentare l'artista, che con la propria arte ha sfidato le regole di ordine pubblico dipingendo appunto sui muri cittadini, giusto immediatamente prima di essere ridotto in condizioni di non più agire. In parte un'immagine autobiografica, posto che Banksy, ancora oggi circondato da un alone di mistero, nasce appunto come graffitaro per diventare, quale è ora, artista universalmente riconosciuto. Si tratta però di un'elaborazione grafica a bianco e nero di una foto, scattata il 30 marzo 1981, in occasione del fallito attentato al presidente USA Ronald Reagan, che rimane seriamente ferito insieme ad altre tre persone; il significato si carica di ambiguità perché, se certo è stato un atto di ribellione al potere costituito, pur sempre si è trattato di un tentato omicidio. Per altro la rielaborazione di Banksy è solo parzialmente fedele: nella foto originaria l'uomo a terra non è lo sparatore, ma una delle vittime che viene soccorsa.

Non mancano gli echi con gli altri episodi di cui si è detto. L'attentatore, il giovane John Hinkley, dichiarò che il proprio gesto non aveva significato politico, ma era unicamente rivolto ad attirare l'attenzione della attrice Jodie Foster, di cui era innamorato – bene si può dire – follemente. Il processo suscitò ampie polemiche, soprattutto per la linea difensiva scelta: Hinkley fu effettivamente assolto, come incapace di intendere e di volere. Gli toccò comunque l'ospedale psichiatrico giudiziario, ed è stato liberato per buona condotta solo nel 2016, dunque dopo trentacinque anni... Difficile dire che abbia vinto lui.

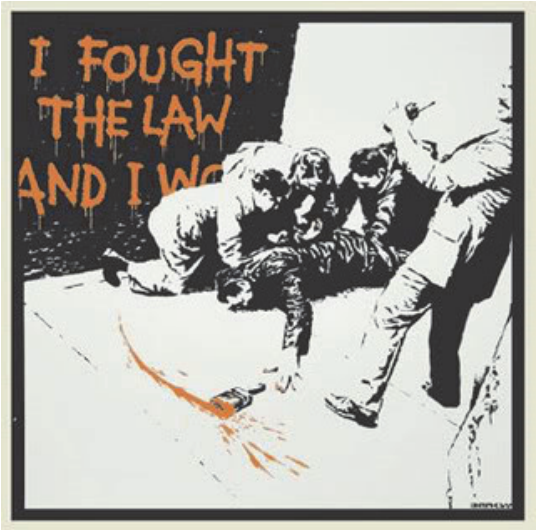
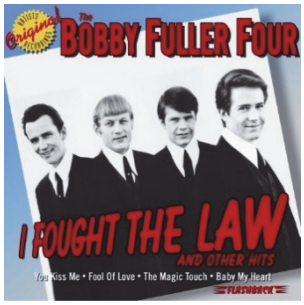



Fig. 5 – Bansky, *I Fought the Law*, 2004

Tornando infine al *rock*, va detto che nella storia della musica contemporanea l'interpretazione che maggiormente ha lasciato il segno è quello di un'altra *band*, i Clash, che pubblicano *I Fought the Law* (versione originale) per la prima volta nel 1979, ai loro esordi. La distanza tra Fuller e Joe Strummer, straordinario *front man* e *leader* dei Clash (morto cinquantenne nel 2002), è siderale. Il brano si colloca in una complessiva critica della società occidentale (americana in particolare) che troverà coerente compimento nei successivi album *Sandinista!* e *Combat Rock*, profondamente 'politici'. È l'anima anarcoide, allergica alla legge e alla legalità, che emerge chiaramente; il *refrain* urlato ossessivamente, «ho sfidato la legge, ma la legge ha vinto», è il rifiuto radicale del *law and order*. «Il punk rock è la musica della rabbia e della frustrazione, ma i Clash sono diversi. La loro è la musica della disperazione. Erano un gruppo disperato. Devono rischiare il tutto per tutto. E hanno pochissimo tempo…»[49]. Il ritmo sincopato, e vagamente allucinato, segna le fratture continue e battenti tra legalità formale e giustizia sostanziale secondo quella che ormai possiamo riconoscere come l'epopea del *rock* e dei suoi, spesso tragici, eroi.

[49] Dylan (2022), p. 159.



Echi della magistrale interpretazione dei Clash si possono trovare, l'anno dopo, nella esecuzione di *Breaking the Law*, che i Judas Priest – gruppo fondante del genere *heavy metal* – inseriscono nel loro album forse più noto, *British Steel*. La rottura della legalità è qui riportata a una dimensione disperante personale, ma non manca una componente di critica sociale, appunto stile Clash («There I was completely wasting, out of work and down…»), fino al gesto liberatorio («You don't know what it's like, breaking the law, breaking the law»). Una curiosità: la *band* si era formata a Birmingham nel 1969 e il nome scelto derivava da *The Ballad of Frankie Lee and Judas Priest* che Bob Dylan aveva pubblicato due anni prima [50].

E per rimanere all'*heavy metal* inglese, nello stesso 1980 i Saxon pubblicano l'album *Strong Arm of the Law*, e la terza traccia porta il medesimo titolo; la prospettiva è diversa, e cioè la protervia dei poliziotti che cercano di arrestare i componenti del gruppo, convinti di trovare loro addosso degli stupefacenti e dunque di procedere a un 'easy bust'. L'album è fra i più fortunati della band; tra i titoli vi è anche *Dallas 1 PM*, dedicata all'attentato a John Fitzgerald Kennedy.

Nel 1983 Bruce Springsteen pubblica il suo album più cupo e intimista. La *title track*, *Nebraska*, racconta di un tragico fatto di cronaca del 1958: due adolescenti – il diciottenne Charlie Starkweather e la fidanzata tredicenne Caril Anne Fugate – in pochi giorni, tra Nebraska e Wyoming, hanno ucciso dieci persone per essere infine catturati. Ancora una volta la sedia elettrica entra nella tradizione della musica popolare: «Now the ju-

[50] L'album dylaniano che lo contiene è ancora una volta *John Weseley Harding*, 1967.

ry brought in a guilty verdict / And the judge he sentenced me to death / Midnight in a prison storeroom / With leather straps across my chest»[51].

Infine, viene alla mente, perché tangente alla cultura *rock* attraverso la partecipazione di uno dei suoi grandi protagonisti, Tom Waits, un film come *Daunbailò* (*Down by law*), che il regista Jim Jarmusch realizza nel 1986. La colonna sonora è però di John Lurie, che si apre con un brano solo musicale (nello spirito del film che il regista stesso ha indicato come 'neo-beat-noir'), ma dal titolo che in queste pagine suona emblematico: *What Do You Know About Music, You're Not a Lawyer …*

## 4. *Legge e giustizia nei cantautori italiani (cenni)*

Sarebbe certo possibile gettare uno sguardo ad altri ambiti, della 'musica popolare'. Non è possibile omettere qualche cenno alla 'canzone d'autore' italiana, che comunque nella canzone popolare nordamericana che si è avviata col dopoguerra, e in particolare nel percorso artistico di Bob Dylan, trova ispirazione in modo esplicito.

Nel 1961 Fabrizio De Andrè (1940-1999) incide come singolo, su un testo di Clelia Petracchi, *La ballata del Miché*, che poi nel 1966 verrà inserita nell'album *Tutto Fabrizio De Andrè*. Si ispira a un fatto di cronaca: Michele Aiello, detto appunto Miché, immigrato a Genova dal sud, si è innamorato di Marì. Vedendola insidiata da un altro uomo, lo uccide e viene dunque condannato a vent'anni; ma la pena è troppo dura per un delitto d'amore, e la vera condanna è proprio l'allontanamento dall'amata. Miché viene trovato nella cella impiccato, e il suo corpo è destinato, con disonore, alla fossa comune, come avviene per i sucidi. I motivi classici ritornano: l'amata che sta 'fuori', il delitto d'onore, la ribellione contro la

[51] Nello stesso album il brano *Atlantic City* fa a sua volta riferimento alle malefatte della mafia di Philadelfia «and the D.A. can't get no relief» (D.A., cioè il *District attorney*, dunque il pubblico ministero), ma soprattutto al dramma della disoccupazione, che può costringere alla commissione di reati. Di un omicidio parla anche il brano *Highway Patrolman*, che sarebbe stato immediatamente ripreso da Johnny Cash nel suo album dello stesso 1983: *Johnny 99*.

legge che condanna. Una chiara riflessione sulla giustizia penale («vent'anni gli avevano dato, la corte decise così») che curiosamente lo stesso De Andrè – il cui fratello fu notevole avvocato del foro genovese – riporta anche a sé con un ricordo: «È la prima che ho scritto (da solo) e mi ha salvato la pelle; se non l'avessi scritta, probabilmente, invece di diventare un discreto cantautore, sarei diventato un pessimo penalista» [52].

In una chiave differente, più ferocemente ironica, avrebbe trasposto con *Il gorilla* (1968, nell'album *Volume III*, dove trova posto anche *La ballata del Michè*) una canzone di George Brassens, anche qui contro una giustizia crudele e soprattutto contro il suo protagonista, il giudice, trascinato a un beffardo destino finale. Altrove la giustizia – per chi la amministra – altro non è che lo sfogo di una profonda frustrazione [53].

Nel 1975 Lucio Dalla (1943-2012) incide *Mela da scarto*, su un testo di Roberto Roversi; qui la particolarità – davvero rara – è che si parli di un carcere minorile, il Ferrante Aporti di Torino, «terra senza amore». Ma si possono ricordare anche 'le canzoni della mala', genere di cui Ornella Vanoni tra anni '60 e '70 fu originale interprete.

Nel 1993 Francesco De Gregori incide l'album dal vivo *Il bandito e il campione*, il cui titolo riprende una canzone presente nel disco; il pezzo è di Luigi Grechi, pseudonimo di suo fratello Giorgio De Gregori, cantautore *country* che fino a quel momento non era riuscito a pubblicarlo. Vi si narra l'amicizia tra il 'campionissimo' di ciclismo Costante Girardengo e il bandito anarchico Sante Pollastri, la cui vicenda tragica trova sintesi nel celebre verso che può – anche per *pathos* retorico – riassumere queste pagine: «cercavi giustizia, ma trovasti la legge».

Si tratta di casi emblematici di come la storia entri nella vicenda culturale della canzone italiana, in particolare nella celebrazione del 'ribelli-

[52] La frase fu pronunciata nel 1993 in occasione di un concerto a Reggio Emilia; su questo brano cfr. Caruso (2023), pp. 281-283.

[53] «Fu nelle notti insonni / Vegliate al lume del rancore / Che preparai gli esami / Diventai procuratore / Per imboccar la strada / Che dalle panche d'una cattedrale / Porta alla sacrestia / Quindi alla cattedra d'un tribunale / Giudice finalmente / Arbitro in terra del bene e del male». Da *Un giudice*, compresa in *Non dal denaro, non dall'amore né al cielo* (1971), ispirato all' *Antologia di Spoon river* di Edgar Lee Masters.

smo' e del 'banditismo' come guerra all'oppressione e all'ingiustizia. Anzi, una certa produzione musicale è stata collegata alle coeve nuove tracce di ricerca proposte allora dalla storiografia (di successo), ed in particolare dalla 'storia sociale'. Ad esempio, *Prete Liprando* di Enzo Jannacci (1935-2013) può essere accostato a *Il formaggio e i vermi* di Carlo Ginzburg [54]. Un capitolo a parte, anzi un intero volume come in effetti è già stato fatto recentemente e molto bene, richiederebbe ovviamente su questo profilo la produzione del già ricordato Fabrizio De Andrè [55].

## 5. *«The Law is everything we have» (tornare a Runnymede…)*

L'incontro tra *rock*, diritto e giustizia conduce a un ascolto più partecipato (meno 'passivo') rispetto alla tradizione della musica popolare, rientra in una dimensione di esperienza del musicale più complessa nella misura in cui, più o meno consapevolmente, entra in gioco il rapporto necessario con le regole e con le istituzioni, e infine con la propria libertà [56].

---

[54] Ginzburg (1976), ma in precedenza Ginzburg (1966). Tratta da una cronaca del 1100, è la canzone di Dario Fo ed Enzo Jannacci, *Prete Liprando e il giudizio di Dio* ed è pubblicata nell'album di Jannacci, *Jannacci in teatro*, 1965. Su questo passaggio Pivato (2002), pp. 100 ss. Qui in realtà si aprirebbe un altro fronte, cioè quello del teatro musicale, e in particolare quello di impegno politico-sociale; interessante il collegamento tra i due capostipiti degli anni Venti, Bertolt Brecht e Kurt Weill, e il *rock* in Assante/Castaldo (2004), pp. 100-103. In particolare, dopo la caduta della repubblica di Weimar, «Weill decise di trasferirsi nel Paese-simbolo della libertà d'espressione, gli Stati Uniti, e in un certo senso si chiudeva un cerchio: dopo aver importato dagli USA il lessico del jazz, Weill contribuì alla formazione di una nuova coscienza nella commedia musicale americana»; p. 102. Weill sarebbe morto nel 1950, alle soglie della fase maccartista. Sulla scena italiana andrebbe ovviamente aperta un'analisi sul tema della legge e della giustizia nell'opera di un altro *Nobel Prize*, il già ricordato Dario Fo.

[55] Caruso (2023).

[56] Sulle diverse fasi dell'ascolto nella storia della musica occidentale Besseler (1993), in particolare sui passaggi storici tra 'ascolto attivo' e 'ascolto passivo'. Una delle analisi più interessanti sulla produzione musicale contemporanea, e sulla sua fruizione è probabilmente quella di David Byrne: Byrne (2022[5]). Co-fondatore a metà anni '70 a New York dei *Talking Heads*, uno dei gruppi più influenti della *new wave* a cavallo tra *rock* e

E se nella canzone di Curtis/The Clash con *law* si intende la legalità formale e la forza repressiva dello Stato, diverso è il discorso per *Law* come diritto e giustizia, la «scala senza cima e senza fondo» auspicata da Dylan, bilanciata ed equa.

In un'intervista alla BBC del 2013 – nel programma HARDtalk – Roger Waters, *leader* dei Pink Floyd, è condotto dall'intervistatore a parlare della battaglia legale che lo ha opposto ai suoi colleghi, dopo l'abbandono del gruppo. A un certo punto della controversia – riferisce Waters – è l'avvocato a fargli comprendere di aver sbagliato la prospettiva, che non può essere quella del risentimento personale e di una personale visione delle cose:

> the legal profession has told me something [...] ...look back to Runnymede [luogo di redazione della *Magna Charta Libertatum* del 1215]. The law is everything we have. *The Wall* is about the law, *The Wall* is about 1789, *The Wall* is about 1776, *The Wall* is about 1948, *The W*all is about the human rights, is about our Declaration [57].

Il *rock* è nella storia e ne diventa fonte di cognizione e strumento di analisi. Il *rock* contribuisce – almeno nelle sue venature più limpide e socialmente consapevoli, e nei suoi limiti estetici – alla rappresentazione delle istituzioni e del diritto nella loro evoluzione (il 1789, il 1776... ecc.). Da un certo punto di vista, nulla di nuovo: almeno dalla Antigone sofoclea (testo citatissimo...), l'uomo occidentale esprime in forma di canto il conflitto tra leggi e giustizia (e la tragedia della pena capitale ingiusta...). Anche nel *rock*, così legato dalle sue origini all'ingiustizia massima della

---

avanguardia, ha sviluppato – e tuttora prosegue – un percorso emblematico all'interno della musica contemporanea (avendo collaborato, tra gli altri coi compositori Brian Eno e Ryūichi Sakamoto).

[57] Il riferimento è ovviamente al già ricordato album *The Wall* del 1979, opera assolutamente centrale nella storia del *rock*, oltre che nella produzione artistica della *band* inglese. L'intervista è disponibile in https://www.youtube.com/watch?v=rS3PyxuHuWc e https://www.bbc.co.uk/programmes/p01gmhw5. Incidentalmente va ricordato che anche i PF vengono dal *rhythm'n'blues*, tanto che il nome fu scelto nel 1965 unendo i nomi di due *bluesman* americani, Pink Anderson e Floyd Council.

discriminazione razziale, la legge e la giustizia assumono senso solo se appunto si propongono come strumento di liberazione, e consentono a ognuno, senza esclusione, di dire – secondo il *refrain* del capolavoro dylaniano, ma ben adattandosi anche allo spirito del *The Wall* floydiano – «I shall be released».

*Bibliografia*

Assante, Ernesto, Gino Castaldo (2004), *Blues, Jazz, Rock, Pop. Il Novecento americano*, Torino, Einaudi

Belz, Carl (1975), *La storia del rock* [*The Story of Rock*, New York, Oxford U.P. 1969, 1972], Milano, A. Mondadori

Besseler, Heinrich (1993), *L'ascolto musicale nell'età moderna* [*Das musikalische Hören der Neuzeit*, Berlin, Academie Verlag, 1959], Bologna, il Mulino

Byrne, David (2022[5]), *Come funziona la musica* [*How Music Works*, San Francisco, McSweeney's Books, 2012], Firenze-Milano, Giunti-Bompiani

Carter, Rubin 'Hurricane' (1974), *The Sixteenth Round. From Number 1 Contender to #45472*, New York, The Viking Press

Caruso, Raffaele (2023), *Alla stazione successiva. La giustizia ascoltando De Andrè*, Roma, San Paolo Edizioni

Dylan, Bob (2016[2]), *Chronicles. Volume 1* [*Chronicles. Volume one*, New York, Simon and Schuster, 2004], Milano, Feltrinelli

Dylan, Bob (2022), *Filosofia della canzone moderna* [*The Philosophy of Modern Song*, New York, Simon and Schuster, 2022], Milano, Feltrinelli

Ginzburg, Carlo (1966), *I benandanti*, Torino, Einaudi

Ginzburg, Carlo (1976), *Il formaggio e i vermi*, Torino, Einaudi

Gioia, Ted (2020), *Delta blues. I grandi musicisti del Mississippi che hanno rivoluzionato la musica* [*Delta Blues: The Life and Times of the Mississippi Masters Who Revolutionized American Music*, New York, W.W. Norton & Company, 2009], Torino, EDT/Siena Jazz

Handy, William Christopher (1941), *Father of Blues: An Autobiography*, New York, Macmillan

Kaufman, Will (2012), *Woody Guthrie. American Radical*, Milano, Arcana

Lomax, Alan (1993), *The Land Where the Blues Began*, New York, The New Press

Lomax, Alan (2008), *L'anno più felice della mia vita. Un viaggio in Italia (1954-55)*, Milano, il Saggiatore

Lomax, John, Alan Lomax (1994), *American Ballads and Folk Songs*, New York, Dover pub. (1st ed. New York, The Macmillan Company, 1934)

Mason, Nick (2018), *Inside out. La prima autobiografia dei Pink Floyd* [*Inside Out*, Weidenfeld & Nicolson – Hachette, London, 2017], ed. aggiornata, Milano, EPC

Murray, Albert (1999), *Ballando il blues* [*Stomping the Blues*, New York, Minnesota U. P., McGraw-Hill 1976], Bologna, CLUEB

Peters, Samuel (1876), *The True-Blue Laws of Connecticut and New Haven and the False Blue-Laws Invented by the Rev. Samuel Peters to Which Are Added Specimens of the Laws and Judicial Proceedings of Other Colonies and Some Blue-Laws of England in the Reign of James I*, ed. by James Hammond Trumbull, Hartford Connecticut, American Publishing Company

Petersen, Theodore G. (2020), *Singing the News: How Bob Dylan's "The Lonesome Death of Hattie Carroll" Functions as Alternative Journalism*, in «Americana: The Journal of American Popular Culture (1900-present)», Fall 2020, 19,2, https://americanpopularculture.com/journal/articles/fall_2020/petersen.htm

Pivato, Stefano (2002), *La storia leggera. L'uso pubblico della storia nella canzone italiana*, Bologna, il Mulino

Portelli, Sandro (1981) *Il tempo in bilico*, in Assante, Ernesto, Enzo Capua (a cura di), *La nascita del rock'n'roll*, Milano, Savelli

Portelli, Alessandro (2011), *Note americane. Musica e culture negli Stati Uniti*, Milano, ShaKe

Richards, Keith (2010), *Life* [*Life*, New York, Little, Brown and Company – Hachette, 2010] (con J. Fox), Milano Feltrinelli

Roberts, David (2013), *Cronache del rock. Una storia visuale dei 250 artisti rock più grandi al mondo* [*Rock Chronicles*, London, Quintessence Editions, 2012], Milano, Il Castello

Sounes, Howard (2008), *Anni70. La musica, le idee, i miti* [*Seventies. The Sights, Sounds and Ideas of a Brillant Decade*, London-New York-Sydney-Toronto, Simon and Schuster, 2006], Roma-Bari, Laterza

Southern, Eileen (1997), *La musica dei neri americani dai canti degli schiavi ai* public enemy [*The Music of Black Americans: A History*, New York, W.W. Norton & Company, 1971], Milano, il Saggiatore

Stefanel, Renzo (2020), *Sesso, droga e calci in bocca. Storie di rock maledetto*, Firenze-Milano, Giunti

Szatmary, David P. (2004[5]), *Rockin' in Time. A Social History of Rock-and-Roll*, Upper Saddle River-New Jersey, Pearson-Prentice Hall

Turner, Steve (2021[4]), *Jonny Cash. La vita, l'amore e la fede di una leggenda americana* [*The Man Called Cash. The Life, Love and Faith of an American Legend*, Nashville, W. Publishing Group-Thomas Nelson, 2004], Milano, Feltrinelli

Walker, Jerry Jeff (1999), *Gypsy Songman*, forward by B. Shrake, San Francisco, Woodford Press

Young, Neil (2012), *Il sogno di un hippie* [*Waging Heavy Peace*, USA, Blue rider press-Penguin, 2012], Milano, Feltrinelli

# Un'iconografia per la Giustizia consensuale.
# Un affresco di ieri per un ideale di Giustizia di oggi

Sara Occhipinti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Tradizionale iconografia della Giustizia. – 3. Giustizia e giurisdizione. – 4. L'*Allegoria della Giustizia* di Ambrogio Lorenzetti. – 5. Giustizia, Vergine e Madre. – 6. Giustizia è un de-siderio. – 7. La bilancia simbolo di complementarità. – 8. Giurisdizione e giustizia consensuale: due piatti in necessario equilibrio. – 9. Giustizia e Concordia. – 10. Gli strumenti della giustizia consensuale. – 11. Ritualità per la giustizia consensuale.

## 1. *Premessa*

La giustizia consensuale come strada per il bene comune trova una rappresentazione iconografica in un'opera di oltre settecento anni fa. Il grande affresco di Ambrogio Lorenzetti, nella Sala della Pace del Palazzo comunale di Siena, ricostruisce in senso allegorico un ideale di giustizia che affianca in modo complementare la funzione di *ius dicere* alla valorizzazione della risoluzione dei conflitti ad opera dei privati, attraverso l'esercizio pieno della libertà. Solo tenendo in equilibrio perfetto i due piatti della bilancia sui quali stanno giurisdizione e giustizia consensuale è possibile 'dare a ciascuno il suo', ovvero il proprio posto ed il proprio valore all'interno di una comunità coesa e vitale.

## 2. *Tradizionale iconografia della Giustizia*

Come ha scritto Giuseppe Capograssi, l'uomo si trova a «balbettare di fronte alla misteriosa idea della giustizia, misteriosamente vivente nell'animo degli uomini» [1], ed è per questo forse che gli interrogativi del-

[1] Capograssi (1958), p. 32.

doi: 10.17473/LawArt-2023-4-15
ISSN 2039-6880

l'uomo su cosa sia questo bisogno ineliminabile iscritto dentro di sé e su come possa pienamente compiersi nella vita, non hanno mai trovato compiuta espressione nelle definizioni filosofiche, cercando sempre durante i secoli, il ricorso alle immagini, attraverso il mito, le personificazioni e le allegorie della giustizia [2].

Nella diversità delle rappresentazioni artistiche, la tradizionale iconografia di Dike ha degli elementi costanti. Essa è rappresentata con le sembianze di una bellissima donna, in vesti morbide, che tiene nella mano sinistra una bilancia e nella destra una spada. Dalle vesti della donna sporge in rilievo, verso lo spettatore, il ginocchio. La donna non è accompagnata da figure maschili (o al massimo è affiancata ad un'altra donna, allegoria di una virtù complementare), è giovane ed è bella, tratti che rimandano alla Verginità. Nella mitologia classica, la Vergine porta il nome di Astrea («'Vergine', infatti, era chiamata la giustizia, detta anche 'Astrea' [3]»): la Dea che nel racconto di Ovidio, alla fine dell'Età dell'oro, lasciò la terra in preda alla degenerazione morale degli uomini, per rifugiarsi in cielo nella costellazione della Vergine [4]. Di lei Virgilio, nell'Egloga IV, profetizzò il ritorno, grazie alla nascita di un bambino che avrebbe portato nel mondo il ritorno di un'era di pace [5].

La Vergine tiene, sempre nella mano sinistra, una bilancia, che riman-

---

[2] Sull'idea di coscienza collettiva della giustizia espressa nelle immagini, v. Catelani (2020), p. 1: «Alla formazione della coscienza collettiva ha indubbiamente contribuito la filosofia; ma le rappresentazioni simboliche, per la costanza delle loro manifestazioni, riflettono anche un'intuizione largamente diffusa, una percezione di comune dominio, nel modo di intendere l'ordine concettuale raffigurato nel simbolo, che le rende pienamente attendibili ed attuali». L'Autore si sofferma anche sulla duplice rappresentazione della giustizia come virtù e come funzione giudicante. Quest'ultima accezione sarebbe stata valorizzata in modo pressoché esclusivo nell'epoca moderna, mentre per gli antichi era preminente identificare la giustizia come virtù.

[3] Alighieri (1988), XI.1, p. 185.

[4] «Vinta giace la bontà, e la vergine Astrea, ultima degli dei, lascia la Terra madida di sangue»: Ovidio (1994), lib. I, vv. 149-150, p. 55.

[5] «La Vergine ormai torna, i regni di Saturno tornano già una nuova stirpe scende dall'alto dei cieli. Tu, pura Lucina, sii propizia al nascituro, per cui per la prima volta finirà il periodo delle guerre e si alzerà l'età dell'oro; già il tuo Apollo è sul trono»: Virgilio (1978), Egloga IV, p. 95.

da all'attività di soppesare i diritti delle parti in gioco. Quello raffigurato nelle citate iconografie, è un tipo ben preciso di bilancia: non si tratta della stadera, a un piatto solo, che misura il peso assoluto rispetto alla misura standard costituita dal contrappeso, ma della libra, la bilancia a due piatti. La Giustizia, dunque, non stabilisce il peso assoluto, il valore intrinseco di ciò che vi è poggiato sopra, ma ricerca un peso relativo tra contrapposti interessi. La libra non è uno strumento di verità, ma di comparazione, il cui stesso nome evoca la parola 'equilibrio', esito del giusto confronto tra ragioni diverse [6].

La mano destra della Vergine impugna una spada, rivolta verso l'alto o verso il basso, in modo inoffensivo e in atto di deterrenza o puntata in avanti in atto di offesa. La spada è simbolo della decisione che taglia, come la parola decidere dal verbo latino 'decido', derivato di 'caedo', ha il significato di 'troncare'.

Fig. 1 – Rappresentazione della Giustizia in una formella del Campanile di Giotto, 1343-1360 circa, lato sud del campanile del Duomo di Firenze, https://it.wikipedia.org/wiki/File:Maestro_dell%27armatura,_giustizia,_1343-60_circa,_dal_lato_sud_del_campanile.JPG

[6] Per approfondimenti si rimanda al capitolo *Simboli* in Zagrebelsky (2021), pp. 45-98.

L'attività decisionale è considerata quindi un taglio netto, che dopo aver pesato le ragioni dei contendenti pone fine al conflitto determinando ciò che spetta a ciascuno. La spada, col fine di recidere le controversie, rimanda al bisogno di sicurezza, all'esigenza di ristabilire certezza nelle relazioni (certezza che spesso però ne decreta anche la fine) attraverso il diritto.

L'immagine è costruita evocando in chi guarda lo svolgimento di una sequenza temporale: la giustizia prima pesa le posizioni contrapposte con la bilancia, poi utilizza la spada per la decisione e infine porge il ginocchio in atto di clemenza.

## 3. *Giustizia e giurisdizione*

L'iconografia tradizionale della giustizia, con la spada nella mano destra [7] e la bilancia nella mano sinistra, si presta a descrivere ancora oggi quell'aspetto della giustizia che si traduce nell'esercizio del potere giurisdizionale. Che fosse affidata al principe, al sovrano, ad un Consiglio o, come nello Stato di diritto, radicalmente separata dal potere politico, la giurisdizione è l'esercizio di un potere al di sopra delle parti, che deve essere da queste indipendente e distante. Per rimarcare il concetto, alcune raffigurazioni hanno aggiunto nel tempo alla Vergine una benda sugli occhi [8] a simboleggiare l'indifferenza del giudicante dagli *status* e dalle storie personali dei giudicati. L'iconografia che abbiamo descritto, dunque, e che ci è più familiare, descrive l'immagine di una precisa azione della Giustizia, lo *ius dicere* (il giudicare), ma potrebbe non essere l'unica azione e dunque l'allegoria potrebbe non essere esaustiva e satisfattiva di ciò che la giustizia è, dell'ideale di giustizia iscritto nel cuore dell'uomo. Alcune opere

[7] Mario Sbriccoli ha segnalato il passaggio nell'iconografia dalla presenza della sola bilancia alla spada insieme alla bilancia, con l'emergere nei regimi cittadini italiani di una giustizia di tipo 'egemonico', fondata sulla pena, sull'obbedienza alle leggi e sull'azione politica di tipo repressivo: Sbriccoli (2001), pp. 360-361.

[8] Per approfondimenti sul simbolismo della benda sugli occhi della Giustizia, si veda Prosperi (2009).

d'arte hanno tentato allegorie più elaborate, che rompono l'assoluta coincidenza dell'allegoria della giustizia con il concetto di giurisdizione [9].

## 4. L'Allegoria della Giustizia *di Ambrogio Lorenzetti*

In epoca coeva alla realizzazione da parte di Andrea Pisano della formella del Battistero Fiorentino, a Siena, nel culmine della storia civile, politica e culturale di questa città (prima che la peste ne relegasse per sempre la grandezza a un fatto della storia) [10], Ambrogio Lorenzetti dipingeva nel Palazzo Pubblico del Comune un'Allegoria.

Il dipinto di Ambrogio Lorenzetti situato nella Sala della Pace è stato realizzato tra il 1338 e il 1339 e fu commissionato dal Comune senese all'artista più noto per narrare la grandezza ed il potere della città di Siena e lasciare con la narrazione una riflessione sulle ragioni di quel successo da comunicare visivamente ai propri cittadini e ai posteri, fissando nel tempo i 'segreti' del raggiungimento della gloria di quella comunità nel

[9] Sulla evoluzione dell'idea di giustizia nell'epoca comunale, si veda il pensiero dello storico Zdekauer, ripercorso da Lacchè (2016): «Zdekauer intuisce l'importanza del cambio di paradigma nel contesto dei Comuni italiani dove l'idea viene integrata ravvivando potentemente l'elemento politico, accanto al religioso e a quello di tradizione classica», «ideali di questa giustizia sono secondo Zdekauer la pace e il bene pubblico, beni che troveranno nel ciclo senese di Ambrogio Lorenzetti (1337-1340) su il Buono e il cattivo governo e i loro effetti la più vasta, complessa e completa rappresentazione medievale. Con la vittoria del Popolo si era fatta strada un nuovo principio di uguaglianza e perciò una nuova idea della Giustizia». «Non è dunque l'idea dello Stato e della legalità, ma quella del Buon Governo e della felicità dei consociati, che sta innanzi alla mente dell'artista e che egli pone innanzi ai nostri occhi, come l'ideale cittadino della Giustizia». Ricostruendo il contesto storico e i suoi riflessi sulla concezione della Giustizia, ricorda Ascheri (2003), p. 3 che «a Siena sin dal 1277, ossia durante i primissimi anni del guelfismo trionfante, ci fu una legislazione *contra magnates*, cioè contro la gente nota o reputata per essere troppo potente. A parte norme di diritto penale, quella legislazione stabiliva che la presenza dei *magnates* nel più alto ufficio della Repubblica doveva essere esclusa perché poteva essere pericolosa per la salvezza delle libertà civiche».

[10] Per approfondimenti si rimanda a Carlotti (2010).

momento del suo massimo compimento[11]. L'affresco, rinominato come Allegoria del Buongoverno, ma inizialmente conosciuto come Affresco della Pace, si contrappone all'Affresco sulla Guerra (poi ribattezzato *Allegoria del Malgoverno*), e si inserisce in un ciclo di immagini completato dai due affreschi sugli *Effetti del Buongoverno* (Pace) e del Malgoverno (Guerra).

Fig. 2 – Ambrogio Lorenzetti, *Allegoria del Buon Governo*, Sala della Pace, Palazzo Pubblico (Siena), affresco, 1338-1339, https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Ambrogio_Lorenzetti_002.jpg

## 5. *Giustizia, Vergine e Madre*

Sono due le figure in trono che dominano l'affresco, una a sinistra e l'altra a destra. La Giustizia non è una donna solitaria, ma è accompagnata nella narrazione pittorica da una figura maschile, il Buongoverno, rispetto al quale però la donna non sta in posizione ancillare, bensì paritaria. I due protagonisti evocano, così disposti, quasi un ritratto di famiglia, con la madre[12] e il padre che generano e custodiscono in unità l'intera città, ai loro piedi raffigurata dalla processione dei cittadini in marcia da un trono

[11] Per due visioni contrapposte sul punto, v. Frugoni (2019), p. 295 e Schiera (2019), p. 186.

[12] Sul concetto di giustizia come *Mater iuris*, si rimanda a Simone (2016).

all'altro. La Giustizia non è più Vergine, o non solo Vergine, ma quantomeno 'Vergine Madre', evocando con l'immagine dantesca la Protettrice stessa della città di Siena.

È interessante ai nostri fini osservare che accanto al Buongoverno sono sedute sei figure femminili (a destra la Prudenza, la Fortezza e la Pace, e a sinistra, la Magnanimità, la Temperanza e la Giustizia), l'ultima delle quali, con la spada e la corona in mano, simboleggia il potere giurisdizionale del Comune.

Fig. 3 – Ambrogio Lorenzetti, *Allegoria del Buon Governo*, Sala della Pace, Palazzo Pubblico (Siena), affresco, 1338-1339, particolare, https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Ambrogio_Lorenzetti_-_Allegory_of_the_Good_Government_(detail)_-_WGA13487.jpg

Nell'affresco di Lorenzetti l'accezione della Giustizia come funzione giurisdizionale trova il proprio posto a fianco del potere politico, ma è una figura distinta dalla grande Allegoria della Giustizia sul trono di sinistra, madre e regina dell'intero affresco, indicando dunque che la Giustizia è dimensione più grande e tema più ampio che non la sola giurisdizione.

## 6. *Giustizia è un de-siderio*

La Giustizia ha gli occhi rivolti verso l'alto, verso la Sapienza [13].

Fig. 4 – Ambrogio Lorenzetti, *Allegoria del Buon Governo*, Sala della Pace, Palazzo Pubblico (Siena), affresco, 1338-1339, particolare del volto della Giustizia, https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Ambrogio_Lorenzetti_002.jpg

Il gesto di rivolgere lo sguardo alla Sapienza è generalmente interpretato alludendo all'intenzione dell'autore cristiano del dipinto di indicare che la Giustizia è virtù che si riceve in dono da Dio [14]. Ma quegli occhi rivolti verso l'alto, con espressione di attesa e di domanda, enfatizzata dalla posizione di tutta la testa, con il collo allungato, il naso all'insù, la bocca implorante, esprimono un atteggiamento profondamente umano e valido per ogni cultura, non solo cristiana, e cioè che la Giustizia è prima di tutto un desiderio (de-sideris, verso le stelle), un'aspirazione radicata, che va concretizzata alzando in alto lo sguardo alla ricerca di una visuale grande che anela al bene e al saper vivere (la *σοφός* Sofia, sapienza del cuore). Chi cerca la Giustizia non può accontentarsi dunque di

[13] «Dalla sapienza discende l' amministrazione sia della giustizia distributrice, regolatrice in termini di proporzione dei rapporti pubblici, sia della giustizia commutativa che regola in equità aritmetica i rapporti tra singoli», da essa poi discende la corda che passa dalle mani della giustizia in quelle della Concordia: v. Palma (2019), pp. 25-26.

[14] Piccinni (2022).

elaborare una prassi a partire da misure ristrette, fondata su concezioni grette, o ricavata con lo sguardo puntato verso le brutture dell'uomo (il pensiero corre per la nostra epoca, alle concezioni di giustizia elaborate come risposta all'*homo homini lupus*, di hobbesiana memoria) [15].

## 7. *La bilancia simbolo di complementarità*

La Giustizia di Lorenzetti non tiene in mano la bilancia. La libra è presente nell'affresco, anzi è il cuore dell'Allegoria, ma sta nella mano della Sapienza, che ne cala il fulcro sopra la testa della Giustizia. L'attività della Giustizia non è dunque quella di pesare, ma il suo sforzo è concentrato piuttosto a tenere in perfetto equilibrio con le mani i due piatti della bilancia. A cosa serve allora questa bilancia, che non pesa i diritti delle parti?

Fig. 5 – Ambrogio Lorenzetti, *Allegoria del Buon Governo*, Sala della Pace, Palazzo Pubblico (Siena), affresco, 1338-1339, particolare della Giustizia, https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Ambrogio_Lorenzetti_002.jpg

Come vedremo meglio tra poco, nell'ampia concezione della Giustizia che si ricava dall'affresco, la comparazione di diritti non è più un'opera-

[15] Per una revisione della moderna concezione di giustizia e la valorizzazione del modello fiduciario, si rimanda a Greco (2021).

zione necessaria e forse non è nemmeno un'attività funzionale a conseguire quel desiderio di Giustizia che è al fondo del cuore dell'uomo. Chi si riterrebbe infatti interamente soddisfatto nel proprio anelito di giustizia, solo perché il proprio diritto pesa un poco più di quello del vicino? Aldilà di ogni visione utilitaristica o efficientistica, una Giustizia che ripiegasse su un'attività solo comparativa, rischierebbe di non 'funzionare' soprattutto perché insufficiente a soddisfare il desiderio dell'animo umano.

Per comprendere la funzione della bilancia, occorre guardare allora cosa sta sui due piatti. Sul piatto di destra si trova un angelo vestito di rosso, che ha in mano quello strumento che l'iconografica classica affidava alla Giustizia: la spada. Con la spada, l'angelo punisce il colpevole e con una corona premia il virtuoso. Sul piatto della bilancia di sinistra, un angelo in vesti bianche consegna a due cittadini in abiti ordinari, alcuni strumenti: si tratta di uno staio, di una canna e di una stadera che all'epoca costituivano unità di misura ufficiali [16]. Le misure erano affisse, come da Statuto del Comune, sul Campo dove si teneva il mercato, mentre le regole comunali stabilivano che le misure contraffatte venissero bruciate pubblicamente. Lo staio pesava il grano e la canna era una unità di misura lineare, utilizzata per misurare le stoffe nel commercio dei panni o i fabbricati nelle costruzioni.

Lo sforzo della donna in abito rosso seduta sul trono è quello di tenere tra il pollice e l'indice di ciascuna mano i due piatti della bilancia, per fare in modo che nessuno dei due pesi più dell'altro. La sua principale tensione, enfatizzata dal tocco del pollice e dell'indice della mano, è quella di assicurare equilibrio perfetto e dunque piena complementarietà tra le due attività degli angeli [17].

[16] Piccinni (2022), p. 77.

[17] Piccinni (2022), p. 80.

## 8. *Giurisdizione e giustizia consensuale: due piatti in necessario equilibrio*

Ispirata alla concezione aristotelica, riletta attraverso l'insegnamento di San Tommaso d'Aquino [18], trasmessa probabilmente anche nei trattati e sermoni del predicatore domenicano Remigio de' Girolami [19] e dell'arcivescovo di Grosseto, Angelo da Porta Sole, l'opera di Lorenzetti, raffigura nell'angelo di destra l'allegoria della giustizia retributiva e in quello di sinistra, l'allegoria della giustizia commutativa.

Ma il grande affresco si presta perfettamente ad offrire un'immagine simbolica anche dei cambiamenti che interessano la nostra epoca, con l'avvento (o forse il ritorno), accanto alla giustizia dei tribunali, della giustizia consensuale. La caratteristica che accomuna la giustizia commutativa dei commerci (di epoca medievale) alla giustizia consensuale (dei giorni nostri) è il fatto che il suo esercizio è affidato direttamente ai cittadini privati, non propriamente nel senso di una privatizzazione della giurisdizione in contrapposizione all'esercizio del potere pubblico, quanto piuttosto nel significato di valorizzazione della libertà del singolo nella soluzione dei conflitti [20].

La tensione tra le due forme di giustizia (giurisdizionale e consensuale) è al centro dell'affresco, quasi a dire che se uno dei due piatti dovesse pendere di più, l'intero equilibrio [21] di pace che l'Allegoria vuole esprimere, verrebbe a rovinarsi. Dove l'attività giurisdizionale dovesse pesare di

---

[18] Come ricorda Donato (2005), p. 14 «nel 1958 Nicolai Rubinstein rilevò che la centralità della giustizia, e il bene comune come suo esito erano i cardini del buon governo secondo le dottrine aristoteliche, che, tradotte a metà Duecento l'Etica e la Politica, san Tommaso concilia con la tradizione cristiana, ed altri – predicatori, giuristi – adattano al contesto comunale italiano».

[19] Cfr. Dessì (2012), pp. 106-107 sull'ipotesi di una influenza delle prediche di Angelo da Porta Sole, arcivescovo di Grosseto, sul programma iconografico degli affreschi della Sala della Pace. Per approfondimenti sul pensiero teologico di fra Remigio de' Girolami, v. Capitani (1960) e Gentili (2001).

[20] Sul ruolo della giustizia negoziata nell'epoca delle città comunali italiane tra XII e XIII secolo, e sul momento di passaggio ad una giustizia amministrata già a partire dal primo Trecento italiano, si veda Sbriccoli (1998).

[21] Sul ruolo dell'*Aequitas*, nel tenere in equilibrio, in un gioco di contrappesi e compensazioni, la bilancia della Giustizia, si rimanda a Sbriccoli (2003), pp. 159-161.

più (o come ai nostri tempi, costituire addirittura l'unico piatto capiente), la coesione sociale sarebbe compromessa.

## 9. *Giustizia e Concordia*

Per approfondire il paragone, e verificare il tentativo di una rilettura attualizzata dell'iconografia del Lorenzetti, occorre analizzare i particolari dell'affresco dal lato sinistro della Giustizia, nella parte affidata ai privati [22]. Se è vero che i piatti della libra devono pesare in eguale misura e dunque l'attività giurisdizionale deve esistere ed essere effettiva, è anche vero che l'autore del dipinto conferisce rilievo preponderante all'esercizio privato della giustizia, perché da esso trae linfa la vitalità di tutta la città, in cammino fino al pieno compimento nell'immagine del Buon Governo. La vitalità, che nasce dal gesto dell'angelo di affidare ai privati cittadini le misure della Giustizia, è espressa attraverso una corda che dal piatto di sinistra della bilancia cala nelle mani di un'altra figura femminile, la Concordia [23].

Fig. 6 – Ambrogio Lorenzetti, *Allegoria del Buon Governo*, Sala della Pace, Palazzo Pubblico (Siena), affresco, 1338-1339, particolare della Concordia, https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Ambrogio_Lorenzetti_002.jpg

[22] Un'analisi dei simboli dell'affresco si trova in Piccinni (2022), pp. 69-90.

[23] Nell'affresco «la Concordia tiene sulle ginocchia una grande pialla, attrezzo che smussa lo scabro, parifica, appiana»: Sbriccoli (2003), p. 77.

L'immagine della corda, che lega i cittadini di un legame liberamente abbracciato, ha una valenza importantissima ai nostri fini. La corda è consegnata infatti dalla Concordia nelle mani di ventiquattro figure che la tengono in processione verso il buon Governo, come si fa in una cordata di montagna. La corda, dunque, non vale solamente a sottolineare la Concordia come il frutto buono della giustizia consensuale, ma racchiude una visione antropologica profonda, alla quale siamo disabituati a pensare, ma che era viva e presente nell'età comunale [24] e che esalta la libertà personale (coi suoi risvolti di responsabilità) come motore della vita civica. Affrontare i conflitti attraverso l'esercizio della libertà privata, con l'ausilio di criteri e misure socialmente condivise (incluso il diritto), unisce le vite dei singoli nella vita della comunità [25]. Il bene che ne scaturisce non è solo la concordia, intesa come assenza di contrasti e armonia con gli altri; tant'è vero che non è la Concordia il termine ultimo del percorso della cordata dei cittadini, ma è il bene comune [26], nell'immagine allegorica del BuonGoverno. Così la definizione tomistica di Giustizia, come quella virtù che attribuisce 'a ciascuno il suo' deve essere recuperata ai giorni nostri uscendo dal ristretto paradigma individualistico (di privato godimento dei propri diritti, in armonia con gli altri ma indipendentemente da loro), verso un significato più compiuto di piena realizzazione della persona umana grazie alla coesione della comunità sociale e all'interno della medesima.

---

[24] In epoca comunale, «la creazione di un capitale sociale fondato sulla fiducia, sulle norme che regolano la convivenza e sulle reti di associazionismo civico, costituirebbe il motore delle istituzioni democratiche e ne spiegherebbe il loro migliore rendimento nelle attuali regioni dell'Italia centrosettentrionale di contro a quelle meridionali»: Zorzi (2008), p. 66.

[25] Sull'importanza del profilo comunitario nella società medievale, dove l'individuo trova identità e rilievo giuridico, nel e grazie al gruppo sociale di appartenenza, si veda Grossi (1995), pp. 75-79 e 195-201.

[26] Sull'immagine di bene comune e le iscrizioni nell'affresco del Lorenzetti, v. Dessì (2012).

## 10. *Gli strumenti della giustizia consensuale*

Il grande affresco di Lorenzetti offre in prestito altre suggestioni utili al tema della giustizia consensuale [27]. L'angelo vestito di bianco mette nelle mani dei cittadini delle misure, sul cui significato allegorico sono stati tentati molti approcci interpretativi [28]. Nell'era mercantile le unità di misura erano certamente i più importanti strumenti condivisi per la soluzione dei conflitti, tuttavia la misura assume valore simbolico rappresentando la necessità di possedere dei criteri comuni e condivisi per affrontare il conflitto. Per i nostri fini, avendo come riferimento i procedimenti di mediazione o di negoziazione assistita, le 'misure' e dunque gli strumenti condivisi sono ad esempio le tecniche di ascolto attivo, la buona comunicazione, ma anche lo stesso diritto e i suoi principi generali quando fossero fiduciariamente accettati dai contendenti. Un altro particolare strumento, indispensabile al buon esito di una soluzione consensuale del conflitto, si trova nella mano destra della Concordia ed è la pialla. Tradizionalmente utilizzata per simboleggiare l'uguaglianza che livella, la pialla ai nostri fini potrebbe esprimere la funzione di limare il conflitto, evocando quelle competenze psicologiche e comunicative che un buon mediatore o un avvocato negoziatore non possono fare a meno di possedere.

## 11. *Ritualità per la giustizia consensuale*

Un ultimo spunto di riflessione offerto dall'immagine di Lorenzetti viene dall'ordine che regna sull'intera composizione, dove i cittadini uniti in concordia avanzano verso il bene comune in una processione strutturata.

---

[27] Per un approfondimento sugli strumenti di giustizia consensuale, v. Reggio (2017).

[28] «L'angelo di destra rappresenta la misura, egli stesso consegna metri e misure ai cittadini, affinché praticando scambi e affari, restino, con i loro comportamenti nella sfera della giustizia commutativa, Simone (2016), p. 11.

Fig. 7 – Ambrogio Lorenzetti, *Allegoria del Buon Governo*, Sala della Pace, Palazzo Pubblico (Siena), affresco, 1338-1339, particolare della processione dei cittadini, https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Ambrogio_Lorenzetti_002.jpg

Una ritualità condivisa emerge dall'affresco, come espressione della Giustizia. La suggestione che se ne trae vale a correggere un certo (pericoloso) approccio alla giustizia consensuale e agli strumenti di risoluzione alternativi delle controversie come luoghi totalmente deformalizzati, intesi come antitesi del rito processuale, in disprezzo all'aspetto rituale del processo, erroneamente inteso (da alcuni) come il soffocamento della spontaneità espressiva delle relazioni. Il grande affresco corregge questa stortura interpretativa, suggerendoci invece che ritualità e consenso non sono antagonisti, piuttosto la ritualità è espressione e immagine di un modo elaborato e condiviso di intendere la relazione sociale. Se una certa ritualità resta stretta, è semmai perché non è più socialmente condivisibile, soffocando emergenti (o riemergenti) esigenze sociali. Anche la giustizia consensuale, lungi dal porsi in antitesi al rito come regno del caos e della spontaneità, dovrà esprimere col tempo una nuova propria ritualità verosimilmente centrata sull'ascolto, sul dialogo, sull'incontro.

*Bibliografia*

Alighieri, Dante (1988), *Monarchia*, a cura di Maurizio Pizzica, introduzione di Giorgio Petrocchi, Milano, Biblioteca universale Rizzoli, 1988

Ascheri, Mario (2003), *L'altro potere: la città-Stato italiana e il caso di Siena*, in Ascheri, Mario, *Siena e la città-Stato del Medioevo italiano*, Siena, Betti, pp. 45-66, distribuito in formato digitale da Reti Medievali, pp. 1-16

Capograssi, Giuseppe (1958), *Pensieri dalle lettere*, Roma, Studium

Carlotti, Mariella (2010), *Il bene di tutti. Gli affreschi del Buon governo di Ambrogio Lorenzetti nel Palazzo pubblico di Siena*, Firenze, Società editrice fiorentina

Capitani, Ovidio (1960), *L'incompiuto "Tractatus de iustitia" di fra' Remigio de' Girolami*, in «Bullettino dell'Istituto storico italiano per Medio Evo e Archivio muratoriano», 72, pp. 91-134

Catelani, Alessandro (2020), *Aspetti simbolici delle rappresentazioni della Giustizia*, «in Società e diritti», 5, n. 9, pp. 1-7

Dessì, Rosa Maria (2012), *Il bene comune nella comunicazione verbale e visiva. Indagini sugli affreschi del "Buon Governo*, in *Il bene comune: forme di governo e gerarchie sociali nel basso Medioevo*. Atti del XLVIII Convegno storico internazionale (Todi, 9-12 ottobre 2011), Spoleto, Fondazione Centro italiano di studi sull'alto Medioevo, pp. 89-130

Donato, Maria (2005), *Buon Governo: una lettura*, in «Accademia dei Rozzi», 12, n. 23, pp. 6-20

Frugoni, Chiara (2019), *Paradiso vista inferno. Buon Governo e tirannide nel medioevo di Ambrogio Lorenzetti*, Bologna, il Mulino

Gentili, Sonia (2001), *Girolami, Remigio de'*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, 56, Roma, Treccani, pp. 531-541

Greco, Tommaso (2021), *La legge della Fiducia: alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza

Grossi, Paolo (1995), *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza (rist. 2023)

Lacchè, Luigi (2016), *La Giustizia di Lodovico Zdekauer: idea e immagini. Una prolusione maceratese*, in Pirani, Francesco (a cura di), *Lodovico Zdekauer. Discipline storiche e innovazione fra Otto e Novecento*, Ancona, Fermo, Deputazione di storia patria per le Marche, pp. 49-63

Ovidio (1994), *Le Metamorfosi*, trad. di Giovanna Faranda Villa, Milano, Biblioteca universale Rizzoli

Palma, Mauro (2020), *Difficile dire giustizia*, Roma, Roma Tre Press

Piccinni, Gabriella (2022), *Operazione Buon governo: un laboratorio di comunicazione politica nell'Italia del Trecento*, Torino, Einaudi

Prosperi, Adriano (2008), *Giustizia bendata: percorsi storici di un'immagine*, Torino, Einaudi

Reggio, Federico (2017), *Concordare la norma. Gli strumenti consensuali di soluzione della controversia in ambito civile: una prospettiva filosofico-metodologica*, Padova, Cleup

Sbriccoli, Mario (1997), *Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400*, in Padoa Schioppa, Antonio (ed.), *Legislation and Justice: The Origins of the Modern State, 13th-18th Centuries*, Oxford, Clarendon Press, pp. 37-55, anche in Sbriccoli, Mario, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 47-72

Sbriccoli, Mario (1998), *«Vidi communiter observari». L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 27, pp. 231-268, anche in Sbriccoli, Mario, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 73-110

Sbriccoli, Mario (2001), *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in Bellabarba, Marco, Gerd Schwerhoff, Andrea Zorzi (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, Bologna, Il Mulino/Berlin, Duncker u. Humblot, pp. 345-364, anche in Sbriccoli, Mario, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 1223-1245

Sbriccoli, Mario (2003), *La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in Sbriccoli, Mario, Pietro Costa, Maurizio Fioravanti et al. (a cura di), *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, pp. 41-95, anche in Sbriccoli, Mario, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 155-208

Simone, Anna (2016), *Rappresentare il diritto e la giustizia nella modernità. Universi simbolici, iconografia, mutamento sociale*, Milano-Udine, Mimesis

Schiera, Pierangelo (2019), *Nota su nota: ancora sulla "pace melanconica" di Ambrogio Lorenzetti*, in «Scienza & Politica», XXXI, n. 61, pp. 185-199

Virgilio (1978), *Bucoliche*, trad. di Luca Canali, Milano, Biblioteca universale Rizzoli

Zagrebelsky, Gustavo (2021), *La giustizia come professione*, Torino, Einaudi

Zorzi, Andrea (2008), *"Fracta est civitas magna in tres partes" Conflitto e costituzione nell'Italia comunale*, in «Scienza e politica. Per una storia delle dottrine politiche», 39, pp. 61-87

## Abstracts

VERA KARAM DE CHUEIRI, «Sertão is where the strong and the shrewd call the tune»: From Guimarães Rosa's Novel *Grande Sertão: Veredas* to Mendonça Filho and Juliano Dornelles'Film *Bacurau* / «Sertão è il luogo in cui i forti e gli astuti dettano legge»: dal romanzo *Grande Sertão: Veredas* di Guimarães Rosa al film *Bacurau* di Mendonça Filho e Juliano Dornelles

This article aims to discuss Guimarães Rosa's novel *Grande Sertão: Veredas* and Kleber Mendonça Filho and Juliano Dornelles'film *Bacurau* focusing, respectively, on Zé Bebelo's trial in the novel and the cut-off heads of foreigners in the film. Both narratives take place in the *sertão*, but the issues they address regarding the experience of being/existing, resisting, and reexisting could occur anywhere in the world. In both narratives, to be or not to be in the *sertão*, a place of difficulties, precariousness, and "outlaws" is at stake. Despite the time difference between the book's publication and the film's release (1954 and 2019), both confront the (violent) process of colonization in Brazil, constantly dealing with the following opposites or aporias: order and disorder, law and exception or non-law, love and hate, God and Devil, bond and disagreement, justice and injustice, resistance/violence, and reexistence.

Questo articolo si propone di discutere il romanzo *Grande Sertão: Veredas* di Guimarães Rosa e il film *Bacurau* di Kleber Mendonça Filho e Juliano Dornelles, concentrandosi, rispettivamente, sul processo di Zé Bebelo nel romanzo e sulle teste mozzate degli stranieri nel film. Entrambe le narrazioni si svolgono nel *sertão*, ma le questioni che affrontano circa l'esperienza di essere/esistere, resistere e riesistere potrebbero verificarsi ovunque nel mondo. In entrambe le narrazioni è in gioco essere o non essere nel *sertão*, un luogo di difficoltà, precarietà e "fuorilegge". Nonostante la differenza temporale tra la pubblicazione del libro e l'uscita del film (1954 e 2019), entrambi affrontano il processo (violento) di colonizzazione in

Brasile, confrontandosi costantemente con i seguenti opposti o aporie: ordine e disordine, legge ed eccezione o non-legge, amore e odio, Dio e diavolo, legame e disaccordo, giustizia e ingiustizia, resistenza/violenza e re-esistenza.

KEYWORDS / PAROLE CHIAVE: Violence; Resistance; *Grande Sertão*; *Bacurau* / Violenza; resistenza; *Grande Sertão*; *Bacurau*

FRANCESCO SERPICO, Sarah Bernhardt e le altre. *La physionomie nerveuse des femmes artistes* secondo Enrico Ferri / Sarah Bernhardt and the Others. *La physionomie nerveuse des femmes artistes* According to Enrico Ferri

A partire dalla seconda metà dell'Ottocento, la sessualità femminile fu al centro di un complesso intreccio tra il discorso medico e quello giuridico al fine di iscrivere il corpo della donna in una fitta maglia di prescrizioni definita dalla sua "naturale" funzione di moglie e di madre. All'interno di questa prospettiva, l'articolo si propone di analizzare un contributo di Enrico Ferri, *leader* socialista e tra i principali esponenti della Scuola positiva, incentrato sull'analisi della personalità della "divina" Sarah Bernhardt. Lontana dagli stereotipi di genere della passività e dalla sottomissione, la figura iconica della diva sembrava riassumere in sé nuovi e destabilizzanti modelli di identificazione della sessualità e del desiderio femminile contribuendo così a rivelare le ansie ed i timori sottesi al processo di modernizzazione sociale nell'Europa *fin de siècle*.

From the second half of nineteenth century, female sexuality was the focal point of a complex story between the medical and legal question at hand so as to catalog a women's body in a rigid framework of predefined rules of "natural" role of wife and mother. Within this prospect, this article will analyze Enrico Ferri's contribution, as socialist leader and one of the main advocates of criminal positive school in liberal Italy, focused on analyzing the personality of "divine" Sarah Bernhardt. Far from the

gender stereotypes of passivity and submission, the iconic figure of the diva seemed to embody new and destabilizing patterns of sexuality and female desire, revealing the axieties and underlying fears of social modernization in Europe at the end of the century.

PAROLE CHIAVE / KEYWORDS: Teatro; isteria; sessualità; normatività; emancipazione femminile / Theatre; Hysteria; Sexuality; Normativity; Female emancipation

REBECCA JOHNSON, Unsettling Agreements: Law & Art in *The Witness Blanket*, and in *The Witness Blanket Stewardship Agreement* / Accordi non regolati: Diritto e arte in *The Witness Blanket* e nell'*Accordo di gestione di The Witness Blanket*

The paper offers some reflections on the productivity of complicated entanglements of art and law for those engaged with contemporary challenges of legal pluralism. The context for these reflections is Canada, with its fraught colonial history, and the legacy of its (non)engagement with Indigenous peoples and their legal orders. Here, situated in ongoing conversations about 'truth' and 'reconciliation', the example of *The Witness Blanket*, a work of art responding to a deep failure of law, is first taken up. Then, *The Witness Blanket Stewardship Agreement* is explored, as a piece of law, responding to the needs of a piece of art. In each case, the focus is on the ways both art and law, as deeply collaborative practices, can open up pathways for more productive intersocietal forms of agreement to guide people in working and living with each other in worlds marked by legal pluralism.

L'articolo offre alcune riflessioni sulla produttività degli intrecci tra arte e diritto per coloro che sono impegnati nelle sfide contemporanee del pluralismo giuridico. Il contesto di queste riflessioni è il Canada, con la sua storia coloniale travagliata e l'eredità del suo (non) impegno con i popoli indigeni e i loro ordinamenti giuridici. Qui, nell'ambito delle conversazio-

ni in corso sulla "verità" e sulla "riconciliazione", viene dapprima preso in considerazione l'esempio di *The Witness Blanket*, un'opera d'arte che risponde a un profondo fallimento del diritto. In seguito, viene esaminato il *The Witness Blanket Stewardship Agreement*, un testo di legge che risponde alle esigenze di un'opera d'arte. In ogni caso, l'attenzione si concentra sui modi in cui sia l'arte sia il diritto, in quanto pratiche profondamente collaborative, possono aprire percorsi per forme di accordo intersociale più produttive, per guidare le persone a lavorare e vivere insieme in mondi segnati dal pluralismo giuridico.

KEYWORDS / PAROLE CHIAVE: Art; Indigenous Law; Stewardship; Residential School; Ceremony / Arte; diritto indigeno; gestione; scuola residenziale; cerimonia

MANLIO FRIGO, Methods of Dispute Settlement, Post-Colonial Restitutions and the Increasing Importance of Due Diligence in the International Art Trade / Metodi di risoluzione delle controversie, restituzioni post-coloniali e la crescente importanza della due diligence nel commercio internazionale dell'arte

The historical window opened by President Macron in Ouagadougou on November 28, 2017, preparing the path toward the restitution of African cultural heritage objects currently held in French national collections, has established a new era in cultural relations between the North and the South of the planet. The issue of providing the financial, legal, and methodological framework to ensure the return of cultural heritage particularly in post-colonial times, is raising several questions about the existence of the legal and moral grounds of such an approach, as well as about the obstacles in its concrete achievement. Starting from the analysis of some concrete outcomes of this process, this paper explores the consistency between the fulfilment of legal duties, ethical principles, and identity links, in the light of the due diligence tools and procedures in art related transactions.

La finestra storica aperta dal presidente Macron a Ouagadougou il 28 novembre 2017, che ha aperto la strada verso il recupero dei beni del patrimonio culturale africano attualmente custoditi nelle collezioni nazionali francesi, ha stabilito una nuova era nelle relazioni culturali tra il Nord e il Sud del pianeta. La questione di fornire la cornice finanziaria, legale e metodologica per garantire la restituzione del patrimonio culturale, in particolare in epoca postcoloniale, sta sollevando diversi interrogativi sull'esistenza dei fondamenti giuridici e morali di tale approccio, nonché circa gli ostacoli al suo concreto raggiungimento. Partendo dall'analisi di alcuni esiti concreti di questo processo, il contributo esplora la coerenza tra adempimento degli obblighi giuridici, principi etici e legami identitari, alla luce degli strumenti e delle procedure di due diligence nei negozi relativi all'arte.

KEYWORDS/ Parole chiave: Provenance; Due Diligence; Post-Colonial Restitutions / Provenienza; due diligence; restituzioni post-coloniali

ARIANNA VISCONTI, Laundering Illicitly Trafficked Cultural Property and Criminal Law Control over the Import and Export of Artworks and Antiquities / Riciclaggio di beni culturali oggetto di traffici illeciti e controllo penale su importazione ed esportazione di opere d'arte e antichità

The last decade has been characterised by a growing attention to the criminal dimension of the art and antiquities market. This process culminated in the adoption of the first suppression convention aimed specifically at cultural property trafficking ever entered into force, after the failed attempts dating back to the Eighties and Nineties. After briefly summarising the reasons for this shift in paradigm, the paper delves into the crucial issue of laundering of cultural items of unlawful origin, as addressed by the 2017 Council of Europe Convention, with a specific focus on the crucial role played by international circulation. To this effect, a summary of the main national approaches to the export and import of cultural property is offered for the reader's consideration, together with

some reflections on the growing importance of provenance research and provenance documentation as tools to improve transparency in the market and reduce its 'grey' nature.

L'ultimo decennio è stato caratterizzato da una crescente attenzione verso la dimensione criminale del mercato dell'arte e delle antichità. Questo processo è culminato nell'adozione della prima convenzione per la soppressione del traffico di beni culturali mai entrata in vigore, dopo i tentativi falliti degli anni Ottanta e Novanta. Dopo aver riassunto brevemente le ragioni di questo cambio di paradigma, l'articolo approfondisce la questione cruciale del riciclaggio di beni culturali di origine illecita, affrontata dalla Convenzione del Consiglio d'Europa del 2017, con un focus specifico sul ruolo cruciale svolto dalla circolazione internazionale. A tal fine, viene offerta una sintesi dei principali approcci nazionali all'esportazione e all'importazione di beni culturali, insieme ad alcune riflessioni sulla crescente importanza della ricerca e della documentazione di provenienza come strumenti per migliorare la trasparenza del mercato e ridurne la natura 'grigia'.

KEYWORDS / PAROLE CHIAVE: Cultural Property Trafficking; Laundering of Tainted Cultural Property; Cultural Property Export and Import; Criminal Law; Art and Antiquities Market / Traffico di beni culturali; riciclaggio di beni culturali di origine illecita; esportazione e importazione di beni culturali; diritto penale; mercato dell'arte e delle antichità

MARCÍLIO TOSCANO FRANCA FILHO, GUSTAVO TANOUSS DE MIRANDA MOREIRA, What Is an Art Collection? / Cos'è una collezione d'arte?

The ubiquity of art collections is not a new phenomenon. There are many reasons for that: personal interest, aesthetic pleasure, investment, study, social prestige, decoration and, of course, safeguarding cultural heritage. Despite the indisputable relevance of art collections to culture and the economy, collections have not been studied a lot in the legal literature.

Protecting collections and providing them with legal support requires, first of all, that law understand and conceptualize them, considering the key elements that characterize them and allowing them to be granted the most effective status possible. This text is on the importance of the legal concept of art collection and, by using a comparative law approach, examines it in various legal systems. This article also explores the possibility of protecting art collections as works of the spirit.

L'ubiquità delle collezioni d'arte non è un fenomeno nuovo. Le ragioni sono molteplici: interesse personale, piacere estetico, investimento, studio, prestigio sociale, decorazione e, naturalmente, salvaguardia del patrimonio culturale. Nonostante l'indiscutibile importanza delle collezioni d'arte per la cultura e l'economia, le collezioni non sono state molto studiate dalla letteratura giuridica. Proteggere le collezioni e fornire loro un supporto legale richiede, prima di tutto, che il diritto le comprenda e le concettualizzi, considerando gli elementi chiave che le caratterizzano e consentendo loro di ottenere lo status più efficace possibile. Questo testo si occupa dell'importanza del concetto giuridico di collezione d'arte e, utilizzando un approccio di diritto comparato, lo esamina in diversi sistemi giuridici. L'articolo esplora anche la possibilità di proteggere le collezioni d'arte come opere dello spirito.

KEYWORDS / PAROLE CHIAVE: Collection; Art; Art Law; Comparative Law; Intellectual Property / Collezione; arte; diritto dell'arte; diritto comparato; proprietà intellettuale

GIAMPAOLO FREZZA, PIETRO VIRGADAMO, NFT e arte. Alla ricerca di una disciplina giuridica adeguata orientata al principio di verità / NFT and Art. Looking for an Adequate Legal Discipline Oriented Towards the Principle of Truth

Lo scritto si propone di indagare il fenomeno dei *non fungible token* nel mercato dell'arte. Dopo una definizione dei termini tecnici rilevanti, gli

Autori si soffermano sulle multiformi opinioni sorte in merito alla natura giuridica di tali strumenti di circolazione della ricchezza. La disamina consente di superare, in buona parte, lo stringente problema qualificatorio, concentrandosi sull'individuazione della disciplina di volta in volta più adeguata al caso concreto, nella consapevolezza della complessità e poliedricità degli strumenti medesimi.

The paper aims to investigate the phenomenon of non-fungible tokens in the art market. After a definition of the relevant technical terms, the authors focus on the multiform opinions that have arisen regarding the juridical nature of these tools for the circulation of wealth. The examination makes it possible to largely overcome the stringent qualification problem, focusing on identifying the discipline that is more appropriate to the specific case from time to time, in the awareness of the complexity and versatility of the tools themselves.

PAROLE CHIAVE / KEYWORDS: NFT; arte; diritto / NFT; Art; Law

ANDREA ERRERA, Il diritto nella produzione letteraria di Claudio Magris: uno scrittore al cospetto delle norme / The Law in the Literary Production of Claudio Magris: A Writer Before the Rules

L'ampia produzione scientifica e saggistica di Claudio Magris, pur affrontando principalmente i temi della critica letteraria che appartengono fortemente alla vocazione accademica dell'Autore, si segnala anche in modo mirabile per l'attenzione profonda, sagace e originale con cui viene indagato il fenomeno giuridico. In particolare, nella narrativa e nei saggi di impegno civile, scritti in oltre cinquanta anni di attività, è possibile scorgere una raffinata sensibilità, che porta Magris a scandagliare con lucidità e rigore gli influssi e le implicazioni che le scelte giuridiche producono sulla realtà umana. Il saggio si propone di esaminare proprio il modo in cui Claudio Magris ha messo in risalto, con eccezionale capacità di analisi e di critica, l'impatto generale che il diritto ha ge-

nerato (o avrebbe potuto generare, ove fosse stato diverso) sulla società italiana.

The extensive scientific and literary production of Claudio Magris, while mainly addressing the themes of literary criticism that strongly belong to the author's academic vocation, is also admirably noted for the profound, shrewd and original attention with which the law is investigated. In particular, in the novels and essays on civil commitment, written in over fifty years of activity, it is possible to perceive a refined sensitivity, which leads Magris to fathom with lucidity and rigor the influences and implications that legal choices produce on human reality. The essay aims to examine precisely the way in which Claudio Magris has highlighted, with exceptional analytical and critical skills, the general impact that law has generated (or could have generated, had it been different) on Italian society.

PAROLE CHIAVE / KEYWORDS: Claudio Magris; letteratura; democrazia; giustizia / Claudio Magris; Literature; Democracy; Justice

RICCARDO FERRANTE, Legge, giustizia e rock'n'roll / Law, Justice, and Rock'n'Roll

L'articolo intende sottolineare come i temi legati alla legge e alla giustizia, nell'ambito della musica popolare, siano ben presenti nel blues. Questi temi si ripresentano nel *rock'n'roll*, che d'altronde ha le sue radici proprio nel country, nel *folk* e nel *rhytm'n'blues*. Si segue in particolare lo sviluppo del 'classico' *I Fought the Law*, composta originariamente nel 1957 e con successive riproposizioni fino ad oggi.

The paper aims to underline how the themes related to law and justice, in the context of popular music, are well present in the blues. These themes recur in rock'n'roll, which, moreover, has its roots in country, folk and rhytm'n'blues. In particular, it follows the development of the 'cover' *I*

*Fought the Law*, originally composed in 1957 and with subsequent re-propositions until today.

PAROLE CHIAVE / KEYWORDS: Legge; giustizia; *blues*; *rock'n'roll* / Law; Justice; Blues; Rock'n'Roll

SARA OCCHIPINTI, Un'iconografia per la Giustizia consensuale. Un affresco di ieri per un ideale di Giustizia di oggi / An Iconography for Consensual Justice. A Fresco of Yesterday for an Ideal of Justice Today

La giustizia consensuale come strada per il bene comune trova una rappresentazione iconografica in un'opera di oltre settecento anni fa. Il grande affresco di Ambrogio Lorenzetti, nella Sala della Pace del Palazzo Comunale di Siena, ricostruisce in senso allegorico un ideale di Giustizia che unisce in modo complementare la funzione dello *ius dicere* alla valorizzazione della risoluzione dei conflitti da parte dei privati, attraverso il pieno esercizio della libertà. Solo mantenendo in perfetto equilibrio i due piatti della bilancia su cui si reggono la giurisdizione e la giustizia consensuale è possibile 'dare a ciascuno il suo', cioè il proprio posto e valore all'interno di una comunità coesa e vitale.

Consensual Justice as a road to the Common Good finds an iconographic representation in a work of over seven hundred years ago. The large fresco by Ambrogio Lorenzetti, in the Sala della Pace of the Town Hall of Siena, reconstructs in an allegorical sense an ideal of Justice that joins in a complementary way the function of *ius dicere* to the enhancement of the resolution of conflicts by private persons, through the full exercise of freedom. It is only by keeping in perfect balance the two scales on which jurisdiction and consensual justice stand that it is possible to 'give each his own', that is, his own place and value within a cohesive and vital community.

PAROLE CHIAVE / KEYWORDS: Giustizia conciliativa; Lorenzetti; Buon Governo; ADR / Consensual Justice; Ambrogio Lorenzetti; Buongoverno; ADR.

## Autori / Contributors

PIETRO COSTA:

Professore emerito di Storia del diritto medievale e moderno nell'Università di Firenze. Ha insegnato nelle università di Macerata e di Salerno. Fra le pubblicazioni dell'ultimo decennio: *Poucos, muitos, todos. Lições de história da democracia*, Curitiba, UFPR, 2012; *Lo ius vitae ac necis alla prova: Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in «Quaderni fiorentini», 43 (2014), pp. 817-896; *Lo Stato sociale come problema storiografico*, in «Quaderni fiorentini», 46 (2017), pp. 41-192; *Costituzione italiana: articolo 10*, Roma, Carocci, 2018; *Un sentiment d'humanité affecté': Kant critique de Beccaria*, in Ph. Audegean, L. Delia (eds.), *Le Moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne (1764-1810)*, Liverpool, Liverpool University Press (Oxford University Studies in the Enlightenment 2018:09), 2018, pp. 65-89; *Il diritto 'come' la musica, la musica 'come' il diritto: il fascino discreto di un'analogia*, in O. Roselli (a cura di), *Le arti e la dimensione giuridica*, Bologna, il Mulino, 2020 pp. 229-270; *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in «Quaderni fiorentini», 50 (2021), I, pp. 29-118; *Il regime fascista fra 'diritto' e 'politica': un caso di* «dual State»*?*, in «Giornale di storia costituzionale», 43, 1 (2022), pp. 93-118; *Nation-building e State-building nel 'lungo' Ottocento: miti identitari e strategie di dominio*, in «Forum historiae iuris», 10/03/2022, https://forhistiur.net/2022-03-costa/; Francesca Sofia, *Intervista a Pietro Costa*, in «Società e storia», 177 (2022), pp. 583-589

Professor Emeritus of Legal History at the University of Florence, Italy. He also taught at the Universities of Macerata and Salerno. Among his publications in the last decade: *Poucos, muitos, todos. Lições de história da democracia*, Curitiba, UFPR, 2012; *Lo ius vitae ac necis alla prova: Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in «Quaderni fiorentini», 43 (2014), pp. 817-896; *Lo Stato sociale come problema storiografico*, in «Quaderni fioren-

tini», 46 (2017), pp. 41-192; *Costituzione italiana: articolo 10*, Roma, Carocci, 2018; *Un sentiment d'humanité affecté': Kant critique de Beccaria*, in Ph. Audegean, L. Delia (eds.), *Le Moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne (1764-1810)*, Liverpool, Liverpool University Press (Oxford University Studies in the Enlightenment 2018:09), 2018, pp. 65-89; *Il diritto 'come' la musica, la musica 'come' il diritto: il fascino discreto di un'analogia*, in O. Roselli (a cura di), *Le arti e la dimensione giuridica*, Bologna, il Mulino, 2020 pp. 229-270; *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in «Quaderni fiorentini», 50 (2021), I, pp. 29-118; *Il regime fascista fra 'diritto' e 'politica': un caso di* «dual State»*?*, in «Giornale di storia costituzionale», 43, 1 (2022), pp. 93-118; *Nation-building e State-building nel 'lungo' Ottocento: miti identitari e strategie di dominio*, in «Forum historiae iuris», 10/03/2022, https://forhistiur.net/2022-03-costa/; Francesca Sofia, *Intervista a Pietro Costa*, in «Società e storia», 177 (2022), pp. 583-589

ANDREA ERRERA:

Professore ordinario di Storia del Diritto medioevale e moderno presso la Facoltà di Giurisprudenza, Studi politici e internazionali dell'Università di Parma. Tra le sue pubblicazioni: *Arbor actionum. Genere letterario e forma di classificazione delle azioni nella dottrina dei Glossatori*, Bologna, Monduzzi, 1995; *Processus in causa Fidei. L'evoluzione dei manuali inquisitoriali nei secoli XVI-XVIII e il manuale inedito di un inquisitore perugino*, Bologna, Monduzzi, 2000; *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale. Storia di una rivoluzione scientifica*, Torino, Giappichelli, 2006; *Il «movimento giuridico di un popolo». Nino Tamassia e l'insegnamento della Storia del diritto nell'anno accademico 1899-1900*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.

Full Professor of History of Medieval and Modern Law at the Faculty of Law, political and international studies of the University of Parma, Italy. Among his publications: *Arbor actionum. Genere letterario e forma di*

*classificazione delle azioni nella dottrina dei Glossatori*, Bologna, Monduzzi, 1995; *Processus in causa Fidei. L'evoluzione dei manuali inquisitoriali nei secoli XVI-XVIII e il manuale inedito di un inquisitore perugino*, Bologna, Monduzzi, 2000; *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale. Storia di una rivoluzione scientifica*, Torino, Giappichelli, 2006; *Il «movimento giuridico di un popolo». Nino Tamassia e l'insegnamento della Storia del diritto nell'anno accademico 1899-1900*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.

RICCARDO FERRANTE:

Professore di Storia del diritto medievale e moderno presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova, di cui è stato Direttore (2018-2022). Ha insegnato anche nelle università di Sassari e Trieste. È stato componente del Comitato direttivo della Scuola superiore della Magistratura (2016-2020). È presidente dell'Associazione italiana degli storici del diritto medievale e moderno (ASDIMM). Per Giappichelli è condirettore della collana *Futuro anteriore*. Tra le sue pubblicazioni: *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'Illuminismo giuridico* (Milano, Giuffrè, 2002), *Codificazione e cultura giuridica*, (Torino, Giappichelli, 2011[2]), *Un secolo sì legislativo. Il modello di codificazione otto-novecentesco e la cultura giuridica* (Torino, Giappichelli, 2015); da ultimo *Ideologie della giurisdizione e cultura giuridica togata. Tradizione, nomofilachia, formanti, e metodo storico*, in «Quaderni fiorentini», 49 (2020), pp. 307-345; *Tra Gardone e via Fani. Ideologie della giurisdizione tra associazionismo dei magistrati e storia politica del paese*, in «Questione giustizia», 25.11.2022.

Professor of Legal History at the Department of Law, University of Genoa, Italy, where he was Director (2018-2022). He has also taught at the Universities of Sassari and Trieste. He was a member of the Steering Committee of the Scuola Superiore della Magistratura (2016-2020). He is President of the Italian Association of Medieval and Modern Law Hi-

storians (ASDIMM). For Giappichelli he is co-editor of the *Futuro anteriore* series. Among his publications: *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'Illuminismo giuridico* (Milano, Giuffrè, 2002), *Codificazione e cultura giuridica*, (Torino, Giappichelli, 2011[2]), *Un secolo sì legislativo. Il modello di codificazione otto-novecentesco e la cultura giuridica* (Torino, Giappichelli, 2015); most recently *Ideologie della giurisdizione e cultura giuridica togata. Tradizione, nomofilachia, formanti, e metodo storico*, in «Quaderni fiorentini», 49 (2020), pp. 307-345; *Tra Gardone e via Fani. Ideologie della giurisdizione tra associazionismo dei magistrati e storia politica del paese*, in «Questione giustizia», 25.11.2022.

MARCÍLIO TOSCANO FRANCA FILHO:

Arbitrator of the Court of Arbitration for Art (Rotterdam, the Netherlands), the World Intellectual Property Organization (WIPO, Geneva, Switzerland), and MERCOSUR's Permanent Court of Review (Asunción, Paraguay). Professor of Art Law at the Center for Legal Sciences, Federal University of Paraíba (UFPB), and Prosecutor with the Prosecution Office at the Audit Court of Paraíba (MPC/PB), where he coordinates the Task Force for the Protection of Cultural Heritage (FTPC). Visiting Professor at the Universities of Turin, Pisa and Ghent. Calouste Gulbenkian Fellow at the European University Institute (EUI, Florence, Italy). Member of the Executive Council, and the International Law Commission on Cultural Heritage, International Law Association (London, United Kingdom). Member of TIAMSA – the International Art Market Studies Association; the Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional (IHLADI); the Istituto Nazionale per il Diritto Dell'arte e dei Beni Culturali (INDAC, Italy), and; the 1995 UNIDROIT Convention Academic Project (Rome, Italy). Curator of the Brazilian Conferences on Law & Art (CBDA). Former legal adviser to the UN mission in East Timor (UNOTIL).

Arbitro nel Tribunale Arbitrale per l'Arte (Rotterdam, Paesi Bassi), dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI, Ginevra, Svizzera) e del Tribunale Permanente di Revisione del MERCOSUR (Asunción, Paraguay). Professore di Diritto dell'Arte presso il Centro di Scienze Giuridiche dell'Università Federale del Paraíba (UFPB) e Procuratore presso la Procura della Corte dei Conti del Paraíba (MPC/PB), dove coordina la Task Force per la Protezione del Patrimonio Culturale (FTPC). Professore invitato presso le Università di Torino, Pisa e Gand. Calouste Gulbenkian *fellow* presso l'Istituto Universitario Europeo (IUE, Firenze, Italia). Membro del Consiglio esecutivo e della Commissione di diritto internazionale sul patrimonio culturale dell'International Law Association (Londra, Regno Unito). Membro di TIAMSA – Associazione Internazionale di Studi sul Mercato dell'Arte; dell'Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional (IHLADI); dell'Istituto Nazionale per il Diritto dell'Arte e dei Beni Culturali (INDAC, Italia) e del Progetto Accademico della Convenzione UNIDROIT 1995 (Roma, Italia). Curatore delle Conferenze brasiliane su diritto e arte (CBDA). Ex consulente legale della missione ONU a Timor Est (UNOTIL).

GIAMPOALO FREZZA:

Professore ordinario di Diritto civile presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Comunicazione della Lumsa di Palermo e Prorettore Vicario presso lo stesso Ateneo. È autore di diverse monografie sui temi del diritto di famiglia, dell'analisi economica del diritto, della trascrizione immobiliare, del diritto dell'arte. Ha approfondito in modo particolare, a livello monografico, i temi dell'accertamento dell'autenticità delle opere d'arte contemporanea. È autore di numerosi scritti minori, saggi, note a sentenza, contributi in volume, molti dei quali dedicati alle regole giuridiche del mercato dell'arte.

Full Professor of Civil Law at the Department of Law, Economics and Communication at Lumsa in Palermo and Vice Rector at the same Uni-

versity. He is the author of several monographs on the topics of family law, economic analysis of law, real estate transcription, and art law. He has studied in particular, at a monographic level, the themes of ascertaining the authenticity of contemporary works of art. He is the author of numerous minor writings, essays, notes on sentences, contributions in volumes, many of which are dedicated to the legal rules of the art market.

MANLIO FRIGO:

Full Professor of International Law at the Università degli Studi of Milan, Italy; Member of the Steering Committee of the PhD in Legal Studies at the Bocconi University, Milan; Member of the Committee on Cultural Heritage Law of the ILA (International Law Association); Vicepresident of the Société internationale pour la recherche en droit du patrimoine culturel et droit de l'art. and member of the Legal Affairs Committee of ICOM. Consultant of Unesco, Unidroit, the EU Commission and the EU Parliament, he is author of several books and articles in private and public international law related matters, namely concerning contractual obligations, international and European cooperation in civil and commercial procedure, international economic law, protection and circulation of cultural property, applicable law and the linguistic factor in the circulation of arbitral awards.

Professore ordinario di Diritto Internazionale nell'Università degli Studi di Milano; Membro del Comitato Direttivo del Dottorato in Studi Giuridici dell'Università Bocconi di Milano; Membro del Comitato per il Diritto dei Beni Culturali dell'ILA (Associazione di Diritto Internazionale); Vicepresidente della Société internationale pour la recherche en droit du patrimoine culturel et droit del'art. e membro della commissione giuridica dell'ICOM. Consulente dell'UNESCO, di Unidroit, della Commissione UE e del Parlamento UE, è autore di numerosi libri e articoli in materia di diritto internazionale privato e pubblico, in particolare in materia di

obblighi contrattuali, cooperazione internazionale ed europea in materia di procedura civile e commerciale, diritto economico internazionale, protezione e circolazione dei beni culturali, diritto applicabile e il fattore linguistico nella circolazione dei lodi arbitrali.

REBECCA JOHNSON:

Professor of Law, Director of the Graduate Program in Law and Society, and the Associate Director of the Indigenous Law Research Unit at the University of Victoria Faculty of Law (Canada). After completing degrees in Music, Management, and Law (BMus, MBA, LLB), she was a law clerk to Madame Justice Claire L'Heureux-Dubé at the Supreme Court of Canada. She received her LLM and SJD from the University of Michigan. Her research is marked by an interest in cross-disciplinarity and collaboration, and includes attention to Indigenous legal methodologies, cinematic legal method, judicial dissent, same-sex family formation, mothers and babies in prison, the tax treatment of child-care expenses and inter-cultural legal theory. She is part of the *Testify! Indigenous Laws + the Arts Collective*, and is a co-curator of two blogs focusing on innovations in legal education: *Project Pedagogy*, and the TRC-inspired blog *#ReconciliationSyllabus*. She currently teaches Business Associations, Graduate Legal Theory, Inuit Law-and-Film, and Indigenous Law: Research, Method & Practice. She spends a good part of each summer with her extended family in Secwépemc territory, leaving her children to fend for themselves while she sits at the pottery wheel making yet another bowl or mug.

Professore di Diritto, Direttore del corso di laurea in Giurisprudenza e società e Direttore associato dell'Unità di ricerca sul Diritto indigeno presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Victoria (Canada). Dopo aver conseguito la laurea in Musica, management e diritto (BMus, MBA, LLB), è stata assistente della giudice Claire L'Heureux-Dubé alla Corte Suprema del Canada. Ha conseguito il LLM e il SJD presso l'Università

del Michigan. La sua ricerca è caratterizzata da un interesse per l'interdisciplinarietà e la collaborazione e comprende l'attenzione alle metodologie giuridiche indigene, al metodo giuridico cinematografico, al dissenso giudiziario, alla formazione di famiglie omosessuali, alle madri e ai bambini in carcere, al trattamento fiscale delle spese per assistenza ai minori e alla teoria giuridica interculturale. Fa parte di *Testify! In-digenous Laws + the Arts Collective*, ed è co-curatore di due blog incentrati sulle innovazioni nell'educazione giuridica: *Project Pedagogy* e il blog ispirato alla TRC *#ReconciliationSyllabus*. Attualmente insegna Associazioni imprenditoriali, Teoria giuridica per laureati, Diritto e cinema Inuit e Diritto indigeno: ricerca, metodo e pratica. Trascorre buona parte dell'estate con la sua famiglia allargata nel territorio di Secwépemc, lasciando i suoi figli a badare a se stessi mentre lei siede al tornio e prepara un'altra ciotola o un'altra tazza.

VERA KARAM DE CHUEIRI:

Full Professor of Constitutional Law at Federal University of Paraná (UFPR), Brazil. She is a research fellow at the National Council of Research (CNPq) and at the Center for the Studies of the Constitution (CCONS/UFPR). She also joins the Brazilian Network of Law and Literature (RDL). She writes on constitutional theory, constituent power, radical constitution, law and deconstruction and law and literature. She was a Visiting Professor at Universidade Nova de Lisboa and a Visiting Researcher at Yale Law School. She was the UFPR Law School Dean (2016-2020) and she is currently the dean of the Post-Graduate Program.

Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Universidade Federal do Paraná (UFPR), Brasile. È ricercatrice presso il Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e presso il Centro de Estudos da Constituição (CCONS/UFPR). È inoltre membro della Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Scrive di teoria costituzionale, potere costituente, costituzione radicale, diritto e decostruzione e diritto e letteratura. È stata Visiting Professor all'Universidade Nova di Lisbona e

Visiting Researcher alla Yale Law School. È stata preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'UFPR (2016-2020) e attualmente è direttrice del Programma post-*lauream*.

SARA OCCHIPINTI:

Avvocato del Foro di Firenze. Patrocinante in Cassazione. Dopo la laurea in Giurisprudenza alla Luiss Guido Carli di Roma nell'anno 2003, ha conseguito il diploma di specializzazione per le professioni legali presso l'Università di Pisa. Segue da tempo con interesse l'evoluzione della giustizia verso un modello conciliativo. Ha conseguito il titolo di mediatore civile e commerciale partecipando al Corso di Alta formazione sulla gestione dei conflitti in mediazione, organizzato dall'Università di Firenze. Giornalista pubblicista iscritta all'Albo dei Giornalisti della Toscana dal 2019, collabora con il quotidiano giuridico altalex.com pubblicando articoli ed editoriali. Impegnata nella divulgazione della cultura delle ADR, ha curato per Altalex una rubrica video dedicata alla Giustizia Conciliativa. Nello studio di famiglia, fondato dal padre nel 1976, ha maturato la propria esperienza nell'ambito del diritto civile con particolare attenzione alle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie. Appassionata di arte e musica, è cofondatrice e Presidente del Centro Culturale *Ichneutai – cercatori di tracce*, organizzazione di volontariato per la promozione e diffusione della cultura, con particolare attenzione al mondo giovanile.

Lawyer of the Court of Florence. Advocate in higher courts. After graduating in law from Luiss Guido Carli in Rome in 2003, she obtained a diploma in law at the University of Pisa. She has long followed with interest the evolution of justice towards a conciliatory model. She obtained the title of civil and commercial mediator by participating in the Advanced Training Course on Conflict Management in Mediation, organized by the University of Florence. Publicist journalist registered in the Register of Journalists of Tuscany since 2019, collaborates with the legal daily altalex.com publishing articles and editorials. Committed to the dis-

semination of the culture of ADR, she edited for Altalex a video column dedicated to Consensual Justice. In the family law firm, founded by her father in 1976, she gained experience in the field of civil law with particular attention to alternative dispute resolution techniques. Passionate about art and music, she is co-founder and President of the *Ichneutai Cultural Center (– track finders)*, a volunteer organization for the promotion and dissemination of culture, with particular attention to the world of youth.

FRANCESCO SERPICO:

Francesco Serpico è Professore associato di Storia del diritto medievale e moderno presso il Dipartimento giuridico dell'Università degli Studi del Molise, dove insegna Storia del diritto medievale e moderno, Storia della giurisprudenza, Tecnologie e storia dell'esperienza giuridica moderna. Accanto agli studi di *Law and Humanities*, i suoi interessi di ricerca si incentrano sulla storia del diritto penale e sulla relazione tra sessualità e le forme di controllo sociale tra Otto e Novecento.

Francesco Serpico is Associate Professor of History of Medieval and Modern Law at the Department of Law of the University of Molise, Italy, where he teaches History of Medieval and Modern Law, History of Justice, Tecnologies and History of Modern Legal Experience. In addition to Law and Humanities studies, his research interests focus on the history of criminal law and the relationship between sexuality and forms of social control between the Nineteenth and Twentieth centuries.

GUSTAVO TANOUSS DE MIRANDA MOREIRA:

Member of The Art Law Expert Panel 2022-2023, The Law Reviews (London, UK). Researcher in Art Law and Cultural Heritage Law at the International Laboratory for Research in Transjuridicity (LABIRINT). Professor in training and master's student in the Graduate Program in

Legal Sciences, Federal University of Paraíba (UFPB). Bachelor of Laws from UFPB.

Membro dell'Art Law Expert Panel 2022-2023, The Law Reviews (Londra, Regno Unito). Ricercatore in Diritto dell'Arte e Diritto dei Beni Culturali presso l'International Laboratory for Research in Transjuridicity (LABIRINT). Professore in formazione e studente di *master* presso il Graduate Program in Legal Sciences dell'Università Federale di Paraíba (UFPB). Laurea in giurisprudenza presso l'UFPB.

PIETRO VIRGADAMO:

Professore ordinario di Diritto civile presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Comunicazione della Lumsa di Palermo. È autore di diverse monografie sui temi del diritto di famiglia, dell'interpretazione della legge, della responsabilità civile, delle garanzie del credito, della tutela dei diritti e di scritti minori su svariate problematiche, tra le quali l'accertamento dell'artisticità di un'opera e il rapporto con il diritto d'autore.

Full Professor of Civil Law at the Department of Law, Economics and Communication at Lumsa in Palermo. He is the author of several monographs on the topics of family law, the interpretation of the law, civil liability, credit guarantees, the protection of rights and minor writings on various problems, including the assessment of the artisticity of a work and the relationship with copyright.

ARIANNA VISCONTI:

PhD in Italian and Comparative Criminal Law, she is an Associate Professor of Criminal Law at the Università Cattolica del Sacro Cuore (UCSC), where she has been teaching 'Law & the Arts'since 2015. She serves as coordinator for the research groups on crimes against cultural

heritage and law and literature for the "Federico Stella" Graduate School of Criminal Justice (ASGP). She is member of the board of the book series *Justice and Literature* (Vita e Pensiero), and she has edited five of its volumes since 2012. Amongst her main publications related to cultural heritage protection: the volumes *Beni culturali e sistema penale* (Vita e Pensiero, 2013) and *Protecting Cultural Heritage as a Common Good of Humanity: A Challenge for Criminal Justice* (ISPAC, 2014), both edited with S. Manacorda; *Contraffazione di opere d'arte e posizione del curatore d'archivio*, in «Aedon», 2020; *Between 'Colonial Amnesia' and 'Victimization Biases': Double Standards in Italian Cultural Heritage Law*, in «International Journal of Cultural Property», 2021; *Restitution and Return of Cultural Property between Negotiation and Restorative Justice: Time to Bridge the River*, in «The International Journal of Restorative Justice», 2022; the book *Problemi e prospettive della tutela penale del patrimonio culturale* (Giappichelli, 2023). Her research interests further include economic and organisational crime, penal protection of human dignity and reputation, reputational sanctions and responsive regulation.

PhD in diritto penale italiano e comparato, è Professore associato di Diritto penale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, dove insegna dal 2015 'Law & the Arts'. È coordinatrice delle aree di ricerca sui reati contro il patrimonio culturale e su giustizia e letteratura per l'Alta Scuola "Federico Stella" sulla Giustizia Penale. È componente del comitato direttivo della collana *Giustizia e Letteratura* di Vita e Pensiero, per la quale ha curato, dal 2012, cinque volumi. Tra le pubblicazioni principali in materia di tutela del patrimonio culturale: i volumi *Beni culturali e sistema penale* (Vita e Pensiero, 2013) e *Protecting Cultural Heritage as a Common Good of Humanity: A Challenge for Criminal Justice* (ISPAC, 2014), entrambi curati con S. Manacorda; *Contraffazione di opere d'arte e posizione del curatore d'archivio*, in «Aedon», 2020; *Between "Colonial Amnesia" and "Victimization Biases": Double Standards in Italian Cultural Heritage Law*, in «International Journal of Cultural Property», 2021; *Restitution and Return of Cultural Property between Negotiation and Restorative Jus-*

*tice: Time to Bridge the River*, in «The International Journal of Restorative Justice», 2022; la monografia *Problemi e prospettive della tutela penale del patrimonio culturale* (Giappichelli, 2023). I suoi interessi di ricerca includono inoltre criminalità economica e organizzativa, tutela penale della dignità e della reputazione, sanzioni reputazionali e modelli responsivi di regolamentazione.