Isaidat Law Review

A comparative approach to knowledge

N. 1 2021

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

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

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

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

Comitato di direzione /Steering committee
Gianmaria Ajani
Gianantonio Benacchio
Mauro Bussani
Raffaele Caterina
Rossella Cerchia
Silvia Ferreri
Antonio Gambaro
Alberto Gianola
Michele Graziadei
Elena Ioriatti
Sabrina Lanni
Barbara Pasa
Barbara Pozzo
Marina Timoteo

Comitato scientifico internazionale / International advisory board
Jürgen Basedow
Pablo Salvador Coderch
James Gordley
Nicholas Kasirer
Duncan Kennedy
Hein Kötz
Horatia Muir Watt
Etienne Le Roy
Vernon V. Palmer
Reiner Schulze
François Terré
Jacques Vanderlinden †

Comitato editoriale / Editorial board
Domenico di Micco
Giovanni Boggero
Bianca Gardella
Marco Giraudo
Geo Magri
Sabrina Praduroux
Federico Riganti
Shaira Thobani

Contacts
info@isaidat.org - www.isaidatlawreview.org
ISSN: 2039-1323
Isaidat Law Review is supported by ISAIDAT - Subalpine Institute for the Analysis and Teaching of Transnational Affaires Law, under the patronage of the Accademia Nazionale dei Lincei.
Isaidat Law Review è sostenuta da ISAIDAT - Istituto Subalpino per l'Analisi e l'Insegnamento del Diritto delle Attività Transnazionali, ente di ricerca con il patrocinio dell'Accademia Nazionale dei Lincei.

Indice

Nota editoriale
Domenico di Micco e Geo Magri.....5

I – The Arts and the Markets

Cultural Heritage Law and Trade of Cultural Objects: A Comparative Law Approach, *Francesca Fiorentini*.....7

Culture, Arts and Fundamental Rights: EU Digital Single Market and the Audiovisual Media Services Directive, *Alessandra Silveira, Joana Covelo de Abreu and Tiago Sérgio Cabral*.....35

II – Enhancement and protection

Export restrictions related to the protection of Brazilian cultural heritage and due diligence when importing cultural goods from Brazil, *Marcos Ludwig*.....45

Valorizzazione e gestione delle opere d'arte e dei beni culturali tra entificazione e appartenenza, *Marta Cenini*.....51

Bienes culturales inmateriales en España. Tres respuestas jurídicas a tres conflictos, *María Teresa Carballeira Rivera*.....61

A utilidade de um código de bens culturais brasileiro: analise comparativa a partir do paradigma italiano, *Ana Rafaela Pessoa Alcoforado*.....77

III - Law & Literature

Aesthetics of Law and Undiscovered Approaches to Law and Literature, *Kamil Zeidler, Aleksandra Guss*.....91

IV- Reviews and Recommendations

Saggi di diritto del mercato dell'arte, a cura di Fabio dell'Aversana, SIEDAS (Società Italiana Esperti di Diritto delle Arti e dello Spettacolo), *"Quaderni di Diritto delle Arti e dello Spettacolo", Francesco Longobucco*.....103

La circolazione dei beni culturali tra norme giuridiche e regole di mercato, *Fabio Dell'Aversana*.....105

NOTA EDITORIALE

Pur non essendo una rivista squisitamente dedicata al tema Law & Arts, la ISAIDAT LAW REVIEW ha saputo riconoscere e valorizzare il lavoro dei tanti giuristi che, con numeri ogni giorno crescenti nel mondo, dedicano la loro indagine allo studio di quel rapporto misterioso quanto proficuo che, su vari piani, lega il diritto alle arti e queste al diritto.

Il diritto delle arti, del resto, si caratterizza per la mutidisciplinarietà e la pressante attualità, aspetti che hanno sempre indirizzato le scelte editoriali della ISAIDAT LAW REVIEW.

Lo scorso dicembre è apparso infatti, con Prefazione del Presidente di ISAIDAT ed Editor della ISAIDAT LAW REVIEW, Rodolfo Sacco, un apprezzato Special Issue 2020 for Law and Arts che ha raccolto – raggruppandoli rispettivamente nelle due sezioni "Law In and Around Opera" e "The Visual Arts: A Legal Caleidoscope" – alcuni pregevoli contributi firmati, come è da indirizzo e vocazione della Rivista, sia da studiosi già affermati a livello internazionale sia da studiosi in crescita ai quali auguriamo lo stesso divenire.

La raccolta ha seguito così due filoni di quel vasto e interessante mare di rapporti che interrogano reciprocamente il diritto e le arti. Una prima sezione ha accolto infatti alcuni studi dedicati all'osservazione del diritto dentro e intorno all'opera (di Micco; Rouland) mentre la seconda sezione ha voluto offrire al lettore un ventaglio di riflessioni elaborate intorno ad alcuni profili giuridici che emergono sempre più vigorosi da quel grande serbatoio di domande che sono per noi le arti visive (Jayme; da Nóbrega; Moustaira; Magri; Franca Filho).

Visto l'entusiasmo che ha accompagnato e accolto lo Special Issue 2020, ISAIDAT LAW REVIEW ha scelto di incoraggiare, in particolare tra i comparatisti, la prosecuzione degli studi e delle ricerche in questo campo del sapere giuridico. Con questo intento la Rivista ha quindi deciso di dedicare il suo primo numero ordinario del 2021 alla raccolta di alcuni preziosi contributi che indagano a vario titolo il diritto e le arti nel loro vicendevole rapporto.

Prende forma così il presente numero, diviso in tre sezioni - "The Arts and the Market", "Enhancement and Protection" e "Law and Literature" - a cui si aggiunge, per la prima volta, una IV parte "Reviews and Recommendations"; ciascuna autonoma, ciascuna parte del tutto.

Se è infatti vero che i tre temi possono facilmente formare oggetto di altrettante e distinte analisi, è però altrettanto vero che nessuno di questi, per la sua stessa completezza, potrà mai davvero rinunciare a uno sguardo, sia pur parziale, verso gli altri due. Non è infatti più possibile parlare di protezione e valorizzazione senza mai parlare di mercato; e, sia pur in un modo meno evidente, anche le analisi di law and literature trovano in fondo la loro validità e il loro interesse solo ove intersechino, sia pur velatamente, il reale e il tempo presente.

Con questo spirito, i primi due contributi (Fiorentini; Silveira, Covelo de Abreu, Cabral) ci portano, attraverso l'esame di due profili tra loro molto diversi, al centro di quel delicato dedalo di rapporti che, in vario modo, esiste tra le arti, il loro diritto e il mercato.

La seconda sezione, invece, accogliendo i quattro contributi che la compongono (Ludwig, Cenini, Pessoa Alcoforado, Carballeira Rivera), offre al lettore un'idea artico-

lata della ricchezza di temi e di prospettive che interrogano il giurista in relazione al binomio valorizzazione e protezione dei beni culturali attraverso gli strumenti del diritto e, spesso, anche attraverso le sue lacune. Si affrontano infatti temi complessi e di frontiera come il ruolo della soft law - e in particolare della due diligence - nella protezione dei beni culturali, quello relativo a quali siano le "forme giuridiche" più efficaci nella valorizzazione e nella gestione delle opere d'arte, alla riflessione in chiave comparante circa l'opportunità di dotare il Brasile di un codice dei beni culturali sulla scia dell'esperienza italiana, a quello relativo ai problemi che pone al diritto la dotazione immateriale dei beni culturali.

Un po' come a chiosa di questo numero, la terza sezione che qui volutamente è dotata di un unico contributo (Zeidler, Guss), si sposta poi su un piano di indagine apparentemente più astratto e più teorico, capace però di dare al lettore un affresco d'insieme preciso e inatteso sulla molteplicità possibile degli approcci d'indagine al tema diritto e letteratura nonché alcuni mirabili spunti di riflessione sulle cosiddette Aesthetics of law; anche qui, il plurale è d'obbligo.

Infine, inaugurando la quarta sezione dedicata alle recensioni e alle segnalazioni di lettura, il presente numero della ISAIDAT LAW REVIEW offre qui la recensione (Longobucco) dell'opera Saggi di diritto del mercato dell'arte, a cura di Fabio dell'Aversana, in "Quaderni di Diritto delle Arti e dello Spettacolo", SIEDAS (Società Italiana Esperti di Diritto delle Arti e dello Spettacolo). Con l'intento di offrire al lettore un ulteriore riscontro dell'opera pubblichiamo, in calce alla recensione, il contributo del curatore del volume (Dell'Aversana), dedicato anch'esso alla circolazione dei beni culturali tra norme giuridiche e regole di mercato.

Ringraziamo infine gli Autori che hanno contribuito alla realizzazione del presente numero 1/2021 e ringraziamo altresì la ISAIDAT LAW REVIEW per avere ancora una volta accolto e sostenuto questo prolifico sforzo di ricerca.

Torino, aprile 2021

Domenico di Micco
Geo Magri

CULTURAL HERITAGE LAW AND TRADE OF CULTURAL OBJECTS: A COMPARATIVE LAW APPROACH

Francesca Fiorentini[*]

Thanks to the prolific law-making activity of UNESCO and other factors, cultural heritage law has become a special branch of international law where comparative law analysis is scarce. In this essay I claim that the strong meta-legal component of cultural heritage law, which is apparent in its cultural and political attitude, together with its fragmented nature as a global legal regime, make it an ideal subject of analysis for comparative law. In particular, I apply to a specific branch of cultural heritage law, that is the law of the global trade in cultural objects, the comparative law approach of the dissociation of legal formants, developed by Rodolfo Sacco and his school in Torino. Then, I will combine this with the suggestions elaborated by Mauro Bussani in the doctrine of the stratification of the legal systems, borrowed from legal pluralism and adapted to the study of the Western legal systems. I will show that this combination of comparative law approaches enables one to fruitfully analyze and better understand the multi-layered dimension of the sources of the law(s) of trade in cultural objects. Comparative law as intended here helps detect paradigms of development and criptotypes shaping this area of the law, caught as it is between political aspirations and an operative meta-legal dimension the role of which is crucial for the successful enforcement of any legal regime.

Grazie alla prolifica attività legislativa dell'UNESCO e di altri attori, il diritto dei beni culturali è diventato un ramo speciale del diritto internazionale in cui l'analisi comparante è però scarsa. In questo saggio sostengo che la forte componente meta-giuridica del diritto dei beni culturali, insieme alla sua natura frammentata come regime giuridico globale, lo rendono un soggetto ideale per essere analizzato dal comparatista. Applicherò quindi a un ramo specifico del diritto dei beni culturali, cioè il diritto del commercio globale dei beni culturali, la dissociazione dei formanti sviluppata da Rodolfo Sacco e dalla sua scuola di Torino. Combinerò poi quanto emergerà con la dottrina della stratificazione dei sistemi giuridici, elaborata da Mauro Bussani, mutuata dal pluralismo giuridico e adattata allo studio dei sistemi giuridici occidentali. Questa combinazione di approcci ci permetterà infatti di analizzare e comprendere meglio la dimensione multistrato delle fonti del diritto (o dei diritti) del commercio di beni culturali. Il diritto comparato aiuta infatti a identificare i paradigmi di sviluppo e a far emergere i crittotipi che plasmano questo settore del diritto, stretto com'è tra aspirazioni politiche e una dimensione meta-giuridica, cruciale per il successo di qualsiasi regime regolatorio.

1. A LEGAL APPROACH TO CULTURAL HERITAGE

Approaching cultural heritage from a legal point of view is, today, harder than ever. A first problem is due to an intrinsic character of the (cultural) heritage notion, that is its

[*] Associate Professor of Private Comparative Law, Department of Legal, Languages, Interpreting and Translation Studies (IUSLIT), University of Trieste, Italy.

being a vague concept that has been filled in during the last decades by social sciences and humanities in an expanding manner, especially in the context of the Heritage Studies.[1] This vagueness creates even more problems when it is the law that is called to perform this concretizing task. In this case, the effort of identifying the relevant objects to be covered by this legal category ultimately depends from the legal definition of cultural heritage. When debating on the legal definition(s) of (cultural) heritage one must bear in mind that this is by no means a purely technical question, impacting within the legal system only as a mere question of "legal ontology",[2] but it assumes a crucial meta-legal meaning, that is a political meaning. Deciding what asset is to be covered by this legal notion (and protected, promoted, etc.) and what is not, is a political decision impacting on cultural identities, belongings, beliefs, etc., with relevant economic outcomes, being it also a decision on who manages heritage and gets the benefits from it. Thus, while (cultural) heritage can unite, it can also divide. It can become, e.g., a tool for oppression of minorities, and oppression can ultimately lead to conflicts, and sometimes to wars. This explains why (cultural) heritage is by no means a neutral legal category of self-definition and why there always is an irreconcilable tension between states' interests, communities' interests, individual interests, international interests; and this also explains why the issue of the legal definition of (cultural) heritage has so much attracted the interest of international politics and international law scholars.

Bearing this premise in mind, it must be recalled that a legal notion of "cultural property" was firstly forged at the level of international law with the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of 1954, meaning "anything [movable or immovable] which bears witness to the artistry, history and identity of a particular culture".[3] Yet, the concept of the relevant objects to be covered by this category was a static one, based on the tangible assets, such as artworks or monuments, to be protected by the war's physical destruction. The problem of filling in the legal notion of "cultural property" is that this operation may have no limits, because this notion actually has the potential to include any object which is capable of conveying a

[1] For the so called "heritage boom" of the last decades see R. HARRISON, *Heritage: Critical Approaches*, London-New York, 2013, pp. 68 ff. The notion of heritage has expanded beyond institutionalized cultural manifestations of the past to include other elements important for the people to shape their present and future. This phenomenon has grown in the context of the growth of the Heritage Studies, a specific branch of the social sciences focusing on the subjective perceptions of heritage by the people, with their symbols, myths, identities and expectations, rather than with the pure historical accounts of the facts of the past: J. CARMAN, M.L. STIG SØRENSEN, *Heritage Studies. An Outline*, in Iid (eds.), *Heritage Studies. Methods and Approaches*, London-New York, 2009, pp. 11 ff. This research field developed under the anthropological turn in social sciences subsequent to the end of the Cold-War period, accentuating the focus on human rights and anthropology to fill in the new geopolitical vacuum with alternative frameworks for peace, security and international cooperation. The works laying down the ground for this discipline are, e.g., D. LOWENTHAL, *The Past is a Foreign Country*, CUP, 1985 (also in a revisited version published by CUP in 2015), P. WRIGHT, *On Living in an Old Country: The National Past in Contemporary Britain*, Verso, 1985, 2nd edn. OUP, 2009; R. HEWISON, *The Heritage Industry. Britain in a Climate of Decline*, London, 1987. On the link between anthropology and the law see at least S.E. MERRY, *Anthropology, Law and Transnational Processes*, in 21 *Annual Review of Anthropology*, 1992, pp. 357 ff.; N. ROULAND, *Legal Anthropology*, London, 1994. For an example of the geopolitical use of cultural heritage in the current EU's external relations see F. FIORENTINI, *Cultural Heritage in the EU Trade Agreements: Current Trends in a Controversial Relationship*, in A. JAKUBOWSKI, K. HAUSLER, F. FIORENTINI (eds), *Cultural Heritage in the European Union. A Critical Inquiry into Law and Policy*, Series: Studies in Intercultural Rights, vol. 9, Brill/Nijhoff, Leiden-Boston, 2019, pp. 184-212.

[2] A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 1995, 426.

[3] Art. 1 of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 1954, adopted 14 May 1954, entered into force 7 August 1956, 249 UNTS, 240.

meta-individual message to be passed on to future generations.[4] The cultural relevance of this message depends on the subjects using the cultural assets, or having access to it, and their values may change in space and time, in the same way as culture changes.[5]

This is the reason for which legal definitions (also) of our subject-matter are space- and time-conditioned. Space-conditioned, because in our Western tradition, at least since the emergence of the nation states, it is a states' prerogative to define their cultural policies and select their cultural heritage assets. To no surprise, states have developed different criteria to do so.[6] As to the time dimension, one must recall that the massive development of international law in this subject matter, mainly under the engine of the UNESCO[7] in the post-World War II time, has profoundly changed global perceptions and functions of what initially, in 1954, has been named "cultural property", thereby forging academic, institutional and professional patterns on the subject. Especially the UNESCO Conventions of the twenty-first century have stressed other aspects of heritage that the above definition of "cultural property" could not sufficiently catch, being so much focused on the tangible character and the market value of this particular kind of assets.[8]

The new emerging aspects of cultural property to be accounted for by international law have been, at least, the following.

First, the increasing relevance of intangible assets as the manifestation of the living cultures of the world;[9] to intangibles, also virtual or digitalized heritage are to be added as new forms of cultural assets claiming legal regulation.[10]

Second, the character of "common good" of cultural heritage, which does not 'belong' anymore to a state identity only, or to a public/private individual owner with exclusivity, like it was earlier, but at the same time belongs to "all mankind";[11] in this line,

---

[4] M. GRAZIADEI, *I beni culturali: alcuni temi e motivi di interesse comparatistico*, in G. ALPA et alii (curr.), *I beni culturali nel diritto. Problemi e prospettive*, Napoli, 2010, 17 ff.

[5] J.H. MERRYMAN, *Two Ways of Thinking About Cultural Property*, 80/4 *Am. J. Int'l L.* 831 ff. (1986); Id., *The Public Interest in Cultural Property*, 77 *California L. Rev.* 339 ff. (1989); Id., *Cultural Property Internationalism*, 12 *Int'l J. Cult. Prop.* 11 ff. (2005). The value-based model has been elaborated by P. Bator in his seminal work *An Essay on International Trade in Art*, 34 *Stanford L. Rev.* 275 ff. (1982); for a critical analysis of the arguments supporting this model, *see* A.A. BAUER, *New Ways of Thinking About Cultural Property: A Critical Appraisal of the Antiquity Trade Debate*, 31 *Fordham Int'l L.J.* 690 ff. (2008); an extensive survey on the ontology of cultural property can be found in C. FORREST, *International Law and the Protection of Cultural Heritage*, London-N.Y., 2010, 3 ff.

[6] For the various ways in which UE Member States define their 'national treasures' see B. PASA, *Beni culturali (diritto dell'Unione Europea)*, in Digesto IV, Disc. Civ., Sez. Civ., Aggiornamento V, Torino, UTET, 2010, 73-101.

[7] Particularly the 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, the 1972 World Heritage Convention, the 2001 Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage, the 2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, the 2005 Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions (in the following Convention on cultural diversity), all available at: https://en.unesco.org/themes/protecting-our-heritage-and-fostering-creativity.

[8] N. Mezey, *The Paradoxes of Cultural Property*, in 107 *Colum. L. Rev.*, 2007, 2004 ff.

[9] UNESCO 2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, available at: https://ich.unesco.org/doc/src/01852-EN.pdf.

[10] CAMERON F., KENDERDINE S., Theorizing Digital Cultural Heritage: A Critical Discourse, MIT, 2007; BELLOTTI F., DE GLORIA A., BERTA R, Virtual Heritage: le tecnologie dell'informazione (IT) applicate ai beni culturali, in Storicamente. Rivista del Dipartimento di Storia Cultura Civiltà Alma Mater Studiorum Università di Bologna, 9, 2013, pp. 2-6; MAGRI G., *La circolazione. Il mercato dell'arte*, in di MICCO D., FRANCA FIHLO M., MAGRI G., *Circolazione, cessione, riciclaggio. Alcuni profili giuridici dell'arte e del suo mercato*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2020, p. 70 ff.

[11] See, e.g., UNESCO 2005 Convention on cultural diversity: "cultural diversity forms a common heritage of humanity", second recital in Preamble. However, this feature was already detectable in the 1954 The Hague Con-

respecting and promoting cultural expressions of any tradition – a trend which goes under the label of "cultural diversity" – has become a way to implement human rights,[12] thereby multiplying the values enclosed in any of such assets or expressions, which now result in a layered structure, made of local meanings (for individuals or communities), national significance (for the identity of a people – o more communities – within a national state), and international/human rights values and functions.[13]

Third, the international value of cultural expressions has resulted in a link between culture and sustainable development, which must be pursued following an equal balance between economy and culture, thereby stressing the economic value and importance of culture.[14] The United Nations 2030 Agenda for Sustainable Development includes 17 Sustainable Development Goals (SDGs) and 169 specific targets. Despite these targets do not sufficiently refer to culture and cultural heritage directly[15], the implementation of these goals with reference to cultural heritage is at the center of the activity of various transnational networks of public institutions and organizations[16] and has been lauded by UNESCO.[17]

To better account for these expanding features of the former "cultural property", the legal language, both from the UNESCO and the (legal) academic circuit, has shifted to the expression of "cultural heritage", better suited to cover a larger spectrum of assets of various nature, reach and function.[18] From a static and Euro-(or West)centric notion of culture, the pattern has moved towards a dynamic, open and more holistic concept which is now much broader but, at the same time, much more difficult to be governed through the traditional instruments of the law.

---

vention, second recital "damage to cultural property belonging to any people whatsoever means damage to the cultural heritage of all mankind". SEE Y. DONDERS, *Cultural Heritage and Human Rights*, in F. FRANCIONI, A.F. VRDOLIJAK (eds), The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law, Oxford, OUP, 2020, Ch. 17.

[12] UNESCO 2005 Convention on cultural diversity, "celebrating the importance of cultural diversity for the full realization of human rights and fundamental freedoms proclaimed in the Universal Declaration of Human Rights and other universally recognized instruments", fifth recital in Preamble.

[13] The value-based model has been elaborated by P. Bator in his seminal work *An Essay on International Trade in Art*, 34 *Stanford L. Rev.* 275 ff. (1982); for a critical analysis of the arguments supporting this model, *see* A.A. BAUER, *New Ways of Thinking About Cultural Property: A Critical Appraisal of the Antiquity Trade Debate*, 31 *Fordham Int'l L.J.* 690 ff. (2008).

[14] UNESCO 2005 Convention on cultural diversity, sixth recital in Preamble, Art. 1 lit. f), Art. 2 Guiding Principle Nr. 5 and 6.

[15] See SDG 11: Make cities and human settlements inclusive, safe, resilient and sustainable. Target 11.4 calls for strengthening efforts to protect and safeguard the world's cultural and natural heritage; SDG 8: Decent work and economic growth. Target 8.9: devise and implement policies to promote sustainable tourism that creates jobs and promotes local culture and products. In this perspective, cultural heritage that is carefully managed attracts tourism investment in a sustainable way, involving local communities without damaging heritage areas.

[16] For instance, the Committee on Culture of the Global Network of Cities, Local and Regional authorities (UCLG) published the document *Culture in the Sustainable Development Goals: A Guide for Local Action*, May 2018, available at: http://www.agenda21culture.net/sites/default/files/culturesdgs_web_en.pdf.
The document provides practical guidance to local and regional governments, civil society organisations, private organisations, culture and development professionals, and other stakeholders that are involved in strengthening partnerships, policies, projects and practices around the place of culture in the achievement of the SDGs.

[17] UNESCO, *Culture: At the Heart of SDGS*, in UNESCO Courier, April-June 2017, available at: https://en.unesco.org/courier/april-june-2017/culture-heart-sdgs.

[18] Among many see at least L. PROTT, P.J. O'KEEFE, *'Cultural heritage' or 'cultural property'?*, 1 *Int'l J. Cult. Prop.* 307 ff. (1992); L. PROTT, *The International Movement of Cultural Property*, 12 *Int'l J. Cult. Prop.* 225 (2005); R. O'Keefe, *The meaning of 'cultural property' under the 1954 Hague Convention*, XLVI *Netherlands Int'l L.R.* 26 ff. (1999); J. Blake, *On Defining the Cultural Heritage*, in 49 (1) *International and Comparative Law Quarterly*, 2000, pp. 61–85; M. FRIGO, *Cultural Property v. Cultural Heritage: A "Battle of Concepts" in International Law?*, 86 *Int'l Rev. of the Red Cross* 367 ff. (2004)..

The many functions that cultural heritage can play, as well as the plurality of its users, and of the ways of fruition that one can imagine, have thus led to a variety of definitions, placed at different levels of the sources of the law: international – with a scope limited by the scope of the relevant conventions; regional, like the EU Regulations or Directives; or – and primarily – national, often not fully coincident one with another. Beside the issue of (legal) definition, but linked to it, the lawyer approaching this sector easily notices that the legal regime for this topic is complex and intricate from whatever geographical angle of the world one choses to look at it.

This complexity derives also from two conflicting forces impacting on cultural heritage in the last decades, in connection with the above-mentioned broadening of the relevant (legal) definition. The first one is globalization[19] that strongly impacts on the domestic regimes, creating a 'multilayered' and 'de-centered' structure of the sources of cultural heritage law. This fragmentation of the sources of law has been emphasized by the internet,[20] and has resulted in the blurring of the classic separation between private and public actors in the law-making activity. The structure of the global network of cultural heritage rules, and particularly the relationships between hard-law (made by public actors, i.e. states) and soft-law (made by private actors, i.e. non-state actors), call for careful analysis through appropriate methodological tools.[21]

The other force impacting on cultural heritage regimes mixes 'localization' with the gradual emergence of cultural and collective rights in international law. It refers to the acknowledgment of legal entitlements of local communities, groups and cultures not coincident with states, such as the Indigenous people,[22] or the African tribal communities,[23] or the Sami people spread over the boundaries of Norway, Sweden and Finland.[24] This trend has contributed to changing (and enriching) the identification and protection of heritage, for instance through the emergence of collective standings in courts to recover lands, territories and natural resources taken without the communities' consent[25] or to repatriate their human remains.[26]

In this paper I explore the structure of the sources of cultural heritage law, showing that to grasp the present problems and face future regulatory challenges in this sector, the legal system cannot do without comparative law methodological tools and caveats.

---

[19] The literature on globalization and the law is vast. Suffice here to mention: S. CASSESE, *The Globalization of Law*, 37 *N.Y.U. J. Int'l. L. & Pol.* 973 ff. (2006); M. SHAPIRO, *Globalization of Law*, 1 *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 37 ff. (1993).

[20] A. SEGURA-SERRANO, *Internet Regulation and the Role of Internat*ional Law, 10 Max Planck UNYB 191 ff. (2006); M.E. Katsh, Law in a Digital World, N.Y., 1995; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 378 ff.

[21] F. FIORENTINI, *A Legal Pluralist Approach to International Trade in Cultural Objects*, in J. NAFZIGER AND R. PATERSON (eds), *Handbook on the Law of Cultural Heritage and International Trade***,** Edward Elgar: London, 2014, pp. 589-621.

[22] UN Declaration on the Rights of Indigenous People, adopted on 13 September 2007, UN Doc A/RES/61/295, available at: https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html;

[23] African Charter on Human and Peoples' Rights, adopted on 27 June 1981, entered into force 21 October 1986, 1520 UNTS 217, available at: https://au.int/en/treaties/african-charter-human-and-peoples-rights.

[24] Largely on the Sami, but not only, see the essays in A. KANTHAKI, S. VALKONEN, L. HEINÄMÄKI, P.K. NOURGAM, *Indigenous Peoples' Cultural Heritage: Rights, Debate, Challenges*, Leiden-Biston, Brill-Nijhoff, 2017.

[25] Art. 28 co. 1 UN Declaration on the Rights of Indigenous People.

[26] Art. 12 co. 1 UN Declaration on the Rights of Indigenous People. This prompted many national reforms, for instance in Canada the House of Commons passed, on 19 February 2019, the Bill C-391, *Indigenous Human Remains and Cultural Property Repatriation Act*, available at: https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/C-391/third-reading.

2. COMPARATIVE CULTURAL HERITAGE LAW

Needless to say, this is not the place to deal with the long-standing debate on what comparative law is and what are its functions.[27] Rather, I will try to apply to Cultural Heritage Law the comparative law approach of the dissociation of legal formants, developed by Rodolfo Sacco and his school in Torino,[28] combining it with the suggestions elaborated by Mauro Bussani in the doctrine of the stratification of the legal systems,[29] borrowed from legal pluralism and adapted to the study of the Western legal systems.[30] As it is known, the Sacco method is based on a broader notion of legal rules, not confined to the legislative or state-related rules, but enlarged to cover any source which is capable, in a giving setting, of being observed by its addressees; by this way, the notion of legal rules tends to overlap with that of social rule.[31] Then, Sacco argues that to better understand what the law is and how it operates, it is useful to sub-divide the legal rule in its various sub-components and observe how they do interact one with another. These sub-elements of legal rules are called legal formants. They are those elements – statutes, general propositions, scholarly works, judicial holdings, judicial obiter dicta, administrative bodies' decisions, institutional practices, and so on – that shape legal rules and determine their effectiveness in a given setting. Some of them are verbalized – statutes clearly are, and the same holds true for judicial decisions – but others are not, they are implicit or latent.[32] For instance, the legal mentality of lawyers acquired through a legal education which differs in the various legal traditions, may induce a common lawyer to comply with established case law doctrines also when they seem to be superseded by subsequent legislation; or can induce a civil law judge do decide according to a long-standing scholarly opinion while disregarding the text of the statute. These hidden formants are called criptotypes[33] and very often are the true cause determining systemological demarcations between legal systems or the different operativity of similar legislative rules in different legal systems.[34] Focusing on implicit elements to explain the law

---

[27] H.P. GLENN, Aims of Comparative Law, in J.M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2012, Cheltenham: EE, 65-74. R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, 7th edn, Turin: Utet, 2019, 8-15.

[28] R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (installments I and II)*, 39 *American J. Comp. L.*, 1991, pp. 1 ss. (I); pp. 344 ss. (II); Id., *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 43 ss. For an account of this method in the broader context of structuralism as spread in other cognitive and social sciences such as linguistic, anthropology, psychoanalysis, see U. MATTEI, *The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in Legal Influence*, in A. RILES (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, 2001, 238 ff.; 251 ff.; account on history and subsequent developments of the Sacco method also in F. FIORENTINI, *El proyecto* "The Common Core of European Private Law"*: aportaciones italianas a la comparación jurídica europea*, in *Anuario de derecho civil*, 4/2015, 1311-1353.

[29] M. BUSSANI, *Strangers in the Law: Lawyers' Law and the Other Legal Dimensions*, 40 *Cardozo Law Review* 3127 ss. (2019); Id., *El derecho de Occidente. Geopolítica de las reglas globales*, 2018, Madrid: Marcial Pons.

[30] *See*, S.E. MERRY, *Legal Pluralism*, 22/5 *Law & Society Rev.* 869 ff. (1988) and B.Z. TAMANAHA, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, 30 *Sydney L. Rev.* 375 ff. (2008), all with further references.

[31] This has been supported by distinguished scholars, e.g. R.M. DWORKING, *The Model of Rules*, 35 U. Chi. L. Rev., 1967, 14, but also criticized: e.g. J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, 81 Yale Law Journal, 1972, 823 ff.

[32] R. SACCO, *Mute Law*, in 43 Am.J.Comp.L., 1995, 455 ff.

[33] Word borrowed by the linguist B.L. Whorf and used by Sacco to shape a legal theory: R. SACCO, *Che cos'è il diritto comparato?*, ed. P. Cendon, Milano, 1992, at p. 5.

[34] R. SACCO, *Mute Law*, in 43 Am.J.Comp.L., 1995, 455 ff.

conduces to interdisciplinarity as an indispensable tool for legal analysis, enabling the scholar to find out the cryptotypes.[35]

In turn, this path directly leads to study state-centered law in highly formalized Western legal systems through the lens of non-state-centered law, i.e. unofficial law. This is the research path developed by Mauro Bussani.[36] His stratification doctrine adds to the perspective of the legal formants that the law has to be looked at considering that even in Western advanced legal systems, legal rules stem from unofficial sources, that is sources not connected with state law, but stemming from private actors, such as merchants, professional associations, interest groups, etc. These stakeholders elaborate soft law (codes of ethics, standards, best practices) which – despite appearances – does not lack effectiveness nor impact on the legal systems. On the contrary, soft law knows an effectivity which operates in different ways from the state-based ones: not sanctions by the courts of law, but reputational sanctions. These reputational sanctions do work well within certain markets or settings.[37] In the area of Cultural Heritage Law – as well as in other global legal regimes like financial law, environmental law[38] – it is evident that soft law plays a crucial role and is not only a product of private actors, but is produced also by supranational organizations or by states – almost in combination with hard law instruments, as a means to overcome the problems deriving from the fragmented character of the hard law side of the global legal regime(s).

In this contribution I will show that this combination of comparative law approaches enables one to fruitfully analyze and better understand the multi-layered dimension of the law(s) of trade in cultural objects[39] – a crucial branch of Cultural Heritage Law. Comparative law as intended here helps underline the political, social and cultural dimension of this area of the law, in other words, its (predominant) meta-legal facade.

3. OUTLINE

The survey starts by outlining some of the global hard-law layers that regulate the market of tradable cultural objects, *i.e.* the international law layer (paragraph 4) and the supra-national layers of the WTO and EU systems (paragraph 4.1). Next, the problems arising from the interaction of these various supranational layers are specifically highlighted (paragraph 5). The analysis then moves on to consider the role played by soft law rules which have been developed worldwide by national and international organizations (paragraph 6). In particular, the paper explains how unofficial rules have led to the development of "soft" alternatives to the transfer of title of cultural objects. These alternatives allow circulation of, and public access to, cultural objects while avoiding the legal problems associated with transfer of title (paragraph 7). Moreover, national and international organizations have also been involved in networking activities which have

[35] R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributi ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007.

[36] M. BUSSANI, *El derecho de Occidente. Geopolítica de las reglas globales* cit.; Id., *Comparative Law Beyond the Trap of Legal Positivism*, in *New Frontiers of Comparative Law*, Hong Kong, 2013.

[37] See E. POSNER, *Law and Social Norms*, Cambridge, CUP, 2000, 12; J. VAN ERP, *Reputational Sanctions in Private and Public Regulation*, in 1/5 Erasmus Law Review, 2008, 145 ff. and below, para no. 6.

[38] On globalization and legal pluralism *see*, R. MICHAELS, *Global Legal Pluralism*, 5 *Annual Review of Law and Social Science* 243 ff. (2009); M. KOSKENNIEMI, *Global legal pluralism: multiple regimes and multiple mode of thought*, available at: http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MKPluralism-Harvard-05d[1].pdf.

[39] The interest in this sub-area of cultural property law lies in the increasing economic, cultural and even geopolitical significance of the art industry at the global level, thus making the quest for effective legal regimes a contemporary problem. The global art market in 2018 reached $67.4 billion, up 6% year-on-year. This brings the market to its second highest level in 10 years, with values advancing 9% over the decade from 2008 to 2018: *Art Basel and UBS Global Art Market Report 2019*, available at: https://www.artbasel.com/news/art-market-report.

led to the buildup of registers, data banks, coordination and research activities, thus creating an infrastructure indispensable for the effective operation of the global legal regimes, this being a crucial meta-legal formant of the law of trade in cultural objects (paragraph 8). Concluding observations will follow trying to associate layers with criptotypes in this field (paragraph 9).

Let me start by separating the different layers of regulations for the global trade of cultural objects and identifying the main implications of the intricate web of relationships that link them.

4. MULTI-LAYERED SUPRA-NATIONAL HARD-LAW REGIMES FOR THE TRADE OF CULTURAL OBJECTS. THE INTERNATIONAL LAW LAYER

The principle that illicitly exported cultural objects must be returned to its state of origin is, first and foremost, a principle of international law. It was codified initially by the UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property of 1970 as a principle of public international law, and afterwards reaffirmed by the 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects from the side of substantive law.

These two international law Conventions complement each other and form almost a single regime addressing what at that time was called (illicit) "cultural property" trade at the international level, though they adopt different means for doing so. The chief goal of the UNESCO 1970 Convention was to ensure compliance with national protective regimes for cultural property between state nations in their bi-lateral relationships. The key objective of the UNIDROIT Convention was to restrict the applicability of the private law rule that, "as far as movable property is concerned, *possession vaut titre*" (Article 2276 French c.c., ex Article 2279) on the assumption that such rule makes it more difficult for states to protect their cultural movables. As is well-known, the '*possession vaut titre*' rule is acknowledged in most civil law countries worldwide, though with varying nuances.[40] For example, some states, such as Italy, protect an acquisition made in good faith from a person who is not the owner in the case of stolen or involuntarily lost goods (Article 1153).[41] Other countries, such as France (Article 2276, ex 2279 c.c.) and Germany (§ 935 BGB), protect an acquisition made in good faith only if the goods are not stolen or involuntarily lost. The approach of common law jurisdictions is different. The true owner (in principle) prevails over all other purchasers, including those who do so in good faith (*e.g.* without notice of the illegal provenance of the goods).[42] At the international level, these differences in private laws have created inconsistencies which have

[40] This rule derives from the development of Germanic customary law applied in the French territories during the *Ancien Régime* and was first codified by the French c.c. in Article 2279 (now 2276 after the 2008 reform of prescription). From this starting point it has been adopted by most civil law countries in Europe and around the world, *e.g.* in Germany (§ 932 BGB) or Italy (Article 1153 c.c.), although with some variations in scope from one country to the other. *See*, K. SIEHR, *Vereinheitlichung des Mobiliarsachenrechts in Europa, insbesondere im Hinblick auf Kulturgüter*, *RabelsZ für ausländisches und internationales Privatrecht* 454 (1995); Id., *The Protection of Cultural Heritage and International Commerce*, 6/2 *Int'l J. Cult. Prop.* 304 ff. (1997).

[41] R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu, Messineo, Mengoni, vol. VII, 2 ed., Milano, 2000, 483.

[42] *See* R. GOODE, *Commercial Law*, 2nd edn, London, 1995, 62 ff. for an exposition of the common law "*nemo dat quod non habet*" rule and its relevant limitations in practice. The result is that the true owner is protected against a *non domino* acquisition save in case of acquisition by a bone fide purchaser for value.

been exploited by those engaged in practices such as "artwork laundering". This occurs when a piece of art is stolen in a country where the rule of 'good faith acquisition' does not apply to stolen goods and is then subsequently brought to a country such as Italy in order to "clean" the title by way of good faith acquisition of stolen movables (Article 1153 c.c. mentioned above).[43]

The different approaches and contents of the two Conventions have been deeply analyzed by specific literature, therefore will not be dealt with in these pages. To the purposes of this survey, and given the many years that these international law instruments have been in force – it's fifty years that the UNESCO 1970 is in force and twenty-five for the UNIDROIT Convention – it is rather interesting to try and assess what impact they have had on the global art market.[44] In doing so, one may focus on the number of countries that have ratified the Conventions. In this regard, the UNESCO Convention has been ratified by 140 states including many market states,[45] whereas the UNIDROIT Convention has only been ratified by 48 states (mostly source nations already equipped with advanced protective regimes).[46] Some scholars[47] argue that this demonstrates that market nations have been reluctant to join the UNIDROIT Convention because they are wary of its potential to protect national, "retentionist" cultural property interests. However, other experts[48] have stressed the existence of a continuing trend over the years towards a more progressive approach with increased ratification of both Conventions. It is a development that is sometimes slow due to the (wise) choice of many states to adopt adequate internal legislation before ratifying the Convention(s).[49] Nevertheless, the issue remains that many states still find it difficult to adapt their internal legislations after ratification and that, even when international conventions are ratified and implemented, national judges sometimes refuse to apply the law of a foreign state in a domestic court.[50]

[43] In the famous case *Winkworth v. Christie Manson & Woods Ltd* [1980] Ch. 496, [1980] 1 *All E.R.* 1121, cultural goods stolen in England had been brought to Italy and acquired under Article 1153 c.c. by an art collector (who was unaware of the fact that they were stolen goods). They were then moved back to England and sold on auction. The original owner claimed ownership, but the court refused the claim stating that there had been a good faith acquisition by the art collector according to the law of the country where the acquisition took place (Italy).

[44] A. HERMAN, *Fifty Years On: Unesco's Convention on Illicit Trafficking of Cultural Artefacts Still Shines Bright*, in The Art Newspaper, 31 November 2020; J. STEPNOWSKA, *Due Diligence and the Art Market: Assessing the Impact of the 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or illegally Exported Cultural Objects*, in Studia Iuridica Toruniensia, III, 2018, Centre d'Etudes sur la Coopération Juridique Internationale, *Study on preventing and fighting illicit trafficking in cultural goods in the European Union*, CECOJI-CNRS-UMR 6224, Contract No. Home/2009/ISEC/PR/019-A2, Final Report, October 2011, available at: http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/crime/docs/Report%20Trafficking%20in%20cultural%20goods%20EN.pdf, 201 ff.; L.V. PROTT, *The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects – Ten Years On*, *Unif. L. Rev.* 215 ff. (2009).

[45] *See* the chronological and alphabetical lists at: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#STATE_PARTIES.

[46] *See* the updated list of signatures, ratifications and accessions at: https://www.unidroit.org/status-cp.

[47] G. MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo, Limiti ed obblighi di restituzione*, Napoli, 2011, 39.

[48] L.V. PROTT, *The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects – Ten Years On*, 231 with statistical evidence.

[49] After a thorough reform of its national law, New Zealand ratified the UNIDROIT Convention in 2006 and the UNESCO Convention in 2007. Germany only ratified the UNESCO Convention in 2007 (*Kulturgüterrückgabegesetz* of 18.5.2007, BGBl. I S 757, 2547, also implementing EC Directive 7/1993 as amended in 2001).

[50] For case law *see*, *e.g.*, *Attorney-General of New Zealand v. Ortiz* [1984] *AC* 1, according to which foreign public law rules do not enjoy extra-territorial application. Moreover, in 2004 the Paris Court of Appeal rejected a claim by Nigeria under Article 13 of the UNESCO Convention for the return of the Nok statues illegally exported from its territory by a French antique dealer on the basis of this argument (despite ratification of the UNESCO Convention by both countries): Paris Court of Appeal, 5.4.2004, No. 2002/09897, *Federal Republic of Nigeria v. Alain de Montbrison*, JurisData No. 2004-238340; and Court of Cassation, 1ère civ., 20.9.2006, No. 04-15.599,

Despite these obstacles, the UNESCO and UNIDROIT Conventions have had remarkable achievements in the art industry. First, at the level of hard-law developments, they have contributed a growing interdependence between public and private international law.[51] Second, they have promoted a 'moralization' of the art industry. To avoid complex and expensive litigation "dealers and purchasers who are presented with evidence that a cultural object does not have a good provenance do not now wait for litigation to start, but come to an agreement of return, or to compensate a purchaser who returns".[52] This is a new trend in a market well used to dubious transactions,[53] a trend that displays "the birth of a moral duty to return […] accompanied by the development of solutions deriving from methods of alternative conflict resolution in the domain of cultural property".[54] Last but not least, a growing body of national case law demonstrates that the principles enshrined in the Conventions are beginning to influence judicial approaches to restitution issues, despite the technical issue of the applicability of international law in domestic jurisdictions. In the well-known English *Bakarat* case of 2007, the Court of Appeal of England and Wales applied both Iranian public and private law protecting cultural property. The court also referred to the UNESCO and UNIDROIT Conventions as well as to EC Directive 7/1993. The judges stated that even if some of those instruments have no direct effect in national law, they nevertheless indicate the willingness of the UK to cooperate in cases of illicit export of cultural property and, therefore, need to be taken into account.[55]

JurisData No. 2006-034988. In 2005, the Swiss Federal Court refused to take account of an Indian public law ruling declaring the export of two ancient gold coins illegal on the basis of the argument that only an international agreement could oblige a state to apply the public law of another state. This was upheld despite ratification of the UNESCO Convention by India in 1977 and its acceptance by Switzerland in 2003: Decree Swiss Federal Court 8.4.2005, ATF III 418, JdT 2006 I 63. There have been similar rulings in Germany *e.g.*, in BGHZ 59, 82, the Bundesgerichtshof held that the export of cultural objects does not need to be protected by private law rules; the same in Italy by Cass., 24.11.1995, no. 12166 (*Gov. Francia c. Pilone e altro*), in *Foro it.* 1996, I, 907, and in the U.S. by *Government of Peru v. Johnson*, 720 F. Supp. 810, 814 (C.D. Cal. 1989). *See* M. GRAZIADEI, *Beni culturali (circolazione dei) (diritto internazionale privato)*, in *Enc. Dir*., *Annali*, II/2, Milano, 2008, 91 ff., 97 ff. On these issues see C. Rodt, *Private International Law, Art and Cultural Heritage*, Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA, Elgar, 2015.

[51] L.V. PROTT, *The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects – Ten Years On*, 234.

[52] L.V. PROTT, *The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects – Ten Years On*, 223.

[53] P. WATSON, C. TODESCHINI, *The Medici Conspiracy: The Illicit Journey of Looted Antiquities, From Italy's Tomb Raiders to the World's Greatest Museums*, N.Y., 2006, referring to the Italian legal actions brought against Giacomo Medici, a dealer, and Marion True, a respected curator of the J. Paul Getty Museum in Los Angeles, following which the Getty, the Metropolitan Museum in N.Y. and the Boston Museum of Fine Arts returned cultural objects to Italy. Giacomo Medici has been condemned by the Italian Court of Cassation in 2011 (Cass. Criminal, Sec. II, 7.12.2011, no. 47918, in CED Cass. pen. 2011), while the action against Marion True was dropped in 2011 due to expiration of the prescription period. *See* also A.K. BRIGGS, *Consequences of the Met-Italy Accord for the International Restitution of Cultural Property*, 7 *Chi. J. Int'l L.* 623 ff. (2007) on the agreement signed in February 2006 on the Euphronios Krater which came about as a consequence of this litigation.

[54] Centre d'Etudes sur la Coopération Juridique Internationale, *Study on preventing and fighting illicit trafficking in cultural goods in the European Union*, quoted above, fn. 44, at 201; E. BARKAN, *Making Amends: A New International Morality?*, in *Witness to history: a compendium of documents and writings on the return of cultural objects*, UNESCO, 2011, 78 ff.

[55] *Government of the Islamic Republic of Iran v. The Bakarat Gallery Ltd* [2007] EWCA (Ethiopian Wildlife Conservation Authority) Civ 1374 (CA). This trend began in the U.S., with the famous case *United States v. McClain*, 593 F2d (5th Circ. 1979) and in *United States v. Schulz*, 333 F3d 393 (2nd Circ. 2003). The first decision applied Mexican law establishing public ownership on archeological goods to objects located in the U.S. The second case followed the first one with reference to analogous Egyptian law.

4.1. The WTO and EU Systems

In the multilevel structure of the law of trade in cultural objects, the UNIDROIT and UNESCO Conventions are not the only supra-national sources of hard-law. Rather, they operate in tandem with other supra-national regimes, like the global WTO system and the regional regime of the EU, on which I will now focus.

Let us begin with the GATT-WTO system. During the Uruguay Round of negotiations held between 1986 and 1994, a distinct opposition emerged between the U.S.A. and Europe regarding the inclusion of cultural goods (and services) in the regime for global trade set out in GATT and GATS 1994.[56] As far as cultural goods are concerned, this conflict was resolved with the inclusion in Article XX, lit. f) GATT of the so-called "cultural exception".[57] This rule allows restrictions on the free trade of goods if they are "imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value". Yet, the derogation is subject to compliance with the non-discrimination principle, reciprocity between states, and non-disguised restriction on international trade.[58] As such, it may be argued that the WTO regime is undermined by the lack of precise definitions of cultural goods, which may result in an incoherent application of the GATT rules.[59] Moreover, GATT rules establishing "cultural exceptions" were designed to apply to audiovisual media and not to cultural goods in general.[60] Efforts to clarify the scope of these exceptions by relying on other international conventions, such as the UNESCO Conventions (see paragraph no. 3 below) have thus far not been successful. Therefore, some argue that a general principle of free tradability of cultural goods can be inferred from the GATT system, provided that states do not adopt restrictive measures. In spite of the many uncertainties, this provision has not led to any GATT-related dispute so far.[61]

In many respects, the WTO system for cultural property law closely resembles the EU regime. Under EU law, the principle of the free movement of goods is one of the

---

[56] For an account of this story, *see* S. CAHN, D. SCHIMMEL, *The Cultural Exception: Does It Exist in GATT and GATS Frameworks? How Does It Affect or is Affected by the Agreement on TRIPS?*, 15 *Cardozo Arts & Ent LJ* 281 (1997).

[57] M. BURRI, *Cultural Diversity as a Concept of Global Law: Origins, Evolution and Prospects*, 2 *Diversity* 1059 ff. (2010); T. BROUDE, *Taking "Trade and Culture" Seriously: Geographical Indications and Cultural Protection in WTO*, 26/4 *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 623 ff. (2005). This paper does not deal with "cultural exception" regulated by Arts. XX lit. a) GATT 1947 and XIV lit a) GATS relating to "public morals", nor with TRIPS 1994, since it deals with cultural movables only. Neither does this paper address Article 2101 of NAFTA which incorporates Article XX GATT. Also excluded are similar provisions established by other regional associations like Mercosur, for which *see* Article 50 of the Montevideo Treaty of 1980; European Free Trade Association of 1960, Article 13; European Economic Area of 2.5.1992, Article 13.

[58] In order to determine whether or not there has been compliance with the above mentioned principles of non-discrimination, reciprocity and non-disguised restriction on international trade, one may look to the case law on the "cultural exception" of "public morals" (Article XX lit. a) GATT 1947 and XIV lit. a) GATS) and argue that: "First, the trade-restrictive measure must be within the scope of the "cultural protection" exception; second, the measure must be "necessary" for the protection of local culture and cultural diversity": T. BROUDE, *Taking "Trade and Culture" Seriously*, 683.

[59] S. PENG, *International Trade in Cultural Products: UNESCO's Commitment to Promoting Cultural Diversity and Its Relations with the WTO*, 11 *Int'l Trade & Business L. Rev.* 218 ff. (2008).

[60] The GATT system is much more developed for the film industry. According to Articles IV and III, paragraph 10, GATT 1947, included in GATT 1994, states can introduce so-called screen quotas as a more favorable treatment for national audiovisual goods to the disadvantage of goods of the same kind by foreign states. These favorable treatments consist mainly of public financing for the specific industry: M. BURRI, *Cultural Diversity as a Concept of Global Law: Origins, Evolution and Prospects*, 1061.

[61] N. MATZ-LÜCK, *Article XX lit. f GATT*, in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR (eds), *WTO. Technical Barriers and SPS Measures*, in *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, 2007, 137 ff.

fundamental pillars of the internal 'common' market (Articles 26, 34 and 35 of the TFEU). In the internal market, competences are shared between the Community/Union and the Member States. The EU Treaty formally establishes that the Union has only what it is called "attributed competences", *i.e.* it can only act when the Treaty specifically confers power on it according to the objectives set by the Treaty (Article 5(1) of the TEC, now Article 5(1)(2) of the TEU). On the basis of this principle, numerous legislative acts regarding contract and private law have been enacted (by way of Regulations and Directives) to remove the obstacles which may hinder the working of the internal market.[62]

The traditional core of EU policy on the free movement of goods – including cultural property – is embedded in Articles 28, 30 and 34-36 of the TFEU. Articles 28 and 30 prohibit customs duties on imports and exports between Member States, including charges having an equivalent effect and customs duties of a fiscal nature. Articles 34 and 35 prohibit quantitative restrictions on the import and export of goods between Member States, including measures having an equivalent effect. However, Article 36 (similarly to the WTO regime under Article XX, lit. f) GATT mentioned above) exempts "national treasures possessing artistic, historic or archaeological value".[63] Nevertheless, these restrictions must not constitute a means of "arbitrary discrimination" or a "disguised restriction" on trade between Member States (Article 36). In order to understand the meaning of Article 36 it must be stressed that first, there is no general EU definition of what amounts to "national treasures possessing artistic, historic or archaeological value" and therefore Member States are free to select the objects they wish to include. Second, under the EU system, it is up to the Court of Justice of the EU to determine what measures are permitted under Article 36 and what are not. In order to satisfy the requirements of the CJEU test under Article 36, any measure must be subject to both the principle of proportionality as laid down in Article 5(4) of the TFEU[64] and the principle of subsidiarity as laid down by Article 5(2) of the TFEU.[65] These requirements may lead one to conclude that the CJEU's interpretation of the exceptions under Article 36 will be somewhat restrictive.[66] To date, there are no precedents of the CJEU on the meaning of "arbitrary discrimination" or "disguised restriction" on trade between Member States" as contained in the wording of Article 36.[67] One could argue that the scarce EU case law

[62] *See*, M. BUSSANI, *A Streetcar Named Desire: The European Civil Code in the Global Legal Order*, 84 *Tul.L.R.* 1083 ff. (2009) and Id., *Faut-il se passer du common law (européen)? Réflexions sur un code civil continental dans le droit mondialisé*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 7 ff. (2010).

[63] For the inclusion of unique works of art in the notion of 'goods' inasmuch as they can be valued in money and be subjected to commercial transactions for the purposes of Article 28(1) of the TFEU ("The Union shall comprise a customs union which shall cover all trade in goods and which shall involve the prohibition between Member States of customs duties on imports and exports and of all charges having equivalent effect, and the adoption of a common customs tariff in their relations with third countries"), *see* Case 7/68, *Commission v. Italy*, [1968] ECR 618. See also M. GRAZIADEI, B. PASA, *The Single European Market and Cultural Heritage: The Protection of National Treasures in Europe*, in A. JAKUBOWSKI, K. HAUSLER, F. FIORETINI (eds.), *Cultural Heritage in the European Union*. *A Critical Inquiry into Law and Policy*, Brill, Nijhoff, 2019, 79 ff.

[64] Article 5(4) of the TFEU states that EU action shall not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Treaties.

[65] Article 5(2) of the TFEU states that "in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States […] but can rather […] be better achieved at Union level".

[66] I.A. STAMATOUDI, *Cultural Property Law and Restitution*, Cheltenham-Northampton, MA, 2010, 112-117; B. PASA, *Beni culturali (diritto dell'Unione Europea)*, 73 ff., 83

[67] I.A. STAMATOUDI, *Cultural Property Law and Restitution*, 114. On European case law on cultural objects compare also M. BIECZYŃSKI, *The Right to Cultural Heritage in the European Union: A Tale of Two Courts,* in A. JAKUBOWSKI, K. HAUSLER, F. FIORENTINI (eds), Cultural Heritage in the European Union, 113 ff.

interest for restrictions on trade in cultural objects could be read as a proof of the mandate of the EU Court of Justice to foster the aims of the internal market set out in the Treaty law, which tend to favour free circulation of all kind of assets. This seems to be a pro-market approach.

Furthermore, as far as cultural objects are concerned, it must be stressed that there is no general EU competence to legislate. Member States retain their exclusive power on the matter, also on the basis of the expressly declared Member States' competence in the area of substantive property law according to Article 345 of the TFEU (former Article 295 of the TEC). This position remains unaltered by Article 167 of the TFEU, devoted to EU cultural policy. It states that "[t]he Union shall contribute to the flowering of the cultures of the Member States, while respecting their national and regional diversity and at the same time bringing the common cultural heritage to the fore". The provision then lists a series of cooperation actions and measures that the Union must undertake for this purpose. However, it expressly excludes any requirement to harmonize national laws on the matter (Article 167(5)).[68] This exclusion under Article 167 explains why the adoption of EU "secondary legislation", *i.e.* Regulations and Directives only refers to specific issues of "cultural property" related to the formation of the internal market.

Regarding the content of EU secondary legislation in cultural property, Regulation no. 3911/1992, now substituted by Regulation no. 116/2009 "on the export of cultural goods", establishes a common export policy for cultural goods exported outside EU borders and which are subject to an export license. The scope of cultural objects falling under the Regulation has been defined in a list of objects annexed to the Regulation. The Annex also sets out chronological and monetary bases for identifying cultural goods.[69] It is important to note that the definition of cultural goods in the Regulation is not identical to the definition of "national treasures" referred to in Article 36 of the TFEU (referring to national listing systems). According to Recital 7 of the Regulation, "Annex I to this Regulation is aimed at describing the categories of cultural goods that should be given particular protection in trade with third countries, but is not intended to prejudice the definition, by Member States, of national treasures within the meaning of Article [36] of the Treaty". Therefore, there may be cultural objects that do not fall under the scope of the Regulation, but that do fall into national categories of cultural property, to which national export controls apply.

Recently a new EU Regulation "on the introduction and the import of cultural goods" in the European Union has been enacted, Reg. 880/2019.[70] The instrument has been introduced as a means to safeguard humanity's cultural heritage and prevent the illicit trade in cultural goods, in particular where such trade could be connected the terrorist financing (Art. 1.1). The Regulation sets out the conditions for the introduction of cultural goods, and the conditions and procedures for the import of cultural goods. It provides for a system of 'import licences' for the most endangered cultural goods and 'importer statements' for other categories of cultural goods. The definition of the objective scope of application of this Regulation follows the style of the above Reg. 116/2009 of recurring to an Annex. Yet, the definitions in the Annex do not coincide with those of

[68] Article 167 of the TFEU does not provide for an exclusive, nor a shared competence of the Union, but simply a complementary competence in relation to the competences of the Member States with a view to supplementing them (Article 6 of the TFEU).

[69] Cultural goods listed in the Annex to the Regulation are divided into 15 categories, including archaeological objects, paintings, engravings, books and photographs. The criteria for an article to qualify as a "cultural object", which vary according to the category, are age (over 100, 75 or 50 years, depending on the case), and minimum financial value (from 0 Euros for certain cultural goods, up to 150,000 Euros for pictures).

[70] OJ L 151, 7.6.2019, p. 1–14.

Reg. 116/2009. In Reg. 880/2019 "cultural goods" are defined as any asset bearing importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science which belongs to the categories listed in the regulation's Annex (Art. 2.1 lit. (1)), differentiated in three Parts. The regulation contains a so-called "general prohibition rule",[71] that is it prohibits the introduction into the EU of cultural goods listed in Part A of the Annex, if these have been illicitly removed from the countries where they were created or discovered (Art. 3.1).

For the import of cultural goods referred to in Part B of the Annex, i.e. archaeological objects or parts of monuments at least 250 years old (Part B of the Annex), import licences issued by the relevant EU country will be required, regardless of the value of these objects (Art. 4). For cultural goods listed in Part C of the Annex (such as zoological or botanical collections, coins, ethnographic objects, paintings, sculptures, manuscripts and books) that are older than 200 years and have a value above €18,000, an importer statement must be submitted by the importer to customs (Art. 5). Such an importer statement consists of a declaration that the goods have been lawfully exported from the non-EU country and a standardized document describing the relevant cultural goods.[72]

The applications for licence or importer statement must be submitted to a centralized electronic system to be set up by the EU Commission (Art. 8).[73]

Furthermore, there is since 1993 – but recast in 2014 – a EU Directive "on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State"[74] which forms a complementary regime to those of the above Regulations.

As it was in the former instrument of 1993, the Directive's purpose is to secure the return to the Member States' territory of cultural objects that have been removed from their domain in breach of national or EU law. It does so by setting up a system of extra-territorial enforcement of national protection measures between Member States based on an action for return of the cultural object that can be promoted by states only. The Directive does not aim to change national laws on movable property (in accordance with the prohibition under Article 345 of the TFEU as mentioned above). The need for a revision of the first directive was based on the scarce impact it had due to a series of drawbacks of the rules pertaining to the action for return, among which the very short limitation period to bring the action, which was established in one year only after the requesting Member State becomes aware of the location of the object and of the identity of its possessor/holder (Article 7).

In the new Directive, the objective scope application has been extended with respect to the previous 1993 Directive, to cover all cultural objects identified as "national trea-

[71] The general prohibition rule will apply from 28 December 2020 (Art. 16.2 lit. (a)).

[72] Exempted from these formalities (licence or importer statement) are cultural goods temporarily imported by educational, scientific or research institutions or by museums for the purpose of conservation and/or exhibition; cultural goods which have not been created or discovered in the EU customs territory, but which have been exported as EU goods, if they are returned; cultural goods at imminent risk of destruction which are sent by a foreign public authority to an EU country's public authority for safekeeping; cultural goods which are temporarily imported to be offered for sale at art trade fairs, for which an import licence would normally be required, can instead be placed under the temporary admission procedure with only an importer statement. However, if these cultural goods are sold and will remain in the EU after the art fair, an import licence will have to be obtained for them (Art. 3, paras 4-8).

[73] The obligation to obtain an import licence or submit an importer statement will become applicable when the centralized electronic system for the storage and the exchange of information between EU authorities becomes operational, or from 28 June 2025 at the latest (Art. 8.2).

[74] EU Directive 1993/7/EEC, OJ L 74, 27.3.1993, p. 74, modified by Directive 2001/38/EEC, has been recast by EU Directive 2014/60/EU of 15 May 2014, OJ L 159, 28.5.2014, p. 1–10.

sures possessing artistic, historic or archaeological value" under national legislation (Article 1). Here, again, the style of the definitions changes with respect to previous Directive and the above Regulations, since there is no reference, now, to any Annex to the Directive, but to the "national treasures" as defined by Member States – a feature which makes the scope of application of the Directive variable from one Member State to another. The central authorities must cooperate and promote consultation by means of an elecronic system called Internal Market information System (IMI) in order, for instance, to seek a specified cultural object unlawfully removed and the identity of its possessor, to notify the discovery of a cultural object, to enable to check the cultural object, and to act as an intermediary with regards to its return (Article 5). The return proceedings should be brought – now – no later than three years after the time when the central authority of the requesting EU country became aware of the location of the object and of the identity of its possessor (Article 8).[75] The person acquiring the object will be entitled to compensation provided that he or she can prove that they exercised due care and attention in acquiring the object with respect to whether the cultural object was lawfully removed from the territory of the requesting Member State (Article 10.1). Some non-exhaustive criteria are established for interpreting the concept of the due care and attention exercised by the possessor in acquiring the object (Article 10.2). These criteria are based on those set out in Articles 4(4) and 6(2) of the UNIDROIT Convention of 1995, this cross-fertilization case between international and EU law being one of the major laudable results of the recast Directive, that has aligned the EU rules on return actions to those of the UNIDROIT Convention.[76] There is still no impact assessmet of the operative results of this new Directive.

The extreme articulation of EU law on cultrual objects underlines the fragmentation of the above instruments – that do not exacly cover the same objects – and call to address the issue of the degree of coordination among, on the one side, the various EU instruments among themselves and, on the other side, the EU instruments *vis-à-vis* the other international law layers.

5. THE INTERACTIONS BETWEEN THE HARD-LAW SUPRA-NATIONAL LAYERS

Several vertical and horizontal relationships can be identified in the interactions between the various levels of regulation of the law of trade in cultural objects.[77]

At the vertical level, the interaction between national and supranational regimes requires the modification of national laws by the supranational layer of rules. This is done either automatically, as is the case for EU law that has direct effect, or indirectly, *e.g.* by means of ratification of international conventions.

The relationship between national legal systems and the UNESCO 1970 Convention has been difficult. This is due partly to the lack of detailed rules facilitating the transposition of the international law instrument into national law and partly to the absence of control mechanisms (*e.g.*, of sanctions) within the international rules.[78] One can detect the same difficulties at the regional level, in the interaction between national legal or-

[75] In previous Directive 1993/7/EEC the limitation period was shorter, only one year (Art. 7).

[76] On his new Directive and on its implementation into the EU Member States see the Special Issue of the *Santander Art & Culture Law Review*, 2/2016, guest editors A. JAKUBOWSKI, K. HAUSLER, F. FIORENTINI, A. JAGIELSKA-BURDUK.

[77] E. D'ALTERIO, *Il commercio*, in L. Casini (cur.), *La globalizzazione dei beni culturali*, 98 ff.

[78] I.A. STAMATOUDI, *Cultural Property Law and Restitution*, 53 f.

ders and the EU regime. The different definitions contained in the EU legal instruments, as well as their different scopes of application demonstrate that the EU regime is somewhat fragmented. Moreover, EU law relies on the national laws of the Member States, to which it continuously needs to refer in order to complete the definition of cultural objects, or to identify export controls, the breach of which calls for the application of the Directive. It may be concluded therefore, that the EU regional regime does not achieve uniformity. Rather it creates a complex interrelation between the two level of regulations that in large part remain distinct one from the other.

Remaining on the topic of vertical interactions, it is important to note that the relationship between EU law and international law is also problematic. For instance, Article 13(3) of the UNIDROIT Convention states that "in their relations with each other, Contracting states which are Members of organizations of economic integration or regional bodies may declare that they will apply the internal rules of these organizations or bodies and will not therefore apply as between these states the provisions of this Convention the scope of application of which coincides with that of those rules". This rule seeks to ensure that there is coordination between the different regimes of regional or supranational organizations, such as EU legislation and other international conventions. It should be noted that before the recast Directive 2014/60/EU there were high problems of coordination between the UNIDROIT convention and Directive 1993/7/EEC due to the fact that many states parties to the Convention are also Member States of the EU. While both instruments contain(ed) provisions on the return of cultural objects illicitly exported/unlawfully removed from one state to another, these provisions were different in many crucial technical respects. For instance, in the scope of application, broader under the UNIDROT Convention,[79] with respect to the subject that can bring action for return (only a Member state in the regime of the Directive, whereas under the UNIDROIT Convention, if goods are stolen, even private persons can claim return of the objects);[80] with respect to the limitation period for the return action (only one year under the old directive, three years under the UNIDROIT Convention). These differences explain why it was argued that the possibility of obtaining return under the UNIDROIT Convention was easier than under the EU Directive, [81] which – however – remained almost unapplied. The new 2014 Directive certainly reduces – but does not eliminate – the differences with the UNIDROIT Convention, for instance because the definition of "cultural objects" still differs in the two instruments as well as the subjects legitimized to bring action for return.[82]

Similar phenomena arise at the horizontal level,[83] as it is shown by the relationship between the UNESCO and the WTO system. Under the UNESCO regime, the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions of 2005[84] (also known as the Convention on Cultural Diversity), is of particular interest. To date

[79] *See* above paragraph no. 4.1. On the broad scope of the UNIDROIT Convention, even in comparison with that of the UNESCO Convention of 1970, *see* I.A. STAMATOUDI, *Cultural Property Law and Restitution*, 72-76.

[80] *Explanatory Report on the UNIDROIT Convention on Stolen or illegally Exported Cultural Objects*, *Unif. L. Rev.* 476 ff., 506 (2001/3), also available at: http://www.unidroit.org/english/conventions/1995culturalproperty/main.htm. *See* also above paragraph no. 4.1.

[81] *Study on preventing and fighting illicit trafficking in cultural goods in the European Union*, quoted above, fn. 44, at 58; I.A. STAMATOUDI, *Cultural Property Law and Restitution*, 156 f.

[82] Member States only under the Directive, also private individuals in case of stolen goods under the UNIDROIT Convention. See also above paras. 4 and 4.1.

[83] E. D'ALTERIO, *Il commercio*, 100 f.

[84] Text available at: https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/passeport-convention2005-web2.pdf.

148 countries are states parties[85] and the Convention is widely regarded as an effective response to economic globalization and to the emergence of enforceable multilateral trade rules through the WTO. For those advocating the "cultural exception" doctrine, the Convention is viewed as a success. Some are of the view[86] that the Convention could help enlarge the scope of protection of cultural diversity within the WTO system. In this perspective, the UNESCO Convention on Cultural Diversity could be used to help interpret what is meant by the term "cultural exception" to the general principle of free tradability of cultural goods within the WTO rules (Article XX lit. f) GATT). However, coordinating this Convention with the WTO agreements is a difficult task. While Article 20 of the Convention states that relationships with other international law instruments should be based on the principles of "mutual supportiveness, complementarity and non-subordination", there would appear to be a clear technical separation between the UNESCO and the GATT instruments. This is particularly clear with regard to enforcement. For example, it is not possible for UNESCO provisions to be enforced by the WTO Dispute Settlement Body.[87] As such, the relationship between these UNESCO and WTO regimes may be better described in terms of conflict rather than cooperation. This is also illustrative of the so-called "self-contained" nature of global regimes[88] emerging here in the field of the law of trade in cultural objects.

6. THE SOFT-LAW LAYER AND THE DEVELOPMENT OF A PUBLIC GLOBAL INTEREST

The number of 'soft-law' rules issued by non-state regulators is another striking feature regarding the sources of law for the global trade of cultural objects. It is interesting to view this phenomenon through the lens of comparative law. "Mute law"[89], *i.e.* informal law, has always been, and still is, an effective way to shape legal relationships among individuals and communities, in both western and non-western legal traditions.[90] A comparative law approach helps detect this 'unofficial' legal layer and analyze it distinctly from other branches of 'hard' law.[91] In the area of cultural heritage law, and particularly in the law of trade in cultural objects, this means examining the unofficial rules produced by the global regulators, that is, essentially, the rules produced by international professional organizations. These organizations, that can be private or mixed (private-public) entities, act both as rule-makers and addressees of these rules, by issuing codes of conduct for professionals in the global art market.[92]

---

[85] *See* the alphabetical order of the states parties at: https://pax.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=E&order=alpha.

[86] E. D'ALTERIO, *Il commercio*, 100.

[87] M. BURRI, *Cultural Diversity as a Concept of Global Law: Origins, Evolution and Prospects*, 1064 ff. *See*, J.C. HARTIGAN (ed), *Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO. An Interdisciplinary Assessment*, Bingley, 2009.

[88] A. LINDROSS, M. MEHLING, *Dispelling the Chimera of Self-Contained Regimes. International Law and the WTO*, 16/5 *Eur. J. Int'l L.*, 857 ff. (2006).

[89] R. SACCO, *Mute Law*, 43 *Am.J.Comp.L.* 455 ff. (1995); R. Cotterrell, *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Aldershot, 2006.

[90] M. BUSSANI, *A Pluralist Approach to Mixed Jurisdictions*, in 6 *Journal of Comp. L.*, 161 ff. (2011).

[91] For some examples of how unofficial rules shape global financial law, and the law of international trade, *see* M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, respectively at p. 26 f.; 72 ff., 94 ff. *See* also the essays gathered in H. VAN SCHOOTEN, J. VERSCHUUREN (eds), *Governance and Law. State Regulation and Non-state Law*, Cheltenham-Northampton, 2008 and the seminal study of S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 228 *Am. Sociol. Rev.* 55 ff. (1963).

Despite the different origins and contents of these codes, they share some common features. First, their 'soft' character does not mean that they are ineffective. On the contrary, professional rules of conduct may provide sanctions against members who do not comply with them, such as the dismissal from the association and the ensuing loss of reputation. Moreover, compliance with best practices can result in advantages, *e.g.* in case of claims for return of cultural property under the 1995 UNIDROIT Convention and – now – under the 2014/60/EU Directive. The buyer who acquires a cultural object from a dealer complying with the CINOA-UNESCO International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property (1999-2000) will most probably be considered a bona fide purchaser and, as such, will be entitled to compensation.[93] Second, informal law is not deemed (nor suited) to regulate general interests, because it comes from professional groups.[94] Yet, if it is certainly true that soft-law is not neutral *vis-à-vis* the interests represented by the given professional groups, it is also true that it nevertheless seeks to conciliate these particular interests with public expectations focusing on fairness and transparency. This is why the various sources of soft-law tend to share core ideas linked to the need for transparency and fairness in the art market, such as "acting with due diligence" and "preventing trade in illicit or stolen cultural property". Such principles enjoy worldwide acceptance.[95] Third, soft-law codes refer to international law conventions and their hard-law provisions when regulating important matters, such as the trade of arts, the duty to cooperate with the state of origin of the traded artwork, the duty to comply with national and international rules on cultural property protection, etc. By incorporating international law provisions, soft-law rules are capable of playing a very important role in supplementing international instruments.[96] For instance, codes of conduct are often applied in negotiations to settle restitution disputes between museums, and in alternative dispute resolution mechanisms where neither international conventions, nor EU law, can apply. In these contexts, codes of conduct can on the one hand ensure (at least a certain degree of) uniformity of core principles in dealing with cultural property disputes,[97] and, on the

[92] It must be recalled that codes of conduct have been primarily fostered by the UNESCO Convention 1970, Article 5 lit. e). It has been noted that this provision seems to legitimize the imposition of codes of conduct even by state entities: G. MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo*, 40.

Among the many codes of ethics and best practices in the global trade of cultural property, the following are worth mentioning: the Guidelines on Loans of Antiquities and Ancient Art of 2006, issued by the Association of Art Museum Directors (AAMD); the Code of Ethics for Museums by the International Council of Museums (ICOM) issued in 1986 and revised in 2004; the International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property of 2000 by the Confédération internationale des négociants en oeuvres d'art (CINOA); the Codes prepared by the American Alliance of Museums (AAM, former American Association of Museums); the EAA Code of Practice (1997), the EAA Principles of Conduct for Contract Archeology (1998) and the Code of Practice for Fieldwork Training (2004), all by the European Association of Archeologists, and the Code of Ethics adopted in 1996 by the International Council on Archives.

[93] I.A. STAMATOUDI, *Cultural Property Law and Restitution*, 161 and 168. Yet, an empirical research by S.R.M. McKenzie, published in *Going, Going, Gone: Regulating the Market in Illicit Antiquities*, London, 2005, 106 and *passim* showed that from the interview of a sample of dealers, it could be inferred that codes of ethics are not respected.

[94] M. FRIGO, *Ethical Rules and Codes of Honour Related to Museum Activities: A Complementary Support to the Private International Law Approach Concerning the Circulation of Cultural Property*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (eds), *Liber Fausto Pocar – New Instruments of Private International Law*, Milano, 2009, 371 ff., at 389.

[95] I.A. STAMATOUDi, *Cultural Property Law and Restitution*, 161.

[96] M. FRIGO, *Ethical Rules and Codes of Honour Related to Museum Activities: A Complementary Support to the Private International Law Approach Concerning the Circulation of Cultural Property*, 371 ff.; P.J. O'KEEFE, *Codes of Ethics: Forms and Functions in Cultural Heritage*, 7 *Int'l J. Cult. Prop.* 147 ff. (1998).

[97] I.A. STAMATOUDI, *Cultural Property Law and Restitution*, 187.

other hand permit the arbitrators and/or mediators to take into account certain factual elements and to give weight to soft-law rules in a manner that ordinary judges would not be able to do.[98]

Comparative administrative law scholarship has well pointed out that, in general, soft-law contributions to the field of global trade in cultural objects respond at the international level to the same needs that, at the domestic level, are addressed by principles of public/administrative law (such as fairness, transparency, participation, the right to reasons). To this extent, soft law may be said to express a "global public interest" which could serve as a reference point for tomorrow's policy choices in this sector.[99] In fact, "globalization means that the international civil society articulates its interests independently from those of states and nations. It has become a worldwide concern that states do not sufficiently account for mankind's interests independently from states or national interests".[100] Soft-law acts as the guardian of the global public interest in art trade insofar as it can be framed in terms of (i) public access to artworks and (ii) free movements of cultural objects for international exhibitions. These aspects will be now examined.

7. "SOFT" FORMS OF CIRCULATION OF CULTURAL OBJECTS: ART LOANS

In the global art industry, there is an increasing number of alternative methods for the circulation of cultural objects. These new methods can be called 'alternative' because they do not rely on traditional trade based on the transfer of title with the well-known related legal problems.[101] Rather they by-pass the title-related technicalities by focusing more on possession rather than title.[102] I am are referring to the growing trend in which museums prefer to use art loans and exchanges instead of acquiring (or claiming back ownership and/or possession of) artworks.[103]

[98] Yet, recourse to ADR in cultural property disputes is not very frequent, despite its endorsement by the International Law Association and the Permanent Court of Arbitration. This is probably due to the tension between the parties in a restitution dispute, that can scarcely be reconciled with the friendly dispute settlement of ADRs; and to the weak endorsement of ADR mechanisms in international conventions on cultural property: G. MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo*, 42, with further references. It has been noted that usually recourse to courts takes place if the claim for restitution is crystal-clear in terms of facts and legal argument, and if there are private parties involved such that the influence of a state cannot be used for an out-of-court settlement: I.A. STAMATOUDI, *Cultural Property Law and Restitution*, 189. On ADR and cultural property *see* also E. VARNER, *Arbitrating Cultural Property Disputes*, 13 *Cardozo J. Conflict Resol.* 477 ff. (2012); N. BOHE, *Politics, Leverage and Beauty: Why the Courtroom is not the Best Option for Cultural Property Disputes*, 1 *Creighton Int'l & Comp. L.J.* 100 ff. (2011). For the need to develop tailored dispute resolutions techniques in the field of art law *see* A.L. BANDLE, S. THEURICH, *Alternative Dispute Resolution and Art Law – A New Research Project of the Geneva Art-Law Centre*, 6/1 *J. Int'l Comm. L. & Tech.* 28 ff. (2011).

[99] L. CASINI, *"Italian Hours": The globalization of cultural property law*, especially at pp. 391-393.

[100] E. JAYME, *Globalization in Art Law: Clash of Interests and International Tendencies*, 38 *Vand. J. Transnat'l L.* 927 (2005).

[101] The problem is acute especially in common law countries and in the federal U.S. system where property law falls within the states' competences: D. DEPORTER HOOVER, *Title Disputes in the Art Market: An Emerging Duty of Care for Art Merchants*, 51 *Geo. Wash. L. Rev.* 443 ff. (1983); J.A. KREDER, B. BAUER, *Protecting Property Rights and Unleashing Capital in Art*, *Utah L. Rev.* 881 ff. (2011), interestingly advocating creation of a U.S. federal registration system for documented works of art and antiquities, based on the Torrens registration system.

[102] M. CORNU, M.-A. RENOLD, *La mise en forme d'un intérêt commun dans la propriété culturelle: des solutions négociées aux noveaux modes possibles de propriété partagée*, in M.-A. RENOLD, A. CHECHI, A.L. BANDLE (eds), *Resolving Disputes in Cultural Property – La résolution des litiges en matière de biens culturelles*, Geneve-Zurich, 2012, 251 ff.

[103] *See* generally R.K. PATTERSON, *The "Caring and Sharing" Alternative: Recent Progress in the International Law Association to Develop Draft Cultural Material Principles*, 12 *Int'l J. Cultural Prop.* 62 (2005).

As a preliminary consideration, it is important to underline that the term "loan" is not herein used in a legal or technical sense. Rather it refers to a variety of schemes through which the temporary disposition of cultural objects is provided for exhibitions or research purposes and not for sale.[104] What deserves attention to our purposes is that there is no hard-law regulating this phenomenon in a standardized way at the international or the European level.

The UNIDROIT Convention of 1970 does not address the problem of art loans and exchanges. Existing bilateral agreements between states vary in their content,[105] making it difficult to devise a generalized international regulatory model. This is why the development of art loans is mainly based on the *ad hoc* practices of the institutions involved in this area. These practices have only recently been acknowledged by leading global regulators in general documents and are themselves akin to soft-law rules. Similar to the ethics codes, their effectiveness will depend on the degree of acceptance they enjoy from their addressees, as well as the threat of moral sanctions, like the loss of reputation and the consequent expulsion from the relevant market (circumstances that, of course, have also economic consequences).[106]

At the international level, the main soft-law 'code' dealing with art loans is the General Principles on the Administration of Loans and Exchange of Work of Arts between Institutions, also known as the London Principles, issued in 1995 and revised in 2002.[107] These principles have been prepared and accepted by the Réunion des musées nationaux, an international group of organizers of large-scale exhibitions consisting of European, North American and other institutions. The Cultural Heritage Law Committee of the International Law Association has also produced the Principles for Cooperation in the Mutual Protection and Transfer of Cultural Material in 2006.[108]

At the EU level, it is particularly interesting to note the development of a coherent policy towards achieving soft-law regional standardization for art loans. The legal basis for this policy is Article 167 of the TFEU. As mentioned above (no. 4.1), Article 167 of the TFEU states that "The Union shall contribute to the flowering of the cultures of the

---

[104] *See* V.K. REEVES, *International Transactions in the Art Market*, in R.S. Kaufman (ed), *Art Law Handbook*, N.Y., 2000, 461. N. Palmer, *Adrift of a Sea of Troubles: Cross-Border Art Loans and the Specter of Ulterior Title*, 38 *Vand. J. Transnt'l L.* 947 ff., 953 (2005).

[105] For example, the U.S. and Italy Memorandum of Understanding of 19.1.2001, imposing import restrictions on pre-Classical, Classical, and Imperial Roman archaeological material from Italy. The MoU was amended and extended for a five year period on 1.1.2006 and then amended and extended for an additional five-year period on 1.1.2011. In Article II lit. G, it provides for incentives use art loans for lending from Italy to U.S. museums. *See* http://eca.state.gov/files/bureau/it2001mou.pdf. Often these bilateral agreements are adopted as an alternative means of dispute resolution to determine ownership of artworks. They are normally used when states claim back artworks detained by foreign museums and the agreement provides for recognition of the claimant state's ownership but obliges the state to lend the object to the detaining museum for a certain period of time. On this practice *see*: J.S. WOLKOFF, *Transcending Cultural Nationalist and Internationalist Tendencies: The Case for Mutually Beneficial Repatriation Agreements*, 11 *Cardozo J. Conflict Resol.* 709 ff. (2010); A. MACKINTOSH RITCHIE, *Victorious Youth in Peril: Analyzing Arguments Used in Cultural Property Dispute to Resolve the Case of the Getty Bronze*, 9 *Pepp. Disp. Resol. L.J.* 325 ff. (2009); *see* also A.K. BRIGGS, *Consequences of the Met-Italy Accord for the International Restitution of Cultural Property*, 7 *Chi. J. Int'l L.* 623 ff. (2007) for the agreement signed in February 2006 on the Euphronios Krater.

[106] I. CHIAVARELLI, *Il prestito e lo "scambio"*, in L. CASINI (ed), *La globalizzazione dei beni culturali*, 113 ff.

[107] Available at: http://www.lending-for-europe.eu/fileadmin/CM/public/documents/policy/Lending_to_Europe.pdf. In North America, the *Guidelines* on Loans of Antiquities and Ancient Art issued by the Association of Art Museum Directors in 2006 are also relevant, available at: http://www.aamd.org/papers/documents/Loans_and_PressRelease.pdf.

[108] They are published in 13 Int'l J. Cult. Prop (2006), 409 ff.; J.A.R. NAFZIGER, *The Principles for Cooperation in the Mutual Protection and Transfer of Cultural Material*, 8/1 *Chi. J. Int'l L.* 147 ff. (2007).

Member States, while respecting their national and regional diversity and at the same time bringing the common cultural heritage to the fore". It lists a series of actions and measures that the Union must undertake for this purpose, excluding, however, harmonization of national laws. On the basis of this Article, the EU Commission regularly issues policy documents on the Cultural Policy of the EU.[109] According to these documents, the Commission has adopted the pluriannual EU's Culture Programmes.[110] In this framework, the issue of the mobility of art collections has always been crucial for the EU Institutions.[111] The Action Plan for the EU Promotion of Museum Collections' Mobility and Loan Standards of 2006[112] sought to facilitate access to Europe's cultural heritage, to make it available for all citizens and to find new ways to improve cooperation, trust and good practices for lending between museums. In 2010 the EU has set up a EU Member States' Experts Group within the Open Method of Coordination which has issued a Report in 2012 on the ways to increase art borrowing in the EU.[113] Digitalization of collections and data banks,[114] together with the networking activities carried out at European level by national and EU institutions, and more generally by private working groups and professional organizations, help spread the practice of art loans worldwide.

However, a few barriers still exist. They stem from differences between national laws. First, national laws on insurance often differ. An art loan arrangement will usually include an insurance policy for the items which normally represents about 20% of the exhibition costs. Self-insurance or non-insurance agreements are only permitted in a small number of states. Self-insurance agreements operate between entities financed by the same source, *e.g.* between public museums, and exclude payment of insurance for reciprocal loans (counter-loans) of artworks. Non-insurance agreements have the same content, but operate between subjects financed by different sources, *e.g.* a public and a private museum. Sometimes a state indemnity is available, but usually the indemnity does not cover the entire value of the loaned items and, therefore, private insurance is still needed.[115] Moreover, even aside from the cost issue, the problem with insurance also lies in the vast array of schemes available throughout Europe. Often some institutions refuse to enter into a loan because they are unwilling to accept the insurance sche-

[109] E.g., "European Agenda for Culture in a Globalizing World", Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM/2007/242 final, of 10.5.2007 and the "New European Agenda for Culture", Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM/2018/267final, of 22.5.2018.

[110] A. JAGIELSKA-BURDUK, *Cultural Heritage, Education and Research in the European Union*, in A. JAKUBOWSKI, K. HAUSLER, F. FIORENTINI (eds.), Cultural Heritage in the European Union, cit., 241 ff. The last announced is the Creative Europe Programme 2021-2027, see EU Parliament Briefing of August 2020, available at: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/628229/EPRS_BRI(2018)628229_EN.pdf?fbclid=IwAR0Ipdm1E96ho8lkiWOj3rQiFpY3DPi3KZyN9I6Mb-nN8TROVdkc-tU4hiI.

[111] A survey of this topic is in N. VAN WOUNDENBERG, *Enhancing the Mobility of Collections in the European Union*, in A. JAKUBOWSKI, K. HAUSLER, F. FIORENTINI (eds.), Cultural Heritage in the European Union, cit., 213 ff.

[112] Available at: http://www.ne-mo.org/fileadmin/Dateien/public/topics/Collection_Mobility/Members/Action_Plan_for_the_EU_Promotion.pdf. It contributes to the implementation of Council Resolution Nr 13839/04 which established mobility (works of art, art collections and exhibitions) as one of five priorities in the Work Plan for Culture 2005-2006.

[113] OMC, *Report on the Practical Ways to Reduce the Cost of Lending and Borrowing of Cultural Objects Among the Member States of the European Union*, available at: https://kultur.creative-europe-desk.de/fileadmin/user_upload/OMK_Mobility_of_Collections__09_2012_.pdf

[114] Which is among the priorities of the Cultural Agenda for the years to come. In 2019 27 EU Member states have signed the Declaration of Cooperation on Advancing Digitization of Cultural Heritage, available at: https://ec.europa.eu/digital-single-market/events/cf/digital-day-2019/item-display.cfm?id=23434.

[115] See the outcomes of the 2012 Report quoted above, fn. 113.

me offered by the foreign institution.[116] In light of the above, it would seem that a good case can be made for the standardization of insurance schemes in Europe and, more in general internationally, so as to strengthen the art loan industry.

Second, the cross-border lending of art increases access to, and information on the existence and location of the loaned items, and this consequently increases the risk of litigation. Art loans are destabilized by third party claims that seek to dispossess the borrower by asserting an overriding title or right of possession for the claimant.[117] This happens when the claimant relies on a former theft of the item and asserts that the subsequent purchase contract does not extinguish her/his right; or when the claimant is the victim of prosecution, but his dispossession – though morally condemnable – cannot be defined as theft in legal terms; or when states are claimants relying on state ownership of undiscovered antiquities.[118] These situations fully demonstrate the so-called cultural property paradox, that is the intrinsic tension existing between those who are of the view that cultural objects should be regarded as 'property' and those who argue that cultural objects should be regarded as 'culture'.[119]

Some measures may be taken in order to avoid the problems created by these two conflicting points of view. The first could be to make it easier for the borrower to search the title of a particular item. This could be achieved by the aforementioned standardized insurance schemes. Even more effective, although more difficult to implement, could be the design of a digitalized registration system of art works and antiquities, an idea that has been proposed by academics from the U.S.[120] The second measure could be to introduce generalized anti-seizure laws. This could be done on the basis of reciprocity between states. Indeed, anti-seizure legislation in the country of the borrower is a protection which is in the interest of both parties, because it makes the loaned artworks immune from any dispossession actions for the time of duration of the exhibition.[121]

8. THE OPERATIONAL LAYER: THE INFRASTRUCTURE FOR THE GLOBAL TRADE OF CULTURAL OBJECTS

As well as contributing to the development of soft-law, international organizations have also created an operational structure which has proved indispensable for the effective application of both global hard-law and informal law. UNESCO and its main partner, the International Council of Museums (ICOM), have been at the forefront of this activity, as have the International Centre for the Study of the Preservation and Restoration of Cultural Property (ICCROM), the International Council of Monuments and Sites (ICOMS), INTERPOL (and EUROPOL within the EU),[122] and also the World Custom

[116] I. CHIAVARELLI, *Il prestito e lo "scambio"*, 134-136.

[117] It might be useful to remember that insurance can also cover the legal risk related to art loans, but this of course increases its cost.

[118] N. PALMER, *Adrift of a Sea of Troubles: Cross-Border Art Loans and the Specter of Ulterior Title*, 947 ff.

[119] N. MEZEY, *The Paradoxes of Cultural Property*, 107 *Colum. L. Rev.* 2004 ff. (2007).

[120] J.A. KREDER, B. BAUER, *Protecting Property Rights and Unleashing Capital in Art*, *Utah L. Rev.* 881 ff. (2011).

[121] The immunity conferred to by anti-seizures laws may have different meanings. It can be construed as immunity from any lawsuit involving the given item; or as immunity from any action to seize it; or as immunity of the lender from any action related to title to the artwork or, finally, as a guarantee of return. For a detailed world overview on this topic, *see* N. VAN WOUDENBERG, *State Immunity and Cultural Objects on Loan*, Leiden, 2012, and also R. PAVONI, *Sovereign Immunity and Enforcement of International cultural Property Law*, EUI Working Paper 2012/30, available at: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/24554/LAW_2012_30_Pavoni.pdf.

Organization (WCO).[123] These organizations have set up administrative bodies and funds[124] to promote greater cooperation among states and to facilitate international agreements and conventions. They have developed expertise and practical initiatives that are essential to the issue of restitution of cultural property, such as legal databases,[125] registers of stolen cultural objects[126] and identification systems for cultural objects.[127] Furthermore, international organizations have promoted educational initiatives that have enhanced public awareness on cultural property trade and restitution.[128]

This progress could not have been possible without digitization. It has made the mapping out of cultural objects easier and has facilitated at least in terms of cost reduction, international cooperation among national and supranational organizations and agencies. Yet, there are many factors which still impede the smooth functioning of the international network that protects cultural property and combats trafficking. These obstacles lie in coordination difficulties. Variety across national legal regimes results in the unequal treatment of cultural objects. The traceability of cultural objects is still hindered by a lack of coordination between national and supranational registers, inventories and classification systems. The different kinds of items covered by the notion of cultural heritage produces discontinuity in the degree of risk to which those objects are exposed. Political factors also affect the level of protection over cultural objects because wars and economic crises inevitably weaken the resources available to protect art and heritage. Therefore, in order to better protect cultural heritage, we need stronger transnational coordination at the political, institutional and operational levels so as to avoid overlap and resource waste.[129]

---

[122] Europol is the EU law enforcement agency facilitating the exchange of criminal intelligence between police, customs and security services: https://www.europol.europa.eu/.

[123] In 2005, the WCO and UNESCO signed a Memorandum of Understanding and have jointly developed a UNESCO-WCO Model Export Certificate for Cultural Objects: http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=27288&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

[124] The UNESCO Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Country of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation in 1999 has set up a fund for supporting Member States in their efforts to pursue the return or restitution of cultural property: http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=36346&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

[125] The Cultural Heritage Laws Database was set up by UNESCO in 2003 as a means of fighting illicit trafficking in cultural property: https://en.unesco.org/news/unesco-database-national-cultural-heritage-laws-updated.

[126] For example, the INTERPOL database on stolen works of art, set up in 1947, is accessible not only to law enforcement agencies but also to members of the public who have been provided with specific access rights while a certain set of data are available to the general public. See https://www.interpol.int/Crimes/Cultural-heritage-crime/Stolen-Works-of-Art-Database. Another database is the Art Loss Register, a private database of stolen art and antiques set up in 1991 by a partnership between auction houses, trade associations, the insurance industry and the International Foundation of Art Research. See https://www.artloss.com/. There is also the ICOM Red List that classifies the endangered categories of archaeological objects or works of art in the most vulnerable areas of the world, in order to prevent them being sold or illegally exported: https://icom.museum/en/resources/red-lists/.

[127] The Object ID is the international standard for describing cultural objects, in order to facilitate their identification in case of theft. It has been developed by the Getty Information Institute and is promoted by FBI, Scotland Yard, Interpol, UNESCO, museums, cultural heritage organizations, art trade and art appraisal organizations and insurance companies: https://www.interpol.int/Crimes/Cultural-heritage-crime/Object-ID.

[128] Further details in I.A. STAMATOUDI, *Cultural Property Law and Restitution*, 178 ff.

[129] This is a view also expressed at the European level by the Centre d'Etudes sur la Coopération Juridique Internationale in their *Study on preventing and fighting illicit trafficking in cultural goods in the European Union*, quoted above, fn. 44, at 167 ff.

9. CONCLUDING REMARKS: SEWING UP LAYERS WITH CRIPTOTYPES IN THE LAW OF TRADE OF CULTURAL OBJECTS

This overview allows to sum up some comparative observations on the structure of the sources of cultural heritage law with regard to the specific sector of the law of trade in cultural objects. One may do so by identifying a series of paradigms of development or – using the words familiar to comparative law – layers of regulation and a few crptotypes laying behind those layers.

a. *(a) Cryptotypes*. – The rise in global regimes was caused by the need to combat illicit trade in "cultural property" that violates fundamental individual, public and collective interests, such as basic property rights, human rights and the principle of state sovereignty, both in wartime and in peace time. This need has significantly expanded with globalization[130] and the fall of the cold war geopolitical stability. This factor shows immediately that the link between Law and Heritage is Politics (or the realization of a series of political objectives). This political element is the cunning cryptotype flowing below many differences – or similarities – in the formal legal regimes for cultural objects. Pursuing geopolitical frameworks of peace and stability has been the operative reason for the growing functional use of Cultural Heritage by international law.

(b) The public international law layer. – Taking a chronological approach, one can see that these problems were first addressed by public international law instruments, such as international/regional treaties and conventions. The primary aim of these instruments has been to ensure mutual recognition of national barriers to the art market, be they barriers created by nationalization laws or as a result of export controls.[131] Yet, it has soon become apparent that public international law does not provide a complete solution. As noted above, this is due to the fact that international regimes are usually fragmented,[132] and that their relationship (*e.g.* between the UNESCO and the WTO systems) is often one of conflict and not one of coordination, as it is demonstrated by the different definitions of cultural objects and by the lack of appropriate enforcement mechanisms.[133] One may consider this first stage as the "traditional public international law layer".

(c) The mixed public and private international law layer. – This layer was subsequently integrated by the 1995 UNIDROIT Convention which was drafted in collaboration with UNESCO. It sought to counterbalance some of the shortcomings of the UNESCO Convention by addressing private international law issues. I have noted above

[130] *See* above, paragraph no. 1.

[131] *See* above, paragraphs. nos. 4 and 4.1.

[132] *See* M. KOSKENNIEMI, *Global Legal Pluralism: multiple regimes and multiple mode of thought*, quoted above fn. 38 and International Law Commission (M. Koskenniemi, Chair), *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law*, 4.4.2006, UN Doc. A/CN.4/ L.682, 1-256.

[133] *See* above paragraph no. 5.

that these two instruments are complementary of each other and form almost a single regime for addressing illicit international trade in cultural objects. Despite a number of drawbacks,[134] the cooperation between the UNESCO and the UNIDROIT regimes has made remarkable achievements in the art industry. These achievements can be assessed in three ways. First, at the level of hard-law, this cooperation has contributed towards more interdependence between public and private international law which seems to be the only effective way to tackle global issues in cultural heritage law. Second, the partnership between these two organizations has prompted a 'moralization' of the art industry through dissuasion and deterrence.[135] In order to avoid complex and expensive litigation, dealers and purchasers who are presented with evidence that a cultural object does not have good provenance do not wait for litigation to commence, but come to an agreement to return, or to compensate a purchaser who returns the object.[136] Third, national case law has begun to demonstrate that the principles enshrined in the Conventions are influencing judicial approaches to restitution issues *e.g.* the English *Bakarat* case of 2007.[137] These developments have led to another layer of regulation *i.e.* the "mixed public and private international law layer".

(d) The soft law layer. – Then, another change of paradigm occurred: the art industry moved from an international hard-law framework, essentially based on the 1970 UNESCO Convention and the 1995 UNIDROIT Convention, to a global one, composed of guidelines, policies and other so-called soft-law mechanisms created and enforced by a variety of non-state actors. Some call this the "narrative layer",[138] but one can call it the soft law layer. This shift shows that traditional international hard-law instruments – alone – are not sufficient to address the problems facing global trade in cultural objects. This is something that was envisaged already in the UNESCO Convention, *e.g.* when it invokes cooperation between states under Article 13(b), including the stipulation of bilateral agreements (Article 15). The Convention also foresees that states parties may call on the technical assistance of UNESCO (Article 17(1)) which, in turn, may call on the cooperation of nongovernmental organizations (Article 17(3)). The provisions demonstrate that already in 1970, UNESCO had established the architecture needed for a shift from the traditional international law framework to the global one, with the involvement of non-state actors as co-regulators, together with states. This apparatus has enormous potential to correct

[134] *See* above paragraph no. 4.

[135] *See* above paragraph no. 4.

[136] *See* above paragraph no. 4.

[137] *Government of the Islamic Republic of Iran v. The Bakarat Gallery Ltd* [2007] EWCA (Ethiopian Wildlife Conservation Authority) Civ 1374 (CA). *See* above paragraph no. 4.

[138] This wording is in part borrowed from L. CASINI, *"Italian Hours": The globalization of cultural property law*, at p. 393, who uses the expression "narrative norms" to refer to the same phenomenon, borrowing this expression in turn from E. JAYME, *Globalization in Art Law: Clash of Interests and International Tendencies*, 38 *Vand. J. Transnat'l L.* 927 ff. 943 (2005) and Id., *Die Washingtoner Erklärung über Nazi-Enteignungen von Kunstwerken der Holocaustopfer: Narrative Normen im Kunstrecht*, in *Museen im Zivilrecht – Anknupfungspolitik 1933-1945 – die eigene Geschichte – Provenienzforschung an deutschen Kunstmuseen im internationalen Vergleich*, Magdeburg, 2002, 247 ff. 251.

the deficiencies created by over-lapping supranational regimes.[139] It sews up the fragments of hard law regimes and replicates their values globally. As such, this has produced a new "global public interest", *i.e.* the interest in a *legal* trade of cultural property, which could serve as a point of reference for tomorrow's policy choices in this field.[140]

(e) The operational layer and the challenge of technology. – Beside soft-law, I have noted above that operational activities of state and non-state actors have led to what I have called the global infrastructure for the trade in cultural objects.[141] The bureaucratic/administrative apparatus combining states, public and private institutions and organizations, museums, auction houses, customs, police forces, etc. is needed to enforce cultural heritage law. A better transnational coordination of its components is vital to a successful protection of a *legal* trade in cultural objects. To improve coordination in the operational layer of cultural heritage law a meta-legal element is badly needed: technology. Applying technology to cultural heritage law is the meta-legal element from which the success of future challenges will depend on. Especially during the COVID-19 pandemic cultural policies worldwide have embraced programmes of digitization of cultural heritage.[142] The openness of comparative law to interdisciplinarity makes its tools particularly helpful in this process of uniting technology with cultural heritage. The fundamental distinction between declarations of principles, cryptotypes and operative results can help increasing awareness and transparency in the debate and elaboration of policy choices. In fact, digitization of cultural heritage is by no means a purely technical question, and by no means is – in a values perspective – directly connected with an increased access to cultural heritage and democratization. On the contrary, it implies political decisions on selecting what is to be digitized and what not. This decision may lead to the formation of new assets (e.g. virtual assets that can circulate in electronic environments only) and thereby to a different shaping of memories and identities. By this way, well-rooted concepts of cultural heritage law may change, like the concepts of conservation or study of cultural heritage, as well as well-settled legal tools to address the issues of trade in cultural objects, like the rules on transfer of artworks, ownership, and dispute resolutions. To address these future challenges lessons and caveat of comparative law

[139] *See* above, paragraphs nos. 6, 7, and 8.

[140] L. CASINI, *"Italian Hours": The globalization of cultural property law*, especially at pp. 391-393.

[141] *See* above paragraph no. 8.

[142] Digitization is among the priorities of the Cultural Agenda for the years to come (https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-cultural-heritage). In 2019, 27 EU Member States have signed the Declaration of Co-operation on Advancing Digitization of Cultural Heritage (available at: https://ec.europa.eu/digital-single-market/events/cf/digital-day-2019/item-display.cfm?id=23434). In the period June-September 2020 the EU Commission has launched a Consultation (available at: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/11837-Evaluation-of-the-Recommendation-on-digitisation-and-online-accessibility-of-cultural-material-and-digital-preservation/public-consultation) to evaluate a potential revision of Recommendation 2011/711/EU on the digitisation and online accessibility of cultural material and digital preservation, over the period 2020-2021. Among the strategical priorities 2019-2024, a document has been released on 12 August 2020 on Basic Principles and Tips for 3D Digitization of Cultural Heritage by the Expert Group on Digital Cultural Heritage and Europeana, the EU Digital Cultural Platform: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/basic-principles-and-tips-3d-digitisation-cultural-heritage.

are useful and claim for the emergence of a proper discipline: Comparative Cultural Heritage Law.

CULTURE, ARTS AND FUNDAMENTAL RIGHTS: EU DIGITAL SINGLE MARKET AND THE AUDIOVISUAL MEDIA SERVICES DIRECTIVE

Alessandra Silveira, Joana Covelo de Abreu, Tiago Sérgio Cabral[*]

Digitalization has been pivotal in defining the way European culture is spread. Nowadays, the Internet is one of the preferred means for making available and consuming cultural contents – both on a global context and, particularly, in the European Union. Therefore, under the Digital Single Market development, Directive 2018/1808/UE has been adopted and it aims at promoting a coordination of legislations concerning audiovisual media services in the several Member States of the European Union. In its domain, and among other measures applicable to traditional operators, it imposes objectives that are able to engage on-demand economic agents on i) making available European audiovisual contents (of, at least, 30%) and ii) promoting the European production of contents. However, a test is needed in the light of European fundamental rights standard – maxime, taking as referral the freedom of arts and the personal data protection – in order to understand if those goals are able to promote the European culture(s) in an era where making available audiovisual contents is branded by a transition of the TV screen to the flat screens of all sorts of electronic devices.

La digitalizzazione è stata fondamentale nel processo di diffusione della cultura europea. Al giorno d'oggi, Internet è infatti uno dei mezzi preferiti per rendere accessibili i contenuti culturali sia nel contesto globale sia nell'Unione europea. Cosí, nell'ambito dello sviluppo del Mercato Unico Digitale, è stata adottata la direttiva 2018/1808/UE che mira a promuovere un coordinamento delle legislazioni relative ai servizi di media audiovisivi nei diversi Stati membri dell'Unione Europea. In questo campo, e tra le altre misure applicabili agli operatori tradizionali, la Direttiva impone alcuni obiettivi che possono impegnare gli agenti economici on-demand su i) la messa a disposizione di contenuti audiovisivi europei (almeno il 30%) e ii) la promozione della produzione europea di contenuti. Tuttavia, alla luce dei diritti fondamentali europei - in particolare, prendendo come riferimento la libertà delle arti e la protezione dei dati personali - si impone la necessità di un controllo per capire se questi obiettivi siano in grado di promuovere davvero la cultura europea in un'epoca in cui la messa a disposizione di contenuti audiovisivi è segnata dalla transizione dallo schermo televisivo verso quello di molti altri tipi di dispositivi elettronici.

[*] Alessandra Silveira is Professor of EU Law at the Law School of the University of Minho and holds a Jean Monnet Chair in EU Law. Joana Covelo de Abreu is also a Professor of EU Law at the same institution and is the Coordinator of the Jean Monnet Module eUjust – "EU Procedure and credit's claims: approaching electronic solutions under e-Justice paradigm". Tiago Sérgio Cabral has a master's degree in EU Law (University of Minho) and is a member of the ICT Team at VdA – Vieira de Almeida & Associados law firm.

1. CULTURE, ARTS AND FUNDAMENTAL RIGHTS FACING TECHNOLOGICAL INCREMENTS

As explained by J. J. Gomes Canotilho and Vital Moreira, Professors of the Faculty of Law of the University of Coimbra, we stand before a cultural creation when an act, a conduct, or its result may be recognised as a possible form of human creation. The starting point for any cultural creation – intellectual, artistic or scientific – is always i) the dimension of human *creativity*, ii) set on the human *initiative* iii) capable of *shaping* different means of expression and of comprehension of the human and the material reality.[1]

In any way, the content of the "freedom of arts" protected by the Article 13 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) – i.e., the scope of protection of the rule at stake, what it protects and prohibits – imposes enormous challenges to the jurists, starting with the definition of the protected legal good, that it is not simplified by the range of the legislator's expression: the arts shall be free of constraint. Therefore, the freedom of the artistic creation, protected by Article 13 of the CFREU, has to be understood through a systematic interpretation (in the light of Member States' common constitutional traditions) and in an actualist sense (bearing in mind the impact digital dimensions are gaining in cultural fields). In this sense, this fundamental freedom would embrace i) the proper process of creation; ii) the work of art, as the objectification of the artistic creation; and iii) the dissemination, as the communication of the artistic creation's product, i.e., it would protect not only the artistic activity in itself (invention and production), but also the irradiation of the artistic product (dissemination).[2]

Furthermore, diversely than what happens with the European Convention on the Human Rights, the "freedom of arts" (set out in Article 13 CFREU) was separated from the "freedom of expression" (set out in Article 11 of CFREU). This reflects the relevance attributed by the European Union's legal order to the subjective right of artistic creation. In addition, the use of the plural "arts" integrates the affirmation of several arts, stressing the protection of any form of creativity. Not only the traditional arts, such as painting, sculpture, architecture, but also the more recent visual expressions that increase the concept of art – and therefore avoid the exclusion of new artistic developments. To the Union's legal order would not exist an Art but several arts.[3]

This is important because the borders between the creativity (the imaginary) of the artist, and the opinion (the reality) of the artist are not quite clear when the freedom of artistic creation is understood as a simple derivation of the freedom of expression/opinion. In fact, the freedom of artistic creation demands a reinforcement of protection compared to the freedom to express thoughts, especially concerning the prohibition of constraints and intrusions, because art does not comply with the imperatives of the rational communication. So, to express freely through art is more than just to express freely,

---

[1] J. J. GOMES CANOTILHO, V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4th edition, Coimbra, 2007, p. 620.

[2] On this issue, see A. SILVEIRA, J. COVELO DE ABREU, *Comentário ao Artigo 13.º - Liberdade das artes, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada,* Coimbra, 2013.

[3] G. DEMURO, *L'Europa dei diritti.*, in Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (eds.), Bologna, 2001, p. 117.

i.e., the artistic creation reappoints to a greater freedom than the one implicit on the general right of freedom to express thoughts.[4]

The range of the expression (*maxime* the plural arts) suggests that the CFREU protects every and any form of creativity – or any creative representation of impressions, experiences and facts that lead to contemplation. This includes the traditional arts but also the recent audiovisual expressions that can be integrated in the concept of art. Through the expression "freedom of arts", the European Union's legal order adopts an inclusive definition of art, seeking to integrate the new artistic developments because the fantasy and the eccentricity broaden the scope of artistic creation to non-orthodox forms.

So, the normative scope of cultural creation (mainly artistic), besides being open, is susceptible to profound transformations and innovations. The cultural creation of today, including digital expressions, shows the inter-penetration of concepts and expressions of artistic creation, oriented by novelty, creativity, evolution and change.[5]

Taking this into account, on May 2018, the European Commission launched the "New European Agenda for Culture"[6]. According to this Agenda, new technologies and digital communication are transforming societies, changing lifestyles, consumption patterns and power relationships. In this changing landscape, the role of culture is more important than ever.

The digitalization is the new form to understand the globalisation – and has shaped the markets and the expectations.[7] This impacts the way in which the European culture and its cultures are disseminated. The Internet has had a strong repercussion in the way the cultural contents are provided/available in the global world. Examples of this are the video-sharing platforms and the video-on-demand services. The dissemination of smart appliances as smartphones and tablets has introduced new cultural habits related to the audiovisual creation, allowing information and communication technologies (ICT) users to share their own cultural contents by *YouTube,* for instance.

The media landscape has changed dramatically in the last ten years, and global Internet video share (in consumer Internet traffic) has increased considerably. Instead of sitting in front of the family (cable) TV, millions of Europeans, especially young people, watch contents online, on demand and on different mobile devices.

So, in the context of the Digital Single Market strategy, the European Union adopted the Directive on the audiovisual media services[8], that included a new approach to online platforms disseminating audiovisual contents. As we know, Member States of the European Union are too zealous of their competences in the cultural field. That is why the action and the influence of the European Union in the cultural field has been developing through its competences on the internal market [Articles 4 (2) (a) and 2 (2) of the Treaty

[4] In this sense, J. J. GOMES CANOTILHO, V. MOREIRA, cit., p. 621.

[5] In this sense, see IDD., cit., p. 620.

[6] European Commission, Communication to the European Parliament, the European Council, the Council, the European and Social Committee and the Committee of the Regions – *A new European Agenda for Culture*, Brussels, 22.5.2018, COM (2018) 267 final.

[7] Digitalization is here understood as "the way in which many domains of social life are restructured around digital communication and media infrastructures or the way in which these media structure, shape, and influence the contemporary world". See C. PRINS ET AL. (ed.), *Digital democracy in a globalized world*, 2017.

[8] Directive (EU) 2018/1808 of the European Parliament and of the Council, of 14 November 2018, amending Directive 2010/13 (EU on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) in view of changing market realities.

on the Functioning of the European Union (TFUE)], in which the European market of culture and art is integrated.

In the context of that new approach to online platforms making available audiovisual contents, and as the recital 45 of the Directive was able to underline, there are rules that strengthen the protection of minors and reinforce the fight against hate speech in all audiovisual content, as long as they promote European audiovisual productions and guarantee the independence of audiovisual regulators. However, it is important to assess whether these goals are capable of protecting the fundamental rights of European cultural creation before new technological and digital challenges.

Pedro Domingos, Professor of the Department of Computer Science of the University of Washington, explains that the problem that defines the digital age is "how do we find each other?". This applies to producers and consumers, but it also applies to anyone looking for a job or a romantic partner. Computers allowed the existence of the Internet – and the Internet created a flood of data and the problem of the limitless choice. Now, machine learning uses that infinity of data to help solve the limitless choice problem.[9]

So, machine learning is a method of transforming data into knowledge, i.e., a technology that builds itself. It is controlling the digital world and gaining growing relevance in our daily existence. Learning algorithms can recognize patterns and adopt strategies that can pose particularly high difficulties to the human comprehension. It is possible that, in the future, learning algorithms might be able to reprogram the human process of decision-making, might be able to reproduce our wishes, decisions, opinions, and might be able to know exactly who we are. Do we have models to give meaning to a life like this?[10]

This is why we need a set of rules governing transparency, liability and accountability in the digital age – rules that do not jeopardize the process of research, innovation and development of digitalization, but shape the digital revolution, so that its advantages are shared, avoiding as much as possible the potential dangers for the fundamental rights.

In any case, machine learning is just a technology. Therefore, what matters is i) what we decide to do with it and ii) how to regulate its use. If this issue is not properly regulated, human experiences would be reduced to data patterns. As explained by Yuval Harari, Professor of the Department of History of the Hebrew University of Jerusalem, when we connect our experience with the great dataflow and let algorithms discover the meaning of what is happening to us, we cease to make free choices, based on rational judgments, and lose human dignity. The value no longer lies in everyday experiences, but in turning these experiences into free-flowing data.[11] This is the fundamental question of our times, so that the project of humanism – and the cultural creation included – does not become irrelevant.[12]

---

[9] P. DOMINGOS, *The master algorithm: how the quest for the ultimate learning machine will remake our world*, New York, 2015.

[10] Y. N. HARARI, *21 lessons for the 21st century*, New York, 2018.

[11] ID., *Homo Deus: a brief history of tomorrow*, London, 2017.

[12] A. SILVEIRA, P. FROUFE, *From the Internal Market to the citizenship of rights: the protection of personal data as the jus-fundamental identity question of our times,* UNIO – EU Law Journal, Vol. 4 No. 2 (2018).

2. AUDIOVISUAL MEDIA SERVICES DIRECTIVE, ICT AND THE NEEDED BALANCE BETWEEN REGULATION AND INTERNAL MARKET'S DEVELOPMENT[13]

Departing from these sensitivities, there is a need to equate how the new legal framework set by the European Union concerning audiovisual media services can act to both adequately answer regulatory demands and internal market's development on cultural domains.

A normative act concerning the audiovisual media services appeared, for the first time, in the European Union, as Directive 2010/13/EU[14]. It aimed at tackling some problems the audiovisual market was experiencing because new ICT tools were emerging.[15] And, even in that text, the European legislator already acknowledged a complementary relationship between the cultural market and the internal market since he stated that "[a]udiovisual media services are as much cultural services as they are economic services" and "[t]heir growing importance for societies, democracy — in particular by ensuring freedom of information, diversity of opinion and media pluralism — education and culture justifies the application of specific rules to these services".[16]

However, as previously explained, digitalization changed the way we relate, we connect, we get information and we amuse ourselves. Furthermore, new ways of making available cultural contents appeared and gained an importance that could no longer be ignored or forgotten. Therefore, this European legal act was revised through the adoption of Directive 2018/1808 of 14th November 2018 (whose major changes to Directive 2010/13/UE should have been transposed by Member States until 19th September 2020, as can be derived from its Article 2).

One of its major advancements relates to the extent of its scope of application to video-sharing platform services. In fact, "[v]ideo-sharing platform services provide audiovisual content which is increasingly accessed by the general public, in particular by young people" and, so, there was a need to include these services "in the scope of Directive 2010/13/EU because they compete for the same audiences and revenues as audiovisual media services"[17] perceived in a traditional way. Furthermore, it brings a more clear and common regulatory framework not only applicable to audiovisual contents available through television but also to audiovisual contents based on video-on-demand services, particularly on what concerns minor's protection from offensive contents. It has also included dispositions to set aside contents where hate speech is traceable and it also formalizes the institutional role of ERGA (European Regulators Group for Audiovisual Media Services) and deepens national regulatory authorities' independence in order i) to promote the development of the internal market, ii) to secure the pluralism of social media agents and iii) to protect cultural content produced/created in the European Union.

---

[13] J. COVELO DE ABREU, *O Audiovisual no domínio da cultura europeia: um périplo prospetivo sobre as competências da União Europeia à luz do programa "Europa Criativa" 2012-2027 e da nova Diretiva "Serviços de Comunicação Social Audiovisual"*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Wladimir Brito, in edition.

[14] See Directive 2010/13/EU, of the European Parliament and of the Council, of 10 March 2010, on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) – codified version.

[15] Directive 2010/13, recital 4.

[16] Directive 2010/13, recital 5.

[17] Directive 2018/1808, recital 4.

This new Directive, trying to coordinate both cultural and economic dynamics, also changed the proportion of television advertising spots and teleshopping spots: from 6 am to 6 pm, and from 6 pm to 0 am, that proportion shall not exceed 20% of that period [Article 23 (1) of the Directive, as modified by Directive 2018/1808].

With particular repercussion to the present theme, in a sense of social dynamics, the new Directive also relies on more equitable conditions to promote European audiovisual production, not only by establishing a minimum percentage that all video-on-demand services have to meet in their catalogues to be reserved to European audiovisual production (at least, of 30%), but also by opening the opportunity to Member States to impose financial contributions to video-on-demand services under their jurisdiction in order to use them to promote national audiovisual production.

If these new changes are able to impact on the development and protection of European cultural audiovisual market – by enhancing contents produced in the European Union and by providing the proper protection of European production –, in terms of consumers' protection we have to relate these new legal dispositions in an era where intelligent algorithms are able to present – particularly on new audiovisual platforms e video-sharing platform services – a vital role. In fact, all major platforms and services rely on algorithms to understand the user's tastes by deriving the results they present from previous contents that were watched/accessed by the user. For instance, if you go to any video-sharing platform just to watch trailers of upcoming premiers, the next time you enter the page or you open the app, there is a list of contents that you are most likely able to enjoy and watch where you, without any doubt, will find more upcoming premiers' trailers.

Therefore, algorithms are relying on the users' previous data – including personal data – to make the users' platform experience better and closer to what their expectations and interests might be. In this sense, nowadays discussion concerning data protection domains have to be widened in order to tackle these new demands on what concerns fundamental rights' protection – not only in the sense of data protection of consumers of cultural contents, but also to protect cultural contents' providers.

In fact, as personal data protection right was derived from Member States common constitutional traditions, firstly protected as a general principle of European law and then receiving express protection under Article 8 of the CFREU, it also encloses another dimension that cannot be forgotten in this discussion and, particularly, in what concerns audiovisual contents: the right to informational self-determination. Under this dimension of that fundamental right, all data subjects should be able to determine how their personal data will be used and, furthermore, when and which are the terms that establish the use of that data. However, despite the fact that all the needed steps are being taken to widen that dimension, artificial intelligence tools and software are still difficult to explain in a plain and simple language. Furthermore, algorithms that establish "most likely adequate to the user results" in an audiovisual platform (whether video-on-demand or video-sharing platform services) are able to substantially undermine informational self-determination of users and, in the long run, may also limit the imposed percentage concerning European contents from the analysed Directive.

On the other hand – in the perspective of protecting the freedom of plural arts, in the juridical sphere of the artists/cultural providers –, new ICT can undermine their online or offline potential to be widely acknowledged as these tools can divert the probable audience to other contents, similar to the ones artists uploaded/made available, but better suited to the previously established consumers' profiles.

In these two situations, we can be faced with the possibility that, even if these platforms and services comply with the mentioned percentage of European cultural content (30%), as they are operating through algorithms to adequate the contents to the consumers' tastes, the teleology underneath the Directive's disposition can be in jeopardy, as it can lose its purpose or, at least, can see its full potential undermined. Furthermore, particularly on paid platforms – where there is a need to promote a close protection of consumers' personal data –, as it is highly difficult to translate the intricate proceedings algorithms are able to conduct (and their autonomous assumptions), consumers' informational self-determination comes broadly restricted as they will see themselves in a position where to overcome the algorithm's propositions they would have to individually and in a conscious manner look for the contents that they actually want to watch instead of being able to "trust" the algorithmic suggestions. In the same sense, the way ICT tools work on these platforms have to be closely monitored by the Regulatory bodies in order to maintain artists' freedom of arts and, particularly, their right to see their cultural work truly available and perceivable to the audience.

As we are able to see, new technologies – and particularly, developments under artificial intelligence tools, mechanisms and software – raise great juridical debate as the solutions the Union's legislator thought have to be interpreted in a scalable way to regulate all these new challenges.

Therefore, it is quite important the strengthening of the role audiovisual regulatory entities (both national and European): in fact, their articulation in a European scale will allow them, facing these and other problems – as not yet totally displayed –, to make the proper proportionality reasoning before concrete situations where fundamental rights are being restricted or in conflict. As so, these administrative entities will have a strong role on promoting the highest level of fundamental rights' protection the European Union aims at accomplishing without undermining the scope from where these developments came – the internal market and, particularly, the Digital Single Market. There is also a need to promote further regulatory cooperation on transversal matters, such as those that link audiovisual matters and personal data protection, as previously addressed. In fact, despite new Directive has addressed the need to protect minors' personal data (recital 21), there will be new ways of processing data in audiovisual domains that can determine an articulation between European and national regulatory bodies on both fields so a common position can be adopted.

3. FINAL REMARKS

Despite the acknowledgeable path the European Union has taken on promoting the freedom of the arts and on protecting European cultural contents while achieving a greater level of personal data protection of cultural consumers, there is still much to be done in terms of policy settlement.

As some authors point out, "[c]ultural policies need to address numerous issues, including rapid technological change and a digital shift driven mostly by economic interests […] and the dominance of global corporations", but it needs to "reimagine itself […] and needs to find an adequate model for its sustainable cultural development".[18]

In this sense, it seems the European Union is being able to both fulfil subsidiarity demands and approaching an effective European cultural policy because an integrated path might be the only to answer present and future needs: "[i]n a cultural landscape more

[18] J. PRIMORAC, A. UZELAC, P. BILIĆ, *European Union and challenges of cultural policies: critical perspectives. An introduction*, in Croatian International Relations Review (CIRR), XXIV (82) 2018, p. 7.

and more plural, [there is] a need to define diversity management policies to look for integration in the European societies for those who seek Europe to improve or better protect their lives, in a framework where the right of each individual to his/her cultural identity is acknowledged".[19] But this is only possible since "it is in the European Union's own motto – *united in diversity* – where the European identity is able to accommodate the cultural differences at the same time that it establishes a social contract between Europeans that mainly derives from values associated to citizenship rights".[20]

Therefore, the Union has been setting its own path that broadly goes through a tendential harmonization concerning the internal market as long as it also potentiates a European cultural identity and its several local, regional and national manifestations, which is mainly perceivable both in the European Commission's "A new European Agenda for Culture" and in the Council's Conclusions on the "Work Plan for Culture 2019-2022".[21]

In fact, the Commission sets objectives in the cultural field where it understands the cross-sectoral importance of culture, by establishing three major dimensions to make efforts in the future: i) a social dimension, in order to "harnessing the power of culture and cultural diversity for social cohesion and well-being"; ii) an economic dimension, aiming at "supporting culture-based creativity in education and innovation, and for jobs and growth"; and iii) an external dimension, thought to "strengthen[…] international cultural relations".[22]

The Council, departing from these Commission's efforts, settled several priorities in the cultural domain: i) to boost "[s]ustainability in cultural heritage"; ii) to promote "[c]ohesion and well-being"; iii) to establish "[a]n ecosystem supporting artists, cultural and creative professionals and European content"; iv) to continue to enhance "[g]ender equality"; and v) to enlarge "[i]nternational cultural relations".[23]

These institutions also address, with particular attention, the impact of digitalization on cultural domains:

iii. The Commission, starting by establishing that "[t]he digital revolution enables new and innovative forms of artistic creation, broader, more democratic access to culture and heritage; and new ways to access, consume and monetise cultural content", recognises it is "preparing a new EU Digital4Culture strategy to build on the copyright, audiovisual and broadcasting proposals under the Digital Single Market strategy and [t]o plant the seeds for future actions".[24]

iv. The Council, understanding digitalization as an important horizontal issue, perceives it as being able to create "new and innovative possibilities for art and culture in terms of access, expression, preservation, dissemination and consumption". In this sense, considering that one of the actions to be led relates to digital audiences, this institution perceives a need to "examine inno-

[19] R. RIBEIRO, Cultura, in *Enciclopédia da União Europeia*, 2017, p. 133 (free translation).

[20] EAD., *Cultura*, cit., p. 133 (free translation).

[21] Council, Council Conclusions on the Work Plan for Culture 2019-2022, 21.12.2018, 2018/C 460/10, in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XG1221%2801%29

[22] European Commission, *A new European Agenda for Culture,* cit., pp. 2, 4 and 6.

[23] Council, *Council Conclusions on the Work Plan for Culture*, cit., p. 2.

[24] European Commission, *A new European Agenda for Culture*, cit., pp. 8 and 6.

> vative tools" and to "develop guidelines for collecting and managing data on digital audiences".[25]

Therefore, a political and legislative intervention of the European Union is being drawn: because of cultural and artistic contents' exposure to digitalization, it has to be dealt in a wider context – the one of the European Union's –, particularly through the strategy of *Digital4Culture*. In this sense, both freedom of arts and consumers' personal data protection must be thought through this lens and might deserve a deeper insight before new challenges posed by digitalization, which is able to determine the European Union further engagement in order to also promote the cultural internal market.

There is, insofar, a new reality appearing in the European Union, which is now presenting the needed conditions to finally act as a facilitator of its culture(s).

[25] Council, *Council Conclusions on the Work Plan for Culture*, cit., p. 6.

EXPORT RESTRICTIONS RELATED TO THE PROTECTION OF BRAZILIAN CULTURAL HERITAGE AND DUE DILIGENCE WHEN IMPORTING CULTURAL GOODS FROM BRAZIL

Marcos Ludwig[*]

When assessing an opportunity for importing cultural goods from Brazil, foreigners should be alert to possible restrictions under Brazilian law before concluding and executing the transaction with the Brazilian counterparties. Due diligence is recommended either in cases of permanent import (or, from the Brazilian perspective, permanent export), such as in transactions that contemplate a purchase, donation, or others in which the transfer of title over the goods is contemplated, or in cases of temporary import (or, from the Brazilian perspective, temporary export), such as in transactions that contemplate a loan, lease, or others in which no transfer of title is contemplated and, therefore, the goods are expected to return to Brazil. In this regard, in addition to tax and customs aspects, contractual provisions, insurance arrangements, and, depending on the circumstances, even anti-money laundering laws and regulations, it is important to consider export restrictions (from a Brazilian law perspective) related to the protection of Brazilian cultural heritage.

Nel valutare la possibilità di importare beni culturali dal Brasile, prima di concludere ed eseguire la transazione con le controparti brasiliane, occorre prestare particolare attenzione alle restrizioni previste dalla legge brasiliana. Un'attenta due diligence è quindi raccomandata sia nei casi di importazione permanente (o, dal punto di vista brasiliano, di esportazione permanente), come avviene in caso di acquisto, di donazione, o di altre fattispecie che prevedono il trasferimento della titolarità del bene, sia nei casi di importazione temporanea (o, dal punto di vista brasiliano, di esportazione temporanea), come avviene nelle transazioni che contemplano un prestito, una locazione, o altre operazioni in cui non è previsto il trasferimento del titolo e per le quali il bene dovrebbe poi tornare in Brasile. Per queste ragioni, oltre agli aspetti fiscali e doganali, alle disposizioni contrattuali, agli accordi assicurativi e, a seconda delle circostanze, anche alle leggi e ai regolamenti antiriciclaggio, è importante conoscere e tenere presenti le restrizioni all'esportazione (dal punto di vista del diritto brasiliano) relative alla protezione del patrimonio culturale brasiliano.

[*] LL.M. from the Institute of Comparative Law, McGill University, Montreal, Canada; Veirano Advogados, Partner, Rio de Janeiro, Brazil.

1. PROTECTION OF BRAZILIAN CULTURAL HERITAGE: OVERVIEW

Brazilian authorities are constitutionally bound to promote and protect the cultural heritage, that is, all material and immaterial goods that bear reference to the identity, action and memory of the different groups that form the Brazilian society (Brazilian Constitution, Article 216). The entity in charge of protecting the Brazilian cultural heritage at the national level is the National Historic and Artistic Heritage Institute (*Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*) ('IPHAN'), a federal public administration entity linked to Brazil's Ministry of Tourism (which absorbed the attributions, staff, and resources of the former Ministry of Culture, extinguished by the President of the Republic in January 2019, as set forth in Decree No. 10,108, of 7 November 2019)[1].

To classify goods as cultural property, the IPHAN must observe the general criteria and procedures set forth in Decree-Law No. 25, of 30 November 1937 (the 'PHAN Law'). In particular, the IPHAN must assess whether the conservation of a given material or immaterial good qualifies as a matter of public interest (*interesse público*) either for its linkage to memorable facts of the history of Brazil or for its exceptional value of archeologic or ethnographic, bibliographic, or artistic nature. Classification depends on an act of inscription (*tombamento*) of the goods by the IPHAN, separately or in group.

The protection is expected to apply solely to those cultural goods that have "national representativeness, signification or importance" (IPHAN Ordinance No. 375, of 19 September 2018, article 29). Accordingly, the IPHAN must avoid protecting by inscription (*tombamento*): (i) material goods that do not enable cultural fruition; (ii) complete sets of works of artists or architects; or (iii) goods associated with the memory or life of personalities that are not related to social processes of collective interest (article 30). Furthermore, certain works of foreign origin located in Brazil are specifically excluded from the national historic and artistic heritage and, as such, not subject to the protection set forth by the PHAN Law. This is the case of works of foreign origin that belong to diplomatic or consular representations or to commercial stores of historic or artistic objects in Brazil, for instance.

Art works and traditional crafts that date prior to the end of the monarchic period (i.e. before 15 November 1889) are subject to protection as long as they were (i) produced in Brazil, or (ii) originated in Portugal but incorporated to the national milieu, or (iii) produced outside of Brazil but representing personalities that are either Brazilian or related to the History of Brazil, as well as the country's landscape and customs (Law No. 4,845, of 19 November 1965; IPHAN Ordinance No. 375, of 19 September 2018, article 41). The permanent export of such artworks or traditional crafts is prohibited under Brazilian law.

[1] Acts of promotion and protection of cultural heritage can also be taken by competent authorities at the state or municipal levels, subject to special regulations within their respective authorities in accordance with the same general principles set forth in the Brazilian Constitution (Article 216). In the State of Rio de Janeiro, for example, the competent authority is the State Cultural Heritage Institute (*Instituto Estadual do Patrimônio Cultural*) ('Inepac'), a state-level public administration entity linked to the State of Rio de Janeiro's Secretariat of Culture and Creative Economy. In the exercise of its statutory duties, the Inepac consults an expert advisory board led by the director-general of the Inepac and composed of other eleven members: a representative of the Brazilian Historical and Geographical Institute ('IHGB'), a representative of the Brazilian Architectures Institute ('IAB'), a representative of the IPHAN and eight experts nominated by the State Governor.

Special rules apply for the protection of the material cultural heritage of native peoples (*povos indígenas*), of traditional peoples and communities of African origin (*povos e comunidades tradicionais de matriz africana*), of maroon communities (*quilombos*) and certain other cases (IPHAN Ordinance No. 375, of 19 September 2018, article 61 ff.).

2. 1970 UNESCO CONVENTION

Brazil approved the 1970 UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property on 28 November 1972 (Legislative Decree No. 71), deposited its instrument of ratification with UNESCO on 16 February 1973 and promulgated its content internally on 31 May 1973 (Decree No. 72,312).

By adhering, Brazil undertook, "at the request of the State Party of origin, to take appropriate steps to recover and return any such cultural property imported after the entry into force of this Convention in both States concerned, provided, however, that the requesting State shall pay just compensation to an innocent purchaser or to a person who has valid title to that property. Requests for recovery and return shall be made through diplomatic offices. The requesting Party shall furnish, at its expense, the documentation and other evidence necessary to establish its claim for recovery and return. The Parties shall impose no customs duties or other charges upon cultural property returned pursuant to this Article. All expenses incident to the return and delivery of the cultural property shall be borne by the requesting Party." (1970 UNESCO Convention, article 7(b)(ii)).

Within this national legal and regulatory framework, the 1970 UNESCO Convention is implemented in Brazil by the IPHAN.

3. PROCEDURE FOR EXPORT PERMISSION

In addition to the authority and duty of regulating, evaluating potential impacts, supervising and conserving the Brazilian material cultural heritage, the IPHAN is the entity in charge of reviewing and deciding on the cases of export of cultural goods that depend on prior authorization, namely: (i) temporary export of art works and traditional crafts produced in Brazil before the end of the monarchic period (i.e. before 15 November 1889); (ii) temporary export of movable cultural goods protected by inscription (*tombamento*); (iii) temporary export of archaeological goods; (iv) consignment of archaeological material for analysis abroad; (v) temporary export of art works and traditional crafts originated in Portugal and incorporated to the national milieu during the colonial and imperial regimes (i.e. before 15 November 1889); and (vi) temporary export of art works and traditional crafts (painting, sculpture and graphic arts) that, although produced abroad before the end of the monarchic period (i.e. before 15 November 1889), represent personalities that are either Brazilian or related to the History of Brazil, as well as the country's landscape and customs (IPHAN Ordinance No. 375, article 41).

If the local superintendent of the IPHAN finds that the cultural property or artwork is protected under Brazilian law, either because of an inscription as cultural heritage or subject to another cause of restriction, permanent export will not be available. In such cases, the IPHAN may authorize exceptionally a temporary export or exit of the goods (*saída temporária*), but this must be granted by an act of the president of the IPHAN, following a favourable decision of the IPHAN's Cultural Heritage Advisory Board (De-

cree No. 9,238, of 15 December 2017, articles 13, item III, and 26, item IX; IPHAN Ordinance No. 375, of 19 September 2018, articles 40 and 41).

In such case, the owner, cultural institution, or attorney-in-fact must fill in a form of application for authorization of temporary export of protected cultural goods (*solicitação de autorização de exportação temporária de bens culturais protegidos*) and file it with the superintendent of the IPHAN located in the respective State of Brazil at least 90 days prior to the intended date of exit. The applicant must indicate all technical information about the object (type, title (if any), date, authorship, materials, dimensions, production techniques, marks, inscriptions, status of conservation) and enclose three photos of the object and a copy of personal identification and, if acting through an attorney-in-fact, of the power-of-attorney. The applicant must also include in the form of application information about the exhibition, a detailed route of transportation of the goods, expected date of return of the goods to Brazil, an evaluation of the goods for insurance purposes, the indication of the parties responsible for packaging, for loading and unloading, for transportation, and for insurance, and the indication of the lots for shipping purposes (if applicable). The applicant will be required to deliver a copy of the insurance policy fifteen calendar days in advance of the intended date of exit. Recently, the IPHAN has committed to respond to the application and issue the authorization within 90 calendar days from the date of filing.

If the local superintendent of the IPHAN finds that the cultural property or artwork is not (or not yet) protected under Brazilian law, permanent export will generally be authorized (Decree No. 9,238, of 15 December 2017, article 24, item VI; IPHAN Ordinance No. 375, of 19 September 2018, articles 40 and 41).

In such case, the owner, cultural institution, or attorney-in-fact must fill in a form of application for authorization of exit of artworks from the country (*solicitação de autorização de saída de obras de arte do País*) and file it with the superintendent of the IPHAN located in the respective State of Brazil. The applicant must indicate technical information about the object (type, title (if any), date, authorship, materials, dimensions, and production techniques) and enclose photos of the object (from at least two angles), a copy of personal identification and, if acting through an attorney-in-fact, of the power-of-attorney. Recently, the IPHAN has committed to respond to the application and issue the authorization within fifteen business days from the date of filing.

In the exercise of its supervision authority, the IPHAN must avoid the occurrence of harmful conducts against the material cultural heritage and irregularities in the trade of works of arts and antiques; control the movement of protected cultural goods; monitor and support actions against the illegal traffic of cultural goods; and promote the compensation of damages caused to the Brazilian material cultural heritage, among other actions (article 49). The IPHAN maintains an integrated system of knowledge and management of the Brazilian cultural heritage (*Sistema Integrado de Conhecimento e Gestão*) ('SICG') and has the duty to keep it updated (IPHAN Ordinance No. 375, articles 95 to 99). Among other data, the SICG was designed to serve as a repository of information about the status of cases of disappearance, theft, or robbery of protected cultural property.

4. SANCTIONS IN CASE OF VIOLATION OF EXPORT RESTRICTIONS

In the event of an attempt to export cultural property from Brazil in violation of restrictions, the person held liable by the IPHAN after an administrative inquiry proceeding will be subject to a fine of 50% of the value of the goods (PHAN Law, Article 15; IPHAN Ordinance No. 262, of 14 August 1992, article 14). In case of repeated offence, the amount of the fine will be doubled (i.e. 100% of the value of the goods). The competent government authorities in Brazil will seize the goods and keep them as security until the conclusion of the proceeding and the full payment of the fine.

The owner is responsible to the IPHAN for the integrity of the goods until their return to Brazil (IPHAN Ordinance No. 262, article 10). The owner also has the obligation to notify the IPHAN within 30 calendar days from the date of return of the goods to Brazil, enclosing a technical report (*laudo técnico*) about their status of conversation and the number of the import statement issued by the Brazilian tax authorities (IPHAN Ordinance No. 262, article 13). In case of non-compliance, the owner may be precluded from obtaining new authorizations from the IPHAN for a period of two years.

In addition to these legal consequences in the administrative sphere (IPHAN), the person held liable for the breach may also be subject to criminal prosecution for smuggling (*contrabando*) or other offenses pursuant to the Brazilian Penal Code (Decree-Law No. 2,848, of 7 December 1940), depending on the circumstances.

5. CONCLUSION

In general, Brazilian law grants favourable legal treatment to a good faith purchaser of movable property in relation to certain legal effects, including the degree of liability in case of loss or damage to the property during the possession and the extent of compensation to which the purchaser may be entitled in case of dispossession (articles 1,217 and 1,219 of Law No. 10,406, of 10 January 2002 – the Brazilian Civil Code). Even acting in good faith, however, the purchaser of cultural property is not expected to be able to retain ownership in case of a valid title claim made by a lawful owner that can demonstrate that the sale of the cultural property resulted, directly or indirectly, from illegal export or other illicit conduct under the 1970 UNESCO Convention, the 1995 UNIDROIT Convention or applicable Brazilian laws and regulations. The dispossessed purchaser may be entitled to compensation depending on the circumstances.

To mitigate the risk of a potential title claim of restitution from the Brazilian authorities or a lawful owner, foreigners importing Brazilian cultural goods should take reasonable actions to review the legal title that the seller claims to have over the property, including appropriate evidence of provenance, when available. The depth of due diligence that is expected in each case depends on the value, origin and other characteristics of the goods, the expertise and trustworthiness of the parties involved, and other circumstances of the purchase.

In any event, foreigners should check if the cultural goods to be imported from Brazil are subject to protection under Brazilian laws as cultural heritage and if IPHAN granted the required authorization, as the case may be, for permanent export (from the Brazilian perspective), such as in transactions that contemplate a purchase, donation, or others in which the transfer of title over the goods is contemplated, or for temporary export (again, from the Brazilian perspective), such as in transactions that contemplate a loan,

lease, or others in which no transfer of title is contemplated and, therefore, the goods are expected to return to Brazil.

VALORIZZAZIONE E GESTIONE DELLE OPERE D'ARTE E DEI BENI CULTURALI TRA ENTIFICAZIONE E APPARTENENZA

Marta Cenini[*]

The enhancement and management of works of art and cultural heritage is currently pursued also through foundations, which have been recognized by the Code of Cultural Heritage and Landscape; the latter has provided a sophisticated discipline that apparently differs from the traditional one. On the other hand, private individuals have increasingly made use of trusts for the transmission of their cultural and artistic heritage. The variety of solutions demonstrates how the theme of management and enhancement is more and more considered relevant in both the public and private spheres and can find an answer in the modulation of real interests in the property.

La valorizzazione e gestione delle opere d'arte e dei beni culturali è attualmente perseguita anche attraverso l'istituto della fondazione, il quale ha avuto un riconoscimento da parte del Codice dei beni culturali e del paesaggio; quest'ultimo ha previsto una sofisticata disciplina che apparentemente si discosta da quella tradizionale. D'altra parte, sempre più spesso i privati si sono avvalsi dell'istituto del trust per la trasmissione dei loro patrimoni culturali e artistici. La varietà delle soluzioni dimostra come il tema della gestione e valorizzazione sia sempre più sentito sia in ambito pubblicistico che in ambito privatistico e possa trovare una risposta nella modulazione delle situazioni di appartenenza.

[*] Professore associato di diritto civile nell'Università dell'Insubria

1. INTRODUZIONE

Il tema della valorizzazione e gestione delle opere d'arte e dei beni culturali, tali intendendosi i beni che rientrano in una delle categorie previste dal Codice dei Beni culturali e del paesaggio[1], è ampiamente noto e solitamente ricondotto nell'alveo delle disposizioni del Codice stesso, ed in particolare degli art. 6 ss. espressamente dedicati alla gestione e valorizzazione dei beni culturali pubblici[2].

Come noto tuttavia i beni culturali possono essere anche oggetto di proprietà privata e possono anche non essere soggetti, almeno inizialmente, al vincolo culturale ex art. 13. In questo ambito rientrano sia i beni appartenenti ad individui sia i beni appartenenti alle persone giuridiche di diritto privato e in particolare alle fondazioni. Queste ultime infatti, sebbene sempre più spesso si sottolinei la loro valenza anche pubblicistica e sebbene diverse legislazioni speciali abbiano riservato loro dei regimi particolari, rimangono enti di diritto privato e pertanto i beni di cui sono proprietari sono soggetti allo statuto della proprietà privata[3].

Le fondazioni oltre ad essere oggetto, come vedremo, di disposizioni del Codice dei Beni Culturali, sono state recentemente riformate dal Codice del Terzo Settore[4] il quale come noto, sebbene non rappresenti la auspicata riforma del libro I del codice civile, senza dubbio ha rappresentato un momento di grande rilevanza per un ripensamento dell'intero settore e dunque anche della disciplina giuridica degli enti del libro I del codice civile[5]. Ciò è stato anche una risposta, sebbene forse non del tutto esaustiva, a mol-

---

[1] La nozione di bene culturale ora contenuta negli articoli 2 e 10 del D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) trae origine dalla cd. legge Bottai (legge n. 364 del 20 giugno 1909) e dagli artt. 822 e 826 del codice civile ma in larga parte se ne discosta. La nozione e in generale la disciplina dei beni culturali è oggetto di studi da parte della dottrina amministrativistica ma è affrontato anche dagli studiosi di teoria dei beni e della proprietà privata. Si vedano in particolare, con riferimento all'ordinamento italiano e senza pretesa di completezza, A. GAMBARO, *I beni*, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 365 ss. e 366 ss.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1995; A. GAMBARO, *La proprietà*, in A. Gambaro – U. Morello, Trattato dei diritti reali, vol. I, Proprietà e possesso, Milano, Giuffrè, 2008, in part. pp. 309 – 311; G. MAGRI, *Beni culturali (I agg.)*, in *Digesto discipline privatistiche,* 2011. Con riferimento alla teoria dei beni comuni, U. MATTEI, *La proprietà*, in Trattato di diritto civile, diretto da R. Sacco, Torino, Utet, seconda edizione, 2015; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà*, Bologna, Il Mulino, 1981, ora *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, Il mulino, 2013; M.A. SANDULLI (cur.), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, Giuffrè, 2019, e ivi ampia bibliografia. Sulla legge Bottai si veda, oltre agli autori già citati, R. BALZANI, *Per le antichità e le belle arti. La legge n. 364 del 20 giugno 1909 e l'Italia giolittiana*, Bologna, 2004. Infine, sul concetto generale di demanio prima della codificazione, E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, Cedam, 1934; ID., *Il concetto di demanio pubblico nel nuovo codice civile*, in *Scritti in onore della Cedam*, Padova, Cedam, 1954, vol. II.

[2] Sul tema della gestione e della valorizzazione del patrimonio culturale pubblico, si rimanda a M.A. SANDULLI (cur.), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, Giuffrè, 2019, e ivi ampia bibliografia.

[3] La letteratura in tema di fondazioni è molto vasta e oggetto di recenti pubblicazioni monografiche. Si rimanda in particolare a F. GALGANO, *Persone giuridiche*, in Commentario al Codice Civile Scialoja – Branca, Bologna, Zanichelli, 2006; M. BASILE, M.V. DE GIORGI, A. LAUDONIO, *Le persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2020 e A. SAPORITO, *Le fondazioni tra pubblico e privato. Discipline applicabili e modelli evolutivi*, ESI, 2020 e ivi ampia bibliografia.

[4] D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117, aggiornato dal D.Lgs. n. 105/2018.

[5] Nel 2019 è stata presentato un disegno di legge delega per la riforma del codice civile che avrebbe portato, tra le altre, anche ad una riforma del libro I del codice civile (DDL n. 1151 del 19 marzo 2019, Delega al Governo per la revisione del codice civile). In particolare, all'art. 1 lett. a) si prevede delega al governo di "integrare la disciplina delle associazioni e fondazioni, ad esclusione delle fondazioni di origine bancaria, con i necessari coordina-

te delle limitazioni e delle rigidità che caratterizzano gli enti di diritto privato senza scopo di lucro, rigidità che hanno sovente portato a una disaffezione nei confronti di istituti quali le fondazioni.

Nell'ordinamento italiano recentemente la disciplina delle fondazioni viene sempre più raffrontata con quella del *trust* di scopo ossia da quella forma di *trust* che nei sistemi anglosassoni, in particolare nel sistema inglese, viene chiamata *charity trust*[6]. Il fatto che il *trust*, istituto ormai ampliamente utilizzato anche in Italia, venga posto come alternativa alla fondazione è in realtà frutto di una visione giuridicamente non del tutto corretta, dal momento che, come ampiamente noto, il *trust* non è un ente[7] e la proprietà fiduciaria è una delle possibili conformazioni della proprietà privata dal lato soggettivo, trattandosi di proprietà nell'interesse altrui o, appunto, finalizzata al perseguimento di uno scopo[8].

Più che di alternativa si tratta dunque in realtà di opzioni che divergono profondamente sebbene ci possano anche essere delle convergenze. Come si vedrà in questo contributo, infatti, una delle peculiarità che si ritrovano in alcuni *charity trusts* governati dalla legge inglese è quella della inalienabilità del bene culturale, caratteristica che appare parallela al regime di circolazione dei beni culturali pubblici e dei beni appartenenti alle fondazioni di diritto privato. Proprio in tema di circolazione, tuttavia, emergono anche le maggiori differenze, pertanto si conferma la radicale differenza tra i due istituti.

Quello che sicuramente può essere sottolineato è che, pur partendo da basi giuridiche radicalmente diverse, anche la disciplina italiana in merito ai beni culturali negli ultimi decenni è stata modificata al fine di rappresentare meglio i diversi interessi che si inne-

---

menti con la disciplina del terzo settore e nel rispetto della libertà associativa, con particolare riferimento alle procedure per il riconoscimento, ai limiti dello svolgimento delle attività lucrative e alle procedure di liquidazione degli enti".

[6] Sui *charity trusts* si veda in particolare J. CHEVALIER-WATTS, *Charity law. International perspective*, London and New York, Routledge, 2018.

[7] Alcuni autori, anche appartenenti ai sistemi di common law, hanno prospettato la tesi che il *trust* debba essere soggettivizzato ma questa opinione appare minoritaria. Si veda in tema A. GALLARATI, *Trust e società*, *Analisi economico-giuridica*, Torino, Giappichelli, 2008, in particolare pp. 19 ss. La dottrina inglese propende chiaramente in senso contrario: si veda per tutti P.S. VADIES, G. VIRGO, *Equity & Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2016 e ivi ulteriori riferimenti. Per la prospettiva di un sistema misto quale quello scozzese, si veda G. L. GRETTON, A. J.M. STEVEN, *Property, Trusts and Succession*, Haywards Heath – London, Bloomsbury Professional, 2017. Si noti che il National Trust for Scotland in realtà non è un trust ma una società (v. National Trust for Scotland Order Confirmation Act 1935). Sul trust in Italia e in diritto comparato si rimanda, per tutti, a A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in Trattato di diritto civile e commerciale, cit.; Id., *Trust*, in *Digesto discipl. Priv.*, sez. civile, 1999; M. GRAZIADEI, *Trusts nel diritto anglo-americano*, in *Digesto discipl. Priv.*, sez. comm., 1999; M LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Padova, CEDAM, Wolters Kluwer, 2016.

[8] In Italia, sulla scia dei precedenti studi di Enrico Finzi e Filippo Vassalli, il primo Autore che ha compiutamente teorizzato la conformazione della proprietà privata ed ha sottolineato che sui beni oggetto del diritto di proprietà si innestano diversi interessi è stato Salvatore Pugliatti: S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, il quale ha anche iniziato a parlare delle "proprietà" al plurale. In seguito, tutti gli Autori hanno approfondito la tematica della conformazione della proprietà dal lato soggettivo e oggettivo; senza dubbio la proprietà fiduciaria rappresenta un esempio di proprietà conformata dal lato soggettivo, mentre la proprietà dei beni culturali è ascritta tra le proprietà conformate dal lato oggettivo. Per approfondimenti, si vedano gli autori citati alla nota 1, cui *adde* C.M. BIANCA, *La proprietà*, Milano, Giuffrè, 1999; P. GROSSI, "Un altro modo di possedere". *L'emersione di forme alternative di proprietà nella coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977. Con specifico riguardo ai beni culturali, negli Stati Uniti è doveroso citare J. H. MERRYMAN, *The Public Interest in Cultural Property*, 77 *Calif. L. Rev*. 339 (1989) e ivi ulteriore bibliografia; J. L. SAX, *Heritage Preservation as a Public Duty: The Abbe´ Gregoire and the Origins of an Idea*, 88 *Mich. L. Rev.*, 1990, pp. 1142 – 1169.

stano sui beni culturali, interessi sia pubblici che privati, sia attuali che delle generazioni future, sia conservativi che dinamici[9].

2. FONDAZIONI CULTURALI E FONDAZIONI PROPRIETARIE DI BENI CULTURALI

Come noto, il Codice dei Beni culturali e del Paesaggio, in particolare agli artt. 111 ss., ha previsto la possibilità di una interazione tra pubblico e privato per la gestione e valorizzazione dei beni culturali pubblici. Questi articoli concretizzano il disposto dell'art. 6 del Codice stesso, il quale dopo la definizione di valorizzazione del patrimonio culturale, sancisce che "*La Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale*" e, a livello sovraordinato, rappresentano una concreta attuazione dell'art. 9 della Costituzione.

Le forme di partenariato tra pubblico e privato possono essere varie e una di queste è la costituzione di fondazioni culturali, sovente costituite nella forma di fondazione di partecipazione (cfr. art. 112, comma 5 e comma 8 e art. 115, comma 3)[10]. Queste ultime, come noto, nascono da una prassi notarile e rappresentano la commistione tra il modello puramente fondazionale, basato sulla destinazione di un patrimonio ad uno scopo scelto dal fondatore, e il modello associativo, che invece valorizza l'aspetto personale; le fondazioni di partecipazione hanno poi avuto un riconoscimento nell'ambito del citato codice del Terzo Settore[11].

Una delle peculiarità delle fondazioni culturali previste dal Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio è che i beni culturali di proprietà pubblica vengono conferiti dall'ente pubblico in uso e non in proprietà esclusiva; inoltre, nel caso di estinzione dell'ente conferitario, essi tornano nella disponibilità dell'ente conferente (cfr. art. 115, comma 7 e 8). L' art. 116 specifica che i beni culturali che siano stati conferiti o concessi in uso ai sensi dell'art. 115, commi 7 e 8, restano a tutti gli effetti assoggettati al regime giuridico loro proprio.

Queste norme da una parte non suscitano stupore dal momento che i beni culturali pubblici in larga misura appartengono al demanio e, anche se non gli appartengono, sono dichiarati inalienabili dal Codice stesso e non possono dunque essere conferiti in società né tantomeno nel patrimonio di altri enti di diritto privato, tra cui le fondazioni stesse. Infatti, per quanto concerne il regime di circolazione in ambito nazionale, il Codice prevede una regola generale di inalienabilità assoluta per i beni appartenenti al demanio culturale indicati nell'art. 54 del Codice dei beni culturali (art. 53 e 54 comma 1)[12]; e un regime di alienabilità controllata e soggetta all'autorizzazione del Ministero[13]

[9] V. note precedenti. In particolare, per la disamina dei vari interessi che si appuntano sui beni culturali, si veda A. GAMBARO, *I beni*, cit.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in Trattato di diritto civile e commerciale, cit.

[10] Il Museo Egizio di Torino rappresenta il primo caso di collaborazione tra MIBACT e soggetti privati per la gestione e valorizzazione di beni culturali pubblici. Nel patrimonio indisponibile della Fondazione vi è il diritto d'uso, conferito dal MIBACT, sul Museo, inteso come bene museale comprendente le collezioni; mentre gli altri fondatori conferiscono "*adeguate risorse finanziarie finalizzate alla costituzione del patrimonio disponibile*".

[11] In tema si veda, da ultimo, G. SICCHIERO, *Le fondazioni di partecipazione*, in *Contratto e Impresa*, n. 1/2020, pp. 19 ss. e ivi ampia bibliografia.

[12] L'art. 53 definisce il demanio riferendosi all'art. 822 del codice civile mentre l'art. 54 comma 1 chiarisce che cosa, nell'ambito del demanio, sia sottoposto al regime di inalienabilità assoluta.

[13] L'autorizzazione del MIBACT all'alienazione, se concessa, comporta automaticamente la sdemanializzazione del bene. L'art. 56, comma 1, lett. a) estende poi la necessità di autorizzazione anche alle alienazioni di altri beni culturali sempre di appartenenza pubblica.

in particolare per quanto riguarda gli altri beni immobili appartenenti al demanio culturale non rientranti nell'elenco di cui all'art. 54, comma 1[14] (v. art. 55, così come sostituito dall'art. 2 del d.lgs. n. 62 del 2008).

Dall'altra parte gli artt. 115 e 116 rappresentano una novità dal momento che viene espressamente riconosciuto in via legislativa la possibilità di conferire solo il diritto d'uso sui beni culturali, con questo di fatto ovviando (se non aggirando) le norme in materia di circolazione dei beni culturali pubblici che, come appena menzionato, sono assai restrittive. E' altrettanto significativo, per quanto giuridicamente ineccepibile, che si preveda espressamente che al momento di estinzione, per qualsiasi causa, della fondazione, i beni torneranno nel patrimonio dello Stato o dell'Ente pubblico conferente: ancora una volta, ciò non sorprende considerato che viene conferito il solo diritto d'uso, che si estingue con l'estinzione del suo titolare (in questo caso, la fondazione concessionaria del diritto) e non il pieno diritto di proprietà; tuttavia è evidente che anche in questo caso si sia di fronte ad una significativa deviazione rispetto alla disciplina prevista dal libro I del codice civile che espressamente prevede che nel caso di estinzione della fondazione i beni del suo patrimonio siano devoluti in conformità dell'atto costitutivo e dello statuto e, qualora questi non dispongano, sarà l'autorità governativa a provvedere attribuendo i beni ad altri enti che hanno fini analoghi (art. 31 c.c.).

Diverso discorso invece deve essere condotto con riferimento alle fondazioni costituite da soggetti privati per la trasmissione e valorizzazione di patrimoni culturali e artistici.

Le fondazioni infatti, come persone giuridiche senza scopo di lucro, sono da sempre l'istituto giuridico considerato più adatto al fine della preservazione di patrimoni destinati ad uno specifico scopo scelto dai fondatori e sovente artisti stessi e collezionisti hanno scelto questo istituto per tramandare i loro patrimoni culturali e artistici. In questo caso dunque, salvo eccezioni e deviazioni dagli scopi tradizionali della disciplina, i beni sono conferiti, per atto *inter vivos* o *mortis causa*, in proprietà esclusiva alla fondazione (che può anche essere costituita, come noto, per testamento).

La peculiarità delle fondazioni è che il Codice dei Beni culturali ha previsto una presunzione di culturalità e la conseguente inalienabilità per tutti i beni che appartengono alle persone giuridiche di diritto privato, tra cui sono stati inclusi anche gli enti ecclesiastici[15], che abbiano più di 70 anni e che siano opera di autore non più vivente.

L'art. 54, comma 2, infatti, dichiara inalienabili anche i beni presunti culturali fino alla conclusione del procedimento di verifica previsto dall'art. 12 (cd. inalienabilità provvisoria; cd. vincolo *ope legis*). In questa categoria sono compresi, in particolare, i beni appartenenti alle persone giuridiche senza scopo di lucro che abbiano più di 70 anni e che siano opera di autore non più vivente. Prevale la tesi, pur non unanime, che perché questi beni siano sottoposti al regime di inalienabilità provvisoria non sia sufficiente la vetustà ma che sia necessario che essi presentino almeno un *fumus*, una "parvenza" di interesse culturale[16]; in ogni caso, è chiaro che l'estensione di un regime di

[14] Si veda anche l'art. 57 bis che ha esteso le procedure di cui all'art. 54, 55 e 56 anche a tutte le procedure di dismissione o di valorizzazione e utilizzazione, anche a fini economici, di beni immobili pubblici di interesse culturale.

[15] La riforma del 2008 attuata con D.Lgs. 26 marzo 2008, n. 62 ha confermato che anche gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti sono sottoposti alle medesime disposizioni dettate per le persone giuridiche di diritto privato. In realtà già ai sensi della L. n. 222/85 era previsto che gli enti ecclesiastici fossero esclusivamente quelli che "hanno personalità giuridica nell'ordinamento dello Stato" ma era rimasta dubbia sia la natura privata sia applicabilità a tali enti delle norme in materia di tutela dei beni culturali. Cfr. in tema A. PISCHETOLA, *La "nuova" autorizzazione all'alienazione di beni culturali*, in *Notariato*, 2008, pp. 695 ss. in part. 697.

[16] M. MARTINELLI, *Art. 54*, in M.A. Sandulli (cur.), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., p. 561.

inalienabilità assoluta, per quanto provvisoria, ad un insieme così ampio di beni comporta di fatto l'immobilizzazione di interi patrimoni appartenenti agli enti di natura privatistica.

La presunzione di culturalità può cadere se il procedimento di verifica si conclude con esito negativo; in questo caso, il bene sarà liberamente alienabile. Se invece il procedimento si conclude con esito positivo e dunque il bene entra a far parte del novero dei beni culturali, si applicherà l'art. 56, comma 1, lett. b) il quale sottopone alla autorizzazione ministeriale anche le alienazioni di beni culturali appartenenti alle persone giuridiche private senza fine di lucro[17]. L'autorizzazione è necessaria per qualsiasi trasferimento di proprietà a titolo oneroso o gratuito, per l'atto di permuta e per la costituzione di diritti reali di garanzia e di godimento[18]. Nel caso in cui si proceda con l'atto di trasferimento della proprietà, è poi necessario inoltrare denuncia di trasferimento al Ministero ex art. 59 al fine dell'esercizio della prelazione ai sensi dell'art. 60 da parte dello Stato o dall'ente territoriale competente[19].

Il secondo comma dell'art. 56, inoltre, prevede che l'autorizzazione sia richiesta anche nel caso di vendita, anche parziale, da parte delle persone giuridiche di diritto privato, di collezioni o serie di oggetti e di raccolte librarie (lett. a), di archivi o di singoli documenti (lett. b). Questo regime, riconducibile a quello scaturente dal vincolo di collezione, si giustifica anche in considerazione del fatto che le collezioni, in quanto tali, sono delle *universitas iuris* e pertanto devono essere preservate nella loro completezza e per quanto possibile non disperse. Esigenza questa, come noto, oggetto di pronunce giurisprudenziali fin dal 1600 da parte della Rota fiorentina[20] ma sicuramente sentita anche più recentemente con particolare riguardo alle grandi collezioni ottocentesche e al loro smembramento ad opera di eredi poco sensibili alle esigenze di preservazione dei patrimoni artistici[21].

Anche in questo caso tuttavia è evidente che il regime di circolazione è assai restrittivo e rischia di congelare anche un dinamismo che non coincide con la dispersione dei patrimoni culturali ma anzi può contribuire alla loro valorizzazione.

---

[17] Secondo un'opinione (A. FUSARO, *La circolazione giuridica dei beni immobili culturali*, in *NGCC*, 2010, pp. 12 ss. in part. 13 nota 9) le associazioni non riconosciute non sono ricomprese nel campo di applicazione della norma. Si noti inoltre che se è vero che l'autorizzazione all'alienazione presuppone che la verifica di culturalità sia già intervenuta, si registra la prassi di inoltrare ugualmente l'istanza anche prima sollecitando in questo modo la definizione del procedimento di verifica.

[18] A. FUSARO, *La circolazione giuridica dei beni immobili culturali*, p. 13 e ivi riferimenti.

[19] Ai sensi dell'art. 59 non solo gli atti a titolo oneroso, ma anche gli atti a titolo gratuito, gli atti *mortis causa* così come ogni altro atto di trasferimento della detenzione di un bene mobile vincolato devono essere denunciati al Ministero.

[20] Due casi celebri, commentati da Gino Gorla, riguardavano il Museo etrusco-romano Guarnacci di Volterra e le sue collezioni nonché la Fabbrica di Porcellane di Ginori di Firenze. Si veda G. GORLA, *Il Museo Guarnacci di Volterra, la Fabbrica di Porcellane Ginori e i palazzi di Firenze (dall'aurea giurisprudenza della Rota fiorentina al codice civile del 1942)*, in *Foro it.*, Volume XCV, Parte V-1, c. 1, 1972. La prima delle due sentenze, in particolare, appare di interesse ancora oggi innanzitutto in quanto ha considerato indivisibile la collezione d'arte contenuta nel Museo Guarnacci per ragioni culturali ed artistiche ma anche perché offre dei criteri interessanti al fine di individuare colui che dovesse essere considerato l'assegnatario di tali beni ovverosia colui che, nell'interesse pubblico e privato, era stato considerato più capace di trarre utilità dai beni, curarli nonché svilupparli.

[21] È stato oggetto di recenti studi lo smembramento della Collezione Lochis da parte degli eredi del collezionista. Si veda G. BRAMBILLA RANISE, *La raccolta dimezzata: storia della dispersione della pinacoteca di Guglielmo Lochis*, 1789-1859, Lubrina, 2007.

3. *CHARITY TRUSTS* E *TRUSTS* DI SCOPO PER LA TUTELA DEI BENI CULTURALI: IL MODELLO INGLESE TRAPIANTATO IN ITALIA

Come anticipato nell'introduzione, per la preservazione e valorizzazione dei patrimoni culturali e artistici il mondo del common law inglese e americano si è invece orientato verso l'istituto del *trust*, sia per quanto riguarda grandi istituzioni culturali (come il *National Trust inglese* e *The Paul Getty Trust* californiano) sia per le collezioni artistiche come il *Royal Collection Trust*, che conserva opere d'arte della Regina di Inghilterra, o ancora per la tutela e preservazione del lascito degli artisti, come è il caso del *Dennis Hopper Art Trust*, costituito dall'artista per il suo patrimonio fotografico. In Inghilterra, in particolare, il *trust* in questi casi persegue gli scopi filantropici e altruistici propri delle *Charity* di diritto inglese sebbene inizialmente non fosse affatto scontato che tra i "charitable purposes" fosse ricompresa anche la tutela delle arti e dei patrimoni culturali[22].

Il "National Trust for Places of Historic Interest or Natural Beauty" inglese[23] è peculiare rispetto ad altri tipi di *trust* in quanto è stato istituito nel 1895 da tre filantropi vittoriani con lo scopo di promuovere la conservazione "for the benefit of the Nation" delle terre e degli immobili di riconosciuto pregio storico, artistico, paesaggistico e culturale; successivamente, ha avuto riconoscimento attraverso un atto del parlamento inglese[24]. Pochi anni prima, nel 1883, era stato emanato anche l'*Ancient Monuments Protection Act*, ora sostituito dall'*Ancient Monuments and Archaeological Areas Act* del 1979.

Dal punto di vista strettamente giuridico, è interessante notare come nello Statuto del *National Trust* si prevede che il Consiglio del *National Trust* possa determinare che i beni siano "proper to be held for the benefit of the nation", il che suggerisce un vincolo di inalienabilità di tali beni. Quest'ultimo è del tutto eccezionale rispetto alla normale operatività dei *trusts*, dove vige la cd. *rule against perpetuities*. In questo senso, è senza dubbio possibile accostare il regime giuridico dei beni del *National Trust* alla proprietà pubblica dei beni culturali di stampo franco-italiano la quale, come detto *supra*, prevede l'inalienabilità dei beni appartenenti al demanio culturale e in generale dei beni riconosciuti di interesse culturale (o presunti tali).

A parte questa significativa eccezione, i beni detenuti nelle charities e in generale nei *trust funds* sono soggetti alle regole della proprietà fiduciaria la quale, nella sostanza, non differisce da una normale *private property*[25]; tuttavia essendo questi *trust*, come ac-

[22] Con specifico riferimento ai *charity purposes* e all'inclusione tra questi della tutela dei beni culturali, si veda J. CHEVALIER, *Arts and Culture – Charity Law, International Perspectives*, in M. CENINI, *Trust, patrimoni artistici e collezioni*, Padova, CEDAM – Wolters Kluwer, 2019. Inoltre, J. CHAVALIER-WATTS, *Charity law. International perspectives*, London, Routledge, 2018.

[23] Sul *National Trust* si veda, in lingua italiana, C. DESIDERI - EMMA A. IMPARATO, *Beni ambientali e proprietà. I casi del National Trust e del Conservatoire*, con una presentazione di C.A. Graziani, Milano, Giuffrè, 2005. Inoltre, C. LEONARD, *History of National Trust for England, Wales and Northern Ireland: from its foundation to present days*, in M. CENINI, *Trust, patrimoni artistici e collezioni*, cit.

[24] The National Trust Acts 1907-1971 as varied by a Parliamentary Scheme implemented by The Charities (National Trust) Order 2005.

[25] A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 322-322, il quale sottolinea che nei sistemi di common law è frequente il ricorso allo schema del *trust* per proteggere beni di interesse generale, con la conseguenza che anche beni che, nel modello francese, sarebbero ontologicamente demaniali, come i monumenti storici, sono oggetto di una proprietà che formalmente non differisce dalla normale *private property* ma che sostanzialmente preserva usi collettivi. È stato inoltre osservato che in Inghilterra la nozione di *cultural property* prende corpo fra il XVIII e il XIX secolo in collegamento con la nascita delle grandi collezioni private e in relazione ad un obbligo socialmente percepito, imposto ai proprietari di beni culturali, di rendere tali

cennato, prevalentemente *trust* di scopo, vale anche la regola del cd. *cy-pres* pertanto i proventi delle cessioni e delle alienazioni, che in particolare negli Stati Uniti sono molto frequenti e hanno sollevato un grande dibattito, devono comunque essere destinati allo scopo per cui è stato costituito il *trust*[26].

Il *trust* come noto, a seguito della ratifica della Convenzione dell'Aja del 1985, è ormai riconosciuto e ampiamente utilizzato anche in Italia e uno degli ambiti in cui è presente è proprio quello della tutela, valorizzazione e trasmissione dei patrimoni artistici e culturali[27].

Nel caso di *trust* con beneficiari[28], il *trust* ha solitamente una durata limitata e nell'atto istitutivo si prevede che i beni, alla scadenza del *trust*, siano trasferiti a determinati soggetti; nel caso in cui i beneficiari coincidano con gli eredi del disponente, il *trust* assume funzione di pianificazione successoria[29]. Se poi il *de cuius* è un artista, lo strumento assume anche la funzione di organizzazione del lascito artistico. Se invece il *trust* è di scopo, potrà essere di durata illimitata e potrà, se così previsto nell'atto istitutivo, sostanzialmente fungere da museo privato, in concorrenza (con le avvertenze indicate sopra) con le fondazioni private.

Nel caso di *trust* di gestione di patrimoni culturali, l'atto istitutivo solitamente prevede alcune peculiarità con particolare riferimento per esempio agli obblighi fiduciari del *trustee*: sono infatti comuni clausole che si discostano dai normali doveri di gestione prudenziale, che nel caso di gestione di patrimoni spesso coincide con la diversificazione degli investimenti[30]. Inoltre, è possibile prevedere, come nel caso dei *public trust*, delle clausole di inalienabilità dei beni o delle limitazioni alla circolazione degli stessi; ma ovviamente il *trust*, essendo frutto dell'autonomia privata, può anche prevedere al contrario la possibilità per il *trustee* di una gestione dinamica che segua gli andamenti del mercato.

È evidente comunque che per quanto riguarda il regime di circolazione dei beni, quanto detto finora si applica a beni artistici detenuti in *trust* che non siano stati dichiarati di interesse culturale ai sensi del Codice dei Beni culturali e del Paesaggio; se invece si trattasse di beni vincolati, essi sarebbero soggetti alle stesse regole previste dal Codice per tali beni e dunque, tra le altre, a quelle che prevedono la prelazione dello Stato nel momento in cui il bene fosse trasferito al *trustee*.

---

beni accessibili al pubblico. Cfr. anche M. GRAZIADEI – B. PASA, *Patrimoni culturali, tesori nazionali: il protezionismo degli Stati membri dell'UE nella circolazione dei beni culturali*, in *Contratto e Impresa/ Europa*, 2017, pp. 121 ss.

[26] Su questo tema, v. S. GALLAGHER, *Trusts and charitable donations to museums: should museums sell their collections?*, in M. Cenini, (a cura di), *Trust, patrimoni artistici e collezioni*, cit., 2019.

[27] A questo riguardo si veda C. MARCHETTI, *Costituzione di trust a tutela del patrimonio culturale privato: problematiche e soluzioni applicative*, in M. Cenini (a cura di), *Trust, patrimoni artistici e collezioni*, cit., 2019.

[28] Il *trust* con beneficiari consente al disponente di costituire un *trust* e dotarlo di un patrimonio di beni mobili ed immobili indicando al contempo, anche dettagliatamente, i compiti del gestore (*trustee*) di questo patrimonio nonché i beneficiari; questi ultimi possono essere beneficiari del reddito che può derivare dalla gestione del patrimonio e/o beneficiari del capitale. I beneficiari possono essere anche indicati successivamente, ed in questo caso di parla di *trust* discrezionale, e lo stesso disponente può essere (uno dei) beneficiari, salvo che non sia anche contemporaneamente *trustee*.

[29] In questo caso, il *trust* è costituito per atto tra vivi dal disponente. Nelle giurisdizioni di *common law* è anche possibile istituire un *trust* tramite testamento.

[30] Questo è uno dei motivi per cui il vincolo del *trust* sui beni, in particolare in un *private trust*, è strutturalmente diverso dal vincolo sui beni immobili di cui all'art. 2645 ter c.c. Infatti, uno dei vantaggi del *trust* è proprio quello di permettere la sostituzione dei beni conferiti nel *trust*. La variazione dei beni contenuti nel *trust fund* è dunque un evento normale nei *private trust* (mentre, come detto, esso può essere escluso nei *public trust*).

Va però d'altro canto rilevato che non sembra applicarsi la norma, discussa sopra, che prevede la presunzione di culturalità dei beni appartenenti alle persone giuridiche di diritto privato che risalgono a più di 70 anni e che siano opera di autore non più vivente. Al di fuori delle ipotesi di beni vincolati, dunque, si può affermare che il regime di circolazione dei beni detenuti in *trust* sia meno restrittivo, salvo sempre, come detto sopra, l'applicazione dei principi generali in tema di *cy-pres*.

4. QUALCHE OSSERVAZIONE CONCLUSIVA

La tutela, valorizzazione e gestione dei beni artistici e culturali, sia pubblici che privati, può attuarsi attraverso vari istituti e forme giuridiche e attraverso una notevole modulazione delle situazioni di appartenenza e di godimento dei beni.

A livello macroscopico appare esserci una significativa differenza tra fondazioni, quali enti dotati di personalità giuridica, e *trust*, i quali non sono altro che situazioni di appartenenza dei beni nell'interesse altrui o finalizzate al perseguimento di uno scopo.

Scendendo più nel dettaglio, si è notato che nell'ordinamento italiano i regimi di circolazione dei beni culturali sono quanto mai articolati, spaziando da un regime di inalienabilità assoluta e alienabilità controllata per il demanio, ad uno di inalienabilità provvisoria per le fondazioni fino alla verifica di culturalità, al regime di alienabilità sottoposta a prelazione dello Stato per i beni privati (compresi i beni delle fondazioni dopo il riconoscimento della culturalità); inoltre, si è osservato che nell'ambito delle fondazioni, le situazioni di godimento si alternano tra un mero diritto d'uso e un pieno possesso a titolo proprietario.

Anche il *trust* ammette una molteplicità di situazioni di godimento e di appartenenza e i beni detenuti nei *trust funds* possono essere soggetti a particolari regimi circolatori, tra cui quello della inalienabilità; la radicale differenza rispetto alle fondazioni e agli enti pubblici proprietari di beni culturali sta tuttavia nel fatto che nell'ambito della proprietà fiduciaria le variazioni e modulazioni hanno origine esclusivamente nell'atto di autonomia privata, ossia nel *deed of trust* e nei documenti ancillari (si pensi alle *letters of wishes*), mentre nell'ordinamento italiano queste articolazioni hanno origine nella legge che, per di più, è indubbiamente imperativa. Inoltre, si è osservato che al di fuori del caso dei beni vincolati, i beni, anche a valenza culturale e artistica, detenuti in *trust* non sono soggetti alla disciplina prevista per i beni appartenenti alle fondazioni i quali, come illustrato, se risalgono a più di 70 anni e sono opera di autore non più vivente, sono inalienabili in via provvisoria.

Questa complessità e la difficoltà di offrire una disciplina, soprattutto in via legislativa, a tale materia deriva dalla circostanza che sui beni culturali, come ampiamente messo in luce dalla dottrina più autorevole, si appuntano una molteplicità di interessi a volte in antitesi l'uno con l'altro; inoltre, come si è illustrato in un altro contributo a cui ci si permette di rimandare[31], tali interessi variano nel tempo così come è variato il concetto stesso di bene culturale, di patrimonio nazionale e di identità collettiva.

l diritto ha il compito di recepire tali mutamenti e se il formante legislativo tarda in questo processo, saranno dottrina, giurisprudenza e prassi a farsi portavoce di queste istanze e a venire incontro a queste esigenze.

[31] M. CENINI, *Inalienabilità del bene culturale tra valori estetici e identità collettiva*, in *Cultura e diritto vivente*, in corso di pubblicazione.

BIENES CULTURALES INMATERIALES EN ESPAÑA. TRES RESPUESTAS JURÍDICAS A TRES CONFLICTOS

María Teresa Carballeira Rivera[*]

The declaration of intangible cultural heritage entered with great force into the legal order of the signatory countries to the Convention for the Safeguarding of Intangible Heritage. In Spain, the application of this concept required a legal redefinition of the elements and techniques for the protection and promotion of these new activity-goods. The study of some cases such as falconry, the Council of good men and bull-fighting allows to delve into the legal dimension of these heritages and the difficulties presented by their safeguarding in relation to their spatial, material or identity components.

La declaración de bienes culturales inmateriales irrumpió con gran fuerza en el ordenamiento jurídico de los países firmantes de la Convención para la salvaguardia del patrimonio inmaterial. En España, la aplicación de esta figura exigió una redefinición jurídica de los elementos y las técnicas de protección y fomento de estos novedosos bienes-actividad. El estudio de algunos casos como la cetrería, el Consejo de hombre buenos y la tauromaquia nos permiten profundizar en la dimensión legal de estos bienes y las dificultades que presenta su salvaguardia en relación con sus componentes espaciales, materiales o identitarios.

[*] Catedrática acreditada de Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela.

1. INTRODUCCIÓN

El patrimonio cultural inmaterial (en adelante PCI) sigue siendo uno de los grandes retos jurídicos que aún no han encontrado el enfoque preciso. Surge, como se sabe, a instancias de los países donde la riqueza cultural no se mide tanto por inmuebles históricos como por saberes, tradiciones, conocimientos ancestrales o artes milenarias. Su reconocimiento como un bien cultural llegó al orden jurídico tras fuertes críticas a la antropologización de los bienes culturales que ello suponía y de la mano de la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial de 2003, promovida por la UNESCO que finalmente suscribieron más de doscientos países, entre ellos Italia y España en los años 2007 y 2006 respectivamente.

Fruto de aquel reconocimiento internacional fue la publicación en España de la Ley estatal 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (LSPCI), para aquellos bienes intangibles que el Estado eleve a interés nacional, así como para frenar aquellas situaciones de expoliación y exportación (artículo 149.1.28 de la Constitución española, en adelante, CE). Ello sin perjuicio de las competencias de las Comunidades autónomas para dictar su propia normativa y aplicarla a todos aquellos bienes culturales inmateriales que consideren dignos de ser catalogados y protegidos. Quedó, de este modo, definido el patrimonio cultural inmaterial como *"los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos, reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural"* (art. 2 LSPCI).

Desde entonces, han ido surgiendo numerosas manifestaciones, tanto en el ámbito estatal como autonómico españoles, que gozaron de esta protección jurídica hasta rebasar el centenar y abarcar prácticamente todas las categorías[1]. Muchas de ellas también obtuvieron el reconocimiento por la Unesco como patrimonio de la humanidad tales como el flamenco (2010), el Misterio de Elche (2008), los Castells (2010), los tribunales consuetudinarios de regantes (2009), el silbo gomero (2009), las fallas de Valencia (2016), el arte de la piedra en seco (2018) o el más reciente del arte de la fabricación artesanal de la cerámica estilo talaverana (2019). Y así hasta superar la veintena de bienes intangibles.

[1] De acuerdo con el artículo 2 LSPCI, estas categorías se clasifican normalmente en las siguientes:

a) Tradiciones y expresiones orales, incluidas las modalidades y particularidades lingüísticas como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; así como la toponimia tradicional como instrumento para la concreción de la denominación geográfica de los territorios;

b) artes del espectáculo;

c) usos sociales, rituales y actos festivos;

d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo;

e) técnicas artesanales tradicionales;

f) gastronomía, elaboraciones culinarias y alimentación;

g) aprovechamientos específicos de los paisajes naturales;

h) formas de socialización colectiva y organizaciones;

i) manifestaciones sonoras, música y danza tradicional.

2. SOBRE LA PROTECCIÓN Y VALORIZACIÓN DE ESTE PATRIMONIO CULTURAL

Evidentemente, tal reconocimiento obliga a los poderes públicos a trabajar a fondo en su conservación y enriquecimiento según señala el artículo 46 de la CE. Ello que significa, cuanto menos, el deber de adoptar medidas de limitación y de fomento en favor de estos bienes, pero también una importante labor de adaptación de los instrumentos existentes a las peculiaridades de esta nueva categoría. Figuras como la expoliación o exportación, la titularidad comunitaria, los productos efímeros, o la ruptura de la tríada clásica vida-autor-obra, exigen una relectura y un notable esfuerzo de reacondicionamiento jurídico para adaptarlos a la auténtica naturaleza del patrimonio intangible.

Algunos de esos esfuerzos ya se han hecho. Así, se ancló el concepto de función social a la definición de expoliación entendiendo que se da tal situación cuando hay "una pérdida del bien o menoscabo de su función social", procediéndose, en estos supuestos a ofrecer protección a través de su catalogación en los registros públicos. Otras figuras, sin embargo, permanecen aún en la vía media como la exportación ilegal del PCI que se ciñe en la ley únicamente a la afectación de los bienes muebles. Se aprecia este supuesto en aquellos casos en los que la salida al exterior del bien material soporte del PCI impida o desnaturalice el desenvolvimiento normal de la práctica cultural o de los valores para su comunidad de origen de que éste es portador (art. 5 LSPCI).

Por su parte, la identificación y catalogación es quizá el mecanismo más usado y simple para la defensa de estos bienes ya que implica no sólo su definición y delimitación de sus elementos sino también establecer "las medidas específicas y singulares de protección respecto de los bienes muebles e inmuebles asociados intrínsecamente a aquél, siempre que esa protección permita su mantenimiento, evolución y uso habitual" (artículo 4 LSPCI). Entre esas medidas se encuentran las establecidas en regulaciones sectoriales tales como la fijación de restricciones urbanísticas o de ordenación del territorio, las de corte ambiental o las relativas a la protección de especies vivas.

En cuanto a su fomento o valorización, la normativa nos remite a los principios de comunicación, accesibilidad, participación y sostenibilidad como los grandes sostenedores de este patrimonio para el disfrute de las futuras generaciones. Específicamente, se señalan en la LSPCI algunas acciones como la incorporación de este tipo de sabidurías o artes en la educación reglada de escuelas y universidades (así sucede con el silbo gomero), la creación de incentivos fiscales o financieros para el sostenimiento de estas actividades, la creación de condiciones para fomentar la difusión y el intercambio de conocimientos en todo el territorio español favoreciendo la comunicación cultural o en fin, la creación de programas de sensibilización sobre este patrimonio.

Con todo, aún estamos en el inicio de un largo camino por recorrer que seguramente supondrá un cambio importante de enfoque jurídico que habrá que asumir para estar a la altura de los nuevos retos. Incluso, no faltan voces que se plantean seriamente si el Derecho tiene que intervenir sobre las nuevas manifestaciones culturales y hasta qué punto la normativización y juridificación de los bienes culturales inmateriales es más perniciosa que beneficiosa para su libre desarrollo y conservación[2].

[2] Sobre el papel del Derecho en la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial, véase López Ramón, F., «Fuentes y concepto del Patrimonio Cultural en el ordenamiento español», *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*, López Ramón, F. (Coord.), INAP, 2017, pp. 17-30. Martínez, L. P., «La tutela legal del patrimonio cultural inmaterial en España: valoración y perspectivas», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Vol. I, 7, 2011, pp. 123-150. Marzal Raga, R., *El patrimonio cultural inmaterial. El impacto de la Ley 10/2015, de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018. Vaquer Ca-

3. TRES BIENES CULTURALES INTANGIBLES. TRES CONFLICTOS JUDICIALES

El marco jurídico descrito brevemente, pese a ser bastante amplio y general, generó más de un conflicto de intereses que tuvieron que ser resueltos en sede judicial. Destacamos en este sentido tres importantes bienes culturales intangibles cuyo nivel de protección tuvo que ser definido mediante la correspondiente sentencia contencioso-administrativa. Así sucede con la tauromaquia, el Consejo de hombres buenos y la cetrería a los cuales dedicaremos las siguientes páginas de este trabajo.

3.1. La tauromaquia

La tauromaquia es esencialmente el arte de lidiar el toro, esto es, el conjunto de reglas, ritos, costumbres, técnicas y preceptos necesarios para acometer la lucha con el toro.

La lidia del toro abarca un amplio número de espectáculos y no todos conllevan la muerte del animal, aunque sí una cierta dosis de sufrimiento. Podemos destacar dos manifestaciones diferentes. Por un lado, los bous al carrer, el encierro, la course camarguaise o landaise y el rodeo, que suponen retar las habilidades y destrezas del animal con el fin de guiarlo hacia algún destino u objetivo[3]; y por otro, la corrida con sus múltiples variantes internacionales, las novilladas, las capeas o el rejoneo, en donde el eje central del espectáculo consiste en conseguir la redención del toro ante el hombre, con o sin muerte del animal.

La tauromaquia goza de un recorrido histórico secular en España que la hizo merecedora de su clasificación como patrimonio cultural inmaterial mediante la Ley 18/2013, de 12 de noviembre. Hoy en día encontramos expresiones de este arte y costumbres en torno a la figura del toro en dos continentes y ocho países: en Europa, en Francia, Portugal y España. En América, en México, Ecuador, Colombia, Perú y Venezuela.

Aunque con ciertos altibajos a lo largo de la historia, provocados entre otros por el rechazo de la dinastía borbónica a la fiesta del toro, lo cierto es que ganó el favor de la monarquía en el siglo XVI con el emperador Carlos I y nunca llegó a perder su vigencia. Antes bien, de las capas regias se trasladó al pueblo llano quien cogió el testigo de este espectáculo hasta hacer de él una verdadera profesión. En 1776 encontramos ya claros testimonios de la fiesta taurina celebrada en numerosos lugares de la geografía española y ejecutada por toreros profesionales que hacen giras periódicas y estables en el tiempo.

La profesionalización efectiva tendrá lugar con la aparición de las primeras "Escuelas gimnasio de tauromaquia" sevillanas en 1830. La denominación merece ser tenida en cuenta puesto que con ella se quiere poner de relieve que el arte de la lidia que se enseña en estas escuelas va más allá de una mera actividad lúdica para convertirse en un verdadero modelo de educación integral de los jóvenes que ingresan en esos centros. A consolidar aún más si cabe el espectáculo taurino llegó el Derecho que interviene a partir de 1929 para juridificar prácticamente todos los perfiles de la actividad, tales como la regulación de la *lex artis*, los espacios o plazas donde se realiza la lidia, las caracterísi-

balleria, M., «La protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial», *Museos.es*, *Revista de la Subdirección General de museos estatales*, 1, 2005, pp. 87-97. Velasco Maíllo, H. M., «Patrimonio cultural inmaterial», *Mediación y Gestión del Patrimonio en Europa*, Antigüedad Del Castillo-Olivares, Mª D. (Dir.) y Martínez Pino, J. (Coord.), Ed. Universitaria Ramón Areces, 2012, pp. 61-76.

[3] Alguna de estas variantes han sido reconocidas como patrimonio cultural inmaterial de la Humanidad por la Unesco. Es el caso de la charrería mejicana, un arte ecuestre de cría y cuidado del ganado.

cas del animal, los criadores y ganaderos del toro de lidia o las normas de orden público relativas a la organización y celebración de estos espectáculos públicos[4]. Acompañando este proceso de afirmación, surgirá un vasto conjunto de manifestaciones culturales que dejaron su huella en la pintura, escultura, música, literatura o la alta costura, entre otros.

Todas estas realidades son las que han permitido calificar a la tauromaquia como algo más que un mero espectáculo para transformarse en una manifestación cultural con unas consecuencias jurídicas importantes como luego veremos. Así pues, podríamos afirmar que trescientos años después, la tauromaquia es algo más que un espectáculo de combate entre el hombre y el toro. Es un conjunto de manifestaciones artísticas, creativas y productivas en torno a la lidia del toro y que, por ello, goza de la protección que le otorga su declaración como bien cultural inmaterial en todo el Estado español desde 2013[5].

A) Las primeras legislaciones antitaurinas

Sin embargo, no todo son luces en este proceso de consagración cultural. De un tiempo a esta parte puede decirse que la tauromaquia sufrió un duro revés debido a la conciencia animalista imperante en la sociedad actual que pone el foco en los seres sintientes antes que en el valor cultural del espectáculo. Esta transformación se manifiesta tanto en la legislación que aparece a partir de 2010 España y en casi todos los países de tradición taurina como en una novedosa jurisprudencia constitucional vacilante y temerosa de afrontar los nuevos retos de la tauromaquia[6].

La regulación de la lidia del toro afecta sobre todo a tres tipos de competencias: protección de los animales, espectáculos públicos y cultura. En las dos primeras, la competencia autonómica es de carácter exclusivo mientras que en materia de cultura la competencia es compartida de modo que el Estado asume en el art. 149.1.28 CE la competencia exclusiva para la "defensa de patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación" dejando el resto de la materia a la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas. Las Comunidades Autónomas se ampararon especialmente en sus competencias exclusivas para dictar las prohibiciones de la lidia con muerte del toro.

Así, en el año 2010 se aprueba la primera legislación autonómica que rechaza expresamente la corrida de toros en una Comunidad Autónoma basándose en la defensa de

[4] Destaca el Real Decreto 2641/1929, de 21 de diciembre y la Real orden de 2 de enero de 1930, número 9.

[5] En la Ley 18/2013, de 12 de noviembre para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural, se define como "el conjunto de conocimientos y actividades artísticas creativas y productivas incluyendo la crianza y selección de toro de lidia, que confluyen en la corrida de toros moderna y el arte de lidiar, expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español. Por extensión, se entiende comprendida en el concepto de Tauromaquia toda manifestación artística y cultural vinculada a la misma" (artículo 1).

[6] Sobre las posturas doctrinales españolas recientes a favor y en contra del mantenimiento de esta expresión cultural, véase Martínez Sabater, M., *"El festejo taurino popular: la tauromaquia del pueblo*", Revista valenciana d'estudis autonòmics", nº 58, 2, 2013, págs. 96-109; Carrillo Donaire, J.A., *"La protección jurídica de la tauromaquia como patrimonio cultural inmaterial"*, Revista General de Derecho Administrativo, nº. 39, 2015; Alegre Ávila, J.M., *"Toros y Patrimonio Cultural: la tauromaquia como Patrimonio Cultural inmaterial (consideraciones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2016, de 20 de octubre)"*, Patrimonio cultural y derecho, Nº 21, 2017, págs. 551-607; Villegas Moreno, J.L., *"La tauromaquia como valor cultural y medioambiental. Una aproximación comparada",* Revista Aragonesa de Administración Pública, Nº 49-50, 2017, págs. 231-256; Ridau, J., *Toros: entre l'espectacle públic, el patrimoni cultural i la protecció animal: Comentari a la STC 177/2016, de 20 d'octubre, sobre la prohibició de les corrides de toro"*, Revista catalana de dret públic, nº. 54, 2017, págs. 171-184; Baquero Riveros, J. E.*, "Los espectáculos taurinos en España y Colombia: Análisis jurídico desde la perspectiva del bienestar animal y su relevancia constitucional",* Revista Aranzadi de derecho ambiental, nº. 41, 2018, págs. 249-299.

los derechos de los animales[7]. Será la Ley catalana 28/2010, de 3 de agosto[8], que modifica el art. 6 de la legislación sobre protección de animales la que declare por primera vez la prohibición de "las corridas de toros y los espectáculos con toros que incluyan la muerte del animal y la aplicación de las suertes de la pica, las banderillas y el estoque, así como los espectáculos taurinos de cualquier modalidad que tengan lugar dentro o fuera de las plazas de toros". Deja a salvo, sin embargo, una tradición de fuerte arraigo en Cataluña como es las carreras con toros.

La Comunidad balear se sumó a la posición de la legislación catalana dictando a Ley 9/2017, de 3 de agosto, de regulación de la corrida de toros y de protección de los animales en las Islas Baleares. Al contrario de aquélla, utiliza otra estrategia que consiste en permitir la celebración de la corrida de toros, pero sometiéndola a numerosas limitaciones tales como límites de edad y peso de los toros, prohibición de la muerte, eliminación de la presencia de caballos en el espectáculo, limitando el tiempo de permanencia del toro en la arena a un máximo de diez minutos o estableciendo un número máximo de tres toros por corrida para torear. Ambas normas se dictaron al amparo de las competencias exclusivas que ostentan las Comunidades autónomas en materia de protección de animales y de espectáculos públicos.

En otras Comunidades Autónomas como Castilla y León, de gran tradición taurina también se dictaron normas modulando el espectáculo taurino, aunque no referido a la corrida. Fue el caso de la fiesta del Toro de la Vega en la que se prohibió la muerte en público del animal en aplicación del Decreto-ley 2/2016, de 19 de mayo, que prohíbe la muerte de las reses de lidia en presencia del público en los espectáculos taurinos populares y tradicionales en Castilla y León. La sentencia que resolvió el conflicto surgido a raíz de esta prohibición argumentó en su defensa que "no es razonable entender que el deber que a los poderes públicos incumbe de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio cultural (artículo 46 de la Constitución) imponga la obligación de mantener, de modo incondicional, una interpretación que tienda al mantenimiento de todas las manifestaciones inherentes a los espectáculos tradicionales, como pueden ser las corridas de toros, sin tener en cuenta otros derechos e intereses protegidos y también otros valores culturales, a veces contrapuesto, que han de ser también adecuadamente ponderados"[9].

Como no podía ser menos, los derechos de los animales se contraponen a los derechos culturales en todos estos casos. No hay que olvidar que el bienestar animal es un bien jurídico que goza de una gran protección en todas las Comunidades Autónomas. De hecho, puede llegar a tener capacidad de imposición y desplazamiento de otros derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico como la unidad de mercado, la libre circulación o los derechos culturales. Sin embargo, muchas legislaciones trataron de compaginar ambos intereses mediante la imposición de la excepción cultural en sus normas[10].

[7] Con anterioridad, la Ley 8/1991, de 30 de abril, de protección de los animales de las Islas Canarias ya había prohibido tácitamente las fiestas taurinas al prohibir la utilización de animales en espectáculos y otras actividades que conlleven maltrato, crueldad o sufrimiento.

[8] Dicha ley introdujo modificaciones en el Texto Refundido de la Ley catalana de Protección de los animales aprobado por Decreto legislativo 2/2008, de 15 de abril.

[9] Sentencia del Juzgado de lo contencioso, sede Valladolid, 146/2017, de 4 de octubre.

[10] En efecto, el resto de la legislación autonómica sobre espectáculos taurinos admitió la lidia del toro en sus diversas versiones, con o sin muerte del animal, por dos vías: la primera, creando sus propios reglamentos taurinos y excluyendo expresamente esta materia de las leyes de protección de animales (Andalucía, Aragón, Navarra, País Vasco y Castilla y León) y la segunda, seguida por el resto de Comunidades Autónomas, estableciendo una excepción a la prohibición del maltrato animal o su utilización en espectáculos en las leyes de protección de los animales.

También, desde el punto de vista del derecho comunitario europeo, el bienestar animal se concibe como una "razón imperiosa de interés general" al quedar conectado a los deberes de protección de medio ambiente, la agricultura y ganadería y la sanidad animal[11]. Supone estar ante un principio de interpretación jurídica con capacidad de justificar, en ausencia de armonización normativa europea, las medidas de los Estados miembros que obstaculizan el comercio intracomunitario o imponen otra serie de limitaciones al ejercicio de los derechos. En este argumento se basaron las restricciones que la ley balear impuso al transporte del toro obligando a adquirir el animal en las ganaderías más próximas al lugar de celebración del festejo taurino, entre otras.

Semejante afirmación puede aplicarse también al ámbito internacional. No en vano, de este cambio de rumbo surgió toda la regulación administrativa sobre protección de animales, así como una jurisprudencia con impacto internacional que aboga por la erradicación de prácticas abusivas con los animales. Ejemplos de ello son la prohibición de la caza del zorro en Inglaterra mediante la promulgación de la Hunting Act de 2004 o la declaración de la explotación de aves para producción de determinados alimentos en Israel (sentencia Noah vs. The Attorney General (HCJ 9232/01 de 11 agosto de 2003 sobre producción de paté). Y en relación con la tauromaquia, también encontramos contestaciones jurídicas a favor de la protección animal tales como la anulación judicial de la declaración de la tauromaquia como patrimonio cultural inmaterial francés por la justicia gala (Sentencia de la Cour Administrative d'Appel de Paris de 1 de junio de 2015 ratificada por el Consejo de Estado francés en agosto de 2016). Y en Colombia, los pronunciamientos antitaurinos de ciudades como Bogotá, Sonora o Maracaibo o las sentencias de algunos tribunales reconociendo el derecho a la prohibición del espectáculo si bien, sin repercusión nacional.

B) La legitimación cultural de la tauromaquia en sede normativa y jurisprudencial

Para resolver el conflicto de intereses entre tauromaquia y bienestar animal se produjeron dos reacciones paralelas en España cuyo objetivo común fue blindar culturalmente este espectáculo. De un lado, el Tribunal Constitucional dictó dos sentencias muy controvertidas sobre la materia. La STC 177/2016, de 20 de octubre, declarando inconstitucional la norma catalana de prohibición de la corrida de toros; y la STC 134/2018, de 13 de diciembre por la que, alegando otros motivos, declara también inconstitucional la legislación antitaurina de las Islas Baleares. La declaración de inconstitucionalidad de las citadas leyes se basa en la vulneración de las competencias del Estado en materia de cultura, en concreto, en el art. 149.2 CE.

De otro lado y al mismo tiempo que se planteaba el conflicto constitucional, el legislador estatal, a la vista del movimiento antitaurino que comenzó a surgir por toda la geografía española, adoptó una postura defensiva dictando la ya mencionada Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural. En dicha ley se señala que la tauromaquia es cultura porque "es una manifestación artística en si misma desvinculada de ideologías en las que resaltan valores profundamente humanos como pueden ser la inteligencia, el valor, la estética, la solidaridad o el raciocinio como forma de control de la fuera bruta". Afirma que forma parte de la cultura tradicional y popular ya que "existe un consenso en la aceptación mayoritaria del carácter cultural, histórico y tradicional de la tauromaquia" y por ello debe ser catalogada como PCI nacional. Consecuentemente, "es responsabilidad de los poderes pú-

[11] La Unión Europea es líder mundial en la protección de animales de granja y laboratorio. Esta política comenzó con la Directiva del Consejo 98/58 / EC sobre la protección de los animales mantenidos con fines agrícolas y hoy cubre sectores como el transporte, la muerte, los animales de laboratorio, las especies silvestres, las mascotas, zoología y caza. http://www.bienestaranimal.eu/baeu.html .

blicos asegurar la libertad del creador y, en este caso, del desarrollo de cualquier expresión artística, como es la Tauromaquia y el respeto hacia ella".

Con esta declaración normativa de ámbito nacional, el espacio dejado a las Comunidades autónomas para la toma de decisiones jurídicas sobre la cultura taurina quedó muy limitado. Lo único que pueden hacer es someter el espectáculo taurino a algunas restricciones siempre y cuando no desfiguren el arte de la lidia moderna. Así, se dice expresamente que en ejercicio de sus competencias sobre protección del bienestar animal no se pueden establecer requisitos para el especial cuidado y atención del toro bravo, tales como garantizar su estancia en corrales, asegurar su bienestar en el transporte promoviendo el traslado del toro desde las ganaderías más cercanas a la plaza de toros, prohibir darle muerte, impedir el uso de utensilios como las banderillas, picas o espadas o cualquier instrumento punzante que pueda producir heridas o la muerte del toro o , en fin, impedir la representación de los dos primeros tercios de la corrida (varas y banderillas)[12].

Volviendo a las citadas sentencias, el Tribunal Constitucional reconoció que el bienestar animal constituye, como se dijo, una imperiosa razón de interés general con capacidad para modular otros títulos competenciales y así viene proclamado en las Directivas europeas. Sin embargo, justifica su inaplicación al ámbito cultural porque su defensa sólo se manifiesta en relación con «la protección del medio ambiente» y «la sanidad animal». De hecho, el considerando 40 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, establece el bienestar animal como una de esas razones imperiosas de interés general que pueden fundamentar una restricción a la libertad de circulación y establecimiento.[13] Y lo mismo ocurre en el ámbito agrícola y ganadero en donde el bienestar animal condiciona las políticas de ayudas de la Unión europea. O incluso en materia ambiental y la prohibición de caza con cepo de animales salvajes.

A este argumento, el Tribunal sumó otros aspectos que vinieron a reforzar la primacía del valor cultural de esta manifestación en detrimento de los derechos animales. Uno, la utilización por parte de las Comunidades Autónomas de medidas inadecuadas y desproporcionadas que impiden, según el Tribunal Constitucional, compatibilizar la libre circulación, la unidad de mercado interior y la primacía del bienestar animal[14]. Y la otra, la falta de voluntad del Tribunal de resolver el alcance de la competencia autonómica sobre bienestar animal y su poder para modular las relativas a cultura. Todo lo cual, dio como resultado, la pervivencia de la corrida en todo el territorio español y la imposibilidad de su prohibición o modulación en términos que le hagan perder su identidad.

[12] STC 134/2018, de 13 de diciembre, fundamentos jurídicos 6 y 7. En concreto se dice que la aceptación de estas restricciones y prohibiciones que recoge la ley balear supondría la desnaturalización de la corrida de toros: " aun aceptando el razonamiento del preámbulo de la Ley 9/2017, en el que se apela a que en el ámbito autonómico, en algunas comunidades se han aprobado reglamentos taurinos que adaptan la reglamentación estatal para adecuar estos espectáculos a la realidad actual y a las peculiaridades de cada sociedad, en ningún caso el ejercicio de la competencia puede llegar a comprometer la declaración de patrimonio cultural inmaterial efectuada por el Estado" (Fundamento jurídico 7).

[13] STC 134/2018, de 13 de diciembre, fundamento jurídico 8.

[14] Esta ha sido una de las razones de que se emitiesen tantos votos particulares a la citada sentencia. Uno de ellos dice: "La posición mayoritaria no ha puesto de manifiesto de manera convincente ni probado las razones de por qué estas medidas, con indudable conexión con consideraciones relativas a los espectáculos públicos y al bienestar animal cuya competencia corresponde a la comunidad autónoma, representan una incidencia en el desarrollo fenomenológico de la corrida de toros como manifestación artística y cultural que puede resultar determinante de su inconstitucionalidad". Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5462-2017.

Con todo, esta aparente victoria de la tauromaquia a través de su reconocimiento como PCI tendrá que ser revalidada por la sociedad española pues la cultura y, especialmente, sus manifestaciones intangibles son legados vivos y dinámicos que requieren ser interiorizados por las comunidades y sus gentes. Sólo así se consigue su perduración y sostenibilidad en el tiempo y hoy en día la lidia del toro está bastante cuestionada en la sociedad española pese a la cobertura cultural que se le brindó.

3.2. El Consejo de Hombres Buenos

El Consejo de hombres buenos de la Huerta de Murcia junto con el Tribunal de Aguas de Valencia son dos bienes culturales inmateriales inscritos en el año 2009 en la lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la Humanidad de la UNESCO dentro de la categoría de "conocimiento y usos relacionados con la materia y el universo".

El valor cultural del Consejo de hombres buenos reside en ser una institución jurídica consuetudinaria encargada de gestionar el agua y dirimir los conflictos de los regantes de la huerta mediterránea de Murcia ejerciendo su jurisdicción sobre más de 23.000 miembros. Sus reglas, organización y ejercicio de autoridad se remontan a la época de los asentamientos árabes en Al Ándalus durante los siglos IX a XIII. Es, como se señala en su declaración como bien de interés cultural autonómico[15], "uno de los pocos reflejos contemporáneos de los consejos de ancianos de otras sociedades, basados en la idea de entender la experiencia como un grado de prestigio".

Su reconocimiento como PCI autonómico y después mundial no sólo se debe a sus funciones jurisdiccionales sino también a su condición de "símbolos visibles de sus respectivas comunidades"[16] por su potencial visual e identitario, por su capacidad de transmisión oral de un conocimiento secular, por sus ritos y ceremonias y por su capacidad de ser guardianes de oficios, costumbres y tradiciones entre las que destaca la propiedad comunal del agua. Además, constituyen una referencia del diálogo intercultural, puesto que cuenta con un origen musulmán que trascendió las distintas culturas y territorios para instalarse en los países de influencia hispana. Y son verdaderas lecciones consuetudinarias de democracia ya que su organización "parte de la base de que cualquier procurador es conocedor de las ordenanzas y costumbres de la huerta, al ser también regante, y en base a ello está capacitado para participar en el tribunal"[17].

A) El elemento material asociado al Consejo de hombres buenos

De lo antedicho fácilmente se desprende que la pervivencia del Consejo de hombres buenos como PCI no depende sólo de su existencia como órgano judicial consuetudinario, sino que precisa de un territorio o jurisdicción sobre el que ejercer su actividad. El territorio y sus bienes muebles asociados vienen definidos por el conjunto de huertas, vegas acequias e infraestructura de regadíos (embalses, canales, separadores, molinos, norias, válvulas) que dan soporte material a este bien. Consiguientemente, su salvaguardia pasa por identificar, delimitar, inventariar y otorgar protección jurídica a dichos bienes encuadrables en la huerta murciana sobre la que se asienta a su vez la comunidad de regantes. En otros términos, saber si los más de 500 kilómetros cuadraros de huerta de regadío que hay en esta zona requieren una protección especial o basta con una parte. Algunos de estos elementos fueron declarados bien de interés cultural con anterioridad al reconocimiento de este PCI tal como ocurre con la presa del río Segura denominada

[15] Decreto n.º 210/2008 de 18 de julio, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por el que se declara bien de interés cultural el Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia.

[16] Servicio de Patrimonio Histórico de la Región de Murcia y Generalitat Valenciana, 2008.

[17] Justificación del Decreto nº 210/2008, cit.

Azud de la Contraparada[18]. Otros, sin embargo, quedaron sin definir y en la actualidad su delimitación es objeto de permanente disputa judicial.

B) Los conflictos judiciales sobre el territorio

Una de las primeras demandas judiciales fue planteada por la Asociación para la conservación de la huerta de Murcia. Solicitó la modificación de la declaración de bien de interés cultural del Consejo de hombres buenos para que se incluyese "una relación y descripción detallada del sistema de regadío tradicional como conjunto". Señalaba que este espacio tiene que estar bien delimitado para poder proteger de manera eficaz el PCI:

> "El sistema de regadío tradicional de la Huerta de Murcia generador del paisaje huertano no puede ser tratado como una serie de elementos aislados e inconexos, sino como un conjunto del que todos forman parte, falta en el referido Decreto, a juicio de la recurrente, una descripción clara y detallada del sistema de regadío tradicional, los cauces de las acequias y azarbes que aún quedan en la Huerta de Murcia y todas las construcciones vinculadas a estos cauces, como molinos, puentes, acueductos y otros sistemas de regadío tradicional para que así puedan ser protegidos, ya que de su conservación depende la supervivencia del Consejo de Hombres Buenos , pues es la Huerta de Murcia la razón de su existencia"(fundamento jurídico 1)

La sentencia del Tribunal superior de justica de la Región de Murcia 617/2010, de 31 de julio resolvió esta cuestión declarando la improcedencia de la petición. Decide denegar la modificación alegando que la declaración de la huerta murciana como bien de interés cultural es un procedimiento independiente y nada tiene que ver con el PCI del Consejo de hombres buenos. De modo que, a tenor del Tribunal, el citado bien puede conservarse y fomentarse sin necesidad de vincularlo al territorio y ofrecer a la huerta el estatus de bien cultural:

> "Por tanto, aún cuando no se haya recogido una descripción detallada del sistema de riego tradicional, sí se contiene una descripción general como elemento vinculado al Consejo de Hombres Buenos. Pero también están vinculados al Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia otros bienes materiales e inmateriales, como son por ejemplo las Ordenanzas de la Huerta, las Comunidades de Regantes, la Junta de Hacendados, etc... Y no es posible que el Decreto de declaración de BIC contenga una relación exhaustiva y detallada de todos estos elementos vinculados. En realidad, lo que pretende la demandante es que se declare también como BIC ese sistema de regadío tradicional, pero ello deberá hacerse a través de un procedimiento autónomo, pues son elementos distintos el sistema de riego de la Huerta de Murcia y la institución del Consejo de Hombres Buenos, por mucha vinculación que exista entre ambos". (Fundamento jurídico 2)

[18] Real Decreto 2733/1982, de 10 de septiembre, por el que se declara monumento histórico-artístico, de carácter nacional, la presa del río Segura, denominada «Azud de la Contrapartida», en Murcia. Asimismo, se reconoció la Rueda de La Ñora, con categoría de monumento, por Real Decreto 3249/1982, de 12 de noviembre. Y la Rueda de Alcantarilla y el Museo Etnológico de la Huerta declarados monumentos por el Real Decreto 1757/1982, de 18 de junio.

El segundo intento se zanjó con la Sentencia del Tribunal superior de justicia de la región de Murcia 725/2015, de 4 de septiembre. En este caso, dicha asociación intentó el mismo objetivo mediante la declaración de la huerta murciana como lugar de interés etnográfico al que se opuso la comunidad de regantes. Al respecto se explica que la red de regadío tradicional no es un todo homogéneo y que aunque su configuración caracteriza el paisaje de la huerta, ésta se ha ido modificando a lo largo del tiempo como consecuencia del desarrollo de los municipios de su entorno, quedando parte de ella, en ocasiones, entubada y soterrada bajo los núcleos de población y en otros casos ampliada mediante la construcción de nuevas acequias, con el fin de poder atender las demandas de riego de nuevas zonas agrícolas, por lo que no cabe atribuirle a toda la red unos mismos valores culturales. Añade, además, que gran parte de los elementos integradores de la red de regadío de la huerta se encuentran ya protegidos de forma directa como bien de interés cultural o a través de los propios instrumentos de planeamiento municipal.

Asimismo, en defensa de la desestimación se alega por el Tribunal las dificultades de orden urbanístico que supondría una catalogación cultural de la huerta murciana como es la obligación de elaborar un plan especial para toda la superficie.[19] Pero también la pérdida de la finalidad del sistema de riego y la creación de dificultades burocráticas añadidas a su gestión que ello supondría. Dice:

> "Y tampoco cabe perder de vista cual es el fin primordial de la red hidráulica de la Huerta de Murcia, que no es otro que servir para el riego de la huerta murciana, objetivo que sin duda se vería seriamente dificultado, sino impedido, en caso de que fuera declarada BIC y así lo destacan los informes a los que nos venimos refiriendo y la propia Orden impugnada, ya que tal declaración supondría, sin duda, mayores dificultades burocráticas en su gestión, en detrimento de las competencias atribuidas a la Comunidad de Regantes, Junta de Hacendados y Consejo de Hombres Buenos, a los que les viene atribuida, al verse implicadas en ella distintas administraciones a las que habría que pedir las autorizaciones necesarias" (fundamento jurídico 4)

El tercer intento se centró en la impugnación del planeamiento urbanístico de desarrollo que se saldó con la sentencia del mismo Tribunal 122/2019, de 8 de marzo. En este caso se pretendió la anulación del plan parcial por su incidencia en determinadas acequias sobre las que se proyectaba su entubamiento y la tala de la vegetación de la orilla. Se solicitó su integración en los espacios verdes para garantizar la conservación de los olmos existentes, la avifauna y anfibios vinculados a la olmeda y a los cauces de las acequias.

El Tribunal superior de justica murciano negó la mayor señalando que la calificación urbanística de este suelo es de urbanizable por lo que nada hay que objetar: "los citados terrenos dejaron de ser considerados como "medio natural" al ser clasificado su suelo como suelo urbanizable". "A ello se ha de añadir que el Plan Parcia impugnado, a la vista de que las referidas acequias discurren enterradas o bajo edificaciones en el suelo urbano contiguo al casco de Aljucer, considera adecuada la solución de entubarlas manteniendo su funcionalidad hidráulica y el servicio que prestan como cauces de riego al en-

[19] Señala: "Se deduce que la declaración de bien de interés cultural ha de estar referida a lugares o instalaciones concretas y no a toda una red de riego de mas de 500 kms., ya que en este caso resultaría extremadamente dificultoso, sino imposible, elaborar el Plan Especial que el artículo 44 de la Ley exige a los distintos municipios por los que discurre y que debe quedar aprobado en el plazo de dos años desde la declaración de BIC." (fundamento jurídico 4).

tender que resulta la solución más adecuada técnicamente por razones de seguridad y salubridad" (fundamento jurídico 8).

En síntesis, podemos concluir que la definición de los elementos materiales que acompañan al PCI no es un tema pacífico puesto que confluyen intereses diversos y no siempre es tarea sencilla determinar el ámbito correcto. Las claves para su definición radican en observar la relación con el elemento inmaterial y su adecuación para garantizar su existencia. Específicamente, como apunta la legislación, deben estar intrínsecamente asociados a aquél y su protección ha de permitir el mantenimiento, evolución y uso habitual. Consiguientemente, un exceso de celo en la ampliación del soporte material puede llegar a ser tan perjudicial como un defecto pues la intervención pública implica la imposición de limitaciones y controles que pueden llegar a impedir la natural evolución y desarrollo de ese patrimonio inmaterial. El defecto, evidentemente, puede desnaturalizar el bien cultural hasta el punto de hacer inviable su existencia y desarrollo. Principios como el de razonabilidad o proporcionalidad son esenciales para su definir la justa medida en cada caso.

3.3. La cetrería

Al igual que los ejemplos anteriores, la cetrería es un bien intangible que mereció su inclusión en la Lista Representativa del Patrimonio Inmaterial de la UNESCO gracias a la candidatura compartida de dieciocho países de tres continentes entre los que se encuentran comunidades tan diversas como Italia, España, Marruecos, Mongolia, República de Corea, Kazajstán o Emiratos árabes unidos.

Como se sabe, la cetrería es un arte milenario y una "actividad tradicional de captura, entrenamiento y vuelo de aves rapaces para capturar la caza" en su medio natural, practicada por individuos de ambos sexos, edades y condición. Por su vinculación a los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, la cetrería es una "tradición oral transmitida de generación en generación que promueve el respeto por la naturaleza y el medio ambiente y da a sus comunidades un sentido de pertenencia, orgullo, continuidad e identidad"[20]. De ella se dice también que, si bien nació como un medio de procurarse alimento, con el paso del tiempo adquirió nuevos valores y usos identificándose con el espíritu de compartir, camaradería y expresiones de libertad. Hoy en día, la cetrería se practica en más de ochenta países.[21]

En España, este PCI obtuvo la protección cultural en dos Comunidades Autónomas del centro de España, la Comunidad de Castilla y León y la Comunidad de Castilla-La Mancha en 2011 y 2014 respectivamente [22].

A) La cetrería como arte de caza

Su condición de técnica de caza hizo que tuviese que adaptarse a las reglas de este deporte y a la normativa sobre conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre. Como tradición que utiliza a las aves para su cría y adiestramiento, quedó sometida a la normativa sobre protección de animales silvestres. Asimismo, al trabajar con aves rapaces, algunas en peligro de extinción y otras sometidas a controles de comercialización, se incrementó el volumen de obstáculos legales a superar para

[20] Decisión 11.COM 10.b.15 de la reunión en Addis-Abeba el 22 de diciembre de 2016, p. 46.

[21] Dossier de la candidatura n° 01209, p. 8.

[22] Son las Comunidades autónomas de Castilla y León adoptado por el Acuerdo de la Junta de Castilla y León 221/2011, de 24 de noviembre y la Comunidad autónoma de Castilla-La Mancha, cuyo Acuerdo se adoptó el 6 de febrero de 2014.

ejercer este arte ancestral en condiciones adecuadas para su libre desarrollo.

La adquisición del estatus cultural ayudó a superar muchas de estas barreras tales como la prohibición de caza que regulaba la normativa de conservación de espacios naturales, flora y fauna silvestres[23] que concebía a la cetrería como una técnica masiva y no selectiva peligrosa para las especies animales. De hecho, la elevación a la categoría de patrimonio de la Humanidad implica una acción decidida de los Estados de salvaguardar la cetrería en todas sus facetas: el aprendizaje, la transmisión oral de los conocimientos, la artesanía, la investigación, la protección de los halcónidos, el fortalecimiento de su viabilidad y la sensibilización nacional e internacional[24]. Es evidente que si no se puede practicar esta arte milenaria se está obstaculizando su salvaguardia y conservación.

Con todo, no faltan supuestos en los que las fronteras entre caza y otras figuras como el adiestramiento se confunden aplicando al entrenamiento de las aves halconeras las normas reglamentarias de la caza y prohibiendo, en consecuencia, realizar prácticas de entrenamiento en período vedado para la caza[25].Resulta meridianamente claro que cualquier adiestramiento constituye un ejercicio repetitivo y efectivo de las técnicas y habilidades propias de un arte o actividad pero con fines netamente distintos. En este caso el Tribunal no atinó a hacer tal distinción.

Dicho esto, también hay que decir que la práctica de la caza al vuelo propia de la cetrería exige el respeto a las reglas comunes de la cinegética so pena de sanción[26].

B) La conflictividad en torno a la tenencia de aves silvestres

Pero si en torno a la realización de la actividad cinegética se generó una nada despreciable jurisprudencia, la tenencia de aves de presa no se quedó atrás. La sentencia del Tribunal superior de justica de Castilla-La Mancha 101/2001, de 16 de octubre, marcó una dirección en esta materia que luego siguieron otros pese la incorporación del manto cultural a todo el proceso de la cetrería.

Podemos distinguir tres tipos de cuestiones planteadas ante el orden jurisdiccional. La primera versa sobre la propia condición del ave. Interesa determinar si el ave de cetrería es un animal salvaje o no. Y, en caso de serlo, si puede perder la condición de animal salvaje por el hecho de haber nacido en cautividad, no vivir libremente, someterse a un adiestramiento o reproducirse en cautividad. Las Comunidades autónomas, que son las que tienen la competencia exclusiva en materia de caza y compartida de medio ambiente, consideran a las aves que habitualmente se usan en el arte de la cetrería como animales salvajes y a algunas de ellas, especies sometidas a

[23] La Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y de la Fauna Silvestres, se prohibió "la tenencia, utilización y comercialización de todos los procedimientos masivos o no selectivos para la captura o muerte de animales" (artículo 34.a). Y su reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1095/1989, se incluye en el Anexo III. 9. Los hurones y las aves de cetrería entre los procedimientos cinegéticos prohibidos.

[24] Conforme al artículo 2.3 de la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, la salvaguardia supone "adoptar las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión -básicamente a través de la enseñanza formal y no formal- y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos".

[25] STSJ de Castilla-La Mancha 670/2014, de 27 de octubre por la que se anula el reglamento que permite el entrenamiento de las aves de presa durante todo el año al entender que se excede de la regulación legal sobre períodos hábiles de caza. También, indirectamente STS 1699/2016, de 11 de julio a propósito de la reserva de espacios en cotos para el adiestramiento.

[26] Así sucedió en la Sentencia del Tribunal Superior de justicia de Asturias 978/2008, de 19 de septiembre, en la que se sanciona a un cetrero por no impedir que el halcón cazase en una zona cinegética especial, aunque ésta no fuese su intención ni se encontrase el dueño del ave fisicamente en dichos terrenos.

algún régimen de protección. Esta circunstancia avala, tal como apunta la Sentencia del Tribunal de justica de Aragón, 733/2010, de 11 de octubre, que no pierdan tal condición pese a tratarse de aves de presa nacidas y criadas en cautividad, objeto de propiedad privada y comercio. Y lo mismo sugiere la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012 cuando resuelve un recurso de casación contra la nulidad de la normativa que regula la protección de especies amenazadas. En este punto señala que lo determinante es la regulación de las especies silvestres que deberá aplicarse también todos aquellos ejemplares criados en cautividad pues es su naturaleza lo que determina su estatus, tanto si han nacido en el medio natural como en cautividad. Dice:

> "La distinción entre animales criados en cautividad, que tendrían así una consideración similar a las mascotas de compañía, y silvestres no puede ser acogida, pues de lo que se trata es de regular unas determinadas actividades realizada por especies protegidas y preservar la propia especie, y dicha regulación y control no puede llevarse a efecto, como ha entendido la Administración, si no se efectúa también el control a los animales que viven en cautividad, pues no parece que puedan existir compartimentos estancos entre ambos grupos de animales" (fundamento jurídico 2).

La segunda de las cuestiones hace referencia a si la tenencia y cría de aves de cetrería en cautividad debe ser una actividad intervenida administrativamente o por el contrario forma parte del patrimonio privado de los sujetos sobre los que se puede disponer como sucede con los animales domésticos. Teniendo en cuenta la afirmación anterior, no extraña que, tratándose de aves de presa, se exija una autorización especial ambiental para su tenencia con independencia del fin al que vayan destinadas. Así, la citada sentencia del Tribunal superior de Aragón subraya que procede en Derecho exigir "una autorización especial del Departamento responsable de medio ambiente para la tenencia de aves de cetrería (en el sentido de aves de presa), con independencia de que se vayan a utilizar con fines cinegéticos o a la cría en cautividad, y con independencia, asimismo, de su procedencia silvestre o no, o sea, aunque se trate de aves presa nacidas y criadas en cautividad" (fundamento jurídico 3).

Y lo mismo sucede cuando se pretende la cría en cautividad de este tipo de aves falconeras, sometidas a férreos controles genéticos parentales.[27]

Por último, y como consecuencia de lo anterior, se plantea ante los Tribunales por parte de la Asociación española de cetrería y conservación de aves rapaces si el ejercicio de facultades dominicales sobre estas aves como el intercambio o la transmisión de la titularidad pueden quedar sometidas al control administrativo. Alegan en su favor que no puede aplicarse el mismo tratamiento jurídico a los ejemplares silvestres y a los derivados de la cría doméstica puesto que esta actividad es la que "sustenta" la cetrería afirmando así una relación instrumental entre la tenencia o cría de aquellas aves y la práctica de la caza en su modalidad de cetrería. Todo ello sin perjuicio de que su destino no sea exclusivamente cinegético. Sin embargo, tales argumentos no fueron asumidos

[27] Sentencia del Tribunal superior de justica de la Comunidad Valenciana 399/2012 de 19 abril, a propósito de la exigencia impuestas por los Reglamentos comunitarios europeos sobre la cría en cautividad de especies rapaces destinadas a la cetrería. Dice: "los Reglamentos de la CEE, exige[n] a los criadores de aves de cetrería o de presa, como es el caso, que aporten todo la documentación relativa a los progenitores y que con esta documentación se alcance por la autoridad científica competente la certeza de que los progenitores son de procedencia legal y ello exige, dado que la reproducción puede hacerse por monta o por inseminación artificial, tomando semen de mas de un macho, conocer todos los animales reproductores o todas las aves existentes en las instalaciones que podían ser empleadas como progenitores, debiendo estar estas documentadas" (fundamento jurídico 2).

por el Tribunal que insistió en la asimilación a todos los efectos de la especie y, por tanto, del régimen jurídico aplicable.

Con todo, en relación a la libre disposición de los ejemplares domésticos contesta el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 2012, que efectivamente es posible someterla a control administrativo y en nada ofende al ejercicio del derecho a la propiedad privada que siempre ha de quedar condicionada por su función social. Aún así, entiende que debe graduarse ya que aquel control se puede satisfacer con una "mera comunicación posterior al negocio jurídico privado, a través de la cual bien el transmitente o bien el adquirente informan a la Administración del cambio de titularidad" (fundamento jurídico 6)

Ninguna de estas circunstancias ha cambiado en aquellas Comunidades autónomas que cuentan entre sus bienes de interés cultural a la cetrería. Tampoco ha supuesto un giro radical en la legislación el hecho de que estemos ante un patrimonio inmaterial de la Humanidad ya que a esta práctica se le sigue aplicando únicamente la normativa ambiental o de caza.

Y visto en retrospectiva, a diferencia de lo que sucedía con la tauromaquia, en este supuesto priman los derechos relativos a la protección del animal frente a los derechos culturales cuya conciliación debería ser siempre atendida. Todo lo cual, nos deja ver la posición vacilante en la que aún se mueven los operadores jurídicos ante esta nueva realidad cultural.

A UTILIDADE DE UM CÓDIGO DE BENS CULTURAIS BRASILEIRO: ANALISE COMPARATIVA A PARTIR DO PARADIGMA ITALIANO

Ana Rafaela Pessoa Alcoforado[*]

This paper discusses whether the elaboration of a Brazilian Code of Cultural Goods would be viable and advantageous, or if it would be an obsolete method of dealing with positive Law. It is observed that part of the country's historical-cultural heritage is abandoned and worn out. For this, the study is based on the paradigm of Italy, a pioneer country in the legal protection of cultural goods. It can be seen whether the development of the Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio was positive for the protection of the Italian cultural heritage. Thus, the theory of codifications is discussed in its conceptual and etymological aspect, in addition to its interpretative process of normative adequacy. Finally, the Brazilian legislative context and the effectiveness of the current rules are analyzed. It was possible to conclude that the existence of numerous legal microsystems was not enough, and that the reality of the protection of cultural heritage is unsustainable. Therefore, a codification is the most appropriate way to solve a part of this problem. In addition, Brazil has the necessary structure for creating legal codes on this matter, and importing legislation from the Italian example is not only possible, but also recommended.

Questo articolo ha voluto accertare se la creazione di un codice brasiliano dei beni culturali sia qualcosa di fattibile e vantaggioso o se, al contrario, sia piuttosto un metodo obsoleto di maneggiare il diritto.

Tale indagine ha avuto le sue premesse nel fatto che una parte considerevole del patrimonio storico-culturale del Brasile sia invero abbandonato e lasciato a se stesso. Partendo da questo dato, lo studio si è basato sull'esperienza dell'Italia, un Paese pioniere nella protezione giuridica dei beni culturali. Si è cercato allora di capire se l'emanazione del Codice italiano dei Beni Culturali e del Paesaggio si sia rivelato un fattore determinante nella protezione del patrimonio culturale italiano. Di conseguenza, la teoria delle codificazioni è stata affrontata nel suo aspetto concettuale ed etimologico, oltre al suo processo interpretativo di adeguatezza normativa. Infine, si è analizzato il contesto legislativo brasiliano e l'efficacia delle norme vigenti. È stato possibile concludere che l'esistenza di numerosi microsistemi giuridici non è la condizione migliore per garantire la protezione del patrimonio culturale. Al contrario, una codificazione è il modo più appropriato per risolvere ampi tratti di questo problema. L'esempio italiano non solo è possibile, ma anche raccomandato.

[*] Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Brasil, e ex-aluna da Faculdade de Direito da Universidade de Torino, onde realizou intercâmbio acadêmico em 2019-2020. Advogada. Agradeço aos Professores Marcílio Franca (UFPB), Geo Magri (Università di Torino) e Ana Luísa Celino Coutinho (UFPB) pelos comentários oferecidos em uma versão preliminar deste texto.

1. INTRODUCÃO

A partir de meados do século XX, começa a se consolidar uma certa predominância jurídica dos interesses coletivos em face dos interesses individuais, de modo a priorizar a tutela de direitos que visassem proteger o âmbito da transindividualidade, com consequente ascensão da terceira geração de direitos fundamentais. Dentre o novo rol de garantias, estão os direitos culturais, sejam eles materiais sejam eles imateriais. Nesse contexto, especialmente após a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da UNESCO em 1972, existiu uma tendência internacional de proteção ao patrimônio cultural em suas mais amplas vertentes. Há menção, por exemplo, a um "direito ao patrimônio cultural" na Declaração de Estocolmo de 1998 do ICOMOS, bem como na Convenção de Faro de 2005, a qual inclusive estabeleceu objetivos gerais para uma tutela efetiva dos bens culturais.

No entanto, as maneiras como os Estados signatários lidaram com essa normativa foi distinta. Afinal, a linguagem usada em tais instrumentos, buscando uma maior adequação às legislações pátrias, costuma ser ampla e, por vezes, vaga. Devido a essa amplitude, enquanto na Europa há países com códigos que normatizam de forma unificada as nuances relativas aos bens culturais, como França, Espanha e Itália, os países latino-americanos não possuem codificações específicas sobre seus bens culturais, e sim leis esparsas, por vezes, incongruentes, contraditórias ou lacunosas. É a situação brasileira: a própria definição legal do que seria o patrimônio histórico-cultural passível de proteção possui conceitos diferentes na Lei do Tombamento (Decreto-Lei nº 25/1937) e na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998).

Atualmente, são vigentes várias normas relativas à temática, como a Lei nº 3.924/1961 dos Monumentos Arqueológicos, a Lei nº10.166/2000 tratando do Patrimônio Subaquático, a Lei nº11.904/00 denominada Estatuto dos Museus, dentre dezenas de outros diplomas infraconstitucionais. Há também, por certo, a proteção constitucional, com o advento da Constituição Federal de 1988, pioneira em tratar do patrimônio imaterial, além de prever mais instrumentos de proteção jurídica ao patrimônio. No entanto, apesar de ampla, não há na legislação brasileira qualquer menção à unificação dessas normas.

O posicionamento doutrinário sobre a utilidade das codificações não é unânime. Questiona-se se a fragmentação do direito em microssistemas já não seria um conceito ultrapassado, se existiria uma efetividade concreta na existência de um código, ou se sua a morosidade para criação e para alteração, além de seu custo de elaboração, não configurariam empecilhos que ultrapassariam suas vantagens. O próprio direito administrativo, uma das bases dos ordenamentos de cunho público e do estudo sobre bens culturais e patrimônio, diferentemente de outros ramos do direito nacional, jamais foi codificado no contexto tupiniquim.

Enquanto a proteção brasileira ao patrimônio cultural dava seus primeiros passos, a Itália já possuía centenas de anos em experiência na matéria, com as primeiras diretrizes datando ainda do início do século XIX. Foi, inclusive, umas das nações pioneiras a unificar as normas protetivas em um único texto, com o Decreto Legislativo 29 de 1999 – popularmente conhecido como *Testo Unico*. Hoje, o país possui o *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, que não é apenas elogiado internamente, mas também consiste em uma referência internacional, sobretudo devido ao seu sucesso na salvaguarda de bens culturais – estes que configuram, hoje, uma das maiores receitas econômicas italianas.

Visa-se neste artigo, portanto, analisar, diante do paradigma do código italiano, se a elaboração de um código brasileiro de salvaguarda aos bens culturais seria algo viável e vantajoso, capaz de auxiliar na resolução efetiva das questões elencadas. Ou, ainda, se o uso de códigos já não seria um método obsoleto de lidar com o direito positivado, tendo em vista sua não utilização na esfera do direito público brasileiro, não devendo ser mais reproduzido no Brasil.

2. A RELEVÂNCIA DAS CODIFICAÇÕES NO SÉCULO XXI

No início do século XVIII, com o surgimento de institutos como o Código Napoleônico, já era possível contrapor as benesses e os malefícios das codificações para o Direito. A ascensão do pensamento liberal iluminista significou também uma força à filosofia do positivismo jurídico: o indivíduo seria o princípio e o fim da norma e também seu fim[1]. Afinal, conforme defendido por Andrade[2], «as ideias iluministas muito favoreceram a teoria da codificação, na medida em que propugnavam pela racionalização do Direito». Nesse sentido, Amaral afirma: «O código passou também a ser, na esfera do direito privado, a garantia das liberdades civis e do predomínio do poder legislativo sobre o judiciário, assegurando a autonomia do indivíduo contra a ingerência do poder estatal, como fazem, no direito público, as declarações de direitos e as constituições. Ocupava o centro da disciplina social»[3].

É a partir desse contexto, já em sua própria criação, que os códigos começaram a ser criticados. René David já defendia que as codificações foram o motivo pelo qual o direito europeu foi fragmentado nos séculos seguintes[4]. Paralelamente, existiu um extenso debate entre Thibaut e Savigny sobre o tema logo após a queda de Napoleão. As codificações foram defendidas pelo primeiro e criticadas pelo segundo, conforme o trazido por Andrade[5]:

> Para Thibaut, em suma, são visíveis as vantagens da codificação. Esta favorecia, inicialmente, o desenvolvimento científico. Depois, agilizaria o ensino acadêmico do Direito e, por último, mas não menos importante, estimularia o sentimento de igualdade e fraternidade entre os alemães na medida em que "leis iguais criam costumes iguais". Contrariamente a essa posição, situa-se Savigny. (...). Argumenta, porém, que são escassos os períodos com plena capacidade para satisfazer as exigências necessárias à obtenção de um código perfeito. Nos povos jovens, faltariam itens como linguagem e arte lógica. Nos períodos de decadência, faltaria conhecimento tanto da matéria quanto da linguagem. E a época intermediária, justamente a mais propícia para esse intento, não o faz, porque não sente a sua necessidade.

Outros aspectos negativos à época são elencados por Venosa[6]:

---

[1] P. L. N. LÔBO, *Direito civil: volume 1, parte geral,* São Paulo, 2018, p. 28.
[2] F. S. DE ANDRADE, *Da codificação: crônica de um conceito*, Porto Alegre, 1997, p. 63.
[3] F. AMARAL, *Direito Civil: Introdução*,. São Paulo 2017, p. 218.
[4] S. S. VENOSA, *Direito Civil: parte geral,* vol. 1. 17 ed. São Paulo, 2006, p. 85.
[5] F. S. DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 80-81.
[6] S. S. VENOSA, *op. cit.*, p. 85.

> Reconhecemos, porém, ao menos para a época da promulgação dos códigos que, a princípio, houve alguns efeitos negativos com os novos institutos: o Direito passou a ser aplicado de forma mais racionalista, esquecendo-se do sentido de Direito 'justo' das universidades. Passou-se a entender o código como a palavra definitiva do direito, com apego muito grande à letra da lei. Logo que surgiram os primeiros códigos, a ciência hermenêutica viu-se restrita, pois se entendia que bastava tão só, para aplicar o Direito, valer-se da exegese dos novos textos.

Ou seja, via-se uma dificuldade interpretativa diante da rigidez dos textos jurídicos, prejudicando a aplicação das normas aos casos concreto, levando a um positivismo ultrarrígido. O apego excessivo ao texto da lei, porém, não é consequência exclusiva das codificações, mas efeito típico e notável no início de quaisquer novos instrumentos normativos. Apenas com o tempo é que as interpretações do judiciário atribuem ao texto a flexibilidade necessária para a manutenção jurídica[7].

Além disso, desde os primeiros exemplos, a elaboração de códigos consiste em um processo complexo com diversos pré-requisitos: necessidade de certo amadurecimento jurídico prévio, de um aparato de leis que sirva de base para esses Códigos e também de um corpo técnico estruturalmente capaz para elaborá-los[8]. Não se trata de um procedimento simplificado.

Segundo Natalino Irti[9], quanto mais sólido o quadro jurídico de uma nação, mais seguro ele é, havendo uma exigência de estabilidade e previsibilidade para que existam os códigos. Trata-se de uma consequência do pensamento juspositivista, o qual, segundo Franca Filho[10], «aceitou e difundiu a ideia de que a ciência jurídica seria, acima de tudo, uma ciência lógica de interpretação cartesiana de textos racionais e objetivos, em que não haveria lugar para incertezas semânticas, a emocionalidade e até certa irracionalidade da arte e da estética».

A complexidade e a imobilidade dos códigos permaneceram, de todo modo, como suas principais críticas. Ademais, séculos depois, com a instabilidade política e ascensão de movimentos sociais durante o decorrer dos séculos XIX e XX, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, a difusão do processo de codificação no ocidente foi abalada. Havia uma «forte índole individualista que marcava os três grandes códigos europeus»[11], quais sejam, o francês, o austríaco e o alemão. As críticas a eles, já existentes, se multiplicaram e atingiram novas facetas.

É nesse sentido que foi publicado o emblemático *L'età della decodificazione* de Natalino Irti. Ao tratar primordialmente da codificação civil, o autor defendeu que tais diplomas teriam perdido sua característica de centralidade no sistema de fontes jurídicas[12] diante de uma crescente importância dada aos microssistemas legislativos. Isto é, leis que tratam de temáticas específicas de um campo mais amplo, as quais surgiram diante da rigidez dos códigos[13]. Esse fenômeno afetou as codificações, facilitando o processo

---

[7] *Ibidem.*

[8] *Ivi*, p. 84.

[9] N. IRTI, *L'età della decodificazione*, in *Revista de Direito Civil, imobiliário, agrário e empresarial*, v. 3, n. 10, 1979, p. 15 ss., spec. 18.

[10] M. T. FRANCA FILHO, *A cegueira da justiça: diálogo iconográfico entre arte e direito*, Porto Alegre, 2011, p. 18.

[11] F. S. DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 113.

[12] N. IRTI, *op. cit.*, p. 30.

[13] F. S. DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 133.

de assistematização do ordenamento jurídico, conforme dito por Andrade[14]. No entanto, segundo o autor:

> A proliferação de Leis especiais, muitas introduzindo novos conceitos jurídicos, não favorece a operacionalidade jurídica. Bem ao contrário, essa situação só contribui para tornar o ordenamento mais caótico e complexo. De modo que se prende, em muito, a efetividade pretendida pelas novas leis[15].

Partindo dessas problemáticas, apesar de amplamente difundida no século passado, a Era da Descodificação parece ter chegado ao seu fim. Na lição de Andrade[16], tais legislações seguem associadas à modernidade, sendo vistas como um elemento central do Direito como sistema normativo e com a função principal de facilitar a sua harmonização. Afinal, «o progresso do direito se verifica e se atua não somente através da emanação de novas normas e pela modificação gradual das existentes»[17], mas também pelo próprio processo de codificação.

A elaboração de codificações continua em diversos países. No contexto brasileiro, por exemplo, houve a promulgação da Lei nº13.105, o Código de Processo Civil em 2015, e o próprio Código Civil, lei nº10.406, em 2002. Já em específico sobre bens culturais, o *Codice dei beni culturali e del paesaggio* italiano também foi elaborado após as discussões precedidas por Irti, no ano de 2004.

O viés interpretativo constitucional dos códigos de direito privado ao redor do mundo teve importante papel para a volta da valorização de tais sistemas normativos. O próprio Irti, vinte anos após sua obra sobre a era da descodificação, afirmou que se tratava tão somente de um estudo descritivo, e não valorativo, acerca dos códigos, afirmando que «a hipótese da descodificação não toma partido entre os 'valores', não expressa uma preferência por um ou outro conteúdo legislativo»[18]:

> A codificação apresenta vantagens, como a de simplificar o sistema jurídico, facilitando o conhecimento e a realização do direito, permitindo ainda elaborar os princípios gerais do ordenamento que "servirão de base para adaptar o direito à complexidade da vida real", o que explica o triunfo da codificação.

Ainda nesse sentido, Barros Júnior[19] também conclui que:

> Demais inúmeras são as vantagens da codificação, pois que através dela se realiza um trabalho de apuração e um agrupamento metódico das normas, expungindo a legislação de erros, contradições e outros defeitos, ao mesmo tempo que se esclarecem melhor os conceitos e melhor se difunde o conhecimento das leis (...). É um passo no aperfeiçoamento científico; importa agrupamento racional e prático das normas jurídicas; através do reexame que propicia, permite retificações; estabelece mais íntimo contato entre a legislação e o povo, pela maior vulgarização das normas; concorre, enfim, ao contrário do que pensava Savigny, para um real aper-

[14] *Ivi*, p. 154.
[15] *Ibidem.*
[16] *Ivi*, p. 147.
[17] C. S. BARROS JUNIOR, *A codificação do direito administrativo*, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 18, 1949, p. 1 ss. p. 2.
[18] R. X. LEONARDO, *Codificação do Direito Civil no século XXI: de volta para o futuro?* (parte 1). [S.I.] 2016, p. 217, 218.
[19] C. S. BARROS JUNIOR, *op. cit.*, p. 2.

> feiçoamento jurídico e de civilização em geral, o que praticamente se verificou, p. ex., com as codificações de Justiniano e Napoleão.

Assim, ainda que não exista pacificação doutrinária, é possível entender que a existência de Códigos jurídicos permanece como proveitosa, apesar das fragilidades e limitações desses modelos normativos. As codificações, em conjunto com o novo método interpretativo mais flexível e apoiado na Constituição, que permite uma aplicação e adaptação célere do direito positivado, torna obsoletas as críticas mencionadas.

São vigentes hoje, no Brasil, vinte e duas codificações. Dentre essas, existem exemplos de Códigos que tratam parcialmente de matéria de direito administrativo, como o Código de Trânsito, o Código Florestal, o Código das Águas, o Código das Minas, o Código da Caça e o Código das Telecomunicações. Assim, ainda que não exista um código unificado do direito administrativo, os debates doutrinários acerca do tema são recorrentes, e a codificação parcial de suas matérias já é realizada.

Passa-se, portanto, para uma análise jurídica e metodológica do exemplo italiano de sucesso na matéria de codificações de proteção ao patrimônio público e aos bens culturais. A Itália é um paradigma nesse sentido não só por ter sido um dos primeiros países a dedicar-se para a proteção do patrimônio cultural, mas também por ser uma referência legislativa e possuir, hoje, uma coleção de bens histórico-artístico-culturais extensa, bem preservada e com bons proveitos socioeconômicos. Além de possuir um código específico sobre o tema, é um país com exemplos de legislações internas que já inspiraram outras normas brasileiras, como, o Código Civil de 2002[20].

3. CÓDIGOS DE BENS CULTURAIS NO DIREITO COMPARADO E PARADIGMA ITALIANO

Cada nação possui um desenvolvimento histórico próprio, ainda que pertencentes a um contexto geral com influências de antecessores e de países vizinhos, com particularidades em costumes, arte e cultura. A cultura jurídica também é formulada de maneira diversa em cada local: a existência de regras distintas pelo globo implica em uma multiplicidade de soluções de conflitos. Segundo Gambaro, Sacco[21]:

> L'analisi delle differenze tra le tante soluzioni forma oggetto di una scienza, ossia di um sapere criticamente vagliato. Questa scienza si è sviluppata solo quando sono maturate alcune circostanze favorevoli. Fino ad una certa epoca, infatti, il giurista studiava um modello giuridico dato, da lui stesso giudicato come ottimo (come l'unico ottimo, ad esempio, perché suggerito o garantito da Dio); (...). Solo con il XX secolo si è preso a riconoscere che i vari sistemi positivi sono essenzialmente diversi e tuttavia pienamente legittimi, e allora è sorto l'interesse a constatarne e misurarne le affinità e le divergenze.

Esse estudo das semelhanças e diferenças entre sistemas positivos desenvolveu-se como o estudo do Direito Comparado, o qual, segundo Watson[22], configura na "*the investigation os legal rules and procedures not of one system in isolation but in harness with the examination of the equivalente rules and procedures in at least one other sys-*

[20] O Código Civil foi posto em vigor pela Lei ordinária nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

[21] A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2008, p. 1 e 2.

[22] A. WATSON, *From legal transplants to legal formants,* in *Am. J. Comp. L.*, v. 43, 1995, p. 469 ss.

tem". Significa analisar o conjunto de normas de nações diferentes acerca de uma temática específica, tendo elas a mesma natureza ou não, determinando eventuais descontinuidades entre regras e aplicação prática dentro de um ordenamento interno, e também constatar qual modelo jurídico melhor lida com um dado tema[23]. É por meio do Direito Comparado que é possível concluir se os exemplos internacionais seriam ou não alternativas benéficas diante da possibilidade de implantação do *Codice dei Beni Culturali* na legislação nacional.

Um dos motivos pelos quais a Itália pode ser considerada uma nação paradigma na proteção do patrimônio público é devido à sua extensa história jurídica sobre a matéria. Conforme afirma Casini[24], "*since the early 1900s, in fact, Italian laws have built sophisticated legal mechanisms for protecting the cultural heritage, such as administrative proceedings aimed at recognizing the value of cultural property and controlling its use*". Afinal, as primeiras medidas administrativas adotadas no território italiano datam ainda o período anterior à unificação da Itália, durante os *Stati preunitari*, foram adotadas pela Igreja, com o quirógrafo do papa Pio VII em 1802, o qual trazia noções relativas à utilização públicas dos bens e proibição de exportação de antiguidades, fossem elas públicas fossem privadas[25].

A tentativa de uma primeira unificação legislativa se deu com o Decreto Legislativo nº 490 de 1999, o qual tratava dos bens culturais, paisagísticos e ambientais. Esta, entretanto, não atingiu ao seu objetivo de diminuir a formulação de normas esparsas sobre a tutela do patrimônio público – pelo contrário, múltiplos provimentos legislativos foram adotados até o ano de 2004[26]. Ainda assim, essa tentativa de unificação foi etapa imprescindível para a consciência jurídica das próprias falhas sistemáticas dentro da legislação. Apenas a partir dela foram perceptíveis as lacunas jurídicas existentes, com consequente proliferação de novas normas cuja finalidade era não apenas preencher tais omissões, como também adequar o sistema normativo de proteção aos bens culturais à nova realidade constitucional, após mais de meio século de reformas e evolução hermenêutica. É por esse diapasão que, anos depois, para reestruturar a legislação e consolidar novos institutos, foi promulgado o Decreto Legislativo nº 42 de 22 de janeiro de 2004, o *Codice dei beni culturali e del paesaggio*.

Assim, a existência de uma legislação unificada é importante não só para a homogeneização de conceitos base, como também para o reconhecimento de lacunas normativas que virão a ser sanadas por novas leis e decretos correlatos, além de pelos entendimento jurisprudenciais, imprescindíveis para a manutenção de códigos. Ferretti também justifica e defende a escolha de um Código como instrumento adequado para a regulamentação do tema[27]:

> L'adozione della forma del Codice in luogo di quella della riforma del Testo Unico risponde ad esigenze di aggiornamento delle norme del settore, non più adeguate a regolare i fenomeni propri della tutela del patrimonio culturale e paesaggistico. Parte della dottrina ha sostenuto che questa scelta è risultata indispensabile perchè, a differenza del quadro normativo esistente prima dell'entrata in vigore del D. Lgs 490/1999, nel 2002 era ormai intervenuta la riforma del titolo V della Costituzione, che aveva avuto come conseguenza la necessità di operare un indispensabile ade-

[23] A. GAMBARO, R. SACCO, *op. cit.*, p. 3.

[24] L. CASINI, *"Italian Hours": The globalization of cultural property law*, in *International journal of constitutional law*, v. 9, n. 2, 2011, p. 369 s., p. 374 375.

[25] A. FERRETTI, *Manuale di diritto dei beni culturali e del paesaggio*, VII-a ed., Napoli, 2016, p. 5.

[26] *Ivi,* p. 10.

[27] *Ivi*, p. 44.

> guamento normativo. In particolare, la determinazione dei principi fondamentali diretti a governare nuove funzioni come quella della valorizzazione. Al riguardo, la codificazione di tale funziona risponde ad esigenze di certezza soggettiva in merito all'esercizio della relativa potestà normativa.

O início do Código estudado é marcado por princípios gerais e, para cumprimento desses, são estabelecidas importantes noções conceituais acerca do patrimônio cultural. Já em seu artigo 2º, o texto o divide em duas espécies: primeiro os bens culturais, aos quais atribui um critério real de coisas móveis e imóveis e um critério de interesse intrínseco, seja ele artístico, histórico, arqueológico, arquivístico e bibliográfico; e em seguida os bens paisagísticos, os imóveis e as áreas às quais é reconhecido um valor histórico-cultural, natural e estético do território.

Em seguida, aprofunda as definições dadas aos Bens Culturais, desde seu objeto até sua tutela, conservação e circulação, o que é de grande importância pois permite que tais debates sejam em parte superados, surgindo apenas diante de questões pontuais e atípicas, e que o aparato estatal possa se debruçar sobre outras problemáticas relativas à tutela do patrimônio que não seu objeto de incidência. Afinal, trata-se de uma matéria complexa e ampla, com nuances doutrinárias, judiciais e interpretativas. Nessa linha, o Código também traz conceitos específicos para proteção, tutela, conservação, circulação, valorização e fruição, objetivando facilitar a aplicação normativa e reduzir os tais debates tanto de classificação quanto de manutenção dos bens culturais. É especialmente relevante diante do instituto da *dichiarazione*, processo previsto nos artigos 13 a 17 e considerado análogo ao tombamento presente na legislação brasileira segundo Cunha Filho[28], etapa imprescindível para que o bem seja tutelado pelo Estado – é uma forma de estender a tutela estatal para coisas de propriedade privada, que podem possuir importância coletiva, e catalogá-las.

O código também traz novidades sobre a circulação nacional e internacional desses bens, sobre o conceito de *demanio culturale* aos bens culturais pertencentes aos entes estatais e inalienabilidade total ou relativa, e sobre o conceito de *res culturale*, que é «una nuova modalità di individuazione dei beni aventi interesse culturale e genericamente appartenenti a soggetti pubblici o a persone giuridiche senza fine di lucro»[29] e facilita o processo de *dichiarazione*.

Os *beni paesaggistici* consistem no segundo tipo que integram o objeto do patrimônio cultural italiano. A legislação específica inova em alguns aspectos especialmente por possuir influência da *Convenzione Europea del Paesaggio,* de outubro de 2004, cujo objetivo principal era o de conferir obrigação aos poderes públicos de realizar políticas públicas de gestão, proteção e planejamento das paisagens europeias[30]. No entanto, a maioria das normas consistiam em reproduções do *Testo Unico*, recebendo críticas doutrinárias por não apresentar, em seu texto original, soluções conclusivas a algumas questões de matéria paisagística, além de trazer ambiguidades e dificuldade sistemática.

Porém, a partir da codificação, tornou-se possível a adoção de intervenções corretivas e integrativas à matéria, tornando possíveis ações que propuseram a reescrita de determinados dispositivos, a fim de atingir um ponto de equilíbrio entre os posicionamen-

---

[28] F. H. CUNHA FILHO, *Como Brasil/Ceará e Itália/Lombardia salvaguardam o Patrimônio Cultural Imaterial*, in F. H. Cunha Filho, T. Scovazzi (a cura di), *Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial: uma análise comparativa entre Brasil e Itália*,. Salvador, 2020, p. 61; G. MAGRI, *La cricolazione dei beni culturali nel diritto europeo*, Napoli, 2011, *passim*.

[29] G. FAMIGLIETTI, N. PIGNATELLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Molfetta, 2018.

[30] A. FERRETTI, *op. cit.*, p. 264.

tos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais[31]. Hoje, a seção de bens paisagísticos já abarca pontos que não abarcava tão logo promulgado o Código, como o instituto da autorização. Este segundo Ferretti[32], significa uma reorganização sistemática e racional de normas pré-existentes.

O Código também dedica atenção às sanções penais e administrativas, abrangendo bens culturais e paisagísticos. Tais dispositivos não tiveram grandes mudanças em relação às leis pré-unificação, especialmente por tal matéria não configurar objeto de delegação legislativa. Segundo Ferretti[33], as únicas alterações foram atualizações das normas auxiliares à aplicação de sanções, além da conversão das penas pecuniárias de lira para euro. Porém, mesmo que com poucas mudanças em relação a legislação anterior, a organização de penas administrativas e penais dentro do *Codice dei beni culturali e del paesaggio* facilitam seu estudo e aplicação, e permitem uma interpretação geral, de acordo com os dispositivos das primeiras partes do instituto legal.

Conforme disposto por Cammelli[34], no entanto, ainda existe dificuldade prática de solucionar questões relativas ao conceito e enquadramento dos bens italianos em bens paisagísticos ou bens culturais, dificultando o pleno usufruto social do bem e, simultaneamente, evitar que danos ocorram a ele. Resta analisar, portanto, se as benesses aqui analisadas seriam também atingidas caso aplicadas dentro da legislação brasileira e quais seriam as estratégias possíveis para superar as falhas e dificuldades percebidas dentro do ordenamento italiano quando aplicado no contexto brasileiro.

4. DESENVOLVIMENTO DE UM CÓDIGO DE BENS CULTURAIS BRASILEIRO E A REALIDADE DOS MECANISMOS PROTETIVOS ATUAIS

Não existe uma legislação codificada específica que trate da tutela do Patrimônio Cultural no Brasil, o que não significa, no entanto, que inexistam normas que conceituem e protejam os objetos desse tema. Segundo Soares[35], tem-se que «o tratamento jurídico do patrimônio cultural deve abrigar, segundo a Constituição, um entendimento aberto e contemporâneo, dentro da diversidade sociocultural do nosso país e da dinâmica em que as relações sociais, econômicas, políticas e culturais se desenvolvem». Dessa maneira, a preservação do patrimônio cultural persiste como um dever constitucional, infraconstitucional e com influência de normas internacionais para os entes federativos e para a sociedade civil. É nesse sentido que Cunha Filho[36] afirma que:

> A existência de um direito humano à participação na vida cultural da comunidade e, mais especificamente, um direito humano de proteção ao patrimônio cultural cria para o Estado, consequentemente, um dever de garantir esses direitos. Ao ente estatal cabe, portanto, assumir o seu papel ativo na efetivação dos denominados direitos sociais, dos quais alguns dos direitos culturais fazem parte.

Ou seja, tendo em vista que os direitos culturais são tidos como fundamentais, a atuação pública que visa a salvaguarda do patrimônio cultural deve ser realizada na

[31] G. FAMIGLIETTI, N. PIGNATELLI, *op. cit.*, p. 269.
[32] A. FERRETTI, *op. cit.*, p. 281.
[33] *Ivi*, p. 295.
[34] M. CAMMELLI, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2004, p. 73.
[35] I. V. P. SOARES, *Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro,* Belo Horizonte, 2009, p. 111.
[36] F. H. CUNHA FILHO, T. SCOVAZZI, *op cit.*

completude dos entes federativos. É a partir dessa ideia que serão analisadas também as medidas efetivas realizadas pela esfera legislativa – quais sejam, a elaboração de leis que versem sobre a tutela aos bens culturais – e também pelo judiciário.

Os instrumentos vigentes para proteção do patrimônio cultural brasileiro estão presentes tanto no âmbito constitucional quanto no infraconstitucional. Há uma seção reservada na Constituição Federal de 1988 para delimitar diretrizes acerca da cultura, englobando os artigos 215, 216 e 216-A. O primeiro atribui ao Estado a obrigação de garantia na efetivação dos direitos culturais a todos os cidadãos. O artigo 216-A traz o «Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa com processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade»[37]. Por fim, o art. 216 estabelece bases conceituais que facilitam a identificação dos objetos do patrimônio cultural, trazendo como exemplo, inclusive, formas de expressão – bens culturais intangíveis.

O parágrafo primeiro desse artigo traz alguns instrumentos jurídicos utilizados para atingir a plena proteção a esses bens: inventários, registros, desapropriação, vigilância e tombamento. Estes possuem institutos que regulam as suas especificidades e que fazem parte do extenso número de leis infraconstitucionais referentes ao Patrimônio Cultural. São vigentes mais de duas dezenas de leis, consolidações, decretos e até códigos que versam, ao todo ou em parte, sobre a temática.

Algumas dessas normativas são: o Decreto-Lei nº 25/1937, ou Lei do Tombamento; o Estatuto dos Museus, sob o nº 11.904/2009; a lei nº 3.924/1961 sobre os monumentos pré-históricos e arqueológicos pátrios; o Decreto nº 8.124/2013, o qual, além de regulamentar o Estatuto acima citado, também fala sobre a lei nº 11.906/2009, a qual cria o Instituto Brasileiro de Museus (IBRAM); a lei de nº 7.542/1986, que aborda o Patrimônio Subaquático nacional; a lei nº 4.845/1965, a qual limita a circulação internacional de obras de arte produzidas durante o período monárquico; a lei nº 5.471/1968, sobre a circulação internacional de livros antigos e de outros conjuntos bibliográficos editados dentre os séculos XVI e XI; o Decreto nº 3.3551/2000, o qual criou e regulamentou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI); a lei da Ação Popular (lei nº 4.727/1965) e da Ação Civil Pública (lei nº 13.004/2014); a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000); a Lei da Improbidade Administrativa (lei n° 8.429/1992) e a Lei de Licitações (lei nº 8.666/93).

Ademais, existem dispositivos pertinentes também em instrumentos próprios do Direito Privado, como no próprio Código Civil, a exemplo do Direito de Propriedade e sua relativização perante a matéria de direitos culturais. Já no âmbito criminal, além dos tipos gerais no Código Penal como incêndio, furto e dano (que abrangem diversos tipos de bens e, dentre eles, os bens culturais), existem também previsões específicas, como o trazido nos artigos 165[38] e 166[39]. Além disso, há a Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), promulgada diante da lacuna de proteção formada pela ausência de dispositivos específicos no Código Penal, tendo em vista que os existentes não eram suficien-

[37] H. R. FIGUEIREDO JUNIOR, *Bens culturais, função social da propriedade e instrumentos jurídicos para a sua preservação*, in *Revista de Direito da Cidade*, v. 5, n. 2, 2013, p. 28 ss.

[38] Art. 165 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940): Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

[39] Art. 166 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940): alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

tes para garantir a proteção desses bens, como defendido por Miranda[40]. Com essa lei, superou-se o «tombamento como pressuposto exclusivo para a proteção penal, assegurando ampla possibilidade de reconhecimento do patrimônio cultural por meio de lei, ato administrativo ou decisão judicial»[41].

Tais regulamentações, apesar de necessárias, são numerosas, extensas, algumas são antigas e, todas são, acima de tudo, esparsas e de árdua localização e aplicação. A tutela específica do patrimônio cultural no exemplo italiano foi fator elementar para sua proteção e fruição pela sociedade. Não há, porém, menção a essa unificação no Brasil. Nesse sentido, Soares[42]:

> As normas para tratamento do tema, no plano interno, em alguns aspectos, não se pautam na atual concepção de patrimônio cultural fornecida pela Constituição (ou pelos documentos internacionais firmados pelo Brasil). Poder-se-ia argumentar que a dicção constitucional é suficiente para orientar a postura e ser adotada pelo Poder Público na tutela do patrimônio cultural e para indicar a amplitude participativa da sociedade. Mas algumas brechas, vazios e silêncios só podem ser preenchidos no plano infraconstitucional. Por isso, além de um sistema normativo atualizado com os ditames constitucionais, para a compreensão, permanência e construção de identidade nacional, da memória coletiva e da ação dos grupos formadores da sociedade brasileira, há uma necessidade mais imediata: a de elaboração de lei para tratamento do patrimônio cultural brasileiro.

A autora não apenas critica a realidade legislativa, qualificada pela insuficiência constitucional e falta de sistematicidade, mas também defende que um diploma normativo específico seria mais eficiente para o resguardo desses bens. Afinal, ainda que o Decreto-Lei nº 25/1937 determine que, por exemplo, os bens tombados não possam ser destruídos, demolidos ou mutilados, sob pena de multa, a aplicação de sanções previstas de maneira esparsa pela legislação ainda consiste em um processo longo, burocrático e custoso, que não é revisto a décadas.

Além disso, a falta de ações afirmativas e apoio financeiro contribui para o descaso ao patrimônio. Tal realidade leva bens histórico-artísticos a uma deterioração irreversível, não raramente culminando com a demolição total, caso do antigo Hotel Reis Magos na cidade de Natal, abandonado há 25 e, após uma tentativa frustrada de tombamento, oficialmente demolido em 2020[43]. É um exemplo dos malefícios das falhas na administração desses bens, em especial a carência normativa.

Mesmo após finalizado o processo de tombamento, os requisitos procedimentais da Lei também dificultam a manutenção do bem tombado, como ocorre com uma casa de Joinville, Santa Catarina, integrante do Roteiro Nacional de Imigração pelo IPHAN[44]. Na mesma situação, a Capela da Santa Casa de Misericórdia de Manaus, que já em 2017 se encontrava com graves falhas estruturais que comprometiam a edificação tombada[45].

---

[40] M. P. de Souza MIRANDA, *Lei dos Crimes Ambientais auxilia na proteção do patrimônio cultural brasileiro*, Conjur, 2018.

[41] B. H. R. AMARAL, *As normas que protegem o patrimônio cultural brasileiro*, 2018.

[42] I. V. P. SOARES, *op. cit.,* p. 40.

[43] A. REGIS, *Justiça autoriza demolição do Hotel Reis Magos*. Tribuna do Norte. Rio Grande do Norte, 1 jun. 2019.

[44] C. MORRIESEN, *Proprietários encontram entraves para restaurar patrimônios culturais em Joinville*, in *NSC Total: A Notícia. Santa Catarina*, 21 fev. 2019.

[45] V. COSTA E COSTA, V. S. ARAÚJO, *Inspeção Predição para restauro de imóveis tombados: estudo de caso da capela da Santa Casa de Misericórdia de Manaus/AM. XIX COBREAP: Congresso Brasileiro de Engenharia de Avaliações e Perícias*, Iguaçu, 2017.

A dificuldade de aplicação das leis protetivas na prática também é resultado do emaranhado de normas sobre o tema, com dispositivos contraditórios. Não existe, por exemplo, uma definição unívoca do que seria o patrimônio cultural passível de proteção. Há uma definição no art. 1º, *caput*, da Lei do Tombamento[46]; no art. 2º, inciso I, do Decreto nº 8.124/2013[47]; e na Lei dos Crimes Ambientais. Não é incomum o judiciário perdurar em questões conceituais do que deve ou não ser protegido pelas leis que abordam o tema. Um exemplo é o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

> PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO CUL TURAL. ART. 63 DA LEI Nº 9.605/98. AUSÊNCIA DE TOMBAMENTO DO BEM. DESNECESSIDADE. BEM INVENTARIADO PELO IPHAN. FORMA DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO RECONHECIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 216, §1º, DA CF/88. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. I – O art. 63 da Lei nº 9.605/98 optou pela proteção do patrimônio cultural de forma genérica, por lei, por ato administrativo ou por decisão judicial. Sem mencionar expressamente o tombamento ou o inventário, que, indiscutivelmente, encontram-se compreendidos nas formas ali previstas, à luz do art. 216, §1º, da CF/88. II. Com efeito, por ser o inventário forma de proteção do patrimônio cultural brasileiro, prevista no art. 216, § 1º, da CF/88, desnecessário é o tombamento prévio, para que o bem seja considerado protegido pela união. III. Inventariada a edificação pelo instituto do patrimônio histórico e artístico nacional. Iphan, com fins de preservação, a competência para processar e julgar ação penal, para apuração do crime previsto no art. 63 da Lei nº 9.605/98, é da justiça federal. IV. Recurso provido. (TRF 1ª R.; RecCr 2006.39.00.008274-1; PA; Terceira Turma; Relª Desª Fed. Assusete Dumont Reis Magalhães; Julg. 29/09/2008; DJF1 31/10/2008; Pág. 76).

Ora, o debate no Recurso Criminal é precisamente o enquadramento de um determinado bem no patrimônio cultural, a fim de determinar se o dano realizado é ou não crime diante da Lei de Crimes Ambientais. Não trata da constitucionalidade das normas, mas sim da mera adequação dos conceitos legais vigentes. Tal confusão ocorreria em menor intensidade caso houvesse univocidade conceitual. E a revisão normativa, necessariamente feita para uma codificação, permitiria a elaboração desse conceito.

Outra celeuma no judiciário é a necessidade de aplicar, por vezes, uma lógica dedutiva, comparativa ou principiológica para lidar com as lacunas normativas – estas que, por vezes, sequer existem, mas encontram-se tão dispersas no ordenamento que, na impossibilidade de sua localização, acaba-se por suprimi-la por outros modos extralegais. É o que Souza Filho[48] chama de lacuna por imprevisibilidade. Uma solução possível é a heterointegração que «consoante as lições de Bobbio, e de acordo com a terminologia adotada por Carnelluti, traduz a integração realizada por intermédio do recurso a ordenamentos distintos, bem como, a fontes diversas daquela que é dominante»[49]. Conclui-se pela possibilidade de que os juízes busquem sanar as questões internas por meio de

[46] Art. 1º do Deceto-Lei nº 25/1937: Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interêsse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

[47] Art. 2º do Decreto nº 8.124/2013: Para fins deste Decreto, consideram-se: I - bens culturais - todos os bens culturais e naturais que se transformam em testemunhos materiais e imateriais da trajetória do homem sobre o seu território; [...].

[48] C. F. M. De Souza Filho, *O direito constitucional e as lacunas da lei*, in *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 28, 1994, p. 6.

legislações estrangeiras, como o *Codice* italiano. Não exclui, no entanto, a discussão sobre o Código de Bens Culturais pátrio.

Ora, conclui-se que a falta de proteção específica e atualizada ao patrimônio cultural brasileiro afeta não só o usufruto direto dos direitos culturais, mas também outros direitos sociais associados, como o direito ao trabalho, ao lazer e à educação. Um exemplo local são as Ruínas da Igreja de Bom Sucesso, localizadas no município de Lucena, Paraíba. Apesar de seguirem sendo frequentadas de visitantes, as ruínas são abandonadas pelo poder público, sendo sustentadas por uma árvore e sujeitas à depredação, vandalização e desgastes naturais. Além de não prover outros retornos de usufruto para a sociedade, como a geração de empregos e a manutenção da história e cultura locais.

Ainda que existam métodos e técnicas de aplicação normativa que reduzam esses danos na prática jurídica e administrativa, como o uso de princípios gerais do Direito, de analogias e até mesmo de leis internacionais, vê-se, por meio de uma análise de direito comparado, que a elaboração interna de uma legislação pátria pode ser, na prática, mais eficaz. É o exemplo do *Codice dei beni culturali e del paesaggio* italiano.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existem falhas, afinal, na atuação de cada um dos três Poderes diante da proteção dos bens culturais. No Executivo, o aparato administrativo é burocrático e ineficiente, dificultando a efetivação das medidas protetivas já previstas. No âmbito legislativo, recorre-se à comodidade dos microssistemas infraconstitucionais de difícil aplicação, além da existência de normas arcaicas ainda vigentes no ordenamento. Na esfera do judiciário, por fim, há a dificuldade de localização e interpretação dessas leis, restando a tutela do patrimônio cultural à prática de estratégias extralegais, como por meio da heterointegração para sanar lacunas jurídicas.

O instrumento jurídico da codificação parece ser o meio mais adequado para sanar parte da problemática de descaso com o patrimônio cultural. Afinal, diante de todas as críticas, a tendência de codificar leis continua presente. A existência de microssistemas jurídicos numerosos não restou suficiente para, em matéria de patrimônio público, garantir sua tutela. Resta o Código como uma base que servirá como fundamento para cumprir preceitos legais já existentes, como uma ferramenta adequada de harmonização. Afinal, ao codificar a matéria de proteção aos bens culturais, além de agrupar parte das normas hoje existentes, torna-se possível que seja feito um reexame, corrigindo erros, preenchendo lacunas, atualizando conceitos e otimizando procedimentos.

O Brasil possui plena estrutura para a elaboração de códigos, o que se evidencia principalmente diante dos recentes diplomas promulgados. E, apesar de não possuir um código único sobre direito administrativo, possui estrutura para criar códigos administrativos parciais, como seria um Código de Bens Culturais. O exemplo internacional mais emblemático é o italiano, o qual apresenta algumas particularidades em relação às leis esparsas brasileiras. Afinal, é resultado de uma antiga e rica política de proteção ao patrimônio, uma das principais fontes de receita para a Itália.

Além das vantagens práticas de aproximação dos dispositivos, com as normas mais basilares sobre o tema unidas e com fácil referência, o *Codice* introduziu alguns conceitos e medidas de proteção antes inexistentes na Itália, e que até hoje não existem no Brasil, como normas de conservação e restauro de bens, além de institutos específicos,

[49] R. FRIEDE, *Sobre as lacunas e respectivos mecanismos supletivos,* in *Cadernos de Direito*, v. 18, n. 34, 2018, p. 277 ss., p. 290.

como o comodato. Vêm à tona, portanto, as vantagens da unificação das normas brasileiras sobre bens culturais por meio de um Código.

A elaboração de um Código de Bens Culturais brasileiro não é somente uma solução possível, como também é recomendável. Os Códigos ainda são instrumentos eficazes para a organização e sistematização legal, para sanar erros pré-existentes e para propiciar uma aplicação harmônica e constitucional do Direito moderno. É nesse sentido que o Código italiano foi tão eficaz em comparação às leis prévias. Espera-se, assim, que tal discussão seja levantada nos âmbitos jurídico e legislativo pátrio. O patrimônio cultural do Brasil, diante de sua riqueza, extensão e importância global, não pode permanecer em situação de descaso e sem pleno usufruto de seu potencial econômico, histórico, social, acadêmico e cultural.

AESTHETICS OF LAW AND UNDISCOVERED APPROACHES TO LAW AND LITERATURE

Kamil Zeidler, Aleksandra Guss[*]

When undertaking research on the relationship between law and aesthetics, it is worth adopting the most broad meaning of the concept of law itself. As a result, the aesthetics of law can be perceived in its three dimensions – external, internal and the so-called „law as a tool of aestheticization". In external frame, the aesthetics of law is concerned with manifestations of the law, legal inspirations, legal motives, symbols, signs, etc., which have been presented for centuries in the fine arts. In internal frame, law itself – in the form of legal acts, jurisprudence and legal activity, is a carrier of aesthetic values. The last frame, „law as a tool of aestheticization", refers to the norms that show what is aesthetic, thus determining the aesthetics of everyday life.

The trend of Law and Literature is the best-known example of the manifestation of the aesthetics of law, both in its internal and external frames. This movement, like the aesthetics of law itself, is a very fertile and interdisciplinary ground, based on the assumption that there are many links between law and literature. It is usually divided into two perspectives – external and internal, but the aim of this article is to present other, undiscovered possibilities of perceiving Law and Literature.

Quando si intraprende una ricerca sul rapporto tra diritto ed estetica, vale la pena adottare il significato più ampio del concetto stesso di diritto. Di conseguenza, l'estetica del diritto può essere percepita nelle sue tre dimensioni - esterna, interna e il cosiddetto "diritto come strumento di estetizzazione". Nella cornice esterna, l'estetica del diritto riguarda le manifestazioni del diritto, le ispirazioni giuridiche, i motivi giuridici, i simboli, i segni, ecc. che sono stati presentati per secoli nelle belle arti. Nella cornice interna, il diritto stesso - sotto forma di atti giuridici, giurisprudenza e attività giuridica, è un portatore di valori estetici. L'ultima cornice, "il diritto come strumento di estetizzazione", si riferisce alle norme che mostrano ciò che è estetico, determinando così l'estetica della vita quotidiana.

Il filone Diritto e letteratura è l'esempio più noto della manifestazione dell'estetica del diritto, sia nelle sue cornici interne che esterne. Questo movimento, come l'estetica del diritto stesso, è un terreno molto fertile e interdisciplinare, basato sul presupposto che ci sono molti legami tra diritto e letteratura. Di solito è diviso in due prospettive - esterna e interna - ma lo scopo di questo articolo è quello di mostrare altre possibilità, meno note, di esplorare questo filone di ricerca.

[*] Prof. dr hab. Kamil Zeidler, University of Gdańsk, Faculty of Law and Administration, Department of Theory and Philosophy of the State and Law; Aleksandra Guss, MA, University of Gdańsk, Faculty of Law and Administration, Department of Theory and Philosophy of the State and Law.

1. THE CONCEPT OF THE AESTHETICS OF LAW

At first glance, the juxtaposition of law and aesthetics may raise some doubts. Moreover, these doubts have accompanied the aesthetics of law since its inception, when it was developed on the basis of pragmatic aesthetics in the 20th century. Pragmatic aesthetics has opened the door to a new perception of aesthetics itself – its principal thesis was the deaesthetization of art and the aestheticization of everyday life, which means that the multiplicity and variability of aesthetic tastes and preferences and the accompanying variety of forms and varieties of beauty, developed over the centuries, have led to a situation where a modern human, aesthetically unsatisfied by fine arts, or even not interested in it, looks for the sources of aesthetic impressions elsewhere – this is in products and phenomena of everyday life.[1] This leads to reflection that law, omnipresent in our lives, can also show aesthetic values and evoke aesthetic experiences, but the question is in what way?

Mentioned doubts about aesthetics of law were expressed primarily in the belief that law is characterized by formalism and ossification, while aesthetics and the art with which it is associated show incredible plasticity and changeability, thus, law and art remain in a state of enmity that is quite natural to them. Such an opinion was expressed by Gustav Randbruch in *Rechtsphilosophie*, published in 1932, in which he distinguished a short chapter *Äesthetik des Rechts*, where, inspired by his personal artistic interests, he was speaking up for the necessity to distinguish such an area of research on law in jurisprudence[2]. This subject was taken up several decades later, mostly by English- and German-language literature, and finally also by Polish doctrine, which particularly developed legal-philosophical and legal-theoretical considerations on the aesthetics of law[3]. Any reflections undertaken in scientific works led to proving that the aesthetics of law exists and constitutes a very fertile and interdisciplinary research ground.

When undertaking research on the relationship between law and aesthetics, it is worth adopting the most broad meaning of the concept of law itself, which includes not only a formalized normative system, but also the processes of its creation (legislation), application and interpretation (jurisdiction), as well as studying and teaching (legal doctrine). With such a broad view of law, one of the authors of this article distinguished five basic research fields: 1) that of general problems of the aesthetics of law; 2) that of problems relating to aesthetic value; 3) that of the comparison of activities in the field of aesthetics to the work of jurists; 4) that of law as an objects of aesthetics and 5) that of cultural products of varying kinds that refer to the law and its phenomena and symbols[4], which then organized and closed it in three different dimensions: external, internal and the so-called „law as aestheticization tool".[5] This division was made not from a subjective point of view, but in relation to the objects that is constituted by the law.

---

[1] See: R. Shusterman, *Pragmatist Aesthetics Living Beauty Rethinking Art,* Oxford 1992, p. 160.

[2] G. Randbruch, *Rechtsphilosophie,* 2nd Edition, Heidelberg 2003, pp. 103-104.

[3] See: K. Zeidler, *Aesthetics of Law*, Gdańsk University Press-Wolters Kluwer, Gdańsk-Warsaw 2020; see also: K. Zeidler, *Estetyka prawa – ujęcie zewnętrzne i wewnętrzne* [in:] *Integracja zewnętrzna i wewnętrzna nauk prawnych*, part 2, eds. M. Król, A. Bartczak, M. Zalewska, Łódź 2014, pp. 61-67; J. Zajadło, *Estetyka – zapomniany piąty człon filozofii prawa,* Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2016, vol. 4, pp. 17-30; J. Zajadło, *Prawo, estetyka, estetyka prawa?*, „Edukacja Prawnicza" 2015 vol. 3(159), pp. 9-12; J. Zajadło, *Graficzny obraz systemu prawa: prawo, estetyka, estetyka prawa?*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 2016 vol. 36, pp. 513-534; K. Zeidler, *Estetyka prawa: ekslibris prawniczy*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2017, vol. 38.

[4] K. Zeidler, *Aesthetics of Law*, pp. 39-40.

[5] *Ivi*, pp. 40-41.

As a result of the above division, in its external frame, the aesthetics of law is concerned with manifestations of the law, legal inspirations, legal motives, symbols, signs, etc., which have been presented for centuries in the fine arts. It cannot be concealed that issues of law and lawyers constituted an important source of inspiration for painting, sculpture, literature, and cinematography, and countless examples of works devoted to this subject were created. Already Gustav Radbruch considered that law may a material for art, and, as such it certainly enters within the scope of aesthetic valuation.[6] However, it should be emphasized that in the case of the external frame of the aesthetics of law, the subject of assessment here is not the broadly understood law, but the artist's work, which contains legal inspiration, nevertheless the content of the work is also subject to aesthetic experiences and evaluations, so the law itself can be a source of aesthetic value here. Among the popular legal motives that have been present in culture and have inspired artists for centuries, the following can be distinguished: 1) The Last Judgment, 2) human trials and courts, 3) images of Themis (in Latin, Iustitia), 4) crime, guilt, punishment, and carrying out punishment, and 5) legal professionals themselves.

Of course, the external approach to the aesthetics of law is not limited only to legal motives, which appear more and less frequently in culture, but also includes symbols in law (for example, the meaning of individual elements such as a scale and a sword or certain colors), politics and power, as well as legal rhetoric and pictorial law (for example, road signs), but nevertheless the widest sack of different law images still possesses the culture.

The subject of the aesthetics of law in the internal frame is law itself. It is about treating the law, not only in the form of legal acts, but also jurisprudence and legal activity, as a carrier of aesthetic values and, consequently, as a source of corresponding experiences and assessments. For this view allows us pragmatic aesthetics, which does not only extend the notion of art, but, indeed, offers a departure for aesthetics beyond its tradition field of concerns and this formulation, law does not have to be art to be a medium for aesthetic values and resultant experiences.[7]

It is worth starting with the issue of the creation of law and the result of such activity, this is a legislative act. The legislative process can be seen as a kind of creativity, especially as it results in a work, which is characterized by novelty and fixed form. Such a work, a legal act, may be a source of various impressions and aesthetic experiences, which of course is not the goal of the legislator in itself, but it testifies to the existence of wider manifestations of "legislative art". The simplicity of language, internal consistency, correct and harmonious structure, compliance with the formal conditions and rules of legislative technique – all these factors contribute to the beauty of a legislative act and evoking aesthetic experiences in the recipient.

With similar situation we are dealing in the process of interpreting and applying the law, when judges, depending on their adopted legal-philosophical position, become either faithful and barely creative copyist or autonomous artists building their own work on top of the original. In addition to the process of interpreting the law itself, aesthetic impressions can also be provided by a ruling, on the same principle as in the case of a legal act – through coherence, harmonious structure or artistic language. Also the legal language itself can be a source of various aesthetic values, characterized by specific vocabulary, stiffness and roughness, it apparently seems to be devoid of any emotions, but it causes some aesthetic impressions, for example, the seriousness and importance of further regulation.

---

[6] G. Randbruch, *Rechtsphilosophie,* pp. 104-105.

[7] J. Zajadło, *Estetyka – zapomniany piąty człon filozofii prawa*, pp. 18-19.

The third frame of the aesthetics of law, this is „law as a tool for aesthetization" of everyday life, indicates the law in functional terms, implemented mainly by legal regulation and the legal norms they contain, which are the determinants of what is aesthetic. It is most important here, that the law itself is not a carrier of aesthetic values, but this, what is regulated with their help, so the description and criteria for aesthetic evaluation are derived from external sources, which we can divide into three groups: 1) legal norms that set and promote certain aesthetic standards, 2) legal norms that serve to protect and preserve aesthetic values and 3) the field where law, as an instrument of politics can be used to fight against certain aesthetic values that are inconsistent with the ideology promoted by the ruling class – the so-called art in the service of state power. All these three groups and their constituent parts have their use, more or less, in the process of aestheticizing everyday life.

It is worth mentioning here as an example the cultural heritage law, which on the one hand contains norms that set and promote aesthetic values, by pointing what is the object of protection – cultural goods, which are a great source of aesthetic value, and also contains those norms that aim strictly at protecting and preserving these values – these are all regulations that create specific forms of protection and designate entities responsible for protection and the scope of their activities.

Perhaps the best-know manifestation of the aesthetics of law – both in an external and internal dimension – is research field that is called *Law and Literature*. This movement, like the aesthetics of law itself, is a very fertile and interdisciplinary ground, based on the assumption that there are many links between law and literature, and this issue is pursued both by lawyers and literary scholars. It is generally accepted to divide this research field into two approaches – internal and external, but the aim of this article is to present other possible perspectives of *Law and Literature* and to show its undiscovered approaches.

2. LAW AND LITERATURE AND THE NEW APPROACHES

While many historians of law search for links between law and literature in ancient times, the beginnings of the movement should be traced back to the beginning of the nineteenth century, when both areas of general interest began to be interested in each other. This resulted in a significant number of legal elements in works of popular culture, in particular by presenting and describing the then US legal system and the practice of applying the law itself. Moreover, lawyers often became writers themselves, transferring the acquired knowledge to the content of their works. But the breakthrough point was, first, John Wigmore's work and Benjamin Cardozo's later. John Wigmore firmly believed that lawyers and judges must read novels in the course of their careers. The result of his considerations was the publication in 1908 of the *List of One Hundred Legal Novels*,[8] which, contrary to appearances, included over a hundred titles of world literature, particularly important from the point of view of a lawyer's work and which a professional lawyer should know. Thanks to reading, he was supposed to improve his workshop and learn about human nature, drawing knowledge from the experiences described by others. In turn, Benjamin Cordozo, a judge of the American Supreme Court, emphasized that literature has the ability to educate also on the legal basis. He noticed a signi-

[8] See: J. Wigmore, *List of One Hundred Legal Novels,* "Illinois Law Review" 1922, vol. 17, no. 21, pp. 26-41.

ficant influence of literary works on the formulation of court decisions. He published an essay entitled *Law and Literature*, in which he emphasized the importance of distinguishing the form and content of the decision, where the form is in no way of secondary importance, and even it allows you to read the text and makes it clear and understandable.[9] Moreover, in his work, he analyzed the linguistic activity of lawyers (on the example of justifications of judgments by judges) from the point of view of the features of literature.

The next wave of the development of the law and literature movement took place in the early 1970s. In 1973, James Boyd White published the academic textbook *The Legal Imagination*,[10] which attempted to apply the methods of literary theory to the examination of legal texts and included a collection of legal cases and issues subjected to literary analysis and juxtaposed with given cultural texts. He also emphasized the power of rhetoric and narrative as well as the influence of literature on the development of imagination and empathy, which is needed in the work of a lawyer because it translates into his approach to other people, including the client[11]. This subject was later also taken up by Richard Weisberg,[12] who believed that literary works and their narrative allow lawyers to penetrate into the depths of the nature of law that would be lost if it had been studied strictly in the context of the rhetoric of law itself; and by Richard Posner, who in his book *Law and Literature* denied the legal importance of literature, arguing that if esteemed writers include legal elements in their novels, this does not mean that the novels have any reflection in the lawyer's work and in his development[13].

Although law and literature function as two separate fields, their scopes undoubtedly intersect, inspire and complement each other due to the common object of interest, which is the text. Both literary and legal texts emphasize the rhetoric and aesthetic perception of the work. It cannot be denied that artistic and persuasive expression is extremely desirable in both writing and legal practices. It cannot be concealed that all literary forms simultaneously fulfill an aesthetic function through the creation of elements of the represented world, the composition of the work and the selection of linguistic means.

Both areas assume the possibility of a creative approach to the text and its meaning.[14] James B. White stated that law is the art of argumentation and interpretation, and therefore should be seen in the light of the culture in which it is implemented and through which it takes on meaning.[15] The combination of law and literature provides many useful guidelines for interpretation and argumentation – a lawyer, when reading a legal text, often has to perform similar steps as a literary critic and must go "deep into" the text to determine what is actually behind it and how you can use it. Literature affects the ability to perceive a text and many times a lawyer, in addition to discovering the literal meaning of a text, must also place it in context.[16]

---

[9] See: B. Cordozo, *Law and Literature*, "Yale Law Journal" 1939, vol. 48, no. 3, pp. 489-507.

[10] See: J.B. White, *The Legal Imagination,* Little, Brown and Company, Boston (Mass.) 1979.

[11] I. Ward, *Law and Literature: Possibilities and Perspectives,* Cambridge-New York-Melbourne 1995, p. 6.

[12] R. Weisberg, *Text into Theory, A Literary Approach to the Constitution*, "Georgia Law Review" 1986, vol. 20, pp. 946-948; see also: R. Weisberg, *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, Columbia University Press 1992.

[13] J. Hursh, *A Historical Reassessment of the Law and Literature Movement In the United States,* Montreal 2013, p. 15; see also: R. Posner, *Law and Literature,* 3rd Edition, Harvard University Press 2009.

[14] M. Andruszkiewicz, *O literackości w prawie* [in:] *Prawo i literatura. Parerga*, eds. J. Kamień, J. Zajadło, K. Zeidler, Gdańsk University Press, Gdańsk 2019, p. 75.

[15] J. B. White, *Law as Language: Reading Law and Reading Literature*, "Texas Law Review" 1982, vol. 60, no. 3, p. 436.

[16] M. Andruszkiewicz, *O literackości w prawie*, pp. 74-75.

Another common element is the narrative mechanism that creates a certain image of reality, creates facts, events or characters. In literature, it is primarily the process of creating a story and creating a plot, while in law it appears both in the area of law application and in other spheres of legal practice. This leads to the creation of a coherent world – literary and legal. Just as a writer creates characters, their personality, history, and then accompanying events, a judge can also be a creator when creating his ruling – he must create a comprehensive picture of reality in it, having at his disposal the evidence that appears during the proceedings. The skill of narration allows him to create a cause-effect chain that organizes and connects the facts, thanks to which the story told in his decision is normatively coherent, which is necessary for justifying decisions and is comparable to the narrative coherence in literary works.[17] This makes the courtroom a comprehensive forum for storytelling, where the narrative analysis of the law provides a coherent picture of reality that forms the basis of the judge's final decision.

However, it should be noted that the law and literature tendency is not uniform. It is also difficult to speak of the development of common research tools, methodologies, or theories. However, there are certain trends that inspire law and literature, such as: analytical philosophy of law, *critical legal studies*, deconstructionism of Jacques Derrida, the hermeneutics of Hans Georg Gadamer, and post-structuralist tendencies that had a important influence on the disciplines for which the object od interest is the text.[18] This makes it possible to apply analogical research methods to the analysis of texts of various kinds – literary, legal etc., which are understood as creations of a culture.

The above mentioned tangent points have created perspectives in which we consider the need to combine these two areas. The most common and popular is the division into two approaches of perceiving *Law and Literature*: *law in literature (*external approach) and *law as literature* (internal approach). Due to the fact that the law and literature are still an inexhaustible reservoir of possibilities, because the boundaries between their threads are still blurred, we can distinguish four other possible connotations between them: *law on literature*, *literature in law*, *literature as law* and *legal literature.*[19]

3. LAW IN LITERATURE

In an external approach, works of literature are investigated in terms of the appearance in them of elements of plot linked with the law, legal professionals, the justice system, the organization of the state, etc. These movement representatives try to use fictional legal scenarios provided by literature as a means of discovering and researching the cultural aspects of law, not only limiting themselves to works of belles-lettres, but expanding this space with essays, reportages, poetry and journalism.

As indicated earlier, the forerunner of the *Law and Literature* movement, John Wigmore, presented his proposal of over a hundred novels, which, in his opinion, constituted a minimum, thanks to which a lawyer could gain the legal knowledge needed in his practice, and the ordinary reader could better understand the law and in this way, they influence the shaping of society's legal consciousness.[20] However, this list is not a *numerus clausus*, because the number of works containing elements related to the law, le-

[17] T. Smejkalová, *Story-telling in judical discourse*, "Comparative Legilinguistics" no. 5, Poznań 2011, pp. 100-101.

[18] K. Zeidler, *Aesthetics of Law*, pp. 223-224.

[19] K. Zeidler, *Prawo i literatura. Garść uwag spóźnionych* (in:) *Prawo i literatura. Parerga,* eds. J. Kamień, J. Zajadło, K. Zeidler, *Prawo i literatura*, p. 17.

[20] K. Zeidler, *Prawo i literatura. Garść uwag spóźnionych*, p. 19.

gal practice, the judiciary or the organization of the state itself is constantly growing. The Bible already provides us with many timeless themes concerning the law. It is enough to look at the story of King Solomon's judgment, which, as a just judgment, should be a determinant for modern judges in their pursuit of truth in the trial, or the announcement of the Last Judgment, which is a kind of God's justice. *Law in literature* is also compared with morality – characters are often put at a crossroads, where they have to choose whether to act in accordance with their moral order, but against the law or not. We notice such a conflict, among others, in the best known example – Sophocles' *Antigone*.

Topics relating to law, court, trial, guilt and punishment were popular in the works of William Shakespeare, Victoria Hugo, Franz Kafka, Fyodor Dostoyevsky, and Charles Dickens, and many others great writers. The latter provides us with a wide range of novels, the plot of which is based around the law, and which are also an expression of criticism and disapproval of the entire legal world, which in Dickens' novels appears to be devoid of any morality and justice – just look at *Bleak House*, which is considered the most outstanding and immediately the most "legal" novel written by Dickens, where each element of the novel creates an overall picture of disorder and abuse on the part of the Chancellor's Court and the moral decline of lawyers who are bent on getting rich, not seeking justice.[21]

Of course, such an image may, instead of educating, act on the contrary – distort the reader's perception of law and build a wrong vision of the legal world. It cannot be denied that this world is usually presented in a negative way in books, a bit as Dickens described it. But this is also where the reader's own work begins – whether he will seek the contradiction of this vision in other books or not, because the vision of law may be as infinitely many as there are infinitely many books.

4. LAW AS LITERATURE

In the internal perspective of *Law and Literature*, the law itself is the object of interest and research as a cultural phenomenon.[22] It is a kind of literary approach to legal writing, including shaping the text of legal acts in the legislative procedure and creating judgments in the process of applying the law, using methods that have been developed by literary scholars. The law appears here as a certain form of narration, a *sui generis* story, so the activity of the legislator can be treated as a linguistic creation, which also includes in its scope the creation of literary texts. Moreover, when creating a text, the legislator uses a characteristic vocabulary and observes the rules of natural language, which in turn allows the use of literary-theoretical tools to study the law itself.

It can be considered that a legal text, like literary works, has features of literary character. Literariness is understood as a set of criteria that make fictional literature an art of the word and fulfill the poetic function of language (as opposed to other functions, e.g. cognitive, persuasive, expressive). These criteria include, among others the aesthetics of the language, narration or the fictional nature of the reality being described. In the texts of laws, manifestations of the aesthetic function are apparent in the formal organization of structure defined by the rules of the internal and external systematization of the act, and also through the existence of editorial units (articles, paragraphs, etc.) and the intertextuality aspect, based on the reference of new texts to other already exi-

[21] See: L.M. Wertheim, *Law, Literature and Morality in the Novels of Charles Dickens*, "William Mitchell Law Review" 1994, vol. 20, pp. 111-154.

[22] K. Zeidler, *Aestethics of Law,* pp. 233-235.

sting ones. Intertextuality is of particular importance in the process of interpretation of law, when a given dispute requires referring to other legal acts or texts. It is especially visible in jurisprudence, where, following the example of common law system, coherent lines of jurisprudence are created.

We can also look at the legal text as a vision of the world founded on contra-factual assumptions. This is witnessed, for example, by the idea of a rational legislator, various presumptions, and even legal fictions. In a legal text, we see created a potential image of an ideal world projected by the legislator and indicated by legal norms. This image is additionally enriched by specially dedicated creations that do not have their own designates in the real world (for example legal person, state agency, defendant etc.). This allows us to conclude that through *Law and Literature*, we can understand a legislative act in two ways – as a normative act and as a work of literature.

5. LAW ON LITERATURE

In the case of the approach that can be defined as *law on literature*, we are dealing here with the interference of the legislator in literary creation. Generally, it is copyright law, but also other regulations that apply to writing, such as the principles of freedom of artistic creation, and the issues of limiting it, *inter alia*, by censorship.

Copyright usually is regulated by the state. Nevertheless, also here, in particular at the level of the European Union, a certain uniform framework has been created that should be transferred to the national orders of the Member States. It is primarily about the Directive (EU) 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society[23] and the Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market.[24]

Certain general frameworks for the freedom of artistic creation have been developed both in the universal system, the system of the Council of Europe and the system of the European Union, and then transferred to the ground of national legal orders. The first of the documents of the universal system, although non-binding and functioning as customary law, is the Universal Declaration of Human Rights of 1948,[25] which in art. 27 gave every human being the right to participate freely in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits and right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author. Although this provision does not directly refer to the freedom of artistic creation, it became an inspiration for later regulations. Similarly, this issue was regulated in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966[26], which in art. 15 indicates that the States Parties of Covenant recognize the right of everyone to take part in cultural life and to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author and to respect the freedom indispensable for scientific research and creative activity.

[23] OJ L 167, 22.6.2001, pp. 10-19.

[24] OJ L 130, 17.5.2019, pp. 92-125.

[25] The Universal Declaration of Human Rights, available at: https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/ [last access: 15.12.2020].

[26] The United Nations General Assembly, The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights Treaty of 16 December 1996, United Nations Treaty Series, vol. 993.

Freedom of artistic creation, just like in the universal system, has not been directly formulated in the system of the Council of Europe, but there is no doubt that such freedom can be interpreted from the provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR).[27] Article 10 of ECHR grants everyone a freedom od expression, which shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. It can be seen that this provision is very general and does not indicate a specific form in which information and ideas can be conveyed, and leaves a very wide material scope of expression. It follows from the jurisprudence of the European Court of Human Rights that this applies to political, artistic and commercial statements, and the artistic statement may take the form of sculpture, painting, film, performance etc., by which the creator expresses his views.[28]

Clear changes in the perception of artistic freedom are visible in the system of European Union. The Charter of Fundamental Rights of the European Union[29] in art. 13 states that the arts and scientific research shall be free of constraint and academic freedom shall be respected. It is important here to adopt a broad understanding of art and identify it directly also with artistic creativity.

The adopted international standards also provide for strictly defined restrictions on the freedom of artistic creation. In the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art. 4 requires a bill for this purpose, and only to the extent that it is compatible with the essence of these rights, and solely for the purpose of promoting the general welfare of a democratic society. Accordingly, all limitations are introduced on the basis of national legal orders. Also in the case of the ECHR, a prerequisite for limiting the freedom of artistic creation, the requirement of the act and the fulfillment of one of the conditions listed in art 10, for example when it is necessary in a democratic society in the interests of state security, territorial integrity or public security. With regard to the Charter of Fundamental Rights of the EU, although the European legislator used in art. 13 the phrase "free of constraint", which may suggest the absence of any limits to the above-mentioned freedom, as is commonly known, freedom of art may be subject to limitations allowed under art. 10 of the ECHR.

Currently, the freedom of artistic creation is primarily limited by censorship, primarily internal-institutional censorship, this is, cases of limiting the freedom of art by decisions of the governing bodies of cultural institutions. Usually it concerns the violation of public ethics or morality by a given work. These premises as the basis for the restriction of the freedom of artistic creation have been repeatedly considered by the European Court of Human Rights, however, as can be seen, no uniform line of jurisprudence has been developed on this issue.[30]

6. LITERATURE IN LAW

In this approach, it is about situations where references to literature and its authors are found in law – when trial participants, this is judges, prosecutors, defense lawyers,

[27] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ETS No. 005.

[28] See: https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/freedom-of-expression-and-information-explanatory-memo [last access: 15.12.2020].

[29] OJ C 326, 26.10.2012, pp. 391–407.

[30] See: European Court of Human Rights, *Case of Müller and others v. Switzerland*, Judgment of 24 May 1988, Application no. 10737/84; European Court of Human Rights, *Case of Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*, Application no. 68354/01, Judgment of 25 January 2007; European Court of Human Rights, *Case of Akdaş v. Turkey*, Judgment of 16 February 2010, Application no. 41056/04.

use cultural means of expression and persuasion in their arguments or in the justification of a judgment. Such references are very characteristic of common law legal culture, especially in the United States[31].

It can be seen when US prosecutors use examples from belles-lettres in their arguments during a criminal trial.[32] Without going into the details of argumentation and its admissibility at trial, the American case law and legal doctrine recognize the broad freedom of argumentation and, at the same time, the freedom of speech of both the defender and the prosecutor, especially in the closing arguments. Such argumentation does not have to be rigid and sterile, but it is desirable that they should be full of passion and vivid examples. Therefore, it is permissible to refer to a wide variety of sources when articulating arguments, ranging from jokes, satire, biblical stories and metaphors, to examples from literature. Importantly, the mere fact that the prosecutor uses a fictional theme does not make his comments inappropriate. On the contrary, literary allusions are a traditional and acceptable argument in American practice, part of the American legal heritage and language, with which the closing speech can be animated, illustrated or brought into consideration by certain legally significant issues.[33] For example, the prosecutor can use examples from the literature in his final speech. Several literary works enjoy above-average popularity in their arguments. This group includes the works of Lewis Caroll, in particular *Alice in Wonderland* and *Alice on the Other Side of the Mirror.*[34] The world presented in both novels, characterized by absurdity and contradiction to the rules of logic, often appears in the argumentation as a metaphor for the irrational version of the events presented by the defense, the absurdity of the hypotheses or the absurdity of finding the accused innocent. Equally popular is the story of *Little Red Riding Hood*, where prosecutors compared the accused with the character of a wolf, for example when the accused acted with deception or prosecutors want to show that not everything is as it may appear at first glance and that the jury should examine the accused just as Little Red Riding Hood had to look at the wolf to recognize that it was not Grandma.[35]

Examples of references to belles-lettres can also be found in the activities of the Court of Justice of the European Union, in particular in the opinions of Advocates General. As Grzegorz Maroń mentioned, literary references perform a number of more detailed functions, for example, in the process of legal interpretation, they can be used as a linguistic interpretative guide to help determine the meaning of individual words and phrases in the legal language that the Advocates General wants to present to people without legal education[36]. Such references are also considered to be a tool for building a sense of community between the parties to the proceedings or the society as the widest

[31] See: R. Sherwin (ed.), *Popular Culture and Law*, Routledge 2017; D. Abrahms, *References to Television Programming in Judical Opinions and Lawyer's Advocacy*, „Marquette Law Review" 2016, vol. 99, pp. 993-2010.

[32] G. Maroń, *Beletrystyczne i filmowe aluzje w argumentacji prokuratora w świetle orzecznictwa sądów Stanów Zjednoczonych*, „Prokuratura i Prawo" 2018, no. 7-8, p. 193; See also: K. Levine, R. Wright, *Images and Allusions in Prosecutors' Morality Tales*, „Virginia Journal of Criminal Law" 2017, vol. 5, no. 1, pp. 38-67.

[33] G. Maroń, *Beletrystyczne i filmowe aluzje,* p. 198.

[34] See: State v. Grant 72004–0–I (Wash. Ct. App. 2015), Thompson, 266 Conn. 463–65; State v. Cotton, 77 Conn. App. 749, 774, (Conn. App. Ct. 2003); State v. King W2001–02823–CCA–R3–CD (Tenn. Crim. App. 2003).

[35] G. Maroń, *Beletrystyczne i filmowe aluzje,* p. 211; see: Williams v. State, 377 So.2d 634, 639 (Ala. Crim. App. 1979); State v. Burroughs, A–4590–14T2 (N.J. Super. Ct. App. 2017).

[36] G. Maroń*, Odwołania do literatury pięknej w opiniach rzeczników generalnych Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej,* „Przegląd Prawa Publicznego" 2018, no 10, pp. 14-15.

addressee of the justifications of judgments, which in turn makes it easier to convince them of the legitimacy of the proposed resolution of the case.[37]

What's more, references to literature in judgments and legal argumentation will also work well in the so-called *hard-cases*, so when the case does not generate one standard solution, but on the contrary, when may be many correct findings.[38] The solution of a *hard case* does not proceed clearly from the applied legal rules, and most frequently in such a situation it is necessary to appeal to norms other than legal ones, especially ethical or moral, which in turn can be provided in literary patterns.

7. LITERATURE AS LAW

The justification for this approach is provided by the history of the law, as there were situations when a literary work became law over time and was sanctioned, and as a result, it was applied and respected. This is the case with the legacy of Roman jurisprudence.

The activity of jurists from the times of Augustus was considered a direct source of law due to granted to them the *ius publice respondendi,* this is, a legal privilege to provide, binding on state authorities, answers to legal inquiries. Complementarily, it can be added that the opinions of jurists constituted a specific *ius controversum*, this is, a law that was born as a result of continuous legal discourse, and opinions gradually acquired the normative character based on the authority of a given author of the statement.[39] Initially, they had the form of a case, a specific story from which a certain general idea was derived. Over time, these legally binding opinions they have become more universal and were compiled into scientific studies on which judges based their judgments. Legal maxims, which expressed the principles of law, were also important here.

8. LEGAL LITERATURE

Robin West drew attention to this approach to research on law and literature, focusing her considerations on the most important works of the 20th-century philosophy of law and making an aesthetic analysis of contemporary legal theory.[40] She emphasized that regardless of the law described in literature, the philosophy of law itself contains contents that can be analyzed as literature – apart from the appearance of fictional characters, such as Dworkin's Judge Hercules or Fuller's King Rex, but also the narrative nature of these works, which is especially visible when describing *hard cases* in law, for example in *The Case of the Speluncean Explorers* by Loan L. Fuller[41].

Fuller's hypothetical case concerns a group of speluncean explorers who are threatened with death by starvation as a result of being trapped in a cave by a sinkhole. To avoid it, four of them kill and eat a fifth person. After the four survivors are freed from the cave, they are accused and found guilty of the murder of their companion. The death

[37] *Ibidem.*

[38] See: K. Zeidler, *Restitution of Cultural Property. Hard Case, Theory of Argumentation, Philosophy of Law,* Gdańsk University Press-Wolters Kluwer, Gdańsk-Warsaw 2016.

[39] K. Amelańczyk, *W poszukiwaniu antycznej genezy klauzul generalnych, czyli o wartościach i wartościowaniu w prawie rzymskim*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska - sectio G" 2016, vol. LXIII, no. 2, p. 29.

[40] See: R. West, *Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory*, „New York University Law Review" 1985, vol. 60, no. 2, p. 145-211.

[41] See: L.L. Fuller, *The Case of the Speluncean Explorers*, „Harvard Law Review" 1949, vol. 62, no. 4, p. 616-645.

penalty is the only one provided for in such a situation by criminal law. The inmates appeal to the Newgarth Supreme Court. While the rules are clear and unmistakable, the five members of the court face a difficult task due to the moral implications of the case and the strong public pressure on the side of the speluncean explorers. The facts of the case are presented by Truepenny, the Chief Justice, who plays the role of narrator, which makes us treat the case more like a narrative story.

It is not surprising that legal theory should rely so heavily upon narrative form, because the subject matter of legal theory is the „nature of law", which means not only that the law is a „fact" connected with society, policy and economy, but is also a ever-present possibility, revealed by our aspirations for and our fear of law: fantasies and nightmares revolving around power, reason and authority.[42] That's we discuss and analysis what is possible, what we desire and what we dread by creating hypothetical stories with the legal actors, communities and state powers as characters.

9. CONCLUSIONS

As can be seen, although *Law and Literature* is a trend that has been the subject of considerations of both legal theorists and literary scholars for over a century, it still has its new, undiscovered paths. Although legal texts and literary texts will seemingly always be in two separate collections, in opposite categories and different worlds, their elements will interpenetrate somewhere[43]. This may be due to the fact that, firstly, lawyers are not a group that strives for the external and internal integration of language, how rigid and formal, but on the contrary, they want variety and aesthetics in their thought-linguistic patterns, and secondly – law provides a lot of inspiration for literature and it is natural that writers, inspired by everyday life, are also interested in law.

The undiscovered approaches to *Law and Literature* presented above show how fertile this research field is, despite hundreds of scientific works on this subject by among others John Wigmore, Benjamin Cordozo, Richard Weisberg, James White and Ronald Dworkin or Richard Posner. It comes as no surprise to anyone that the research field of *Law and Literature* is practiced in two approaches, but the other four continue to establish themselves. All this research field can be classified into a broader category, which is aesthetics of law. It gives us a sense of order, though only apparent, because, as we know, there is still no "final order" within the framework of *Law and Literature*.

[42] R. West, *Jurisprudence as Narrative*, p. 146.
[43] K. Zeidler, *Prawo i literatura. Garść uwag spóźnionych*, p. 26.

SAGGI DI DIRITTO DEL MERCATO DELL'ARTE: PERCORSI DI LETTURA E DI RICERCA, *RECENSIONE ALL'OPERA*

Francesco Longobucco[*]

Il Volume "*Saggi di diritto del mercato dell'arte*", curato da Fabio dell'Aversana e inserito nell'ambito delle attività editoriali della SIEDAS (Società Italiana Esperti di Diritto delle Arti e dello Spettacolo), ospitato nella Collana "*Quaderni di Diritto delle Arti e dello Spettacolo*", si pone come un compiuto tentativo – attraverso il genere letterario della silloge di saggi a più mani – di creare un'unita concettuale e scientifica attorno al sintagma del c.d. "mercato dell'arte".

È infatti ormai dato acquisito che ciascun mercato di beni e di servizi costituisce un *unicum* in ragione degli specifici interessi che lo connotano. La parola mercato, dunque, deve essere coniugata – dal punto di vista giuridico – esclusivamente al plurale, poiché non è possibile elaborare princìpi e regole unitarie in via aprioristica applicabili per qualsiasi luogo di scambio.

Il Volume in lettura rispecchia chiaramente questo corretto postulato metodologico e lo estende fino alle dovute conseguenze in uno con la teoria delle fonti dell'ordinamento. Esso muove dalla consapevolezza che lo scambio di beni artistici, ed il relativo statuto normativo, non può prescindere dalla funzione identitaria di quei beni, costituzionalmente tutelata (art. 9 Cost.), giacché questi ultimi richiamano la nozione delle antiche *res communes omnium* pur quando su di essi si staglia lo stampo della proprietà privata. Ne discende che il mercato dell'arte non può che essere etero-regolamentato, a livello sia interno sia comunitario, e soggetto al controllo pubblicistico. Mai come in questo campo, interesse pubblico ed interesse privato devono trovare un momento di armonia e di sintesi, in quanto i poteri di godimento e di disposizione privati, come contemplati nel Codice Urbani, devono essere sempre orientati ad attualizzare quella funzione identitaria di matrice costituzionale, prima ricordata, la quale innerva il bene artistico anche quando esso diventa oggetto di scambio. In questa prospettiva si inseriscono i saggi inziali che esaminano, senza contrapporli bensì in sinergia tra loro, gli istituti del controllo pubblico, dell'autorizzazione, della libertà negoziale, della prelazione artistica, della circolazione sovranazionale dell'arte, dell'intervento delle norme comunitarie in materia.

Se un primo pregio del Volume recensito è quello, come appena illustrato, di cogliere – in modo dinamico – la pluralità degli interessi coinvolti nella circolazione dei beni artistici, alla luce dell'ordinamento italo-comunitario delle fonti, l'altra caratteristica evidente della raccolta di scritti in esame è quella della interdisciplinarietà piegata a porre in luce l'aspetto sia conservativo sia di valorizzazione dei beni dell'arte. In questo contesto appare benemerito, dunque, il tentativo degli autori coinvolti nel comune progetto

[*] Professore associato di Diritto privato nell'Università Roma Tre, ove insegna, altresì, Diritto privato della musica e dello spettacolo. Avvocato presso le Magistrature Superiori e Socio SIEDAS.

di esaminare il rapporto tra l'arte e le sue varie forme di espressione, inclusa, quella più recente, della digitalizzazione. Viene indagato allora il rapporto tra arte, divulgazione e valorizzazione tramite *web* e *social media*, fino a concepire l'impiego della tecnologia ai fini dell'analisi dell'autenticità dell'opera, delle attività di restauro, dello sviluppo dei musei virtuali, del *merchandising* di opere d'arte. Ma, soprattutto, ad essere portato in emersione è il possibile connubio tra arte e tecnologia *blockchain*, la quale viene assunta come strumento a garanzia dell'autenticità dell'opera ed a tutela dei diritti patrimoniali e morali del suo autore in ambito transnazionale, rispondendo al canone della fiducia, della trasparenza e della certezza giuridica che è tipica, come è noto, della moderna tecnologia *blockchain*.

A venire in rilevo nella ricerca è altresì il problema di offrire uno statuto normativo a varie forme di arte moderna, come l'arte urbana (c.d. *street art*) e la grafica d'arte, attraverso il tentativo di costruzione regolamentare multi-livello dei fenomeni esaminati: dalle norme costituzionali ed internazionali, a quelle contenute nel codice civile e nel codice penale, all'imprescindibile legge sul diritto d'autore. Non manca ancora un Capitolo dedicato alla specifica questione, sia giuridica sia diplomatica, della c.d. *art restitution*, ovvero della restituzione dei beni artistici trafugati ed oggetto di esproprio illegittimo o furto, che costituisce uno dei temi più dibattuti e controversi del diritto dell'arte.

La segnalata interdisciplinarietà del Volume in disamina, oltre che del punto di vista più squisitamente giuridico, il quale rappresenta la lente principale del lavoro di indagine, si arricchisce anche di quello di altre scienze correlate. Si pensi alla prospettiva economica, che permea, per esempio, il Capitolo relativo ai fondi di investimento in opere d'arte (c.dd. *art funds*) e l'osservazione dei processi di *marketing* dell'opera d'arte. Ma, a chiudere gli scritti, è anche il punto di vista pedagogico ed estetico dell'arte, nonché quello storico-politico.

Il Volume appare in definitiva una silloge varia, ma complessa nella sua struttura, che merita l'etichetta di uno dei primi Manuali di *Art Law*, strutturandosi in una possibile *reductio ad unitatem* sotto l'aspetto sia della disamina dei problemi, riconducili in senso lato al mercato delle opere d'arte, sia della ricchezza dei dati settoriali accuratamente selezionati nella dottrina e nella giurisprudenza nazionale e comunitaria.

Il campo dei beni artistici appare in fondo ancora poco esplorato, specie sul piano degli strumenti privatistici, e, in questa prospettiva, il Volume apporta un contributo di catalogazione, di descrizione, e di ricerca certamente rilevante ed apprezzabile. Esso offre un'approfondita base di partenza per gli esperti del settore (giuristi ed economisti), al fine di entrare in contatto con il mondo del mercato dell'arte e delle vicende circolatorie e di tutela che lo riguardano. Per poi, di lì, approfondire i singoli aspetti di interesse della conservazione, valorizzazione, sfruttamento, ecc.

Si tratta di un Manuale di cui colpisce l'attitudine non soltanto descrittiva, certamente attenta anche alle prassi operative, ma altresì costruttiva e promozionale, nel senso di affrontare gli epifenomeni dell'arte non soltanto in chiave statica, muovendo cioè dallo stato dell'arte, bensì anche in forma evolutiva e propositiva entro il confine delle fonti del complesso ordinamento. Il tutto senza mai perdere di vista le categorie fondanti del diritto pubblico e privato.

Un tentativo riuscito insomma di mettere a punto un'opera, sì a più mani, ma sostanzialmente unitaria nell'ambito di un progetto di ricerca che sa di voluta condivisione e che può affermarsi certamente ben sviluppato ed utile per lettori specialisti e non.

LA CIRCOLAZIONE DEI BENI CULTURALI TRA NORME GIURIDICHE E REGOLE DI MERCATO*

Fabio Dell'Aversana

1. PER INTRODURRE IL TEMA: POTERI PUBBLICI E LIBERTÀ NEGOZIALE

La circolazione dei beni culturali è un tema a cui il legislatore ha prestato particolare attenzione, come dimostrano le varie leggi che, nel tempo, hanno regolato la materia: è possibile, per esempio, rinvenire discipline organiche già nella legge 20 giugno 1909, n. 364, seguita poi dalla legge 1° giugno 1939, n. 1089 (c.d. legge Bottai), e nel più recente d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 (c.d. Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali[1]). Nel presente contributo sarà analizzata la vigente disciplina contenuta nel d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, recante il Codice dei beni culturali e del paesaggio, testo normativo organico con il quale sono state introdotte importanti innovazioni anche con riguardo alle vicende circolatorie dei beni culturali. Ci soffermeremo, dunque, sulle varie disposizioni inserite in questo testo normativo cercando, però, di non dimenticare che la disciplina continua a mostrare criticità insuperate in via interpretativa ed antinomie che la penalizzano così tanto da spingere la dottrina a formulare proposte di semplificazione e di modifica, anche radicale, dell'attuale impianto normativo. D'altronde, non è un caso che sia stato più volte ricordato che questo attivismo del legislatore – parzialmente descritto dalla sequenza di leggi ricordate in apertura – non ha sempre comportato miglioramenti significativi sul piano della disciplina della circolazione dei beni culturali[2].

---

* Il presente scritto è qui offerto al lettore come saggio tratto da *Saggi di diritto del mercato dell'arte,* F. DELL'AVERSANA (a cura di), 2020.

[1] Il lavoro di redazione del Testo unico fu affidato ad una apposita Commissione ministeriale, che lavorò a lungo per aggiornare e coordinare le disposizioni della legge del 1939 citata nel testo con quelle contenute nella legge n. 1497 del medesimo anno, in materia di protezione delle bellezze naturali. Il coordinamento riguardò anche alcune rilevanti e sopravvenute disposizioni, *in primis* quelle contenute nel d.lgs. 31 marzo 1998, n 112. Nel Testo unico sono state inserite anche le specifiche norme concernenti le biblioteche e gli archivi, nonché quelle più recenti relative alla nuova disciplina dei biglietti d'ingresso nei musei e negli altri luoghi d'arte. Per un commento al Testo unico si veda G. SCIULLO, *La circolazione dei beni culturali pubblici: nuove scelte e antichi problemi*, in *Aedon – Rivista di diritto e arti e on line*, 2000, 3. Per un commento alla legislazione previgente si veda la voce di G. ALPA – R. SPECIALE, *Beni culturali e ambientali*, in *Digesto Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, II, Torino, 1988, 93 ss.: il quadro normativo oggetto di commento consentiva agli Autori di affermare che la tematica dei beni culturali determina una nuova concezione del rapporto privato-Amministrazione e di bene privato avente interesse pubblico; un tempo l'attenzione era accentrata sul bene e sui poteri del proprietario, oggi invece sulla fruizione pubblica e sui poteri dell'Amministrazione.

[2] «Il codice di settore sembra un guazzabuglio. Approcci diversi si intersecano e si sovrappongono». È questo, ad esempio, il giudizio di A. GENTILI, *Quale modello per i beni culturali?*, in E. BATTELLI – B. CORTESE – A. GEMMA – A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2017, 227. Ancora più dura, probabilmente, è la posizione degli Autori che mettono in discussione l'adozione nel Codice dei

Il quadro normativo si è, poi, ulteriormente complicato a seguito della entrata in vigore del d.lgs. 26 marzo 2008, n. 62, che ha modificato molte norme del Codice dei beni culturali e del paesaggio, tra cui quelle contenute negli artt. 54 e ss.: sono state, per esempio, toccate le disposizioni relative all'autorizzazione in caso di alienazione dei beni degli enti pubblici e degli enti senza scopo di lucro, con l'introduzione della regola secondo la quale le clausole contenute nell'autorizzazione devono essere riportate nell'atto di alienazione – assumendo la portata di clausola risolutiva ai sensi dell'art. 1456 cod. civ., espressamente richiamato – e devono essere trascritte (art. 55 *bis*).

Già da questi primi riferimenti si evince quanto sia importante il ruolo del soggetto pubblico nella vicenda circolatoria che coinvolga un bene culturale e quanto possa essere forte la compressione della autonomia contrattuale dei privati, sui quali ricadono specifici oneri sia nella ipotesi in cui essi vogliano acquistare un bene culturale, sia nel caso in cui vogliano cederlo ad altri. A ciò si aggiunga che, spesso, la legge attribuisce una particolare importanza alla natura – pubblica o privata – del soggetto proprietario del bene culturale ed è indubbio che questo dato assuma un rilievo ancor più decisivo proprio nell'ambito della disciplina della circolazione[3]. Siamo, dunque, in presenza di uno scenario normativo complesso, che deve essere interpretato alla luce di un metodo multidisciplinare e interdisciplinare[4].

Il diverso regime della proprietà – e la necessità di contemperare le esigenze di tutela dei beni culturali con quelle ascrivibili al diritto del proprietario di godere e disporre liberamente dei propri beni, secondo le ordinarie regole del diritto privato – influisce, in maniera anche sensibile, sulla disciplina giuridica di volta in volta applicabile. Come il regime proprietario è rilevante in sede di dichiarazione dell'interesse culturale[5], così esso rileva ai fini del regime speciale previsto dal Codice dei beni culturali e del paesaggio in tema di circolazione e con riguardo alla disciplina della valorizzazione[6] e fruizione da parte della collettività[7].

---

beni culturali e del paesaggio di un modello dominicale: riflessioni sul punto sono formulate da R. DI RAIMO, *La «proprietà» pubblica e degli enti privati senza scopo di lucro: intestazione e gestione dei beni culturali*, in *Rassegna di diritto civile*, 2010, 1101 ss.

[3] Si vedano sul punto la sempre interessante ricostruzione di V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1983, 416-432, e la più recente ricostruzione della dottrina civilistica: A.C. NAZZARO, *Trasferimento e circolazione dei beni. Spunti ricostruttivi in tema di possesso al (solo) fine della fruizione*, in *Annali della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile*, 2019, 4, 163-179.

[4] G. RECINTO, *Editoriale. La "funzione sociale" della ricerca*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 2020, 1, 5, afferma che la complessità caratterizza, da sempre, anche il mondo delle arti e dello spettacolo, che non potrebbe essere correttamente inteso dal giurista ricorrendo ad un approccio meramente formale", rigidamente ancorato ad una suddivisione dei saperi, che molto spesso non è presente nella realtà. Sul tema sia consentito anche il rinvio a F. DELL'AVERSANA, *Introduzione*, in F. DELL'AVERSANA (a cura di), *Manuale di diritto delle arti e dello spettacolo*, II edizione, Varazze, 2016, 19.

[5] R.D. COGLIANDRO, *Il procedimento di valutazione della "culturalità" del bene: la verifica e la dichiarazione*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 2018, 1, 9.

[6] Il riferimento alle politiche di valorizzazione non deve venire meno neppure nella specifica ipotesi della esportazione di beni culturali, come osserva L. CASINI, *Valorizzazione del patrimonio culturale pubblico: il prestito e l'esportazione di beni culturali*, in *Aedon – Rivista di diritto e arti e on line*, 2012, 1-2, il quale afferma che «(n)ell'ambito delle politiche dirette a valorizzare il patrimonio culturale pubblico italiano, assumono perciò grande rilievo le misure in materia di circolazione di beni mobili e, in particolare, il prestito di beni culturali a istituzioni estere a fronte di un corrispettivo in denaro o di una contropartita in opere. E la recente apertura di uno spazio espositivo italiano ("Spazio Italia") all'interno del Museo nazionale di Beijing costituisce senz'altro un passo in questa direzione. Tutto ciò al fine non solo di diffondere i nostri valori culturali nel mondo, ma anche di consentire maggiori entrate all'erario: tramite il prestito oneroso oppure grazie all'organizzazione di mostre, in Italia, in cui esporre capolavori provenienti da altri Paesi».

[7] Sul tema della fruizione è stato giustamente osservato che una visione fortemente estrattiva del patrimonio culturale porta a far pagare il biglietto per entrare nelle chiese, o a pagare molto caro per entrare nei musei, che nel

Questa premessa ci consente di capire le ragioni per cui nel Capo IV del Codice dei beni culturali e del paesaggio, dedicato alla disciplina della circolazione in ambito nazionale dei beni culturali, si riservi un trattamento differenziato ai beni del demanio culturale, ossia a quei beni culturali che appartengono allo stato, alle regioni e agli altri enti pubblici territoriali, come province e comuni, e che rientrano nelle categorie specificate dall'art. 822 cod. civ.: questa norma, infatti, prevede che debbano considerarsi come parte del demanio pubblico gli immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico in base alle norme vigenti in materia e le raccolte di musei, pinacoteche, archivi[8] e biblioteche. Tuttavia, è bene ricordare che l'appartenenza del bene allo stato (o ad enti pubblici territoriali) non è elemento sufficiente a configurarne il carattere di demanialità, posto che assume autonomo rilievo il criterio della durevole destinazione alla soddisfazione di esigenze della collettività. La giustificazione della demanialità storico-artistica – come è stato autorevolmente sostenuto – va vista nella esigenza di determinare una sorta di "proprietà collettiva demaniale" per quei beni che rispondono ad una funzione culturale, con la precisazione che la destinazione pubblica corrisponde al godi-

frattempo sono stati in gran parte privatizzati. Ciò è, indubbiamente, il frutto dell'imporsi di una visione aziendalistica dei beni culturali e del senso nonché dei limiti della loro tutela, che entra in collisione con una visione dei beni culturali come beni comuni. In questi termini, U. MATTEI, *Beni culturali, beni comuni, estrazione*, in E. BATTELLI – B. CORTESE – A. GEMMA – A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2017, 152, che richiama l'esperienza della Commissione Rodotà per dimostrare il fatto che «(i) beni culturali superano il modello del qui e adesso tipico della proprietà privata come estrazione di valore».

[8] Non è da sottovalutare il grande rilievo che possono assumere gli archivi. La compravendita del "carteggio Vasari" conferma questa idea, come ricordato da A. GUALDANI, *La prelazione artistica e il caso dell'archivio Vasari di Arezzo*, in *Aedon – Rivista di diritto e arti e on line*, 2010, 3, che ricostruisce, anche da un punto di vista storico, questa complessa vicenda giuridica. Scoperte nel 1908 dal direttore del Museo nazionale del Bargello, le carte del Vasari appartenevano, in virtù di una successione *mortis causa*, ad un privato. In realtà, anche allora, la proprietà di tali documenti fu oggetto di una vicenda controversa: la Pia Fraternita dei Laici di Arezzo, infatti, ne rivendicava la titolarità, tanto che il direttore del Museo e soprintendente alle Gallerie a Firenze, nel 1917, decise, visto il loro pregio, di dichiararle di notevole interesse storico con provvedimento della Pubblica Istruzione. La *querelle* sulla proprietà del bene divenne talmente accesa che l'allora proprietario decise di affidarlo in "deposito perpetuo" al comune di Arezzo, a condizione, però, che esso venisse conservato nella Casa Vasari. Il notevole interesse storico del Carteggio Vasari venne ribadito con decreti del soprintendente archivistico della Toscana del 16 novembre 1990 e del 23 marzo 1991. Successivamente, il proprietario presentò al competente Ministero una proposta di cessione dell'archivio allo stato. Nel 1994, a seguito della promozione di una azione civile da parte della famiglia proprietaria contro il comune di Arezzo per l'annullamento del contratto di deposito ed il riconoscimento del diritto al recupero dell'archivio, il Ministero dispose, con decreto, il vincolo pertinenziale *jure publico* "legando" le Carte Vasari alla Casa Museo Vasari, sull'assunto che esse "costituiscono un bene avente una propria individualità strutturale ed economica, che sono state destinate, fin dall'origine, in modo durevole, al servizio e decoro di Casa Vasari, entrando con la stessa *ab initio* in un rapporto di complementarietà che è risultato oggettivamente valutabile, previo attento apprezzamento tecnico – discrezionale dell'Amministrazione come risulta dalla relazione storico-archivistica redatta dalla soprintendenza archivistica della Toscana". Avverso l'imposizione di tale vincolo, nel 1994, fu proposto ricorso dalla proprietà dinanzi al Tribunale Amministrativo della Toscana, che, tuttavia, ne dichiarò la legittimità con la sentenza n. 387 del 21 novembre 1998, vincolando indissolubilmente l'Archivio alla Casa Vasari.

mento libero da parte della collettività[9] e ad una fruizione potenzialmente universale cui i poteri pubblici sui beni devono essere preordinati[10].

Tali beni, dunque, non possono essere alienati, né formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei limiti e con le modalità previste dal Codice dei beni culturali e del paesaggio. Per inalienabilità s'intende, in particolare, l'impossibilità che la proprietà dei beni del demanio culturale sia trasferita a terzi attraverso qualsiasi tipologia di atto negoziale, restando esclusa la possibilità di circoscrivere l'operatività di questo limite al solo contratto di compravendita. Ne discende che il termine alienazione è impiegato in senso ampio, per riferirsi non soltanto alla vendita dei beni del demanio culturale. Tale limite è destinato ad operare con riguardo ad ogni negozio giuridico che sia capace di realizzare, come effetto finale, il trasferimento della proprietà di detti beni: pertanto, una permuta, una donazione o anche un contratto atipico potrebbero produrre un effetto traslativo da considerare come non desiderato in base alla normativa *de qua*.

Questo approccio restrittivo, che incide notevolmente sulla circolazione dei beni del demanio culturale, ha risentito dell'intreccio che legava il regime previsto per il demanio pubblico dall'art. 823 cod. civ. con alcuni successivi interventi legislativi[11], che hanno, appunto, introdotto un sistema autorizzatorio per l'alienazione dei beni del patrimonio culturale, fermo restando il rispetto di certe condizioni. Non è da sottovalutare il fatto che il Codice dei beni culturali e del paesaggio abbia semplificato la materia introducendo un regime organico per i beni del demanio culturale, grazie alla sostituzione delle disposizioni legislative e regolamentari integrative del regime demaniale di cui al Codice civile.

Recentemente è stato affermato che tra le norme in materia di valorizzazione del patrimonio pubblico rientrino anche quelle sull'attribuzione agli enti territoriali di beni immobili a titolo non oneroso (d.lgs. n. 85 del 2010 e art. 56 *bis*, legge n. 98 del 2013). Con specifico riferimento ai beni culturali, era prevista analoga possibilità già prima dell'avvio del "federalismo demaniale". In particolare, l'art. 54, terzo comma, d.lgs. n. 42 del 2004, stabilisce che i beni del demanio culturale possono essere oggetto di trasferimento tra lo stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali (quindi, anche comuni, provincie e città metropolitane). La norma non specifica la natura onerosa o gratuita del trasferimento: per questo motivo, si ritiene che il trasferimento possa avvenire anche a titolo gratuito, qualora sia possibile produrre una congrua motivazione. Questa normati-

[9] L'implicazione reciproca che lega lo sviluppo culturale dei consociati alla conoscenza e alla salvaguardia del patrimonio, che costituisce l'elemento portante dell'identità e della memoria collettiva, e al contesto ambientale nel quale questo si inserisce comporta, d'altra parte, che la tutela prevista dalla Costituzione non si limiti alle misure di polizia o, se si vuole, ai tradizionali strumenti di *command and control*, tipici della legislazione pre-vigente ma debba, guardando al miglioramento del livello culturale dei cittadini, necessariamente garantire il più ampio godimento dei beni, materiali ed immateriali, attraverso i quali la cultura si manifesta, fino ad investire ogni intervento in grado di causare mutamenti nei luoghi e nelle forme di vita delle persone e delle comunità. In questi termini, M.A. CABIDDU, *Editoriale*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 2018, 2, 5-6. Con riguardo allo specifico tema del rapporto tra beni culturali ed interesse religioso si veda la ricostruzione di S. BUDELLI, *Bellezza e identità: le ragioni della tutela dei beni culturali di interesse religioso*, in G. ALBENZIO – S. BUDELLI – G. CEVOLIN – G. GARZIA – M. GIUNGATO – A. MITROTTI – A. MORRONE (a cura di), *Tutela e valorizzazione dei beni culturali. Esegesi delle recenti riforme e novità normative*, Tortorici, 2018, *passim*: l'Autore analizza la normativa alla luce della condivisibile idea che l'infinita ricerca del divino costituisce un tratto caratterizzante della nostra cultura.

[10] M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 89 e ss.; spunti sul tema anche in ID., *I beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, 20 e ss.

[11] *In primis*, l'art. 32 della legge 23 dicembre 1998, n. 448; il regolamento delegato emanato in virtù di detta disposizione contenuto nel d.P.R. 7 settembre 2000, n. 283, è stato abrogato dall'art. 184 del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

va è funzionale non soltanto a un migliore utilizzo del patrimonio pubblico (anche di rilevanza culturale), ma anche ad un'effettiva attuazione del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost. Nessun ostacolo è, dunque, previsto per il trasferimento gratuito ai sensi dell'art. 12, legge n. 111 del 2011 – che per gli enti pubblici ha limitato, in generale, solo acquisti e vendite a titolo oneroso –, anche in virtù della specialità dell'art. 54. Ciò premesso, in linea di massima, si deve ritenere legittimo il trasferimento, a titolo gratuito, previa la sottoscrizione di apposita convenzione, di beni di rilevanza culturale da una provincia a un comune. È necessario, tuttavia, che tale trasferimento, congruamente motivato, non determini la perdita di demanialità del bene e che sia conservata la destinazione culturale del bene stesso. Sul punto, è interessante notare che, in varie occasioni e con opportune cautele, la Corte dei conti si è espressa in senso favorevole in merito all'attribuzione gratuita a terzi, anche soggetti privati, di beni pubblici: lo ha fatto, ad esempio, nelle ipotesi in cui tale attribuzione fosse finalizzata al soddisfacimento di un adeguato interesse per la collettività insediata sul territorio. Nei relativi atti di trasferimento occorrerà, in ogni caso, evidenziare adeguatamente le motivazioni e le finalità pubblicistiche perseguite. Si precisa, infine, che non costituisce ostacolo al trasferimento l'inalienabilità dei beni demaniali (art. 823 cod. civ.): è, infatti, generalmente ammesso il trasferimento di un bene demaniale da un ente pubblico territoriale ad un altro ente pubblico territoriale, purché non venga meno la demanialità del bene trasferito[12].

L'art. 54, secondo comma, del Codice dei beni culturali e del paesaggio, nel testo modificato a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 156/2006, estende il vincolo della inalienabilità anche ad altre categorie di beni culturali che non fanno parte del demanio culturale – o sotto il profilo soggettivo o perché non rientranti in una delle categorie previste dall'art. 822 cod. civ. – o che, per altre ragioni, non sono soggette alle norme del Codice dei beni culturali e del paesaggio. Rientrano nell'ambito di applicazione di questa norma le cose appartenenti ai soggetti indicati all'art. 10, primo comma, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settanta anni, fino alla conclusione del procedimento di verifica previsto dall'art. 12 (se il procedimento si conclude con esito negativo, le cose medesime sono liberamente alienabili ai sensi dell'art. 12, commi 4, 5 e 6) e i singoli documenti appartenenti ai soggetti di cui all'art. 53, nonché gli archivi e i singoli documenti di enti ed istituti pubblici diversi da quelli indicati al medesimo art. 53.

Completa il quadro normativo l'art. 55, dalla cui lettura si desume che i beni culturali immobili appartenenti al demanio culturale e non rientranti tra quelli elencati nell'art. 54, primo comma, non possono essere alienati senza l'autorizzazione del competente Ministero[13].

Il ruolo del soggetto pubblico è, dunque, centrale nel sistema di salvaguardia dei beni culturali[14], anche se è bene sottolineare sin da ora che con la previsione della facoltà di acquistare, in via di prelazione, i beni culturali che un soggetto intende alienare a titolo

[12] Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Puglia, deliberazione 28 maggio 2014, n. 113, interessante perché ricorda che tra le varie norme in materia di valorizzazione del patrimonio pubblico rientrano anche quelle relative alla attribuzione agli enti territoriali di beni immobili a titolo non oneroso.

[13] P. SIRENA, *La vendita dei beni pubblici e il codice dei beni culturali dopo la messa in liquidazione della S.C.I.P. s.r.l.*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2010, 5, 268, ricorda che il contratto mediante il quale un ente pubblico ovvero una persona giuridica privata senza scopo di lucro alieni un bene culturale ovvero lo conceda in godimento deve essere autorizzato dal Ministero, ai sensi degli artt. 55 e ss. del Codice dei beni culturali e del paesaggio (fermo restando che, com'è ovvio, sono invece assolutamente inalienabili i beni del demanio culturale che rientrano nelle categorie di cui all'art. 54, primo comma). Mancando tale presupposto amministrativo – continua l'Autore –, «il contratto è nullo ai sensi dell'art. 164 del codice di settore, anche se è poi fortemente discusso se si tratti di nullità vera e propria ovvero di inefficacia in senso lato, e sono peraltro applicabili all'alienante le sanzioni penali comminate dall'art. 173, lett. a), del codice di settore».

oneroso, ferma restando l'applicazione del medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione, il legislatore non ha inteso prevedere un vero e proprio obbligo di acquisto a carico degli enti nel cui territorio si trova il bene. L'interesse pubblico alla tutela, alla conservazione e alla valorizzazione del bene culturale, pertanto, va sempre contemperato con altri interessi pubblici che risultino prevalenti, cosa che avviene, ad esempio, nell'ambito delle specifiche misure di contenimento della spesa pubblica[15].

In questa prospettiva, diviene fondamentale la individuazione del punto di equilibrio tra l'interesse pubblico alla conservazione, alla valorizzazione e alla fruizione del patrimonio culturale e l'esigenza di non ostacolare la circolazione di beni che siano privi d'interesse o di consentirla, anche per i beni che presentino un tale interesse, quando siano comunque garantite le irrinunciabili esigenze di tutela e la dismissione[16] possa, anzi, assicurare la loro migliore valorizzazione senza che resti pregiudicato il pubblico godimento[17]. Nelle pagine seguenti, dunque, affronteremo il tema della circolazione nella consapevolezza che la differenza di regime deve condurre l'interprete a considerare i beni culturali appartenenti allo stato, alle regioni e agli altri enti pubblici territoriali che rientrino nelle tipologie indicate all'art. 822 cod. civ. come parti del c.d. demanio culturale e, come tali, tendenzialmente sottratti a quelle forme di libera circolazione che, seppur con cautele, operano con riguardo ai beni culturali in proprietà dei privati[18].

2. LIBERA CIRCOLAZIONE VS. REGIME AUTORIZZATORIO

Come è emerso dalla introduzione, il tema che qui ci impegna è caratterizzato da un ruolo centrale e attivo del soggetto pubblico, il cui intervento è in grado di realizzare, in talune circostanze, una compressione della autonomia negoziale dei privati.

È centrale, dunque, comprendere quale sia il corretto equilibrio tra la libera circolazione dei beni e il sistema autorizzatorio configurato dalla legge: se, infatti, in base ai principi generali dell'ordinamento giuridico, il proprietario ha il potere di disporre in modo pieno ed esclusivo dei beni che costituiscono l'oggetto del suo diritto, è altrettanto vero che la particolare tipologia di beni – *id est*, i beni culturali – può incidere sulla (pie-

[14] Arte, cultura, tutela e promozione sono concetti strettamente collegati tra di loro, come osserva E. PICOZZA, *Tutela e promozione dell'arte e della cultura*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 2018, 2, 99.

[15] In questi termini, T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sez. I, sentenza 10 aprile 2020, n. 563.

[16] Come ricordato dalla dottrina che si è occupata del tema, non bisogna trascurare il dato, di per sé rilevante, rappresentato dalla constatazione che, tanto il Codice dei beni culturali e del paesaggio che la stessa normativa sul federalismo demaniale, assumono quale comune obiettivo la necessità che nel trasferimento dei beni si abbia riguardo innanzitutto al potenziamento dell'azione di valorizzazione dei beni (R. PICARO, *Dismissioni di immobili pubblici*, in F. BOCCHINI (a cura di), *Le vendite immobiliari. Tipologie e tutele*, Volume II, Milano, 2016, 131 e ss., con ampi richiami ad altri contributi su questa specifica ipotesi).

[17] Corte dei Conti, Sezione centrale del controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, Collegio II, deliberazione 13 novembre 2006, n. 16. In questa prospettiva, ai fini della realizzazione del contemperamento di interessi, è indispensabile garantire certezza al dato di partenza intorno al quale ruota l'intero sistema della tutela, e cioè l'accertamento dell'effettivo e concreto interesse culturale dei beni del demanio, di soggetti pubblici o privati, superando, così, presunzioni legali di "culturalità", non solo poste in discussione dalla più recente giurisprudenza, ma ritenute, ormai, non più rispondenti alle stesse esigenze di una reale protezione del patrimonio culturale.

[18] L'economia del presente lavoro non consente di approfondire la delicata questione della visione pluralista della proprietà, a cui pure si è fatto cenno: per una visione sistematica del tema – che ha indubbiamente molteplici ripercussioni sulla disciplina dei beni culturali – sia consentito il solo rinvio a P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino-Napoli, 1979 e al più recente ID., *«Funzione sociale» della proprietà e sua attualità*, in S. CICCARIELLO – A. GORASSINI – R. TOMMASINI (a cura di), *Salvatore Pugliatti*, Napoli, 2016, 187 e ss.

na) operatività di quanto stabilito, in termini generali, nell'art. 832 cod. civ. In particolare, è il riferimento all'esercizio dei poteri autorizzatori da parte della pubblica amministrazione a determinare delle conseguenze importanti: l'autorizzazione è, infatti, un atto amministrativo discrezionale con cui un'autorità rimuove i limiti che, per motivi di pubblico interesse, sono posti dalla legge, in via generale ed astratta, all'esercizio di una preesistente situazione giuridica soggettiva; dunque, essa si differenzia dalla concessione, nella misura in cui non attribuisce nuovi diritti ma permette l'esercizio di un diritto già esistente.

Emblematica in tal senso è la disciplina prevista per i beni culturali immobili appartenenti al demanio culturale e non rientranti tra quelli elencati nell'art. 54, primo comma, che non possono essere alienati senza la autorizzazione del Ministero. Il controllo dell'amministrazione è particolarmente penetrante e non è un caso che la legge preveda l'obbligo di fornire tante informazioni all'amministrazione chiamata ad emettere il provvedimento. Per esempio, la richiesta di autorizzazione ad alienare deve essere corredata:

a) dalla indicazione della destinazione d'uso in atto;

b) dal programma delle misure necessarie ad assicurare la conservazione del bene;

c) dall'indicazione degli obiettivi di valorizzazione che si intendono perseguire con l'alienazione del bene e delle modalità e dei tempi previsti per il loro conseguimento;

d) dall'indicazione della destinazione d'uso prevista, anche in funzione degli obiettivi di valorizzazione da conseguire;

e) dalle modalità di fruizione pubblica del bene, anche in rapporto con la situazione conseguente alle precedenti destinazioni d'uso.

L'autorizzazione è rilasciata su parere del soprintendente, sentita la regione e, per suo tramite, gli altri enti pubblici territoriali interessati. In particolare, il provvedimento:

a) detta prescrizioni e condizioni in ordine alle misure di conservazione programmate;

b) stabilisce le condizioni di fruizione pubblica del bene, tenuto conto della situazione conseguente alle precedenti destinazioni d'uso;

c) si pronuncia sulla congruità delle modalità e dei tempi previsti per il conseguimento degli obiettivi di valorizzazione indicati nella richiesta.

In base all'art. 55, terzo comma, l'autorizzazione non può essere rilasciata qualora la destinazione d'uso proposta sia suscettibile di arrecare pregiudizio alla conservazione e fruizione pubblica del bene o comunque risulti non compatibile con il carattere storico e artistico del bene medesimo. Il Ministero ha sempre la facoltà di indicare, nel provvedimento di diniego, destinazioni d'uso ritenute compatibili con il carattere del bene e con le esigenze della sua conservazione. È fatta salva la facoltà di concordare con il soggetto interessato il contenuto del provvedimento richiesto, sulla base di una valutazione comparativa fra le proposte avanzate con la richiesta di autorizzazione ed altre possibili modalità di valorizzazione del bene.

L'autorizzazione ad alienare comporta la sdemanializzazione del bene cui essa si riferisce. Tale bene resta comunque sottoposto a tutte le disposizioni di tutela previste per i beni culturali e l'esecuzione di lavori ed opere di qualunque genere sui beni alienati è sottoposta a preventiva autorizzazione ai sensi dell'art. 21, commi 4 e 5, del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Ulteriori ipotesi di autorizzazione sono previste nell'art. 56, che richiama le fattispecie della a) alienazione dei beni culturali appartenenti allo stato, alle regioni e agli altri enti pubblici territoriali, e diversi da quelli indicati negli artt. 54, primo e secondo comma, e 55, primo comma e b) dell'alienazione dei beni culturali appartenenti a soggetti pubblici diversi da quelli indicati alla lett. a) o a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti. L'autorizzazione è richiesta inoltre nel caso di vendita, anche parziale, da parte di soggetti di cui al primo comma, lett. b), di collezioni o serie di oggetti e di raccolte librarie e nel caso di vendita, da parte di persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, di archivi o di singoli documenti.

Quid juris in caso di mancato rispetto delle prescrizioni in tema di autorizzazione ad alienare? Il mancato rispetto delle prescrizioni appena ricordate non è privo di conseguenze, come ricordato, anche di recente, dalla giurisprudenza. Premesso che è sanzionata con la nullità l'alienazione in assenza della prescritta autorizzazione[19], il soggetto che ha provveduto all'acquisto di un bene culturale non può invocare pretese neppure in forza del principio di cui all'art. 1153 cod. civ.[20], poiché tale disposizione non opera in relazione ai beni predetti, né l'avvenuto acquisto degli stessi per usucapione[21], in quanto la legislazione di tutela dei beni culturali è informata al presupposto fondamentale dell'appartenenza allo stato dei beni, con la conseguenza che anche gli istituti dei modi di acquisto della proprietà sono derogati in considerazione della peculiarità degli oggetti[22]. In altre circostanze, è stato affermato che la nullità ex art. 164, primo comma, prevista per il caso di vendita di un bene culturale in difetto dell'autorizzazione di cui all'art. 56, è relativa – unico legittimato a farla valere è il Ministero competente al rilascio di detta autorizzazione – e non concerne i contratti preliminari che riguardino la compravendita tali beni, per la cui stipulazione non è prevista alcuna sanzione. È stata, dunque, cassata la sentenza di merito che aveva ritenuto nullo, per contrarietà a norme imperative, un contratto preliminare di compravendita di bene sottoposto a vincolo storico ed architettonico in assenza della prescritta autorizzazione ministeriale, evidenziando, altresì, come la procedura di vincolo del complesso fosse stata avviata solo nel corso del giudizio di secondo grado, non sussistendo al momento della sottoscrizione dei preliminari[23].

---

[19] Le parti e il notaio rogante devono, dunque, rispettare una ben definita procedura giacché l'inadempimento degli obblighi di comportamento imposti ai privati può determinare la mancata realizzazione della funzione identitaria del bene e, quindi, il venir meno della ragione stessa della tutela, come ricorda in più occasioni F. LONGOBUCCO, *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà «obbliga»*, in *Politica del diritto*, 2016, 4, 547-562.

[20] G. MAGRI, *Beni culturali e acquisto* a non domino, in *Rivista di diritto civile*, 2013, 3, 1074, ricostruisce in maniera dettagliata l'applicazione dell'art. 1153 cod. civ. alla materia *de qua*.

[21] L'usucapibilità del bene culturale di appartenenza privata non è questione controversa, non venendo in rilievo né un bene demaniale (che si caratterizza per un vincolo assoluto di inalienabilità ed inusucapibilità, ai sensi dell'art. 823 cod. civ.), né un bene del patrimonio indisponibile dello stato, come ricorda S. NOBILE DE SANTIS, *Possesso* ad usucapionem *e beni culturali*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2019, 3, 509, in nota a Cons. Stato, sentenza 3 ottobre 2018, n. 5671, in cui viene presa in considerazione la possibilità di applicare il controverso istituto dell'*usucapio libertatis* in una vicenda caratterizzata dall'intervenuta usucapione, da parte degli acquirenti, di un bene immobile gravato da vincolo culturale.

[22] Tribunale Roma, Sez. II, sentenza 9 gennaio 2013.

[23] Cass. civ., Sez. II, sentenza 27 novembre 2019, n. 30984.

L'autorizzazione non opera con riguardo agli atti che comportino una alienazione di beni culturali a favore dello stato, ivi comprese le cessioni in pagamento di obbligazioni tributarie, mentre le norme sopra richiamate – e, dunque, il regime autorizzatorio ivi previsto – si applicano ad ogni procedura di dismissione o di valorizzazione e utilizzazione, anche a fini economici, di beni immobili pubblici di interesse culturale, prevista dalla normativa vigente e attuata, rispettivamente, mediante l'alienazione ovvero la concessione in uso o la locazione degli immobili medesimi.

In base all'art. 58, infine, il Ministero può autorizzare la permuta dei beni indicati agli artt. 55 e 56 nonché di singoli beni appartenenti alle pubbliche raccolte con altri appartenenti ad enti, istituti e privati, anche stranieri, qualora dalla permuta stessa derivi un incremento del patrimonio culturale nazionale ovvero l'arricchimento delle pubbliche raccolte.

3. LA DENUNCIA DI TRASFERIMENTO

Tutti gli altri beni culturali privati sono liberamente alienabili, con la conseguenza che non è prescritto il rilascio di alcuna autorizzazione da parte della pubblica amministrazione. Ciò non esclude, però, che la loro circolazione sia comunque assistita da forme di controllo, che, infatti, sono espressamente contemplate nella legislazione vigente.

Posto che il controllo sulla circolazione dei beni culturali è funzionale alla garanzia di conservazione e tutela degli stessi, la conoscenza della collocazione del bene e del soggetto titolare del diritto di proprietà (o della detenzione del bene) costituisce un presupposto ineliminabile di questa tutela ed è indubbiamente funzionale all'esigenza di assicurare una concreta efficacia dei controlli.

In questa prospettiva deve essere considerato l'obbligo di denuncia degli atti di trasferimento della proprietà e della detenzione di beni culturali di cui all'art. 59 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, disposizione che – è bene precisare – riguarda non soltanto i beni privati, sia di singoli, sia di persone giuridiche senza scopo di lucro, ma anche i beni degli enti pubblici.

Già la legge Bottai del 1939 aveva a tal fine previsto un obbligo di denuncia degli atti di trasferimento della proprietà o della detenzione di beni culturali, ma soltanto nella ipotesi in cui fosse stato notificato l'interesse particolarmente importante, rilevante o eccezionale. Il Testo Unico dei beni culturali e ambientali del 1999 mantenne l'obbligo di denuncia già previsto dalla legge del 1939, estendendolo, nel contempo, a tutti gli atti di trasferimento della proprietà o della detenzione aventi ad oggetto beni culturali, senza più alcuna distinzione fondata sulla tipologia di bene.

L'art. 59 del Codice dei beni culturali e del paesaggio si inserisce in questo processo di evoluzione dell'istituto nella misura in cui conferma la centralità dell'obbligo di denuncia e, anzi, ne amplia i relativi ambiti di operatività.

Gli atti che trasferiscono, in tutto o in parte, a qualsiasi titolo, la proprietà o, limitatamente ai beni mobili, la detenzione di beni culturali sono, dunque, denunciati al Ministero entro trenta giorni:

a) dall'alienante o dal cedente la detenzione, in caso di alienazione a titolo oneroso o gratuito o di trasferimento della detenzione;

b) dall'acquirente, in caso di trasferimento avvenuto nell'ambito di procedure di vendita forzata o fallimentare ovvero in forza di sentenza che produca gli effetti di un contratto di alienazione non concluso;

c) dall'erede o dal legatario, in caso di successione a causa di morte. Per l'erede, il termine decorre dall'accettazione dell'eredità o dalla presentazione della dichiarazione ai competenti uffici tributari; per il legatario, il termine decorre dalla comunicazione notarile prevista dall'art. 623 cod. civ., salva rinuncia.

L'obbligo di denuncia è, dunque, posto in capo ai soggetti direttamente coinvolti nel trasferimento, anche se nella prassi, sovente, la denuncia è predisposta, nonché notificata, ad opera del notaio incaricato della stipula dell'atto di trasferimento del bene culturale, pur essendo sottoscritta dal soggetto obbligato e, su espresso mandato di quest'ultimo. Ciò pone non pochi problemi: per esempio, è molto dibattuta la possibile configurazione di una responsabilità, ex art. 28 legge n. 89/1913, del notaio che abbia ricevuto l'atto di trasferimento del bene in mancanza del rispetto delle prescrizioni contenute nel Codice dei beni culturali e del paesaggio[24].

In ogni caso, la denuncia – che va presentata al competente soprintendente del luogo ove si trovano i beni – deve contenere i dati identificativi delle parti e la sottoscrizione delle medesime o dei loro rappresentanti legali, i dati identificativi dei beni, l'indicazione del luogo ove si trovano i beni, l'indicazione della natura e delle condizioni dell'atto di trasferimento, l'indicazione del domicilio in Italia delle parti ai fini delle eventuali comunicazioni previste dalla legge.

È stato giustamente osservato dalla giurisprudenza che l'obbligo di denuncia previsto in caso di alienazione di un bene di interesse culturale ha il preminente scopo di porre il soggetto pubblico nella condizione di valutare l'opportunità dell'esercizio del diritto di prelazione[25], ove ne sussistano le condizioni. Non è un caso che vi sia uno stretto legame tra l'art. 59 e gli artt. 60 e ss. del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

La violazione dell'obbligo di denuncia determina la nullità relativa dell'atto traslativo, in quanto la sanzione è tesa a tutelare un interesse pubblico, per cui la proposizione della relativa azione è riservata esclusivamente al relativo titolare. Da ciò discende che il contratto resta pienamente valido ed efficace tra le parti contrattuali, ma non anche nei confronti dello stato[26].

D'altronde, il reato di omessa denuncia di acquisto di opere di interesse culturale (previsto e punito ai sensi dell'art. 173) tutela non soltanto il patrimonio storico-artistico-ambientale la cui valenza culturale è oggetto di formale dichiarazione, ma anche i beni protetti in virtù del loro intrinseco valore, indipendentemente dal previo riconoscimento da parte della autorità competente[27].

Particolare è la situazione che viene a crearsi in virtù della sottoscrizione di un contratto preliminare di vendita di una opera d'arte. Se il contratto preliminare è semplice, senza alcuna produzione di effetti anticipati, è possibile affermare che non sussista un obbligo di denuncia: le parti, dunque, non sono tenute a fare nessun adempimento. Diversamente deve ritenersi con riguardo alla ipotesi del preliminare ad effetti anticipati, fattispecie in cui la consegna del bene è precedente alla conclusione del contratto definitivo. Per questa specifica ipotesi si è ritenuto opportuno affermare che la consegna del bene mobile e, dunque, il trasferimento della detenzione, anche senza il passaggio del

[24] Particolare attenzione al tema è stata dedicata dalla dottrina notarile. Tra i tanti contributi sia consentito il solo richiamo a P. GUIDA, *Mancata osservanza delle formalità necessarie e ritrasferimento del bene culturale*, in *Notariato*, 2012, 5, 558 (con ampi richiami agli studi e ricerche condotte dal Consiglio Nazionale del Notariato) e A. PISCHETOLA, *La «nuova» autorizzazione all'alienazione dei beni culturali*, in *Notariato*, 2008, 695 ss.

[25] *Infra*, § 4.

[26] Tribunale di Ferrara, ordinanza 18 aprile 2019.

[27] Cass. pen., Sez. III, sentenza 18 ottobre 2012, n. 45841.

diritto, sia comunque soggetta all'obbligo di denunzia, ex art. 59. Al momento della conclusione del contratto definitivo, si dovrà denunciare l'ulteriore trasferimento della proprietà, con la conseguenza che soltanto in questo momento si potrà attivare il potere pubblico di acquisto in via di prelazione.

Pare importante offrire qualche precisazione sulle tipologie di beni per le quali sussiste l'obbligo di denuncia. Tale istituto opera nel caso di trasferimenti della proprietà o della detenzione che abbiano ad oggetto beni culturali, ossia beni per i quali sia intervenuta la verifica dell'interesse culturale, nel grado richiesto dagli art. 10 e 11 e secondo le modalità definite negli artt. 12 e 13. Tale obbligo sussiste anche per i trasferimenti delle cose di cui all'art. 10, primo comma, fino a che non sia intervenuta la verifica di cui all'art. 12.

È molto utile ricordare che sono obbligati alla denuncia anche gli enti pubblici e le persone giuridiche private senza scopo di lucro. In relazione a questi soggetti potrebbe, invero, ritenersi superfluo l'obbligo di denuncia, dal momento che per le alienazioni di beni culturali da loro effettuate sarebbe già prevista l'autorizzazione di cui agli artt. 56 e 57 del Codice dei beni culturali e del paesaggio. A ben vedere, però, tra queste norme e l'obbligo di denuncia previsto dall'art. 59 non vi è corrispondenza perfetta, sia dal punto di vista delle garanzie, dal momento che la richiesta di autorizzazione non offre certezza alcuna circa l'effettivo trasferimento del bene, sia dal punto di vista dei trasferimenti soggetti ad autorizzazione.

Sotto questo ultimo profilo, pare sufficiente ricordare che l'obbligo di denuncia opera per i trasferimenti del diritto di proprietà e della detenzione, fattispecie accomunate dal legislatore pur nella consapevolezza della loro profonda diversità. Dunque, in base alla normativa vigente, sono oggetto di denuncia anche gli atti costitutivi di diritti reali o personali che comportino il trasferimento della detenzione materiale della cosa o che comunque trasferiscano la detenzione, anche non qualificata: per esempio, sono soggetti all'obbligo di denuncia i contratti di deposito e i contratti di mandato con obbligo di custodia e conservazione mentre rimarrebbero esclusi dall'operatività dell'art. 59 gli atti costitutivi di diritti reali non traslativi della detenzione, come ipoteca e servitù.

4. LA PRELAZIONE ARTISTICA TRA INTENZIONI DEL LEGISLATORE E PRASSI NEGOZIALE

L'obbligo di denuncia trova perfetta corrispondenza nell'esercizio della prelazione da parte della pubblica amministrazione, istituto disciplinato dagli artt. 60 e ss. del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di fondamentale importanza ai fini della circolazione dei beni culturali.

La normativa in esame attribuisce al Ministero o, nel caso previsto dall'art. 62, terzo comma, alla regione o agli altri enti pubblici territoriali interessati, la facoltà di acquistare i beni culturali alienati a titolo oneroso o conferiti in società, rispettivamente, al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione o al medesimo valore attribuito nell'atto di conferimento.

La prelazione realizza varie finalità: *in primis*, quella di garantire l'interesse pubblico alla conservazione e alla fruizione dei beni culturali. L'istituto ha un ampio ambito di applicazione: è riferibile, infatti, a varie tipologie di beni e non soltanto alle opere d'arte, poiché concerne la più generale categoria dei beni culturali. Inoltre, pur assumendo una nomenclatura tipicamente civilistica, è innegabile che vi siano molteplici

elementi distintivi rispetto al diritto di prelazione *tout court*[28]. Non è un caso che alcuni Autori abbiano affermato che tale situazione non sia qualificabile alla stregua di un vero e proprio diritto, costituendo più propriamente espressione di un potere ablatorio pubblico. Sembra essere questa la posizione accolta dalla giurisprudenza: l'atto di esercizio del diritto di prelazione artistica spettante alla pubblica amministrazione è un provvedimento amministrativo in relazione al quale, ove si contesti la tempestività della sua adozione, è configurabile la giurisdizione del giudice amministrativo, vertendosi in una ipotesi di carenza di potere in concreto, in quanto attinente al *quomodo* della potestà pubblica, sicché la posizione fatta valere dalla parte privata acquirente che lo abbia subito è di interesse legittimo oppositivo, e non di diritto soggettivo[29].

In termini generali, la prelazione opera con riguardo ad ogni atto oneroso e *inter vivos* che abbia come effetto finale il trasferimento di beni culturali oggetto di vincoli. È possibile affermare con certezza l'applicazione dell'istituto in tante ipotesi – dalla compravendita alle operazioni societarie[30], prese in considerazione in maniera esplicita nella normativa *de qua* –, sia quando venga in rilievo il trasferimento della piena proprietà,

[28] G.F. BASINI, *La prelazione artistica*, in *Contratti*, 2019, 4, 462, si sofferma sulle questioni terminologiche ricordando che, per un verso, il vocabolo "prelazione" è ora accettabile unicamente nel significato, ampio e atecnico, di "preferenza". L'Autore prosegue affermando che «(q)uesta "prelazione", infatti, non è accomunabile al diritto di prelazione di natura privatistica, ma più ancora, molto probabilmente, non è nemmeno espressione di un diritto soggettivo, giacché, come meglio si dirà tra poco, quello che il soggetto pubblico ha rispetto all'alienazione dell'opera d'arte è un potere pubblicistico, e non un diritto soggettivo. Si è qui assai lontani, perciò, dalla prelazione privatistica, e, in particolare, dal diritto di prelazione di fonte legale». La conclusione a cui l'Autore giunge è molto netta: «(d)al quadro fin qui sinteticamente tratteggiato, mi pare che già si evidenzi come l'acquisto in via di prelazione in favore dello Stato abbia assai poco in comune con il diritto di prelazione di matrice privatistica, se non, in alcuni casi, la fonte legale e, appunto, una definizione in cui ricorre il sostantivo "prelazione", ed in cui tale vocabolo è specificato da un aggettivo, così come accade per talune figure di prelazione privatistica». Si sofferma sulla posizione della giurisprudenza di legittimità G. CASU, *Alienazione e utilizzazione del demanio storico-artistico nel d.p.r. 283/2000: una prima lettura*, in *Aedon – Rivista di diritto e arti e on line*, 2001, 1: «il diritto di prelazione artistica ha una propria configurazione giuridica che si differenzia nettamente dalla prelazione legale». In quest'ultima – osserva l'Autore –, il soggetto attivo, esercitando il suo diritto, si pone in un rapporto contrattuale rispetto al soggetto passivo, surrogandosi all'acquirente originario; nella prelazione artistica, invece, «lo Stato agisce mediante l'esplicazione di un potere di supremazia e per il conseguimento di un interesse pubblico»; in tal caso il trasferimento del bene si attua non già attraverso un «rapporto negoziale», ma per effetto di una «manifestazione della potestà di imperio dello Stato». Infine, non si può non ricordare che la prelazione culturale è ascritta, da una parte della dottrina, al novero delle prelazioni legali, disseminate dal legislatore ordinario nei più disparati settori dell'ordinamento giuridico: si pensi, tra le varie, alle ipotesi dettate in tema di somministrazione, di trasferimento dell'azienda, di coeredità. Acute argomentazioni in tal senso sono sviluppate da M.R. COZZUTO QUADRI, *La circolazione delle cose d'arte*, Napoli, 1997, *passim*.

[29] In questi termini, Cass. civ., Sez. Unite, ordinanza 1° aprile 2020, n. 764 ma anche Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 30 luglio 2018, n. 4667, che attribuisce all'atto di prelazione artistica la natura tipica del provvedimento amministrativo con la conseguenza che il privato è titolare di un interesse legittimo e deve rivolgersi al giudice amministrativo qualora reclami una tutela giurisdizionale. È opportuno precisare che la giurisdizione del giudice ordinario è configurabile soltanto in presenza di un atto nullo perché adottato in difetto assoluto di attribuzione e, dunque, in carenza di potere in astratto. Inoltre, il giudice amministrativo non può mai accertare, neppure in via incidentale, la simulazione dell'atto di compravendita di un immobile qualificato come culturale, sul quale l'amministrazione abbia esercitato il diritto di prelazione, come affermato dal Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 27 febbraio 2008, n. 713.

[30] La dottrina ha chiarito espressamente che anche un bene sottoposto a vincolo storico artistico ai sensi del d.lgs. 42/2004 può essere oggetto di conferimento. Lo ricorda R. BOCCHINI, *Il conferimento di immobili in società di capitali*, in F. BOCCHINI (a cura di), *Le vendite immobiliari. Tipologie e tutele*, Volume II, Milano, 2016, 465. Particolare attenzione al tema è stata prestata dalla dottrina notarile: C. CACCAVALE, *Conferimento in società di beni culturali e diritto di prelazione artistica*, in *Notariato*, 6, 2007, 685 e P. DIVIZIA, *Il conferimento in società di capitali del beni di interesse storico-artistico. Riflessioni in ordine alla prelazione artistica in ambito societario*, in *Rivista del notariato*, 2009, 1, 55, i quali svolgono sia considerazione di ordine dogmatico, sia considerazioni di tecnica redazionale dell'atto.

sia quando la circolazione riguardi la nuda proprietà. È, tuttavia, indubbio che esistono molteplici atti di diritto privato in relazione ai quali non vi è alcuna certezza circa l'assoggettabilità del trasferimento al potere pubblico di acquisto in via di prelazione. Per esempio, la prelazione può essere esercitata quando il bene sia a qualunque titolo dato in pagamento, come previsto dall'ultimo comma dell'art. 60, e opera in caso di permuta, come chiaramente si deve desumere dalla lettura del seconda comma della medesima disposizione, a mente del quale il valore economico è determinato d'ufficio dal soggetto che procede alla prelazione qualora il bene sia alienato con altri per un unico corrispettivo o sia ceduto senza previsione di un corrispettivo in denaro ovvero sia dato in permuta. Se l'alienante non volesse accettare la determinazione effettuata ai sensi del secondo comma, il valore economico della cosa verrebbe stabilito da un terzo, designato concordemente dall'alienante e dal soggetto che procede alla prelazione. Se le parti non si accordano per la nomina del terzo, ovvero per la sua sostituzione qualora il terzo nominato non voglia o non possa accettare l'incarico, la nomina è effettuata, su richiesta di una delle parti, dal presidente del tribunale del luogo in cui è stato concluso il contratto. Le spese relative sono anticipate dall'alienante. La determinazione del terzo è impugnabile – per espressa previsione normativa – soltanto in caso di errore o di manifesta iniquità.

L'elencazione delle ipotesi di dubbia soluzione potrebbe essere abbastanza lunga e in questa sede pare sufficiente richiamare soltanto quelle maggiormente discusse in dottrina: divisione, transazione, alienazione di quota indivisa dell'immobile culturale, operazioni societarie straordinarie. È stato, invece, affermato con chiarezza che è da escludere la sussistenza della prelazione laddove il vincolo culturale sia stato apposto soltanto alla facciata dello stabile di cui è parte la porzione alienanda ovvero ad un particolare architettonico di un immobile: è evidente che non sarebbe – materialmente e giuridicamente – concepibile un diritto di prelazione che riguardi soltanto l'androne oppure le scale di un edificio; anche portali, decorazioni e stemmi, considerati in maniera isolata dal manufatto in cui sono inseriti, non possono assumere alcun rilievo ai fini dell'esercizio del potere pubblico. Argomentare in senso contrario – ad avviso di questa autorevole ricostruzione – si porrebbe in aperto contrasto con il principio di conservazione del bene, non potendo quella facciata o quel particolare essere separato dall'immobile nel suo complesso. D'altra parte – e l'argomento non è affatto secondario – non avrebbe senso che lo stato (o altro ente pubblico territoriale) si facesse carico dell'onere di acquistare l'intero immobile o la porzione non culturale, a cui evidentemente non è interessato, ancorché compresa nel fabbricato che presenti una parte vincolata.

È bene ribadire che non sussiste alcun obbligo di esercizio della prelazione in capo alla pubblica amministrazione: pertanto, posto che l'istituto mira a garantire la possibilità di acquisire beni di rilevante interesse storico e artistico, il mancato esercizio di questo diritto (*rectius*, potere) non determina la decadenza del vincolo imposto sul bene oggetto del trasferimento[31].

Gli artt. 61 e 62 stabiliscono le modalità attraverso cui deve essere esercitata la prelazione. In particolare, essi stabiliscono che la prelazione è esercitata nel termine di sessanta giorni dalla data di ricezione della denuncia prevista dall'art. 59 e che nel caso di denuncia omessa o presentata tardivamente oppure incompleta la prelazione sia esercitata nel termine di centottanta giorni dal momento in cui il Ministero ha ricevuto la denuncia tardiva o abbia comunque acquisito tutti gli elementi costitutivi della stessa ai sensi dell'art. 59, quarto comma. Nei casi in cui la denuncia sia stata omessa o presentata tardivamente oppure risulti incompleta, il termine indicato al secondo comma è di no-

[31] Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 27 luglio 2016, n. 3363.

vanta giorni ed i termini stabiliti al terzo comma, primo e secondo periodo, sono, rispettivamente, di centoventi e centottanta giorni. Essi decorrono dal momento in cui il Ministero ha ricevuto la denuncia tardiva o ha comunque acquisito tutti gli elementi costitutivi della stessa ai sensi dell'art. 59, quarto comma. Entro questi termini, il provvedimento di prelazione è notificato all'alienante e all'acquirente[32].

Il soprintendente, ricevuta la denuncia di un atto soggetto a prelazione, ne dà immediata comunicazione alla regione e agli altri enti pubblici territoriali nel cui ambito si trova il bene. Trattandosi di bene mobile, la regione ne dà notizia sul proprio Bollettino Ufficiale ed eventualmente mediante altri idonei mezzi di pubblicità a livello nazionale, con la descrizione dell'opera e l'indicazione del prezzo. La regione e gli altri enti pubblici territoriali, nel termine di venti giorni dalla denuncia, formulano al Ministero una proposta di prelazione, corredata dalla deliberazione dell'organo competente che predisponga, a valere sul bilancio dell'ente, la necessaria copertura finanziaria della spesa indicando le specifiche finalità di valorizzazione culturale del bene.

È ipotesi frequente che il Ministero rinunci all'esercizio della prelazione, trasferendone la facoltà all'ente interessato entro venti giorni dalla ricezione della denuncia. Detto ente assume il relativo impegno di spesa, adotta il provvedimento di prelazione e lo notifica all'alienante e all'acquirente entro e non oltre sessanta giorni dalla denuncia medesima. Inoltre, trova applicazione l'art. 42, secondo comma, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 267, recante il T.U. Enti locali, con la conseguenza che rientrano tre le competenze del Consiglio comunale le relative decisioni[33].

Più problematica è l'ipotesi in cui sia manifestata l'intenzione di esercitare la prelazione da parte di più soggetti. Non è un caso che sia stato utilizzato il termine concorsuale proprio con l'obiettivo di descrivere una situazione che è particolarmente complessa a causa dell'assenza, nella legge, di un criterio di selezione tra gli enti interessati e, magari, di norme che stabiliscano forme di condivisione delle scelte pubbliche e dei relativi oneri economici e di gestione.

La (decisione di esercitare la) prelazione è in grado di incidere in maniera unilaterale sulle posizioni giuridiche dell'alienante e dell'acquirente: infatti, la proprietà passa allo stato dalla data dell'ultima notifica, con la precisazione che le clausole inserite nel contratto di alienazione non vincolano il soggetto pubblico. Il potere di quest'ultimo è espressamente limitato dal legislatore con la norma contenuta nell'ultimo comma dell'art. 60, in base alla quale l'acquirente ha facoltà di recedere dal contratto nel caso in cui il Ministero eserciti la prelazione su parte delle cose alienate.

In pendenza del termine prescritto, l'atto di alienazione rimane sospensivamente condizionato fino al momento del mancato esercizio della prelazione e all'alienante è vietato effettuare la consegna della cosa: viene, dunque, in rilievo una classica ipotesi di condizione sospensiva al cui verificarsi è subordinata la produzione di tutti gli effetti che le parti intendono realizzare con la conclusione del contratto (*in primis*, il trasferimento del diritto).

Il provvedimento di esercizio della prelazione deve essere motivato alla stregua dei principi generali del nostro ordinamento e deve ritenersi assolutamente insufficiente una

[32] La giurisprudenza ha giustamente affermato che non trova applicazione l'art. 18 della legge n. 241/1990 atteso che ricade esclusivamente sull'istante l'onere di formulare domande in modo completo, indicando chiaramente i presupposti di fatto per l'esercizio del potere (e dando dimostrazione dell'esistenza di fatti che sono nella sua disponibilità), da cui dipende l'attivazione del potere di controllo dell'autorità, non potendo questi pretendere di addossare alla amministrazione l'onere di supplire alle carenze documentali dallo stesso causate. In questi termini, T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II quater, sentenza 14 marzo 2019, n. 3402.

[33] T.A.R. Campania – Salerno, Sez. I, sentenza 4 ottobre 2016, n. 2234.

motivazione di stile da parte della pubblica amministrazione. Può essere sufficiente, invece, richiamare la motivazione che sorregge il vincolo e, in ogni caso, è necessario per le regioni e gli enti locali indicare le specifiche finalità di valorizzazione culturale del bene che si perseguono.

La prelazione costituisce, dunque, un istituto di fondamentale importanza in tema di circolazione dei beni culturali, che, tuttavia, avrebbe dovuto avere – almeno nelle intenzioni del legislatore – una maggiore incidenza: la prassi – si legge in alcuni documenti del Servizio Studi della Camera dei Deputati suggerisce, ad esempio, di intervenire su alcuni punti, inclusi quelli relativi ad un migliore coordinamento dei tempi previsti per l'esercizio della prelazione[34].

Il grande tema è indubbiamente rappresentato dalla scarsa dotazione finanziaria che nei bilanci dello stato, delle regioni e degli enti locali viene riservato all'espletamento di questa specifica procedura. Senza la previsione di adeguate (e, probabilmente, corpose) poste di bilancio destinate ad acquistare beni di interesse culturale, non vi sarebbe alcuna utilità nel riformare la normativa *de qua*, che, pur con le limitazioni in parte descritte, ha assicurato il raggiungimento delle finalità di interesse pubblico ricordate in apertura di questo paragrafo. Non si vuole in alcun modo sostenere con questa affermazione che quella pubblica rappresenti sempre e comunque la migliore modalità di gestione delle nostre bellezze artistiche, paesaggistiche e culturali ma è innegabile che per garantire la reale possibilità di scelta in capo alle amministrazioni competenti sia necessario organizzare in maniera attenta e dotare in maniera adeguata i bilanci. Soltanto in questo modo potremo essere certi che la decisione pubblica circa l'esercizio del diritto di prelazione sia sorretta esclusivamente dalla volontà di garantire la migliore conservazione e fruizione del patrimonio culturale; se, invece, avremo il dubbio che il mancato esercizio della prelazione sia sorretto da motivazioni di ordine economico, potremmo trovarci nella triste situazione di dover convivere con il dubbio che non sia stato fatto di tutto per garantire il diritto alla bellezza della collettività.

5. I CONTROLLI SUL COMMERCIO DEI BENI CULTURALI

Il legislatore dedica poche norme alle attività di commercio di beni culturali, configurando, così, una regolazione scarna e forse non pienamente soddisfacente nella prospettiva di voler assicurare una ottimale protezione dei beni oggetto di scambio, che spesso sono di notevole valore. Eppure, quello del commercio è tema di grande interesse anche per gli studiosi di economia, i quali hanno analizzato le specificità del mercato dell'arte prendendo in considerazione vari fattori tra cui la scarsa elasticità dell'offerta, il carattere soggettivo della determinazione dei prezzi, la scarsa liquidità, le asimmetrie informative e, più in generale, le incertezze che lo caratterizzano, la costitutiva mancanza di standardizzazione degli scambi, i conflitti di interesse e le opacità del mercato, nonché i numerosi fattori di remunerazione non economico-finanziaria dell'investimento. Non sono mancate, poi, riflessioni sul ruolo di determinate categorie di soggetti: per esempio, ci si è chiesto se i restauratori debbano avere un ruolo attivo nelle attività di contrasto della contraffazione e dei traffici illegali di beni culturali[35]. La questione ha un rilievo anche penalistico: le principali ipotesi delittuose in tema di contraffazione di

[34] Ci si riferisce, in particolare, alla scheda del 14 giugno 2006, n. 7, realizzata dal Servizio Studi – Dipartimento cultura della Camera dei Deputati nel corso della XV Legislatura

[35] Si interroga sullo specifico tema indicato nel testo L. PACELLI, *Il ruolo dei restauratori nella contraffazione e nel traffico illegale d'arte*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 2017, 1, 55.

opere d'arte erano già state previste dalla legge n. 1062/1971, i cui artt. 3 – 7 sono stati successivamente tradotti nell'art. 127 del Testo Unico del 1999. I contenuti di tali disposizioni vengono oggi integralmente riproposti nell'art. 178 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, la cui applicabilità, dopo un iniziale contrasto giurisprudenziale e l'intervento chiarificatore della Corte costituzionale, va riferita a tutte le contraffazioni di opere d'arte e non soltanto a quelle che riproducano beni culturali.

Gli artt. 63 e 64 del Codice dei beni culturali e del paesaggio trovano applicazione con riferimento ai beni culturali, alle cose indicate negli artt. 10 e 11 e più in generale alle cose di interesse culturale indicate nelle tabelle allegate al Codice dei beni culturali e del paesaggio, indipendentemente dall'avvenuta verifica dell'interesse.

La normativa introduce a carico dei commercianti obblighi che assistono tutte le fasi della attività economica, inclusa quella iniziale gravata da specifici oneri di iscrizione. L'autorità locale di pubblica sicurezza, abilitata ai sensi della normativa in materia a ricevere la dichiarazione preventiva di esercizio del commercio di cose antiche o usate, trasmette, in base all'art. 63, al soprintendente e alla regione copia della dichiarazione medesima[36].

Coloro che esercitano il commercio di tali beni sono tenuti ad annotare quotidianamente le operazioni eseguite nel registro prescritto dalla normativa in materia di pubblica sicurezza, descrivendo le caratteristiche delle cose medesime. Il registro – per espressa previsione di una novella legislativa – è tenuto in formato elettronico con caratteristiche tecniche tali da consentire la consultazione in tempo reale al soprintendente ed è diviso in due elenchi. Un primo elenco è relativo alle cose per le quali occorre la presentazione all'ufficio di esportazione; un secondo elenco, invece, è relativo alle cose per le quali l'attestato è rilasciato in modalità informatica, senza necessità di presentazione della cosa all'ufficio di esportazione, salva la facoltà del soprintendente di richiedere, in ogni momento, che taluna delle cose indicate nel secondo elenco gli sia presentata per un esame diretto. Con decreto adottato dal Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo di concerto con il Ministro dell'interno sono definiti i limiti di valore al di sopra dei quali è obbligatoria una dettagliata descrizione delle cose oggetto delle operazioni commerciali.

Il soprintendente ha un ruolo molto importante in questo ambito perché è chiamato a verificare l'adempimento degli obblighi prescritti dalla legge: in particolare, dell'obbligo di cui al secondo periodo del secondo comma dell'art. 63, per il cui adempimento può essere utile effettuare ispezioni periodiche con l'intervento dei carabinieri preposti alla tutela del patrimonio culturale. La verifica è svolta da funzionari della regione nei casi di esercizio della tutela ai sensi dell'art. 5, terzo e quarto comma. Il verbale dell'ispezione è notificato all'interessato e alla locale autorità di pubblica sicurezza.

Norme speciali vengono dettate per i soggetti che esercitano il commercio di documenti, per i titolari delle case di vendita e per i pubblici ufficiali preposti alle vendite mobiliari: tali soggetti, infatti, hanno l'obbligo di comunicare al soprintendente l'elenco dei documenti di interesse storico posti in vendita. Allo stesso obbligo sono soggetti i privati proprietari, possessori o detentori, a qualsiasi titolo, di archivi che acquisiscano documenti aventi il medesimo interesse, entro novanta giorni dall'acquisizione. È fatta in ogni caso salva la possibilità per il soprintendente di accertare d'ufficio l'esistenza di archivi o di singoli documenti dei quali siano proprietari, possessori o detentori, a qualsiasi titolo, i privati e di cui sia presumibile l'interesse storico particolarmente importante.

[36] Tale dichiarazione va presentata da chi esercita il commercio di cose rientranti nelle categorie di cui alla lett. A) dell'Allegato A del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Di grande interesse è anche la norma contenuta nell'art. 64, che risponde non solo all'interesse del privato acquirente ma anche all'interesse pubblico alla salvaguardia del patrimonio culturale ed alla correttezza degli scambi del mercato dell'arte. In questo senso deve essere interpretata la *voluntas* del legislatore di imporre ai venditori di opere d'arte uno specifico obbligo di fornire informazioni trasparenti. Indubbiamente, è questo un elemento che dovrebbe contribuire ad una maggiore responsabilità dei venditori e che discende direttamente dalle peculiari e delicate caratteristiche che presenta il mercato in cui essi operano.

In base all'art. 64, dunque, chiunque esercita l'attività di vendita al pubblico, di esposizione a fini di commercio o di intermediazione finalizzata alla vendita di opere di pittura, di scultura, di grafica ovvero di oggetti d'antichità o di interesse storico o archeologico, o comunque abitualmente vende le opere o gli oggetti medesimi, ha l'obbligo di consegnare all'acquirente la documentazione che ne attesti l'autenticità o almeno la probabile attribuzione e la provenienza delle opere medesime; ovvero, in mancanza di detta documentazione, di rilasciare, con le modalità previste dalle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, una dichiarazione recante tutte le informazioni disponibili sull'autenticità o la probabile attribuzione e la provenienza del bene. Tale dichiarazione, ove possibile in relazione alla natura dell'opera o dell'oggetto, è apposta su copia fotografica degli stessi.

La norma ha posto alcune questioni relative al rapporto con la disciplina del diritto d'autore. Del tema si è recentemente occupata la giurisprudenza di legittimità che, in ipotesi di violazione del diritto d'autore, accertata l'esistenza oggettiva di un plagio in ragione dell'appropriazione degli elementi essenziali dell'altrui opera pittorica e creativa e in presenza di determinati ed indubbi elementi di identità, ha affermato che sono solidalmente responsabili tra loro tutti i soggetti che hanno dato un contributo rilevante all'illecito, ai sensi dell'art. 2055 cod. civ., ivi compreso, oltre all'autore materiale del plagio, anche il soggetto che abbia commercializzato le opere plagiarie nell'ambito della propria attività imprenditoriale, rientrando nel dovere di diligenza qualificata, ex art. 1176 cod. civ., gravante sugli operatori esperti del mercato dell'arte, la verifica che le opere poste in vendita non si palesino plagiarie[37]. Anche il gallerista, pertanto, potrà essere chiamato a rispondere – non senza qualche perplessità di ordine sistematico – per eventuali attività illecite compiute dall'artista che abbia esposto all'interno dei suoi spazi.

Una siffatta interpretazione si ricollega direttamente all'esigenza di rafforzare, a carico di chi esercita l'attività di vendita al pubblico, di esposizione a fini di commercio e di intermediazione finalizzata alla vendita di opere, l'obbligo di consegnare all'acquirente gli attestati di autenticità e di provenienza, o, in mancanza, una dichiarazione recante tutte le informazioni disponibili. Una siffatta previsione – sottolinea la Corte di cassazione – trova una duplice giustificazione nella particolare professionalità e serietà che si richiede a chi svolge una simile attività e nella correlata fiducia in essi riposta da tutti gli attori del mercato dell'arte.

6. LA CIRCOLAZIONE IN AMBITO INTERNAZIONALE TRA DISCIPLINA INTERNA E NORME SOVRANAZIONALI

Una trattazione della ampia tematica della circolazione dei beni culturali non può non prendere in considerazione i profili internazionalistici, ai quali, a dire il vero, il legi-

[37] Quanto ricordato nel testo vale anche nella specifica ipotesi di televendita, espressamente considerata in Cass. civ., Sez. I, sentenza 26 gennaio 2018, n. 2039.

slatore dedica particolare attenzione, nella consapevolezza che il mercato dell'arte è per sua natura destinato ad avere una valenza non limitata geograficamente. Quello della circolazione internazionale è, dunque, tema ampio che rimanda ad un autonomo sistema di controlli[38].

Il legislatore fissa, all'art. 65, gli obiettivi da perseguire: in particolare, afferma che il controllo sulla circolazione internazionale è finalizzato a preservare l'integrità del patrimonio culturale in tutte le sue componenti. Tale controllo è esercitato nel rispetto degli indirizzi e dei vincoli fissati in ambito comunitario, nonché degli impegni assunti mediante la stipula e la ratifica di convenzioni internazionali, pur costituendo una funzione di preminente interesse nazionale.

Non tutti i beni possono uscire in maniera definitiva dal territorio nazionale. È, per esempio, esclusa l'uscita dei beni culturali mobili indicati nell'art. 10, primo, secondo e terzo comma. Per altre tipologie di beni, invece, è espressamente prescritto il rilascio di una autorizzazione: è questo il caso degli archivi e dei singoli documenti, appartenenti a privati, che presentino un interesse culturale. Non è soggetta ad autorizzazione l'uscita a) delle cose di cui all'art. 11, primo comma, lett. d) e b) delle cose che presentino interesse culturale, siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settanta anni, il cui valore sia inferiore ad euro 13.500, fatta eccezione per le cose di cui all'allegato A, lett. b), n. 1. Gli artt. 66 e 67 disciplinano, invece, le ipotesi di c.d. uscita temporanea di un bene.

Con riguardo ai beni per i quali viene chiesta l'uscita in via definitiva è fatta salva la possibilità per l'ufficio di esportazione, qualora non abbia già provveduto al rilascio o al diniego dell'attestato di libera circolazione, di proporre al Ministero l'acquisto coattivo della cosa per la quale è richiesto l'attestato di libera circolazione di cui all'art. 68, dandone contestuale comunicazione alla regione e all'interessato, al quale dichiara, altresì, che l'oggetto gravato dalla proposta di acquisto resta in custodia presso l'ufficio medesimo fino alla conclusione del relativo procedimento. Il Ministero – ai sensi dell'art. 70, secondo comma – ha la facoltà di acquistare la cosa per il valore indicato nella denuncia. Il provvedimento di acquisto è notificato all'interessato entro il termine perentorio di novanta giorni dalla denuncia. Fino a quando non sia intervenuta la notifica del provvedimento di acquisto, l'interessato può rinunciare all'uscita dell'oggetto e provvedere al ritiro del medesimo, conservandone, quindi, la proprietà.

Particolarmente dettagliata è anche l'ipotesi dell'ingresso di opere straniere nel territorio nazionale: anche in questo caso è attribuita una specifica competenza all'ufficio di esportazione (art. 72).

Completano il Capo V le Sezioni dedicate alla "Esportazione dal territorio dell'Unione europea", alla "Disciplina in materia di restituzione, nell'ambito dell'Unione europea, di beni culturali illecitamente usciti dal territorio di uno Stato membro" e, infine, alla "Disciplina in materia di interdizione della illecita circolazione internazionale dei beni culturali", in cui vengono espressamente richiamate la convenzione UNIDROIT sul ritorno internazionale dei beni culturali rubati o illecitamente esportati, adottata a Roma il 24 giugno 1995, e la convenzione Unesco sulla illecita importazione, esportazione e trasferimento dei beni culturali, adottata a Parigi il 14 novembre 1970.

[38] Il tema ha sempre riscosso un notevole interesse in dottrina, come dimostrano alcune monografie (G. MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*, Napoli, 2011; M. FRIGO, *La circolazione internazionale dei beni culturali*, Milano, 2007) e riflessioni più recenti (G. AVANZINI, *La circolazione intracomunitaria dei beni culturali privati tra tutela del patrimonio nazionale e identità culturale europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2018, 3-4, pp. 689-704), a cui si rimanda anche per gli ulteriori e opportuni approfondimenti bibliografici.