

Libertà dell'arte e limiti del diritto*

ANDREA CRISMANI

SOMMARIO: 1. Il giurista di fronte all'arte – 2. Poteri pubblici e cultura: le basi del “diritto della cultura” – 3. Dall'eccezione culturale alla tutela della diversità culturale – 4. La “libertà delle arti” e i suoi limiti – 5. Crisi economico-finanziaria e diritti all'arte

1. IL GIURISTA DI FRONTE ALL'ARTE

Il tema sulla libertà dell'arte e sui limiti del diritto s'inserisce in sistema complesso che abbraccia molteplici discipline giuridiche¹. Solitamente secondo il comune intendere esso è legato al “diritto d'autore” e al “diritto dei beni

* Il presente lavoro rientra nell'ambito del progetto “Patrimonio culturale immateriale e *welfare* culturale: il ruolo delle comunità patrimoniali”, finanziato dall'Università degli Studi di Trieste tramite Bando FRA 2016, e per questo è stato scelto per ricordare Luisa Cusina con la quale nel 2014 ho partecipato a un altro progetto di ricerca FRA da lei diretto.

¹ Il settore dell'arte è forse il settore del diritto che più abbraccia la totalità delle discipline giuridiche (civilistiche e commercialistiche, associativistiche, pubblicistiche e tributarie; aprendosi anche agli scenari del diritto penale e dei diritti di proprietà intellettuale e della personalità).

culturali”); ha a che fare con l’opera d’arte e con la sua circolazione o con l’artista o con le varie vicende che possono riguardare tali oggetti o tali soggetti. Le problematiche che ne emergono possono trovare talora soluzioni differenziate, a seconda che prevalga nello studioso o nel legislatore l’atteggiamento pubblicistico o quello privatistico.

In una prospettiva di analisi pubblicistica, e in particolare del diritto amministrativo, questo tema presuppone l’analisi della funzione svolta dai poteri pubblici e i meccanismi di tutela apprestati dai vari ordinamenti collocati in una dimensione verticale e trasversale e il coordinamento tra loro².

Scopo di questo scritto è evidenziare gli ambiti che sono importanti per lo sviluppo dell’arte (ovvero della cultura in genere), i limiti e il superamento di alcuni di essi nella prospettiva evolutiva che ha segnato considerevoli allargamenti rispetto a quanto detto come: 1. il passaggio dal diritto dei beni culturali al diritto della cultura; 2. la nuova lettura dei valori costituzionali nella prospettiva del *Welfare* culturale; 3. la dimensione ultranazionale e la valorizzazione della diversità culturale; e 4. il suo contesto nel mercato e nella finanza pubblica.

C’è un aspetto preliminare da evidenziare che è quello riguardante il rapporto tra l’arte e il diritto sia in termini di reciproco atteggiamento tra l’arte e il diritto e sia in termini di un nuovo approccio del diritto rispetto alle diverse forme di creatività.

Ci è noto che pressoché in ogni campo lo studioso del diritto si trova di fronte ad ostacoli da superare e problemi da risolvere, che rivestono varia natura e incontrano molteplici difficoltà.

Riguardo alla conoscenza scientifica del diritto “il problema principale scaturisce dallo stesso oggetto e dalla funzione dell’ordinamento giuridico, che stabilisce le regole per la composizione degli interessi in conflitto rilevanti tra i suoi soggetti” e il risultato da raggiungere consiste proprio “nell’ordinare a sistema e nell’interpretare le regole predisposte e imposte dalle fonti normative, per soddisfare alle esigenze e alle richieste che provengono dal corpo sociale”³.

² Inoltre si reputa che il diritto del patrimonio culturale “*possa davvero rappresentare un laboratorio d’eccellenza, una «bottega d’artista» per il diritto amministrativo*”, cfr. L. Casini, *Una «revolution in government»? La riforma amministrativa del patrimonio culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, p. 721.

³ G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, in *Opere*, II, Milano, 1959, p. 385 ss; R. Scognamiglio, *Una riflessione sul metodo giuridico*, *Scritti in onore di Marco Comporti*, Milano, 2008, Vol. III, p. 2487

L'arte spesso si intreccia con un sistema sociale, ma anche politico, che vuole imporre le proprie regole. Al contrario, l'arte per sua naturale vocazione non consoce e non tollera limiti⁴. E, infatti, non esiste arte se non c'è piena libertà di espressione da parte dell'artista⁵. Questo ci deve far riflettere sul fatto che ogni espressione artistica, e in particolar modo quelle più audaci, hanno la tendenza di sfidare le regole imposte dalla società, e questo si accentua laddove l'espressione artistica ha una forte forza comunicativa⁶. Questi artisti con il loro contributo hanno contribuito all'evoluzione della società e il riconoscimento spesso è arrivato solo dopo la loro morte⁷.

Dall'altro canto, invece, il diritto conosce l'arte, pone le regole che possono prevedere garanzie di tutela o anche limiti. Il giurista nell'approcciare questa materia spesso tende ad avere una naturale diffidenza nei confronti di orientamenti interpretativi della realtà culturale. Al pari anche l'artista nutre diffidenza nei confronti del giurista in quest'area perché "teme che (il giurista) riduca in modo inaccettabile le molte dimensioni delle quali è composto il concetto di arte, di bello, di storico e di valore ad esso collegato"⁸.

In effetti, il giurista è, solitamente, abituato a confrontarsi con categorie di analisi certe e tutto ciò che non assume connotati di giuridicità, oppure li perde, diventa per il giurista fonte di un sostanziale disinteresse e occasione di essere terra di incursione di analisi non giuridiche o analisi giuridiche fatte da non giuristi⁹.

⁴ G. Veneziano, *L'arte e la libertà d'espressione*, in <http://www.artslife.com/2010/09/13/larte-e-la-liberta-despressionel>.

⁵ Caravaggio, Galileo, Goya, Oscar Wilde, Pasolini sono i personaggi della storia dell'arte o della letteratura che sono stati oggetto di polemiche, critiche, censure e anche processi e solo dopo la loro morte sono stati riabilitati.

⁶ G. Veneziano, op. cit.

⁷ Ibidem.

⁸ A.L. Tarasco, *La gestione dei beni culturali degli enti locali: profili di diritto dell'economia*, *Foro amm. - C.d.S.*, 2006, 7-8, pp. 2382 ss.

⁹ G. Cerrina Feroni, *Profili giuridici della gestione dei musei nelle esperienze del Regno Unito, Francia, Germania e Spagna*, in <http://www.giustamm.it/>, 2009. Sul punto si cfr. le considerazioni svolte da G.P. Cirillo, *La cultura nell'ordinamento giuridico*, in *Rass. Cons. Stato*, 2003, II, p. 613 ss., ove si rileva come "tutti i giuristi che si sono occupati di cultura sono andati alla ricerca del concetto pregiuridico di cultura, o meglio della nozione che di essa avevano i non giuristi, al fine di verificarne il grado di tenuta rispetto all'ordinamento giuridico positivo". Sennonché – si osserva – "sarebbe invece bene, per il giurista, non cedere alla tentazione di valicare il campo specifico assegnato al giurista, che è quello di rispondere alla semplice domanda se l'ordinamento giuridico si occupi di cultura e in che termini".

Prendiamo a mente le molteplici forme di creatività¹⁰ e tipologie di artisti¹¹. La molteplicità dei mezzi espressivi che va oltre i beni materiali ha evidenziato una serie di problemi e di limiti del diritto nel disciplinarli. In taluni ordinamenti si nota l'evoluzione che porta a considerare non un'unica arte ma diverse arti che vanno a connotare importanti distinzioni in ordine al tipo d'arte, alle sue forme di espressione e alle tipologie di artisti¹².

In effetti, il diritto conosce bene l'arte classica e moderna, fatta di oggetti, statue, quadri; cioè di cose, prodotte poi esposte, vendute, collezionate e nel corso dei secoli ha creato una serie di categorie da considerarsi tradizionali e che sono costruite sul modello dell'artista-soggetto e dell'opera-oggetto. Diverso è invece per l'arte contemporanea. Il diritto si confronta anche con l'arte contemporanea nel cui ambito vi sono vari generi che vanno oltre la pittura e la scultura e che sono concentrati ad altri mezzi espressivi che vanno di là del bene materiale e che si confrontano con le multiformi ed eterogenee espressioni dell'artista contemporaneo¹³.

La prospettiva classica sconta l'ottica teleologica in cui la creazione e l'espressione artistica del soggetto acquistano forza e pregnanza solo allorché vengono in relazione attraverso l'opera, con altri diritti generalmente riconosciuti degni di tutela (la proprietà, la diffusione della cultura...), e così spesso il tema va trattato in riferimento ai diritti di utilizzazione economica (diritto d'autore). In effetti, la prospettiva classica del sistema di tutela giuri-

¹⁰ La creatività si esprime attraverso varie forme in una dimensione estetica e/o simbolica, attraverso vari mezzi. Questi mezzi non sono solo la pittura e il disegno, ma anche la musica, la canzone e la danza, la poesia e la letteratura, il teatro e il circo, la fotografia, il cinema e il video, l'architettura e la scultura, i saggi e gli interventi davanti al pubblico; e questi indipendentemente dal fatto che siano sacri o profani, politicamente orientati o apolitici, e ancora che riguardino o non una questione sociale.

¹¹ L'artista contemporaneo s'individua in varie figure come chi partecipa alla creazione, alla produzione, alla distribuzione e alla divulgazione delle creazioni artistiche. Talché abbiamo gli autori, i musicisti e i compositori, i ballerini e altri artisti, tra cui gli artisti di strada, nonché i comici e drammaturghi, gli artisti visivi, e anche gli editori, i produttori cinematografici, i distributori, i registi e il personale che lavora in biblioteche, gallerie, musei, cinema e teatri, i curatori e organizzatori di eventi culturali.

¹² Solitamente si predica l'unità del concetto di cultura. In realtà non sono ancora sufficientemente sviluppati gli strumenti per conoscerla unitariamente sotto il profilo giuridico, statistico, economico e strutturale. Non esiste un'unità di conoscenza e di organizzazione. Al contrario vi è una molteplicità di enti e di competenze amministrative, afferenti a diversi centri di responsabilità politico-amministrativa, così A.L. Tarasco, *La gestione dei beni culturali degli enti locali: profili di diritto dell'economia*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2006, 7-8, pp. 2382 ss.

¹³ Sul tema A. Donati, *Law and Art: diritto civile e arte contemporanea*, Milano, 2012 e, in particolare, I.d., *Misure del diritto per l'arte nei luoghi pubblici*, in AA. VV. (A.C. Amato, C. Faralli, M.P. Mittica, coord.), *Arte e limite. La misura del diritto*, Roma, 2012, p. 325.

dica si fonda sulla materialità dell'opera da proteggere e l'accostamento tra diritto ed arte contemporanea ha evidenziato questa lacuna¹⁴.

L'immaterialità è indubbiamente quella fattispecie che è in grado di mettere in discussione l'effettività della tutela apprestata dall'ordinamento alla cultura. In alcuni ordinamenti, come in quello spagnolo, il legislatore è intervenuto con specifica disciplina¹⁵ mentre in altri, come in Italia, il dibattito è ancora aperto e la normativa opera nei confronti dei beni culturali immateriali in una prospettiva riduzionistica considerando tali i soli beni d'*élite*¹⁶ mentre gli altri beni rientranti nel patrimonio culturale immateriale sono (mere) "espressioni di identità culturale collettiva"¹⁷.

Nonostante posizioni di avanguardia assunte già da Massimo Severo Giannini e peraltro richiamato nel preambolo della Ley spagnola n. 10/2015¹⁸, indubbio ne è il limite legislativo in quanto il legislatore italiano non ha previsto la fattispecie se non nei termini ora evidenziati e oltretutto non ha voluto coordinare il concetto di patrimonio culturale come definito dall'art. 2 del codice dei beni culturali con quello di patrimonio culturale contenuto nella Convenzione Unesco del 2003¹⁹. Questo limite indubbiamente può esse-

¹⁴ A. Bartolini, *Beni culturali (diritto amministrativo)*, Enc. dir., Annali VI, Milano, 2013, p. 113.

¹⁵ Ley 10/2015, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

¹⁶ Cfr. art. 10, d.lgs. n. 42/2004, Codice beni culturali.

¹⁷ Sul concetto di bene e di patrimonio culturale si v. anche i recenti scritti di: A. Gualdani, *I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia*, Paper presentato al Convegno AIPDA 2018, cit.; G. Mancini Palamoni, *La linea culturale come bene culturali in sé*, Paper presentato al Convegno AIPDA 2018, cit.; M. Monti, *La forma d'arte architettonica: fra libertà artistica e tutela*, Paper presentato al Convegno AIPDA 2018, cit.; M. G. Pulvirenti, *Il patrimonio culturale materiale-immateriale*, Paper presentato al Convegno AIPDA 2018, cit.

¹⁸ La dottrina italiana, e tra tutti Massimo Severo Giannini al quale si ispira la recente Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, è dell'avviso che la conseguenza più importante che deriva dal valore immateriale del bene culturale è quello dell'essere destinato alla pubblica fruizione: difatti, secondo questo modo di vedere, il godimento lo ha l'universo dei fruitori del bene culturale, "cioè un gruppo disaggregato e informale di persone fisiche, indeterminate ed indeterminabili come universo, ma individuabili in concreto nel tempo presente in elementi o gruppi aggregati particolari che si costituiscono nell'universo, mentre incerte nell'individuazione ma certe quanto all'esistenza nel tempo futuro". Con molto anticipo, Giannini aveva colto "l'essenza dei beni culturali, ovvero quello di rappresentare un valore immateriale di carattere universale, come tale patrimonio dell'umanità". Valore immateriale che trova, infatti, oggi una dimensione non solo nazionale, ma anche universale, tramite le Convenzioni Unesco, cfr. D. D'Orsogna, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in *Arte e critica*, cit., p. 6.

¹⁹ L. Tarasco, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2008,

re superato con un diverso approccio del giurista che può ricorrere alla via interpretativa²⁰.

Infatti, la ricerca dell'unitarietà ha condotto verso l'elaborazione della nozione più ampia di patrimonio culturale sulla falsariga della derivazione francese di *patrimoine culturel* che non ha solo una valenza descrittiva ma anche giuridica. Tuttavia, ad esempio, l'attuale ordinamento italiano presenta un quadro disarmonico e frammentario. Non vi è una sola definizione di patrimonio o bene culturale²¹, ma ne esistono diverse che sono però funzionali alla finalità pubblica perseguita (per es. il controllo della circolazione, la protezione in caso di conflitto armato o ancora la [...] protezione del patrimonio mondiale dell'umanità)²². L'auspicio di questa dottrina è l'emersione di una pluralità di nozioni di patrimonio, differenziate a seconda delle finalità e dei diversi interessi pubblici: conservazione, fruizione, circolazione²³.

2. POTERI PUBBLICI E CULTURA: LE BASI DEL “DIRITTO DELLA CULTURA”

I poteri pubblici esercitano una pluralità di funzioni attinenti il patrimonio culturale²⁴, e la promozione culturale è storicamente presente nell'azione dei pubblici poteri²⁵.

L'evoluzione del suo genere può essere ripercorso attraverso momenti che hanno marcato importanti cambiamenti²⁶.

2261 ss.; L. Casini, *La disciplina dei beni culturali dopo il d.lg. n. 62/2008: Erra l'uomo finché cerca*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 1062.

²⁰ A. Bartolini, *Beni culturali (diritto amministrativo)*, cit.

²¹ Sui beni culturali si rinvia a M. Ainis, M. Fiorillo, *I beni culturali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, Milano, 2003, II, pp. 1449 ss.

²² L. Casini, *Per una nuova legge di tutela. Oltre la mitologia giuridica dei beni culturali*, in Covatta (a cura di) *I beni culturali tra tutela, mercato e territorio*, Firenze, 2012, 161 ss e A. Bartolini, *Beni culturali (diritto amministrativo)*, cit. p. 113.

²³ A. Bartolini, *Beni culturali (diritto amministrativo)*, cit. p. 113.

²⁴ Essi esercitano funzioni d'ordine (tutela dei beni culturali) volti ad assicurare la funzione sociale della proprietà culturale, svolgono l'attività di prestazione volta a rendere fruibili i beni (attività di gestione) e hanno il compito di valorizzare il patrimonio in attuazione dell'interesse pubblico della tutela e della gestione.

²⁵ Iniziative di promozione culturale si sono avute sin dai periodi dei regni barbarici e feudali, ma anche nell'ordinamento della Chiesa cattolica.

²⁶ Il tema è stato oggetto del Convegno AIPDA – Associazione italiana professori di diritto amministrativo che si è tenuto a Reggio Calabria il 4, 5 e 6 ottobre 2018, e che aveva ad oggetto il tema: “Arte, cultura e ricerca scientifica. Costituzione e Amministrazione”. Sul tema del patrimonio culturale e sviluppo dei territori si v. i recenti scritti di: F. Morollo,

Con la rivoluzione francese si ha la previsione nelle costituzioni delle disposizioni in materia di istruzione pubblica alle quali si affiancano enunciazioni a carattere più generale sulla libertà della cultura e sulla funzione che lo Stato deve esercitare in relazione ad essa²⁷.

A partire dalla costituzione del Weimar (artt. 142 ss) sorse e si sviluppò un orientamento secondo il quale allo Stato competeva non solo la promozione culturale ma anche la scelta decisionale degli indirizzi culturali quanto meno quelli generali e principali. Da qui la nascita della teoria-ipotesi (come la chiama Giannini) dello Stato di cultura (*Kulturstaat*) che ricalca le formule come quella di Stato sociale, di Stato nazionale²⁸.

Quest'orientamento ha generato ispirazione per i redattori delle carte costituzionali (come ad es. in America latina) che hanno adottato un significato più vasto del termine cultura in quanto hanno creato il termine della "costituzione culturale" ripreso sulla falsariga della costituzione politica o di quella economica²⁹.

Con il termine "costituzione culturale" hanno inteso riassumere l'insieme dei principi che descrivono i connotati fondamentali che i redattori della costituzione vorrebbero veder realizzati. Si fa riferimento a tutte quelle scelte che mirano a configurare una certa scelta cominciando dai principi tradizionali di tutela della persona (libertà dagli arresti, libertà di coscienza, di espressione) a quelli dai quali risulta la tutela dell'ambiente nel quale l'uomo si trova³⁰.

Valorizzazione del patrimonio culturale: sussidiarietà orizzontale e prospettive di democrazia diretta per lo sviluppo dei territori, Paper presentato al Convegno AIPDA 2018 sul tema: *Arte, cultura e ricerca scientifica. Costituzione e Amministrazione*, in <http://www.diritto-amministrativo.org/index.php?page=42>; V. Spagna, *Sviluppo del territorio e Diritto al paesaggio: alla ricerca di un equilibrio perduto*, Paper presentato al Convegno AIPDA 2018, cit.; C. Vitale, *Fruizione e valorizzazione del patrimonio culturale nelle aree interne: attori, strumenti e prospettive*, Paper presentato al Convegno AIPDA 2018, cit. Sull'organizzazione amministrativa per il patrimonio culturale e per le attività culturali si v.: M. Bray, *Soprintendenza unica: semplificare l'organizzazione per potenziare l'attività*, Paper presentato al Convegno AIPDA 2018, cit.; C. Napolitano, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali*, Paper presentato al Convegno AIPDA 2018, cit.

²⁷ A. Pizzorusso, *Diritto della cultura e principi costituzionali*, *Quaderni costituzionali*, a. XX, n. 2, 2000, p. 318

²⁸ Tale fattispecie rappresenta più una forma di sintesi dei principi che lo regolano e non una qualificazione del modello. Sebbene potrebbe meglio affiancarsi alla formula dello Stato di diritto riassumendo così la sintesi dei principi in materia di istruzione e cultura.

²⁹ Si v. anche F. J. Lacava, *Stato federale, tutela del patrimonio culturale e diritti delle generazioni future. Il caso dell'Argentina*, Paper presentato al Convegno AIPDA 2018, cit.

³⁰ J. Prieto de Pedro, *Cultura, economia y derecho, tres conceptos implicados*, *En Pensar Iberoamérica: Revista de cultura*, 1, 2002; A. Pizzorusso, *Diritto della cultura e principi costituzionali*, cit., p. 316.

Recenti orientamenti improntati a non considerare i testi costituzionali come portatori di significati pietrificati nel tempo hanno elaborato nuovi modelli coerenti allo sviluppo con all'evoluzione sociale.

In Italia vi è stato un movimento molto importante che ha portato a varie riletture della normativa costituzionale che ci parla della libertà dell'arte e della scienza da una parte (art. 33) e che ci dice che è compito della Repubblica promuovere lo sviluppo culturale (art. 9)³¹. Si passa dall'abbandonare posizioni svalutative³² e a svilupparne nuove posizioni improntate a dare una valenza strumentale di queste norme volte allo sviluppo della persona umana e allo sviluppo della comunità civile³³.

L'ulteriore passo in un'ottica di un riequilibrio del rapporto tra autorità e libertà è stato il superamento dei limiti dei poteri pubblici a favore di un bilanciamento ragionevole fra l'interventismo dei pubblici poteri e il godimento dei diritti individuali³⁴. Si passa ad una lettura coordinata degli artt. 9, 33 con l'art. 3, comma 2³⁵, della Costituzione italiana in riferimento al concetto della "realizzazione dell'uguaglianza sostanziale"³⁶.

³¹ Sul tema della qualificazione dell'interesse tutelato dall'art. 9 Cost. si v. F. Marini, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, 2002, pp. 183 e ss.

³² Nell'ordinamento italiano l'articolo 9 della Cost. ci dice che è compito della Repubblica promuovere lo sviluppo della cultura e della ricerca tecnica e scientifica, ed è sempre compito della Repubblica tutelare il paesaggio e il patrimonio artistico, storico della nazione. L'articolo 9 della Cost. nelle sue prime interpretazioni non ebbe grande fortuna. Infatti queste interpretazioni furono fortemente svalutative: si diceva che questo era una dichiarazione di tipo etico-politico, quindi di per sé inidonea a produrre norme giuridiche vincolanti; cfr. O. Chessa, *Cultura e Costituzione, Arte e critica*, in *Numero speciale Nuove Alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, 2015, p. 22.

³³ Le letture, originariamente svalutative dell'articolo 9 della Cost., mutano di segno: infatti la dottrina dominante adesso ci dice che l'articolo 9 della Cost. va letto come espressivo di un valore e di un principio estetico e culturale che ha valenza strumentale rispetto allo sviluppo della persona umana, rispetto allo sviluppo della comunità civile e, alla luce di questo valore estetico e culturale, vengono letti anche i due profili contenuti nell'articolo 9 della Cost., cioè sia il profilo statico che dinamico ossia il profilo promozionale e quello conservativo, cfr. O. Chessa, *Cultura e Costituzione*, in *Arte e critica*, cit., p. 22.

³⁴ D. D'Orsogna, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in *Arte e critica*, cit., p. 6.

³⁵ Esso prevede che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

³⁶ In tema di autorità e libertà nell'ambito della sfera culturale si rinvia a: M. Ainis, *Politica e cultura, Il modello costituzionale*, Padova, 2001; G. Clemente di San Luca, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Napoli, Jovene, 2008, p. 44 e ss.; N. Bobbio, *Politica e cultura*, Torino, 1955; M. Ainis, *Cultura e politica, Il modello costituzionale*, Padova, 1991; F. Rimoli, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, 1992.

Anche in quest'ambito di pensiero vi è stata la lettura tradizionale che intende che è compito della Repubblica non soltanto garantire i presupposti e le condizioni di esercizio delle libertà, ma anche intervenire a sostegno delle espressioni culturali deboli sotto il profilo economico-finanziario. Tuttavia anche questa prima lettura che pareva all'avanguardia è oramai vista come riduttiva poiché si ferma alla problematica della tutela dei beni culturali e alle problematiche classiche dello Stato sociale contemporaneo³⁷. Essa considera i diritti di libertà ma non considera il diritto alla cultura come partecipazione e prestazione (del tipo previsto dall'art. 44 della Costituzione spagnola)

La dottrina recente³⁸ ha proposto una lettura nuova, dei valori costituzionali con maggiori prospettive di evoluzione in termini di effettività di tutela. Secondo questa teoria, è scientificamente dimostrato e dimostrabile che la partecipazione culturale cresce in maniera proporzionale con il benessere psicofisico della persona. Politica culturale e politica di welfare possono convergere, tanto da assumere la denominazione di *Welfare della cultura*.

Si aderisce alle moderne riflessioni sulla riforma dello stato del benessere, orientate a inventare un nuovo modello di welfare che si affianchi a quello tradizionale, pesante, costoso e burocratizzato: un "secondo" welfare, appunto, di cui sono protagonisti istituzioni pubbliche, soggetti privati, fondazioni erogative, privati e terzo settore. In effetti, questo modello non è applicabile solo all'assistenza o alla sanità, ma anche alla cultura che rappresenta uno degli strumenti più efficaci per dare significato a una cittadinanza più matura (ad esempio si consideri che le ricerche dimostrano come la cultura serva anche a stare meglio fisicamente e ad affrontare con più efficacia certe patologie).

L'altro aspetto da considerare che ne costituisce presupposto e condizione è segnato dall'allargamento di prospettiva che ha segnato il passaggio dal diritto dei beni culturali (che ora ne è parte ma non è l'unica) al diritto della cultura il quale si focalizza non solo su beni culturali ma anche sulla tutela dei diritti culturali e sul principio di valorizzazione delle diversità culturali³⁹.

³⁷ In generale si v. V. Cerulli Irelli, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, I, Milano, 1988, 138 ss.

³⁸ D. D'Orsogna, P. L. Sacco e M. Scuderi, *Presentazione al numero speciale di Arte e Critica*, in *Arte e critica*, cit., p 5.

³⁹ Il tema è stato sviluppato da J. Prieto De Pedro e D. D'Orsogna, 2013. Per diritto della cultura si può intendere – secondo Pizzorusso – quella parte del diritto amministrativo che disciplina le attività svolte dai pubblici poteri, sia per favorire l'educazione artistica e scientifica dei cittadini, sia per disciplinare le attività dei privati che rientrano in questo settore dell'attività dell'uomo e che sono generalmente considerate esercizio di corrispondenti libertà, quali la libertà dell'arte, la libertà della scienza, la libertà d'insegnamento, ecc.

La dottrina⁴⁰ ha costruito il diritto della cultura su tre pilastri teorici.

Il primo pilastro è della dottrina tedesca del Kulturstaat⁴¹, nella quale l'autonomia della cultura si proclama come diritto di libertà ma anche di prestazione, ovvero, come missione dei poteri pubblici.

Il secondo pilastro è dato dalla dottrina italiana dei beni culturali di Giannini. Questa dottrina ha avuto inizio nei lavori della Commissione Franceschini⁴², che nella sua Prima Dichiarazione⁴³ definì i beni culturali nei seguenti termini: “Appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i Beni aventi riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i Beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario, ed ogni altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà”⁴⁴. Ispirato dal testo di questa Dichiarazione, nel 1976 Giannini nello studio su “I beni culturali” pone le basi dottrinali per la successiva dogmatica italiana sul patrimonio culturale⁴⁵. Egli, infatti incentra la natura giuridica dei beni culturali su due punti: immaterialità e pubblicità.

Il terzo pilastro è rinvenibile nella dottrina francese del *service public culturel*, basata sulla peculiarità della cultura come oggetto dell'azione delle pubbliche amministrazioni⁴⁶.

⁴⁰ M. Vaquer Carballeira, *La relazione tra cultura e mercato nel diritto dell'Unione europea: dall'eccezione alla diversità culturale*, in *Arte e critica*, cit., 29.

⁴¹ P. Häberle, *Costituzione e identità culturale*, Milano, 2006.

⁴² Istituita con la Legge 26 aprile 1964, n. 310.

⁴³ Cfr. *Relazione della Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 119 ss.

⁴⁴ in particolare, si cfr. B. Cavallo, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini, negli Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Milano, 1988, p. 113 ss.

⁴⁵ Non si è trattato di un'innovazione meramente terminologica o lessicale ma di un vero e proprio mutamento di prospettiva nella maniera di concepire l'oggetto della tutela giuridicamente apprestata dall'ordinamento ai beni avente valore ed interesse culturale, cui ha fatto seguito, in dottrina, un ampio dibattito al quale diede un impulso determinante un importante ed ancora attuale saggio di M.S. Giannini *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 5 ss. Sul punto erano già intervenuti F. Santoro Passarelli, *I beni della cultura secondo la Costituzione*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze, 1969, p. 429 ss., e F. Merusi, *Art. 9*, in *Commentario della Costituzione, Artt. 1-12*, in G. Branca (a cura di), Bologna-Roma, 1975, p. 434 ss.

⁴⁶ Sul tema: R. Togni e A. Rossari, *Verso una gestione dei beni culturali come servizio pubblico*, Milano, 1978, p. 25 ss. Sull'accesso ai servizi d'interesse economico generale; G.F. Cartei, *I servizi di interesse economico generale fra riflesso dogmatico e regola di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, p. 1220. Inoltre Sul tema della domanda culturale, semplificazione e partecipazione invece i recenti scritti di: F. G. Albisinni, *Nuovi paradigmi e nuovi attori in tema di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, fra Costituzione e processi di liberalizzazione*, Paper presentato al Convegno AIPDA 2018, cit.; G. Iacovone, *Patrimonio cultu-*

Queste tre teorizzazioni hanno in comune da un lato l'affermazione dell'autonomia della cultura, intesa come ambito della dignità umana e delle relazioni sociali governato da una propria logica, non sussumibile né subordinabile interamente alla logica economica, mercantile o patrimoniale, dall'altro l'estensione ad altri ordinamenti europei⁴⁷. Costituiscono, dunque, la base sulla quale s'è potuto affermare un *acquis* europeo in materia di diritto della cultura.

3. DALL'ECCEZIONE CULTURALE ALLA TUTELA DELLA DIVERSITÀ CULTURALE

La dimensione della tutela e valorizzazione dei diritti culturali e la tutela della diversità culturale è ampia e va oltre gli ambiti nazionali⁴⁸. Si consideri che il diritto della cultura rientra tra i diritti c.d. di "quarta" generazione, riconosciuti e protetti sia a livello internazionale (ad es. le convenzioni Unesco, la Convenzione Internazionale dei Diritti del Fanciullo, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo) sia di accordi di integrazione regionale (Carta ibero-americana dei diritti culturali, Trattati europei) e nelle Costituzioni statali⁴⁹.

Infatti, il diritto della cultura assume una dimensione ultranazionale e si inserisce in un contesto di intercostituzionalità il quale nel ambito dell'Unione Europea si intende l'interazione riflessiva di norme di distinti ordinamenti giuridici che coesistono in quello stesso spazio politico, e implica l'attuazione in rete per la soluzione di problemi comuni⁵⁰.

rale e resilienza nelle politiche pubbliche, Paper presentato al Convegno AIPDA 2018, cit.; E. Giardino, *La tutela dei beni paesaggistici nel processo di semplificazione amministrativa: dalla differenziazione all'omologazione del regime giuridico*, Paper presentato al Convegno AIPDA 2018, cit.

⁴⁷ D. D'Orsogna, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in *Arte e critica*, cit., p. 7.

⁴⁸ Si v. in particolare F. Astone, *Forme di tutela e valorizzazione dei beni culturali*, in W. Cortese (a cura di), *Le nuove frontiere della protezione e della valorizzazione del patrimonio culturale: il ruolo dell'Unesco*, Palermo, 2016, 56 ss.

⁴⁹ D. D'Orsogna, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in *Arte e critica*, cit., p. 7. Sul tema tra molti si v. T. Scovazzi, *Patrimonio culturale dell'umanità e Convenzione UNESCO sul patrimonio mondiale*, in R. Bifulco e A. D'Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro: teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008; D. De Pretis, *Disciplina comunitaria e internazionale del paesaggio*, in W. Cortese (a cura di), *Diritto al paesaggio e diritto al paesaggio*. Atti del convegno di Lampedusa, 21-23 giugno 2007, Napoli, 2008, 43 ss.; A. Vigorito, *Nuove tendenze della tutela internazionale dei beni culturali*, Napoli, 2013; M.C. Ciciriello (a cura di), *La protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale a venticinque anni dalla Convenzione dell'Unesco*, Napoli 1997.

⁵⁰ A. Silveira, *Diritto dell'Unione europea: dimensione culturale e artistica in un contesto di intercostituzionalità*, in *Arte e critica*, cit., p. 72.

Le garanzie della diversità culturale e dell'eccezione culturale sono promosse anche a livello internazionale.

Si consideri la Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali⁵¹, la Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici⁵², la Convenzione Unesco per la Protezione e Promozione della Diversità delle Espressioni Culturali del 2005.

In particolare la Convenzione Unesco per la Protezione e Promozione della Diversità delle Espressioni Culturali del 2005 riferita alla diversità culturale all'art. 2 prevede che la diversità culturale può essere protetta e promossa solo se sono garantiti i diritti umani e le libertà fondamentali, come la libertà di espressione, informazione e comunicazione, così come la capacità degli individui di scegliere le espressioni culturali. Inoltre pone il preciso limite in base al quale nessuno può invocare le disposizioni della Convenzione, al fine di violare i diritti umani e le libertà fondamentali sanciti dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo o garantiti dal diritto internazionale, o di limitare la portata della stessa.

Invece sul concetto di eccezione culturale vale la previsione che i beni e i servizi culturali sono dei vettori di identità, di valore e di significato e per tali connotati non devono essere trattati come semplici merci o beni di consumo.

In tal modo essi sganciano le politiche culturali dalle regole sul libero mercato con il quale "non necessariamente coincidono". Per tale effetto detti beni e servizi non sono pregiudicati, anzi la Convenzione parla di miglioramento, la capacità dei poteri pubblici di adottare le misure necessarie per la conservazione, lo sviluppo e la diffusione della cultura, come previsto dall'articolo 15 del Patto internazionale sui diritti economici e culturali.

In effetti, le disposizioni più esplicite a tutela della libertà di espressione artistica e la creatività sono da ricercarsi all'articolo 15, c. 3, il quale afferma che gli Stati "si impegnano a rispettare la libertà indispensabile per ... l'attività creativa" e all'articolo 19 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, in cui si afferma che il diritto alla libertà di espressione comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere "sotto forma d'arte".

⁵¹ *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* – ICESCR Meglio nota come Patto internazionale sui diritti economici e culturali è un trattato delle Nazioni Unite, nato dall'esperienza della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottato nel 1966 ed entrato in vigore il 3 gennaio 1976.

⁵² *International Covenant on Civil and Political Rights* – ICCPR Meglio noto come Patto internazionale sui diritti civili e politici, trattato delle Nazioni Unite nato dall'esperienza della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottato nel 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo del 1976.

Gli articoli 13 e 31 della Convenzione sui diritti del fanciullo, l'articolo 13, c. 1 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo e l'articolo 14 del suo protocollo in materia di diritti economici, sociali e culturali, e l'articolo 42 della Carta araba per i diritti umani contengono anche tali disposizioni esplicite. Inoltre, ai sensi dell'articolo 27 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (DUDU), ognuno ha il diritto di "godere delle arti" – *to enjoy the arts*.

A livello europeo si sono sviluppati e affermati attraverso un percorso alquanto peculiare il principio della tutela e valorizzazione dei diritti culturali e la tutela della diversità culturale che sono diventati appunto principi ma anche valori della "Costituzione culturale europea"⁵³.

In origine il Trattato istitutivo della Comunità contemplava esplicitamente i settori strettamente connessi alla realizzazione della libera circolazione dei beni, dei servizi, delle persone e dei capitali quali l'agricoltura, la concorrenza, i trasporti e il commercio.

La "cultura" entra formalmente per la prima volta nei Trattati europei nel 1992 (art. 151 TCE, corrispondente, senza modifiche particolarmente rilevanti, all'attuale art. 167 TFUE): la promozione delle diversità culturali presenti nello spazio europeo diviene obiettivo dell'azione comunitaria.

Analogamente, l'art. 22 della Carta dei Diritti Fondamentali dichiara che "l'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa, linguistica". In virtù "dell'eccezione culturale" le iniziative pubbliche sono (in parte) sottratte a una rigida applicazione delle regole della concorrenza e del mercato⁵⁴.

La cultura, la sua promozione e il suo sviluppo hanno, sin da allora, rappresentato l'elemento di collegamento tra gli Stati membri e un valido veicolo di integrazione tra essi.

Infatti, in virtù dell'eccezione culturale è riconosciuta la diversità culturale come parte dell'architettura costituzionale europea quasi in contrasto (ma solo apparente) con la tendenza unificante dei valori comuni ed anche in contrasto con l'obiettivo di erodere le competenze nazionali.

La transizione dall'eccezione culturale alla diversità culturale trova conferma nel Trattato di Lisbona che introduceva la cultura tra gli obiettivi dell'Unione nell'attuale articolo 3.3 TUE, e diceva che l'Unione "rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo".

Dalla normativa comunitaria e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia emerge il principio di tutela della diversità culturale degli Stati membri e interna ad essi, ma anche dell'individuo. La giurisprudenza che applica il prin-

⁵³ D. D'Orsogna, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in *Arte e critica*, cit., p. 7.

⁵⁴ Cfr. Corte cost., n. 272/04.

cipio di non discriminazione, ad esempio, ha spesso riguardato l'esercizio di diritti culturali.

In alcuni casi la diversità culturale è stata utilizzata anche quale parametro costituzionale: il principio di tutela e promozione della diversità culturale è stato così ritenuto prevalente, in caso di contrasto, non solo sulle libertà economiche, ma anche su norme nazionali, ove lesive di essa.

Sul tema vi è anche la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) che contempla la libertà delle *arti (al plurale)* (art. 13) autonomo rispetto alla libertà di espressione (art. 11), la diversità culturale, religiosa e linguistica ("L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica" dell'art. 22) e del principio del livello di protezione più elevato (art. 53 CDFUE), che funge da elemento regolatore quando diversi gradi di protezione di uno stesso diritto si sovrappongono. L'obiezione critica mossa dalla dottrina alle previsioni di detta Carta vede una sua funzione alquanto riduttiva. Tale dottrina ritiene che si tratta di diritti di libertà, ma non di partecipazione e/o prestazione come il diritto alla cultura dell'articolo 44 della Costituzione spagnola. Essa nota come il titolo IV, "solidarietà", della Carta recepisca altri diritti tipici di prestazione, denominati "sociali" o "di terza generazione", come il diritto alla sicurezza sociale e l'aiuto sociale, alla salute o all'ambiente salubre, però non il diritto alla cultura.

4. LA "LIBERTÀ DELLE ARTI" E I SUOI LIMITI

Le arti e le scienze sono soggette a mutazione rapida e improvvisa. Non sempre è facile trovare "adeguate tutele sia con riferimento alle forme di produzione tradizionale sia a quelle forme intellettuali e più moderne"⁵⁵.

I mutamenti spesso si scontrano con le libertà artistiche, con i limiti alla diffusione dell'arte, nonché alla fruibilità da parte della collettività e con le istanze di censura alle quali i poteri pubblici non di rado tendono ricorrere. Talché si instaurano dei rapporti giuridici che possono assumere declinazioni in termini di diritti assoluti o relativi oppure di meri interessi legittimi laddove essi si scontrano con il potere, e il diritto non sia indegradabile⁵⁶.

⁵⁵ R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale*, Dir. Amm., 2016, 4, pp. 495 ss.

⁵⁶ Sul punto si riporta testualmente il pensiero della dottrina (R. Cavallo Perin, cit. *supra*) secondo la quale: "la libertà dell'arte e della scienza e del relativo insegnamento possono infatti essere declinate come diritto di credito verso taluno (normalmente l'utente), come debito o *modus* dell'insegnante o ricercatore ad essere liberi da condizionamenti (incompatibilità, conflitti d'interesse) nello svolgere determinate prestazioni (d'insegnamento), oppure come diritti asso-

Gli artisti attraverso le loro espressioni e creazioni, spesso mettono in discussione aspetti della vita quotidiana, offrono le loro visioni del mondo, si inseriscono nei rapporti di potere e spesso lo sfidano⁵⁷.

Inoltre accade che l'espressione artistica e la creatività possano portare all'uso di simboli nazionali (ad esempio bandiere, inni nazionali), religiosi (figure, simboli) o sociali ed economici (una certa marca, per esempio), come parte di una risposta ai fatti che riguardano il potere politico, le istituzioni religiose o i gruppi economici.

Del pari anche il potere politico e gli Stati in generale, gli enti religiosi, i gruppi sociali ricorrono all'arte per diffondere le loro idee e promuovere i loro interessi, inclusi i concetti di giusto e sbagliato per creare un'omogeneità di fede e di comportamento.

La prospettiva si accentua laddove si tratti di arte moderna, la quale pone maggiore importanza alla comunicazione rispetto alla sua rappresentazione. Non di rado accade che “la comunicazione implichi una dimensione di violenza” in quanto “tenta di penetrare nella coscienza dello spettatore e cerca di catturare la sua attenzione”⁵⁸. Spesso l'arte contemporanea “esaspera la dimensione di violenza e di aggressione, verbale o visiva, che è comunque implicita nel nostro stesso linguaggio”⁵⁹. Si consideri che la provocazione è da sempre stata un elemento fondamentale dell'arte contemporanea, diventando così un elemento espressivo.

In un tale ambiente si giocano le libertà artistiche: la prospettiva della libertà e delle limitazioni alla cultura e alla creatività si evidenzia sul versante considerato e ha come obiettivo garantire la pubblica fruizione. Esso non costituisce solo un principio di garanzia per gli artisti. Si è dell'avviso che in tale prospettiva la libertà di espressione artistica e la creatività non possono essere sganciati dal diritto di ogni persona di godere delle arti. Tale concetto sul versante negativo si traduce nelle restrizioni alla libertà artistiche che negano il libero o pieno accesso alla fruizione dell'arte.

Una sintesi più esatta è rinvenibile nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (art. 27) in base alla quale: “Ogni individuo ha diritto di prende-

luti di ciascuno a fruire o a svolgere l'attività di ricerca o d'insegnamento in libertà, configurando un diritto assoluto che per sua natura giuridica è opponibile *erga omnes* contro chiunque — soggetto pubblico o privato — provi a limitarlo”.

⁵⁷ Sul tema: P. Kearns, *Freedom of Artistic Expression. Essays on Culture and Legal Censure*, First Edition, Hart Publishing 2013; M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino, 2014, *passim*.

⁵⁸ G. Veneziano, *L'arte e la libertà d'espressione*, cit.

⁵⁹ *Ibidem*.

re parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici”⁶⁰.

Nelle costituzioni nazionali invece è possibile rinvenire diversi tipi di tutela sia in forma esplicita sia in forma implicita.

La tutela in forma esplicita riguarda le previsioni costituzionali del diritto alla creazione artistica o alla creatività artistica, il diritto all’espressione o alla creazione artistica, la libertà di creazione, l’attività artistica, la creatività culturale oppure la libertà delle arti.

La protezione può avvenire per via implicita attraverso la garanzia dei diritti di libertà di espressione, di accesso alla cultura o del diritto allo sviluppo culturale ma anche a mezzo del diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, del diritto allo svago e al riposo. Essa è altresì connessa con la libertà di riunione e con quella di associarsi, incluso il diritto di costituire e frequentare i sindacati (in particolare per gli artisti), nonché si lega anche all’aspetto patrimoniale e morale della protezione dei diritti materiali e immateriali derivanti dalla produzione scientifica, letteraria, artistica.

A livello internazionale l’art. 4 della Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali autorizza limiti che siano stabiliti per legge, soltanto nella misura in cui ciò sia compatibile con la natura di tali diritti e unicamente allo scopo di promuovere il benessere generale in una società democratica.

Limitazioni sono ammesse solo ove sono necessarie e proporzionate nel rispetto del principio di legalità e della riserva di legge in base a norme giuridiche che sono trasparenti e costantemente applicate in modo non discriminatorio.

Al pari l’art. 19 della Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici (ICCPR) il diritto alla libertà di espressione, anche sotto forma di arte, può essere sottoposto a talune restrizioni che sono previste dalla legge e che sono necessarie per il rispetto dei diritti o della reputazione altrui o per la protezione della sicurezza nazionale, dell’ordine pubblico, della salute o della moralità pubblica.

La questione ha avuto particolare sviluppo attorno al rapporto tra la libertà di espressione e l’incitamento all’odio, razziale e religioso. La distinzione che si opera riguarda i casi che sono penalmente rilevanti, dai casi che sono

⁶⁰ Sul punto la dottrina elabora la tesi del diritto al bene culturale quale “diritto fondamentale dell’individuo” che si fonda nella Costituzione e nei Trattati internazionali come “diritto all’identità” di ciascun cittadino italiano a costituirsi come popolo sovrano. Talché si configura come “diritto soggettivo della personalità tutelato come principio costituzionale a non impedire – senza ragione – la fruizione dei beni culturali. Un diritto di ciascuno verso chiunque abbia la disponibilità del bene (diritto *erga omnes*)”, cfr. R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale*, cit.

rilevanti non ai fini penali ma azionabili in sedi amministrative (ad esempio con sanzioni come multe e confische o espulsioni di persone) o in sedi civili (risarcitorie) e dai casi privi di qualsiasi rilevanza civile, penale e sanzionatoria (amministrativa) ma che comunque sono destinati a suscitare sconcerto nell'opinione pubblica in termini di tollerabilità e rispetto dei diritti degli altri. Cioè fattispecie che sono moralmente condannabili (oggi attraverso i social con una maggiore risonanza) ma non vietate dalla legge.

Non di rado è accaduto che gli artisti abbiano subito restrizioni della loro libertà come anche sanzioni pecuniarie e patrimoniali di sequestro o confisca delle opere.

La particolare complessità si individua nel “giusto bilanciamento tra la promozione e la diffusione dell'arte e la sua libertà”.

La sfida consiste nel garantire il pieno compimento della libertà artistica, da un lato, e, dall'altro, di utilizzare limitazioni solo quando è assolutamente necessario.

Le restrizioni e gli ostacoli sono l'altro aspetto spesso maggiormente insidioso rispetto alle limitazioni le quali usualmente (e paradossalmente) seguono il principio di legalità e della riserva di legge e sono contenute in disposizioni normative.

Invece le restrizioni e gli ostacoli attengono una serie di fattori che ruotano attorno all'esercizio del potere, in particolare quello discrezionale, degli apparati pubblici⁶¹.

Oltre all'esercizio del potere degli apparati pubblici vi sono forme di limitazioni provenienti da soggetti privati legati o eterodiretti dagli apparati pubblici. Si consideri l'azione degli artisti stessi e in particolare di quegli artisti che fanno parte dell'*establishment* governativo oppure le classificazioni e *rating* “orientati” e non imparziali ad opera di critici o ancora le posizioni di monopolio nella distribuzione e nella divulgazione dell'arte laddove non sono tutelati quegli editori, produttori, teatri, negozi, librerie che sono indipendenti e non fanno parte di grandi gruppi imprenditoriali o cooperative. Infine vi possono essere dei sistemi inadeguati di tutela dei diritti d'autore morali e patrimoniali e alla durata dei diritti d'autore.

⁶¹ Le figure sintomatiche più evidenti riguardano: a) i provvedimenti amministrativi limitativi spesso ambigui e adottati con procedure non trasparenti o tardive o volutamente incomplete o inattuabili; b) procedure pubbliche selettive di artisti e di opere sulla base di criteri limitativi o discriminatori; c) provvedimenti (permessi) che condizionano o in parzialmente censurano l'esibizione artistica; d) limitazioni economiche che hanno con la negazione di finanziamenti o limitazioni di finanziamento privato; e) applicazione o interpretazione arbitraria di normative di per sé poco chiare o loro interpretazioni parziali; e) restrizioni amministrative o negazioni all'uso degli spazi pubblici dedicati alle iniziative artistiche.

Le restrizioni possono essere dirette a specifiche persone come ad esempio alle donne artista oppure ad artisti appartenenti ad un credo religioso, o ad una minoranza etnica o linguistica o a un gruppo politico o a un orientamento sessuale. Per quanto riguarda il momento le restrizioni possono essere imposte in differenti momenti della creazione artistica: si va dal momento dello sviluppo dell'idea o durante la produzione, all'esecuzione, alla pubblicazione o al momento della distribuzione.

Il paradosso che ne può derivare è che “le restrizioni siano imposte dai pubblici poteri in nome del pubblico interesse quando alla collettività non è data preventivamente la possibilità di crearsi una propria opinione”.

5. CRISI ECONOMICO FINANZIARIA E DIRITTI ALL'ARTE

Le limitazioni alla libertà dell'arte possono essere anche di natura finanziaria e la mancanza di risorse è in grado di neutralizzare l'esercizio dei diritti e delle libertà connesse all'arte. Ci sono almeno tre aspetti da considerare e che sono in grado di condizionare l'esercizio delle libertà dell'arte: i tagli di spesa, la politica dei sussidi pubblici e l'intervento dei privati nella cultura.

Per quanto riguarda il primo aspetto è da notare che da alcuni anni il quadro congiunturale negativo dell'economia mondiale e in particolare della nostra zona europea dovuto a molteplici crisi – finanziaria, economica e sociale – e gli effetti delle misure di riequilibrio strutturale dei conti pubblici stanno trascinandolo le attività culturali in una spirale economica caratterizzata dalla progressiva riduzione degli stanziamenti mettendo a serio repentaglio il modello del Welfare culturale. Infatti, il crollo dell'intervento pubblico si accompagna alla c.d. “gestione d'urgenza della politica economica” che negli svariati settori come anche in quello culturale ha introdotto misure di *spending review* e la ricerca di nuovi sistemi di reperimento di risorse che evocano il contributo dei privati e non già solo i prelievi tributari dai contribuenti⁶².

La gestione della crisi ben presto (e per necessità) è diventata una materia che ha portato a una serie di effetti che incidono non solo sulla vita economica dei cittadini ma anche e soprattutto sulla loro vita sociale e culturale⁶³. Oltre

⁶² Sul patrimonio culturale tra fruizione, tutela e mercato si v. anche i recenti scritti di: M. D'Angelosante, *La cura dei beni culturali come beni di interesse pubblico: opacità, tendenze e potenzialità del sistema*, Paper presentato al Convegno AIPDA 2018, cit.; A. Pirri Valentini, *Il patrimonio culturale tra separazione dei poteri e controllo giurisdizionale: il caso dell'esportazione delle opere d'arte*, Paper presentato al Convegno AIPDA 2018, cit.

⁶³ S. Cassese, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1, p. 79. L'A. parla di un processo per il quale passa dalla messa in comune della politica mone-

all'aumento della pressione fiscale si va verso una riconfigurazione di molti settori e branche del diritto che incide in modo importante sui tipi di Stato, sulle forme di governo e sugli assetti organizzativi della pubblica amministrazione; nondimeno sono percepibili la riduzione della garanzia del rispetto dei principi costituzionali e della sovranità degli Stati membri⁶⁴ e anche una tensione tra i vari interessi da realizzare e i diritti da tutelare⁶⁵.

L'economia della cultura si regge su fonti finanziarie provenienti in gran parte dal sostegno pubblico e in minor parte dal settore privato. Lo Stato nel dare assistenza alle arti può intervenire in due modi, con il finanziamento diretto delle arti (la c.d. spesa diretta) o con gli sgravi fiscali.

Con bilanci pubblici che devono ridurre il proprio volume rispetto al Pil, le voci di spesa pubblica più facili da tagliare sono proprio quelle che riguardano la cultura, sia perché gli elettori sono più attenti ad altri elementi dello Stato sociale, sia perché è facile demagogia mostrare come il sussidio pubblico a beni e attività culturali finisca per favorire ceti e redditi medio-alti (il pubblico culturalmente consapevole) e dunque contribuire all'ingiustizia sociale⁶⁶.

In tale scenario, caratterizzato da pesanti condizionamenti finanziari che secondo i dati statistici negli ultimi dieci anni in Italia il finanziamento pubblico è diminuito di oltre 1,6 mld, anche il contributo dei privati è scarso.

I tagli delle risorse finanziarie hanno portato verso una riconsiderazione dell'arte (e della cultura in generale con i suoi elementi di creatività e d'innovazione) in una serie di paradigmi che assumono la configurazione (più che altro descrittiva) di "arte come risorsa", di "Stato mercante" e di "arte aziendale"⁶⁷.

taria, delle operazioni sui cambi, della emissione di banconote, della gestione delle riserve e dei sistemi dei pagamenti, a quella della vigilanza, infine a quella della gestione delle crisi.

⁶⁴ R. Calvano, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2013, p. 2. Questo fenomeno s'individua essenzialmente nello "smarrimento del controllo e gestione del proprio bilancio", cfr. T. E. Frosini, *Elogio della sovranità*, in *magna-carta.it/sites/magna-carta.it/files/.../PERCORSI_1_2013.3-8.pdf*, p.1

⁶⁵ Dal punto di vista finanziario essi si distinguono in diritti per la cui garanzia si genera un costo per lo Stato e la comunità, perché richiedono un ammontare di spesa pubblica dedicata (questi sono i diritti sociali) e poi vi sono i diritti di libertà che richiederebbero solo un dovere di astensione da ingerenze e da limitazioni da parte del potere pubblico, cfr. G. Napolitano e A. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, p. 137, invece per la disamina dei diritti sociali si rinvia a L. R. Perfetti, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, pp. 62-130.

⁶⁶ Così testualmente P. Leon e M. Trimarchi, *L'eresia dello stato mercante*, in *Economia della cultura*, XIII, 2003, 1, p. 8.

⁶⁷ Sul tema anche S. Antoniazzi, *Conservazione dei beni culturali, mecenatismo e Art Bonus*, Paper presentato al Convegno AIPDA 2018, cit.; S. Giorgi, *Finanziamento pubblico e misure*

A livello europeo, ma anche nei singoli paesi, è maturata l'idea di rafforzare i nessi tra cultura, economia, istruzione, ricerca e innovazione che in tempi di flessione dell'economia assumono un maggiore slancio. In tal modo ci si propone di dedicare una maggiore attenzione alle politiche culturali in termini di efficacia, efficienza e sostenibilità chiedendo ai livelli di governo, e in particolare al livello regionale e locale, di "unire le forze per sfruttare appieno le potenzialità economiche e sociali del settore culturale"⁶⁸.

La cultura, oltre a costituire fondamentale fattore di coesione e di integrazione sociale, rappresenta un fattore di sviluppo economico. Le attività culturali incidono sui valori dell'economia e delle attività produttive, determinando un indotto destinato a riflettersi e incidere favorevolmente sull'aumento degli scambi, del reddito e dell'occupazione⁶⁹.

Per quanto riguarda i restanti aspetti, l'influenza del pubblico e rispettivamente del privato attraverso la destinazione delle risorse, è da notare che essi si accentuano in periodo di ristrettezza laddove si evoca il concorso dei privati e la complementarità tra pubblico e privato. Solitamente nell'economia della cultura, si attribuisce molta attenzione al sostegno pubblico dell'arte e della cultura⁷⁰.

tributarie per la tutela e promozione del patrimonio culturale, Paper presentato al Convegno AIPDA 2018, cit.

⁶⁸ Consiglio dell'Unione europea, 26 novembre 2012, Conclusioni sulla governance culturale, in *Guce*, 19.12.2012, C 393, p. 8-9. Sul tema anche A.M. Gambino, *Per uno sviluppo del patrimonio culturale: la leva fiscale, Analisi giuridica dell'economia*, 2007, 1, p. 109; G. Improta, *Il sostegno pubblico all'impresa culturale, Analisi giuridica dell'economia*, 2007, 1, p. 31.

⁶⁹ In tal senso con estrema sintesi W. Santagata, *Economia della cultura in XXI Secolo*, in www.treccani.it/enciclopedia/economia-della-cultura, che richiama (e si rinvia alla consultazione di) W.J. Baumol e W.G. Bowen, *Performing arts: the economic dilemma*, New York, 1966 e M. Blaug (edited by), *The economics of the arts*, London, 1976; D. D'Orsogna, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, Intervento al Convegno Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte, in *Rivista di arte e critica*, 2014, p. 6; K. Draskowitsch, *La politica culturale affidata alle aziende: costi e pericoli*, in *Economia della cultura*, XIII, 2003, 1, p. 15; L. Covatta, *I beni culturali e il mercato. Introduzione a: I beni culturali tra tutela, mercato e territorio*, in *Aedon*, 1-2, 2012; A. Cicerchia, *Il bellissimo vecchio. Argomenti per una geografia del patrimonio culturale*, Milano, 2002, p. 152.

⁷⁰ Sui tipi e modelli di finanziamento si rinvia a R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *Caratteri ed elementi essenziali nelle sponsorizzazioni con le pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 583 ss.; M. Mattalia, *Le sponsorizzazioni delle amministrazioni pubbliche: dalla liberalità alla concorrenza*, Roma, 2012, p. 25 ss.; Id., *Il contratto di sponsorizzazione*, in T. S. Musumeci (a cura di), *La cultura ai privati*, Padova, 2012, p. 51 ss.; R. Chieppa, *Il nuovo regime delle erogazioni liberali e delle sponsorizzazioni: il settore dei beni culturali e l'intervento delle fondazioni*, in *Aedon.it*, n. 2/2013.

Tuttavia su questo aspetto le posizioni dottrinali si dividono tra gli argomenti a favore e contro le sovvenzioni statali e svolgono svariate analisi sul loro impatto sulla scena artistica e sulla società⁷¹.

Gli argomenti contro le sovvenzioni statali sono tre.

Il primo sostiene che le sovvenzioni pubbliche causerebbero una redistribuzione dai poveri ai ricchi, sul presupposto che i consumatori effettivi dei beni artistici appartengono alle classi a reddito più elevato⁷².

La seconda obiezione risiede nel timore che il finanziamento pubblico diretto, di qualsiasi consistenza, abbia luogo solo al prezzo di una pesante interferenza politica sulle decisioni in merito agli aspetti artistici e professionali del settore⁷³.

Il terzo argomento sostiene che “il finanziamento attraverso sovvenzioni dirette porta a rigidità nella struttura dell’industria dello spettacolo, scoraggia l’innovazione e, attraverso la continua canalizzazione di fondi verso compagnie prestabilite, agisce come deterrente contro l’ingresso di nuove imprese”⁷⁴. L’esempio che si riporta è la rinuncia del Ministero al contributo offerto dalla Fondazione La Défense, espressione dell’organizzazione degli imprenditori francesi, non volendo riconoscere un qualsiasi ruolo dei donatori nel controllo dell’esecuzione del progetto⁷⁵.

Altrettante repliche sono plausibili alle obiezioni ora esposte.

Con riferimento alla questione sugli effetti della redistribuzione delle sovvenzioni, si può solo dire che in definitiva i c.d. ricchi contribuiscono in misura maggiore alla politica pubblica attraverso una tassazione progressiva sul reddito⁷⁶.

Per quanto riguarda le interferenze governative, queste sono inevitabili, quando sono distribuiti fondi pubblici. In effetti, i governi devono scegliere fra diversi candidati ai finanziamenti, dato che la domanda sarà sempre superiore alle risorse disponibili⁷⁷.

⁷¹ K. Draskowitsch, *La politica culturale affidata alle aziende: costi e pericoli*, cit., p. 13.

⁷² D. Netzer, *Art and Culture*, in C. T. Clotfelter, *Who Benefits from the Nonprofit Sector?*, The University of Chicago Press, Chicago and London 1992, p. 187.

⁷³ J. O’Hagan, Stato e arte: la cassetta degli attrezzi, in *Economia della cultura*, XIII, 2003, 1, p. 26, il quale richiama D. Netzer, *The Subsidized Muse: Public Support for the Arts in the United States*, Cambridge University Press, Cambridge, 1978, p. 36.

⁷⁴ D. Throsby e G. Withers, *The Economics of the Performing Arts*, St Martin’s Press, New York, 1979, p. 231.

⁷⁵ L. Covatta, *I “beni culturali” fra sopravvivenza e indipendenza*, cit., p. 340, nt. 9.

⁷⁶ K. Draskowitsch, *La politica culturale affidata alle aziende: costi e pericoli*, cit., p. 14.

⁷⁷ J. O’Hagan, *Stato e arte: la cassetta degli attrezzi*, cit., p. 26.

Invece, per quanto riguarda la terza riserva, la soluzione al problema, e non già una mera obiezione volta a contestarne la fondatezza, si individua nell'efficienza degli apparati, cioè nella diversa utilizzazione degli apparati, che debbono essere orientati alla programmazione, alla progettazione e al collaudo delle opere necessarie alla conservazione del patrimonio piuttosto che alla sua gestione e nella creazione di agenzie in grado di rappresentare ed ottimizzare l'interesse pubblico nel rapporto coi privati⁷⁸.

È stato detto molto meno, invece, sulle possibili conseguenze del sostegno privato alle arti che avviene attraverso le donazioni o/e sponsorizzazioni che sono incentivate dagli sgravi fiscali concessi dallo Stato⁷⁹.

Secondo la dottrina “il fatto di fornire incentivi fiscali per incoraggiare i singoli a contribuire maggiormente all'arte consente una scelta molto più vasta e democratica per quanto attiene al tipo di forma artistica da promuovere e alla misura di tale promozione”⁸⁰.

Altre posizioni, invece, sono contrarie all'influenza predominante del privato sulle scelte culturali, poiché “le aziende sono libere di scegliere dove dirigere il loro sostegno” e “le istituzioni artistiche dovranno compiacere le aziende per raccogliere i fondi”⁸¹. In caso di incentivi fiscali, “il governo non può influenzare attivamente l'uso dei fondi creati attraverso le disposizioni fiscali; esso cede ad altri il suo potere di orientamento e non può determinare a priori se i suoi obiettivi verranno conseguiti”⁸². Indubbio sarebbe il controllo limitato delle istituzioni pubbliche sul modo in cui i privati spendono il loro denaro.

La questione tuttavia non va vista in termini così estremi.

Innanzitutto bisogna considerare che l'affidamento sui poteri pubblici non può considerarsi escludente del ricorso ai privati. E i motivi sono riconducibili sia agli apparati preposti alla cura degli interessi pubblici che ai beneficiari degli stessi. Se guardiamo il versante degli apparati pubblici notiamo che in non poche occasioni mancano del “buon comportamento burocratico”. L'azione pubblica, infatti, “non sempre è particolarmente attenta all'innovazione”, e “tende a riconoscere l'arte se non al passato (quando è stata vagliata dalla critica e dal pubblico)” ed è perciò “avversa al rischio, non segmenta la domanda culturale, non distingue il pubblico in relazione ai gusti, non distingue bene le

⁷⁸ L. Covatta, *I beni culturali e il mercato. Introduzione a: I beni culturali tra tutela, mercato e territorio*, cit., passim.

⁷⁹ J. O'Hagan, *Stato e arte: la cassetta degli attrezzi*, cit., p. 19.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 27.

⁸¹ K. Draskowitsch, *La politica culturale affidata alle aziende: costi e pericoli*, cit., p. 15.

⁸² K. Draskowitsch, *op. cit.*, pp. 14-15.

peculiarità culturali locali, e infine tende al conformismo politico, rispondendo più o meno disciplinatamente allo *spoil system* o alla cultura dominante”⁸³. Inoltre anche la popolazione destinataria delle cure degli apparati pubblici ha non di rado una scarsa attitudine all’effettiva (com)partecipazione alle politiche culturali e sulla loro scelta “democratica” del tipo di forma artistica da promuovere. In tal modo con la sua inerzia permette una maggiore influenza del decisore pubblico che, come appena notato, non è sempre sufficientemente qualificato.

C’è anche da dire che il sistema di finanziamento attraverso le agevolazioni fiscali può assumere connotati molto più estesi rispetto a quanto si possa pensare⁸⁴.

Le agevolazioni fiscali surrogano i finanziamenti pubblici e sono proficuamente “attribuite” piegando la via tributaria a fini extrafiscali, in linea con le moderne concezioni dello Stato interventista e della finanza funzionale⁸⁵. In tale contesto il dovere di contribuzione dei consociati assume per una quota della contribuzione tributaria un connotato partecipativo alla gestione del bene pubblico, nello specifico del bene cultura, portando in rilievo vari interessi economici e/o sociali di rango costituzionale⁸⁶

⁸³ P. Leon e M. Trimarchi, *L’eresia dello stato mercante*, cit., p. 8.

⁸⁴ A. M. Gambino, *Per uno sviluppo del patrimonio culturale: la leva fiscale*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2007, 1, p. 109.

⁸⁵ V. Francola, *Beni culturali tra Stato e Mercato*. Brevi riflessioni emerse nell’incontro svoltosi ad Astrid il 26 marzo 2009 tra Patrizia Asproni, Gianni Bonazzi, Luigi Covatta, Valerio Francola, Pietro Graziani, Paolo Leon, Nicoletta Louidice, Edoardo Reviglio, Lucia Zannino, in <http://www.astrid-online.it/Beni-cultu/Note-e-con/index.htm>.

⁸⁶ A. M. Gambino, *Per uno sviluppo del patrimonio culturale: la leva fiscale*, cit., p. 109.