

PREMIO TESI DI DOTTORATO

– 56 –

PREMIO TESI DI DOTTORATO
Commissione giudicatrice, anno 2015

Vincenzo Varano, *presidente della Commissione*

Tito Arecchi, *Area scientifica*

Aldo Bompani, *Area Scienze Sociali*

Franco Cambi, *Area Umanistica*

Paolo Felli, *Area Tecnologica*

Michele Arcangelo Feo, *Area Umanistica*

Roberto Genesisio, *Area Tecnologica*

Mario Pio Marzocchi, *Area Scientifica*

Adolfo Pazzagli, *Area Biomedica*

Giuliano Pinto, *Area Umanistica*

Salvatore Ruggieri, *Area Biomedica*

Saulo Sirigatti, *Area Biomedica*

Fiorenzo Cesare Ugolini, *Area Tecnologica*

Graziella Vescovini, *Area Umanistica*

Lucrezia Palandri

Giudicare l'arte

Le corti degli Stati Uniti e la libertà di espressione artistica

Firenze University Press
2016

Giudicare l'arte : le corti degli Stati Uniti e la libertà di espressione artistica / Lucrezia Palandri. – Firenze : Firenze University Press, 2016.

(Premio Tesi di Dottorato; 56)

<http://digital.casalini.it/9788864533490>

ISBN 978-88-6453-348-3 (print)

ISBN 978-88-6453-349-0 (online)

Progetto grafico di copertina: Alberto Pizarro Fernández, Pagina Maestra snc
Immagine di copertina: Andrew Moore, *Detail - White Flag (1955)* [da Jasper Johns, *White Flag (1955)*, Metropolitan Museum of Art in New York], CC BY-SA 2.0

Certificazione scientifica delle Opere

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul catalogo on-line della casa editrice (www.fupress.com).

Consiglio editoriale Firenze University Press

G. Nigro (Coordinatore), M.T. Bartoli, M. Boddi, R. Casalbuoni, C. Ciappei, R. Del Punta, A. Dolfi, V. Fargion, S. Ferrone, M. Garzaniti, P. Guarnieri, A. Mariani, M. Marini, A. Novelli, M.C. Torricelli, M. Verga, A. Zorzi.

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

CC 2016 Firenze University Press
Università degli Studi di Firenze
Firenze University Press
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy
www.fupress.com
Printed in Italy

Sommario

| | |
|---|----|
| Premessa | 11 |
| Capitolo 1 | |
| L'arte e il diritto | 17 |
| 1. Premessa | 17 |
| 2. Il Post-Modernismo ed i principali argomenti alla base della dicotomia tra arte e diritto | 20 |
| 2.1 Il diritto come ordine, l'arte come sovvertimento | 21 |
| 2.2 L'oggettività del diritto e la soggettività dell'arte | 23 |
| 2.2.1 L'arte non equivale a soggettività | 24 |
| 2.2.2 Il diritto non equivale ad oggettività | 24 |
| 3. Alle origini della diffidenza della cultura americana verso l'arte | 30 |
| 4. L'incontro di arte e diritto | 32 |
| 5. Il giudizio estetico | 34 |
| 6. La regola di Bleistein ed il relativismo del giudice Holmes | 42 |
| Capitolo 2 | |
| Il problema della definizione di un concetto giuridico di arte | 47 |
| 1. Premessa | 47 |
| 2. I tentativi legislativi di definire l'arte | 48 |
| 2.1 Il diritto d'autore | 49 |
| 2.2 I diritti morali | 55 |
| 2.3 Il diritto doganale | 57 |
| 3. I tentativi giurisprudenziali di definire l'arte | 59 |
| 3.1 The useful articles doctrine | 60 |
| 3.2 I confini tra diritto alla libertà di espressione e diritto dei marchi | 62 |
| 3.3 Il diritto di pubblicità | 64 |
| 3.4 La disciplina del Primo Emendamento | 68 |
| Capitolo 3 | |
| L'arte e il Primo Emendamento | 71 |
| 1. Premessa | 71 |
| 2. <i>Burstyn v. Wilson</i> : si afferma la tutela costituzionale dell'arte sotto il Primo Emendamento. Comincia a delinearsi il criterio dell'espressività | 74 |

| | |
|---|-----|
| 3. Verso la costruzione di un quadro analitico di riferimento per la tutela dell'arte entro il Primo Emendamento. (Segue) Le origini del Primo Emendamento, tra contesto storico e premesse filosofiche | 79 |
| 4. (Segue) Diverse posizioni sul significato del Primo Emendamento: scelte di metodo, giudizi di valore, risultati pratici | 82 |
| 4.1 "The First Amendment is an absolute"? Il dibattito dottrinale intorno al (preteso) assolutismo della free speech clause del Primo Emendamento | 83 |
| 4.2 La costruzione di una dottrina del Primo Emendamento | 86 |
| 5. (Segue) Il fondamento giurisprudenziale della libertà di espressione | 89 |
| 5.1 Qualche riflessione preliminare intorno alla questione dell'original understanding del Primo Emendamento | 89 |
| 5.2 Le prime pronunce sulla libertà di espressione | 93 |
| 6. Il discorso politico come nucleo essenziale del Primo Emendamento | 98 |
| 6.1 Speech/Action | 99 |
| 6.2 L'inadeguatezza dell'argomento letterale | 101 |
| 7. La tutela dell'arte sulla base della sua somiglianza con il discorso politico | 102 |
| 7.1 La disciplina della libertà di espressione | 105 |
| 7.1.1 I livelli di scrutinio | 107 |
| 8. La condotta espressiva o il discorso simbolico | 108 |
| 8.1 Il test di O'Brien | 109 |
| 8.2 I criteri per stabilire quando la condotta è espressiva. Il test di Spence | 110 |
| 9. Tra condotta espressiva ed espressione artistica. Un caso di studio: l'uso della bandiera nazionale | 112 |
| 9.1 Il caso Radich | 114 |

Capitolo 4

| | |
|---|-----|
| La giurisprudenza in tema di libertà di espressione artistica | 119 |
| 1. Premessa | 119 |
| 2. Verso il riconoscimento della tutela dell'arte in sé | 120 |
| 2.1 Bery v. City of New York I: speech vuol dire speech | 121 |
| 2.2 Bery v. City of New York II: l'arte merita la tutela del Primo Emendamento ma ancora per il suo carattere espressivo | 123 |
| 2.3 Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Group of Boston: il punto di svolta. I giudici riconoscono per la prima volta la tutela dell'arte per l'arte | 125 |
| 2.4 Mastrovincenzo v. City of New York I: di nuovo alla ricerca dell'elemento di espressività | 128 |
| 2.4.1 Perché servono dei criteri? | 130 |
| 2.5 Mastrovincenzo v. City of New York II conferma il metodo che identifica l'arte con la condotta mista ad espressione | 132 |
| 2.6 Kleinman v. City of San Marcos: l'interpretazione del test di Hurley come riferito solo a "great works of art" e l'ennesima applicazione dello scrutinio intermedio | 134 |
| 3. Il valore irrazionale dell'arte | 136 |
| 4. Quali basi giustificative? | 139 |
| 4.1 La tutela privilegiata dell'arte. Spunti comparatistici | 141 |

| | |
|--|-----|
| 5. Il caso Brancusi | 143 |
| Capitolo 5 | |
| I limiti costituzionali della libertà di espressione artistica | 149 |
| 1. Premessa | 149 |
| 2. L'arte e le categorie di espressione non protetta | 151 |
| 2.1 L'incitamento alla violenza | 151 |
| 2.2 La diffamazione intenzionale | 152 |
| 2.3 La pedo-pornografia | 152 |
| 3. Arte e oscenità | 153 |
| 3.1 Definire l'oscenità | 153 |
| 3.2 Il percorso giurisprudenziale verso una definizione di oscenità | 154 |
| 3.2.1 Il modello vittoriano e la svolta di Roth v. United States | 156 |
| 3.2.2 Il "Redrupping" | 158 |
| 3.2.3 L'approdo: Miller v. California | 160 |
| 3.2.4 Il post-Miller | 162 |
| 3.2.5 Il pensiero di Brennan | 164 |
| 3.3 La fine dell'oscenità? | 166 |
| 3.4 Il criterio del serio valore artistico di fronte all'arte post-moderna | 167 |
| Indice delle opere citate | 171 |
| Indice della giurisprudenza citata | 181 |

Premessa

Le dispute giuridiche sull'arte offrono un punto di vista privilegiato sullo scontro archetipico tra il giudice e la sua soggettività. La materia artistica mette il giudice di fronte alle sue paure e diventa una lente d'ingrandimento per le sue abituali propensioni. L'arte viene ritenuta soggettiva per convenzione¹ e la soggettività mette i giudici a disagio. Quando si devono confrontare con la questione di definire l'artisticità di un'opera, il richiamo dell'oggettività e della neutralità si fa ancora più forte: la soluzione per evitare di essere vulnerabili di fronte ad eventuali accuse di soggettivismo è quella di sopprimere qualsiasi ragionamento in materia². Tuttavia, negare *in toto* l'esercizio della propria soggettività si risolve di fatto in una mera dichiarazione d'intenti, in quanto la discrezionalità dell'interprete è una costante ed un dato insormontabile del processo decisionale, potendosi generare un dibattito intorno ai suoi limiti ed al modo in cui il giudice dovrebbe farne uso, ma non potendosi mettere in dubbio la sua esistenza³.

Rifugiarsi dietro una pretesa indeterminatezza concettuale del fenomeno artistico non permette di ottenere altro risultato se non quello di ridurre la sua stessa tutelabilità: abbandonando la definizione di arte in uno stato di debole incertezza, si favorisce una notevole confusione applicativa, che spesso rischia o di tradursi in ingiustificati interventi repressivi o di estendere indebitamente i privilegi concessi all'arte a pratiche di tutt'altra natura, dimostrando in entrambi i casi una diffusa ignoranza riguardo sia alla natura sia all'importanza del fatto artistico.

A livello teorico, il principio generale secondo cui il giudice non può farsi arbitro dei giudizi di gusto risulta condiviso in ogni ordinamento democratico⁴. Tuttavia, nella prassi giurisprudenziale, è illusorio pensare di potersi sottrarre ad un momento di valutazione di fronte a casi su presunte opere d'arte: che si tratti dell'accertamento dell'esistenza di una espressività intrinseca⁵, o dell'individuazione

¹ Si rimanda *infra*, cap. I, par. 2.2.1.

² Si rimanda *infra*, cap. I, riguardo le dottrine di *avoidance*.

³ Si rimanda *infra*, cap. I, par. 2.2.2.

⁴ Si rimanda *infra*, cap. I. Si vedrà come tale principio valga, ad esempio, negli Stati Uniti, in Italia, in Inghilterra, in Francia, ma anche nel contesto della Corte europea dei diritti dell'uomo.

⁵ Si rimanda *infra*, cap. III. Il riferimento è al modo di procedere usato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, che il più delle volte ricorre al criterio dell'espressività per valutare il carattere artistico di un oggetto o una condotta. Le corti inferiori, come vedremo, nella loro indagine fattuale seguono la direzione indicata dalla Corte Suprema.

di un serio valore artistico⁶, l'esigenza di operare in qualche modo, nel caso concreto, una determinazione assiologica non può essere trascurata. E difatti, i giudizi estetici vengono esercitati, ma non ammessi, finendo per rimanere impliciti nell'incedere argomentativo delle corti⁷, a strenua difesa della superiore esigenza di obiettività delle decisioni giudiziali. Non rientra tra gli scopi del presente lavoro quello di enunciare le numerose ragioni, ben note e largamente studiate dalla teoria costituzionale tradizionale, per cui i giudici dovrebbero esplicitare il ragionamento che li conduce ad un determinato risultato. Basti qui accennare all'esigenza di certezza e prevedibilità degli effetti di una particolare condotta da parte dei consociati, ma anche alla maggiore consapevolezza che potrebbe essere acquisita dai giudici stessi nel trovarsi costretti ad esaminare i propri pregiudizi, dando conto delle motivazioni di una certa scelta.

Allora, le corti dovrebbero fornire supporto ai loro risultati e spiegare i passaggi della loro analisi, non precludendosi a priori persino il ricorso al dibattito estetico. "An unfortunate but self-imposed limitation on legal definition is that the courts will seldom consider aesthetic theory"⁸. Per questa restrizione auto-imposta, le corti, nel risolvere le controversie più difficili in materia artistica, rimangono sprovviste dei concetti e della terminologia adeguati che faciliterebbero di gran lunga il raggiungimento del risultato⁹. Questo ci rivela un'ulteriore tendenza nel comportamento dei giudici che è quella di ricorrere mal volentieri a strumenti provenienti da discipline diverse dalla propria, guidati dal pregiudizio e dal malcelato timore verso tutto ciò che esula dall'ambito giuridico.

Questo approccio diventa caratteristica identificativa del giudice americano, che si mostra diffidente sia verso altre discipline che potrebbero coadiuvarlo nella decisione sia verso precedenti stranieri che allo stesso modo potrebbero rivelare nuove prospettive e facilitare la risoluzione dei casi più difficili¹⁰. Ciò che distingue

⁶ Si rimanda *infra*, cap V. Il riferimento è al terzo criterio del test di *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973), usato per decidere i giudizi in materia di oscenità.

⁷ Si veda C.H. Farley, *Judging Art*, in 79 *Tulane Law Review* 805, 2005, pp. 845-849. Farley addirittura sostiene che le decisioni giudiziali si trovano spesso a tracciare intuitivamente, senza alcuna consapevolezza, il percorso delle principali teorie estetiche, pur avendole rifiutate e pur muovendosi all'apparenza in un *vacuum*: dal formalismo, che si concentra sull'osservazione dell'esteriorità dell'oggetto, valida per l'arte rappresentativa ("I know it when I see it"), all'intenzionalismo, che guarda all'intento dell'artista, e all'istituzionalismo, che si basa sul riconoscimento da parte del mondo dell'arte, fino ad arrivare alle teorie estetiche più recenti che si rifanno al relativismo.

⁸ P. Karlen, *Art in the Law*, in 14 *Leonardo* 51, 1981, p. 55.

⁹ *Id.* Karlen, a proposito delle corti inglesi, ci informa che per preservare la natura puramente giuridica della decisione, sono previste restrizioni anche a livello di raccolta delle prove, in quanto gli esperti non possono pronunciarsi su ciò che a loro parere possa definirsi opera d'arte, ma devono limitarsi a dire se l'oggetto in causa possieda qualità artistiche. Di converso, è una fortuna invece che per la maggior parte dei casi le corti ricorrano alla testimonianza di esperti per decidere questioni sull'arte. Inoltre, in molti casi, le corti potranno giudicare direttamente l'oggetto o una rappresentazione di esso presentata in tribunale.

¹⁰ L'uso giurisprudenziale della comparazione, in particolare nel contesto degli Stati Uniti, costituisce tema di grande attualità, su cui sono stati versati fiumi di inchiostro. Il tema è stato anche uno dei principali interessi di ricerca di chi scrive (si veda, L. Palandri, *Converging courts. Reconceptualizing the notion of judicial cosmopolitanism*, CDCT working paper 38-2015, European Legal Culture 22).

l'eccezionalismo americano allora è la chiusura, l'*avoidance*¹¹, contrapposto a quell'atteggiamento di apertura, di *engagement* descritto da Vicki Jackson¹².

Il presente volume nasce come tentativo di inquadrare il problema della definizione di opera d'arte ai fini della tutela giuridica, in particolare in ambito di libertà di espressione, e finisce per testare il comportamento delle corti nei casi meno ovvi e condivisi, rivelandosi uno studio non tanto sul fenomeno artistico quanto sul ruolo stesso dei giudici. Si capisce allora come il centro dell'indagine non avrebbe potuto essere altro ordinamento se non quello degli Stati Uniti, fuori dal quale un'analisi di questo tipo non avrebbe avuto la stessa forza. Sono i giudici statunitensi che, per stile delle opinioni, forniscono argomentazioni e criteri decisori più o meno solidi, fissano delle categorie, elaborano una disciplina da cui attingere per uno studio sull'arte come forma di libera espressione protetta dal Primo Emendamento. I giuristi d'oltreoceano hanno inoltre forgiato un linguaggio e dato vita ad un vero e proprio ramo del diritto, più o meno contestato, che è quello dell'*Art Law*, che per primo mette insieme i due mondi dell'arte e del diritto. A partire da qui, si possono trarre tendenze valide in generale e, seguendo gli insegnamenti di Mauro Cappelletti, si possono ricavare nuove prospettive per guardare al nostro ordinamento¹³.

La disciplina filosofica dell'estetica nasce come tentativo di fondare in modo critico un campo del sapere che appare votato fin dall'inizio all'accidente e all'irrazionalità e mira a dettare le condizioni di universalità e di necessità per un tipo di esperienza che, ad una prima analisi, ne è priva¹⁴. L'estetica moderna abbandona ogni tentativo di dare un fondamento universale ad un fenomeno che con il post-modernismo diventa irrimediabilmente sfuggente. In ogni caso, il tratto caratteristico della riflessione estetica, anche di quella classica, è sempre stato la consapevolezza di interrogarsi su qualcosa che non può essere chiarito una volta per tutte ed in maniera definitiva. Ciò che è centrale nel pensiero estetico è più il modo di porre questioni, che consente di vagliare criticamente la legittimità e la portata delle risposte, che non le risposte stesse. È un metodo che ha ad oggetto un oggetto necessariamente indefinibile, qualcosa di non immediatamente sensibile ed osservabile ma innanzitutto di culturale e addirittura di psicologico: che cosa distingue, per esempio, un testo comunicativo da un testo poetico o un fucile da guerra, secondo l'esempio di Benedetto Croce, da un fucile come opera d'arte?¹⁵ Dunque, il valore dell'estetica risiede nel metodo, non nelle soluzioni¹⁶. I giudici potrebbero allora servirsi dell'insegnamento di questa disciplina che dell'agire artistico ha fatto l'oggetto principale della sua indagine per riconoscere la natura

¹¹ Si rimanda *infra*, cap. I. Cfr. C.H. Farley, *Judging Art*, *cit.*

¹² V. Jackson, *Constitutional Comparison: Convergence, Resistance, Engagement*, in 119 *Harv L. Rev.*, 2005, pp. 109-111.

¹³ M. Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 1994.

¹⁴ R. Musolesi, *Introduzione all'estetica*.

¹⁵ Voce *Estetica*, in *Enc. Treccani*.

¹⁶ Si rimanda *infra*, cap. I, riguardo "I rischi di un giudizio estetico".

proteiforme dell'arte¹⁷ e la sua irriducibilità entro schemi preordinati, eppure allo stesso tempo avvertire l'urgenza di avvicinarsi il più possibile ad un concetto giuridico di arte, che sia empirico, elastico, legato al contesto, pronto a riformularsi a seconda delle diverse circostanze fattuali.

Il relativismo estetico dichiarato dalla Corte suprema degli Stati Uniti, che spesso sfocia in puro indeterminismo, deriva dalla convinzione che non esista alcun approccio utile per definire l'arte da un punto di vista giuridico. In realtà, lo stesso approccio relativista potrebbe acquisire nuovo significato sul modello della teoria estetica moderna, che ha adattato il suo metodo per rispettare la natura aperta e mutevole delle nuove pratiche artistiche¹⁸.

“There is no harm in calling [diverse manifestazioni artistiche] art as long as we keep in mind that such a word may mean very different things in different times and places, and as long as we realize that Art with the capital A has no existence”¹⁹. Le corti non avrebbero che da trarre vantaggio nel superare il formalismo a cui sono legate e nell'accettare che l'arte non ha bisogno di essere definita uniformemente ma può davvero assumere diversi significati in diversi contesti giuridici a seconda dello scopo della tutela.

Solo perché deve rimanere salda la consapevolezza che non possono confezionarsi definizioni pronte all'uso, universali, applicabili in generale alle diverse aree del diritto che si legano all'arte, non vuol dire che ogni tentativo di definizione sia inutile²⁰. Anzi, necessaria sarà l'aspirazione a definire per evitare che l'indeterminatezza concettuale conduca ad un irrimediabile indebolimento dell'effettività della tutela.

Ciò che viene richiesto ai giudici nei confronti dell'arte non è di fissare determinati criteri capaci di cristallizzare la sua complessità entro rigidi schemi giuridici, piuttosto di costruire una struttura flessibile, capace di adattarsi alle diversissime situazioni fattuali ed assicurare la giustizia del caso concreto²¹.

“Precise definition of the category of speech is essential, at least as is reasonably possible. We must all acknowledge that our thinking capabilities are not perfect, and this applies to fixing categorie too. We can only do the best that we can”²². Nessun criterio è perfetto né esente da aggiustamenti e rifiniture, ma il valore di una regola

¹⁷ Cfr. “Like Proteus, expression can take many, sometimes fleeting or improbable forms”, *Mastrovincenzo v. City of New York*, 313 F. Supp. 2d 280 (S.D.N.Y., 2004), p. 286.

¹⁸ L'unico caso che vedremo aprirsi ad una discussione estetica coerente con un approccio di tipo relativista o pragmatico è stato *Brancusi v. United States*, 54 Treas. Dec. 428 (Cust. Ct. 1928), forse perché chiamato esplicitamente a pronunciarsi sulla definizione di arte dalla disposizione legislativa (si rimanda *infra*, cap. IV).

¹⁹ E.H. Gombrich, *La storia dell'arte*, London, Phaidon, 2009.

²⁰ P. H. Karlen, What is Art?: A Sketch for a Legal Definition, in 94 *The Law Quarterly Review* 383, 1978, p. 387.

²¹ Kearns addirittura ha proposto la creazione di appositi tribunali per l'arte. Si veda P.H. Kearns, *The Legal Concept of Art*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 60.

²² E.J. Eberle, The Architecture of First Amendment Free Speech, in 2011 *Mich. St. L. Rev.* 1191, 2011, p. 1209-1213, ma sul punto si vedano anche F. Schauer, Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts, in 34 *Vand. L. Rev.* 265, 1981, pp. 280-281; M.V. Tushnet, Art and the First Amendment, in 35 *Columbia Journal of Law & the Arts* 169, 2012.

sta nel fornire una misura con cui valutare l'espressione ed una base per un giudizio attraverso il quale approdare ad una struttura solida e coerente della disciplina a tutela del fatto artistico.

“Una definizione più precisa, sebbene desiderabile, non renderebbe giustizia ai diversi interessi coinvolti”²³.

²³ L. Duboff, What is Art? Toward a Legal Definition, in 12 *Hastings Comm. & Ent. L. J.* 303, 1990, pp. 350-351.

Capitolo 1

L'arte e il diritto

1. Premessa

A sentir parlare di arte e diritto, si ha la sensazione di trovarsi di fronte ad un ossimoro. Si può cogliere la distanza tra i due concetti anche solo dando conto, banalmente, dei caratteri che essi richiamano in maniera intuitiva, immediata, prima che ci sia il tempo di applicare qualsiasi metodo scientifico. L'arte è per definizione ineffabile, si lega alla mutevolezza e spesso allo stravolgimento dello *status quo*, sfugge al ragionamento e ricorre al libero uso dell'immaginazione; il diritto richiede chiarezza e prevedibilità, presuppone ordine e logica, rimanda a stabilità e certezza.

Non desta alcun stupore, allora, dal nostro punto di vista di giuristi municipali, che dell'arte come problema giuridico non si sia soliti discutere, ancor meno tra i costituzionalisti, che devono affrontare l'ardua impresa di penetrare al cuore della questione, occupandosi del fondamentale aspetto della libertà.

La tendenza generale della dottrina italiana ad eludere la trattazione delle complesse problematiche che derivano dalla commistione tra arte e diritto trova immediata riprova nel numero esiguo di contributi sul tema; la scarsità di dibattito appare del tutto evidente¹.

¹ In generale, si può dire che i problemi legati alla materia artistica rimangono ancora oggi per larga parte estranei al mondo giuridico italiano, nonostante abbiano cominciato ad aprirsi degli spiragli. Le poche eccezioni sono tutte estremamente recenti e riguardano quegli ambiti che ricorrono più frequentemente nella pratica giuridica e che il professionista si trova più spesso a dover affrontare: il diritto d'autore rispetto alle nuove pratiche dell'arte contemporanea (prima occasione di confronto diretto su questi temi è stato il convegno organizzato a Torino nel 2010 da G. Ajani, A. Donati, *Dac, I diritti dell'arte contemporanea*, seguito nel 2012 a Roma da quello organizzato da M. Sterpi, *New Art: New Legal Challenges*) o la proprietà intellettuale in genere (si pensi che il 58esimo Congresso mondiale dell'*Unione Internazionale des Avocats* (UIA), tenutosi a Firenze tra il 29 ottobre e il 2 novembre 2014, a cui hanno partecipato anche molti professionisti locali, ha avuto come tema principale la tutela dell'arte e della creativi-

Tuttavia, se si volge lo sguardo al di là dei confini nazionali, ci si accorge di una crescente attenzione a livello globale in merito alle questioni che legano arte e diritto², attenzione che si è generata e ha trovato la sua più compiuta formulazione dottrinale nell'ordinamento che costituirà il fulcro di indagine del presente volume, quello degli Stati Uniti³.

A partire dagli studi pionieristici risalenti ai primi anni Settanta del secolo scorso, su tutti quelli del Professor Merryman⁴, la dottrina nordamericana ha dato vita, infatti, ad una vera e propria branca autonoma della scienza giuridica, quella, appunto, della *Art Law* (ma anche *Art and the Law*, o *Law and the Arts*, tradotto nel nostro ordinamento come “Arte e Diritto” o “Diritto dell'arte”), che nel contesto di origine continua a trovare ancora oggi il terreno di sviluppo più fertile. Se è vero, però, che il filone dell'Arte e Diritto ha destato negli ultimi anni sempre maggior interesse, alimentando accesi dibattiti dottrinali, più o meno scatenati dalle numerose vicende giudiziarie su presunte opere d'arte che si sono susseguite, è altrettanto innegabile che la sua natura di *mare magnum*, in cui vengono affrontati trasversalmente tutti gli ambiti del diritto toccati dal fenomeno artistico, lo rende disciplina piuttosto incline a lacune, carenze, debolezze⁵. L'Arte e Diritto finisce

tà, riferendosi essenzialmente alla disciplina della proprietà intellettuale), la disciplina privatistica dei contratti per la tutela degli artisti e della loro opera (si pensi ai lavori di Ajani e Donati sull'opera d'arte immateriale), ed infine le questioni internazionalistiche riguardanti *cultural heritage* e *restitution of looted art*, sicuramente gli ambiti più in voga a livello globale e i più sviluppati a livello dottrinale. Si tratta in ogni caso di voci isolate, da poco e solo in certi contesti riunite in un dialogo volto all'approfondimento del tema. Tolti gli esempi cui si è accennato, dunque, si può dire che in Italia l'ambito che lega l'arte e il diritto non rientra tra i principali interessi dei giuristi.

² Basti considerare la proliferazione di centri di Arte e Diritto in tutto il mondo, dalla Svizzera, con il *Geneva Art Law Centre* o il *Zentrum Kunst und Recht* dell'Università di Zurigo, all'Inghilterra e il suo *Institute of Art & Law* fondato nel 1995, fino ad arrivare all'Australia con l'*Arts Law Centre of Australia*.

³ Negli Stati Uniti, si assiste da alcuni decenni ad una crescita incessante del numero di professionisti ed accademici specializzati in Arte e Diritto. Questo si riflette nell'incremento del numero di pubblicazioni sul tema, ma anche nella nascita e nello sviluppo di organizzazioni, come la *Volunteers Lawyers for the Arts* di New York (1969), la *California Lawyers for the Arts* (1974), la *Lawyers for the Creative Arts* di Chicago (1972), che offrono assistenza legale agli artisti e promuovono la ricerca giuridica su temi legati all'arte. Anche dal punto di vista dell'educazione giuridica, l'interesse è sempre crescente, a partire da certi esempi pionieristici come il corso di *Art Law* del Professor Merryman nel 1972 a Stanford. Nelle maggiori università si trovano, infatti, corsi o seminari di *Art Law*, veri e propri programmi come *The Art & Law Program* di Sergio Muñoz Sarmiento presso la Fordham Law School di New York, nonché istituti o società di Arte e diritto, come la *Art Law Society* presso la New York University, School of Law, o il *Center for Art Law* presso la Cardozo, School of Law, anch'esso a New York.

⁴ J. Merryman, *A Course in Art and the Law*, in 26 *J. Leg. Ed.* 551, 1974.

⁵ C'è chi sostiene provocatoriamente che l'Arte e Diritto non possa nemmeno classificarsi come vera e propria branca autonoma della scienza giuridica: “there is no body of law that is ‘art law’; rather, the law encounters art as random, seemingly isolated events”, C.H. Farley, *Imagining the Law. Art*, in A. Sarat, M. Anderson, C.O. Frank (a cura di), *Law and Humanities: An Introduction*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 293. Qualsiasi discussione in materia di Arte e Diritto non potrà che consistere essenzialmente nel determinare il trattamento dell'arte in una specifica area del diritto. L'approccio sarà allora forzatamente interdisciplinare sia per le diverse aree del diritto coinvolte, ma anche per la natura dell'arte in sé, che da sola chiama in causa gli strumenti delle più varie discipline, a partire dalla storia dell'arte, la filosofia e gli studi museali, attraverso l'antropologia, l'archeologia, la storia, fino all'amministrazione e all'economia. Ad un primo sguardo, dunque, l'Arte e Diritto non può che apparire

così per prediligere certi argomenti, indugiare su determinati ambiti e sorvolare su altri in cui i nodi metodologici sono più difficili da sciogliere. Un simile approccio risente ancora dei pregiudizi che vorrebbero relegare l'arte in un mondo separato rispetto al diritto, sulla base della convinzione che un dialogo tra le due sfere sia impossibile, da una parte per la pretesa del diritto di imbrigliare l'arte in rigidi schemi normativi e, dall'altra, per l'intollerabilità dell'arte verso qualsiasi limite etero-imposto.

Ciò che, più di tutto, appare insuperabile agli occhi del giurista sembra essere la questione preliminare di una definizione del concetto di arte valida ai fini della tutela giuridica. In particolare, anche nella dottrina d'oltreoceano, similmente a quanto avviene nell'ordinamento italiano, è il profilo di diritto costituzionale a mostrare in tal senso maggiori criticità⁶. Gli esperti di Arte e Diritto, nell'esaminare l'aspetto di libertà riguardante l'arte, fanno rientrare la questione nel più ampio dibattito intorno al Primo Emendamento e lasciano in sospeso i molti punti interrogativi che derivano da questa sussunzione. Arrivando al problema dalla parte opposta, la conclusione è la stessa: simili questioni, infatti, non vengono trattate in modo adeguato nemmeno dagli esperti di diritto costituzionale. Anch'essi non fanno altro che sussumere le questioni riguardanti la libertà dell'arte nelle categorie già note elaborate per la libertà di espressione in generale, evitando di creare nuovi concetti e basi giustificative⁷.

Saranno proprio alcuni dei nodi che si formano intorno al problema di definire il concetto di arte da un punto di vista giuridico, meglio, giurisprudenziale, meglio ancora, costituzionale, i punti su cui questo lavoro intende soffermarsi, senza la pretesa di fornire necessariamente soluzioni valide, ma con la sincera convinzione che anche il solo evidenziarle possa rivelare nuove prospettive e nuove sfide per il giurista.

Il proposito che ci guida non è affatto quello di trovare una volta per tutte la definizione di arte, tanto meno di sostenere l'assurda pretesa che i giudici siano i soggetti in grado di risolvere l'eterno dilemma filosofico-artistico "cosa è arte?". Piuttosto, il tentativo vorrebbe essere quello di dimostrare che i casi in cui le corti devono decidere se un oggetto costituisce o meno un'opera d'arte ai fini della risoluzione di una controversia, possano rivelare molto di più sulla natura del giudicare che sulla natura dell'arte stessa.

disciplina confusa e contraddittoria, dove nemmeno si riescono ad intravedere temi unificanti capaci di dare coerenza e fornire una base per la costruzione di un metodo.

⁶ Il profilo costituzionalistico dei problemi giuridici legati all'arte non viene affatto trattato in maniera esaustiva. Per avere un'idea del trattamento riservato all'arte dai teorici costituzionali del Primo Emendamento, si noti che in nessun manuale di diritto costituzionale si trovano un capitolo o una sezione dedicati interamente all'arte. Solo per citarne alcuni, L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press, 1988; E. Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, New York, Aspen, 2006; G.R. Stone, L.M. Seidman, C.R. Sunstein, M.V. Tushnet, *Constitutional Law*, Boston-Toronto-Londra, Little, Brown, 1991; R.H. Fallon Jr., *The Dynamic Constitution. An Introduction to American Constitutional Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; R.L. Weaver, D.E. Lively, *Understanding the First Amendment*, New Providence-San Francisco, Matthew Bender, 2012.

⁷ Si rimanda *infra*, capitolo III.

2. Il Post-Modernismo ed i principali argomenti alla base della dicotomia tra arte e diritto

Il senso di disagio e spaesamento del giurista di fronte ai problemi legati all'arte, primo tra tutti, quello di definire che cosa per "arte" debba intendersi, nodo metodologico preliminare che è necessario affrontare, più o meno gordianamente, per poter poi procedere con il solito, familiare *modus operandi*, è più che comprensibile. La dicotomia tra arte e diritto si fonda, infatti, su argomenti che fanno appello a quel senso comune che, inconsciamente, si attiva di fronte a certe eterne questioni, argomenti che per questo, d'intuito, appaiono ragionevoli e sembrano cogliere alcuni aspetti di verità.

Se il dualismo che si percepisce tra i mondi dell'arte e del diritto ha a che fare con la parte più ancestrale dell'uomo, è vero anche che può identificarsi un particolare momento storico in cui tale perenne tensione ha cominciato ad inasprirsi. Mi riferisco agli anni Sessanta del secolo scorso ed all'avvento dell'arte cosiddetta "post-moderna" o, che dir si voglia, "contemporanea"⁸, anticipata dalle avanguardie moderniste dei primi decenni del Novecento. L'arte post-moderna, imprevedibile nella vorticosa ed incessante evoluzione delle sue manifestazioni, erode le tradizionali categorie espressive dell'arte classica, a tal punto da mettere in crisi il concetto stesso di arte⁹. Di fronte a tale ineffabilità, l'inadeguatezza degli strumenti

⁸ La dicitura "arte post-moderna" viene usata principalmente nei paesi anglo-sassoni, il primo ad usarla è stato forse il critico americano Leo Steinberg nel 1972, mentre "arte contemporanea" viene preferito in Europa continentale. Numerose sono oggi le campagne che hanno ingaggiato una battaglia contro la definizione di "arte contemporanea", accusandone la faziosità e la strumentalizzazione da parte del mercato dell'arte, cfr. *Abolire la definizione contemporanea dai musei*, disponibile all'indirizzo: <http://www3.varesenews.it/blog/labottegadelpittore/?p=10000>, in data 29 novembre 2016.

⁹ Cfr. "You can't say something's art or not art anymore. That's all finished", A.C. Danto, *Dopo la fine dell'arte: l'arte contemporanea e il confine della storia*, Milano, Mondadori, 2008. La funzione provocatoria – "challenging" – dell'arte post-moderna si spinge così in avanti da sfidare l'esistenza stessa del concetto di arte. Prima Marcel Duchamp (modernista già post-modernista), poi Andy Warhol e Roy Lichtenstein hanno incorporato nei loro lavori il mondano, il quotidiano, l'ordinario, relegando sullo sfondo la storia dell'estetica classica e mettendo in primo piano un oggetto prima percepito come unicamente utilitaristico, pratico. Si verifica una sorta di "intenzionamento" di un oggetto preesistente all'artista, che assurge a sua opera nel momento in cui questi se ne impossessa investendolo di tale funzione. Vengono in rilievo a questo proposito le teorie estetiche moderne (si rimanda *infra*, nota 58) che spostano l'attenzione dall'oggetto al soggetto, e poi dal soggetto all'oggetto come "intenzionato", sia pure di molteplici significati. Sul punto, F. Rimoli, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, Cedam, 1992, p. 38, 127, 140.

Speculare all'idea di "fine dell'arte" è quella di "morte dell'arte", elaborata da Hegel nelle sue *Lezioni di estetica* (si veda P. Gambazzi, G. Scaramuzza (a cura di), *Arte e morte dell'arte. Percorso nelle Lezioni di estetica di G.W.F. Hegel*, Milano, Mondadori, 1997). Il concetto di "morte dell'arte", sia pure decontestualizzato rispetto alla collocazione hegeliana, ha informato di sé gran parte delle successive formulazioni estetiche, sia a livello della teoria che della prassi artistica, costituendo uno dei punti di riferimento più significativi di un'intera fase di sviluppo. Con esso, non si è mai voluto intendere una effettiva estinzione dell'arte stessa, piuttosto il trasformarsi di una certa forma d'arte, quella tipica della *Weltanschauung* idealistico-borghese, verso una concezione che si apre alle istanze formative del nuovo secolo e si caratterizza per la prevalenza dell'intento artistico rispetto al risultato, per un nuovo ruolo di primo piano del soggetto che fruisce dell'opera, sulla base della convinzione che l'arte non debba mai farsi

e delle categorie giuridiche create e riconosciute dal diritto diventa sempre più evidente, ed il divario incolmabile.

Come tutto ciò che diventa talmente ovvio da farsi convenzione, il dualismo tra arte e diritto finisce per essere accettato ed imporsi nelle coscienze di ognuno, senza destare troppi dubbi né dare voce a troppe domande. È necessario dunque costringersi ad allontanare l'abitudine e le consuete categorie mentali, per cercare di individuare razionalmente i motivi alla base di questa dicotomia, ed analizzarli con lucidità, al fine di limarne gli estremi e conservarne i tratti significativi.

I molteplici argomenti che alimentano il divario tra arte e diritto possono essere ricondotti in generale a due ordini di motivazioni. Mentre il primo fa leva sull'antitesi tra il carattere ordinante del diritto ed il potenziale sovversivo dell'arte, il secondo pone l'accento sulla completa oggettività dell'uno in contrasto con la piena soggettività dell'altra; entrambe le contrapposizioni sottintendono il presupposto comune secondo cui arte e diritto appartengono a due sfere cognitive ben separate, l'uno alla "vita dell'intelletto", l'altra a quella dell'"immaginazione"¹⁰. E se non è possibile negare una porzione di verità all'idea che intelletto ed immaginazione siano dimora privilegiata rispettivamente del diritto e dell'arte, si deve però riportare l'attenzione all'intero di cui queste due "vite" fanno egualmente parte, che è l'essere umano, *unicum* in cui convivono entrambe le dimensioni, che non sono affatto separate, allora, ma comunicano, si contaminano, diluendo la forza e l'identità delle reciproche caratteristiche distintive, finendo per compensarsi e completarsi a vicenda.

Dunque, si discutano in dettaglio i due principali argomenti, ciascuno nato per opposizione dei suoi termini, che sostengono l'inconciliabilità di arte e diritto, e *a fortiori* l'impossibilità di una definizione di arte valevole ai fini giuridici.

2.1 Il diritto come ordine, l'arte come sovvertimento

Si è sostenuto che l'arte contemporanea possa descriversi come un agire "ontologicamente non normativizzabile a priori [...] ben poco cristallizzabile in un sistema deontologico di tipo giuridico-normativo"; facendo un ulteriore passo in avanti, si potrebbe aggiungere che, nei confronti del sistema giuridico-normativo, l'arte non solo si mostra sfuggente, ma si pone spesso in aperta contraddizione, costituendone in buona sostanza "il momento di più intimo sovvertimento"¹¹.

portatrice di significati precisi, esplicabili cioè mediante strumenti interpretativi didascalici, nonché per una nuova estetica del brutto, riconosciuto come dimensione autonoma e necessaria al bello (vedi S. Givone, *Storia dell'estetica*, Roma-Bari, Laterza, 2008, in generale, ma in particolare p. 83 ss.; T.W. Adorno, *Teoria estetica*, Torino, Einaudi, 2009, in generale, ma in particolare p. 78 ss.). Per una riflessione più attuale sul tema, si veda U. Eco, *Due ipotesi sulla morte dell'arte*, in U. Eco, *La definizione dell'arte*, Milano, Garzanti, 1983.

¹⁰ "[T]he life of imagination is as important to the human adult as the life of intellect", H. Kalven Jr., *The Metaphysics of Obscenity Law*, in 1960 *Sup. Ct. Rev.* 1, 1960, p. 16.

¹¹ F. Rimoli, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, Cedam, 1992, p. 11.

“Il diritto opera creando regole, e l'arte è in qualche modo costretta, per sua natura, a trasgredirle”¹², ragiona l'esperta di *Art law* Amy Adler, riferendosi all'attuale era post-moderna. Da sempre, dunque, sembra che l'arte “si rivolti contro quei concetti essenziali senza i quali la sua stessa esistenza sarebbe impensabile”¹³, ma – si è accennato poco sopra – mai quanto nel periodo storico attuale la rivolta dell'arte sembra aver riportato tanti successi.

Il Post-Modernismo accentua il potenziale destabilizzante dell'arte in tutta la sua forza dirompente, tanto da diventare esso stesso sinonimo di un tipo di arte sovversiva, provocatoria, controversa, disturbante; nonostante lo sconvolgimento dello *status quo* e delle relative certezze sia, da sempre, tratto caratterizzante dell'espressione artistica¹⁴.

Storicamente, allora, il rapporto del potere costituito con l'arte non avrebbe potuto assumere altra forma se non quella della censura, del limite alla sua libertà. E se l'intento di coercizione, legittimo solo in regimi totalitari o dittatoriali, non è sempre stato esplicito, è stato certamente sotteso, essendo irresistibile l'impulso a controllarla, strumentalizzarla, indirizzarla, per timore della sua intima natura di minaccia all'ordine e alla stabilità¹⁵. Cambiando prospettiva, è innegabile non imputare all'arte un atteggiamento di assoluta intollerabilità alle costrizioni politiche che è stato insieme effetto e causa delle persecuzioni di cui è stata vittima.

¹² “Law works by creating rules, and art is somehow bound-up in the transgression of those same rules”. Sono le parole della Professoressa Amy Adler, durante una classe del corso di *Art law*, New York University, School of Law, *Spring Semester* 2013.

¹³ T.W. Adorno, *Teoria estetica*, cit., p. 465: l'arte “revolts against its essential concepts while at the same time being inconceivable without them”.

¹⁴ Cfr. Habermas: “Modernity revolts against the normalizing functions of tradition; modernity lives on the experience of rebelling against all that is normative”, J. Habermas, *Modernity – An Incomplete Project*, in H. Foster (a cura di), *The Anti-Aesthetic: Essays on Postmodern Culture*, 4, 1983, p. 5:

¹⁵ In un rapidissimo e sommario *excursus* cronologico, si pensi già a Platone, che considerava l'arte così potente da dover essere bandita dalla Repubblica ideale se non poteva essere controllata dai filosofi; alla dittatura nazista, che si riferiva a tutte quelle forme d'arte che non si conformavano alla sua ideologia come “arte degenerata” (*entartete kunst*); al regime sovietico in Russia; al governo comunista in Cina (sono note ormai a livello internazionale le tristi vicende repressive di cui è tuttora vittima il famoso artista Ai Wei Wei). Si rimanda a S. Nahmod, *Artistic Expression and Aesthetic Theory: The Beautiful, the Sublime, and the First Amendment*, 1987 *Wis. L. Rev.* 221, 1987, p. 224 n. 12-227; M.A. Hamilton, *Art Speech*, cit., in generale, ma in particolare p. 76 e pp. 96-101; E.J. Eberle, *Art as Speech*, in 11 *J. L. & Soc. Change* 1, 2007-2008, pp. 14-17.

Per una disamina dei molti casi di arte messa al bando dal giudice, anche fuori dalle esperienze di devianza dell'ordinamento appena ricordate, si vedano A. Young, *Judging the Image, Art, Value, Law*, London-New York, Routledge, 2005; Id., *Piss Christ on Trial: Disgust, Obscenity and Transgression*, in D. McClean (a cura di), *The Trials of Art*, Ridinghouse, 2007, p. 307 ss.; B. Demarsin, E.J.H. Schrage, B. Tillemann, A. Verbeke, *Art & Law*, Die Keure, 2008. Per la maggior parte dei casi, effetti di censura sortiscono a seguito di giudizi basati sul contenuto di certe opere d'arte considerate a carattere osceno (si rimanda *infra*, cap. V). Mi riferisco, ad esempio, alla controversia *NEA v. Finley*, alla vicenda giudiziaria che ha riguardato la retrospettiva di Robert Mapplethorpe, allo scandalo provocato dalla mostra *Sensation: Young British Artists from Saatchi Collection* aperta alla Royal Academy a Londra nel 1997, poi portata a Berlino e New York. Si vedano C.L. Newman, *Eyes Wide Open, Minds Wide Shut: Art, Obscenity, and the First Amendment in Contemporary America*, in 53 *DePaul Law Review* 121, 2003-2004; G. Vassall-Adams, *Robert Mapplethorpe: The Perfect Moment*, in D. McClean (a cura di), *The Trials of Art*, cit., p. 289 ss.

L'arte, anche in un sistema democratico, continua a voler essere controllata, censurata, imbavagliata dal potere per il suo carattere sovversivo. Eppure, l'arte è essenziale in una democrazia proprio *perché* può essere sovversiva¹⁶. Il motivo principale di questa contraddizione risiede nella natura stessa dell'arte, che presenta una duplice lettura. L'arte è potente e pericolosa al tempo stesso: la ragione che ci spinge a rifiutarla è la stessa per la quale dovrebbe esserle accordata la più completa protezione ed un'immunità assoluta dalle interferenze dell'autorità. Forza che insidia il punto di vista convenzionale e sfida lo *status quo*, diviene strumento per far evolvere la società. Con il suo ruolo di contrappeso, testa continuamente la validità, l'attualità e l'effettiva rispondenza al corpo sociale delle regole cui è sottoposto, ed evita in tal modo che la regola si tramuti in ideologia, si faccia dogma, fisso ed immutabile, freno del cambiamento. "Art is an ever-present irritant to the social and legal system"¹⁷, e proprio in virtù di questa sua funzione, meriterebbe la più stringente tutela costituzionale¹⁸.

Proponendo un confronto piuttosto condivisibile tra libertà dell'arte e libertà di religione¹⁹, molti autori sostengono che questi due diritti che insieme proteggono le sfere vitali della libertà personale svolgono un ruolo cruciale nel garantire il pieno significato del Primo Emendamento, che è quello di assicurare la libertà individuale contestualmente ad un sistema di democrazia rappresentativa²⁰.

2.2 L'oggettività del diritto e la soggettività dell'arte

Ad un secondo ordine di motivazioni a favore del dualismo tra arte e diritto, si possono ricondurre le idee di coloro che, sulla scorta di una visione di influenza illuminista che divide in maniera manichea il soggetto dall'oggetto, immaginano arte e diritto come ai due poli opposti di una linea, i cui estremi corrispondono a totale soggettività e completa oggettività. Anche con questo argomento si rischia di inquadrare facilmente la questione in stereotipi semplificanti, tesi a ridurre la complessità del reale con il preteso scopo di una migliore comprensione; si cerchi di ridimensionare, allora, la portata del paradosso costituito dall'antitesi soggettività/oggettività.

¹⁶ "[T]he very thing that often provokes censorship of art is the very thing that ought to *invoke* First Amendment protection for it", A. Adler, *The Art of Censorship*, in 103 *W. Va. L. Rev.* 205, 2000, in generale, ma in particolare p. 208; E.J. Eberle, *Art as Speech*, *cit.*; M.A. Hamilton, *Art Speech*, *cit.*

¹⁷ M.A. Hamilton, *Art Speech*, *cit.*, p. 91.

¹⁸ *Id.*, p. 78; A. Adler, *The Art of Censorship*, *cit.*

¹⁹ Il confronto con il concetto di religione viene sviluppato da molti autori. *E.g.*, M.A. Hamilton, *Art as Speech*, *cit.*; C.H. Farley, *Judging Art*, *cit.*; E.J. Eberle, *Art Speech*, *cit.*; M.V. Tushnet, *Art and the First Amendment*, *cit.*

²⁰ Si rimanda *infra*, cap. III.

2.2.1 L'arte non equivale a soggettività

Accostare all'arte la qualifica "soggettiva" significa porre l'accento, da un lato, sull'imprescindibilità di una soggettività creatrice che la produca, e dall'altro, sulla piena soggettività della sua fruizione. Di converso, se esiste un'arte soggettiva, dovrebbe potersi parlare anche di un'arte oggettiva, intesa sia come il risultato di una serie di regole di genere e di stile, in piena coincidenza con la sua etimologia greca (τέκχνη), sia come opera che si caratterizza per l'universalità della sua recezione, capace di avere sui fruitori un effetto indipendente dalla loro individualità e dal contesto culturale e sociale in cui si trova.

Alla luce delle esperienze storiche, si comprende che ha ben poco senso e utilità far risaltare soltanto l'uno o l'altro di questi due aspetti, ugualmente imprescindibili nel lavoro di un artista.

È chiaro, allora, che, nell'ambito delle arti, il muro che dovrebbe separare la dimensione oggettiva da quella soggettiva si sgretola senza troppa difficoltà. L'argomento per cui l'arte si identificherebbe interamente con una componente soggettiva viene meno sia che si osservi il momento della creazione che quello della fruizione. Per quanto riguarda il processo di creazione, l'opera non può essere considerata solo come frutto di una indefinibile genialità del suo artefice, o solo come materia sensibile cui è stata applicata una tecnica ed un mestiere: il prodotto artistico è unione dell'apparire sensibile e dell'idea che in esso si media, senza però che l'uno possa avere il sopravvento sull'altra. Dal punto di vista della fruizione, si consideri come ciascuna reazione di fronte ad un'opera sia del tutto personale, ma allo stesso tempo è altrettanto vero che, almeno in un medesimo contesto sociale e culturale, in cui si è influenzati dagli stessi modelli, la risposta di un individuo sarà molto simile a quella di un altro.

Veniamo adesso a confutare l'idea per cui il diritto sarebbe sinonimo di pura oggettività.

2.2.2 Il diritto non equivale ad oggettività

Il diritto, che nel continente americano si identifica essenzialmente con un diritto di matrice giurisprudenziale, può dirsi legato al requisito dell'oggettività specialmente se si adotta il punto di vista di quegli atteggiamenti formalistici²¹ che continuano a sostenere la teoria dichiarativa, secondo cui il compito del giudice è

²¹ "Tentare di definire i concetti giuridici, le parole del diritto senza fare riferimento alcuno al contesto o allo scopo in cui rientrano è ciò che viene definito come formalismo o concettualismo", H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, trad. it. M. Cattaneo (a cura di), *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, p. 126.

limitato ad individuare e dichiarare il contenuto implicito ma oggettivamente dato della norma²².

La teoria dichiarativa, tuttavia, può dirsi oggi abbandonata dalla maggioranza dei giuristi, essendosi fatta strada l'idea per cui l'attività interpretativa del giudice non può identificarsi con un mero procedimento logico-deduttivo in senso scientifico. Il giudice Holmes già nel 1897 era convinto che fosse un errore guardare al diritto come ad un sistema logico simile alla matematica: “[t]hrough use of the logical method is a crucial part of legal training, the application of it does not lead to certainty in law, because such factors as ‘competing legislative grounds’, community practices, and social policies will always play a role in judicial decision-making”²³. Le decisioni giudiziali, dunque, non sono vere o false, ma solo l'esito di una scelta più o meno corretta tra diverse alternative possibili. Questa scelta, riprendendo le parole sopra citate di Holmes, non si basa solo su un metodo logico dipendente esclusivamente dal testo, anzi, le argomentazioni dei giudici rivelano che, soprattutto quando si devono interpretare disposizioni costituzionali indeterminate, il cui significato ha un'alta componente normativa o valutativa, i fattori da tenere in considerazione sono più che altro i valori sociali, politici, morali sottostanti (*policies*). “Different people apply the terms differently, not because some misuse the language, but because the full meaning of each term depends upon a background network of philosophical values and assumptions that is itself disputable”²⁴. Le scelte dei giudici diventano necessariamente scelte di valore, che misurano i diversi interessi concorrenti, nel momento in cui devono interpretare il tessuto *open-ended*, o *open-textured*, della Costituzione²⁵.

²² Seppure la concezione ristretta del potere del giudice, ad uno sguardo superficiale, sembra ricollegarsi più propriamente alla tradizione di *civil law*, con la sua figura di giudice mero esecutore, *bouche de la loi*, anche nella cultura di *common law* è stata storicamente delineata una simile figura, nella contrapposizione tra giudice *law-maker* e *law-finder*. Si veda Lord Devlin, *Judges and Lawmakers*, in 39 *Modern Law Review* 1, 1976, che contrappone una creazione di diritto “attiva”, che innova rispetto alla legge (almeno temporaneamente) perché percepisce un cambiamento nei fattori sociali che non ha ancora ricevuto una sufficiente trasposizione nel sistema legislativo, ed una creazione di diritto “dinamica”, destinata a generare un cambiamento nel consenso sociale, a guidare l'opinione pubblica. Considerato il ritmo crescente del cambiamento sociale e la limitata capacità del legislatore di reagirvi, come pure il linguaggio aperto di molte norme giuridiche, gli adattamenti delle leggi esistenti alle mutate circostanze devono essere considerati come una delle funzioni essenziali del potere giudiziario; al contrario, Devlin disapprova la creazione di diritto dinamica, sostenendo fermamente che cercare di generare un nuovo consenso sociale, portando la società in una direzione prima che la società stessa sia pronta ad accettarla, non dovrebbe mai costituire una funzione dei giudici.

In generale (ma non è sempre così: Bickel, ad esempio, propone di consentire ai giudici di anticipare ma non troppo le future evoluzioni della società; ancora, altre teorie vorrebbero vedere i tribunali tracciare la via nelle riforme socio-economiche), ciò su cui le due opposte concezioni sul ruolo del giudice si trovano d'accordo, o su cui dovrebbe essere più facile trovare un terreno comune, è che il ruolo creativo del giudice venga inteso come adattamento del diritto ai convincimenti sociali, e non come formazione di tali convincimenti prima che siano accettati dalla società stessa.

²³ O.W. Holmes Jr., *The Path of the Law*, in 10 *Harv. L. Rev.* 457, 1897, p. 466.

²⁴ *Id.*

²⁵ Cfr. R. Fallon Jr., *A Constructive Theory*, in 100 *Harv. L. Rev.* 1189, 1987, p. 1204: “Every now and then, of course, courts assert that value choices are never for them to make but are solely the domain of the political branches. However, protestations of this kind are simply not credible. Value arguments are

Dunque, gli atteggiamenti formalistici puri, che vedono il diritto come un'attività esclusivamente oggettiva, possono considerarsi superati e può dirsi generalmente accolta nelle esperienze giuridiche di *common law*, ma anche in quelle continentali, l'idea che la scelta tra le diverse possibili soluzioni interpretative di una disposizione, specialmente costituzionale, non consiste in un'operazione puramente tecnica, ma si sostanzia anche e soprattutto in una scelta di valore, politica. Nonostante questo, si assiste comunque al perdurante tentativo di ancorare l'interprete, specie quello costituzionale, al dato normativo, adducendo lo scopo di una più efficace tutela dei diritti fondamentali. Interessante a questo proposito notare come le correnti formalistiche non avevano, in realtà, mai trovato un vero seguito nell'ordinamento statunitense (basti ricordare le parole di Holmes del 1897 per convincersi che non si sono mai imposte in maniera decisiva), eppure si è oggi testimoni di un ritorno al formalismo, che rinasce più forte di prima. Mentre negli Stati Uniti, allora, si sente sempre più il bisogno di trovare una struttura²⁶, in Italia ci si trova di fronte al percorso inverso: se prima prevaleva decisamente il formalismo, negli ultimi tempi, pur mantenendo, com'è ovvio, la necessità di ancoraggio al dato normativo, si viene riconoscendo sempre maggiore libertà all'interprete.

Insomma, ciò che deve dedursi da questa lunga digressione sul ruolo dell'interprete di fronte al diritto, è l'assurdità della pretesa di marcare una netta distinzione tra dimensione soggettiva ed oggettiva. È appurato ormai che nel diritto, come nell'arte, l'attività dell'interprete di fronte a un testo, come quella di un fruitore di fronte ad un'opera, si compone inevitabilmente di elementi oggettivi come di elementi soggettivi²⁷. Così Fiss, secondo il quale “[i]nterpretation [is neither

even more prominent; indeed, they enjoy almost total predominance, in much of the most respected modern constitutional scholarship”.

²⁶ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, in cui l'autore tenta di circoscrivere le scelte di valore compiute dai giudici ritenendo che in astratto esista sempre una risposta corretta se si seguono le regole di diritto (*rules*), ed anche nel caso in cui queste non siano complete e si renda necessaria la creazione di nuove regole da parte del giudice, quest'ultimo può comunque ricavare la regola dai principi dell'ordinamento (*principles*), che dunque controllano e limitano la discrezionalità del giudice anche in assenza di una risposta direttamente derivabile dalle *rules*. Per approfondire la distinzione tra *rules* e *principles* e collocarla nel contesto dottrinale attuale, si rimanda *infra*, cap. II, nota 15. Per una critica a Dworkin e a tale distinzione, si rimanda, tra gli altri, a G.C. Christie, *The Model of Principles*, in *Duke L. J.* 649, 1968; Id., *Objectivity in the Law*, in *78 Yale L. J.* 1311, 1968-1969, in particolare p. 1316 (“the position that rules are the actual content of law, rather than a means of understanding it, is untenable because there are any number of the so-called rules which logically can be constructed out of any given number of cases, and there is no authoritative statement of which is correct”). Tornando a coloro che sostengono la necessità di controllare il soggettivismo degli interpreti identificando un metodo oggettivo di argomentazione giuridica sulla base dell'assunto per cui il diritto è composto da regole, si vedano ancora, tra i numerosissimi esempi di letteratura sul punto, H. Hart, *The Legal Process*, che si riferisce alla necessità di una “reasoned decision”; Id., *Foreword: The Time Chart of the Justices, The Supreme Court, 1958 Term*, in *73 Harv. L. Rev.* 84, 1959, p. 125 (“reason is the life of the law”); Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, che spinge verso la ricerca di principi neutrali per il giudizio riguardante questioni costituzionali.

²⁷ Sul dibattito tra oggettività e soggettività dell'interpretazione, la letteratura è vastissima. Si vedano, tra gli altri, G.C. Christie, *Objectivity in the Law*, *cit.*; O.M. Fiss, *Objectivity and Interpretation*, in *34 Stan. L. Rev.* 739, 1982, p. 744, secondo cui di fronte alla soggettività dell'interprete, diventa dirimente individuare, da un lato, le *disciplining rules*, che limitano l'interprete e formano gli *standards* alla cui

a wholly discretionary nor a wholly mechanical activity. It] is a dynamic interaction between reader and text. [...] It is an activity that affords a proper recognition of both the subjective and objective dimensions of human experience²⁸.

L'interpretazione come esperienza oggettiva e soggettiva

L'oggettività nell'interpretazione viene definita da Robert Bennett, posta l'inevitabilità del ricorso agli argomenti di valore, come il ricorso a "fonti di decisione esterne ai principi ed ai valori propri di chi decide"²⁹.

Quello che pare inevitabile è che per intraprendere qualunque attività interpretativa servano regole. "Ogni interpretazione, ogni argomento costituzionale deve dipendere almeno implicitamente da un impianto teorico di principi, norme, o convenzioni³⁰ che fornisca i parametri per stabilire se quell'interpretazione o quell'argomento sono buoni o plausibili"³¹. La condivisibilità dei metodi interpretativi dei giudici costituzionali è elemento fondamentale da cui dipende la loro legittimazione; pare imprescindibile, dunque, una presunzione di esistenza e validità di un sistema di regole e principi, di fatto creato dagli stessi giudici nella pratica costituzionale, a cui i loro argomenti si appigliano, e che si pone a livello pattizio come fonte legittimante il loro operato³².

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo dell'interpretazione, invece, si può dire che risieda nella discrezionalità dell'interprete. Quest'ultimo, in quanto giudice ed in quanto uomo, porta con sé la sua biografia, il suo bagaglio culturale, le sue personali preferenze³³. La discrezionalità del giudice è al cuore del dibattito costituzionale statunitense, o meglio, i limiti di tale discrezionalità, posto che il potere creativo del giudice è un dato ineliminabile del sistema. La discussione trova negli Stati Uniti i suoi toni più accesi ed i suoi sviluppi più interessanti non solo perché fa parte della tradizione di *common law*, ma specialmente per il ruolo forte

stregua deve essere giudicata la correttezza dell'interpretazione, e, dall'altro, la comunità degli interpreti che riconosce queste regole come effettive.

²⁸ O.M. Fiss, *Objectivity and Interpretation*, cit., p. 739.

²⁹ R.W. Bennett, *Objectivity in Constitutional Law*, 132 *U. PA. L. REV.* 445, 1984, p. 447, definendo l'oggettività nel diritto costituzionale in termini di "sources for decision external to the decider's own [...] standards or values" anche se tali fonti esterne non sono autoritative nel senso di determinare una risposta corretta ad un quesito costituzionale.

³⁰ Un uso interscambiabile dei termini "principi", "regole", "norme", "convenzioni" sacrifica la precisione che potrebbe aversi con una rigida aderenza alla distinzione tra "regole", che se applicabili devono essere osservate, e "principi", o "norme", che possono essere soppesati con altri fattori altrettanto rilevanti per la decisione (si veda *infra*, nota 38). Nell'usare indiscriminatamente i termini, si intende qui dare enfasi a ciò che hanno in comune: "they all are publicly storable guides to conduct that are capable of giving structure to a practice and of supporting judgments that conduct and arguments are intelligible or unintelligible, appropriate or inappropriate, good or bad, or right or wrong", R.H. Fallon Jr., *A Constructive Theory*, cit., p. 1232.

³¹ O.M. Fiss, *Objectivity and Interpretation*, cit., p. 754: "The correctness of any interpretation is relative to a set of standards"; F.I. Michelman, *Justification (and Justifiability) of Law in a Contradictory World*, in 28 *Nomos: Justification* 71, J. Pennock & J. Chapman, 1986, p. 72.

³² Si veda, in generale, R.H. Fallon Jr., *A Constructive Theory*, cit., in particolare p. 1234 ss. Cfr. M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984.

³³ Cfr. B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, Bologna, Il Mulino, 2009.

che sceglie di affidare ai giudici³⁴. Tanta apprensione avrebbe meno senso in Europa, dove storicamente, come eredità della lotta contro l'assolutismo regio, si diffida del potere giudiziario e lo si cerca di circoscrivere e limitare, sottomettendolo alla supremazia del legislativo³⁵.

Il dibattito sui limiti della creatività del giudice rientra, a sua volta, nel problema più ampio dell'interpretazione della legge costituzionale. Non si intende, certo, dare conto in questa sede della vastità di un simile dibattito; più semplicemente, si menzionino quei profili funzionali a dotarci degli strumenti necessari per la nostra indagine successiva, riguardante il modo di procedere e di argomentare dei giudici di fronte a casi riguardanti la materia artistica.

Innanzitutto, si può tracciare la grande distinzione tra dottrina statica e dottrina dinamica dell'interpretazione³⁶: la prima, ispirata ai valori della stabilità della disciplina giuridica, della certezza del diritto, della prevedibilità delle decisioni giudiziarie, raccomanda agli interpreti di praticare una interpretazione stabile, fissa,

³⁴ “Nessun altro paese del mondo conferisce al giudiziario un potere paragonabile a quello che gli è conferito da noi”, scrivevano Frankfurter e Landis nel 1928 (F. Frankfurter, J.M. Landis, *The Business of the Supreme Court*, 1928, come citato in U. Mattei, *Common Law*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 21), ma già anche Alexis De Tocqueville, nei suoi due volumi de “La democrazia in America”, il primo pubblicato nel 1835, il secondo nel 1840, affermava come non vi fosse questione politica in America che non si risolvesse prima o poi in una controversia giudiziaria, argomentando così questa sua affermazione: in America “il giudice è dotato di un potere immenso, che i giudici degli altri paesi del mondo non hanno”, e questo è dovuto al fatto che “gli americani hanno riconosciuto ai giudici il diritto di fondare le loro sentenze sulla Costituzione piuttosto che sulle leggi. In altri termini, hanno loro permesso di non applicare quelle leggi che ritengono incostituzionali [...] Gli americani hanno dunque affidato ai loro tribunali un immenso potere politico [...] che forma ancora una delle più forti barriere che mai siano state elevate contro la tirannide delle assemblee politiche [...] ma obbligandoli ad attaccare le leggi solo con mezzi giudiziari, hanno molto diminuito i pericoli di questo potere”, A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, a cura di G. Candeloro, Milano, Biblioteca Universale Rizzoli, 1992, pp. 101-105.

³⁵ Infatti, se negli Stati Uniti il giudice assumeva il ruolo del liberatore di fronte all'oppressione del parlamento inglese, viceversa il giudice europeo era visto come un funzionario del re, ed un ausiliario della sua tirannia, mentre era il parlamento, in quanto espressione della sovranità nazionale, ad apparire come il vero difensore dei diritti di libertà.

La diffidenza nei confronti del potere giudiziario, ereditata dalla rivoluzione francese (basti pensare all'istituto del *référé législatif*, in virtù del quale si affidava al potere legislativo il compito ultimo di interpretare un testo di legge oscuro, definitivamente abrogato solo nel 1837) è forte anche negli ordinamenti che introducono la giustizia costituzionale a seguito di un processo di democratizzazione, nei quali spesso la magistratura ordinaria, in ossequio al principio di continuità, resta composta da giudici formati e selezionati nel precedente ordinamento non democratico.

D'altra parte, anche laddove tale diffidenza non è stata tanto forte da escludere in radice il controllo diffuso, come è avvenuto nei paesi scandinavi, l'esperienza pratica ha mostrato la timidezza del potere giudiziario e la sua ritrosia allo svolgimento del sindacato di costituzionalità, al punto che questa competenza è stata utilizzata, al di là delle prime sentenze che in ogni ordinamento ne hanno riconosciuto l'esistenza, con grande parsimonia.

In definitiva, sul continente europeo si rifiuta l'elemento caratteristico del modello statunitense, ovvero il suo carattere diffuso. Tale rifiuto avviene in nome del cosiddetto privilegio del legislatore: la legge, il prodotto del parlamento, organo rappresentativo, non può essere affidata ai giudici di carriera, ma deve avere un suo giudice speciale, diverso dalla magistratura ordinaria, connotato da una particolare sensibilità politica che deriva dalla sua composizione, sulla quale incidono gli organi politici.

³⁶ R. Guastini, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in 1 *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 743 ss.

diacronicamente costante; la seconda, ispirata, invece, al valore dell'adattamento continuo del diritto alle esigenze della società, incoraggia gli interpreti ad adattare il significato del testo alla luce delle circostanze. Alla prima concezione si lega la teoria originalista, che sostiene prevalentemente il metodo letterale di interpretazione, la seconda invece adotta la nozione di costituzione vivente, insieme ad un'interpretazione di tipo evolutivo.

Di fronte ad eventuali lacune del testo costituzionale, gli originalisti affermano che il testo costituzionale vale per quel che dice, e non può essere forzato per dare copertura a casi che mai furono nella mente dei costituenti. Quello che il costituente non ha scritto, non ha deciso.

La teoria dell'interpretazione come costituzione vivente, invece, nella stessa situazione, credendo che se i padri fondatori si trovassero di fronte alle pressioni dei casi di oggi, essi stessi ne detterebbero la disciplina, ritiene giusto che gli interpreti traggano dalla Costituzione la risposta adeguata a quei casi, anche se su di essi la Costituzione non dice.

Si può dire che i due opposti fronti del dibattito riflettono due diverse concezioni del potere del giudice e del suo ruolo all'interno del sistema statunitense, nonché due diverse visioni della costituzione che deve essere interpretata.

Il giudice Breyer, che aderisce all'idea di una costituzione vivente, nella sua famosa conversazione con il giudice Scalia³⁷, originalista per eccellenza, sostiene di concordare con il suo interlocutore su quale debba essere il ruolo del giudice, cioè applicare la legge, rinvenendo la vera causa del loro disaccordo nell'importanza da dare alle regole esplicite che disciplinano l'attività decisionale. Il dibattito si ridimensiona, ponendosi nei termini di una contrapposizione tra regole e principi generali (*rules v. standards*)³⁸: se una regola è troppo indeterminata, può lasciare al giudice la possibilità di sostituire la sua visione soggettiva alla visione oggettiva del legislatore; se invece una regola è troppo rigida, così tanto da non poter essere adattata alle circostanze, si produce un diritto separato dalla vita. Nessuno si augura né che il giudice imponga attraverso la decisione la propria visione soggettiva né che il diritto risulti separato dalla situazione oggettiva delle cose: la differenza è che alcuni credono che il primo costituisca il pericolo maggiore, altri credono invece che il rischio più grande sia il secondo. Non c'è una "soluzione magica"³⁹ al problema: entrambi gli schieramenti richiamano le opposte conseguenze per supportare il metodo di interpretazione che preferiscono.

Dunque, la discrezionalità del giudice è un dato essenziale, insormontabile ai fini dell'interpretazione costituzionale; tuttavia, non si può tacere del rischio per i giudici di abusare di tale potere e divenire fonte di diritto incontrollata, col risultato

³⁷ N. Dorsen, *A Conversation Between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, Oxford University Press and New York School of Law, 2005.

³⁸ Si rimanda *supra*, note 26-30, e *infra*, cap. III, nota 15. Il contrasto tra Scalia e Breyer rispecchia la distinzione tra regole e principi: "[a] rule, if it applies to a situation, must be obeyed. By contrast, principles can apply to a situation yet be outweighed by other, competing principles". Si veda R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 22-28; ma anche, Kennedy, *Form and Substance in Common Law Adjudication*, 89 *Harv. L. Rev.* 1685, 1976, pp. 1687-1701.

³⁹ N. Dorsen, *A Conversation Between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, cit., p. 539.

di venire delegittimati dall'ordinamento stesso entro il quale operano. Se non può essere trascurato il pericolo di cadere in balia della volontà concreta dell'interprete, e dunque del soggettivismo, se non dell'arbitrio, dei singoli giudizi, non si può con altrettanta superficialità ricorrere alla drastica soluzione di negare *in toto* la discrezionalità dell'interprete, necessaria a garantire il principio cardine di ogni comunità giuridica che è lo sviluppo nella continuità. L'alternativa realistica, quindi, non è tra costituzione fissa o costituzione vivente, ma tra giudici che si lasciano guidare nella scelta dei propri argomenti da proprie preferenze personali o giudici che utilizzano criteri razionali di selezione⁴⁰.

3. Alle origini della diffidenza della cultura americana verso l'arte

Sulla base delle convinzioni appena ridimensionate intorno alla insuperabile incompatibilità tra arte e diritto, giuristi, da una parte, ma anche artisti, dall'altra, hanno rivendicato la rispettiva autonomia delle proprie sfere di competenza, insieme ad una reciproca ed assoluta estraneità e non interferenza tra le discipline.

Nella cultura americana, "si è da sempre finto che arte e diritto non avessero alcunché da spartire l'una con l'altro"⁴¹. L'influenza della fede religiosa dominante alle origini degli Stati Uniti d'America – il Protestantesimo, specialmente nelle forme di Luteranesimo e Calvinismo – ha contribuito a fondare l'atteggiamento tutto americano di indifferenza verso il valore sociale dell'arte. Al contrario del diritto, ritenuto pilastro fondante della società, l'arte, considerata questione essenzialmente privata⁴², non si vedeva riconosciuta alcuna funzione nella sfera pubblica. L'indifferenza, tuttavia, deve dirsi reciproca ed alimentata, o almeno non combattuta, da un certo atteggiamento di auto-esclusione degli artisti, che, relegati ai margini dall'opinione generale, hanno finito per auto-emarginarsi nella loro torre d'avorio.

Nelle prime decisioni in materia artistica, la Corte Suprema federale ammetteva una vasta censura cinematografica perché, a suo dire, le pellicole avrebbero potuto essere "used for evil"⁴³. In verità, nella originaria visione puritana, all'arte non veniva nemmeno concesso di essere trattata alla stregua di un male da estirpare, piuttosto puro ornamento, frivolezza, passatempo piacevole ma niente affatto essenziale, che mai avrebbe dovuto spingersi fino a distogliere l'uomo di fede dalla sua principale mansione e missione nella vita, che era servire Dio⁴⁴. Nel corso del tempo, i ripetuti attacchi che prima l'arte moderna d'avanguardia e poi quella post-

⁴⁰ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 406.

⁴¹ L. Harmon, *Law, Art, and the Killing Jar*, in 79 *Iowa L. Rev.* 367, 1994, p. 368.

⁴² Cfr. Z. Chafee, *Book Review*, in 62 *Harv. L. Rev.* 891, 1949, pp. 899-900, in cui critica Meiklejohn per aver distinto un discorso pubblico da un discorso privato e non aver incluso in quello pubblico l'arte e la letteratura.

⁴³ *Mutual Film Corp. v. Industrial Comm'n of Ohio*, 236 U.S. 230 (1915).

⁴⁴ Sul punto si veda, in generale, D. Morgan, *The Protestant Struggle with the Image*, in 106:10 *Christian Century* 308, 1989.

moderna si sono auto-inflitte non hanno fatto altro che aggravare la tendenza puritana a ridicolizzare il contributo dell'arte al discorso pubblico. In una auto-referenzialità sempre più marcata, il mondo dell'arte ha cominciato a parlare di sé rivolgendosi a sé, mostrandosi sempre più inaccessibile alla generalità del pubblico⁴⁵, a partire dal dadaismo di Duchamp, l'arte astratta di Brancusi, passando per l'arte pop di Warhol, fino all'appropriazionismo di Richard Prince e Jeff Koons⁴⁶.

La giurisprudenza della Corte Suprema sfavorevole all'arte oscilla, allora, tra queste due nozioni, quella di un'arte come puro *entertainment*, a cui fatica a riconoscere un valore significativo per la società, poiché non contiene elementi espressivi sufficienti, dunque non merita la tutela costituzionale⁴⁷, contrapposta ad un'arte che diventa oscenità, male da estirpare, assalto ai sensi dei fruitori che deve essere censurato⁴⁸.

Queste due visioni dell'arte, che quasi sembrano contraddirsi a vicenda, rappresentano in realtà le due facce di una stessa moneta, con la quale veniva pagata la sua marginalizzazione. Sia che venga giudicata inutile, auto-indulgente, persino decadente, sia che venga temuta come forza potente e pericolosa⁴⁹, il fine rimane il medesimo, quello di ostracizzare gli artisti e censurare i loro lavori.

Questo duplice risalente approccio all'arte giunge fino ai giorni nostri e diventa uno dei fronti del dibattito culturale e politico più recente, quello che ha dato vita ai

⁴⁵ Alcuni hanno parlato in questo senso di "morte dell'arte" (vedi *supra*, nota 9). In realtà, abbiamo visto come sembri più appropriato ricavare da questo concetto la prova che nemmeno l'arte stessa è immune dalla sua capacità di sovvertire lo *status quo*.

⁴⁶ Jeff Koons, molto famoso a livello mediatico, a seguito anche della sua relazione con la pornostar Cicciolina a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta, ha esordito come appropriazionista. Richard Prince, in *Untitled (Cowboy)* (1989) fotografa un'immagine di Sam Abell scattata nel 1980 per la campagna pubblicitaria Marlboro Man. Sherrie Levine con *After Walker Evans. 1980*, replica lo stesso procedimento di Prince, fotografando certe tradizionali fotografie di Walker Evans da un libro di storia dell'arte aggiungendovi la propria firma. Il processo dell'arte appropriazionista non è dissimile da quello di Duchamp e dei suoi *readymades*: l'artista usa oggetti o immagini per quello che sono, tale appropriazione acquista valore come gesto performativo, che consiste nello scegliere proprio quell'oggetto o quell'immagine (e non altri) e nel ridisporlo o ricontestualizzarlo. Lo scopo degli appropriazionisti è quello di ridare senso alle immagini: il cowboy di Prince è una copia (fotografia) della copia (pubblicità) di un mito (il cowboy) (così la descrizione sul sito del Metropolitan Museum of Art: <http://www.metmuseum.org/toah/works-of-art/2000.272#ixzz1DmXtZFez>, come consultato in data 29 novembre 2016) e questa infinita ripetizione rispecchia quel senso di vacuità che Sherrie Levine descrive: "the pictures [...] are really ghosts of ghosts"); come allora ridare senso a queste immagini? L'appropriazione offre agli spettatori un'occasione per vedere la fotografia come percepita dall'artista ed un'occasione per ridare vita ad un'immagine altrimenti dimenticata, già vista.

Cfr. W. Benjamin, *The Work of Art in the Age of Mechanical Reproduction*, London, Penguin Great Ideas, 2008.

⁴⁷ Si veda, e.g., il caso *Mutual Film Corp. v. Industrial Comm'n of Ohio*, citato poco sopra, nota 43, e ripreso *infra*, capitolo III, paragrafo 2.

⁴⁸ Si veda *infra*, cap. V.

⁴⁹ Si veda *supra*, paragrafo 2.1.

tristemente famosi episodi della cosiddetta “guerra tra culture” (*culture wars*)⁵⁰, il cui picco si esaurisce nel decennio tra la fine degli anni Ottanta e Novanta. Lo scontro si consuma tra una visione di influenza puritana, dove l'arte viene avvertita in tutta la sua pericolosità o minimizzata e relegata alla sfera intima, ed una nuova prospettiva, ormai ben consapevole del valore dell'arte come spinta evolutiva della società. Le due opposte visioni sono talmente radicate nell'opinione pubblica americana che non possono non finire per riflettersi anche nell'approccio del sistema giuridico alle questioni artistiche e segnare, allo stesso modo, la giurisprudenza della Corte Suprema in materia⁵¹.

All'interno della Corte, gli scontri culturali assumono la forma di dispute sull'interpretazione costituzionale⁵²: una visione più o meno puritana dell'arte lascia propendere per un'interpretazione più o meno restrittiva del concetto di *speech* protetto dal Primo Emendamento. La scelta da parte dei giudici del metodo di interpretazione – come si è detto poco sopra, scelta di valore – dipenderà dall'esito del bilanciamento degli interessi sottostanti la norma costituzionale con gli interessi statali intervenuti a regolare l'espressione artistica, ovvero dal valore che si considera avere maggior peso e che si intende implementare con la decisione.

4. L'incontro di arte e diritto

Si è fatto riferimento, alla fine del paragrafo precedente, ad una giurisprudenza della Corte Suprema alle prese con la materia artistica. Si è parlato anche di arte messa al bando dal potere. Insomma, se il discorso viene calato nel contesto storico, appare evidente l'impossibilità di continuare a sostenere una assoluta non interferenza tra arte e diritto. Di fronte al dato storico e fenomenologico, le due discipline non appartengono affatto a mondi separati, trovandosi, loro malgrado, a dover “avere a che fare l'una con l'altra”⁵³ con più frequenza e varietà di quanto si pensi.

Il lavoro degli artisti ed il loro risultato restano spesso impigliati nelle maglie della rete di regole tessuta dal diritto per disciplinare la convivenza sociale. Le opere d'arte, anche se hanno natura peculiare, vivono nel mondo reale e devono confrontarsi con le sue dinamiche: nel mondo hanno bisogno di essere collocate, classificate, identificate, disciplinate. Spesso, vengono anche coinvolte in dispute giuridiche. Di fronte a questa realtà, allora, il diritto deve svolgere la sua funzione ordinante e tentare di offrire delle risposte.

Le esigenze pratiche della quotidianità del loro lavoro hanno portato inesorabilmente gli artisti verso un parziale superamento di quel tradizionale

⁵⁰ Si vedano A. Adler, *The Art of Censorship*, cit.; D. Greene, *Why Protect Political Art as “Political Speech”?*, cit. Sulle *culture wars* in generale, si veda B. Wallis, M. Weems, P. Yenawine, *Art Matters: How the Culture Wars Changed America*, New York, New York University Press, 1999.

⁵¹ A. Adler, *The Art of Censorship*, cit., p. 208.

⁵² M.V. Tushnet, *Referring to foreign law in constitutional interpretation: an episode in the culture wars*, in 35 *U. Balt. L. Rev.* 299, 2005-2006, pp. 309-312.

⁵³ Si riprende, parafrasandole per dar loro senso opposto, le parole di Harmon citate *supra*, paragrafo 3.

atteggiamento di principio di intollerabilità per l'arte di qualsiasi limite, e di conseguente inconciliabilità con il diritto nella sua più tradizionale accezione di fondatore di limiti e regole⁵⁴. Allo stesso modo, il mondo giuridico ha superato la visione, tutta di derivazione puritana, per cui l'arte non ha altro che una funzione decorativa e di intrattenimento, piacevole, ma non essenziale, trovandosi sempre più spesso di fronte alla necessità della sua regolazione ed imparando a riconoscerne il ruolo fondamentale all'interno della società. Le corti sono i soggetti che più direttamente si sono trovate a dover dare soddisfazione concreta alle esigenze di regolazione della materia: la questione arte doveva essere affrontata, non essendo più possibile sostenere che dovesse essere relegata fuori dalle competenze del diritto. Non solo, i giudici si trovano inevitabilmente di fronte a ciò che mai si sarebbero aspettati ed avrebbero desiderato, vale a dire l'imprescindibilità di dover decidere, ai fini della risoluzione della controversia, la questione preliminare relativa al se l'oggetto possa definirsi o meno un'opera d'arte.

Ci si rende conto come la stessa domanda "cosa è arte?", alla base di un annoso dibattito che imperversa da secoli, insoluto, tra studiosi di filosofia, estetica, storia e critica dell'arte, non resti prerogativa dei suddetti campi del sapere, ma si ritrovi declinata in tante accezioni quanti sono gli ambiti della vita quotidiana in cui poi di fatto rileva. Essa si pone ai curatori, ai galleristi, ai collezionisti che popolano il mercato dell'arte, ma anche alle autorità amministrative cittadine, che scelgono cosa esporre in luoghi pubblici, e alle commissioni che giudicano sui finanziamenti. Non solo, l'interrogativo "cosa è arte?" sorge più o meno esplicitamente nelle menti dei legislatori, dei giudici e dei giuristi, riuscendo a scorgersi in controluce "dappertutto nel diritto"⁵⁵. Una simile domanda filosofico-estetica assume valenza concreta e risvolti pratici quando, dalla risposta che si sceglie di formulare, dipende il fatto che l'oggetto in questione possa godere o meno dei privilegi previsti dalla disciplina giuridica per la materia artistica.

Insomma, quando un oggetto viene definito opera d'arte, "il paesaggio cambia drammaticamente"⁵⁶; da qui, l'importanza cruciale di concentrarsi sull'analisi di come il diritto affronta questa domanda, in prima battuta per mezzo del legislatore, ma soprattutto del giudice, che trasforma la *law in books* nella *law in action* e riempie gli spazi interstiziali lasciati aperti dalla disciplina legislativa. Il punto di osservazione privilegiato non potrà essere che quello della giurisprudenza e del diritto in divenire.

⁵⁴ Sempre più oggi si assiste a questo fenomeno. Si pensi al numero sempre crescente di associazioni che si occupano di offrire assistenza legale agli artisti (vedi *supra*, nota 3). Anche in Italia, adottando per un attimo la prospettiva privatistica, Donati riflette sul fatto che gli stessi artisti hanno fatto ricorso agli strumenti che il diritto mette a disposizione per produrre opere d'arte, tutelarle, regolamentare la loro azione (contratti). Si devono però anche notare delle contro tendenze che naturalmente si sviluppano in ogni contesto sociale: si pensi ai numerosi fenomeni di realtà alternative, il più famoso il Teatro Valle occupato, a cui hanno partecipato anche giuristi di rilievo come Rodotà, Mattei, Zagrebelsky (si veda Aa.Vv., *Teatro Valle Occupato. La rivolta culturale dei beni comuni*, DeriveApprodi, Roma). Ma anche Macao a Milano, gli Attivisti della danza a Firenze e molte altre piccole realtà da Bologna a Palermo.

⁵⁵ C.H. Farley, *Judging Art*, in *79 Tulane Law Review* 805, 2005, p. 819.

⁵⁶ M.V. Tushnet, *Art and the First Amendment*, *cit.*

5. Il giudizio estetico

Di fronte al problema di una definizione giuridica di arte, una delle affermazioni che ricorre maggiormente tra i commentatori non solo negli Stati Uniti, ma in diversi ordinamenti anche di *civil law*⁵⁷, è che diritto ed estetica⁵⁸ non dovrebbero mai mescolarsi, e che i giudici dovrebbero esercitare in merito il più rigoroso *restraint*; non sarebbe infatti appropriato né di buon senso, da parte loro, avventurarsi nel tentativo di elaborare una definizione di arte poiché si troverebbero a dover fare ricorso alle loro impressioni soggettive o, al più, al sentimento – quello che Kant chiamava “senso comune”⁵⁹ – di ciò che possa intendersi come tale⁶⁰.

La ragione di un simile monito sta, nuovamente (si rimanda *supra*, parag. 2.2), nella pretesa esigenza di obiettività delle motivazioni dei giudici⁶¹, la quale risiede, a sua volta, nel principio generale di diritto, che in quanto tale vale per tutte le sue interazioni, compresa quella con la materia artistica, secondo cui oggettività e neutralità sono presupposti essenziali al suo corretto funzionamento⁶².

⁵⁷ Per l'Italia, tratta del ruolo dei giudici in materia artistica Francesco Rimoli in *La libertà dell'arte nell'ordinamento giuridico italiano*, cit. Nell'ordinamento inglese, Lord Simon esclude il giudizio estetico dalla competenza dei giudici in *Hensher*: “In evaluating the evidence, the court will endeavour not to be tied to a particular metaphysics of art, partly because courts are not naturally fitted to such matters, partly because Parliament can hardly have intended that the construction of its statutory phrase should turn on some recondite theory of aesthetics”, *George Hensher Ltd. v. Restawile Upholstery (Lancs) Ltd.* [1976] A.C. 64, pp. 94-95.

⁵⁸ Senza voler ripercorrere qui la storia dell'estetica, si precisa però che quando ci si riferisce nel testo alla disciplina dell'estetica, si intende, quando non indicato diversamente, l'estetica moderna, caratterizzata dall'assoluta molteplicità dei linguaggi, dalla sostanziale assenza di riferimenti comuni che non siano, appunto, quelli della non precettività generale delle teorie estetiche, e dall'emergere di un nuovo elemento che diverrà fondamentale nella determinazione dell'opera artistica, cioè il concetto di gusto. Il passaggio all'estetica moderna si contraddistingue, allora, per un soggettivismo misconosciuto all'estetica originaria. L'estetica nasce, infatti, come disciplina che tenta di oggettivizzare l'opera artistica, cercando di costruire un sistema delle arti informato a principi comuni, una gerarchia assiologicamente ordinata che renda possibile l'universalità di un giudizio valido per tutti, in grado di contenere il potenziale tratto eversivo che si è sempre avvertito nell'arte. Il conflitto tra oggettività e soggettività della valutazione rimarrà comunque una costante nella riflessione estetica, anche quando, con Kant e la sua *Critica del giudizio*, si pongono le basi di quel capovolgimento del pensiero estetico che, poco più tardi, con Fichte e Shelling troverà il suo compimento nella più totale soggettivizzazione dell'esperienza creativa come di quella fruitiva, con la conseguente affermazione di un relativismo assiologico che sarà alla base delle esperienze del Novecento e dell'età contemporanea.

⁵⁹ “Arte”, “bello”, “gusto”, “genio” vanno riportati infine alla nozione comune, centrale e indefinibile di sentimento, da Kant chiamato più precisamente “senso comune”. E il “senso” o “sentimento comune” – quel “libero gioco delle facoltà”, immaginazione e intelletto – rendeva possibili i giudizi di gusto. Una regola applicativa intellettuale avrebbe infatti comportato un processo all'infinito e addirittura una contraddizione, e quell'applicazione richiedeva quindi una regola non intellettuale che era quella dettata dal senso comune. Cfr. F. Rimoli, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, cit., p. 102.

⁶⁰ “I know no more about artistic merit than does the average layman”, *United States v. Ehrlich*, 22 C.C.P.A. 1, 1934, p. 13.

⁶¹ Vedi *Pivot Point Int'l, Inc.*, 372 F.3d 913 (7th Cir. 2004), p. 294; *Martin v. Indianapolis*, 192 F.3d 608 (7th Cir. 1999), p. 610; *Bucklew v. Hawkins, Ash Baptie & Co.*, 329 F.3d 923 (7th Cir. 2003), p. 929.

⁶² Duplice scopo del diritto è oggettività e neutralità. Si tratta di un principio basilare della teoria giuridica tradizionale che risale a Kelsen, passa attraverso Hart e arriva fino a Dworkin. H. Kelsen, *Pure Theo-*

I giudizi sull'arte, dominio dell'estetica, si considerano intrinsecamente soggettivi, dunque per natura inadatti ad essere formulati nel corso di risoluzioni giudiziali. Quando i giuristi parlano di estetica, si riferiscono all'accezione moderna del termine, che ha assistito all'emergere di un nuovo elemento divenuto fondamentale nella determinazione del carattere artistico dell'opera, ovvero il concetto di gusto. I giudizi sull'arte sono giudizi di gusto, ed il gusto implica soggettività. Proseguendo nel ragionamento, se il gusto è per definizione soggettivo, se ne deve dedurre che ogni interpretazione dell'arte debba essere valida allo stesso modo (non a caso la saggezza popolare degli antichi ha formulato il famoso motto *de gustibus non disputandum est*), e ci si ritrova a dover fare i conti con un assoluto relativismo assiologico.

Si comprende come, per la maggioranza dei teorici, trapiantare questi concetti in ambito giuridico, in special modo nel novero degli strumenti interpretativi concessi al giudice, equivalga senza dubbio ad accrescere di molto il rischio di abuso di discrezionalità, mascherando sotto presunte valutazioni estetiche vere e proprie discriminazioni⁶³. Altra parte della dottrina, tuttavia, ritiene che di fatto le corti siano spesso costrette ad affrontare casi riguardanti oggetti che possono essere definiti o meno opere d'arte e che, in questi casi, delle pronunce soggettive di gusto estetico siano inevitabili da parte dei giudici⁶⁴. Di più, non solo queste considerazioni estetiche divengono inevitabili, ma non vi si intravedono nemmeno i pericoli, nei confronti del quale certi giuristi mettono in guardia, di eccedere i margini del proprio potere discrezionale; al contrario, il dispiegarsi di tali argomentazioni formerebbe addirittura un ulteriore limite per il potere discrezionale, un modo di controllare il ragionamento del giudice, arginarlo, costringendolo a dare conto delle sue motivazioni⁶⁵.

Se abbiamo visto che nella dottrina si levano anche alcune voci discordanti, che tentano di ridimensionare la portata categorica del divieto di ingerenza tra diritto e estetica e di indicarne persino potenziali vantaggi, il punto di vista della giurisprudenza sembra essere tutt'altro che frammentato. Si rinvencono, infatti, innumerevoli prese di posizione esplicite da parte dei giudici, che rivendicano una loro giusta astensione quando si tratta di

ry of Law, Berkley-Los Angeles, University of California Press, 1967; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, trad. it. M. Cattaneo (a cura di), *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002; R. Dworkin, *Law's Empire*, trad. it. *L'impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore, 1989.

⁶³ E certamente, è successo nell'esperienza giurisprudenziale che i confini delle categorie e dei concetti giuridici siano stati valicati sulla spinta di considerazioni dettate prevalentemente dal gusto e dalle preferenze personali di ciascun giudice. Si pensi al caso *Brancusi* (si veda *infra*, cap. IV), al caso *National Endowment for the Arts v. Finley*, 524 U.S. 569 (1998), e al più recente *Rogers v. Koons*, 960 F. 2d 301 (2nd Cir. 1992), in cui la decisione contro l'artista Jeff Koons non sembra affatto scevra da considerazioni soggettive di tipo estetico, anzi il risultato ottenuto risulta più come una presa di posizione, una crociata dei giudici contro il modo di fare arte di Koons, piuttosto che una sentenza dettata sulla base di criteri puramente tecnici.

⁶⁴ Yen, ad esempio, ritiene che l'esistenza del diritto d'autore renda necessarie "subjective judicial pronouncements of aesthetic theory", A.C. Yen, *Copyright Opinions and Aesthetic Theory*, cit., p. 301.

⁶⁵ Sulla base della premessa che molto spesso i giudici danno giudizi estetici dissimulandoli, dunque sarebbe meglio esplicitarli e motivarli, si veda C.H. Farley, *Judging Art*, cit. Si veda *infra*, nota 66 e testo corrispondente.

valutazioni estetiche. Una tale preoccupazione volta a giustificare il loro silenzio sulla natura artistica di un oggetto non corrisponde, tuttavia, ad altrettanta sollecitudine nel dare spiegazioni quelle volte in cui i giudizi estetici vengono di fatto, anche se tacitamente, formulati⁶⁶; ma su questo torneremo più avanti nel testo⁶⁷.

I giudici hanno più volte dichiarato la loro neutralità e commentato la loro scelta di farsi da parte di fronte all'opportunità di venire coinvolti in decisioni di carattere estetico o artistico⁶⁸, ponendo spesso l'accento sull'assurdità di introdurre una valutazione basata sul gusto in una pronuncia giudiziale. "One man's vulgarity is another's lyric"⁶⁹, afferma il giudice Harlan in *Cohen*. "What may be trash to me, may be prized by others"⁷⁰, gli fa eco due anni dopo il giudice Douglas. E ancora più esplicitamente, in *Smith*, l'opinione della Corte, "what is contemptuous to one [...] may be a work of art to another"⁷¹, o il giudice Scalia in *Pope v. Illinois*⁷², "just as there is no use arguing about taste, there is no use litigating about it. For the law courts to decide "What is beauty" is a novelty even by today's standards".

Il criterio della bellezza

Il riferimento "what is beauty" nella sopra citata opinione del giudice Scalia ci consente di precisare un punto non scontato dell'indagine: la differenza che intercorre tra artisticità e bellezza di un oggetto.

⁶⁶ C.H. Farley, *Judging Art, cit.*, p. 810. Farley sostiene che non ricorrere a canoni estetici in maniera esplicita ma usarli implicitamente è molto peggio: si perde l'opportunità di dare spiegazioni in merito al risultato.

⁶⁷ Si rimanda *infra*, "I rischi di un giudizio estetico".

⁶⁸ "We judges should not let our own view of styles of art interfere with the decision-making process in this area", *Brandir, Int'l, Inc. v. Cascade Pac. Lumber Co., cit.*, p. 1145 n. 3; "Courts should not be asked to draw arbitrary lines between what may be art and what may be prosaic as the touchstone of First Amendment protection", *Hoepker v. Kruger*, 200 F. Supp. 2D 340 (S.D.N.Y. 2002), p. 352; "There cannot be and there should not be any national standards of what constitutes art", *Esquire, Inc. v. Ringer*, 414 F. Supp. 939 (D.D.C. 1976), p. 941; "Neither the Constitution nor the Copyright Act authorizes the Copyright Office or the federal judiciary to serve as arbiters of national taste. These officials have no particular competence to assess the merits of one genre of art relative to another. And to allow them to assume such authority would be to risk stultifying the creativity and originality the copyright laws were expressly designed to encourage", *Esquire, Inc. v. Ringer*, 591 F.2d 796 (D.C.Cir. 1978); si descrive l'estetica come una disciplina "essentially speculative" che offre scarsa guida eccetto "the infinite variations of taste and preference", *Parkersburg Builder Material Co. v. Barrack*, 192 S.E. 291 (W. Va. 1937), p. 293. Cfr. altresì, i casi citati *infra*, nota 88.

⁶⁹ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971), opinione del giudice Harlan, p. 25.

⁷⁰ *United States v. 12 200-ft. Reels of Super 8MM. Film*, 413 U.S. 123 (1973), opinione dissenziente del giudice Douglas, p. 137.

⁷¹ *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974), opinione del giudice Powell, p. 573, citando Note, Constitutional Law: Freedom of Speech: Desecration of National Symbols as Protected Political Expression, in 66:5 Michigan Law Review 1040, 1968, p. 1056.

⁷² *Pope v. Illinois*, 481 U.S. 497 (1987).

L'estetica, in quanto disciplina, comprende tradizionalmente sia lo studio del bello sia quello dell'arte. Si tratta di due concetti, il bello e l'arte, che spesso tendono a sovrapporsi, e questa tendenza è stata caratteristica dell'estetica classica; tuttavia, ciascuno di essi appartiene ad una sfera diversa e autonoma: il bello infatti non è limitato all'arte e l'arte non è in linea assoluta la ricerca del bello.

Eppure nel pensiero comune si fatica a dissociare il bello dall'arte, anche se basterebbe osservare quelle opere che rappresentano *objets désagréables* o ci appaiono ripugnanti, spaventose, ordinarie, per capire che all'opera d'arte, per essere definita tale, non viene richiesto necessariamente di dipingere il bello.

Come la moderna estetica dell'arte abbandona definitivamente il requisito della bellezza per valutare l'artisticità di un'opera, anche i giudici, in perfetta sintonia con le teorie estetiche, ma del tutto inconsapevolmente, sulla base della mera esperienza, finiscono per proteggere anche lavori decisamente lontani dal carattere di bellezza.

Il manifesto de "Il Cavaliere azzurro", movimento artistico di avanguardia dell'inizio del secolo scorso guidato da Kandinsky, rende bene la differenza che intercorre tra i due tipi di giudizio: "Anche qui deve regnare una libertà totale e si deve concedere validità e considerare giusta (artistica) ogni forma che sia espressione esterna di un contenuto interiore. [...] Non è la forma (materia) la cosa più importante, ma il contenuto (spirito). La forma può dunque avere un effetto piacevole o spiacevole, apparire bella o brutta, armonica o disarmonica, elegante o impacciata, raffinata o grossolana, ecc. ma non deve essere né accettata per le qualità ritenute positive, né respinta per le qualità ritenute negative. [...] Ci si deve porre di fronte all'opera in modo da permettere alla forma, e attraverso la forma al contenuto (lo spirito, il suono interiore) di agire sull'anima [...] la cosa più importante riguardo al problema della forma è se la forma scaturisca o meno da una necessità interiore"⁷³. Piuttosto che disquisire sul falso problema della bellezza, la nuova arte del Novecento avrebbe dovuto spingere verso il definitivo superamento del tradizionale problema estetico del rapporto tra "bello" e "brutto" e la riformulazione dell'estetica in base alle categorie "artistico" e "anti-artistico". Se probabilmente quella nuova concezione estetica poneva non meno problemi valutativi di quanti non ne ponesse la tradizione estetica del bello, cambiava, però, il punto di vista, suggerendo criteri alternativi, che si allontanavano dall'oggetto e si concentravano per la prima volta sull'intento del suo autore.

Per lungo tempo, invece, la giurisprudenza non considera la possibilità di spostare la sua analisi dall'oggetto ed suoi caratteri estrinseci – la bellezza, ma anche il merito⁷⁴ – che richiedevano necessariamente valutazioni soggettive, da cui si deduceva l'impossibilità di ottenere un giudizio valido ai fini di una decisione di diritto, a nuovi parametri, come l'intento del creatore dell'opera, che molto

⁷³ ABR, p. 129. *Der Blaue Reiter* (Il cavaliere azzurro) è un movimento artistico di avanguardia fondato nel 1911 a Monaco di Baviera da Franz Marc e Wassilij Kandinsky; nel 1912 si impegnano nella stesura di un manifesto della poetica della nuova arte, l'Almanacco *Der Blaue Reiter* (ABR), che costituisce un fondamentale documento dell'estetica moderna.

⁷⁴ C. Barrett, *Are Bad Works of Art "Works of Art"?*, in 6 *Royal Institute of Philosophy Lectures* 182, 1973. "Artistic excellence and artistic merit are also vague, and could not be proper criteria for censorship or discrimination in an entitlement program", *Finley v. Nea, cit., dissenting* di Kleinfeld.

probabilmente sarebbero valutabili in modo più oggettivo. Il sillogismo che spiega la scelta dei giudici per l'astensione in materia estetica è presto fatto: il diritto non può giudicare sulla base di criteri soggettivi, siccome si pensa che la definizione di arte debba dedursi dalla bellezza o dal merito di un'opera, e un giudizio su questi due criteri richiederebbe il ricorso ad impressioni soggettive, le corti deducono e dichiarano di non poter decidere che cosa possa costituire o meno un'opera d'arte. Vedremo tuttavia come anche nelle argomentazioni dei giudici si arrivi a compiere lo stesso percorso dell'estetica da oggetto a soggetto.

Verso criteri più oggettivi?

Alla luce di quanto detto finora, si comincia ad intuire una distinzione significativa. Quella tra giudicare l'oggetto nei suoi caratteri estrinseci, quali la bellezza, il merito, la qualità, l'eccellenza, per i quali si deve ricorrere al gusto e ad impressioni personali, e giudicare il carattere artistico di un'opera, che si lega invece a criteri più oggettivi, che richiedono la valutazione di elementi diversi dall'oggetto in sé. La differenza sta nel porsi la domanda "cos'è arte?" (what is art?), invece di scivolare in "cos'è arte valida?" (what is good art?)⁷⁵.

Non si può che concordare con i giudici sul fatto che il compito del diritto non dovrebbe essere quello di stabilire il merito, la qualità, il valore artistico di una certa opera (*good art v. bad art*), tuttavia si ritiene anche che il giudice non possa sottrarsi ad un altro incarico, che è quello di decidere sul carattere artistico di un oggetto, individuando dei criteri per tracciare il confine tra ciò che può definirsi o meno arte ai fini della tutela giuridica (*art v. non art*).

Tuttavia, non si può certo affermare che questa seconda impresa non sia altrettanto ardua. Il termine "artistico", infatti, non possiede "a clear enough definitional core to be practical as a legal criterion"⁷⁶: anche quando sembrano rintracciarsi dei criteri oggettivi, quali l'intento dell'artista, il luogo in cui l'oggetto si trova, la quotazione nel mercato dell'arte, il suggello ufficiale dei critici⁷⁷, rimane impossibile sottrarsi del tutto al relativismo ed alla soggettività dei canoni estetici, cui si finisce sempre per dover ricorrere, se non altro per misurare il gusto artistico del dato periodo storico in cui ci si trova a giudicare.

Il giudice Kleinfeld, nella sua opinione dissenziente in *Finley v. NEA*, se ne rende conto chiaramente: "But if we must give up any hope of a trustworthy rating scale for artistic quality, can we not at least expect to find a reliable,

⁷⁵ È la stessa differenza che intercorre tra giudicare la bellezza di un'opera e la sua artisticità.

⁷⁶ P.H. Karlen, *What is Art?*, cit.

⁷⁷ Si rimanda alla trattazione dei capitoli successivi (in particolare, cap. V, parag. 3.4).

objective way to tell art from nonart? Unfortunately, even this rather more modest goal proves so difficult as to be almost beyond our powers⁷⁸.

I rischi di un giudizio estetico

Abbiamo visto come i tradizionali requisiti dell'oggettività e della neutralità, saldamente intrecciati, continuano ad ispirare l'attività delle corti. Il diritto dovrebbe aderire ad un principio di "aesthetic nondetermination"⁷⁹ o "neutralité esthétique"⁸⁰, e di conseguenza i giudici dovrebbero evitare qualsiasi "considération de mérite"⁸¹ sulle presunte opere d'arte poiché non farebbe altro che condurre a "confusing, inconsistent, and erratic decisions"⁸².

Insomma, "the consequences of judges playing art critic in the context of First Amendment law are [...] grave"⁸³, avverte la dottrina. Proviamo a vederne alcune⁸⁴.

Una delle "gravi conseguenze"⁸⁵ che potrebbe seguire alla scelta dei giudici di decidere questioni riguardanti l'arte ricorrendo a concetti e categorie dell'estetica, potrebbe essere quella di non sapere come servirsi di tali strumenti, finendo per adottare il punto di vista di una precisa teoria estetica, piuttosto che trarre vantaggio in generale dal metodo e dal linguaggio offerti da tale disciplina. In questo modo, si fornirebbe una sorta di avallo ufficiale ad un'unica specifica interpretazione di ciò che può definirsi arte, a discapito delle molte altre possibili; a ciò aggiungendosi il rischio, dovuto alla presenza del principio dello *stare decisis*, che la particolare concezione di arte accolta per quel caso, e ivi consacrata, si cristallizzi secondo quei canoni e quelle forme anche nelle decisioni successive, dando luogo ad un concetto di arte fisso, immutabile, del tutto incoerente con la sua natura continuamente mutevole⁸⁶. La storia ha dimostrato che, non appena un genere di arte viene consacrato a livello istituzionale, e se ne cominciano a fissare i caratteri, nuove pratiche artistiche interverranno immediatamente a minarne la stabilità, forzandola a rimettersi in discussione (si pensi, ad esempio, alle avanguardie nel Modernismo).

⁷⁸ H.W. Janson, *History of art*, trad. it. E.C. Pavese, *Storia dell'arte*, Milano, Garzanti, 1962, citato dal giudice Kleinfeld nella sua opinione dissenziente in *Finley v. NEA*, 100 F. 3d 671 (9th Cir. 1996), p. 688, poi *rev'd* 524 U.S. 569 (1998).

⁷⁹ K. Aoki, *Contradiction and Context in American Copyright Law*, in 9 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 303, 1991, p. 303.

⁸⁰ Art. L. 112-1, *Code de la Propriété Intellectuelle* francese: "Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination".

⁸¹ Art. L. 112-1, *Code de la Propriété Intellectuelle* francese.

⁸² K. Aoki, *Contradiction and Context in American Copyright Law*, cit., p. 304.

⁸³ L. Harrison, *The Problem with Posner as Art Critic: Linnemeir v. Board of Trustees of Purdue University Fort Wayne*, in 37 *Harv. C.R.-C.L. L.Rev.* 185, 2002, p. 203. Interessante qui l'uso del verbo inglese *play*, che vuol dire sia "recitare" che "giocare".

⁸⁴ Ci si rifà alle argomentazioni di Farley in C.H. Farley, *Judging Art*, cit.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ Yen ipotizza le conseguenze di una argomentazione basata su una regola di estetica uniforme. A.C. Yen, *Copyright Opinions and Aesthetic Theory*, in 71 *S. Cal. L. Rev.* 247, 1998, p. 299. Si veda anche in *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201 (1954), p. 214: "Individual perception of the beautiful is too varied a power to permit a narrow or rigid concept of art".

L'arte, per sua natura, svuoterà di significato qualsiasi definizione che si tenterà di ascriverle: “non appena si tratterà un confine, un artista lo violerà, perché questo è ciò che gli artisti fanno”⁸⁷.

Allora, un modo secondo cui il giudice potrebbe trarre vantaggio dal ricorso alla disciplina estetica potrebbe essere quello di riconoscere il carattere estremamente multiforme, fluido delle sue categorie, capaci di adattarsi al tempo e al luogo di nascita e fruizione di ogni opera, e, una volta dato conto del fatto di stare usando un approccio preso in prestito da un'altra disciplina, cercare di imitare il suo stesso approccio⁸⁸.

Una seconda obiezione, largamente condivisa, è che i giudici non possiedono le competenze adatte e sufficienti per valutare la natura artistica di un oggetto⁸⁹. La vulnerabilità e la contestabilità sono caratteri da evitare in una pronuncia giudiziale, e prendere posizione sull'arte, rendere nota la propria visione in merito, si preannuncia un'impresa particolarmente rischiosa in questo senso.

Non possedendo strumenti di comprensione adeguati, si corre il rischio di non sapere riconoscere quella che è un'opera d'arte da quello che resta un oggetto di uso comune⁹⁰, arrestando lo sviluppo artistico con opinioni giudiziali ignoranti o datate. I giudici temono di ripetere l'errore fatto dalla Corte Suprema con l'*Ulysses* di James Joyce, per il quale vennero ritenute colpevoli, multate e intimare di cessare immediatamente l'attività di stampa, Margaret Anderson e Jane Heap, le due editrici di *The Little Review*, rivista letteraria newyorkese che stava pubblicando il romanzo ad episodi. Dopo l'uscita dell'episodio di Nausicaa nel numero di Luglio-Agosto del

⁸⁷ A. Adler, *Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law*, cit., p. 1378.

⁸⁸ Cfr. C.H. Farley, *Judging Art*, cit., pp. 809-810, che si chiede: “se il ricorso alla psicologia può assistere il diritto penale nel decidere quando un imputato è insano di mente, perché l'estetica non dovrebbe aiutare le corti a decidere quando qualcosa è arte?”.

⁸⁹ Si veda l'opinione del giudice Holmes (“It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations”) in *Bleistein v. Donaldson*, 188 U. S. 239 (1903), p. 251 (si rimanda *infra*, paragrafo 6), ma anche numerose altre pronunce che contengono dichiarazioni espresse dei giudici sulla loro presunta incompetenza in materia artistica, e.g., “This approach necessarily involves judges in a qualitative evaluation of artistic endeavors – a function for which judicial office is hardly a qualifier”, *Pivot Point Int'l, Inc. v. Charlene Prods, Inc.*, cit., p. 924; “any more demanding requirement would be burdensome to enforce and would involve judges in making aesthetic judgments, which few judges are competent to make”, *Bucklew v. Hawkins, Ash Baptie & Co.*, cit., p. 929; “We are not art critics, do not pretend to be and do not need to be to decide this case”, *Martin v. City of Indianapolis*, cit., p. 610; “Courts are ill-equipped to determine such illusory and imponderable questions”, *Yurkew v. Sinclair*, 495 F. Supp. 1248 (D. Minn. 1980), p. 1254; “I freely admit, and I think my very sincere associates would do the same, that I know no more about artistic merit than does the average layman, and what might appeal to me as being an artistic creation of great merit, if appearance alone controlled, might not meet the test at all, and viceversa”, *United States v. Ehrlich*, 22 C.C.P.A. 1, 1934, p. 13, cfr. A. Adler, *Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law*, pp. 1377-1378: “Because many contemporary artists are so estranged from lay notions of what constitutes ‘art’, courts might refuse to recognize them as artists”.

⁹⁰ Se lo scolabottiglie o l'orinatoio di Marcel Duchamp fossero finiti di fronte ad una corte, si potrebbe dire con certezza che i giudici avrebbero saputo distinguerli da oggetti di uso comune e classificarli come arte? Certamente no, ma la stessa incertezza avrebbero, ed hanno avuto, anche gli esperti d'arte. La questione su come distinguere oggetti quotidiani da oggetti artistici, infatti, ha attraversato il dibattito di filosofi e teorici dell'arte lungo tutto il corso del Novecento ed è arrivata, ancora irrisolta, fino ad oggi. Sul punto, A.C. Danto e larga parte della disciplina estetica di scuola americana.

1920, in cui si descrive per metafore una scena di masturbazione del protagonista Leopold Bloom, un avvocato, la cui figlia aveva ricevuto la rivista per posta a scopo promozionale e ne era rimasta scioccata, portò il caso all'attenzione della *New York Society for the Suppression of Vice*, la quale avviò una causa contro la piccola casa editrice. La Corte non fu impressionata dalla testimonianza di alcuni esperti che giudicarono il lavoro geniale e uno dei giudici si rifiutò persino di far leggere ad alta voce un passaggio del libro perché in aula era presente una donna (che era l'editrice, tra l'altro!)⁹¹. La condanna bandì *Ulysses* dagli Stati Uniti fino a quando la U.S. Random House tentò di farlo entrare nel paese nonostante il divieto e il caso finì nuovamente davanti ai giudici che questa volta, oltre un decennio dopo quel primo processo, decisero per la tutelabilità.

In realtà, questo tipo di errori viene commesso anche da chi viene considerato idoneo a prendere decisioni su cosa sia o non sia arte: gli esperti, i critici, i galleristi non sempre sono in grado di guardare lontano e leggere in un oggetto le tracce del futuro sviluppo artistico⁹². Questo, tuttavia, sembra davvero avere molta poca influenza sulle dinamiche di evoluzione dell'arte, anzi, le critiche e le denunce nei confronti delle forme d'arte in un dato momento storico all'avanguardia possono persino aiutare i nuovi artisti emergenti ad attirare attenzione sul loro lavoro e sulla loro critica delle convenzioni.

In ogni caso, che i giudici debbano decidere è un dato insuperabile. Che i giudici debbano decidere anche sulle questioni riguardanti l'arte, lo è altrettanto. Porsi allora la restrizione di non poter ricorrere ad alcuni strumenti, come quelli dell'estetica, che aiuterebbero a trattare le peculiarità della materia, non fa altro che rendere il lavoro più difficile. Eppure, questa sorta di dottrina dell'evitare, “doctrine of avoidance”⁹³, rappresenta uno dei principi più stabili ed esplicitamente formulati nell'intero ambito dell'Arte e Diritto. Vediamo allora da dove ha origine tale ferma convinzione.

⁹¹ Il primo esperto fu Philip Moeller, del teatro Guild, che interpretò *Ulysses* usando il metodo Freudiano di svelare il subconscio, il che spinse uno dei giudici a chiedergli di “speak in a language that the court could understand”. Il testimone successivo fu Scofield Thayer, editore di *The Dial*, un'altra rivista letteraria dell'epoca, che “was forced to admit that if he had had the desire to publish *Ulysses* he would have consulted a lawyer first – and not published it”. L'ultimo testimone fu John Cowper Powys, romanziere, professore e critico inglese, che dichiarò che *Ulysses* era “a beautiful piece of work in no way capable of corrupting the minds of young girls”, si veda M. Anderson, “*Ulysses*” in Court, in 4 *The Little Review* 22, Jan.-Mar. 1921, disponibile all'indirizzo: <http://library.brown.edu/pdfs/1299778513171878.pdf>. Si vedano anche J. Heap, *Art and the Law*, in 3 *The Little Review* 5, Sept.-Dec. 1920, disponibile all'indirizzo: <http://library.brown.edu/pdfs/1299777734781253.pdf>, (siti consultati in data 29 novembre 2016); J.M. Hassett, *The Trials of Ulysses, Law, Literature and Translation Conference*, Trinity College Dublin, 9-10 giugno 2012. Cfr. E. De Grazia, *Girls Lean Back Everywhere*, London, Vintage, 1992 (per il titolo riprende una frase di Heap, *cit.*, p. 6)

⁹² Il critico d'arte Ruskin, ad esempio, che ritroveremo citato da Holmes nel caso *Bleistein v. Donaldson*, non riconosce il valore artistico dell'Impressionismo.

⁹³ C.H. Farley, *Judging Art, cit.*

6. La regola di *Bleistein* ed il relativismo del giudice Holmes

L'opinione del giudice Oliver Wendell Holmes Jr. che nel 1903 decideva *Bleistein v. Donaldson*⁹⁴ può dirsi senza dubbio la dichiarazione giurisprudenziale più famosa e doviziosamente articolata sul problema di una definizione giuridica di arte: essa costituisce il precedente più citato da quei giudici che vogliono giustificare la loro scelta di non pronunciarsi di fronte a presunte opere artistiche⁹⁵, nonché il punto di partenza di numerosi studi dottrinali⁹⁶.

Prima di procedere nell'analisi, vale la pena riportare l'intero stralcio della sentenza che è diventato il principale punto di riferimento per chiunque si accinga a voler sostenere (ma anche da coloro che si apprestano a confutare) la tesi della necessaria moderazione dei giudici alle prese con la materia artistica:

“It would be a *dangerous undertaking* for persons *trained only to the law* to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, *outside of the narrowest and most obvious limits*. At the one extreme, some works of genius would be sure to miss appreciation. Their very novelty would make them repulsive until the public had learned the new language in which their author spoke. It may be more than doubted, for instance, whether the etchings of Goya or the paintings of Manet would have been sure of protection when seen for the first time. At the other end, copyright would be denied to pictures which appealed to a public less educated than the judge. Yet if they command the interest of any public, they have a commercial value – it would be bold to say that they have not an aesthetic and educational value – and *the taste of any public is not to be treated with contempt*. It is an ultimate fact for the moment, whatever may be our hopes for a change”⁹⁷.

⁹⁴ *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U. S. 239 (1903).

⁹⁵ Tra i numerosissimi casi che citano *Bleistein*, si ricordano, poiché approfonditi o menzionati anche in altre parti del testo, *Mattel, Inc. v. Walking Mountain Productions*, p. 801 (cfr. *infra*, cap. II, nota 75 e testo corrispondente); *Parks v. LaFace Records*, pp. 462-463 (cfr. *infra*, cap. II, nota 84 e testo corrispondente); *Gracen v. Bedford Exch.*, *cit.*, p. 304 (cfr. *infra*, cap. IV nota 58, e cap. V, note 88, 92); *Esquire, Inc. v. Ringer*, *cit.*, p. 805 (cfr. *supra*, nota 68, e *infra*, cap. II, nota 69 e testo corrispondente); *Haberman v. Hustler Magazine, Inc.*, 626 F. Supp. 201 (D. Mass. 1986), p. 209 (cfr. *infra*, cap. V, nota 98).

⁹⁶ *Bleistein* viene citato in molti studi che tentano di trovare delle basi giustificative al *restraint* dei giudici in materia artistica e estetica: molti sono d'accordo con la regola di Holmes, ma alcuni tentano anche di superarla. Denicola, ad esempio, concorda con la regola di *Bleistein* e propone nuovi test per verificare il requisito della separabilità, “conceptual separability” (il *Copyright Act* richiede ai giudici di separare gli elementi estetici dagli elementi utilitaristici, cfr. R.M. Polakovic, *Should the Bauhaus be in the Copyright Doghouse? Rethinking Conceptual Separability*, in 64 *U. Colo. L. Rev.* 871, 1993, p. 873), che non coinvolgano la soggettività dell'estetica, R.C. Denicola, *Applied Art and Industrial Design: A Suggested Approach to Copyright in Useful Articles*, in 67 *Minn. L. Rev.* 707, 1983, p. 708 n. 10. Anche G.R. Ruskin (*Copyright Protection for Useful Articles Can the Design of an Object Be Conceptually Separated from the Object's Function?*, in 33 *Santa Clara L. Rev.* 171, 1993, p. 173) propone nuovi test che evitino “the pitfall of requiring judges to make artistic value judgments”. Tra coloro, invece, che indagano *Bleistein* per capire le motivazioni del *restraint* dei giudici, ma non lo condividono, A.C. Yen, *Copyright Opinions and Aesthetic Theory*, *cit.*; C.H. Farley, *Judging Art*, *cit.*; C. Douzinas, *The Aesthetics of the Common Law*, in 17 *Studies in Law Politics and Society* 3, 1997.

⁹⁷ *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, *cit.*, pp. 251-252 (corsivo aggiunto).

I fatti del caso riguardavano delle locandine pubblicitarie disegnate da George Bleistein per “*The Great Wallace Shows*”, un circo itinerante dell’Indiana, raffiguranti ballerine scollate e con le gambe scoperte⁹⁸. La domanda su cui veniva richiesta una pronuncia da parte della Corte era se le locandine, fatte ristampare non da Bleistein che le aveva ideate ma dal convenuto Donaldson, fossero coperte da diritto d’autore. Il giudice Holmes, con una pronuncia che fu il suo vero debutto alla Corte Suprema, decise di schierarsi a favore di una forma d’arte considerata minore (*low art*), per diversi aspetti controversa⁹⁹, la cui tutelabilità si presentava per altro affatto scontata, concedendo alle locandine la protezione del diritto di *copyright*. Secondo Holmes, la copertura di tale diritto non avrebbe dovuto restare confinata alle forme d’arte classica, come la pittura tradizionale (*high art*): era necessario, invece, adeguarsi ai tempi e mostrare apertura verso le nuove forme d’arte (come quella che in *Bleistein* si sceglie di tutelare e che sarà poi definita *commercial art*) poiché “the taste of any public is not to be treated with contempt”.

Se molti studiosi e studenti di diritto si interessano a *Bleistein* solo in quanto pronuncia chiave riguardante la soglia di originalità da varcare per accedere alla tutela del diritto d’autore, la sua portata appare ancora più vasta e rivoluzionaria se la si pensa come quella che col tempo è diventata un vero e proprio manifesto giuridico del relativismo estetico.

A questo proposito, però, potrebbe essere interessante fornire delle parole di Holmes un’interpretazione alternativa, volta a insinuare qualche dubbio sull’inequivocabilità del messaggio che egli avrebbe voluto trasmettere e sulla solidità di quel manifesto¹⁰⁰. Ciò che stride, e vale la pena notare, è che in un’opinione che verrà citata in decine di casi successivi da giudici che vogliono giustificare il loro distacco da qualsiasi tentativo di definire l’arte, due pagine su otto siano piene di riferimenti agli artisti più diversi e persino al critico d’arte Ruskin. Quel rischio – “dangerous undertaking” – a cui Holmes si riferisce, allora, insito nell’impresa di definire la qualità artistica di un’opera, potrebbe forse essere letto più come un *caveat* per quei colleghi (il giudice Harlan, per esempio, che dissenterà facendo riferimento al mero uso ai fini commerciali dei cartelloni), dal novero dei quali implicitamente si tira fuori¹⁰¹, che, a suo parere, non si intendono di arte e fuori

⁹⁸ I poster rappresentavano “décolletés and fat legged ballet girls”, secondo le parole di Holmes riportate in una sua biografia (S.M. Novick, *Honorable Justice: the Life of Oliver Wendell Holmes*, 1989, come citata da C.H. Farley, *Judging Art*, cit., p. 817, nota 37).

⁹⁹ Si possono ravvisare almeno tre aspetti controversi nei poster: il primo è che si tratta di poster pubblicitari, più spesso coperti dal diritto dei marchi che dal diritto d’autore; il secondo riguarda il mezzo della litografia, che permetteva una riproduzione di massa dei poster in un periodo storico in cui persino il valore artistico della fotografia era ancora messo in discussione; il terzo attiene al possibile carattere volgare e offensivo della semi nudità delle ballerine.

¹⁰⁰ Si riprendono delle considerazioni su *Bleistein* elaborate in C.H. Farley, *Judging Art*, cit.

¹⁰¹ Holmes in *Bleistein* cita, oltre all’opera *The Elements of Drawing* del critico d’arte Ruskin, gli artisti Velasquez, Whistler, Rembrandt, Steinla, Degas, Goya e Manet. Sicuramente Holmes ci tiene a dimostrare come lui stesso non possa essere annoverato tra quei giudici filistei, “trained only to the law”, affatto in grado di dare giudizi su arte e estetica. Quando era uno studente all’università di Harvard, Holmes aveva scritto uno dei suoi primi saggi sul Rinascimento tedesco e l’artista Albrecht Dürer, basandosi sugli scritti di Ruskin ed in particolare *The Elements*, citato, come abbiamo visto, in *Bleistein*.

dai “narrowest and most obvious limits” potrebbero trovarsi in seria difficoltà, piuttosto che una preoccupazione generalizzata per l'inadeguatezza della figura del giudice di fronte a questioni estetiche, che diventa un chiaro ammonimento a non cimentarsi in simili imprese.

Se infatti ci fossero giudici con una preparazione più ampia, dotati di un'educazione artistica di un certo grado, potrebbero a quel punto essere qualificati per giudicare simili questioni? Si pensi, ad esempio, al giudice Newman della Corte d'Appello del Secondo Circuito che, nel caso *Leibovitz*¹⁰², dà sfoggio di tutta la sua erudizione artistica collegando la fotografia di una Demi Moore nuda ed incinta, scattata da Annie Leibovitz per la copertina di *Vanity Fair*, con il famoso dipinto rinascimentale “La nascita di Venere” di Botticelli. Un giudice come Newman sarebbe, dunque, in grado di esprimere giudizi appropriati riguardo ad un'opera¹⁰³?

Non è del tutto inverosimile, allora, l'ipotesi secondo cui Holmes con la sua decisione in *Bleistein* possa non aver voluto fare una considerazione generale sul ruolo del giudice e del diritto in contrapposizione alle dinamiche dell'arte. Più semplicemente, il suo intento potrebbe essere stato quello di avvertire di prudenza quei giudici “trained only to the law” che di fronte a casi difficili, “fuori dai più ristretti e ovvi limiti” in cui chiunque sarebbe in grado di giudicare, avrebbero dovuto prendere delle decisioni delicate sulla natura dell'arte, dal cui esito sarebbe dipesa la risoluzione dell'intera controversia. All'opposto, esistono anche opinioni giudiziali che hanno sostenuto come i giudici sarebbero da considerarsi i soggetti più

¹⁰² *Annie Leibovitz v. Paramount Pictures Corporation*, 137 F.3d 109 (2nd Cir. 1998), p. 111, nota 1 del giudice Newman: “The pose of a nude female with one arm sometimes fully or partially covering the breasts and the other arm covering the pubic area is known in classical art as “Venus Pudica.” See James Hall, *Dictionary of Subjects and Symbols in Art* 318-19 (1974). “The first and greatest artistic embodiment of the Venus Pudica was the Aphrodite of Knidos (Cnidus) by Praxiteles. After nearly a thousand years in disuse, the pose reappeared in the late Middle Ages, in classicizing imitation – first in the figure of Eve after the Fall, and later in female allegorical figures and depictions of Venus. Since from the 12th through the 15th century the pose was understood merely as a gesture of modesty, it was used also for the figure of Adam after the Fall.” Eugenio Battisti, *Visualization and Representation of the Figure*, in *VII Encyclopedia of World Art* 665, 669 (1963). An example of the Venus Pudica pose assumed by both a male and a female figure is Van Eyck's diptych of Adam and Eve in the Ghent Cathedral. See Edwin Mullins, *The Painted Witch-Female Body: Male Art* 29 (1985). Hall translates “Venus Pudica” as “Venus of Modesty”, Hall, *supra*, at 319, although the more literal translation of the noun and adjective would be “modest Venus”. Mullins contends that Van Eyck's figure of Eve feels guilty about being pregnant, see Mullins, *supra*, at 29, justifying an alternate meaning of “pudica” as “ashamed”. The phrase is sometimes rendered “Venus Pudens” using the present participle to mean either “being modest” or “being ashamed”. In Botticelli's version, displayed in the Uffizi Gallery, Venus, having just been born, is presumably not pregnant, although her stomach is slightly distended. In Van Eyck's diptych of Adam and Eve, Eve is said to be pregnant. See *id.*.”

¹⁰³ Altri giudici, seppur in modo più contenuto di Newman, si trovano occasionalmente a fare riferimenti artistici nelle loro decisioni: il giudice Frank in *Roth v. United States*, 237 F. 2d 796 (2nd Cir. 1956) cita Coleridge; Posner in *Piarowski v. Illinois Community College*, 759 F. 2d 625 (7th Cir. 1985) richiama Aristofane e dimostra una discreta conoscenza della storia dell'arte; il giudice Hand in *United States v. One Book Called “Ulysses”* cita Boccaccio; il giudice distrettuale Ploscowe, in *People v. Gonzales*, 107 N.Y.S. 2D 968 (Mag. Ct. N.Y. County 1951) fa dei paragoni con Goya e Rubens.

adatti per valutare la natura artistica di un oggetto, persino più degli esperti, in quanto più vicini al sentire comune¹⁰⁴.

Ma osserviamo adesso come la dichiarazione di Holmes influenza il suo operato nel caso concreto. Con un approccio liberale, che lo contraddistinguerà poi in tutta la sua attività di giudice, Holmes ha teso ad ampliare la copertura del diritto d'autore, riducendo il *quantum* di originalità necessario per considerarsi opera d'arte e rientrarvi. Così facendo, si discosta da alcuni precedenti, che invece avevano previsto dei test molto rigidi per soddisfare il requisito dell'originalità. La stessa Corte, infatti, circa due decenni prima di *Bleistein*, aveva negato che i diritti di *copyright* potessero proteggere simboli usati per identificare beni commerciali, non ritenuti frutto di alcun lavoro intellettuale e creativo (“founded in the creative powers of the mind”¹⁰⁵) se comparati ad altri oggetti dotati, invece, del carattere dell'originalità (“original designs for engravings, prints, etc.”¹⁰⁶). Pochi anni più tardi, in *Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony*¹⁰⁷, l'opinione di maggioranza ritenne che un ritratto fotografico di Oscar Wilde non potesse essere definito alla stregua di una semplice riproduzione meccanica, dovendo piuttosto qualificarsi come opera d'arte originale, ma questo sulla base di considerazioni legate a criteri specifici, chiaramente indicati (prova dell'originalità; prova della produzione intellettuale; prova del pensiero e concepimento dell'opera da parte dell'autore)¹⁰⁸. Se prima di *Bleistein*, dunque, la presenza di certi requisiti così stringenti, che sembrava ponessero la domanda “è arte valida?” piuttosto che “è arte?”, poteva lasciar supporre che i giudici avrebbero finito per dover ricorrere a criteri estetici, con *Bleistein* non si lascia alcun margine per potersi spingere fino ad una valutazione di questo tipo sul merito di un oggetto artistico. Il livello della soglia di creatività minima richiesto è decisamente basso¹⁰⁹: l'autore deve solo aver

¹⁰⁴ Nel caso *Regina v. Penguin Books Ltd.*, [1961] Crim LR 176, sul romanzo *Lady Chatterley's Lover* di D.H. Lawrence del 1960, il giudice Byrne pone la domanda retorica: “who will best read the book and be affected by it in the way the unspecialised in English Literature will read and be affected by it – an expert, a judge or a jurymen?”.

¹⁰⁵ *Trademark Cases*, 100 U.S. 82 (1879), p. 94.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884).

¹⁰⁸ *Id.*, p. 53, “Whether a photograph is a mere mechanical reproduction or an original work of art is a question to be determined by proof of the facts of originality, of intellectual production, and of thought and conception on the part of the author”. La Corte esamina lo sforzo creativo dell'autore della fotografia, che include posizionare il soggetto in un certo modo, scegliere costumi e accessori appropriati e applicare diverse luci e ombre. Ma le foto scattate da Henry Cartier-Bresson, ad esempio, che colgono momenti della vita quotidiana parigina e non sono affatto inscenate, non sarebbero da considerarsi opere d'arte meritevoli della protezione del diritto d'autore? Certamente sì, anche se con i criteri stringenti di *Burrow-Gilles* si troverebbe una certa difficoltà a poter sostenere tale affermazione.

¹⁰⁹ Il requisito del “modicum of creativity” è stato applicato in modo esplicito dalla Corte nel 1991 in *Feist v. Rural Telephone Service*: “Original, as the term is used in copyright, means only that the work was independently created by the author (as opposed to copied from other works), and that it possesses at least some minimal degree of creativity. [...] To be sure, the requisite level of creativity is extremely low; even a slight amount will suffice. The vast majority of works make the grade quite easily, as they possess some creative spark, “no matter how crude, humble or obvious” it might be.”, *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991), p. 363.

apportato qualcosa di più di una banale variazione, aggiungendo qualcosa di suo. In tal senso, originalità a partire da *Bleistein* significa poco più del divieto di copiatura pedissequa¹¹⁰, mentre non influisce in alcun modo il giudizio estetico o artistico sull'opera; la domanda che si pongono i giudici di fronte ad un oggetto torna ad essere esclusivamente "è arte?".

Insomma, le interpretazioni che possono darsi – e che sono state date – alle parole di Holmes sono molteplici ed alcune addirittura fantasiose. Alcuni giuristi hanno evidenziato come la decisione abbia dato una svolta alla disciplina del diritto d'autore, fornendo le basi per la moderna concezione di originalità. Altri hanno preferito leggere quanto dichiarato da Holmes in chiave storica, intravedendovi una presa di posizione contro una visione conservatrice del diritto di *copyright* come privilegio delle *élites*, uniche capaci di una "original mental conception", visione che diventa un ulteriore meccanismo di stratificazione classista favorendo la divisione tra una classe di lavoratori intellettualmente inferiori ai loro superiori sulla base di capacità intellettuali¹¹¹. Altri ancora hanno interpretato la dichiarazione del giudice Holmes come una mossa lungimirante, capace di offrire una via di fuga al problema di definire l'arte in un momento storico in cui le classiche nozioni che avrebbero potuto aiutare nell'impresa stavano per essere ribaltate da artisti come Paul Cezanne e da tutta la corrente Post-Impressionista (vale a dire, quel Modernismo in cui erano già presenti *in nuce* le forze distruttive del Post-Modernismo).

Ciò che, tuttavia, rileva ai fini del presente lavoro, è come la manovra di Holmes contro ogni tentativo giurisprudenziale di decidere secondo la propria sensibilità estetica sul valore artistico di un oggetto, abbia reso *Bleistein* opinione di riferimento, rifugio per tutti quei giudici che scelgono di evitare, più o meno esplicitamente, di affrontare la domanda "cosa è arte"¹¹².

Un secondo requisito necessario per stabilire la tutela del diritto d'autore si basa sulla cosiddetta *idea-expression dichotomy*, codificata dal Copyright Act del 1976, per cui il diritto di *copyright* proteggerà l'espressione di un'idea, ma mai l'idea stessa. La difficoltà di distinguere tra idea ed espressione viene affermata più volte a livello giurisprudenziale, per esempio in *Steinberg v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 663 F. Supp. 706 (F.D.N.Y. 1987). Si rimanda *infra*, cap. II, paragrafo 3.

¹¹⁰ L.D. DuBoff, *What is Art? Toward a Legal Definition*, *cit.*, p. 305.

¹¹¹ È il punto di vista di certi storici della proprietà intellettuale, come Kurt Newman. Cfr. V.D.L. Zimmerman, *The Story of Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, in J. Ginsburg, R. Dreyfuss (a cura di), *Intellectual Property Stories*, New York, Foundation Press, p. 77, 2005, pp. 91-92. La giurisprudenza, attraverso le parole di Holmes, riconosceva per la prima volta il principio secondo cui il datore di lavoro, attore nella controversia, ha il diritto di rivendicare la violazione del *copyright* rispetto all'opera creata dal dipendente, nell'ambito dell'attività per cui era stato retribuito, utilizzando le strutture messe a disposizione dal datore di lavoro.

¹¹² In dottrina si parla spesso di regola di *Bleistein* (*Bleistein rule*) o prescrizione di Homes (*Holmesian prescription*).

Capitolo 2

Il problema della definizione di un concetto giuridico di arte

1. Premessa

Per quanto, allora, possa risultare compito indesiderato, gravoso, scomodo, difficile, se non impossibile, le corti non possono semplicemente evitare di prendere decisioni sulla natura, o persino sulla qualità, dell'arte.

Tuttavia, quando la dottrina nordamericana affronta il problema della definizione giuridica dell'arte, ponendosi la cosiddetta “*what is art?*” question, il punto di partenza è costituito solitamente dalla fonte legislativa, che per natura richiede una sistemazione di ampio respiro unita ad una trattazione il più possibile puntuale e chiara dell'oggetto che si appresta a tutelare¹. Il giurista si concentra generalmente sulla disamina di come il termine “arte” viene definito e declinato nelle leggi che si occupano di disciplinare i diversi aspetti della materia artistica², e di come nell'interpretazione-applicazione l'intervento giurisprudenziale viene a specificare ed integrare la disposizione legislativa³.

¹ La fonte legislativa in *common law*, per natura il più possibile ristretta e ricchissima di dettagli per lasciare spazio al diritto giurisprudenziale, è molto diversa da quella di *civil law*, che aspira ad essere completa, esaustiva, generale ed astratta. Tuttavia, all'interno della tradizione di *common law*, gli Stati Uniti si differenziano rispetto alla tradizione inglese per aver dotato i propri *statutes* di un livello semantico di respiro ben più ampio, in questo senso mostrandosi più “continentali”, vedi V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, Giappichelli, 2014.

² La scelta operata dal legislatore statunitense è stata quella di impostare il sistema di tutela sull'oggetto, sul prodotto finito, risultato del processo artistico piuttosto che sull'artista e sul suo lavoro di creazione dell'opera. All'opposto accade in Italia, vedi J. Merryman, *Art Law, Ethics and the Visual Arts*, London, Kluwer Law International, 2002.

³ P.H. Karlen, *Art in the Law*, in 14 *Leonardo* 51, 1981; Id., *What is Art?: A Sketch for a Legal Definition*, cit.; L.D. DuBoff, *What is Art? Toward a Legal Definition*, in 94 *The Law Quarterly Review* 383, 1978; L.D. DuBoff, S. Burr, M.D. Murray, *Art Law. Cases and Materials*, New York, Aspen Publishers, 2010; J.B. Prowda, *Visual Arts and the Law. A Handbook for Professionals*, Farnham-Burlington, Lund Humphries, 2013.

In questo modo, la questione “cosa è arte?” ai fini della tutela giuridica finisce per essere affrontata quasi esclusivamente riguardo a determinati ambiti del diritto – il più delle volte sono il diritto d'autore, il diritto dei marchi, il diritto morale, ma anche il diritto doganale e fiscale – che hanno in comune il fatto di fornire una base di diritto positivo.

Nonostante sia notevole la frequenza con cui la categoria “arte” viene codificata, se si esamina la regolazione della materia artistica da parte della *common law*, la varietà e l'ampiezza dei casi si fa ancora più impressionante. Tra questi, ha destato particolare interesse in chi scrive – certamente per propensioni autobiografiche, ma soprattutto per la complessità che acquista il problema di cosa è arte, già di per sé complesso, nel momento in cui deve definirsi entro tali confini – la disciplina del Primo Emendamento. Allo scopo di approfondire come la questione di definire l'arte viene affrontata dalle corti, in particolare dalla Corte Suprema federale, ai fini della tutela del Primo Emendamento, pare necessario non poter prescindere dalle varie definizioni di arte offerte nell'ordinamento per preparare il terreno ed avere un'idea dello scenario in cui si trova a muoversi la Corte e degli strumenti che ha a disposizione.

È imprescindibile, quindi, premettere alla trattazione della tutela dell'arte sotto il Primo Emendamento, un accenno almeno per sommi capi a quegli ambiti che cercano di inquadrare il fenomeno artistico che si ritengono più funzionali alla ricerca e che finiscono per scontrarsi più spesso con il diritto alla libera espressione.

2. I tentativi legislativi di definire l'arte

Ad un primo e rapido sguardo sul panorama normativo, emerge subito la tensione tra il principio della giusta astensione del diritto dal costringere l'arte entro confini troppo rigidi e la condizione di sovrapposizione e stratificazione di specifiche definizioni di “opera d'arte” dettate in diversi ambiti di regolamentazione.

Meglio, più che definizioni di “opera d'arte” spesso, nella legislazione in materia artistica, tutto quel che si può reperire si limita a dei veri e propri elenchi: nei vari paragrafi sono inanellate le forme espressive da includersi nella categoria di arte, come la pittura, la scultura, il disegno, la fotografia, ma senza ulteriori indicazioni definitorie⁴.

Certe leggi, poi, evitano persino di riferirsi esplicitamente agli oggetti che tutelano con la locuzione “opere d'arte”, o di usare in qualche modo la parola “arte”, pensando di aggirare il problema evitando *ab initio* qualsiasi riferimento alla categoria generale. Ci si trova di fronte, allora, a delle nuove elencazioni di attività, ma in questi casi non ricondotte esplicitamente ad alcuna categoria omnicomprendensiva di cui andrebbero definiti i confini. Il Copyright Act, ad esempio,

⁴ E.g., The National Foundation on the Arts and the Humanities Act, 20 U.S.C. (2000), § 952(b), § 952(c).

si limita ad elencare tipi di oggetti come “pictorial, graphic, and sculptural works”⁵, senza menzionare la categoria “arte” a cui appartengono. La dizione “lavori pittorici, grafici e scultorei” non porta con sé alcun implicito criterio di gusto artistico, valore estetico, o qualità intrinseca. Questo tentativo di evitare valutazioni estetiche non risolve il problema, anzi, finisce per essere discriminatorio nei confronti di quelle forme d’arte più recenti che non possono trovare spazio nelle categorie elencate, come la *performance art*, *conceptual art*, *body art*, *environmental art*, *installation art*, *video art*, *appropriation art*⁶.

2.1 Il diritto d’autore

Abbiamo appena visto come il Copyright Act, che disciplina il diritto d’autore⁷, sia un buon esempio di quel tipo di legislazione che tenta di aggirare il problema di

⁵ The Copyright Revision Act [di seguito denominato Copyright Act], 17 U.S.C. 1976 § 102(a)(5). Si rimanda *infra*, nota 7.

⁶ A. Barron, *Copyright Law and the Claims of Art*, in 4 *Intell. Prop. Q.* 368, 2002.

⁷ Copyright Act, 17 U.S.C. 1976. Attualmente, nell’ordinamento statunitense il diritto d’autore delle opere d’arte viene protetto, a livello legislativo, dal Copyright Act del 1976 (per lavori creati o pubblicati a partire dal 1° gennaio 1978 compreso, giorno della sua entrata in vigore), ma ancora anche dal Copyright Act del 1909 (per lavori pubblicati prima del 1° Gennaio 1978). Il Copyright Act è una legge più volte novellata, a partire dall’Implementation Act della Convenzione di Berna del 1989, passando per gli interventi che hanno adeguato l’impianto normativo all’evoluzione tecnologica, fino al Sonny Bono Copyright Term Extension Act del 1998, che aggiunse vent’anni di tutela ai cinquanta anni dalla morte dell’autore già previsti dall’Atto del 1976. A proposito di quest’ultimo atto, nel panorama dottrinale si riscontrano diverse posizioni riguardo le ragioni per cui il Congresso abbia approvato l’estensione del termine. Da una parte, i detrattori della rigida disciplina del *copyright* sostengono che il Sonny Bono Act sia frutto solamente di una pressante attività di *lobbying* da parte delle *major*s presso il Congresso, in particolare della Disney. Questa, infatti, aveva l’interesse economico di prolungare la durata del *copyright* soprattutto per impedire che il celebre Mickey Mouse, icona dell’azienda, cadesse in pubblico dominio e fosse liberamente utilizzabile da chiunque (cfr. L. Lessig, *Cultura libera*, Milano, Apogeo, 2005, p. 128). Dall’altra parte, un argomento molto forte dei sostenitori di un *copyright* più severo e restrittivo viene direttamente dalla Comunità Europea. Nel 1993, infatti, il Consiglio emanò la direttiva 93/98 concernente la durata di protezione del diritto d’autore allo scopo di armonizzare le differenti discipline degli Stati membri. Se da un lato molti di essi facevano parte della Convenzione di Berna, dall’altro questa vincolava gli Stati firmatari ad apprestare una durata minima corrispondente alla vita dell’autore più cinquant’anni: questa soglia, con l’intervento della CEE, venne portata a settant’anni. Il Congresso dunque aveva ottime ragioni per conformarsi a questa scelta, per non rischiare di vedere la protezione delle opere dell’ingegno statunitensi compromessa dalle differenze con le regole europee. Il problema dell’eccessiva durata del *copyright* è stato oggetto di una nota sentenza della Corte Suprema nel caso *Eldred v. Ashcroft* 537 U.S. 186 (2003). Eric Eldred, programmatore in pensione, decise di pubblicare su internet delle edizioni di classici della letteratura con l’aggiunta di link, immagini e altre informazioni, in modo da renderle più appetibili per le giovani generazioni. Con il Sonny Bono Act però egli non avrebbe più potuto pubblicare su internet alcuna opera successiva al 1923, in quanto la durata del *copyright* per tali opere era stata retroattivamente ampliata. Convinto dell’ingiustizia ed incostituzionalità di questa operazione, in quanto l’estensione dei termini correnti violava il dettato costituzionale (il *copyright* viene tutelato dall’Art. 1, sez. 8 della Costituzione, si rimanda *infra*, nota 136 e testo corrispondente) della durata illimitata (“for limited times”) e l’estensione dei termini correnti e futuri violava

definire l'arte facendo menzione direttamente delle singole manifestazioni artistiche, senza preoccuparsi di inquadrare a livello definitorio la categoria generale entro cui tali manifestazioni sarebbero ricomprese⁸. La lista delle diverse tipologie di espressione artistica sostituisce, tra l'altro, la designazione usata nel previo Copyright Act del 1909, che invece impiegava la classificazione "works of art"⁹.

Un requisito espressamente previsto dalla sezione 102(a) del documento legislativo, su cui la giurisprudenza è stata chiamata più volte a pronunciarsi a partire da *Bleistein*, è quello dell'originalità¹⁰, secondo cui un oggetto, per poter essere definito opera d'arte e godere della protezione del diritto d'autore, deve essere prodotto autentico dell'ingegno del suo creatore. Come abbiamo già accennato, il giudice Holmes nel 1903 stabilisce che originalità non equivale a possedere i caratteri dell'innovazione e della creatività, come si dedurrebbe dal significato del termine nel linguaggio comune, essendo sufficiente che il lavoro sia solo "qualcosa di più di una copiatura"¹¹.

La disciplina del Copyright Act opta, nel successivo paragrafo (b), per il principio della necessaria materialità dell'opera, prevedendo la tutela della sola forma espressiva dell'idea, e non dell'idea in sé, che viene lasciata al pubblico dominio¹². La scelta per questo principio, che si basa sulla famosa *idea-expression dichotomy*, conferma l'importanza, nel sistema di tutela degli Stati Uniti, della distinzione tra il momento del processo creativo, dell'ideazione e il momento di realizzazione materiale dell'oggetto artistico, di espressione dell'idea. Si tratta di un principio fondamentale del *copyright*/diritto d'autore, tanto importante, quanto discusso, e, in ogni caso, condiviso da tutti i moderni modelli di tutela delle opere dell'ingegno¹³: è estremamente complesso, infatti, scindere all'interno di un'opera

il Primo Emendamento, venne affiancato da Lawrence Lessig nel tentativo di ottenere un parere sul punto dalla Corte Suprema. Le risposte che ottennero furono però del tutto negative.

⁸ Copyright Act 1976, sec. 102(a) dell'U.S.C.: "(a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories: (1) literary works; (2) musical works, including any accompanying words; (3) dramatic works, including any accompanying music; (4) pantomimes and choreographic works; (5) pictorial, graphic, and sculptural works; (6) motion pictures and other audiovisual works; (7) sound recordings; and (8) architectural works." (corsivo aggiunto)

⁹ Vedi Copyright Act 1909, sec. 5(g).

¹⁰ Copyright Act 1976, sec. 102(a) dell'U.S.C.: "(a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship". (corsivo aggiunto) Del requisito dell'originalità si è trattato anche a proposito del caso *Bleistein v. Donaldson*, si veda *supra*, cap. I, par. 6.

¹¹ L.D. DuBoff, *What is Art? Toward a Legal Definition*, cit., p. 305.

¹² Sec. 102(b) del Copyright Act: "In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work". (corsivo aggiunto)

¹³ Il legislatore statunitense codifica il principio che fa ruotare la tutelabilità dell'opera attorno alla cosiddetta *idea-expression dichotomy*, che invece nel nostro ordinamento, ad esempio, ha trovato per lungo tempo riconoscimento soltanto dottrinale e giurisprudenziale. Si è detto che è estremamente complesso scindere all'interno di un'opera ciò che è forma espressiva da ciò che è contenuto/idea. La questione è ancora più controversa con riguardo alle opere utili, che presentano caratteristiche peculiari e diverse rispetto alle creazioni intellettuali con prevalente natura artistica. Quando le corti si trovano davanti un

ciò che è forma/espressione da ciò che è contenuto/idea, specialmente nel campo delle arti visive, dove il confine tra idea ed espressione diventa così sottile e sfuocato da dipendere totalmente dall'interpretazione¹⁴. La dicotomia rileva *mutatis mutandis* anche in ambito di Primo Emendamento, dove la libertà di espressione del creatore di un determinato oggetto o dell'autore di una certa azione verrà tutelata solo se sarà possibile intravedere in quella forma espressiva anche un messaggio che si intende comunicare; anche qui l'operazione di distinguere l'idea dalla forma attraverso cui viene espressa/che assume risulta particolarmente gravosa, specialmente in quelle forme d'arte contemporanea in cui spesso il messaggio è tutt'uno con il mezzo.

Tornando alle disposizioni legislative del Copyright Act sui caratteri che un'opera deve avere per godere del diritto d'autore, si noti che il fatto di aggiungere, nel paragrafo (a), la previsione esplicita che la tutela possa essere accordata solo all'opera che si esprima attraverso un "mezzo tangibile" che sia "fisso"¹⁵, significa che l'opera d'arte non solo non potrà essere immateriale ed effimera, ma nemmeno un'opera in divenire, che si modifica nel tempo, o che si definisce attraverso la partecipazione del fruitore, o che non è ancora conclusa¹⁶. Con una certa sorpresa,

oggetto utile, la definizione di arte diviene ancora più ristretta: al requisito del minimo di originalità, si aggiunge quello della separabilità, per cui il creatore deve dimostrare che l'espressione artistica può essere concettualmente separata dalla funzione utilitaristica dell'oggetto (si rimanda *infra*, par. 3.1).

¹⁴ C. Fenzel, Still Life with 'Spark' and 'Sweat': the Copyrightability of Contemporary Art in the United States and the United Kingdom, in 24 *Ariz. J. Int'l. & Comp L.* 541, 2007, p. 549.

¹⁵ Copyright Act 1976, sec. 102(a) dell'U.S.C.: "(a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any *tangible medium* of expression". (corsivo aggiunto)

¹⁶ Questa previsione è abbastanza assurda se si pensa alle diverse espressioni dell'arte contemporanea, in cui l'immaterialità, l'idea, il concetto (l'arte contemporanea viene chiamata "arte concettuale", per la prima volta da H. Flynt, *Essay: Concept Art*, in *An Anthology*, New York, La Monte Young, 1963) sono elementi ricorrenti.

Non solo, il concetto di opera in divenire, che si modifica nel tempo è alla base, ad esempio, di tutta l'arte povera, ed anche di certa *land art*. Si pensi alle sculture di Giuseppe Penone, uno dei grandi dell'arte povera, come la serie "Alpi Marittime", "Continuerà a crescere tranne che in quel punto", "Crescendo innalzerà la rete", in cui l'albero che cresce ingloba gli elementi in ferro che l'artista vi aveva innestato. Dalle parole di Penone in un'intervista sul Corriere della Sera: "In questo modo non ero io a essere attivo, ma l'albero. Il materiale stesso creava la scultura e io aspettavo che l'opera si compisse" (intervista disponibile all'indirizzo: <http://lettura.corriere.it/giuseppe-penone-scolpisco-dialoghi-con-la-natura/>, consultato in data 29 novembre 2016). Un altro esempio di opera che si modifica nel tempo è l'installazione di Dan Harvey e Heather Ackroyd presentata all'Isabella Stewart Gardner Museum di Boston.

Per quanto riguarda, invece, l'arte che si definisce attraverso la partecipazione del pubblico, si rimanda a tutto il filone della *performance*, nato negli anni Sessanta, in cui sempre la fruizione è parte integrante e fondamentale, ma in certe opere diviene addirittura necessario perché la *performance* possa compiersi; tra tutte, si pensi a "Cut Piece" (1964) di Yoko Ono, in cui l'artista sedeva a terra con accanto un paio di forbici ed il pubblico era invitato ad usarle per tagliarle i vestiti, oppure a "Rythm 0" di Marina Abramovic, tenutasi a Napoli per sei ore consecutive nel 1974, in cui erano a disposizione del pubblico settantadue oggetti da usare sull'artista, inclusa una pistola e un proiettile. La *performance* rientra anche in quel genere di arte immateriale, per la cui tutela si assiste ad un sempre maggiore coinvolgimento degli artisti stessi (si pensi al MAI, istituto appena nato, fondato a New York da Marina Abramovic, proprio per la tutela delle opere immateriali).

Un caso che ha riguardato un'opera non terminata: *Carter v. Helmsley-Spear, Inc.*, 71 F.3d 77 (2nd Cir.1995). Ma di opere non terminate si trovano anche nell'arte classica: si pensi a "I Prigioni" di Michelangelo, non sarebbero da considerare opera d'arte?

considerate soprattutto le caratteristiche dell'arte americana del periodo in cui il Copyright Act è stato redatto, si deve evidenziare come, secondo la lettera di questa disposizione, non possano che rimanere fuori dalla tutela del diritto di *copyright* moltissime pratiche artistiche contemporanee¹⁷.

I giuristi, alla luce di tale disciplina, completamente inadeguata alle nuove esigenze dell'arte contemporanea, si preoccupano di colmare tali lacune e propongono come soluzione un'interpretazione più elastica degli stessi criteri di riferimento usati fino a quel momento. L'elasticità desiderabile si trova già nell'atto stesso e nel diritto giurisprudenziale esistente, per cui elemento necessario e sufficiente per l'adeguamento della disciplina è solo l'apertura mentale dell'interprete¹⁸. Minoritaria rimane la richiesta di una riforma della materia, prevalendo nettamente la fiducia nella capacità del diritto d'autore di adeguarsi alla nuova arte per il contributo di dottrina e soprattutto di giurisprudenza, seppur debba essere mantenuto fermo il famoso principio di neutralità del giudice, che non dovrebbe mai trovarsi a "recitare il ruolo del critico d'arte"¹⁹.

Se si adotta per un attimo la prospettiva continentale, si vedrà che in maniera simile si sono comportati i giudici francesi, che hanno disegnato in senso evolutivo confini e caratteri del concetto di opera d'arte, cercando di adeguarsi al divenire della realtà artistica. Anche in questo contesto, la tensione tra un'esigenza di materialità ai fini della tutela giuridica e l'immaterialità di molte opere d'arte contemporanea ha indotto il giudice a riconsiderare i criteri di interpretazione per estendere la tutela del diritto d'autore anche all'opera concettuale. Questo ha richiesto di prescindere dalla considerazione della forma estrinseca dell'opera, assumendo come dirimente nel giudizio sull'identità dell'opera d'arte, il fattore del contesto nel quale essa si trova e si manifesta²⁰.

In Italia, invece, non si intravedono molti stimoli verso il superamento dell'inadeguatezza testuale della disciplina, tali da spingere il giudice ad andare oltre

¹⁷ Sul punto, A.B. Cohen, *Copyright Law and the Myth of Objectivity: the Idea-Expression Dichotomy and the Inevitability of Artistic Value Judgments*, cit., p. 175 ss.

¹⁸ "Il quadro normativo riguardante il diritto di *copyright* è ampio abbastanza da garantire l'inclusione delle recenti categorie di arte", G. Cheng, *The Aesthetic of Copyright Adjudication*, cit., p. 117.

¹⁹ L. Harrison, *The Problem with Posner as Art Critic: Linnemeir v. Board of Trustees of Purdue University Fort Wayne*, cit., p. 203 (cfr. *supra*, cap. I, nota 83).

²⁰ Si tratta di un processo graduale, che ha attraversato diverse fasi, con un andamento non sempre costante. I primi interrogativi si pongono rispetto al caso degli artisti Christo e Jeanne Claude che citano in giudizio un'agenzia pubblicitaria che aveva imitato il loro tipico stile di impacchettamento. In questo caso i giudici, da un lato, riconoscono l'aura di opera d'arte originale alla realizzazione concreta di tale idea, ma, dall'altro, escludono che si possa accordare tutela ad un generico modo di imballaggio, all'idea in sé di impacchettare monumenti. Similmente, nel 1998 con il caso Pinocelli, si riconosce la non tutelabilità dei *readymades* (cfr. B. Edelman, *De l'urinoir comme un des braux – arts, de la signature de Duchamp au geste de Pinocely*, in *Dalloz*, 2000, Chron., 98). Infine, però, un vero e proprio incentivo alla revisione dei principi interpretativi prende le mosse dal caso Paradiso, che, riconoscendo ad una mera idea il valore di opera d'arte, insegna che il giudice attento può adeguarsi all'evoluzione dei tempi e risolvere la tensione tra arte e diritto, evitando di irrigidire in tradizionali schematismi l'aspetto definitorio dell'opera. Certamente, non si tratta di orientamento giurisprudenziale consolidato, le decisioni difformi non mancano, ma senza dubbio indica una direzione verso cui sarebbe auspicabile e necessario andare. Si veda la ricostruzione di Donati in A. Donati, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2012.

la lettura delle norme²¹. Mancano, infatti, occasioni giurisprudenziali di confronto su questi temi, essendo di gran lunga preferita per questo tipo di controversie la risoluzione stragiudiziale.

Tornando alla disciplina del diritto d'autore nel sistema nordamericano, si deve aggiungere la considerazione per cui, seppure a livello nazionale non sia stata formulata alcuna linea definitoria per il dilemma arte/non arte, tolti certi requisiti genericamente applicabili ai lavori elencati nella disposizione esaminata, esiste a livello internazionale un appiglio che fornisce la definizione generale in materia di diritto d'autore. Ci si riferisce alla Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche del 1886, che costituisce punto di riferimento essenziale per gli ordinamenti che vi hanno aderito, come appunto quello degli Stati Uniti (attraverso il Berna Implementation Act del 1989), o anche quello italiano (attraverso la legge di recepimento 20 giugno 1978 n. 399). Il modello della Convenzione dimostra grande apertura prevedendo la tutela di "ogni opera artistica qualunque ne sia il modo o la forma di espressione"²²: questo permette un approccio generale e unitario alla regolamentazione delle opere d'arte ed evita ogni discriminazione. La disposizione continua con una enumerazione esemplificativa, e non priva di lacune, di alcune tipologie di opere, tutelate a prescindere dalla loro materialità. A questo punto, però, la Convenzione lascia alla discrezionalità dei singoli stati la scelta riguardante il riconoscimento o meno della tutela alle opere non materiali²³, determinando profonde differenze tra i diversi ordinamenti. Il Copyright Act, come abbiamo visto, adotta l'opzione consentita dalla Convenzione, inserendo il requisito della necessaria materialità dell'opera; diversamente la legge italiana sul diritto d'autore, che adotta alla lettera la formula ampia della Convenzione, ammettendo la tutela di opere d'arte anche non fissate su supporto materiale, purché manifestate²⁴, dimostrando potenziale apertura. Anche se la disciplina d'oltreoceano, specie in seguito agli interventi normativi di recepimento degli accordi internazionali²⁵ come la Convenzione, presenta numerosi punti di convergenza rispetto al diritto d'autore continentale, sembra che su un punto così importante ai fini dell'adeguamento della materia alle esigenze della società contemporanea la distanza resti ancora significativa. E la distanza, di fatto, esiste, ma se ne ribaltano i termini. Infatti, la potenziale apertura dimostrata dai legislatori italiani rimarrà tale,

²¹ Nonostante il loro potenziale. La disciplina legislativa italiana infatti non contiene il requisito di necessaria materialità dell'opera. Si rimanda *infra*, nota 27.

²² Convenzione di Berna, Art. 2(1).

²³ *Id.*, Art. 2(2).

²⁴ Legge 22 aprile 1941 n. 633 sulla "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio", Titolo I "Disposizioni sul diritto d'autore", Capo I "Opere protette", paragrafo 1: "Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione."

²⁵ Gli accordi internazionali in materia di copyright sono sempre più numerosi. Si veda l'elenco esemplificativo contenuto nel Copyright Act, sec. 101: "An "international agreement" is: (1) the Universal Copyright Convention; (2) the Geneva Phonograms Convention; (3) the Berne Convention; (4) the WTO Agreement; (5) the WIPO Copyright Treaty; (6) the WIPO Performances and Phonograms Treaty; and (7) any other copyright treaty to which the United States is a party."

non avendo – e non cogliendo quelle poche – occasioni di potersi tradurre nella pratica, sguarnita anche del sostegno della riflessione dottrinale; al contrario, il sistema nordamericano si farà forte del contributo decisivo di dottrina e soprattutto giurisprudenza, che si occuperà di rimediare all'inadeguatezza e colmare la carenza legislativa.

In generale, la distinzione più significativa tra il diritto di *copyright* e il diritto d'autore europeo si coglie in un duplice dato fondamentale: il suo espresso riconoscimento e definizione nella Costituzione federale²⁶ ed il ruolo di prim'ordine che le corti nordamericane giocano nel delinearne i tratti. In Italia, ad esempio, oltre alla mancanza di una espressa norma costituzionale, la casistica giurisprudenziale, come si è accennato, è piuttosto carente, preferendosi componimenti stragiudiziali, ed inoltre quei pochi casi mostrano una totale mancanza di apertura alle nuove esigenze dell'arte contemporanea²⁷.

In aggiunta al diritto d'autore, un'altra forma di tutela (che rientra in quel "bundle of rights") della proprietà intellettuale che si dimostra di grande importanza per la comunità artistica è il diritto dei marchi. A livello legislativo, il Congresso, sulla base della Commerce Clause contenuta nel primo articolo della Costituzione²⁸, emana nel 1946 il Lanham Act e nel 1988 il Trademark Revision Act²⁹. Meritevoli di approfondimento saranno alcuni aspetti della disciplina lasciati alla regolazione della *common law* (si rimanda *infra*, parag. 3).

²⁶ U.S. Const., Art. I, Sec. 8, Cl. 8. La cosiddetta *IP Clause* prevede che il Congresso, assicurando ad autori e inventori il diritto di esclusiva sulle proprie opere o invenzioni per periodi limitati di tempo, debba promuovere il progresso della scienza e delle arti. Per una trattazione esaustiva della disciplina federale del *copyright* statunitense ed in particolare dei suoi aspetti costituzionali e dei criteri della *federal preemption* (la *federal preemption* è prevista nella sec. 301 del title 17 dell'U.S.C., in base a tale disciplina la legge statale può considerarsi *preempted* laddove ricorrano alcune condizioni: 1) il diritto posto dalla legge statale deve essere "equivalent" ad uno dei diritti esclusivi che ricadono nelle finalità del *copyright* specificate nella section 106 del title 17 dell'U.S.C.; 2) lo stesso diritto deve riguardare un'opera dell'ingegno fissata in un "tangible medium of expression"; 3) l'opera dell'ingegno deve ricadere nell'ambito di applicazione del *copyright* disciplinato dalle sections 102 e 103), si veda M. Nimmer, *Nimmer On Copyright*, vol. I, New York, 1984.

²⁷ Si veda Cass. civ., 12 dicembre 1991, n. 13399, dove il giudice italiano, interpretando il requisito di creazione dell'opera dell'art. 2576 c.c. come necessaria trasformazione della materia, dimostra di rimanere legato ad una nozione materialistica dell'opera d'arte. Non riconoscendo come arte l'installazione di Beyus al Castello di Rivoli, formata da vasche di pietra, consegnate all'artista dalla signora Domizio, in cui era stato versato dell'olio, la Corte afferma implicitamente che l'arte concettuale non ha alcuna valenza giuridica.

²⁸ U.S. Constitution, Art. 1 § 8, cl. 3.

²⁹ Precedentemente, c'erano stati altri due atti, uno dichiarato invalido dal caso *Trade-Mark Cases*, 100 U.S. 82 (1879), l'altro del 1905 che da ultimo si rivelò inadeguato e fu poi sostituito nel 1946 dalla disciplina attuale. Nel 1881 il Congresso emanò un atto per la registrazione dei marchi usati nel commercio internazionale, mentre per il commercio tra gli stati dopo l'annullamento del primo testo si dovette aspettare il 1905.

2.2 I diritti morali

Esiste poi una categoria di diritti, quella dei cosiddetti diritti morali, che, a differenza del diritto di *copyright* e dei marchi, non si legano direttamente all'aspetto economico dell'arte, ma derivano piuttosto dall'idea che l'opera sia una proiezione della personalità dell'artista e che, in ragione di questo, egli possa vantare su di essa dei diritti attinenti alla sua dignità e reputazione, quali il diritto di integrità, volto a prevenire la distruzione o l'alterazione, e il diritto di rivendicarne la paternità o attribuzione³⁰. I diritti morali non dipendono dalla resa economica, dal profitto ricavabile dall'opera, dunque non si estinguono nel momento in cui l'artista non ne è più in possesso, non solo, si estendono anche ai suoi eredi fino a settant'anni dopo la sua morte³¹.

Veri e propri figli dell'Europa continentale, *les droits moraux* (più spesso *le droit moral*) nascono in Francia per via giurisprudenziale, per poi venire codificati nel 1957³². Sul piano internazionale, la Convenzione di Berna li inserisce con le modifiche di Roma del 1928³³. Negli Stati Uniti, invece, si è dovuto aspettare la fine degli anni Settanta perché, sulla spinta dell'attenzione mediatica e del clamore suscitato nell'opinione pubblica intorno a certi maltrattamenti di rinomate opere d'arte³⁴, i legislatori statali, guidati dalla California, cominciarono ad emanare le proprie disposizioni in materia di *moral rights*. Il California Art Preservation Act del 1979 limita la protezione a "works of fine art", che definisce come "original painting, sculpture or drawing [...] of recognized quality"³⁵; in questo modo impone due criteri di tutelabilità: che sia un'opera d'arte figurativa, adottando così una concezione ristretta di arte comprensiva dei soli mezzi tradizionali, ma non solo, che sia anche un'opera di riconosciuta qualità. Lo Stato di New York, che seguirà a ruota il legislatore californiano, prevede lo stesso tipo di restrizione ad opere d'arte

³⁰ I diritti morali in Europa continentale sono quattro, ma negli Stati Uniti vengono importati solo i due menzionati, attraverso la Convenzione di Berna che lascia alla discrezionalità dei singoli stati firmatari il modo di implementazione. Gli altri due diritti morali sono: il diritto di inedito e di determinare i tempi e i modi di pubblicazione, per cui l'artista può decidere quando il suo lavoro è completo e pronto per essere divulgato, potendosi rifiutare di mostrare il suo lavoro al pubblico fino a quando non si ritiene soddisfatto; il diritto di ritiro dell'opera dal commercio, per cui l'autore può decidere di riprendersi l'opera, in cambio del pagamento di un indennizzo (in Italia, è il cosiddetto "diritto di pentimento" ex art. 2582 c.c. che viene concesso per gravi ragioni morali).

³¹ In Europa, i diritti morali non solo sono perpetui, ma anche incedibili, indisponibili. Negli Stati Uniti, non può concepirsi l'indisponibilità.

³² Cfr. C. Swack, *Safeguarding Artistic Creation and the Cultural Heritage: A Comparison of Droit Moral Between France and the United States*, in 22 Colum.-VLA J.L. & Arts 361, 1998, pp. 370-372; C.J. Robinson, *The "Recognized Stature" Standard in the Visual Artists Rights Act*, in 68 Fordham L. Rev. 1935, 2000, pp. 1938-1939.

³³ Convenzione di Berna, Art. 6bis.

³⁴ In California, lo stimolo a legiferare venne fornito dalla disputa intorno alla scultura di Simon Rodia, "Watts Towers". A New York, invece, l'episodio catalizzatore fu la distruzione di "Tilted Arc" di Richard Serra, cfr. *Serra v. United States Gen. Servs. Admin.*, 667 F. Supp. 1042 (S.D.N.Y. 1987) *affid.*, 847 F.2d 1045 (2d Cir. 1988).

³⁵ Cal. Civ. Code § 987.

figurativa, ma non inserisce l'ulteriore requisito della qualità universalmente riconosciuta³⁶.

Sarà solo nel 1990, invece, che i diritti morali verranno riconosciuti anche a livello federale con l'entrata in vigore del Visual Artists Rights Act (VARA)³⁷. I previ tentativi di introdurre i diritti morali per via giurisprudenziale erano falliti soprattutto perché le corti vedevano i tradizionali diritti di proprietà compromessi. In *Vargas v. Esquire*³⁸, ad esempio, del 1947, l'artista Antonio Vargas aveva creato per la rivista *Esquire* una serie delle sue ragazze calendario, alcune delle quali furono pubblicate senza crediti; la Corte rigettò la pretesa di Vargas di vedere apposto il suo nome sulle sue illustrazioni, sulla base del contratto firmato dall'artista che non prevedeva alcuna clausola in merito. Anche il Congresso fece numerosi tentativi di passare una legislazione in materia di diritti morali, ma negli Stati Uniti il radicato attaccamento ai diritti patrimoniali rendeva l'idea stessa di diritto morale semplicemente inconcepibile, lasciando spazio ad una profonda ostilità.

Tuttavia, dopo la firma della Convenzione di Berna nel 1988, a lungo ritardata proprio a causa delle molte perplessità e resistenze nei confronti della disciplina dei diritti morali³⁹, la loro introduzione nell'ordinamento nazionale era diventata inevitabile. Similmente a quanto previsto dai modelli di legislazione statale, anche il VARA si applica solo ad una categoria ristretta di arte, quella cui appartengono "works of visual art" dotati "of recognized stature"⁴⁰.

Anche altre leggi scelgono di limitare il loro ambito di applicazione a "works of fine art", ad esempio, nel caso del California Resale Royalty Act del 1976⁴¹, che prevede di indirizzare una percentuale dei profitti ricavati dalle vendite successive di un'opera all'artista che l'ha realizzata⁴². Il fatto di prevedere requisiti così specifici, che implicano una concezione decisamente ristretta di arte, obbliga le giurie e le corti a spingersi verso considerazioni di tipo qualitativo rispetto all'oggetto della causa, dovendo verificare che l'oggetto in questione non solo possa rientrare in una precisa categoria ("fine arts", "visual arts",...) ⁴³, ma anche che possieda determinate

³⁶ Artists Autorialship Rights Act (1983), abrogato e sostituito da N.Y. Arts & Cult. Aff. Law (1984).

³⁷ VARA, 17 U.S.C. § 106A (1990).

³⁸ *Vargas v. Esquire, Inc.*, 164 F. 2d 522 (7th Cir. 1947).

³⁹ Cfr. A. Adler, *Against Moral Rights*, in 97 *Cal. L. Rev.* 263, 2009.

⁴⁰ 17 U.S.C. § 106A(a)(3)(B).

⁴¹ Cal. Civ. Code § 986.

⁴² Il dibattito in materia ha ripreso vita negli ultimi anni, si veda il seminario organizzato da Amy Adler, *Resale Royalty Rights: A Conversation Inspired by the Copyright Office's Call for Comments on a Federal Resale Royalty*, presso New York University, School of Law, il 2 Aprile 2013.

⁴³ Molti casi dimostrano quanto il limite di applicazione della disciplina alla categoria "visual arts" sia restrittivo. E.g., in *Gegenhuber v. Hystopolis Productions, Inc.*, 660 N.E.2d 107 (1st Cir. 1995), la Corte escluse la tutela per marionette, costumi, scenografie; *Hart v. Warner Brothers*, la Corte decise che la Warner Bros. che aveva prodotto un film contenente una scena in cui veniva rappresentata una deformazione della scultura *Ex Nihilo* di Frederick Hart, non aveva violato il diritto morale dell'artista in quanto il VARA si applicava solo all'opera in sé, che era rimasta intatta, e non alla sua rappresentazione; *Silberman v. Innovation Luggage Inc.*, 67 U.S.P.Q.2d 1489 (S.D.N.Y. 2003); *Pollara v. Seymour*, 150 F. Supp. 2d 393 (N.D.N.Y.2001).

Lo stesso accadeva già con il California Art Preservation Act, che allo stesso modo prevedeva che le opere appartenessero ad una specifica categoria, quella dell'arte figurativa. In *Botello v. Shell Oil Co.*,

qualità, che sia cioè arte valida, seria, di un certo livello (*high art*)⁴⁴. Riguardo a questo secondo requisito, la Corte stabilisce nel caso *Carter v. Helmsley Spear*⁴⁵ un duplice test: la Corte dovrà giudicare il merito artistico del lavoro (“stature”), ma anche se tale merito sia stato riconosciuto dalla generalità del pubblico (“recognized”), a questo scopo potendo ricorrere all’opinione di artisti, mercanti d’arte, collezionisti, curatori di musei, restauratori e altri che gravitano intorno al mondo dell’arte, ma non essendo a queste vincolati⁴⁶. Ci si rende conto di come l’applicazione di un simile test non possa altro che risultare decisamente arbitraria e discriminatoria.

2.3 Il diritto doganale

Finora abbiamo esaminato parte della legislazione nata per regolare la materia artistica, tuttavia questioni di fondo sull’arte sorgono anche in aree del diritto che non vi appaiono immediatamente collegate, quali il diritto doganale e il diritto fiscale.

Anzi, a fronte di uno scenario giuridico in cui la legge appare poco propensa a proporre soluzioni per il problema di una definizione generale di arte, è proprio in questi settori più tecnici e specifici che il diritto legislativo si è dovuto dimostrare più deciso ad individuare gli spazi destinati all’arte, e ha elaborato le definizioni più puntuali. Ed allo stesso modo, vedremo (*infra*, cap. IV) che è proprio soprattutto in relazione a queste materie che i giudici sono stati apertamente chiamati a pronunciarsi sulla natura artistica o meno di un oggetto e non hanno potuto astenersi dal prendere posizione ai fini della risoluzione della controversia. Secondo il diritto

229 Cal. App. 3d 1130 (1991), la Corte rovesciò il giudizio della Corte distrettuale secondo cui un murales non era un dipinto dunque non poteva considerarsi appartenente al genere di arte figurativa. In *Jacobs, Inc. v. Westloaks Realtors, Inc.*, 159 Cal. App. 3d 637 (1984), la Corte ritiene che progetti di architettura non possono considerarsi disegni dunque non tutelabili come arte figurativa sotto la disciplina dei diritti morali.

⁴⁴ Cfr. *infra*, nota 88, ma anche cap. V, sul caso *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

⁴⁵ In *Carter v. Helmsley-Spear, Inc.*, 861 F. Supp. 303 (S.D.N.Y. 1994), *rev’d* 71 F.3d 77 (2d Cir. 1995), *cert. denied* 116 S. Ct. 1824 (1996), la Corte stabilisce un duplice test per il requisito del “recognized stature”: (1) prima si deve verificare se il lavoro abbia una certa statura, se sia meritevole (si stabilisce che con “stature” si intenda “meritorious”); (2) poi se sia riconosciuto (“recognized”) da esperti d’arte, altri membri della comunità artistica o in modo trasversale nella società. Il test di Carter viene ripreso nei casi successivi. *E.g.*, *Martin v. Indianapolis*, 192 F. 3d 608 (7th Cir. 1999).

⁴⁶ In *Scott v. Dixon*, 309 F. Supp. 2d 395 (E.D.N.Y. 2004), la Corte non accorda alla scultura dell’artista la tutela contro la distruzione poiché ritiene che, nonostante il lavoro avesse ricevuto un certo riconoscimento da parte del pubblico, questo tipo di riconoscimento non è sufficiente rispetto a quello richiesto dal VARA. Inoltre stabilisce che “it is not enough that works of art authored by the plaintiff, other than the work sought to be protected, have achieved such stature. Instead, it is the artwork that is the subject of the litigation that must have achieved this stature.” Gli stessi requisiti, nota la Corte, non varrebbero per un “newly discovered Picasso.” Si vede quanto il criterio si presti ad interpretazioni piuttosto arbitrarie.

doganale, le opere d'arte godono dello speciale status di esenzione dai dazi⁴⁷; può accadere, allora, che la giurisprudenza, in particolare la *International Trade Court* (prima *Customs Court*), debba decidere in via preliminare se un oggetto costituisca o meno un'opera d'arte, per poi poterlo classificare come *duty free*. In proposito, avremo modo di osservare come proprio uno di questi casi, *Brancusi v. United States*⁴⁸ del 1928, resti ad oggi il più esplicito tentativo giurisprudenziale di affrontare il problema di definire l'arte.

Uno scenario simile a quello di *Brancusi* si è verificato ottant'anni dopo in Europa⁴⁹. Nel 2006 la galleria londinese *Haunch of Venison* importò un'installazione video di Bill Viola e una scultura luminosa di Dan Flavin⁵⁰, dichiarando al controllo doganale che si trattava di opere d'arte, per le quali era prevista l'applicazione della VAT (imposta sul valore aggiunto) con aliquota ridotta al 5% (invece che con aliquota standard al 15%) e l'esenzione dalle tariffe doganali. L'autorità doganale inglese, *Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs* (HMRC), però, interpretando in modo restrittivo l'elenco del tariffario che si riferiva a "painting, print or sculpture"⁵¹, non ravvisò negli oggetti importati alcuna di queste qualità e li classificò come "image projectors" e "chandeliers or other electrical ceiling or wall lighting fittings". Il *VAT and Duties Tribunal* di Londra, al quale la galleria fece ricorso, decise invece che gli oggetti potessero considerarsi opere d'arte e confermò l'applicabilità delle agevolazioni richieste⁵². I giudici, richiamando sia il caso *Brancusi* che il caso *Reinhard Onnasch v. Hauptzollamt Berlin*⁵³ della Corte di Giustizia Europea, decisero riguardo al significato dell'opera sulla base dell'intento dell'artista e della valutazione di coloro che appartengono al mondo dell'arte, prescindendo da una qualificazione oggettiva dell'opera. Il giudizio si basava sulla considerazione che la scultura, proprio come l'arte in generale, fosse molto cambiata

⁴⁷ Tariff Act, 46 Stat. 590, 684 (1930), 19 U.S.C. § 1201, parag. 1807 (1958), emendato da Pub. L. No. 86-262, 73 Stat. 549 (1959). Questo è il risultato di un processo graduale iniziato nel 1879, quando si prevede una riduzione del 20% sui dazi per le opere d'arte, poi nel 1909 vennero rimossi i dazi per le opere risalenti a più di venti anni prima e si impose una riduzione del 15% per le altre, attraverso la previsione del 1913 che ammetteva certi specifici tipi di arte indipendentemente dall'età come *duty free*, fino al 1959 in cui la lista delle specifiche forme d'arte venne espansa.

⁴⁸ *Brancusi v. United States*, 54 Treas. Dec. 428 (Cust. Ct. 1928). Si rimanda *infra*, cap. IV.

⁴⁹ Sul caso in questione, si vedano M. Kennedy, *Call that art? No, Dan Flavin's work is just simple light fittings, say EU experts*, in *The Guardian*, 20 dicembre 2010, disponibile all'indirizzo: <http://www.theguardian.com/artanddesign/2010/dec/20/art-dan-flavin-light-eu> (disponibile in data 29 novembre 2016); D. McClean, P. Valentin, *Haunch of Venison VAT victory*, in *The Art Newspaper*, edizione on line, 11 febbraio 2009.

⁵⁰ Bill Viola, *Hall of Whispers*, 1995. Un breve documento che riprende l'installazione a Palazzo Grassi a Venezia nel 2012: <https://www.youtube.com/watch?v=Q8UdgD3yfDU> (disponibile in data 29 novembre 2016). Dan Flavin, *Six Alternating Cool White/Warm White Fluorescent Lights Vertical and Centered*, 1973.

⁵¹ Chapter 97, Common Customs Tariff.

⁵² *Haunch of Venison Partners Ltd. v. Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs*, [2008] VAT and Duties Tribunal (England).

⁵³ *Reinhard Onnasch v. Hauptzollamt Berlin*, Judgment of the Court (Second Chamber), 15 May 1985, Case 155/84, in *European Court Reports*, 1985, p. 01449. Il caso riguarda una scultura di Claes Oldenburg importata in Germania.

nel corso del XX e XXI secolo, arrivando a comprendere forme totalmente nuove, come le installazioni video.

Curioso appare il seguito della vicenda. Il caso, infatti, venne portato da alcuni stati membri dell'Unione Europea all'attenzione della Commissione, che da parte sua emise un regolamento, il 731 del 2010⁵⁴, in cui si escludeva che potessero essere considerate opere d'arte certi tipi di sculture luminose che nella descrizione corrispondevano esattamente a quelle di Dan Flavin, così facendo, discostandosi decisamente dall'atteggiamento di apertura dimostrato dai giudici, europei e americani⁵⁵. Ancora non è chiaro, tuttavia, quale potrà essere l'impatto di questo regolamento sulle future decisioni in materia⁵⁶.

Per quanto riguarda un ambito strettamente connesso al diritto doganale, il diritto fiscale, basti ricordare alcuni tratti della disciplina qui rilevanti. La Revenue Ruling 68-232 proibisce detrazioni fiscali per svalutazione dell'opera d'arte poiché "a valuable and treasured art piece", al contrario di un macchinario, non diminuisce il suo valore o diventa obsoleto nel tempo, anzi semmai lo aumenta⁵⁷. In certi casi, invece, le opere d'arte possono godere di esenzione fiscale, quando, per esempio, sono esposte in gallerie pubbliche⁵⁸. Le *tax courts* dunque potrebbero essere chiamate a decidere se un oggetto possa considerarsi o meno opera d'arte ai fini della disciplina fiscale da applicarvi.

3. I tentativi giurisprudenziali di definire l'arte

Se abbiamo visto come sia stato decisivo l'intervento dei giudici nell'interpretare ed applicare ai casi concreti le definizioni scritte nelle leggi, vale la pena soffermarsi sul ruolo che hanno avuto nel disciplinare quegli aspetti della materia non codificati, ma lasciati alla regolazione della *common law*. Probabilmente più adatta alla natura mutevole dell'arte rispetto alla rigidità delle strutture legislative, la *common law*, come e più del diritto codificato, si occupa di regolare una varietà impressionante di ambiti riguardanti l'arte attraverso la formulazione di dottrine, test, regole, principi che creano una veste giuridica per l'arte elastica, passibile di continui aggiustamenti. Il giudice attento, allora, ha la capacità di adattarsi ai mutamenti e risolvere la tensione tra arte e diritto, evitando di irrigidire in tradizionali schematismi l'aspetto definitorio dell'opera, in tal modo riconoscendo tutela anche ad opere che non rientrano nei canoni già previsti. Naturalmente, si tratta per il momento solo di un

⁵⁴ Regolamento (UE) n. 731/2010 della Commissione relativo alla classificazione di talune merci nella nomenclatura combinata dell'11 agosto 2010, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L-214.

⁵⁵ Secondo la Corte di Giustizia, alle disposizioni in materia doganale "should be given a liberal interpretation so as to include artistic creations produced by modern techniques which are not yet in use at the time when the tariff categories were laid down", "a liberal interpretation [...] capable of embracing new artistic techniques", *Reinhard Onnasch v. Hauptzollamt Berlin*, Judgment of the Court (Second Chamber), 15 May 1985, Case 155/84, *cit.*

⁵⁶ P. Valentin, *European definition of art is absurd*, in *The Art Newspaper*, 13 gennaio 2011.

⁵⁷ Rev. Rul. 68-232, 1968-1 C.B. 79.

⁵⁸ Cfr. California Revenue and Taxation Code, Cal. Rev. & Tax. Code, 217(a).

auspicio e un monito, dato che esistono ancora molti casi in cui i giudici evitano la questione di definire l'arte, ottenendo spesso risultati che guardano all'indietro; tuttavia, è necessario, desiderabile e possibile che sia questa la direzione in cui debba evolversi la relazione tra arte e diritto.

3.1 *The useful articles doctrine*

Nell'ambito del diritto d'autore, uno degli aspetti più caotici riguarda la copertura dei prodotti di design industriale, a volte chiamati anche arte applicata⁵⁹.

È compito delle corti occuparsi di regolare l'ipotesi, prevista dalla sezione 101 del Copyright Act, in cui un oggetto utile, in quanto tale escluso dalla copertura del diritto d'autore, possieda anche caratteri artistici, che, se separabili dai caratteri utilitaristici, lo rendono in tutto o in parte tutelabile⁶⁰.

La previsione legislativa, inserita nel testo del 1976, non offre particolare guida per determinare se un lavoro possieda o meno il requisito della separabilità⁶¹; tutto ciò che fa, in realtà, è codificare il disposto di *Mazer v. Stein*⁶², deciso dalla Corte Suprema federale un paio di decenni prima.

I giudici, allora, subito dopo l'entrata in vigore del nuovo Copyright Act, cominciano ad elaborare la cosiddetta *useful articles doctrine* o *separability doctrine* al fine di definire i criteri per separare le qualità artistiche, ovvero i caratteri figurativi, dalle qualità utilitaristiche, ovvero i caratteri funzionali dell'oggetto. In un primo momento, la Corte cerca semplicemente di individuare la presenza di caratteri decorativi e verificare a livello fisico la loro separabilità dall'utensile (*physical separability*), dovendo spesso concludere per la non tutelabilità, vista la difficoltà della distinzione⁶³. Nell'evoluzione giurisprudenziale successiva, viene introdotta una interpretazione più ampia, seppure ancora più macchinosa⁶⁴, del requisito della

⁵⁹ Cfr. Goldstein: "Of the many fine lines that run through the Copyright Act, none is more troublesome than the line between protectible pictorial, graphic and sculptural works and unprotectible utilitarian elements of industrial design.", P. Goldstein, *Copyright: Principles, Law and Practice*, 1989, p. 99.

⁶⁰ Copyright Act, sez. 101 (2000): "[...] the design of a useful article, as defined in this section, shall be considered a pictorial, graphic, or sculptural work only if, and only to the extent that, such design incorporates pictorial, graphic, or sculptural features that can be identified separately from, and are capable of existing independently of, the utilitarian aspects of the article."

⁶¹ "[T]his Regulation too offered no ready answer to the linedrawing problem inherent in delineating the extent of copyright protection available for works of applied art.", M. Nimmer, *Nimmer On Copyright*, cit., § 2.08[B][3].

⁶² *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201 (1954), applicando la dottrina della *physical separability*, decide che le statuette oggetto della controversia raffiguranti danzatori e danzatrici, prodotte in massa come supporto per lampade, meritino la protezione del diritto di *copyright*, risultando fisicamente separabili dalle lampade e passibili di esistere come opere d'arte indipendenti. Generalmente, al contrario di quanto avviene in questo caso, il requisito della separabilità fisica conduce a risultati di non tutelabilità (si veda *infra*, nota 65 e testo corrispondente).

⁶³ Vedi *Esquire v. Ringer*, 591 F. 2d 796 (D.C. Cir. 1978).

⁶⁴ Keyes descrive la dottrina della separabilità fisica come "simple but harsh" e quella della separabilità concettuale come "complex but flexible", B. Keyes, *Alive and Well: The (Still) Ongoing Debate Surrounding Conceptual Separability in American Copyright Law*, in 69 *Ohio State L. J.* 109, 2008. I termini "fisica" e "concettuale" vengono utilizzati non a caso dalla Corte, ma sulla base del linguaggio uti-

separabilità: una separabilità di tipo concettuale (*conceptual separability*), che non rimpiazzerà, ma continuerà ad alternarsi all'idea più ristretta di una separabilità fisica. L'operazione che in particolare la Corte d'Appello del Secondo Circuito tenta di compiere diviene più complicata poiché cerca di definire in che modo un oggetto possa concettualmente venire riconosciuto come *objet d'art*, che cosa a livello concettuale separa i requisiti artistici da quelli utilitaristici, quali sono i caratteri intrinseci di un oggetto tali da renderlo arte⁶⁵. Un test del genere, che di fatto non fornisce un criterio decisivo per stabilire la separabilità dei caratteri estetici e funzionali, "still leave open the door for judges to give effect to their own personal biases regarding the nature of art"; la Corte finisce quindi per decidere ancora sulla base della giustificazione "we know it when we see it"⁶⁶.

Il Secondo Circuito è ben consapevole delle carenze della dottrina e in *Brandir International v. Cascade Pacific Lumber Co.*⁶⁷ si ferma a riflettere sulla difficoltà di

lizzato dal report della *House Committee on the Judiciary* contestuale all'entrata in vigore del Copyright Act (H.R. Rep. No. 94-1476 (1976), p. 55).

⁶⁵ I casi più importanti che definiscono la dottrina della separabilità concettuale sono tre. *Kieselstein-Cord v. Accessories by Pearl, Inc.*, 632 F.2d 989, 990 (2d Cir. 1980), che riconosce la tutela del diritto d'autore a due fibbie da cintura, senza però fornire un test decisivo per stabilire la separabilità dei caratteri estetici e funzionali. "A test which lacks such detail would still leave open the door for judges to give effect to their own personal biases regarding the nature of art". La Corte distingue semplicemente la primaria funzione ornamentale delle fibbie dalla secondaria funzione di sostegno dei pantaloni: "commentators have said that the primary/secondary distinction was not even necessary to the court's conclusion, and that it was not meant to serve as a test for future cases. Instead, the court based its decision on a "we know it when we see it" rationale". S. Perlmutter, *Conceptual Separability and Copyright in the Designs of Useful Articles*, in 37 *J. Copyright Soc'y U.S.A.* 339, p. 359.

Il secondo caso è *Carol Barnhart, Inc. v. Econ. Cover Corp.*, 773 F.2d 411, 412 (2d Cir. 1985), in cui non vengono tutelati dei manichini per capi d'abbigliamento fatti a torso, con la motivazione che la forma e la funzione sono inseparabili, per cui i caratteri artistici o estetici sono "inextricably intertwined with the utilitarian feature, the display of clothes". Nell'opinione dissenziente, il giudice Newman sintetizza quattro possibili test di separabilità: il primo relativo all'uso principale; il secondo riprende quello basato su scopo primario/secondario di *Kieselstein*; il terzo considera la tesi di Nimmer secondo cui anche un oggetto puramente artistico può essere commercializzato per i suoi caratteri estetici per un piccolo segmento di comunità, anche se Newman ritiene che il numero di chi ritiene un oggetto esteticamente piacevole sarà sempre maggiore del numero di coloro che arriva ad acquistare quell'oggetto per i suoi caratteri estetici; il quarto si basa sulla qualità delle caratteristiche estetiche, che da sole rendono tutelabile un oggetto se si dimostrano sufficientemente soddisfacenti, valide e attrattive, anche se anche in questo caso Newman lo ritiene un criterio inadeguato in quanto nemmeno una sedia di design degna di venire esposta in un museo, in quanto non separabile dal suo carattere funzionale, può essere tutelabile dal *copyright*. Infine, Newman stesso elabora un quinto test, secondo cui la separabilità è possibile quando l'oggetto stimola nella mente dell'osservatore ordinario, ragionevole due concetti che non hanno bisogno di essere considerati simultaneamente: un concetto evocato dalla funzione utilitaristica e un secondo concetto, diverso e dal primo separato, che può esistere anche in maniera indipendente (non accade questo nell'esempio usato da Newman della sedia di design). Nell'applicare questo test, Newman riconosce che "judges will have to partake in some assessment as to the nature of art", ma "such a threshold assessment is inevitable because the non-utilitarian concept offered to satisfy conceptual separability will often be the concept of the article as a work of art", p. 423.

Infine, il terzo caso, che si discosta significativamente dai primi due (vedi *infra*, note 67-68 e testo corrispondente), *Brandir International v. Cascade Pacific Lumber Co.*, 834 F.2d 1142 (2nd Cir. 1987).

⁶⁶ S. Perlmutter, *Conceptual Separability and Copyright in the Designs of Useful Articles*, cit., vedi *supra*, nota 65.

⁶⁷ *Brandir International v. Cascade Pacific Lumber Co.*, cit.

distinguere caratteri estetici e funzionali, se si mantiene lo sguardo fisso solo sull'oggetto: "if design elements reflect a merger of aesthetic and functional considerations, the artistic aspects of a work cannot be said to be conceptually separable from the utilitarian elements. Conversely, where design elements can be identified as reflecting the designer's artistic judgment exercised independently of functional influences, conceptual separability exists"⁶⁸. In questo caso, grazie anche al riferimento a contributi dottrinali come quello del Professor Denicola, la Corte espande di gran lunga la definizione di arte tutelabile dal diritto di *copyright* da applicare alle espressioni artistiche che si manifestano tramite oggetti utili. *Brandir* supera l'approccio di decisioni come *Esquire v. Ringer*⁶⁹, dove si guardava esclusivamente all'oggetto in sè, e si spinge fino a verificare l'intento dell'autore: "an artist's or designer's creative process, and the decisions going into that process, in creating a useful article"⁷⁰. Introduce un nuovo test che, secondo le motivazioni esplicite della Corte, dovrebbe essere più facile da applicare e soprattutto non dovrebbe richiedere valutazioni estetiche da parte dei giudici. Infine, la scelta di concentrare l'attività giudiziale nella ricerca di un elemento che basta a distinguere un oggetto con qualità artistiche da un semplice oggetto di uso quotidiano, distogliendo l'attenzione dalle caratteristiche materiali dell'oggetto in questione, dovrebbe sortire l'importante effetto secondario, che ai nostri fini vale la pena rilevare, di contribuire ad alleviare la discriminazione *de facto* delle opere d'arte non rappresentativa, in cui diventa difficile, se non impossibile, distinguere i caratteri decorativi.

Senza dilungarsi troppo nei dettagli dell'evoluzione giurisprudenziale successiva, si dica soltanto che il criterio di separabilità subisce ancora oggi le debolezze dei vari test che hanno cercato di definirlo.

3.2 I confini tra diritto alla libertà di espressione e diritto dei marchi

Nell'ambito del diritto dei marchi, le corti elaborano il principio secondo cui l'uso del nome di un marchio, o un riferimento ad esso, per il titolo di un'opera d'arte non viene considerato una violazione del Lanham Act⁷¹, se il titolo prova di avere rilevanza artistica per il lavoro. Il Lanham Act mira a proteggere i detentori di marchi dalla falsa percezione che siano associati o promuovano un prodotto che ha sfruttato senza che gli sia stato consentito il riferimento al marchio.

In *Rogers v. Grimaldi*⁷², il Secondo Circuito ha deciso che i diritti di Ginger Rogers non venivano violati dal titolo del film "Ginger e Fred" di Federico Fellini, in quanto il titolo era legato da un punto di vista artistico al film. Poiché "[p]oetic license is not without limits", viene elaborato un duplice test per bilanciare il diritto

⁶⁸ *Id.*, p. 1147. Si riprende la teoria del Professor Denicola (vedi *supra*, cap. I, nota 96).

⁶⁹ *Esquire v. Ringer*, 591 F. 2d 796 (D.C. Cir. 1978).

⁷⁰ National Theme Productions, Inc., v. Jerry B. Beck, Inc., 696 F. Supp. 1348 (1988), p. 1353.

⁷¹ Lanham Act, 15 U.S.C. Parag. 1051.

⁷² *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2nd Cir. 1989).

di libertà di espressione con l'interesse pubblico ad evitare la confusione nel consumatore: "a title will be protected unless it has 'no artistic relevance' to the underlying work or, if there is artistic relevance, the title 'explicitly misleads as to the source or the content of the work'"⁷³. Questo test verrà ripreso in molte pronunce successive⁷⁴, tra cui *Mattel, Inc. v. Walking Mountain Productions*⁷⁵.

Il caso ci interessa perché rappresenta un altro buon esempio di come la Corte affronta l'intersezione di pretese giuridiche appartenenti a diversi ambiti, quali il diritto dei marchi, il Primo Emendamento, e qui anche il diritto di *copyright* cui però non faremo cenno. L'artista Tom Forsythe aveva fotografato delle bambole Barbie nude a cui aveva fatto assumere assurde posizioni sessuali su elettrodomestici da cucina, creando la serie "Food Chain Barbie" come critica della mercificazione del corpo della donna, delle discriminazioni di genere, e del consumismo della società attuale. La Corte, nel bilanciare il diritto alla libertà di espressione del fotografo con il diritto della Mattel sul marchio Barbie, adotta il test di *Rogers* e decide per la rilevanza artistica dell'uso delle bambole nell'opera di Forsythe, facendo soccombere, a favore del diritto di libertà dell'artista, la pretesa dei ricorrenti. Nell'applicare il test elaborato in *Rogers*, in realtà la Corte ricorre ad una scorciatoia, interpretando "Food Chain Barbie" come una parodia e derivando da tale carattere la sua immediata tutelabilità entro i confini del Primo Emendamento. Con questa decisione, la Corte stabilisce il principio per cui se un'opera artistica, ma anche editoriale, che ricorre all'uso di un marchio costituisce una parodia del prodotto o della sua immagine, essa viene protetta anche se viola certe disposizioni del diritto dei marchi (*parody defense*). Che la parodia sia di cattivo gusto, non è rilevante poiché – ed ecco di nuovo Holmes – "it would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of a work"⁷⁶.

Nei casi riguardanti l'uso di un marchio nei titoli di opere artistiche, dunque, i giudici elaborano una regola speciale rispetto all'uso di un marchio in riferimento a beni o servizi di pubblica utilità da parte di aziende che hanno un mero fine commerciale o pubblicitario. Il diritto individuale alla libera espressione prevale sul diritto economico di sfruttamento di un marchio quando si dimostra che l'uso di tale marchio sia rilevante per l'artisticità dell'opera; quando poi ricorrono elementi di parodia, non occorre nemmeno andare alla ricerca dei caratteri di artisticità, essendo la parodia elemento sufficiente a far scattare la tutela del Primo Emendamento.

⁷³ *Id.* p. 997.

⁷⁴ Il *Rogers* test trova applicazione in numerosi casi successivi, come *Twin Peaks Prods., Inc. v. Publ'ns Int'l, Ltd.*, 996 F.2d 1366 (2d Cir.1993), p. 1379, o il più recente *Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc.*, 296 F.3d 894 (9th Cir. 2002). In altri casi, la Corte usa altri test, come il *likelihood of confusion* test, oppure l'*alternative avenues* test, applicato ad esempio in *Am. Dairy Queen Corp. v. New Line Prods.*, 35 F. Supp. 2D727, 732-33 (D. Minn. 1998), in cui si ritiene che il titolo non sia tutelabile in quanto il produttore avrebbe potuto usarne altri e questo era stato scelto solo al fine di "enhance marketing". Si veda anche il caso *Rosa Parks v. LaFace* 329 F. 3D 437 (6th Cir. 2003) in cui viene offerta una panoramica su questi tre diversi test per giudicare la violazione del Lanham Act.

⁷⁵ *Mattel, Inc. v. Walking Mountain Productions*, 353 F.3d 792, 802 (9th Cir. 2003).

⁷⁶ *Bleistein v. Donaldson, cit.*, pp. 582-583.

3.3 Il diritto di pubblicità

Accade anche che gli artisti vengano coinvolti in casi riguardanti l'uso non autorizzato del nome, dell'immagine o di quello che rappresenta agli occhi dell'opinione pubblica un personaggio famoso. Gli artisti spesso comunicano il proprio messaggio con l'aiuto di simboli⁷⁷ ed i personaggi pubblici assumono più o meno volontariamente questa funzione, che viene tutelata dalla *common law* americana attraverso la previsione del cosiddetto diritto alla pubblicità. Così, nel caso di certe opere, diventa necessario stabilire il confine tra questo tipo di diritto della personalità⁷⁸ della celebrità che viene coinvolta ed il diritto di libertà di espressione dell'artista. La ricerca di un test per definire il bilanciamento tra le due pretese è impresa particolarmente ardua in quanto si corre il rischio che il diritto di pubblicità si trasformi nel diritto della celebrità di vedere censurati ritratti non graditi. In certi casi, la Corte ha cercato di aggirare la questione definendo il diritto di pubblicità come un diritto puramente economico⁷⁹, allontanandolo così da qualsiasi uso sospetto strumentale ad una censura. Come il diritto del Primo Emendamento e il diritto d'autore hanno il comune scopo di incoraggiare la libera espressione e la creatività, il primo proteggendo tale espressione dalle interferenze governative, il secondo proteggendo le creazioni del lavoro intellettuale e artistico⁸⁰, anche il diritto di pubblicità, almeno su un piano teorico, condivide con questi lo scopo e con il diritto d'autore il mezzo. Similmente a quanto previsto dalla disciplina del diritto d'autore, allora, non rientra sotto la tutela del Primo Emendamento il lavoro che descrive letteralmente o imita un personaggio pubblico non apportando alcun contributo creativo, non alterandone in alcun modo il nome o l'immagine con l'aggiunta di un nuovo significato, insomma, senza farne quello che viene chiamato un "uso trasformativo". In casi del genere, sul diritto di libertà di espressione protetto dal Primo Emendamento, prevalgono gli interessi economici protetti dal diritto di pubblicità.

Quegli elementi trasformativi richiesti per godere della protezione del Primo Emendamento, invece, si riscontrano il più delle volte in quelle opere che fanno del

⁷⁷ Il cosiddetto discorso simbolico (*symbolic speech*) trova protezione sotto al Primo Emendamento (si rimanda *infra*, cap. III, parag. 8). Si vedrà come la disciplina intorno al *symbolic speech* vada a formare parte del contesto normativo entro cui vengono giudicati i casi in materia di libertà di espressione artistica.

⁷⁸ I diritti della personalità negli Stati Uniti si distinguono in diritto di *privacy* e diritto di pubblicità. Il diritto alla pubblicità protegge il nome, l'immagine, l'aspetto, il personaggio (l'immagine pubblica), e spesso anche la voce e altre caratteristiche distintive di una persona, da uno sfruttamento commerciale non autorizzato da parte di altri. L'idea generale alla base è che una persona deve avere il controllo dello sfruttamento del proprio nome come di altre caratteristiche della propria personalità.

⁷⁹ Il diritto di pubblicità di *common law* forma una specie di diritto di proprietà, cfr. *Zacchini v. Scripps-Howard Broad. Co.*, 433 U.S. 562 (1977), p. 573.

⁸⁰ Secondo Ondei, qui sta la differenza tra diritto pubblico soggettivo e diritto pubblico oggettivo. E. Ondei, *Libertà dell'arte: diritto perfetto o semplice interesse?*, in *Il Diritto d'Autore*, Gennaio-Marzo 1956, n.1.

personaggio pubblico una parodia⁸¹, ma non solo, potendosi rintracciare il contributo creativo dell'artista anche in quell'uso dell'immagine o del nome che si traduce in critica sociale⁸², o ancora nel carattere di finzione connaturato a certi mezzi espressivi come quello artistico⁸³.

In merito a quest'ultima ipotesi, emblematico è il caso *Parks v. LaFace Records*⁸⁴, riguardante l'uso del nome di Rosa Parks, paladina del movimento dei diritti civili degli anni Sessanta, nel titolo di una canzone del gruppo rap e hip hop OutKast. L'accusa sosteneva che la canzone "Rosa Parks" degli Outkast, per ammissione degli stessi autori, non parlasse direttamente di lei o del suo impegno per i diritti civili e che quindi il titolo della canzone, in quanto non collegato al suo contenuto, dovesse essere stato scelto "solo per attirare l'attenzione", come richiamo pubblicitario per scopi commerciali, "simply a disguised commercial advertisement for the sale of goods or services"⁸⁵, violando così il diritto di pubblicità della signora Parks. La Corte distrettuale ritenne, invece, che Rosa Parks fosse universalmente nota per il suo rifiuto di seguire le leggi sulla segregazione razziale in vigore a quell'epoca e di sedersi sull'autobus nei posti riservati ai neri, e che a questo gesto venisse comunemente associata. La canzone degli Outkast faceva riferimento in maniera inequivocabile a quell'atto simbolico ripetendo la frase "move to the back of the bus" per un totale di dieci volte. Se è vero allora che, per ammissione degli stessi convenuti, la canzone non riguarda il ricorrente in un senso strettamente biografico, è vero anche che non è affatto necessario, avendo l'uso da parte dei convenuti del nome di Rosa Parks, insieme alla frase "move back to the bus", un

⁸¹ "The right of publicity derived from public prominence does not confer a shield to ward off caricature, parody and satire.", *Guglielmi v. Spelling-Goldberg Productions*, 25 Cal.3d 860 (1979), opinione concorrente del giudice Bird. "Parodies of celebrities are an especially valuable means of expression because of the role celebrities play in modern society.", *Cardtoons*, 95 F.3d, p. 972. Cfr. *supra*, paragrafo 2.1 sul diritto dei marchi.

⁸² Si pensi ai famosi ritratti di personaggi famosi di Andy Warhol, che possono essere interpretati come critica sottile e spietata del mondo dello *show business* e del fenomeno delle celebrità. Cfr. *Comedy III Productions, Inc. v. Gary Saderup, Inc.*, 21 P.3d 797 (Cal. 2001): "The silkscreens of Andy Warhol, for example, have as their subjects the images of such celebrities as Marilyn Monroe, Elizabeth Taylor, and Elvis Presley. Through distortion and the careful manipulation of context, Warhol was able to convey a message that went beyond the commercial exploitation of celebrity images and became a form of ironic social comment on the dehumanization of celebrity itself. Such expression may well be entitled to First Amendment protection. Although the distinction between protected and unprotected expression will sometimes be subtle, it is no more so than other distinctions triers of fact are called on to make in First Amendment jurisprudence". (corsivo aggiunto)

Cfr. "Justices take role of art critics", M. Dolan, *In 3 Stooges Cases, Justices Take Role of Art Critics*, in *Los Angeles Time*, 1° maggio 2001, disponibile all'indirizzo: <http://articles.latimes.com/2001/may/01/news/mn-57870>, come consultato in data 29 novembre 2016.

⁸³ Per esempio, in *Guglielmi v. Spelling-Goldberg Productions*, 25 Cal. 3D 860 (1979) sulla violazione del diritto di pubblicità degli eredi di Rodolfo Valentino da parte di una casa di produzione cinematografica che aveva finanziato un film sulla vita dell'attore, si decide che il diritto di pubblicità non può essere ereditato, il che rende superflua ogni ulteriore discussione. Tuttavia, nell'opinione concorrente del giudice Bird, si mette in evidenza come la realizzazione di una "fictionalized version of Rodolfo Valentino's life" non sarebbe stata comunque perseguibile per violazione del diritto di pubblicità in quanto *fiction* (vedi *infra*, cap. V, nota 22).

⁸⁴ *Parks v. LaFace Records*, 76 F. Supp. 2D 775 (E.D. Mich. 1999), *rev'd* 329 F. 3D 437 (6th Cir. 2003).

⁸⁵ *Rogers v. Grimaldi, cit.*

inequivocabile valore metaforico e simbolico. Dunque, conclude la Corte, presentando il titolo un indubbio collegamento – “obvious relationship” – con il suo contenuto, o, in altre parole, avendo la canzone una chiara rilevanza artistica legata al titolo, l'uso del nome della signora Parks non viola in alcun modo il suo diritto di pubblicità. Allo stesso modo, non si ritiene violato nemmeno il Lanham Act sul diritto dei marchi, in genere applicato alle opere artistiche solo nei casi in cui l'interesse pubblico di evitare di indurre confusione nel consumatore prevalga sull'interesse contrapposto alla libera espressione. Nel contesto di un titolo che fa riferimento al nome di una celebrità, normalmente il bilanciamento tra questi due interessi non si risolve a favore dell'applicazione dell'atto, a meno che il titolo non dimostri alcun tipo di rilevanza artistica per il lavoro sottostante.

Di segno opposto, invece, appare la decisione della Corte d'Appello per il Sesto Circuito. Applicando il test di *Rogers* sulla rilevanza artistica del titolo rispetto al contenuto dell'opera, i giudici stabiliscono, senza articolare alcuna giustificazione, che “persone ragionevoli concluderebbero che non esiste alcun legame tra il nome di Rosa Parks e il contenuto della canzone”⁸⁶. Decretando poi che debba essere una giuria a decidere su tale carattere, i giudici del Sesto Circuito decidono di rovesciare e rimandare il giudizio. Se la giuria non rinverrà alcuna rilevanza artistica del titolo della canzone rispetto al suo contenuto, la libera espressione degli OutKast soccomberà contro i diritti di proprietà del suo stesso nome della signora Parks, e viceversa.

Interessante notare come, subito prima delle conclusioni, i giudici spendano un paio di paragrafi nel giustificare la loro astensione da qualsiasi pronuncia in merito alla qualità artistica del lavoro dei convenuti: “whether we personally regard it as repulsive trash or a work of genius is immaterial to a determination of the legal issues presented to us”. L'immane riferimento è ovviamente alle parole del giudice Holmes in *Bleistein v. Donaldson*⁸⁷, ma nel sostenere l'impossibilità di ricorrere in una decisione giudiziale ad un concetto così relativo come quello di gusto, viene citato anche Lucrezio: “what is food to one, is to others bitter poison”.

Il punto – ci tiene a sottolineare la maggioranza della Corte – è che il ruolo di giudici non presume di determinare la qualità artistica della canzone in questione, ma in quanto giudici, non possono sottrarsi alla responsabilità di applicare il criterio giuridico della “rilevanza artistica” nel risolvere la controversia in questione⁸⁸.

⁸⁶ *Rosa Parks v. LaFace*, *cit.*, p. 453.

⁸⁷ “Justice Holmes, 100 years ago, correctly observed that, “It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside of the narrowest and most obvious limits.” *George Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239, 251 (1903). The same is no less true today and applies with equal force to musical compositions.”, *Rosa Parks v. LaFace Records*, *cit.*

⁸⁸ Cfr. *Miller v. California*, *cit.*, in cui la Corte Suprema, consapevole degli “inherent dangers of undertaking to regulate any form of expression”, nonostante questo adotta uno standard giuridico relativo all'oscenità e al Primo Emendamento che richiede alla giuria di considerare, *inter alia*, se il lavoro, preso nel suo insieme, manca di serio valore artistico, letterario, politico o scientifico. Si rimanda *infra*, cap. V.

Tuttavia, il criterio della rilevanza artistica è piuttosto incerto, vago: lo dimostra il fatto che la giurisprudenza della Corte in materia è tutt'altro che uniforme⁸⁹. Esistono, certo, alcuni punti fermi sui confini della questione: su un versante, il divieto per un personaggio pubblico di controllare la sua immagine censurando i ritratti sgraditi⁹⁰; sul versante opposto, il riconoscimento che la tutela concessa dal Primo Emendamento non equivale a dare a chiunque si proclami "artista" carta bianca per quanto riguarda l'uso di nomi o immagini nei suoi lavori⁹¹; su un altro piano ancora, si riconosce anche che un'azienda abbia bisogno di permessi prima di usare il nome o l'immagine di una celebrità per commercializzare o pubblicizzare un prodotto.

Tuttavia, fuori da questi *easy cases*, rimane una vasta area grigia in cui sembra impossibile rintracciare una linea interpretativa coerente. Secondo una recente decisione della Corte d'Appello federale di Philadelphia⁹², l'uso dell'immagine e del nome dell'ex giocatore di football Ryan Hart all'interno di un video-gioco chiamato "NCAA Football" della Electronic Arts rappresenta una violazione del diritto di pubblicità del signor Hart. La Corte si basa sul criterio della rilevanza artistica, che evidentemente nel gioco NCAA Football non viene rinvenuto, in quanto giudicato riproduzione letterale senza l'apporto di alcun contributo significativo; lo stesso criterio viene usato nel 2001 in *Comedy III*⁹³, in cui la Corte ricorre ad un paragone con l'indubbio valore artistico dei ritratti di celebrità di Andy Warhol per pronunciarsi in merito alla mancanza di sufficiente artisticità nelle riproduzioni a carboncino dei *Three Stooges* su magliette o litografie da parte del meno famoso Gary Saderup. Nonostante l'antico monito del giudice Holmes risuoni spesso nelle opinioni della Corte, in questi due casi i giudici sembrano ergersi in tutto e per tutto a critici d'arte. Gli effetti di decisioni come quella di *Hart* non restano confinati nel ristretto campo dei *video games* ma si spingono fino ad imporre una scelta radicale per il mondo dell'arte, in particolare quell'arte che sceglie di rappresentare personaggi reali: l'*aut-aut* è tra "piena responsabilità o auto-censura"⁹⁴. Eppure, nel 2011 la Corte Suprema sembrava essersi espressa chiaramente a favore della piena tutela dei videogiochi sotto al Primo Emendamento⁹⁵. Tuttavia, il Terzo Circuito,

⁸⁹ Si prendano ad esempio due casi decisi in maniera opposta: *Comedy III Productions, Inc. v. Gary Saderup, Inc.*, *cit.*, in cui la riproduzione di "The Three Stoges" venne valutata non abbastanza artistica dunque non tutelabile, e *ETW Corp. v. Jireh Publishing, Inc.*, 332 F.3d 915 (6th Cir. 2003), in cui il dipinto "The Masters of Augusta" del pittore Rick Rush raffigurante Tiger Woods venne tutelato a fronte del diritto di pubblicità del giocatore di golf perché aggiungeva una significativa porzione di espressione artistica oltre alla stretta somiglianza con il personaggio in questione. Per altri esempi di casi decisi in maniera discordante, si veda l'articolo di A. Liptak del New York Times, *When It May Not Pay to Be Famous*, in New York Times, 1° giugno 2013.

⁹⁰ "Application of that standard involves a recognition that Rosa Parks has no right to control her image by censoring disagreeable portrayals", *Rosa Parks v. LaFace Records*, *cit.*

⁹¹ Cfr. *Rosa Parks v. LaFace Records*, *cit.*, p. 463; *Rogers v. Grimaldi*, *cit.*, p. 997 ("poetics have limits").

⁹² *Hart v. Electronic Arts, Inc.*, 717 F.3d 141 (3d Cir. 2013).

⁹³ *Comedy III* (vedi supra note 82, 89). A. Liptak, *When It May Not Pay to Be Famous*, *cit.*

⁹⁴ Dichiarazione pubblica di Jake Schatz, avvocato della Electronic Arts.

⁹⁵ *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 U.S. (2011), in cui la Corte decide per l'incostituzionalità di una legge della California che proibiva la vendita di videogiochi violenti ai minori

pur citando la decisione del 2011, trovava “little clarity on how to balance a person’s right of publicity against another’s First Amendment right to expression – with case law using at least eight difference balancing tests –”.

Anche se la decisione di fronte ai *Justices* riguardava il bilanciamento della libertà di espressione attraverso i *video games* contro altri tipi di diritti, diversi da quello di pubblicità, si intravede comunque una giurisprudenza confusa, priva di un unico, chiaro principio guida.

3.4 La disciplina del Primo Emendamento

Le decisioni delle corti in merito a cosa debba definirsi o meno opera d'arte sembrano inevitabili, sia quando si impongono perché necessarie ai fini della risoluzione della causa⁹⁶, sia quando non vengono richieste ma se ne intravede la possibilità semplicemente perché la controversia ruota attorno ad una presunta opera d'arte. Nonostante l'ambizione verso il relativismo estetico, i giudici finiscono spesso per pronunciarsi sulla natura, e persino sulla qualità, artistica di un oggetto e, così facendo, per determinare la soluzione della disputa giuridica, incidendo sul particolare tipo di disciplina che verrà applicata. Abbiamo visto come ciò che possa ritenersi opera d'arte goda di privilegi in diversi ambiti del diritto, quali quello d'autore, dei marchi, doganale, fiscale, ma soprattutto vedremo che se un oggetto

in quanto contraria al Primo Emendamento. Un'eccezione era rappresentata dai quei giochi ai quali, nonostante le immagini violente, si poteva riconoscere un certo valore letterario, artistico, politico o scientifico. Il giudice Scalia, che scrive per la Corte, sostiene che il dovere dello Stato di proteggere i ragazzi non si può estendere fino a limitare la circolazione delle idee alle quali i minori potrebbero essere sottoposti, rinvenendosi immagini e storie di violenza anche nella letteratura per l'infanzia (il richiamo è a diverse opere letterarie, tra le quali le favole dei fratelli Grimm). La considerazione del governo californiano, invece, secondo cui i videogiochi presentano dei problemi specifici essendo interattivi e richiedendo una partecipazione attiva del giocatore al quale è riconosciuta la possibilità di determinare in parte il risultato finale, non sembra essere presa sul serio; secondo la maggioranza della Corte, non si tratta di un elemento determinante per creare una nuova categoria di espressione non protetta (cfr. E.J. Eberle, *The Architecture of the First Amendment Free Speech*, in 2011 *Mich. St. L. Rev.* 1191, 2011). La normativa si considera al tempo stesso *underinclusive*, poiché, oltre a non includere nel divieto altri mezzi di intrattenimento, impediva solo l'acquisto diretto da parte dei minori dei videogiochi vietati, lasciando la possibilità che li utilizzassero se comprati dai loro genitori o da altri adulti, e *overinclusive*, in quanto limitava la libertà di soggetti terzi di trasmettere le proprie opinioni nell'eventualità che i genitori disapprovassero il contenuto del messaggio trasmesso, così come violava i diritti di quei giovani i cui genitori ritenessero che i videogiochi violenti fossero un innocuo passatempo. L'anomalia nell'interpretazione del Primo Emendamento compiuta dalla Corte emerge con chiarezza nell'opinione dissenziente del giudice Breyer. Se infatti da un lato la Corte ha sempre affermato con chiarezza che uno stato può proibire la vendita ai minorenni di immagini di nudo, con altrettanta chiarezza ha affermato in *Brown* che uno Stato non può proibire la vendita ai minori dei più violenti videogiochi interattivi. Ma allora che senso ha vietare a un ragazzino l'acquisto di un giornale dove c'è l'immagine di una donna nuda quando invece gli è consentito acquistare del materiale nel quale, anche se virtualmente, può picchiarla, violentarla, torturarla e incluso ucciderla?

⁹⁶ Vedi *supra*, parag. 2.3.

viene considerato arte, potrà godere del diritto che sta alla base degli altri, che è quello che spetta al suo autore⁹⁷ ed alla sua libera espressione.

Partendo dall'esterno in un'analisi per cerchi concentrici, si è arrivati al nucleo essenziale dei diritti, che è rappresentato dalle libertà costituzionali, e poi ancora al cuore delle libertà, che è la libertà di espressione, protetta dal Primo Emendamento della carta costituzionale.

Fondamentale per le corti sarà allora andare alla ricerca di una definizione di arte valida ai fini della tutela della sua libertà. Si vedrà come all'interno del diritto del Primo Emendamento sarà il campo dell'*obscenity law* a tirare maggiormente in ballo la questione, ed in maniera più esplicita costringere le corti a confrontarsi con il valore artistico delle opere che si trovano di fronte. Lo sforzo della Corte di definire l'oscenità rappresenta il culmine di quella tendenza, che abbiamo già imparato ad intravedere, a mascherare o dare per assunte le conclusioni riguardanti la questione artistica, sia di fronte a casi difficili, controversi (gli *hard cases* in senso dworkiniano⁹⁸), ma anche e soprattutto nei casi ovvi, in cui è pacifico che l'opera abbia caratteri artistici e meriti la protezione entro i confini del Primo Emendamento.

⁹⁷ Il termine "autore" richiama subito un certo tipo di pensiero dottrinale che individua nell'intento dell'artista il criterio fondamentale per individuare il requisito dell'artisticità. A questo filone, si aggiunge quello che individua un ulteriore criterio nella percezione del pubblico. Il criterio della percezione del pubblico diviene particolarmente rilevante per l'arte contemporanea, che lascia allo spettatore il ruolo di completare l'opera, tramite la percezione di un significato che sarà sicuramente quello giusto, poiché dati tanti diversi significati quanti sono gli spettatori, ognuno sarà comunque ugualmente valido. Importante allora sarà garantire e tutelare i molteplici significati che l'opera d'arte potrà assumere. Abbiamo visto come questi due criteri si intreccino nelle decisioni riguardanti la materia artistica negli ambiti finora esaminati, e vedremo come ritorneranno anche in ambito di Primo Emendamento.

⁹⁸ R. Dworkin, *Hard Cases*, in 88 *Harv. L. Rev.* 1975, p. 1057 ss. A onor del vero, l'espressione *hard cases*, contrapposta a *easy cases*, non appartiene del tutto a Dworkin. Tale distinzione tra casi facili e difficili è stata in un primo tempo individuata da Cardozo (B. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, disponibile all'indirizzo: http://www.constitution.org/cmt/cardozo/jud_proc.htm, in data 29 novembre 2016), successivamente sviluppata da Hart (H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, OUP, 2012), e poi perfezionata e utilizzata ampiamente da Dworkin. In tempi più recenti, è stata ripresa dal giudice emerito della Corte Suprema israeliana Barak (A. Barak, *Judicial Discretion*, New Haven-London, Yale University Press, 1989). Per ulteriori rapide considerazioni, si rimanda *infra*, capitolo III.

Capitolo 3

L'arte e il Primo Emendamento

1. Premessa

I riferimenti all'arte nella giurisprudenza della Corte Suprema sono sempre stati “remarkably casual”¹. Poiché, a differenza di quanto avviene in altre esperienze giuridiche², la libertà artistica non trova espresso riconoscimento nella carta

¹ M.V. Tushnet, *Art and the First Amendment*, in 35 *Columbia Journal of Law and the Arts* 169, 2012, p. 207.

² In molti paesi dell'Europa continentale il riconoscimento della libertà dell'arte trova una sua autonoma formulazione rispetto alla generale libertà di espressione nelle Costituzioni del secondo dopoguerra. In Italia, ad esempio, una esplicita proclamazione della libertà dell'arte (insieme alla libertà della scienza) si rinviene all'articolo 33 della Costituzione repubblicana del 1948; ad un certo momento eliminata dal testo proposto dai relatori in Prima Sottocommissione dell'Assemblea costituente, con la motivazione che risultava una mera ripetizione della più generale libertà di manifestazione del pensiero dell'articolo 21 Cost., ben presto si decise, tuttavia, di ripristinarla nella formulazione dell'articolo 33 (sulle ragioni di questa scelta ben poco si può speculare poiché il dibattito, in sottocommissione e in assemblea costituente, si spostò presto sulla questione dell'insegnamento, che occupa i restanti cinque commi dell'articolo 33 e l'intero art. 34 Cost.). Per completare la disciplina costituzionale italiana in materia, è necessario menzionare anche l'articolo 9, primo comma (“La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica”) che tutela l'arte in quanto risultato di un'attività di ricerca ma anche attività di ricerca stessa, volta alla creazione di un'opera artistica originale. Mentre, dunque, gli articoli 21 e 33 proteggono la libertà negativa dell'arte (libertà da, *liberty from*), l'articolo 9 si riferisce alla promozione dell'arte intesa come cultura (per una elaborazione della definizione di arte come cultura, vedi F. Rimoli, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, Cedam, 1992, p. 31 ss.; N. Bobbio, *Politica e cultura*, Torino, Einaudi, 1980) ed assicura la tutela dell'accezione positiva di tale diritto (libertà di, *liberty to*). È chiaro che dietro un'attività di promozione da parte statale possa nascondersi una qualche forma di costrizione: in questo secondo profilo di libertà, dunque, finiscono per intrecciarsi le problematiche relative ad entrambe le accezioni. Per un approfondimento sui fondamenti filosofici di questo tipo di concezione dei diritti di libertà, si veda I. Berlin, *Due concetti di libertà*, in *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, Feltrinelli, 1989, che considera la libertà individuale distinta ed autonoma rispetto alle iniziative governative di controllo e promozione; ma anche, J.S. Mill, *On Liberty*, 1859, le cui tesi, poi riprese dai liberali, affermano che i poteri del governo si limitano a null'altro che impedire al popolo di causare danni gli uni agli altri; e in generale, R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 1974, che sostiene l'argomento libertario per cui la sola funzione del governo è quella di proteggere i diritti negativi.

Si noti che nella Costituzione americana, non esiste una disposizione speculare all'articolo 9 della Costituzione italiana, non esiste cioè alcun obbligo costituzionale espresso a carico dello stato per la promozione ed il sostegno dell'arte. Nel *report* della commissione temporanea istituita nel 1989 dal Congresso presso il *National Endowment for the Arts*, si legge: “1. There is no constitutional obligation on the part of the federal government to fund the arts. That is a policy decision to be determined by Con-

costituzionale, essa viene desunta convenzionalmente dalla previsione generale in materia di libertà di espressione del Primo Emendamento, che recita: “Il Congresso non potrà fare alcuna legge [...] per limitare la libertà di parola”³. Tuttavia, all'esito raggiunto dalla Corte, e condiviso anche dalla maggior parte dei teorici del Primo

gress based upon its views as to whether it is useful and wise for the federal government to play a role in the arts funding process. The Constitution offers no guidance as to whether the arts should be funded by the federal government. 2. If federal funds are used to subsidize the arts, however, constitutional limitations on how the arts are funded may come into play. The most important of these is that while Congress has broad powers as to how to spend public funds, it may not do so in a way that the Supreme Court has said is “aimed at the suppression of dangerous ideas.”, The Independent Commission, *A Report to Congress on the National Endowment For The Arts*, Settembre 1990, p. 85. Basandoci sulla duplice accezione dei diritti di libertà, se ne deduce che maggiore è il potere discrezionale del governo di negare finanziamenti (incide sulla libertà positiva), minore dovrà essere il potere di restringere la libertà d'espressione (incide sulla libertà negativa). Sulla base dell'assenza di un obbligo costituzionale, il giudice Cedarbaum, ad esempio, nel caso *Bery v. City of New York I*, può affermare che il sostegno, l'incoraggiamento dell'attività artistica va oltre la responsabilità della corte (“how the flowering of art is best encouraged in our society is not an issue for the court”).

Si veda inoltre il caso della Costituzione tedesca in cui si prevede una disposizione espressa per la tutela della libertà dell'arte, l'articolo 5(3) (“L'arte e la scienza, la ricerca e l'insegnamento sono liberi”) e al comma (2) vengono enunciate le limitazioni (“Questi diritti trovano i loro limiti nelle disposizioni delle leggi generali, nelle norme legislative concernenti la protezione della gioventù e nel diritto al rispetto dell'onore della persona”). Non solo, il *Bundesverfassungsgericht*, sulla base dell'articolo 5(3), sviluppa un ricco filone giurisprudenziale che definisce ciò che deve includersi nel concetto di espressione artistica, a partire dalla sentenza *Mephisto* (“La caratteristica essenziale dell'attività artistica è la formazione libera e creativa da parte dell'artista di impressioni, esperienze ed eventi ai fini dell'esposizione diretta attraverso un mezzo dal linguaggio specifico. Ogni attività artistica è una combinazione di eventi consci ed inconsci, non razionalmente ordinabile. Intuizione, fantasia e visione artistica influenzano la creazione dell'opera d'arte; tali opere sono principalmente non informative, ma piuttosto un'espressione immediata e diretta della personalità individuale dell'artista”, 30 BverfGE 173, 1973, pp. 188-189) lungo una serie di decisioni che ne espandono la definizione (vedi, ad esempio, *Street Theater Case*, 67 BverfGE 213, 1984).

Caso ancora diverso è quello della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, adottata dal Consiglio d'Europa nel 1950, in cui l'articolo 10 prevede la tutela della libertà di espressione, senza alcun riferimento specifico alla tutela dell'arte, in modo simile alla formulazione del Primo Emendamento (“Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera”), ma al contempo viene aggiunto un secondo comma con la previsione esplicita di alcuni limiti (“L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario”).

³ *Free speech clause*, Primo Emendamento, *Bill of Rights*, Costituzione degli Stati Uniti d'America (1791). Il testo integrale della disposizione recita come segue: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” (“Il Congresso non potrà fare alcuna legge per il riconoscimento di qualsiasi religione, o per proibirne il libero culto [libertà religiosa]; o per limitare la libertà di parola [libertà di parola], o di stampa [libertà di stampa]; o il diritto dei cittadini di riunirsi pacificamente [libertà di riunione] e di inoltrare petizioni al governo per la riparazione dei torti [libertà di petizione].”).

Emendamento⁴, in base al quale l'arte è "unquestionably shielded"⁵ dalla *free speech clause*, si arriva "presumptively"⁶, poggiando su presunzioni.

Naturalmente, non rientra tra le intenzioni di chi scrive quella di mettere in dubbio la copertura⁷ costituzionale dell'espressione artistica, più che consolidata, tanto da essere stata "data per scontata"⁸ sin dalle prime pronunce nella giurisprudenza della Corte⁹. Non è la conclusione, dunque, a voler essere contestata. Piuttosto, si ha la convinzione che procedere interrogandosi sul modo in cui giudici siano arrivati alla formulazione dell'assunto secondo cui l'arte rientra nello *speech* tutelato dal Primo Emendamento, e su come abbiano o non abbiano affrontato la questione preliminare della definizione dell'oggetto artistico, possa servire ad illuminare aspetti poco battuti relativi alla dottrina del Primo Emendamento e, in generale, alla metodologia utilizzata dalla Corte. Inoltre, ragionando anche sulle basi giustificative dell'assunto che fa rientrare l'arte nella *free speech clause*, si otterrà il

⁴ Si veda, tra gli altri, A. Meiklejohn, *The First Amendment is an Absolute*, in 1961 *Sup. Ct. Rev.* 245: "literature and arts must be protected by the First Amendment. They lead the way toward sensitive and informed appreciation and response to the values out of which the riches of the general welfare are created"; W. Brennan, Jr., *The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment*, in 79 *Harv. L. Rev.* 1, 1965, p. 13: "literature and the arts [...] fall within the subjects of "governing importance that the First Amendment absolutely protects from imbridgement"; H. Kalven, Jr., *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*, 1988, cita casi che riconoscono la protezione dell'arte sotto il Primo Emendamento come casi che sollevano "speech issues", senza però approfondire la natura artistica dello "speech" in questione.

⁵ *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557 (1995).

⁶ Note, *Standards for Federal Funding of the Arts: Free Expression and Political Control*, in 103 *Harv. L. Rev.* 1969, 1990, p. 1980.

⁷ Si osservi la distinzione dottrinale tra copertura (*coverage*) e protezione (*protection*) delineata da alcuni teorici del Primo Emendamento. Lungo il corso della trattazione, ci si troverà talvolta ad usare il termine "protezione" come sinonimo di "copertura", tuttavia è bene tenere a mente la differenza tra i due concetti così che si possa capire quando nel contesto si sta intendendo il significato dell'uno e quando quello dell'altro; tornerò poi, a più riprese, sul significato dei due termini, cercando di evidenziarne di volta in volta i diversi aspetti rilevanti ai fini del lavoro.

La distinzione tra copertura e protezione è spesso descritta come la differenza che intercorre tra definire un diritto e determinare se una certa violazione di quel diritto è giustificata, vedi D.L. Faigman, *Reconciling Individual Rights and Governmental Interests: Madisonian Principles versus Supreme Court Practice*, in 78 *Va. L. Rev.* 1521, 1992, pp. 1522-1523; C. Post, *Recuperating First Amendment Doctrine* in 47 *Stan. L. Rev.* 1249, 1995; F. Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, in 34 *Vand. L. Rev.* 265, 1981, p. 270 ss.; M.V. Tushnet, *Art and the First Amendment*, cit., p. 174 ss.

Un caso in cui la Corte Suprema sostiene la distinzione *coverage/protection* nel diritto costituzionale in generale è *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), pp. 571-572: "there are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which has never been thought to raise any constitutional problem" (si rimanda *infra*, par. 4.1). Per una trattazione del tema da un punto di vista giurisprudenziale, si veda R. Alexy, *A Theory of Constitutional Right*, Oxford, OUP, 2002, pp. 35-37. Per una trattazione nel contesto della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, si veda J. Gerards, H. Senden, *The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights*, in 7 *Int'l J. Const. L.* 619, 2009. In Italia, se ne è occupato il Fois.

⁸ M.V. Tushnet, *Art and the First Amendment*, cit., p. 171.

⁹ A partire da *Burstyn v. Wilson*, 343 U.S. 495 (1952), primo caso di riconoscimento della tutela dell'arte sotto la copertura del Primo Emendamento (per la cui trattazione si rimanda *infra*, par. 2), si ricordano, tra gli altri, i casi *Abod v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977), p. 231; *South-eastern Promotions v. Conrad*, 420 U.S. 546 (1975); *Interstate Circuit v. Dallas*, 390 U.S. 676 (1968); *Schad v. Mountain Ephraim*, 452 U.S. 61 (1981).

secondario effetto di mettere in luce le difficoltà e l'inadeguatezza delle teorie costituzionali tradizionali in tema di Primo Emendamento di fronte alla tutela dell'espressione artistica.

2. *Burstyn v. Wilson*: si afferma la tutela costituzionale dell'arte sotto il Primo Emendamento. Comincia a delinearci il criterio dell'espressività

L'idea che l'arte¹⁰ possa essere meritevole di tutela costituzionale è stata, nell'ordinamento degli Stati Uniti, una conquista giurisprudenziale relativamente recente. Se non si considera il caso precoce e del tutto peculiare riguardante la letteratura¹¹, si dovrà, infatti, aspettare il 1952 perché la Corte Suprema riconosca esplicitamente all'arte, ed alla sua libera espressione, la copertura sotto l'ombrello della *speech clause* del Primo Emendamento. È il caso *Burstyn v. Wilson*¹², dichiarando l'inammissibilità costituzionale della legge dello Stato di New York che prevedeva la rimozione dalle sale del film "*The Miracle*" di Roberto Rossellini per il suo carattere "sacrilego", a decidere per la prima volta che "l'espressione attraverso il mezzo cinematografico è inclusa nella tutela delle clausole *free speech* e *free press* garantite dal Primo e dal Quattordicesimo Emendamento"¹³.

¹⁰ Il riferimento è alle arti visive (pittura, disegno, scultura, stampe, fotografia, cinema, architettura, grafica) e alle arti performative (musica, teatro, danza). Tuttavia, poiché lo scopo del presente lavoro è rivolto all'analisi della *First Amendment doctrine* e dell'opera interpretativa dei giudici, del loro incedere argomentativo di fronte alla necessità di affrontare la questione di definire un oggetto come opera d'arte e delle loro scelte che indirizzano il percorso di evoluzione giurisprudenziale, potrà capitare che vengano fatti riferimenti alle più svariate forme d'arte, da quelle tradizionali a quelle più controverse, dibattute (come l'attività di tatuare), se oggetto di casi funzionali allo sviluppo della nostra ricerca.

¹¹ La letteratura costituisce un mezzo di espressione artistica peculiare per quanto riguarda la sua tutela a livello giurisprudenziale, per questo non rientrerà nell'analisi qui presente se non per brevi cenni.

Generalmente, i casi più risalenti riguardanti il Primo Emendamento decisi dalla Corte Suprema trattavano il discorso scritto (*written words*) come rientrante sotto la tutela della *press clause*, mentre il discorso verbale (*spoken words*) come rientrante sotto la tutela della *speech clause*. A seguito dei primi casi di censura di opere letterarie da parte delle autorità locali, le corti non tardarono a chiarire che i libri che si poteva ritenere avessero valore artistico e letterario non potevano essere esclusi dalla tutela del Primo Emendamento. Si ricordi, su tutti, il caso riguardante l'*Ulysses* di James Joyce, *United States v. One Book Entitled Ulysses by James Joyce*, 72 F.2d 705 (2nd Cir. 1934), pp. 706-707 (per alcuni spunti sull'intera vicenda, si rimanda *supra*, cap. I, pp. 40-41). Mentre, però, le corti di inizio XX secolo si adoperavano per espandere la protezione costituzionale della letteratura, alle altre forme d'arte non veniva ancora concessa alcuna copertura.

Si tornerà più avanti su come la contrapposizione testo/immagine (*text v. image*) sia una distinzione chiave per comprendere certe scelte dei giudici di fronte alle (presunte) opere artistiche. Cfr. *Kaplan v. California*, 413 U.S. 115 (1973), p. 119: "A book seems to have a different and preferred place in our hierarchy of values, and so it should be".

¹² *Joseph Burstyn Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495 (1952).

¹³ *Id.*, *cit.*, p. 501. Si noti che viene richiamata anche la protezione del Quattordicesimo Emendamento in quanto, tra la decisione in *Burstyn* e l'ultima volta in cui la Corte aveva affrontato un caso simile, in *Mutual Film Corp. v. Industrial Comm'n of Ohio*, 236 U.S. 230 (1915), era stato deciso il caso *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925), con cui si estendeva il divieto del Primo Emendamento anche agli stati,

Il cinema, la cui nascita si fa risalire convenzionalmente al 1895, può dirsi un mezzo artistico piuttosto nuovo, se paragonato alle tradizionali forme espressive dell'arte figurativa classica, come la pittura, il disegno, la scultura; merita sottolineare, perciò, il fatto che proprio a partire da un caso avente ad oggetto tale mezzo espressivo sia fluita tutta la giurisprudenza successiva in materia di libertà artistica. Anche la Corte pare essere consapevole della singolarità della scelta, e quasi fornire una spiegazione: “ogni mezzo espressivo ha caratteri peculiari e tende a presentare problemi propri, ma, allo stesso tempo, poca rilevanza ha il mezzo poiché i principi fondamentali di libertà di espressione e di stampa, così come elaborati nel Primo Emendamento, non cambiano¹⁴; quei principi, in quanto frequentemente enunciati dalla Corte stessa, fanno della libertà di espressione, la regola”¹⁵.

attraverso la *due process clause* del Quattordicesimo Emendamento (la c.d. *incorporation*). Successivamente, con il caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), il divieto verrà esteso dagli organi legislativi statali a tutte le varie autorità statali capaci di limitare la libertà di espressione.

¹⁴ La decisione della Corte non dovrebbe portare a pensare che “motion pictures are necessarily subject to the precise rules governing any other particular method of expression. Each method tends to present its own peculiar problems. But the basic principles of freedom of speech and the press, like the First Amendment’s command, do not vary. Those principles, as they have frequently been enunciated by this Court, make freedom of expression the rule.”, *Burstyn v. Wilson*, *cit.*, p. 503.

Il fatto che tutti i mezzi di comunicazione siano protetti dal Primo Emendamento, ma che ogni mezzo debba avere regole adeguate all'unicità della sua natura si ritrova anche in *Edmund G. Brown, Jr., Governor of California, et. al. v. Entertainment Marchants Association, et. al.*, 564 U.S. (2011), dove viene in risalto, pur nella diversità dei mezzi e delle specifiche regole che verranno applicate per decidere il tipo di protezione da dare, l'importanza di un trattamento uguale da un punto di vista sostanziale (pari dignità): “Reading Dante is unquestionably more cultured and intellectually edifying than playing Mortal Kombat. But these cultural and intellectual differences are not constitutional ones. Crudely violent video games, tawdry TV shows, and cheap novels and magazines are no less forms of speech than The Divine Comedy, and restrictions upon them must survive strict scrutiny. [...] Even if we can see in them “nothing of any possible value to society [...], they are as much entitled to the protection of free speech as the best of literature.” *Winters v. New York*, 333 U. S. 507 (1948), p. 510”.

Similmente, nell'ordinamento italiano, la formula costituzionale della libertà di espressione risulta una endiadi quando si mettono in luce due diversi aspetti, il secondo strumentale al primo, di uno stesso diritto: il diritto di esprimersi liberamente e il diritto di utilizzare ogni mezzo allo scopo di diffondere tale espressione del pensiero. Manifestazione e diffusione sono coperti dalla stessa garanzia costituzionale, pur ammettendosi la possibilità di disciplinare in concreto ciascun veicolo in maniera differenziata, a seconda, ad esempio, del potere di suggestione di ciascun mezzo, della possibilità concreta di accesso da parte di chiunque, della diversa pericolosità dei mezzi, della diversa funzionalità politica (S. Foix), sempre senza che attraverso il controllo dell'uso sia in pratica svuotata la garanzia costituzionale della stessa libertà in senso sostanziale. Infatti non “potrà mai farsi un diverso trattamento tra l'affermazione di libertà e il suo concreto esplicarsi, cioè tra il principio costituzionale e l'uso dei mezzi occorrenti per la sua effettività”, vedi P. Barile, voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, p. 11.

¹⁵ Si osservi come dalle parole della Corte emerga la distinzione tra regole e principi, tema classico su cui a lungo ha dibattuto la dottrina costituzionalistica più tradizionale, sia americana che continentale. Si vedano, tra le tante voci, H. Hart; Ely; R. Dworkin, *The Model of Rules I*, in *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1978; R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, OUP, 2002; G. Pino; G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, 2002, pp. 865-897; Id., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, Einaudi, 2009, capp. V-VI.

Al contrario, prima del caso *Burstyn*, più famoso nelle cronache dell'epoca col nome di “*The Miracle case*”, l'opinione dei giudici era che il cinema – e per estensione, l'arte in generale – non potesse ritenersi abbastanza espressivo, non contenesse cioè quell'elemento comunicativo che costituiva requisito indispensabile del concetto di *speech* così come tradizionalmente interpretato dai giudici costituzionali. Infatti, la Corte che aveva deciso *Mutual Film Corp. v. Industrial*

Da alcuni decenni, si fronteggiano due principali teorie, o gruppi di teorie: da una parte vi sono i sostenitori della c.d. distinzione forte tra regole e principi, secondo i quali tra regole e principi corre una differenza categoriale: si tratta di oggetti diversi (per il modo in cui vengono ad esistenza, o per il modo in cui funzionano in sede applicativa). Versioni di questa tesi sono sostenute da: R. Dworkin, *The Model of Rules I*, cit.; R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., cap. III; Id., *On the Structure of Legal Principles*, in *Ratio Juris*, vol. 13, 2000, pp. 294-304; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., cap. VI; Id., *La legge e la sua giustizia*, cap. VI; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Tre approcci ai principi del diritto*, in *Analisi e diritto*, 1993, pp. 9-29; Idd., *Rules and Principles Revisited*, in *Associations*, vol. 4, 2000, pp. 147-156; L. Mengoni, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in Id., *Ermenutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 115-140; F. Modugno, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in ID. (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 85-113; A. Baldassarre, *L'interpretazione della costituzione*, in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, ESI, Napoli, 2001, pp. 215-230; L. Alexander, K. Kress, *Against Legal Principles*; L. Alexander, E. Sherwin, *The Rule of Rules*, cap. VIII.

Dall'altra parte, vi sono i sostenitori della c.d. distinzione debole tra regole e principi, secondo i quali la distinzione tra i due tipi di norme è non categoriale ma quantitativa, o di grado: ciò che caratterizza i principi è il fatto di possedere in misura maggiore o minore certe proprietà o certe caratteristiche, le quali sono però possedute (rispettivamente in misura minore o maggiore) anche dalle regole. Versioni di questa tesi sono sostenute da: V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*; J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 823-854; N. McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, OUP, 1978, cap. VII; A. Pintore, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 19 ss.; L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, 1985, in E. Diciotti e V. Velluzzi (a cura di), *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico* Torino, Giappichelli, 2008, pp. 173-204; W. Twining, D. Miers, *Come far cose con regole* (1982), Milano, Giuffrè, 1990, pp. 180-183; H.L.A. Hart, *Postscript* (1994), in ID., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961, 1942; J.J. Moreso, *Come far combaciare i pezzi del diritto*, in *Analisi e diritto*, 1997, pp. 79-118; P. Comanducci, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto* (1997), in Id., *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 81-95; K. Sullivan, *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, in *Harvard Law Review*, vol. 106, 1992, pp. 22-123 (spec. pp. 57-62); M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1952, p. 259; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, pp. 429-435; F. Schauer, *Prescriptions in Three Dimensions*, in *Iowa Law Review*, vol. 82, 1997, pp. 911-22; M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2003, 20083, pp. 108-115; G. Maniaci, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 300-312; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. III. La versione più radicale di questa concezione arriva a sostenere che, a ben vedere, regole e principi sono la stessa cosa: così L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit.; per una critica, vedi G. Pino, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale*, cit.

Quella che pare più condivisibile oggi è la teoria debole, secondo cui regole e principi sono elementi che fanno parte della categoria delle norme, e non già delle disposizioni; poiché solo l'interpretazione può produrre norme, ciò vuol dire che la distinzione in questione riguarda oggetti che hanno già ricevuto una interpretazione e che dall'interpretazione dipende la continua riformulazione della distinzione. Tale distinzione, dunque, è sempre relativa e graduale, più che forte e qualitativa, e costituisce l'esito, sempre rivedibile e contingente, di strategie interpretative finalizzate al raggiungimento degli obiettivi più diversi, piuttosto che un dato oggettivo risultante dalla descrizione di caratteri ontologici delle norme.

*Comm'n of Ohio*¹⁶, il precedente superato da *Burstyn*, si era limitata a ridurre le attività di produzione, distribuzione e fruizione di film, così come di “altri spettacoli” (presumibilmente intendendo spettacoli dal vivo), a questioni puramente economiche – “business, pure and simple, originated and conducted for profit” – che, proprio per questa loro finalità, non avevano diritto ad alcuna tutela come libera espressione artistica.

In definitiva, dunque, i giudici di *Mutual*, che si erano trovati a dover decidere in merito alla copertura dell’arte sotto il Primo Emendamento, avevano affrontato la questione formulando due criteri, che a loro parere si escludevano a vicenda: l’espressività ed il fine economico.

Partendo dal secondo criterio, la Corte sosteneva l’argomento secondo cui la presenza di un fine economico avrebbe impedito la convivenza con finalità artistiche. Tale ragionamento sarà facilmente rovesciato dalla Corte successiva: dopo aver sviluppato un tanto semplice quanto brillante confronto con le opere letterarie, secondo il quale libri, giornali, riviste sono pubblicati e venduti per profitto, ma questo non impedisce loro di venire classificati tra le forme di espressione la cui libertà viene salvaguardata dal Primo Emendamento, la Corte *Burstyn* sosterrà come non dovrebbe accadere diversamente nel caso del mezzo cinematografico. Da quel momento in poi, saranno numerose le pronunce che confermeranno l’affermazione della Corte *Burstyn* per cui la presenza di un fine economico non impedisce una contestuale finalità artistica del lavoro e, se rinvenuti entrambi i fini, nulla vieta l’applicabilità della tutela del Primo Emendamento¹⁷.

Per quanto riguarda, invece, il primo criterio, i giudici muovevano un’accusa di assenza di espressività rinvenendo nella indubbia funzione di intrattenimento delle pellicole cinematografiche, la motivazione sufficiente ad escludere ogni possibilità di un loro intento comunicativo: in quanto puro godimento per gli occhi¹⁸, non potevano farsi anche veicolo di opinioni.

¹⁶ *Mutual Film Corp. v. Industrial Comm'n of Ohio*, 236 U.S. 230 (1915). *Mutual Film Corp.* costituisce il precedente che sarà poi *overruled* nel caso *Burstyn*. La Corte *Mutual* decide all’unanimità per la costituzionalità di una legge dell’Ohio che censurava un film, non ritenendo che la protezione della libertà di espressione potesse estendersi al mezzo cinematografico. Il parametro di costituzionalità è la disposizione sulla libertà di espressione della costituzione dell’Ohio in quanto, come già accennato *supra*, in nota 13, prima del caso *Gitlow v. New York, cit.*, del 1925, i casi riguardanti la conformità di leggi statali alla libertà di espressione venivano giudicati solo rispetto alle clausole sulla libertà di espressione delle costituzioni statali, e non anche al Primo Emendamento della Costituzione federale.

¹⁷ E.g., *Bery v. City of New York*, 97 F. 3d 689 (2nd Cir. 1996): “la vendita di materiale protetto [dal Primo Emendamento] è essa stessa protetta”; *Rosa Parks v. LaFace Records*, 76 F. Supp. 2D 775, 779-782 (E.D. Mich. 1999), p. 780: “Titles, like the artistic works they identify, are of a hybrid nature, combining artistic expression and commercial promotion. The title of a movie may be both an integral element of the film-maker’s expression as well as a significant means of marketing the film to the public. The artistic and commercial elements of titles are inextricably intertwined. Film-makers and authors frequently rely on word-play, ambiguity, irony, and allusion in titling their works. Furthermore, their interest in freedom of artistic expression is shared by their audience. The subtleties of a title can enrich a reader’s or a viewer’s understanding of a work”.

¹⁸ Nelle argomentazioni della Corte, film e spettacoli dal vivo vengono considerati unicamente “pleasing to the eye”, D. Greene, *Why Protect Political Art as “Political Speech”?*, in 27 *Hastings Comm. & Ent. L. J.* 359, 2004-2005, p. 362.

Dal canto suo, la Corte *Burstyn* replica molto decisamente affermando, invece, come “non ci possa essere alcun dubbio che le pellicole cinematografiche siano un mezzo rilevante per la comunicazione di idee”, e che “la loro importanza come organo di opinione pubblica non diminuisca per il fatto che siano designate ad intrattenere oltre che ad informare”¹⁹.

A questo punto, si noti come, sin dalle prime pronunce riguardanti l'espressione artistica, abbia fatto la sua comparsa nel percorso argomentativo della Corte un criterio usato per giustificare la tutela dell'arte entro il termine *speech*, che rimarrà una costante lungo tutto il corso dell'evoluzione giurisprudenziale in materia: il criterio dell'espressività. L'arte è espressiva, non c'è alcun dubbio per la Corte *Burstyn*. Per questo, merita la tutela della *free speech clause* del Primo Emendamento.

Nell'indagine che ci si appresta a compiere, allora, seguiremo, a partire da questo primo caso, la corsa del *fil rouge* dell'espressività lungo tutto l'arco giurisprudenziale in materia di libertà artistica. Primo e principale criterio di riferimento nelle decisioni relative alla qualificazione giuridica di un oggetto come opera d'arte, il criterio espressivo resta un appiglio essenziale nella maggior parte delle argomentazioni sia della Suprema Corte che delle corti inferiori.

Senza voler anticipare conclusioni, si può evidenziare fin da subito come il ricorso all'espressività sia indice della tendenza dei giudici ad evitare di individuare le caratteristiche peculiari dell'espressione artistica e trovare criteri adatti alla sua natura intrinseca, cercando piuttosto, fin dai primi casi in materia, di riformulare il problema in termini familiari e di riportarlo entro concetti e categorie note, quali appunto quella dell'espressività, riconducibili al contesto normativo della più generale libertà di espressione, entro cui la libertà artistica è contenuta.

Dunque, tornando per un attimo al caso *Burstyn* in esame, la motivazione alla base della scelta dei giudici di tutelare l'arte per i suoi elementi espressivi, comunicativi, razionali, discorsivi, ha radici profonde che affondano direttamente nella genesi storica del Primo Emendamento e nella *ratio* ad esso sottostante.

Sarà necessario, allora, in via preliminare ripercorrere alcune tappe della lunga storia giurisprudenziale in tema di libertà di espressione²⁰, alla luce dei diversi contesti storici e delle impostazioni teoriche di volta in volta presenti in seno alla Corte, allo scopo di comprendere le basi sulle quali la Corte ha costruito il quadro analitico di riferimento per i casi riguardanti l'arte e la sua libertà.

¹⁹ *Burstyn v. Wilson, cit.*, p. 502.

²⁰ Non si vuole certo ripercorrere l'intera storia del Primo Emendamento, sarebbe impresa impossibile e non rilevante ai fini di questo lavoro. Si toccheranno solo gli ambiti funzionali alla nostra ricerca.

3. Verso la costruzione di un quadro analitico di riferimento per la tutela dell'arte entro il Primo Emendamento. (Segue) Le origini del Primo Emendamento, tra contesto storico e premesse filosofiche

Il Primo Emendamento, insieme agli altri nove emendamenti con cui forma il *Bill of Rights* aggiunto nel 1791 in calce alla Costituzione del 1787, nasce essenzialmente come concessione alle istanze anti-federaliste che premevano sul governo centrale appena instauratosi.

L'introduzione della carta dei diritti si inserisce, infatti, al centro dell'accesso dibattito di fine XVIII e inizio XIX secolo tra federalisti, che ritenevano per un verso illegittimo, e per l'altro superfluo, un esplicito riconoscimento costituzionale dei diritti soggettivi²¹, ed anti-federalisti, che vedevano nel rafforzamento di un potere centrale consacrato in un testo costituzionale da considerarsi "*supreme law of the land*"²², e nella contestuale assenza di un esplicito riconoscimento dei diritti individuali, una pericolosa combinazione che avrebbe rischiato di imbrigliare i cittadini americani nelle pesanti "catene del dispotismo"²³.

La *ratio* originaria dell'emendamento, dunque, risiedeva essenzialmente nella individuazione di un limite all'attività dello stato federale nei confronti del singolo cittadino²⁴, secondo un'ottica tipica del contrattualismo lockiano che identifica le

²¹ Secondo i federalisti, l'eventuale inserimento di una carta dei diritti avrebbe costituito, da un lato, un eccesso di delega da parte dei costituenti nei confronti del mandato conferito loro dalle convenzioni statali e dal popolo stesso, secondo cui le loro competenze risiedevano unicamente nella creazione di un forte stato centrale e nella ripartizione orizzontale e verticale dei poteri (si veda A.R. Amar, *Of Sovereignty and Federalism*, in 96 *Yale L. J.* 1425, 1989, p. 1439). Dall'altro, la previsione espressa di diritti individuali avrebbe rappresentato un'inutile ridondanza poiché, nel negare espressamente qualsiasi intervento dell'autorità in materia, avrebbe paradossalmente finito per affermarne una competenza implicita, fornendo, "a uomini inclini all'usurpazione, un pretesto plausibile per rivendicare un potere" (A. Hamilton, *Il Federalista N. 84*, in A. Hamilton, J. Madison, *Il Federalista*, Bologna, Il Mulino, 1998). Per il presente paragrafo si riprendono, tra le altre, le ricostruzioni sull'origine del Primo Emendamento di C. Caruso, *Teoria e "ideologia" della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla freedom of speech*, in *Forum costituzionale*, 2013; Id., *Libertà di manifestazione del pensiero e tecniche argomentative delle Corti costituzionali*, 2011; R.L. Weaver, D.E. Lively D.E., *Understanding the First Amendment*, New Providence-San Francisco, Matthew Bender, 2012.

²² U.S. Const., Art. 6, Cl. 2.

²³ *Letters of Centinel II*, in H.G. Storing, M. Dry, *The Anti-Federalist: An Abridgment of the Complete Anti-Federalist*, Chicago, University of Chicago Press, 1985, p. 144.

²⁴ La bozza originale del *Bill of Rights* di Madison conteneva due proposte per quanto riguardava l'emendamento sulla libertà di espressione: il primo testo si riferiva al popolo ("The *people* shall not be deprived or abridged of their right to speak, to write, or to publish their sentiments; and the freedom of the press, one of the great bulwarks of liberty, shall be inviolable."), il secondo agli stati ("No *state* shall violate the equal rights of conscience, or of the press."). Il Congresso non supportò gli sforzi di Madison verso l'applicazione della clausola del *free speech* anche agli stati, nonostante egli la promuovesse con entusiasmo come "the most valuable amendment on the whole list".

In tal senso, la mancata estensione dello stesso divieto ("Congress shall make not laws abridging freedom of speech") ai singoli stati lasciava a questi ultimi e alla loro autonomia decisionale la concreta previsione dei diritti di libertà nelle carte costituzionali statali, creando così una tutela dei diritti tutt'altro che uniforme all'interno del paese. Sarà la giurisprudenza della Corte Suprema che progressivamente, grazie all'introduzione del Quattordicesimo Emendamento nel 1868, estenderà i diritti del *Bill of Rights*

libertà individuali con le ragioni fondanti della dimensione statale²⁵. I padri fondatori, infatti, costruirono la loro filosofia su John Locke, ma non solo, alimentarono la loro passione politica con Thomas Paine e costruirono il progetto e le fondamenta per una nuova nazione sugli insegnamenti di William Blackstone²⁶.

Già negli anni immediatamente successivi alla redazione del *Bill of Rights*, però, il distacco da quella tradizione filosofico-politica americana che aveva le sue basi nel liberalismo individualistico di Locke e nel contrattualismo *tory* di Blackstone, insieme al compiersi del processo storico di emancipazione delle colonie dalla madrepatria, contribuiscono a ridefinire, sostanziandolo, il significato del Primo Emendamento e della sua *free speech clause*. Nel superamento dell'originaria funzione paternalistico-garantista espressa dal divieto di intervento imposto al Congresso, emergono gli interessi ed i valori sottesi al riconoscimento della libertà di parola nel contesto di riferimento²⁷. Pur non negando la necessità originaria di quel divieto – “[i]l Congresso non potrà fare alcuna legge [...] per limitare la libertà di parola, o di stampa”²⁸ –, la struttura normativa della disposizione si arricchisce presto di contenuto sostanziale, ridefinendosi in senso positivo come forma di partecipazione dell'individuo alla comunità politica. In tal senso, allora, il graduale approdo alla tutela della libertà di espressione nella sua accezione positiva – contributo del singolo individuo alla creazione della sfera pubblica – sembra non aver potuto prescindere dal necessario antecedente logico della tutela della libertà di espressione nella sua accezione negativa – divieto di intervento imposto al potere federale –.

Si rinviene, a questo punto, uno stretto legame tra libertà e sovranità, in particolare, tra la *freedom of speech* del Primo Emendamento ed il concetto di sovranità popolare così come teorizzato dai padri fondatori²⁹: la sovranità appartiene al popolo (*We the People*), non allo stato, dunque il popolo deve avere la necessaria libertà per partecipare al discorso pubblico ed eleggere i suoi rappresentanti; in questo modo, ogni singolo individuo contribuisce alla poiesi del “government by discussion, [...] in which outcomes would be reached through broad public deliberation”³⁰, alimentando così il funzionamento del meccanismo democratico.

anche agli stati, partendo proprio dal diritto di libertà di espressione previsto nel Primo Emendamento (*Gitlow v. New York, cit.*, 1925, cfr. *supra*, note 13, 16).

²⁵ Si noti come questa tradizione filosofica all'origine del processo democratico negli Stati Uniti si contrapponga a quella dominante in Europa continentale nello stesso momento storico, che si basa sulla visione rousseauviana della legge come fondamento garantista e democratico delle situazioni soggettive dei singoli, vedi A. Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 14 ss.

²⁶ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Clark, The Lawbook Exchange, 2003.

²⁷ Si veda più avanti nel testo l'opinione concorrente del giudice Brandeis in *Whitney v. California* 274 U.S. 357 (1927), dove per la prima volta a livello giurisprudenziale vengono elencati le *rationes*, i fini, gli interessi che governano la fattispecie costituzionale.

²⁸ Primo Emendamento, *Bill of Rights*, Costituzione degli Stati Uniti (1791).

²⁹ J. Madison, *Selected Writings of James Madison*, J. Ketcham (a cura di), Indianapolis, Hackett Publishing, 2006, p. 254; W. Brennan Jr., *The Supreme Court and the Meikeljohn Interpretation of the First Amendment*, in 79 *Harvard Law Review* 1, 1965.

³⁰ C.R. Sunstein, *Democracy and The Problem of Free Speech*, New York, Simon & Schuster, 1995, p. xvi; ma anche, O.M. Fiss, *The Irony of Free Speech*, 1998, pp. 1-4; A. Meiklejohn, *Political Freedom*, 1960, p. 24 ss.

La libertà di espressione assume un ruolo centrale all'interno della dialettica tra individuo e autorità. D'altronde, ciò che sostiene l'intera struttura di tutela del Primo Emendamento è che ogni diritto ivi previsto è essenziale al progetto comune di preservare la libertà a fronte di una democrazia rappresentativa. L'equilibrio tra libertà e ordine viene raggiunto attraverso "constructive means of subversion", quali parola, stampa, assemblea, rimedio processuale, religione, filosofia, politica, arte³¹.

La Costituzione americana nasce come un Giano bifronte: da un lato stabilisce un forte governo centrale e gli affida ampi poteri nella creazione di un efficiente stato di successo; dall'altro, è infusa interamente della credenza che tale potere debba essere ristretto in nome della libertà individuale³².

È alle origini del Primo Emendamento, quindi, che si può fare risalire la tensione tra due valori cardine del sistema costituzionale statunitense: da una parte, l'istanza liberale, derivante dal liberalismo individualistico di matrice lockiana, dall'altra, l'istanza democratica sviluppatasi dal liberalismo democratico di alcuni commentatori del XVIII secolo di area *whig* radicale³³. Queste due istanze stanno alla base delle due opposte visioni che convivono riguardo alla clausola sulla libertà di espressione ed ai limiti che possono esservi apposti. Secondo la concezione liberale, il potere giudiziario dovrebbe interpretare nella maniera più espansiva possibile i tipi di espressione da includere nella categoria di espressione protetta (*protected speech*); la concezione democratica, invece, sostiene il potere del governo di limitare le libertà, regolando i tipi di espressione da includere nella categoria di espressione non protetta (*unprotected speech*).

Anche nella dottrina italiana non sono mancate impostazioni debitorie ora alla teoria liberal-individualistica ora all'approccio democratico-funzionale, entrambe strumentali alla ricognizione dei limiti legittimamente apportionabili alla libertà di espressione³⁴.

³¹ M.A. Hamilton, *Art Speech, cit.*, pp. 84-85.

³² *Id.*, p. 80.

³³ Si ricordi la *Cato's letter* di J. Trenchard e T. Gordon. Pur rimanendo identico il contenuto della situazione soggettiva, pur restando ferma la premessa, la *ratio* iniziale della disposizione, le argomentazioni catoniane portano ad un mutamento della struttura politica della pretesa individuale, collegandola a concetti di *public liberty* e *free government*, rendendo l'esercizio di tale pretesa individuale strumentale alla creazione della sfera pubblica e non al mero soddisfacimento degli interessi privati.

³⁴ L'idea che al singolo venga riconosciuta una sfera di libertà protetta dalle ingerenze dello stato ha posto le premesse per la ricerca di un fondamento esplicito o implicito in Costituzione dei limiti legislativi alla situazione soggettiva; tuttavia, se si ammette il potenziale di garanzia del dissenso all'interno di una società plurale e democratica che spetta a tale libertà, non è sufficiente l'individuazione di un fondamento costituzionale del limite, piuttosto, è necessario che "la violazione di tale bene (...) coincida con la violazione di un limite logico della manifestazione del pensiero" (S. Fois, *Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero*, 1957, p. 107). Dunque, i limiti conformi a Costituzione sono solo quelli che si ricavano da altre norme costituzionali e quelli che si ricavano dalla norma stessa che pone la libertà. Si noti che il fatto di avere previsto una "tutela rafforzata" (Corte cost. 9/1965) di altri tipi di espressione per effetto di altre norme costituzionali (e.g., art. 33 Cost.) non implica un indebolimento della libertà generica.

4. (Segue) Diverse posizioni sul significato del Primo Emendamento: scelte di metodo, giudizi di valore, risultati pratici

Le due esigenze contrastanti appena esaminate, l'istanza liberale e quella democratica, costituiscono la premessa filosofica alle origini del dibattito, che attraverserà tutta la *First Amendment theory*, tra i cosiddetti assolutisti³⁵, fautori della categorizzazione, e non-assolutisti³⁶, promotori del bilanciamento, sul significato della *free speech clause* del Primo Emendamento. La differenza tra le due posizioni è la stessa che intercorre tra regole e principi³⁷. Al dibattito tra assolutisti e non-assolutisti, dunque, solitamente si lega, sul versante dell'interpretazione costituzionale, la disputa tra i c.d. *originalists*, che ricorrono al metodo letterale, ed i sostenitori della c.d. *living constitution* e di un'interpretazione di tipo evolutivo. Non solo, il dibattito sui metodi di interpretazione costituzionale, a sua volta, nasconde un più profondo scontro tra giudizi di valore³⁸.

La propensione verso l'uso di un determinato metodo di interpretazione e delle relative tecniche argomentative viene guidata innanzitutto da scelte di valore preliminari dell'interprete. In altre parole, la scelta procedurale dei metodi e delle tecniche decisionali dipende dalle ragioni sostanziali che tramite tali strumenti si vuole implementare.

Questa scelta finirà per influire sui modi, ma anche sui risultati della ricerca. Non rimane un problema puramente speculativo, "storico-filosofico"³⁹,

³⁵ La visione assolutista, dei cosiddetti *absolutists*, del Primo Emendamento viene sostenuta vigorosamente dai giudici Black (dissenting in *Konigsberg*) e Douglas. Tuttavia, si può rinvenire anche in alcuni casi più risalenti, dove si collega alla formulazione di una "preferred position" per le libertà del Primo Emendamento (nota 4 del giudice Stone in *Carolene Products*).

Per quanto riguarda le elaborazioni dottrinali, si ricordino, tra gli altri, A. Farber, *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*, in 84 *Ind. L. J.* 917, 2009, pp. 919-921; K.M. Sullivan, *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, in 63 *U. Colo. L. Rev.* 293, 1992, p. 293, 295; Id., *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, in 106 *Harv. L. Rev.* 22, 1992, p. 57, 59, 63.

³⁶ L'origine della visione non assolutista, dei c.d. *absolutists* o *balancers*, si fa risalire alle opinioni del giudice Frankfurter, che si pongono in scontro diretto con il giudice Black.

Da un punto di vista dottrinale, si possono citare, tra gli altri, R. Bork; F. Schauer, *The Boundaries of The First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, 117 *Harv. L. Rev.* 1765, 2004.

³⁷ K.M. Sullivan, *The Supreme Court, 1991 Term – Foreword: The Justices of Rules and Standards*, in 106 *Harv. L. Rev.* 24, 1992, p. 27: "The Justices of rules are skeptical about reasoned elaboration and suspect that standards will enable the Court to translate raw subjective value preferences into law. The Justices of standards are skeptical about the capacity of rules to constrain value choice and believe that custom and shared understandings can adequately constrain judicial deliberation in a regime of standards". Ma si vedano anche, A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in 56 *U. Chi. L. Rev.* 1175, 1989, p. 1179, che sostiene che "adopting clear rules constrains judges from acting on their political preferences in future cases based on 'balancing'"; P. Schlag, *Rules and Standards*, in 33 *UCLA L. Rev.* 379, 1985, p. 398: "The dialectic here [of rules v. standards] traces the so-called balancing v. absolutism debate".

³⁸ L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, Cedam, 1954.

³⁹ T. Ascarelli, *Studi di diritto comparato*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949.

“giuridicamente irrilevante”⁴⁰, ma influenza in concreto l’attività dell’interprete finendo per avere una precisa rilevanza giuridica. Nonostante non sia automatico che ad una scelta corrisponda un restringimento ed alla scelta opposta un ampliamento del diritto oggetto di interpretazione⁴¹, la scelta di un metodo rispetto ad un altro comunque influisce sul livello di tutela accordato al diritto sottostante e lo modifica.

Del resto, se non vi fosse una profonda implicazione tra l’orientamento più speculativo dell’interprete e la sua attività pratica di giudice, non si spiegherebbero gli insanabili contrasti dottrinali e metodologici per cui i membri della Corte continuano a battersi così aspramente⁴².

4.1 “The First Amendment is an absolute”⁴³? Il dibattito dottrinale intorno al (preteso) assolutismo della *free speech clause* del Primo Emendamento

L’approccio assolutista, detto anche categoricista, e quello non assolutista, o del bilanciamento, nascono dall’acceso dibattito tra i giudici della Corte Suprema Black e Frankfurter che ha toccato il suo culmine nei primi anni Sessanta. Gli echi del loro scontro giungono fino ad oggi e trovano nuova voce nella contrapposizione tra i giudici Scalia e Breyer.

Per i sostenitori della teoria assolutista, la formulazione del Primo Emendamento – “[i]l Congresso non potrà fare alcuna legge”⁴⁴ – si compone di parole chiare, semplici, facilmente comprensibili: “il linguaggio è assoluto”⁴⁵, e non può essere equivocabile. Gli assolutisti ammettono, certamente, che la previsione di una tutela costituzionale per la libertà di espressione richieda un bilanciamento tra interessi in conflitto, ma credono che i padri fondatori, nel momento stesso in cui hanno redatto la Costituzione, “did all the ‘balancing’ that was to be done”⁴⁶, cosicché alla Corte non resta altro che il dovere di prendere la disposizione “as a command of the broadest scope that explicit language, read in the context of a liberty-loving society, will allow”⁴⁷.

⁴⁰ M.S. Giannini, *L’interpretazione*, citato in L. Caiani, *cit.*

⁴¹ Alle due opposte posizioni sul significato del Primo Emendamento e sulla scelta dei metodi d’interpretazione costituzionale, non si collegano automaticamente un restringimento o una espansione della tutela del diritto di libertà sottostante. Le due visioni ed i due metodi possono venire strumentalizzati allo scopo di ottenere, in casi diversi, risultati opposti. La posizione rigidamente testualista di Black, ad esempio, ha un valore retorico, volto più a polemizzare con gli esiti illiberali della giurisprudenza maccartista che non a sostenere una reale adesione a pratiche testualiste.

⁴² Cfr. L. Caiani, *I giudizi di valore nell’interpretazione giuridica*, *cit.*, pp. 198-199.

⁴³ A. Meiklejohn, *First Amendment is an Absolute*, *cit.* Cfr. F. Schauer, *The First Amendment as Ideology*, in *33 Wm & Mary L. Rev.* 853, 1992.

⁴⁴ Primo Emendamento, *Bill of Rights*, Costituzione degli Stati Uniti (1791).

⁴⁵ H.L. Black, *The Bill of Rights*, *35 N.Y.U.L. Rev.* 865, 1960. Vedi anche *Barenblatt v. United States*, pp. 143-144: il Primo Emendamento “significa ciò che dice”; *Smith v. California*, 361 U.S. 147 (1959), p. 157: “I read ‘no law...abridging’ to mean no law abridging”.

⁴⁶ Opinione dissenziente di Black in *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36 (1961), p. 56.

⁴⁷ Giudice Black in *Bridges v. California*, 314 U.S. 252 (1941).

La visione non assolutista, invece, ritiene che la formulazione incondizionata del precetto costituzionale ammetta, anzi richieda, delle attenuanti, delle eccezioni, dei *caveat*. Se così non fosse, mette in guardia il giudice Frankfurter, “regole assolute condurrebbero inevitabilmente ad eccezioni assolute, che finirebbero per corrodere la regola”. Le esigenze della libertà di espressione in una società democratica, così come quelle degli altri interessi pubblici – continua Frankfurter – sono “better served by candid and informed weighing of the competing interests, within the confines of the judicial process, than by announcing dogmas too inflexible for the non-Euclidean problems to be solved”⁴⁸.

A partire dal caso *Chaplinsky v. Hampshire*⁴⁹, sulla base della considerazione per cui “the right of free speech is not absolute at all times and under all circumstances”⁵⁰, i non-assolutisti ravvedono, tra i compiti della Corte, la necessità di operare continui bilanciamenti degli interessi concorrenti del caso concreto, enunciando in via argomentativa delle regole costitutive, funzionali ad una qualificazione giuridica (*definitional balancing*⁵¹), con la possibilità di giungere anche alla vera e propria esclusione di certe categorie di espressione (*unprotected speech*). In questo contesto, si fa strada la distinzione tra *coverage* e *protection* di un diritto⁵². I giudici della Corte Suprema, a partire dall’elaborazione della cosiddetta *two-tiers doctrine* in *Chaplinsky*⁵³, avviano a seguire un procedimento decisionale in due distinte fasi: prima, rispondono al quesito della copertura (*coverage*) o della soglia (*threshold question*); in un secondo momento, dopo la verifica dell’astratta copertura costituzionale, la corte si porrà il problema di capire se tale manifestazione

⁴⁸ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951), p. 519, opinione concorrente del giudice Frankfurter.

⁴⁹ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

⁵⁰ *Id.*, p. 571. Con *Chaplinsky* la Corte comincia a riconoscere che il Primo Emendamento non è assoluto.

⁵¹ A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2002. A titolo di esempio, si veda il caso *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), ma anche *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

⁵² Si rimanda *supra*, nota 7.

⁵³ Anche se la cosiddetta *two-tiers doctrine* o *two-levels theory* è stata articolata in *Chaplinsky*, 1942, pp 571-572, e ha trovato una compiuta teorizzazione solo dopo con il giudice Frankfurter, e successivamente in dottrina da Kalven, *The Metaphysics of Law of Obscenity*, 1961, se ne possono trovare già delle anticipazioni nelle prime pronunce in materia di *free speech* (*Schenck; Abrams; Schneider v. New Jersey*, 308 U.S. 147 (1939), p. 161: “the delicate and difficult task falls upon the courts to weigh the circumstances and to appraise the substantiality of the reasons advanced in support of the regulation of the free enjoyment of the rights”).

Considerata da molti del tutto incoerente con la previsione della libertà di espressione, la teoria dei due livelli è diventata comunque preminente nell’indirizzare il modo di procedere della Corte. La maggiore obiezione che le viene rivolta è che venga utilizzata dai giudici per evitare la ben più complicata operazione di bilanciamento tra i valori costituzionali e gli interessi statali sottesi alla disciplina legislativa. La teoria è sostenuta da F. Schauer. Per una giustificazione filosofica dell’approccio della Corte, si veda Finnis, “*Reason and Passion*”: *The Constitutional Dialectic of Free Speech and Obscenity*, in 116 *U. Pa. L. Rev.* 222, 1967. Per il punto di vista della critica alla teoria dei due livelli, si vedano, invece, Kalven, *The Metaphysics of Law of Obscenity, cit.*; S. Shiffrin; K. Karst; T.I. Emerson; il giudice Douglas nella sua opinione dissenziente in *Roth*. Per una ricostruzione neutrale, J.M. Shaman, *Constitutional Interpretation: Illusion and Reality*, Westport, Greenwood Publishing Group, 2001.

Sulla *two levels theory* si veda, in Italia, l’elaborazione dottrinale del Fois in *Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero*.

del pensiero possa anche considerarsi protetta dalla disposizione costituzionale (*protection*). Schauer parla di un “formal and sharply demarcated two-step process”⁵⁴, il cui primo passo consiste in una decisione *category-based* sull’inclusione o meno dell’oggetto della controversia nel Primo Emendamento, mentre, una volta stabilito che l’oggetto rientra nella copertura del Primo Emendamento, la questione si rivolge a quale delle numerose regole sia da applicare nella valutazione della costituzionalità dell’intervento legislativo. In proposito, la dottrina parla di un “eccezionalismo metodologico”⁵⁵ degli Stati Uniti, che lo distingue dagli altri ordinamenti, in cui si ritiene che idealmente qualunque espressione rientri nella copertura costituzionale⁵⁶, per cui l’analisi dei giudici si concentrerà sulla ragionevolezza dei limiti, sulla loro necessità in una società democratica o sulla loro proporzionalità, alla luce dell’importanza della restrizione e della misura dell’interesse alla libera espressione che viene ristretto⁵⁷.

Il confine tra costituzionalmente protetto – inteso come *high value speech* che richiede uno *strict scrutiny* per cui può essere limitato solo in caso di *compelling interest* che sia *narrowly tailored* alle finalità che persegue⁵⁸ – e ciò che invece è escluso dalla protezione costituzionale, la cui definizione spetta naturalmente alla discrezionalità del potere politico, rimane tuttavia poroso e suscettibile di continui aggiustamenti, a seconda degli interessi di volta in volta individuati⁵⁹. Al punto che la stessa *two-tiers doctrine* col tempo viene rimodulata, creandosi, oltre alle due categorie di espressione protetta ed espressione non protetta, anche sotto-categorie che si collocano nell’area grigia del costituzionalmente rilevante. La Corte mostra di adottare un approccio multi-livello. Si forma, infatti, una gerarchia i cui gradini sono occupati dai diversi tipi di espressione, che corrispondono a diversi livelli di protezione, da quello più alto, che è il discorso politico, alle categorie escluse⁶⁰ attraverso categorie “coperte ma meno protette”⁶¹, che si collocano “ai margini”⁶²

⁵⁴ F. Schauer, *The Exceptional First Amendment*, in *KSG Working Paper Series*, No. RWP05-021, 2005.

⁵⁵ *Id.* Ciò che viene messo più in rilievo da Schauer è che ad un eccezionalismo metodologico corrisponde un eccezionalismo sostanziale, nella effettiva tutela del diritto di libertà di espressione. Si rimanda alle considerazioni svolte *supra* riguardo alla reciproca influenza dei metodi e dei risultati giudiziari.

⁵⁶ Si veda la decisione della Corte Suprema del Canada in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec* [1989] 1 S.C.R. 927, p. 969.

⁵⁷ Si veda D.J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, 1995, p. 396.

⁵⁸ Si rimanda *infra*, par. 7.1.

⁵⁹ E.J. Eberle, *The Architecture of First Amendment Free Speech*, *cit.*, p. 1207. Cfr. M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2000, dove l’autrice sostiene come la logica universale degli interessi, flessibile, continuamente adattabile ai veloci mutamenti in atto, abbia sostituito quella del diritto nella nuova dimensione giuridica globale.

⁶⁰ Per la trattazione delle categorie escluse, si rimanda *infra*, cap. V. Al momento, basti ricordare le principali: incitamento alla violenza; minaccia; *fighting words*; diffamazione intenzionale; pedo-pornografia; oscenità.

⁶¹ C. Brettschneider, in una corrispondenza con M.V. Tushnet, riportata in *Art and the First Amendment*, *cit.*, p. 192, propone che si sostenga la copertura delle opere d’arte sotto il Primo Emendamento, ma con una protezione meno vigorosa, elaborando in questo modo una terza categoria, che va oltre la distinzione *covered/uncovered* (corrispondente a *high value/low value*), di espressione *covered-but-less-protected*, aprendo alla possibilità di pensare la dottrina del Primo Emendamento come composta da numerosi strati, ognuno con il proprio livello di protezione.

del Primo Emendamento, come il discorso simbolico⁶³, commerciale⁶⁴ e indecente o offensivo⁶⁵.

4.2 La costruzione di una dottrina del Primo Emendamento

Negli Stati Uniti, esistono almeno “tre Primi Emendamenti: uno dottrinale, uno giurisprudenziale, uno interiorizzato nella coscienza dei cittadini”⁶⁶.

Di fatto, il Primo Emendamento non è mai stato interpretato in modo assoluto ed il dibattito tra le due posizioni degli *absolutists* e dei *balancers* è risultato in una moderna dottrina della libertà di espressione che alterna l'approccio della categorizzazione e quello del bilanciamento, con una certa preferenza per il secondo⁶⁷. La Corte, nella pratica giurisprudenziale, ha dimostrato di manipolare l'assolutezza della prescrizione costituzionale, elaborando continuamente regole e

⁶² F. Schauer; E.J. Eberle.

⁶³ Vedi *infra*, par. 8.

⁶⁴ La storia dell'espressione commerciale, ovvero della pubblicità, in un primo momento è molto simile a quella della categoria non protetta dell'oscenità perché inizialmente venne esclusa dalla tutela del Primo Emendamento e, come l'oscenità, la sua esclusione fu assunta ma mai spiegata. Negli anni Settanta, tuttavia, la Corte riesaminò il suo valore e decise che meritasse una qualche forma di tutela come libera espressione. Cfr. *Bd. of Trustees v. Fox*, 492 U.S. 469, 473-74 (1989); *Va. State Bd. of Pharmacy v. Va. Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976), p. 762, che definisce l'espressione commerciale come “speech which does ‘no more than propose a commercial transaction’”.

⁶⁵ Caso simbolo è il famoso *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971). Paul Cohen, diciannovenne, fu condannato a trenta giorni di carcere per aver indossato in un'aula di tribunale di Los Angeles un giubbotto con su scritto “Fuck the draft. Stop the war” come protesta contro la guerra del Vietnam e la coscrizione. La Corte d'Appello ritenne che si trattasse di condotta offensiva e confermò la condanna; la Corte Suprema invece rovesciò il giudizio ritenendo che le parole sul giubbotto costituissero *pure speech* e che non potessero essere vietate poiché non rientravano in alcuna delle categorie di espressione non protette dal Primo Emendamento. La Corte stabilisce l'importante concetto per cui non può essere punita “the distasteful nature of expression”, si può intervenire solo se viene imposta una “unwilling view” in un'abitazione privata, ma mai “outside the sanctuary of the home”, p. 21. Inoltre, secondo punto fondamentale in *Cohen* è quando la Corte aggiunge l'ulteriore considerazione per cui il linguaggio sgradevole deve essere protetto anche perché spesso viene scelto proprio in quanto sgradevole per il suo impatto emotivo su chi ascolta.

Si ricordi anche il caso *NEA v. Finley*, 524 U.S. 569 (1998) che sfidava la legittimità del requisito della “decenza e del rispetto per le diverse credenze e valori americani” inserito dal *National Endowment for the Arts* come criterio per valutare la concessione di fondi per gli artisti. La decisione fu per la validità del criterio poiché si prevedeva che “potesse essere preso in considerazione” e non costituisse un requisito vincolante, dunque non costituiva discriminazione basata sul punto di vista o sul contenuto dell'opera d'arte sottoposta a giudizio.

Infine, non si può non ricordare la tragica recente vicenda di Parigi, in cui otto redattori-disegnatori del giornale satirico Charlie Hebdo sono stati assassinati da due terroristi (presumibilmente) appartenenti all'Isis, dopo ripetute minacce e attentati, a partire dal caso delle vignette danesi del 2005, ripubblicate da Charlie Hebdo, che raffiguravano Maometto come un terrorista, considerate offensive e oltraggiose sia perché la legge musulmana proibiva la rappresentazione del Profeta sia per il modo stesso in cui veniva rappresentato.

⁶⁶ Vespaziani, *cit.*

⁶⁷ J. Blocher, *cit.*, in generale, ma in particolare p. 397.

principi⁶⁸ per mezzo dei quali giustificare o meno le limitazioni imposte dal potere legislativo. Nella costruzione di una dottrina del Primo Emendamento, allora, la Corte farà ricorso alla categorizzazione, presumibilmente per quei casi che coinvolgono forme di espressione dai confini più netti, come quelle appartenenti ai due estremi della gerarchia, vale a dire il discorso politico, *first-order speech*, e le categorie escluse; ma anche, e decisamente più spesso, al bilanciamento, per quelle sotto-categorie di espressione, i cui confini non appaiono ancora ben definiti. Alla fine dei conti, però, bisogna ammettere che categorizzazione e bilanciamento diventano molto difficili da distinguere nella pratica, finendo per potersi definire semplicemente come due diverse misure di uno stesso tipo di operazione ermeneutica da parte dei giudici, che dipendono anche da due opposte visioni riguardo al *quantum* di discrezionalità cui si ritiene legittimo ricorrere.

Del resto, “il carattere di ogni atto dipende dalle circostanze in cui ha luogo. La protezione più rigorosa della libertà di espressione non tutelerebbe un uomo che urla senza ragione “al fuoco” in un teatro, scatenando il panico”⁶⁹, sosteneva il giudice Holmes, ponderando la libertà di manifestazione del pensiero con le circostanze attuali del caso concreto, tramite l’adozione di una logica contestualistica, che si traduce in una critica dell’argomentazione giuridica come di un’operazione sillogistico-deduttiva⁷⁰. Il bilanciamento è uno strumento nato per promuovere la trasformazione della tecnica argomentativa da uno stile categorizzante verso una dogmatica fluida, che meglio si adatta al pluralismo assiologico ed all’esigenza di integrare pretese conflittuali configgenti.

La questione del bilanciamento assume posizione di preminenza nelle problematiche relative ai metodi e ai parametri dell’interpretazione giuridica, in particolare perché ha dato vita ad una giurisprudenza completamente oscillante e ad una serie di dottrine incoerenti che i teorici hanno tentato senza troppo successo di organizzare.

Nonostante, o forse proprio per queste ovvie difficoltà, la produzione di una generale, imponente teoria del Primo Emendamento è sempre stata una delle principali imprese della dottrina costituzionale nordamericana. Chi ha sostenuto la necessità unificante di una simile teoria generale, è perché ritiene la dottrina del Primo Emendamento “*ad hoc*, unprincipled and chaotic”. Tale operato interpretativo della Corte riguardo al diritto di libertà di espressione viene criticato da più parti, anche tra i non assolutisti, per una “estrema frammentarietà dei test” e, più in generale, per “l’incapacità di sviluppare approcci argomentativi teoricamente

⁶⁸ Si parla di dottrina (*doctrine*) per indicare quell’insieme di principi e regole formulate dagli organi giurisdizionali nel corso dell’interpretazione costituzionale. Si parla invece di teoria (*theory*) per definire quel sistema di concetti sia descrittivi che normativi, che cercano di spiegare o giustificare le prassi giudiziarie di interpretazione costituzionale e l’attività dei protagonisti istituzionali, L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p.1.

⁶⁹ *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), p. 52.

⁷⁰ Holmes, contro il formalismo del metodo casistico introdotto da Langdell, contro la “giurisprudenza meccanica”, influenza il pensiero di Roscoe Pound ed il suo concetto di “social engineering”, per cui il processo decisionale non è una deduzione che da “unchallengable premises” va a “conceptually entailed conclusions”.

compiuti”⁷¹, meglio, di fornire “*principled decisions* congruenti con un approccio teorico unitario”⁷².

“The outstanding fact about the First Amendment today is that the Supreme Court has never developed any comprehensive theory of what that constitutional guarantee means and how it should be applied in concrete cases”⁷³.

Tali critici avvertirebbero la necessità, riguardo alla libertà di espressione, di un paradigma etico-normativo che ne giustifichi le scelte, in definitiva di una teoria costituzionale unitaria della *freedom of speech*, pena il rischio di lasciare un'eccessiva discrezionalità all'interprete, che trasformerebbe i diritti in scatole vuote, da riempire con i suoi intendimenti soggettivi, le sue intuizioni o, nelle ipotesi più estreme, le sue personali preferenze⁷⁴.

In tale ondata di criticismo, si trova anche un esiguo riconoscimento del fatto che forse il compito del giudice, quel suo “social engineering”, potrebbe funzionare meglio se la dottrina rimanesse *ad hoc*. I test di bilanciamento potrebbero essere lo strumento ideale per promuovere delle trasformazioni sociali attraverso il processo giurisdizionale. Si legga Perelman: “quel che determina la scelta dell'una o dell'altra tecnica non sono considerazioni d'ordine generale, passibili di validità ovunque e sempre, quanto il fatto che tale tecnica d'interpretazione permette, nel caso considerato, di giungere ad una soluzione più equa, più accettabile, quando si è ben pesato il pro e il contro e si sono esaminati gli effetti della decisione adottata, tanto per il caso litigioso quanto per la soluzione, come precedente, di casi della stessa specie”⁷⁵.

Coloro che non ritengono che le diverse dottrine elaborate dalla Corte risultino in un sistema teorico-analitico incoerente vi intravedono, al posto di una debolezza da contrastare, una ricca congerie di strumenti utile per i giudici nelle diverse circostanze fattuali della risoluzione del caso concreto. Inoltre, evidenziano come la costruzione di dottrine per mano giudiziale fornisca una base giustificativa alla tutela delle libertà nonché una certa stabilità all'attività interpretativa; in questo modo, viene meno il rischio di abuso del potere discrezionale che con molta probabilità produrrebbe un c.d. “*chilling effect*”⁷⁶ sui consociati. In altre parole, la

⁷¹ C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, 2011, p. 253.

⁷² R. Post, *Recuperating First Amendment Doctrine*, pp. 1270-1271; S. Shiffrin, *The First Amendment, Democracy and Romance*, p. 31ss.

Opposta, invece, è la tendenza all'interno del dibattito italiano ed europeo, sempre più incline ad individuare nell'enunciazione di *regolae iuris* da parte della Corte delle libertà costituzionali, vedi G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, p. 161 ss.; R. Bin, *Order and Disorder*.

⁷³ T. Emerson, *The System of Freedom of Expression*, 1970, p. 15.

⁷⁴ J. Frank, *Law and the Modern Mind*, 1949; G. Zagrebelsky.

⁷⁵ Perelman, *Logica giuridica, nuova retorica*, Milano, 1979, p. 154.

⁷⁶ M. Nimmer, *The Right to Speak From Times to Time*, in 56 *Cal. L. Rev.* 935, 1968, p. 939, offre la prima formulazione dottrinale del “chilling effect”. Si veda anche F. Schauer, *Fear, Risk, and the First Amendment: Unraveling the 'Chilling Effect'*, in 58 *Boston University Law Review* 685, 1978. In *Mastrovincenzo v. City of New York I*, *cit.*, pp. 292-293, la Corte prospetta come l'estensione anche alla vendita di opere d'arte su suolo pubblico del regime delle licenze previsto dalla *General Vendors Law*, costringerebbe gli artisti a confrontarsi con “an undue dilemma: either to quell their creativity or to risk arrest if they believe their work is sufficiently expressive to fall within the protection of the First

mancanza di certezza applicativa ed il conseguente timore di una sanzione scoraggerebbero alcuni soggetti ad entrare nel *free marketplace of ideas* (“effetto raggelante”), auto-limitandosi nell’esercizio del proprio diritto di libertà.

La libertà di espressione artistica, per mancanza di precedenti e per riluttanza dei giudici ad affrontare direttamente la questione su cosa è arte formulando dottrine autonome, ha dovuto ricorrere al contesto normativo elaborato per la libertà di espressione in generale. Se, da un lato, sembrerebbe avvantaggiarsi di categorie già note, create per la libertà di espressione, dall’altro ne subisce anche i limiti, sia quelli intrinseci, che valgono anche per la libertà di espressione in generale, sia quelli ulteriori derivanti dal fatto che si tratta di regole elaborate per un altro tipo di diritto, che seppure allo stesso modo espressione individuale, manca delle peculiarità dell’espressione artistica.

Richiamando il riferimento, che ho svolto più indietro nel testo, alla reciproca influenza di tecniche argomentative e livello di protezione del diritto sottostante, si potrebbe dedurre che l’assenza di tecniche argomentative propriamente designate per la libertà di espressione artistica ma solamente prese a prestito da altri ambiti, sia indice del valore marginale, derivativo che viene dato a questo diritto di libertà⁷⁷. Si tratta di un’ipotesi di certi critici che, ovviamente, riconoscono che l’espressione artistica sia stata annoverata ufficialmente tra quelle forme di *core speech* che si collocano al primo posto della gerarchia, meritevoli di una massima tutela costituzionale; tuttavia, ritengono che lo studio della giurisprudenza in materia, da cui si ricava la constatazione che l’arte sia stata protetta ricorrendo al contesto normativo della libertà di espressione in generale, dunque sulla base della sua somiglianza al diritto politico, nasconda uno stato derivato di tutela, che a sua volta lascia supporre una implicita, minore considerazione del valore della libertà artistica.

5. (Segue) Il fondamento giurisprudenziale della libertà di espressione

5.1 Qualche riflessione preliminare intorno alla questione dell’original understanding del Primo Emendamento

Lungo tutto il corso del XVIII secolo, prima che prendesse avvio il movimento di indipendenza e si redigessero i dieci emendamenti alla carta costituzionale, tra cui il primo

Amendment. Freedom of expression is designed precisely to bar the government from compelling individuals into that speech-inhibiting choice. See *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 871-72 (1997)”.

⁷⁷ Si rimanda *infra*, nota 144, e cap. IV, nota 110 e testo corrispondente. Si vedano, P.H. Kearns; S.H. Nahmod; R.P. Besanzon, *Art and Freedom of Speech*, *cit.*, in generale, ma in particolare, p. 181, che spiega come la Corte Suprema non abbia trattato tutta l’espressione costituzionalmente protetta allo stesso modo: “artistic and aesthetic speech has historically enjoyed a troubled status as speech protected by the First Amendment”.

in materia di *free speech*, la condizione della libertà di espressione nelle colonie americane era in larga parte speculare a quella presente nella madrepatria Inghilterra⁷⁸. I coloni inglesi avevano persino esportato negli Stati Uniti quella *seditious libel law* di elaborazione giurisprudenziale, che costituì la base per la promulgazione di atti, come gli *Alien and Sedition Acts* del 1789⁷⁹, e in un secondo momento, l'*Espionage Act* del 1917⁸⁰ e il *Sedition Act* del 1918⁸¹, volti a perseguire, condannare, incarcerare coloro che criticavano l'amministrazione al potere, con l'unica finalità di sopprimere convinzioni politiche diverse da quelle della maggioranza.

Il Primo Emendamento, allora, pur se frutto delle spinte ideologiche di libertà e indipendenza di redattori illuminati, venne adottato e trascorse i suoi primi anni di vita in un contesto storico-politico che probabilmente non era riuscito ancora ad emanciparsi del tutto dall'oppressione inglese. Non venne concessa l'estensione delle garanzie del *Bill of Rights* anche agli stati⁸², le *seditious libel laws* erano ancora in vigore e la loro applicazione era lasciata alla discrezionalità delle singole autorità statali, dando vita così ad un contesto che almeno sulla carta sembrava perpetrare la risalente tradizione inglese di messa a tacere del dissenso⁸³.

⁷⁸ "Expressive freedom in the American colonies largely was coextensive with its condition in England", R.L. Weaver, D.E. Lively, *Understanding the First Amendment*, cit., p. 5. Ancor prima dell'invenzione dei caratteri mobili, che furono la base per una comunicazione di massa, il diritto inglese aveva elaborato forti disincentivi alla libertà di espressione. Primo fra tutti, il reato penale di elaborazione giurisprudenziale di discorsi sediziosi contro l'autorità politica (*seditious libel law*), risalente al XIII secolo, che aveva come premessa che chi comandava non poteva avere torto, per questo non poteva essere criticato, e che non richiedeva alcuna prova di danno a seguito della calunnia. Con l'introduzione della stampa intorno alla fine del XV secolo, poi, i tipografi inglesi vennero sottoposti ad un sistema di licenze, che prevedeva la previa autorizzazione e approvazione da parte della Corona. Alla fine del XVII secolo, tale sistema viene abbandonato dal Parlamento, sotto le pressioni delle nuove filosofie giusnaturalistiche e illuministiche; non cadono, però, in desuetudine altri mezzi di oppressione, come le leggi contro i discorsi sovversivi e il sistema di tassazione per gli stampatori. Infine, le persecuzioni religiose furono la ragione determinante che spinse i pellegrini della *Mayflower* a salpare verso il Nuovo Mondo. Tuttavia, nonostante fossero queste le condizioni da cui erano fuggiti, nelle colonie non diedero vita a modelli di tolleranza religiosa, piuttosto tesero a replicare la situazione della madrepatria, esportando, ad esempio, come si dirà nel testo, la *seditious libel law* inglese. Sul punto, vedi L.W. Levy, *Emergence of A Free Press*, Chicago, 1985, p. 7; F. C. Siebert, *Freedom of the Press*, p. 119; W. Blackstone, *Commentaries*, cit., vol. II (1765-1769), London, 1822, p. 364; R.L. Weaver, D.E. Lively, *Understanding the First Amendment*, cit., cap. 1.

⁷⁹ Non arriveranno mai all'esame delle corti e cesseranno di avere efficacia nel 1801.

⁸⁰ L'atto, che puniva qualsiasi ostacolo al reclutamento militare, nonché la divulgazione di notizie essenziali alla difesa nazionale, fu poi modificato nel 1918 dal *Sedition Act*.

⁸¹ L'atto era diretto a sanzionare ogni espressione "sleale, profana, scurrile, o abusiva riguardo alla forma di governo o alla Costituzione degli Stati Uniti", così anche "ogni discorso inteso a disprezzare, schernire, vilipendere, o screditare la forma di governo degli Stati Uniti". Sulle vicende legate al *Sedition Act* e al precedente *Espionage Act*, si vedano Z. Chafee Jr., *Free Speech in the United States*, 1941, pp. 80-97; G. Bognetti, *La libertà di espressione nella giurisprudenza nordamericana*, pp. 25-28; A. Reposo, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, Padova, 1977, pp. 89-109; C. Bologna, *Difendere la Costituzione o difendere i suoi nemici? Il caso del Maccartismo*, in *Quad. Fior.*, 2009, p. 807 ss.

⁸² Si rimanda *supra*, note 13, 16.

⁸³ È necessario precisare, però, che il reato di discorsi sediziosi contro l'autorità politica ha trovato negli Stati Uniti terreno meno fertile rispetto a quello della madrepatria. Le corti sono da sempre state piuttosto

L'ambiguità di questo sfondo politico ha contribuito ad alimentare l'inesauribile dibattito intorno all'*original understanding*⁸⁴ del Primo Emendamento, su quale sia stato cioè il reale intento di coloro che lo formularono e ratificarono, e quale significato abbia assunto in quei primi anni dell'Unione.

Le posizioni divergenti tra i giudici e gli accademici si basano su ricostruzioni storiche che tentano di rispondere una volta per tutte all'incertezza riguardo al se il clima di oppressione politica avesse influenzato a tal punto i padri costituenti da produrre in loro una visione ristretta delle libertà, o se l'esperienza delle colonie, così com'era attraversata da un vigoroso dibattito politico, fosse stata, al contrario, la base ideale su cui costruire un sistema che proteggesse il discorso pubblico, a partire dalle voci dissenzienti dalla tirannia della maggioranza⁸⁵.

In ogni caso, nel percorso giurisprudenziale, soprattutto a partire dalle pronunce del giudice Holmes, è andata delineandosi come opinione prevalente⁸⁶ quella secondo cui il Primo Emendamento si identifica con un simbolo di emancipazione e libertà e nasce per tutelare il discorso politico, specialmente nella sua forma di dissenso, strumento essenziale del processo di costruzione del moderno stato democratico⁸⁷. "Se esiste un principio della Costituzione a cui bisogna aderire in modo più imperativo che agli altri," afferma Holmes in una sua opinione dissenziente del 1929, "quello è il principio del libero pensiero – non il libero pensiero per coloro che concordano con noi, ma la libertà per il pensiero che detestiamo"⁸⁸.

sto riluttanti nel dare esecuzione a certe previsioni. Soprattutto, poi, sulla scia delle dottrine di quei pensatori liberali democratici (rappresentanti di una "liberal-democrazia", nel senso che a questa formula dava Bobbio, vedi N. Bobbio, *Politica e cultura*, p. 178) che contribuiranno ad arricchire le libertà di nuovi significati sostanziali, si consumò un primo vero punto di rottura con la tradizione inglese, che fu il famoso caso *Zenger* del 1735. Zenger esortò una giuria di New York a considerare il carattere di verità delle critiche al governatore di New York apparse sul suo giornale l'anno prima, come una difesa contro l'accusa di diffamazione per cui veniva giudicato; e la giuria decise a favore di Zenger. Questo non equivaleva, certo, a dire che la legge sarebbe stata cambiata (solo molto più tardi, nel *Sedition Act* del 1918, si concesse che la verità costituisse elemento di difesa) o che sarebbe stata preclusa alle corti la possibilità di prendere una decisione opposta in futuro, tuttavia getta una importante luce sulla crescente sensibilità pubblica a favore della libertà di espressione.

⁸⁴ "[T]he original understanding at Philadelphia", *Trimble v. Gordon*, 430 U.S. 762 (1977), p. 778, opinione dissenziente di Renquist.

⁸⁵ A dimostrazione della estrema complessità del dibattito, che per ovvie ragioni sarà destinato a rimanere insoluto, si confrontino due opere dello stesso autore che, a distanza di venticinque anni l'una dall'altra, danno due opposte interpretazioni sul significato originario del Primo Emendamento: la prima, restringe la portata della norma, sostenendo che in pratica continuavano ad essere utilizzate e a prevalere le *sedition libel laws*; la seconda, riconosce il Primo Emendamento come norma nata in quel preciso contesto storico per proteggere l'accesso al dibattito politico. Si veda L.W. Levy, *Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History*, 1960; Id., *The Legacy Reexamined*, in 37 *Stan. L. Rev.* 767, 1985.

⁸⁶ Per avere uno spunto sulle diverse opinioni in merito, su quali possano essere le alternative alla corrente maggioritaria che vede nel discorso politico il cuore del Primo Emendamento, vedi *infra*.

⁸⁷ Per una ricostruzione riguardo al ruolo del dissenso (*opposition thought*) nella formazione dello stato americano, vedi B. Bailyn; L.W. Levy; V. Blasi; D. Anderson; Shiffrin, *First Amendment, Democracy and Romance*.

⁸⁸ *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929), pp. 654-655 (opinione dissenziente del giudice Holmes).

Più volte anche la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata in modo simile, in tempi recenti nella sentenza *Müller v. Switzerland* del 24 maggio 1988: "la libertà di espressione deve garantire la circolazione non solo di idee e di opinioni largamente condivise nella società (o comunque ritenute inoffensive o indifferenti), ma anche quelle che contrastano con il sentire di una parte più o meno ampia della popolazione dello stato". Interessante il fatto che il caso *Müller* riguardasse proprio la libertà artistica e che il ragionamento della Corte cercasse di stabilire un'equiparazione tra la *ratio* alla base della libertà di espressione in generale ed una funzione analoga della libertà di espressione artistica: "[c]oloro che creano, interpretano, diffondono o espongono un'opera d'arte contribuiscono allo scambio di idee e di opinioni indispensabile in ogni società democratica".

In ultima analisi, si può sostenere che mentre ragionare sul contesto storico di approvazione della Costituzione può rivelarsi utile per comprendere certe scelte giurisprudenziali e certe letture accademiche, l'interrogarsi sull'*original understanding* del Primo Emendamento conduce ad un dibattito piuttosto sterile, di reale interesse solo per quella parte minoritaria della dottrina, gli originalisti appunto, che sostiene che l'attività interpretativa debba limitarsi alla ricostruzione storica, attraverso l'analisi dei *proceedings* e delle opinioni dei padri costituenti.

Il Primo Emendamento, infatti, per il suo carattere di disposizione *open-ended*⁸⁹, assume una valenza concreta solo nel momento in cui viene interpretato ed applicato dalle corti. Lo sviluppo del significato del diritto di libertà di espressione, dunque, rimane prerogativa dei giudici, in particolare di quelli della Corte Suprema che, a partire dalla pronuncia *Marbury v. Madison*⁹⁰, si sono proclamati custodi della costituzione ed argine della maggioranza⁹¹. In altre parole ancora, il contenuto dei diritti si chiarisce con l'intervento del giudice, che stabilirà la legittimità o meno dell'intervento legislativo. "I diritti di libertà [...] non hanno una definibile consistenza e si dissolvono nell'esigenza che i limiti, a partire da quelli legislativi, diano conto delle proprie ragioni"⁹². Il contenuto dei diritti, nell'ordinamento

⁸⁹ Il linguaggio giuridico, come pure quello comune, si compone di parole che posseggono un "nucleo di significato" tipico, pacifico, rispetto al quale non sono possibili dubbi, ed insieme una "zona di penombra", in cui il significato diventa discutibile, ambiguo (H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit.). Per quanto riguarda le norme costituzionali, fatte della cosiddetta *open texture*, indeterminate, vaghe, si prefigura per il giudice impresa assai ardua quella di individuare questo nucleo di significato inequivocabile, col risultato che nel decidere la sussunzione del caso concreto nella fattispecie costituzionale ai fini della risoluzione della controversia, il giudice si trova costretto a ricorrere al suo potere discrezionale. Il caso potrà essere deciso solo in base alle scelte dell'interprete.

⁹⁰ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁹¹ Sul carattere *counter-majoritarian* delle corti, si veda A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New Haven-London, Yale University Press, 1986.

⁹² G. Amato, voce *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 275.

Si noti la diversa consistenza teorica dei diritti di libertà nell'Europa continentale. Nel momento in cui, a seguito della Rivoluzione francese, si cominciò a proclamare i diritti imprescrittibili dell'uomo, si scelse di affidarli in tutto e per tutto alla legge, sulla scorta del mito della sua onnipotenza. La tutela giudiziale delle libertà si realizza attraverso argomentazioni esattamente opposte a quelle del continente nordamericano. In comune hanno però il presupposto essenziale della tutela: la libertà costituisce comunque il *prius* e solo un dimostrato e concreto pericolo per gli interessi collettivi può far prevalere le ragioni della maggioranza. Anche negli Stati Uniti, la regola di *default* è la protezione dello *speech*, a

statunitense, è una “variabile fluida del sistema”, che coincide con “un dato piuttosto processuale che sostanziale, in quanto determina un modo di essere dell’argomentazione giuridica che deve dimostrare il perché”⁹³ dell’intervento del potere politico.

Di nuovo, da questo tipo di considerazioni si deduce l’importanza di descrivere l’evoluzione del diritto di libertà di espressione artistica nella *constitutional adjudication* dinnanzi alle corti. In una sorta di processo circolare, infatti, il modo di giudicare dei giudici, e più in generale il loro ruolo all’interno dell’ordinamento, può essere indagato alla luce dell’evoluzione della tutela dei diritti di libertà, in questo caso di libertà artistica, e viceversa.

5.2 Le prime pronunce sulla libertà di espressione

Nonostante le corti federali avessero deciso alcuni casi, spesso in materia di oscenità, anche nell’arco del XIX secolo, non fu fino agli anni immediatamente successivi alla prima guerra mondiale che cominciò a svilupparsi una giurisprudenza degna di interesse.

Dato conto delle sue origini e attraverso l’analisi seguente, osserveremo come la libertà di espressione abbia acquistato, sin dalle prime pronunce dinnanzi alla Corte Suprema, una forte connotazione politica.

Un clima di forte tensione, infatti, molto simile a quello che si respirava nel momento della genesi storica della carta dei diritti, continuava per lo più a caratterizzare le vicende del paese, seppur con nuovi protagonisti e nuove forme. Chiunque dovesse identificare un tratto distintivo degli anni immediatamente successivi al primo conflitto mondiale negli Stati Uniti, segnalerebbe senza indugio le battaglie contro i discorsi sovversivi e le ideologie socialiste o sindacaliste, bersagli che spesso e volentieri finivano per sovrapporsi⁹⁴.

Alle origini della moderna *free speech jurisprudence*, infatti, gli Stati Uniti stavano vivendo il primo dei ripetuti periodi di “terrore rosso”⁹⁵ che caratterizzeranno a fasi alterne la storia del paese. Il potere giudiziario subisce, in quei primi *subversive advocacy cases* di fine anni Dieci, le esacerbanti pressioni politiche dell’amministrazione al potere⁹⁶ e, lungo una serie di pronunce storiche che

meno che non si possa dimostrare un danno concreto (vedi *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); E.J. Eberle, *The Architecture of First Amendment Free Speech*, cit., p. 1195).

⁹³ G. Amato, voce *Libertà (dir. cost.)*, cit.

⁹⁴ Nate nel clima eccezionale della difesa dai nemici esterni determinato dalla prima guerra mondiale, le battaglie contro i discorsi sovversivi cominciano ad essere combattute anche nei confronti del socialismo e del sindacalismo, per trovare infine nuove applicazioni nel secondo dopoguerra contro il comunismo.

⁹⁵ Una delle cause del “red scare” fu la Rivoluzione bolscevica in Russia, scoppiata pochi mesi dopo il caso *Masses* (vedi *infra*). H. Kalven Jr., *A Worthy Tradition*, cit.; R.J. Goldstein, *Political Repression in Modern America: From 1870 to the Present* 23–51, 1978.

⁹⁶ “Judges by and large are drawn from the same political and social ranks as elected officials, and are subject to many of the same anxieties”, J.H. Ely, *Democracy and Distrust*, 1980, p. 112.

formeranno la base normativa giurisprudenziale per le decisioni a venire, finisce per decidere a favore della costituzionalità di quegli atti, come l'*Espionage Act*, che punivano il dissenso ed i discorsi sovversivi.

Sarà una corte di secondo grado, pronunciandosi sulla costituzionalità dell'*Espionage Act* rispetto alla libertà di espressione, a decidere il primo caso rilevante in materia di *free speech*. In *Masses Publishing Co. v. Patten* (1917)⁹⁷, alcuni fumetti contenenti testi di natura politicamente rivoluzionaria, pubblicati sulla rivista mensile *The Masses*, vennero giudicati dalla Corte distrettuale, applicando un *direct advocacy test*, come non direttamente collegati “ad ammonire o a suggerire l'insubordinazione o l'ammutinamento”. La Corte d'Appello ribaltò la decisione, affermando che i fumetti potevano, sì, essere stampati, ma che le copie del mensile non avrebbero potuto essere spedite per posta; questo non avrebbe costituito limitazione della libertà di espressione dell'editore nonché dell'autore delle vignette, rimanendo disponibili altri mezzi di distribuzione.

Ciò su cui merita fermare la nostra attenzione, però, poiché influenzerà, anticipandole, le decisioni successive in materia, è sicuramente la decisione di primo grado redatta dal giovane giudice Hand, “standing virtually alone among the federal judiciary against this onslaught on civil liberties during World War I”⁹⁸. Scrivendo,

Stesso tipo di considerazioni sul comportamento dei giudici, ma in relazione alle battaglie contro il comunismo del secondo dopoguerra: “The Communist scare that followed the Second World War and continued into the 1950s, however, snapped the country generally, and the Court along with it, back into earlier form. Of course to convict the Communists the clear and present danger test had to be modified somewhat [...] [I]t wasn't until we were well into the 1960s (and out of the spell of McCarthyism) that our national self-confidence returned to the point where the Court could be counted on to invalidate legislation making criminals of Communists. This is all familiar history. It is all quite understandable. And it all mocks our commitment to an open political process.” Id., p. 108; vedi anche H. Kalven Jr., *A Worthly Tradition*, pp. 187-211, dove descrive le paure derivanti dalla Guerra Fredda nella vita americana e nei casi riguardanti la libertà di espressione di fronte alla Corte; A. Adler, *Inverting the First Amendment*, su Ely: “Ely recounts a history of free speech jurisprudence in which the Justices acquiesced to the vexing political pressures of this century, and in particular to McCarthyism. In his view, our commitment to the First Amendment fluctuates in response to cultural anxiety.”; nel 1914, in un discorso di fronte all'American Bar Association, il *Chief Justice* Edward White dichiarò di temere che “the forces of evil, of anarchy, of wrong may gather such momentum as to enable them to overthrow” l'ordine costituzionale, R. Polenber, *Fighting Faiths*, 1987, pp. 199-200.

Amato, alla voce “libertà” dell'Enciclopedia del diritto (G. Amato, voce *Libertà (dir. cost)*, cit., pp. 282-284), tenta di dare una spiegazione all'apparente contraddizione per cui le corti statunitensi hanno fatto valere argomenti a favore del dissenso in momenti di maggiore solidità del consenso, mentre hanno introdotto deroghe e limitazioni nelle situazioni di maggior tensione e conflitto. In una società sempre più pluralista, dove la piattaforma che regge il sistema politico riesce ad inglobare via via le nuove istanze emergenti dalla società, e quindi si allarga sempre più dando vita a un consenso sempre più largamente condiviso, riesce ad avere sempre meno tolleranza per chi non si ingloba e il giudice, che deve decidere a favore o meno di un dissenso che la maggioranza considera alieno, corre pur sempre il rischio di vedere messa in dubbio la propria legittimazione. In tale contesto, il dissenso che si propone come contro-potere ma che, rimanendo privo di altri sbocchi istituzionali, si trova affidato alla sola tutela del giudice, è per necessità soccombente.

⁹⁷ *Masses Publishing Co. v. Patten*, 244 F. 535 (S.D.N.Y. 1917).

⁹⁸ J. Weinstein, *The Story of Masses Publishing Co. v. Patten: Judge Learned Hand, First Amendment Prophet*, *First Amendment Stories*, Richard Garnett and Andrew Koppelman, eds., Foundation Press, 2011, p. 62.

infatti, due anni prima della Corte Suprema in questo primo caso rilevante in materia di *free speech*, Hand toccherà temi che ancora oggi costituiscono la pietra miliare della dottrina in materia di libertà di espressione. Tra le idee, ora familiari, ma che Hand ai tempi anticipava, invocandole in maniera più o meno esplicita, si devono menzionare: la vitale connessione tra *free speech* e democrazia; l'inammissibilità di una discriminazione basata sul punto di vista (*view-point discrimination*); il diritto di esprimere la propria idea usando parole e simboli provocatori; il potenziale *chilling effect*⁹⁹ delle limitazioni alla libertà di espressione; infine, l'importanza di sviluppare regole precise e oggettive per verificare la legittimità degli interventi regolatori del diritto di libertà¹⁰⁰.

La Corte Suprema, invece, decise il suo primo caso in materia di libertà di espressione nel 1919, quando, in *Schenck v. United States*¹⁰¹, si trovò a giudicare la legittimità costituzionale dell'arresto, del processo, della condanna e dell'incarcerazione, sulla base dell'*Espionage Act*, del segretario del partito socialista d'America Charles Schenck, giungendo a conclusioni ancora ben diverse da quelle raggiunte dal giudice Hand in *Masses*. Il giudice Holmes, scrivendo per l'unanimità della Corte, elaborò il noto *clear and present danger test*, secondo cui l'espressione verbale sarebbe da considerarsi esclusa dalla tutela del Primo Emendamento solo provando che da essa derivi un pericolo chiaro e imminente di produrre danni sostanziali che il Congresso ha il diritto di prevenire. In questo modo, Holmes superava, seppure non di molto, il *bad tendency test* utilizzato fino a quel momento dalle corti inferiori, che si basava su una semplice tendenza delle espressioni a causare, in un futuro prossimo ma indefinito, il sovvertimento dell'ordine costituito.

Una settimana dopo, sempre il giudice Holmes, parlando per una Corte nuovamente unanime, confermò le condanne per violazione dell'*Espionage Act* in *Frohwerk v. United States*¹⁰² e *Debs v. United States*¹⁰³, tornando ad applicare il consueto *bad tendency test*.

Più tardi in quello stesso anno, e all'inizio dell'anno successivo, la Corte si pronunciò nello stesso modo in altri tre casi: *Abrams v. United States*¹⁰⁴, *Schaefer v. United States*¹⁰⁵ e *Pierce v. United States*¹⁰⁶. Il dato significativo, però, è che in questa fase l'unanimità della Corte viene meno, formulando i giudici Holmes e Brandeis le loro opinioni dissenzienti¹⁰⁷.

⁹⁹ Si rimanda *supra*, nota 76 e testo corrispondente.

¹⁰⁰ Sul caso, si veda in generale, J. Weinstein, *The Story of Masses Publishing Co. v. Patten: Judge Learned Hand, First Amendment Prophet*, *cit.*

¹⁰¹ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

¹⁰² *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919).

¹⁰³ *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919).

¹⁰⁴ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

¹⁰⁵ *Schaefer v. United States*, 251 U.S. 466 (1920).

¹⁰⁶ *Pierce v. United States*, 252 U.S. 239 (1920).

¹⁰⁷ I giudici Holmes e Brandeis dissentirono anche in *United States ex rel. Milwaukee Social Democratic Publishing Co. v. Burleson*, 255 U.S. 407 (1921), un caso i cui fatti ricordavano molto quelli di *Masses*, in cui la Corte confermò la decisione del *Postmaster General* sotto l'*Espionage Act* di revocare i privilegi postali di un giornale socialista critico della guerra.

In una delle difese più eloquenti mai scritte della libertà di espressione, Holmes elabora la famosa teoria del “free marketplace of ideas”¹⁰⁸. Riecheggiando il trattato *On Liberty* del filosofo John Stuart Mill¹⁰⁹ e l'*Areopagitica* di John Milton¹¹⁰, Holmes sostiene che il fine ultimo del Primo Emendamento sia quello di assicurare la libera competizione tra idee all'interno della società, poiché solo così si potrà giungere alla scoperta della verità, unica idea in grado, almeno temporaneamente, di farsi accettare e prevalere.

Tramite lo strumento formidabile dell'opinione dissenziente, sismografo che prevede i futuri cambiamenti di orientamento della Corte, iniziano, quindi, ad emergere gli interessi sottesi alla libertà di espressione, quella sua funzione contro-maggioritaria di garanzia del dissenso che ne costituisce il contenuto sostanziale.

Considerando le tecniche utilizzate dalla Corte, ci si accorge come la dottrina che scaturisce dal test del *clear and present danger* sia uno strumento flessibile, manipolabile dai giudici in sede applicativa, al punto da condurre persino ad esiti decisionali opposti. Il suo stesso redattore, dissentendo in *Abrams v. United States*¹¹¹, riformulò il *clear and present danger test* enfatizzando il carattere di imminenza del pericolo¹¹², portandosi in questo modo sulla via verso la compiuta elaborazione che avverrà nel 1968 in *Brandenburg v. Ohio*¹¹³.

Altro precedente che influenzerà direttamente *Brandenburg* sarà *Whitney v. California*¹¹⁴, e di questo in particolare l'opinione concorrente del giudice Brandeis dove, per la prima volta, in un elenco che tenta di essere il più possibile esaustivo, e dietro la *fictio* dell'*original intent*, vengono elencati gli interessi sottesi alla fattispecie costituzionale. Tra questi, la realizzazione individuale che deriva

¹⁰⁸ “But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year if not every day we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country.”, opinione dissenziente del giudice Holmes, *Abrams v. United States*, *cit.*

Per un approfondimento sull'opinione dissenziente di Holmes in *Abrams*, vedi V. Blasi, *Holmes and the Marketplace of Ideas*, in 2004 *Sup. Ct. Rev.* 1, 2004.

¹⁰⁹ J.S. Mill, *On Liberty*, 1859.

¹¹⁰ J. Milton, *Areopagitica*, 1644.

¹¹¹ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

¹¹² Holmes lo riformula nel senso che il governo dovrà dimostrare che l'espressione “produces or is intended to produce a clear and imminent danger that it will bring about forthwith certain substantive evils that the United States constitutionally may seek to prevent”, *Id.*, p. 627. Ma anche, “It is only the present danger of immediate evil or an intent to bring it about that warrants Congress in setting a limit to the expression of opinion where private rights are not concerned.”, p. 628. Sei anni dopo, nel suo *dissent* in *Gitlow v. New York*, che contribuisce anch'esso alla costruzione del test di *Brandenburg*, Holmes ancora una volta enfatizza il carattere dell'imminenza.

¹¹³ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

¹¹⁴ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

dall'esercizio di un diritto di libertà, il contributo della diffusione delle idee al raggiungimento della verità, la stabilità che deriva all'autorità politica dal riconoscimento della libertà di espressione quale valvola di sfogo per il dissenso. Brandeis anticipa, così, il definitivo abbandono di un approccio logico-formale in tema di diritti di libertà, a favore di un vero e proprio giudizio di compatibilità tra interessi, da un lato quelli sottesi alla previsione costituzionale, dall'altro quelli perseguiti dal potere pubblico.

Nella decisione *Brandenburg v. Ohio*, infine, convergono le influenze dell'opinione del giudice Hand in *Masses*, mediata attraverso le opinioni dissenzienti di Holmes in *Abrams* e *Gitlow* (a cui si era unito Brandeis), e dell'opinione concorrente di Brandeis in *Whitney* (a cui si era unito Holmes).

La Corte *Brandenburg* stabilì un test in due parti: la prima parte valutava se il discorso in esame minacciasse una "imminent unlawful conduct", riferendosi al carattere del discorso; la seconda richiedeva la probabilità che la condotta illecita si verificasse come risultato del discorso, considerando le circostanze, il contesto in cui il discorso viene pronunciato.

Il caso *Brandenburg* segna il culmine del processo di elaborazione del test e, ad oggi, si pone come regola di *default* per l'analisi della libertà di espressione nella giurisprudenza delle corti americane.

Come si è già detto, non si poteva prescindere, ai fini del lavoro, da questa indagine preliminare sulle origini del Primo Emendamento e sulla giurisprudenza che costituisce la struttura di riferimento in cui inquadrare la questione del *free speech*.

I casi in materia di libertà artistica, infatti, poggiano essenzialmente sulla base normativa costruita per la libertà di espressione in generale, che stabilisce come regola di *default* la tutela dell'espressione, a meno che non si riesca a dimostrare che da quell'espressione derivi un danno concreto.

Le ragioni di una simile sussunzione sono molteplici. Un primo motivo si ritrova, innanzitutto, nel fatto che la libertà di espressione venga comunemente identificata, da dottrina e giurisprudenza, come la libertà fondante di tutte le altre: "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom"¹¹⁵. La libertà di espressione, o di pensiero, come viene chiamata in altre carte costituzionali, ad esempio quella italiana, ha un "valore centrale" non solo in ambito nordamericano, ma in ogni ordinamento democratico, "al cui corretto funzionamento concorre come presupposto e condizione di ogni altro istituto"¹¹⁶.

¹¹⁵ *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), p. 327.

¹¹⁶ Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*. Anche la dottrina e la giurisprudenza italiane ritengono che, fra tutte le libertà garantite dalla Costituzione, quella di manifestare il proprio pensiero sia la fondamentale. A nulla varrebbe assicurare le altre libertà (personale, di domicilio, di riunione, di associazione, di religione) se non si desse ai cittadini il diritto di esprimere giudizi e valutazioni, a tal punto che la stessa Corte Costituzionale (Corte cost. 84/1969/2 aprile 1969, in *Giur. Cost.* 1969, p. 1175) la definisce "pietra angolare dell'ordine democratico", si veda T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 665 ss. Per una definizione della libertà in questione come primaria nel nostro ordinamento, si vedano anche altre sentenze della Corte costituzionale: sent. n. 9/1965, in *Giur. Cost.* 1965, p. 79 ("la libertà di manifestazione del pensiero è tra le libertà fondamentali proclamate e protette dalla nostra Costituzione una di quelle [...] che meglio caratterizzano il regime vigente dello Stato, condizione com'è del modo di

Un secondo motivo, solo in parte condiviso in dottrina, attiene all'idea che la libertà di espressione costituisca il *genus* della *species* libertà di espressione artistica¹¹⁷. Sebbene la sussunzione del fenomeno dell'espressione artistica nell'ormai ben noto e indagato campo concettuale della libertà garantita dalla clausola di *free speech* possa apparire un passaggio obbligato – dai limiti delle disposizioni testuali, ma non solo, dato che anche in contesti in cui la libertà dell'arte viene tutelata da una disposizione separata rispetto all'espressione in generale, come in Italia, parte della dottrina lo ritiene comunque tale –, la disciplina delle situazioni fattuali porta alcuni a considerarlo non sufficiente, avvertendo ogni volta, più o meno sentitamente, un'esigenza di eccezione, di privilegio, in rapporto alla più generale, amplissima, libertà riconosciuta alla manifestazione del pensiero. Il legame concettuale tra le due forme di espressione è innegabile, ma con altrettanta evidenza si percepisce il bisogno che l'arte non possa essere ridotta a ciò che l'espressione del Primo Emendamento *in primis* rappresenta: il discorso politico, il *logos* razionale. Tale legame non è talmente esaustivo da poter condizionare l'intera impostazione dell'analisi che invece dovrebbe cogliere a pieno, oltre alle affinità, anche i tratti distintivi dell'espressione artistica rispetto a quella generale.

Infine, una ragione di natura procedurale: i precedenti sull'arte non si erano ancora formati quando invece i casi sulla libertà di espressione erano già numerosi e avevano già cominciato a costruire una solida gabbia di regole e principi. Inoltre, anche quando iniziano a decidersi dei casi, oltre a rimanere comunque in un numero piuttosto esiguo rispetto alla valanga di casi sull'espressione in generale, mancano di sviluppare regole e test specifici per la libertà artistica, continuando comodamente ad usare l'argomento della somiglianza con la libertà di espressione in generale, ed in particolare con il suo nucleo essenziale costituito dal discorso politico, sulla base di quel criterio di espressività che compare sin da quella decisione *Burstyn* che fu la prima a riconoscere la tutela dell'arte sotto il Primo Emendamento.

6. Il discorso politico come nucleo essenziale del Primo Emendamento

Con la sentenza *Brandenburg*, si ha una definitiva conferma del fatto che il discorso politico costituisca il nucleo essenziale della categoria di espressione protetta dal

essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale”); sent. n. 11/1968, in *Giur. Cost.* 1968, p. 351 e p. 356 (“la più eminente manifestazione” delle libertà democratiche e “diritto coesistente al regime di libertà garantito dalla Costituzione”); sent. n. 168/1971, in *Giur. Cost.* 1981, p. 18 (“cardine del regime di democrazia garantito dalla Costituzione”); sent. n. 126/1985 in *Giur. Cost.* 1985, p. 908 (“la libertà di manifestazione del pensiero assume ai fini dell’attuazione del principio democratico rilevanza centrale”).

¹¹⁷ Avremo modo di tornare su questo dibattito (*infra*, cap. IV, par. 4). Anticipandone l'altro versante, si può dire che secondo parte della dottrina (Besanzon; Nahmod; Hamilton; per la dottrina italiana, si vedano F. Rimoli, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*; Fois e la sua formulazione della teoria dell'arte come materia privilegiata), l'arte dovrebbe avere una tutela autonoma e non derivativa dalla libertà di espressione in generale.

Primo Emendamento¹¹⁸. Ad esso viene riservato il livello più alto di scrutinio da parte dei giudici. La pluralità dei costituzionalisti elabora gerarchie di valore delle diverse forme espressive che concordano tutte sulla posizione al grado più elevato dell'espressione politica.

Questa centralità del discorso politico deriva, come si è avuto modo di analizzare, da un primo ordine di fattori collegato al contesto storico in cui il Primo Emendamento nasce e si sviluppa. Tuttavia, allargando la prospettiva e adottando il punto di vista dell'interpretazione costituzionale, alla base della "preferred position"¹¹⁹ dell'espressione politica si rinviene l'ulteriore motivo del prevalente ricorso all'argomento letterale nell'interpretazione del termine *speech* ai fini della tutela del Primo Emendamento.

6.1 *Speech/Action*

Letteralmente, *speech* è sinonimo di *word*, che significa parola, espressione verbale, e si contrappone ad *action*, azione, condotta, che di conseguenza dovrebbe restare esclusa dalla protezione costituzionale¹²⁰.

Come scriveva Thomas Emerson, "l'idea centrale di un sistema di libertà di espressione è che una distinzione fondamentale debba essere tracciata tra condotta che consiste in 'espressione' e condotta che consiste in 'azione'"¹²¹. L'idea che l'espressione si distingua dall'azione è radicata nella teoria costituzionale

¹¹⁸ Un caso che articola l'assunto per cui l'espressione politica costituisce il nucleo essenziale del Primo Emendamento è *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966), pp. 218-219: "Whatever differences may exist about interpretations of the First Amendment, there is practically universal agreement that a major purpose of that Amendment was to protect the free discussion of governmental affairs. This, of course, includes discussions of candidates, structures and forms of government, the manner in which government is operated or should be operated, and all such matters relating to political processes". *Mills* viene citato in molte decisioni successive, tra cui, e.g., *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977): "It is no doubt true that a central purpose of the First Amendment 'was to protect the free discussion of governmental affairs.'" . Si veda anche, e.g., *Young v. Am. Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50 (1976), p. 70, secondo cui esiste una gerarchia dei valori coperti dal Primo Emendamento, dove l'espressione politica è "paramount" e l'espressione sessuale o pornografica è "of little value".

Sostiene che il discorso politico sia di primaria importanza, C.R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit. Al contrario, sostiene che sia la protezione della libertà individuale, non la politica, a formare il nucleo essenziale del Primo Emendamento, C.E. Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, 1989. Tra coloro i quali, invece, sostengono che il dissenso sia la chiave per comprendere il Primo Emendamento, vedi S.H. Shiffrin, *The First Amendment, Democracy, and Romance*, 1990.

¹¹⁹ *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943), p. 115.

¹²⁰ Si ricorda che argomenti simili in merito alla chiarezza del dettato costituzionale vengono usati dai c.d. *absolutists* del Primo Emendamento, sostenitori di una interpretazione di tipo letterale e della distinzione *speech/action*.

¹²¹ T.I. Emerson, *The System of Freedom of Expression*, 1970, p. 17. Per una critica al fare della distinzione *speech/action* la base su cui fondare teoricamente la tutela del Primo Emendamento, che si spinge fino al punto di sostenere che il Primo Emendamento "non ha alcun senso" se per avere senso "si deve dichiarare che l'espressione non è una specie di azione, o è una forma particolare di azione a cui mancano gli aspetti di azione che fanno sì che sia oggetto di regolazione", si veda Stanley Fish, *There's No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing Too*, in *Boston Rev.*, 1992, p. 23.

tradizionale, anche se non sono mancate formulazioni dottrinali in senso contrario, e fornisce la giustificazione per la tutela dell'espressione entro il Primo Emendamento¹²².

Un tale approccio nominalista serve indubbiamente, in prima battuta, per una preliminare ed approssimativa operazione di delimitazione dei confini che separino la clausola del *free speech* da altre disposizioni costituzionali, individuando così il *proprium* della libertà di espressione¹²³.

Si spiegano così gli sforzi della Corte nel distinguere la parola da tutte le altre forme espressive rappresentate dall'azione, compito particolarmente complesso poiché l'espressione, almeno quella verbale, è essa stessa una forma di azione¹²⁴, allo stesso modo certe azioni, anche non verbali, possono essere espressive¹²⁵. "Espressione e condotta, messaggio e mezzo, sono inestricabilmente legati in tutti i comportamenti comunicativi"¹²⁶. "Ogni modo di agire espressivo è "100% azione e 100% espressione"¹²⁷. Allora, la Corte si basa, sì, su questa distinzione, ma data l'impossibilità di discernere le due componenti, non ne ha mai fornito una giustificazione articolata e coerente, con il risultato che ogni fatto che si presenta davanti ai giudici "può venire appeso quasi casualmente alla molletta 'speech' o alla molletta 'action' a seconda di come ritengano opportuno"¹²⁸.

La distinzione ha prodotto una giurisprudenza caotica perché è imperfetta, essendo il confine tra espressione ed azione estremamente labile e poroso. Ciò nonostante, la distinzione *speech/action* continua ad occupare un ruolo centrale tra i teorici costituzionali del Primo Emendamento¹²⁹, anche se da più parti ne viene criticata l'utilità e l'accuratezza¹³⁰.

¹²² A. Adler, *Inverting the First Amendment*, *cit.*

¹²³ L'interpretazione letterale distingue, con una prima operazione di delimitazione di confini tra le varie fattispecie costituzionali, il Primo Emendamento da altre previsioni costituzionali che usano, ad esempio, le parole "action", "travel", "property", "contract". Si veda F. Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, in 34 *Vand. L. Rev.* 265, 1981.

¹²⁴ "All communication except perhaps that of extrasensory variety involves conduct", sostiene L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, Mineola-New York, The Foundation Press Inc., 1988, p. 827.

¹²⁵ *City of Dallas v. Stanglin*, 490 U.S. 19 (1989), p. 25: "[I]t is possible to find some kernel of expression in almost every activity a person undertakes – for example, walking down the street or meeting one's friends at a shopping mall – but such a kernel is not sufficient to bring the activity within the protection of the First Amendment".

¹²⁶ L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, *cit.*, p. 827.

¹²⁷ J.H. Ely, *Flag Desecration*, *cit.*, pp. 1495-1496.

¹²⁸ L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, *cit.*, p. 827.

¹²⁹ Si vedano T.I. Emerson, *cit.*, pp. 9-17, dove sostiene che la distinzione espressione/condotta sia la chiave per capire il Primo Emendamento; M.B. Nimmer, *The meaning of Symbolic Speech Under the First Amendment*, in 21 *U.C.L.A. L. Rev.* 29, 1973, pp. 30-38, in cui stabilisce la centralità della distinzione "content/conduct". Anche chi ne riconosce i limiti, continua comunque a sostenerne l'utilità, E.J. Eberle, *The Architecture of First Amendment Free Speech*, in 2011 *Mich. St. L. Rev.* 1191, 2011, pp. 1216-1220. Anche chi ne riconosce la persistenza, ne mette comunque in evidenza i limiti, L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, *cit.*, pp. 825-832: "the persistent but oversimplified distinction between speech and conduct".

¹³⁰ Shiffrin, *The First Amendment, Democracy and Romance*, *cit.*, pp. 9-45, dove critica la distinzione tra contenuto comunicativo e condotta non comunicativa come "organizing principle" del diritto del Primo Emendamento; J.H. Ely, *Flag Desecration*, *cit.*, pp. 1490-1496, in cui obietta la distinzione

6.2 L'inadeguatezza dell'argomento letterale

Tuttavia, ci si rende conto facilmente che, seguendo una simile interpretazione, si lascerebbe fuori dalla copertura dell'emendamento gran parte delle espressioni ad oggi tutelate. L'accezione letterale è inadeguata sia per difetto (*underinclusive*), ma anche per eccesso (*overinclusive*) poiché comprende nella tutela certe azioni che l'uomo della strada non percepirebbe come forme espressive.

Allora non basta una semplice riconduzione della situazione concreta entro la fattispecie astratta *speech*: il procedimento dovrà complicarsi. Dopo aver individuato il caso concreto, si dovrà valutare l'intervento legislativo e gli interessi ad esso sottesi, per poi bilanciare tali interessi statali con quelli del Primo Emendamento. Un'analisi del Primo Emendamento acquista senso compiuto solo se nell'analisi vengono considerati i valori coinvolti. Per colmare l'indeterminatezza della norma costituzionale, si deve lasciare entrare nel procedimento interpretativo la dimensione extra letterale, meta-giuridica, che rimanda ai valori. Sembra a questo punto che il bilanciamento costituisca l'unica reale alternativa per i giudici.

Il limite dell'argomentazione letterale si presenta subito alla prova dei casi. L'inadeguatezza dell'analisi testuale e la conseguente insufficienza della distinzione *speech/action*, infatti, risulta evidente in relazione a tutte quelle forme espressive denominate *symbolic speech* o *expressive conduct*, contenenti sia elementi di espressività che elementi di non espressività, che la Corte si trova a dover affrontare a partire dal caso *Stromberg v. California*¹³¹ del 1931.

La categoria del discorso simbolico merita, al fine di fornire alla libertà artistica un quadro normativo di riferimento, un trattamento separato (si rimanda *infra*, paragrafo 8); per il momento, basti anticipare come la Corte abbia trovato il modo di affrontare il problema mantenendo un seppur instabile appiglio all'argomento letterale, tramite il ricorso ad una nozione di "words equivalent", equivalente delle parole, intendendo azioni con contenuto proposizionale, comunicativo, come può essere percepito l'incendio della bandiera nazionale¹³².

Il riferimento alle parole, però, non sarà più sufficiente, e a dire il vero nemmeno necessario, in quei casi controversi che avranno ad oggetto opere d'arte astratta, il cui valore risiede nel non voler comunicare alcun messaggio razionale¹³³,

speech/conduct; R. Post, *Recuperating First Amendment Doctrine*, in 47 *Stan. L. Rev.* 1249, 1995, pp. 1250-1260, 1273-1277, in cui nota "the crude and undeveloped state of analysis for dividing speech e action"; H. Kalven Jr., *The Concept of Public Forum: Cox v. Louisiana*, in *Sup. Ct. Rev.* 1, 1965, pp. 22-23, in cui descrive la debolezza di qualsiasi distinzione tra "speech pure" and "speech plus", commentando la decisione *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 559 (1965), pp. 564-566, in cui si distingue tra "speech in its pristine form" e "expression mixed with particular conduct".

¹³¹ *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931).

¹³² *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

¹³³ Si pensi alle opere di Pollock o a gran parte dell'arte contemporanea (cfr. *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Group of Boston*, cit.). Cfr. "Artworks should not mean but be", A. MacLeish, *Ars Poetica*, 1926.

o addirittura nella disgiunzione cognitiva tra l'immagine e il significato delle parole che la accompagnano¹³⁴.

Il diritto costituzionale americano¹³⁵ non è ancora arrivato ad elaborare delle spiegazioni che possano giustificare la protezione dell'arte entro il Primo Emendamento per il suo valore in sé¹³⁶, non rappresentativo, per la sua natura unica e peculiare, certamente distante dal *core* dell'espressione politica razionale, comunicativa, discorsiva, a cui si è da sempre voluta assimilare. Vedremo più avanti, allora, se e come la Corte abbia riconosciuto simili casi e ne abbia saputo fornire delle basi giustificative.

7. La tutela dell'arte sulla base della sua somiglianza con il discorso politico

Alla luce di quanto detto finora, si dovrebbero comprendere i motivi che hanno portato più o meno consapevolmente la Corte, quando si è trovata di fronte a casi riguardanti l'arte, dal momento che *Burstyn* aveva riconosciuto la sua copertura sotto il Primo Emendamento, a cercare di giustificarne la tutela per la sua somiglianza al discorso politico¹³⁷, piuttosto che per la sua "distinta funzione strutturale che non può essere ridotta nei termini della comunicazione ordinaria"¹³⁸.

L'argomento della "family resemblance"¹³⁹ al discorso politico trova ragione di esistenza negli stessi fattori che fondano anche la centralità del discorso politico

¹³⁴ Penso, ad esempio, all'opera di Magritte, *La trahison des images*.

¹³⁵ Secondo Tushnet, il diritto dei marchi, invece, sarebbe riuscito ad elaborare delle spiegazioni in tal senso (si veda M.V. Tushnet, *Art and the First Amendment*, cit.). Alcuni giuristi ci hanno provato (si veda *infra*, cap. II, paragrafo 4).

¹³⁶ Il famoso "art for art's sake". Cfr. *Piarowski v. Illinois Community College*, 759 F.2d 625 (7th Cir. 1985), p. 628. All'opera non viene concessa alcuna protezione poiché non contenente alcun messaggio politico ma considerata solo un esempio di arte per l'arte.

¹³⁷ Tra i convinti sostenitori del potere dell'arte di trasmettere idee e messaggi politici, vedi D. Cole, *Beyond Unconstitutional Conditions: Charting Spheres of Neutrality in Government-Funded Speech*, 67 *N.Y.U. L. Rev.* 675, 1992, pp. 739-740, in cui evidenzia che l'arte è stata "a frequent target of political repression by totalitarian governments, reflecting those governments' judgments that it is a forum for dissent and opposition"; B. Hoffman, *Law for Art's Sake in the Public Realm*, 16 *Colum.-Vla J.L. & Arts* 39, 1991, p. 45, 65: "It is difficult to draw a bright line between art that communicates political ideas and art that does not."

¹³⁸ M.A. Hamilton, *Art Speech*, cit., p. 107.

¹³⁹ M.V. Tushnet, *Art and the First Amendment*, cit., p. 219. La locuzione, che è stata trapiantata da Tushnet in ambito giuridico, è stata certamente ripresa dall'opera del noto filosofo Wittgenstein, secondo cui non esiste una serie di condizioni necessarie e sufficienti che fanno di un oggetto un'opera d'arte; piuttosto, le varie espressioni artistiche possono dirsi tali semplicemente per "somiglianze di famiglia", L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, 1953. Molti filosofi estetici hanno ripreso questa espressione, si veda Snoeyenbos: "there would seem to be no logical barriers to an adequate theoretical definition of 'art'. Of course there may not be theoretical properties common to clear cases of art, there may be only family resemblances. Here we will have to follow Wittgenstein's dictum to 'look and see' whether there are common properties", M.H. Snoeyenbos, *Vagueness and 'art'*, in 18 *The British Journal of Aesthetics* 12, 1978, p. 17; M. Weitz, *The Role of Theory on Aesthetics*, in 15 *J. Aesthetics & Art Criticism* 27, 1956. Si tratta di esponenti del filone prevalente nella teoria estetica moderna, che è quello

stesso: il contesto storico in cui il Primo Emendamento ha visto la luce, il ricorso prevalente all'interpretazione letterale, le teorie costituzionali tradizionali che descrivono la *ratio* della disposizione. Considerando, però, la peculiarità dell'espressione artistica, che spesso è più forma visiva che linguaggio verbale, si può aggiungere un nuovo potente fattore che scorre sotterraneo nelle motivazioni della Corte: la preferenza del testo rispetto all'immagine¹⁴⁰.

Si deve precisare che, riguardo la tutela dell'arte sulla base dell'argomento della somiglianza al discorso politico, non esiste un parere uniforme né tra i giudici né tra gli accademici¹⁴¹, nonostante si ritrovi nella maggior parte dei casi decisi dalla

del relativismo, risalente a Hume, per cui il concetto di arte deve rimanere aperto per lasciare spazio alle nuove forme artistiche che inevitabilmente emergeranno.

¹⁴⁰ "A book [rispetto alle immagini] seems to have a different and preferred place in our hierarchy of values, and so it should be", *Kaplan v. California*, 413 U.S. 115 (1973), p. 119. Il caso doveva decidere se un libro erotico, senza immagini, potesse considerarsi osceno. Il giudice Burger sostiene che i testi, come le immagini, possono essere osceni, ma "un libro occupa una posizione diversa e privilegiata nella nostra gerarchia di valori", e questo assunto viene dichiarato senza fornire alcuna spiegazione.

"When the Court declared that obscenity is not a form of expression protected by the First Amendment, no distinction was made as to the medium of the expression. See *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, (1957), pp. 481-485. Obscenity can, of course, manifest itself in conduct, in the pictorial representation of conduct, or in the written and oral description of conduct. [...] A book seems to have a different and preferred place in our hierarchy of values, and so it should be. But this generalization, like so many, is qualified by the book's content. As with pictures, films, paintings, drawings, and engravings, both oral utterance and the printed word have First Amendment protection until they collide with the long-settled position of this Court that obscenity is not protected by the Constitution". (cfr. *Miller v. California*, pp. 23-25; *Roth v. United States*, pp. 483-485).

Esemplare è il dibattito intorno alla fotografia, riconosciuta molto tardi come espressione artistica (vedi S. Sontag, *On Photography*).

Un caso che mette bene in luce la contrapposizione testo/immagine è quello riguardante l'opera *Red Portfolio* (1993) di Glenn Ligon. Nell'ottobre del 1989, il Reverendo Pat Robertson inviò una lettera scritta di suo pugno alle migliaia di componenti della recentemente istituita Coalizione Cristiana, che recava la seguente introduzione: "Dear ..., the enclosed red envelope contains graphic descriptions of homosexual erotic photographs that were funded by your tax dollars. I'd never send you the photos, but I did want you to know about the vile contents of your tax-funded material. You'll be as outraged as I am when you open the envelope". La busta conteneva una lista di "Fotografie troppo volgari per essere stampate", che descrivevano in maniera verosimile alcuni lavori del fotografo Robert Mapplethorpe. Questa campagna postale alimentò la protesta in corso contro i finanziamenti del National Endowment for the Arts per i progetti presentati da Mapplethorpe e da altri artisti come lui ritenuti osceni dai gruppi conservatori. In *Red Portfolio* (1993), l'artista Glenn Ligon riproduce ogni voce della lista di fotografie "volgari" sotto forma di stampe individuali alla gelatina d'argento in cui si intravedono frammenti testuali come "A photo of naked children in bed with a naked man".

L'iconoclasmo ha una lunga storia nella civiltà occidentale ed ha radici profonde, che attengono alla forza delle immagini ed al loro effetto dirompente sull'uomo (vedi D. Freedberg, *The Power of Images*; R. Amheim, *The Images of Pictures and Words*, in *2 Word & Image* 306, 1986).

¹⁴¹ Il dibattito, in particolare dal punto di vista dei giudici ma, essendovi inevitabilmente intrecciato, anche da quello della dottrina, verrà ripreso più volte. Per il momento, si veda, a titolo di esempio del dibattito tra studiosi, quello tra A. Meiklejohn, *The First Amendment Is An Absolute*, in *1961 Sup. Ct. Rev.* 245, p. 262 (l'arte e la letteratura meritano tutela perché improntano il processo politico impartendo sensibilità ai valori umani) e R. Bork, *Neutral principles and Some First Amendment Problems*, in *47 Ind. L. J.* 1, 1971, pp. 20-29 (il quale non trova alcuna base di principio per la protezione dell'espressione artistica sotto al Primo Emendamento in quanto l'arte non ha rilevanza politica).

Come esempio del dibattito interno alla giurisprudenza, invece, si veda *Bery v. City of New York*, 906 F. Supp. 163 (S.D.N.Y. 1996), p. 169 ("l'arte non trasmette un particolare messaggio sociale e politico a

Corte¹⁴² e sia condiviso dalla dottrina prevalente¹⁴³. Anche coloro i quali concordano sulla validità di questo tipo di argomentazione, però, si ritrovano ad ammettere, loro malgrado, le difficoltà di un simile accostamento.

La natura ibrida dell'arte¹⁴⁴, dovuta alla duplice funzione di "intrattenere" e di "informare"¹⁴⁵, rende particolarmente complessa l'individuazione di una linea di confine che separi ciò che espressivo da ciò che non lo è. Ne è consapevole la stessa Corte, che nel 1948 sostiene: "[t]he line between the informing and the entertaining is too elusive. [...] Everyone is familiar with instances of propaganda through fiction. What is one man's amusement, teaches another's doctrine"¹⁴⁶. In generale, "non esiste alcuna linea netta che separi ciò che è sufficientemente espressivo da meritare la tutela del Primo Emendamento da ciò che non lo è"¹⁴⁷. Pur essendo appurato che la clausola sulla libertà di espressione "esiste principalmente per proteggere il discorso pubblico", la Corte ha da tempo riconosciuto anche quanto sia

cui il Primo Emendamento può dare un valore speciale"); al contrario, la decisione è rovesciata in appello, *Bery v. City of New York* 97 F. 3d 689 (2nd Cir. 1996) ("l'arte è protetta dal Primo Emendamento").

¹⁴² Si vedano, e.g., *Sefick v. City of Chicago*, 485 F. Supp. 644 (1979), p. 652 nota 19 (finding that a sculpture criticizing the mayor's snow removal efforts "possessed socio-political content" and finding it significant for First Amendment purposes that it was obscured in an attempt to silence this expression); *Ward v. Rock Against Racism*: the Court focused on that medium's historic role in political discourse and the necessity of protecting such expression to preserve a democratic system: "Music is one of the oldest forms of human expression. From Plato's discourse in the Republic to the totalitarian state in our own times, rulers have known its capacity to appeal to the intellect and to the emotions, and have censored musical compositions to serve the needs of the state".

The California Supreme Court emphasizing art's long historical role in public debate noted in *Barrows v. Municipal Ct.*, 1 Cal. 3D 821 (1970), p. 821-824, nota 4, che "[l]ong before the advent of printing and motion pictures the theater constituted "a significant medium for the communication of ideas." (citando *Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495 (1952), p. 505)." "Use of the theater to depict current events, as distinguished from religious pageantry, was first attempted by Aeschylus, and refined by Euripides and later by Aristophanes who mastered comedy. [...] Fear of the political potential of the potential of the theater was manifest when James I published an ordinance forbidding representation of any living Christian king upon the stage. Since 1624 the lord chamberlain has had censorship control of the English theater".

¹⁴³ M.A. Hamilton, la corte "rispecchia l'approccio dei commentatori"; vedi E.J. Eberle, in dottrina esiste "ampio accordo".

¹⁴⁴ Lo status ibrido, incerto dell'arte la mette in una posizione già diversa, lontano dallo *speech* convenzionale, e la porta forse anche verso una protezione più debole.

Sullo status incerto e indefinito dell'arte, si veda A. Adler, *The Art of Censorship*, in 103 *W. Va. L. Rev.* 205, 2000, p. 206; M. A. Hamilton, *Art Speech*, in 49 *Vand. L. Rev.* 73, 1996; T.P. Leff, *The Arts: A Traditional Sphere of Free Expression? First Amendment Implications of Government Funding to the Arts in the Aftermath of Rust v. Sullivan*, in 45 *The American Univ. L. Rev.* 353, 1995. Sullo status marginale dell'arte, si veda, tra gli altri, S.H. Nahmod, *Artistic Expression and Aesthetic Theory: The Beautiful, The Sublime and The First Amendment*, in 1987 *Wis. L. Rev.* 221, 1987; R.P. Besanzon, *Art and Freedom of Speech*, Urbana-Chicago, University of Illinois Press, 2009, p. 1. Interessante è il confronto con la tutela dell'espressione artistica in Europa, in particolare da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, riguardo alla quale parte della dottrina muove accuse simili. Sullo stato "negletto" della libertà dell'arte rispetto agli altri diritti di libertà, vedi, tra tutti, P. Kearns, *The Judicial Nemesis: Artistic Freedom and the European Court of Human Rights*, in 1 *Irish Law Journal* 56, 2012. Si rimanda *infra*, cap. IV, nota 110 e testo corrispondente.

¹⁴⁵ *Burstyn, cit.*

¹⁴⁶ *Winters v. New York*, 333 U. S. 507 (1948).

¹⁴⁷ *Mastrovincenzo v. City of New York, cit.*

difficile e rischioso tentare di “distinguere la politica dall'intrattenimento”¹⁴⁸. Eppure, nonostante questo, il criterio dell'espressività, il fine comunicativo, l'intento di trasmettere un messaggio razionale rimane il principale punto di riferimento per le corti che si trovano a dover decidere un caso di libertà di espressione, anche quando rintracciarlo sembra quasi impossibile come per la libertà artistica.

7.1 La disciplina della libertà di espressione

Insieme allo sforzo di assimilare il discorso artistico, spesso razionale ma molto più spesso irrazionale, con il discorso tradizionale, razionale per definizione, il tentativo è stato anche quello di applicare all'arte le regole della *general speech doctrine*, basata su un sistema tripartito di limitazioni che danno per scontata la presenza di un messaggio, di un contenuto da valutare. La disciplina legislativa può essere, infatti, basata sul contenuto (*content-based*), neutrale rispetto ad esso (*content-neutral*), basata sul punto di vista (*viewpoint-based*)¹⁴⁹.

Se certamente tali regole servono ad una funzione più che legittima per la disciplina della libertà di espressione in generale, tuttavia, se applicate all'arte, mancano di dare conto della natura peculiare di questo mezzo espressivo, che non sempre si preoccupa di trasmettere un messaggio razionale, anzi, in cui il più delle volte il messaggio si identifica con il mezzo stesso, col risultato che diventa impossibile separare il contenuto dal veicolo di espressione¹⁵⁰.

La regolamentazione basata sul contenuto (*content-based*) ha come punto di partenza il divieto assoluto imposto in *Police Dept. Of Chicago v. Mosley*¹⁵¹: “above all else, the First Amendment means that government has no power to restrict expression because of its message, its ideas, its subject matter, or its content”.

In realtà, vengono previste due serie di circostanze in cui si ammette la regolazione del contenuto. La prima: se il tipo di *speech* ricade in una delle categorie di *unprotected speech*, allora la sua regolamentazione è rimessa interamente alla discrezionalità del potere politico. Fa eccezione la regolamentazione *viewpoint-based*, vietata anche se l'espressione non rientra tra quelle protette dal Primo Emendamento. In *R.A.V. v. City of St. Paul*¹⁵², ad esempio, la Corte stabilisce che

¹⁴⁸ *Edmund G. Brown, Jr., Governor of California, et. al. v. Entertainment Merchants Association, et. al.*, 564 U.S. (2011).

¹⁴⁹ Sunstein individua nella dottrina in materia di libertà di espressione questo “sistema tripartito” di restrizioni. C.R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit.

“Whether a law is content based or content neutral depends on whether the government’s purpose in enacting the restriction is to suppress the message”, *Turner Broad*, pp. 642-643.

¹⁵⁰ M. McLuhan, *Understanding media: the extensions of man*, New York, Gingko Press, 2013, in cui il titolo del capitolo I è proprio “the medium is the message”; S.H. Nahmod, *Artistic Expression and Aesthetic Theory: the Beautiful, the Sublime, and the First Amendment*, cit., p. 232.

¹⁵¹ *Police Department of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972), p. 95. Cfr. H. Kalven, Jr., *A Worthy Tradition* 6-19 (1988); O. Fiss, *Free Speech and Social Structure*, 71 *Iowa L. Rev.* 1405 (1986), pp. 1408-1409.

¹⁵² *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

uno stato ha il potere di proibire una categoria di espressione basandosi sul suo contenuto (in questo caso, le *fighting words*), ma all'interno di quel divieto non devono essere consumate discriminazioni: l'esclusione dalla copertura del Primo Emendamento deve essere assoluta, e non limitata, come nel caso in questione, a quei discorsi che insultano o provocano violenza sulla base della razza, del colore, del credo, della religione o del sesso. I limiti imposti all'espressione non protetta vengono giudicati con uno scrutinio *rational basis*.

La seconda: se si tratta di *protected speech*, la regolazione basata sul contenuto può essere permessa a seguito di un bilanciamento tra i valori costituzionali sottesi al Primo Emendamento e gli interessi regolatori sottesi all'intervento statale. Questo bilanciamento viene giudicato con uno scrutinio rigido¹⁵³, se siamo in presenza di *core* o *high-value speech*, o scrutinio intermedio, se si tratta di *less protected* o *low-value speech* (per esempio, espressione commerciale o indecente).

Una regolamentazione *content-neutral*, invece, si definisce tale fino a quando le restrizioni che comporta possono essere "giustificate senza riferimento al contenuto dell'attività espressiva disciplinata"¹⁵⁴; è, dunque, un tipo di controllo che non mira direttamente all'espressione, ma che comunque può avere un impatto incidentale su di essa. Nel caso *Kleinman v. City of San Marcos*¹⁵⁵, che riprenderemo in seguito, si può trovare un esempio di una legge di applicazione generale sui veicoli abbandonati che finisce per avere un effetto restrittivo su ciò che i ricorrenti ritengono essere frutto della loro libera espressione artistica.

Possono risultare utili tre esempi di intervento statale *content-neutral*: (1) gli interventi volti a regolare le attività che combinano elementi di *speech* ed elementi di *non speech*, di fronte ai quali la corte accerta, prima, che i limiti previsti non siano legati alla componente di espressione (se così fosse, si applicherebbe la disciplina per la regolazione *content-based*), per poi verificare che siano "narrowly tailored" all'interesse perseguito¹⁵⁶; (2) la disciplina degli effetti secondari¹⁵⁷; infine, (3) la

¹⁵³ Il c.d. *strict scrutiny* è stato descritto da Gerald Gunther come "strict in theory, and fatal in fact" per l'elevata prevedibilità dei suoi risultati, quasi sempre a favore della libertà d'espressione. La difficoltà di soddisfare l'onere argomentativo, che richiederebbe al governo di dimostrare la presenza di un interesse urgente e prevalente, si traduce di fatto in una presunzione di incostituzionalità dell'intervento legislativo, che difatti verrà per lo più "fatalmente" travolto. Si veda G. Gunther, *Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, in 86 *Harv. L. Rev.* 1, 1972, p. 8.

¹⁵⁴ *Ward, cit.*, p. 791, citando *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984), p. 293.

¹⁵⁵ *Kleinman v. City of San Marcos*, 597 F.3d 323 (5th Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S. Ct. 159 (2010).

¹⁵⁶ Si rimanda, *infra*, alla trattazione del caso *O'Brien v. United States*.

¹⁵⁷ La disciplina degli effetti secondari prevede la possibilità di limitare gli effetti secondari dell'espressione ma solo se tali limitazioni non sono collegate al contenuto dell'espressione stessa. Il caso emblematico è *City of Renton v. Playtime Theatre, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986), che dichiara la costituzionalità di una ordinanza che limitava a certe zone la presenza di librerie e cinema per adulti, poiché a venire regolati sono gli effetti secondari relativi al crimine e al degrado del quartiere e l'interesse di regolazione dello stato è rivolto a questi e non al contenuto dell'espressione associata con i cinema per adulti. Risultati simile si sono avuti anche in *Young v. American Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50 (1976) e *City of Erie v. Pap's A.M.*, 529 U.S. 277 (2000). Altri casi dove si discute degli effetti secondari sono: *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997); *Arcara v. Cloud Books, Inc.*, 478 U.S. 697 (1986); *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U.S. 560 (1991), opinione concorrente del giudice Souter, p. 582. *Schad v. Mt. Eph-*

disciplina riguardante il tempo, il luogo e la modalità della condotta espressiva (*time, place, manner*). Negli ultimi due casi, la corte verifica se davvero la regolazione è neutrale rispetto al contenuto, se persegue un interesse importante, se i mezzi sono “narrowly tailored” ai fini, e infine se “vengono lasciati aperti canali di comunicazione ragionevolmente ampi”¹⁵⁸.

I test applicati dalla corte di fronte a queste tre diverse circostanze fattuali sono molto simili; l'unica differenza si riscontra quando la corte deve valutare la legittimità di atti volti a disciplinare gli effetti secondari o il tempo, il luogo e la modalità, nei confronti dei quali deve verificare anche la disponibilità di canali di comunicazione alternativi. Questo ulteriore criterio si giustifica per il fatto che in queste due ultime ipotesi il governo ridistribuisce le opportunità di espressione, mentre nel primo caso di interventi volti a disciplinare *conduct* mista a *speech*, l'espressione viene proibita del tutto.

Per le limitazioni neutrali rispetto al contenuto, lo *standard of review* è meno rigoroso che per le limitazioni basate sul contenuto. Dato che l'intervento statale *content-neutral* ha un effetto limitativo solo incidentale sulla componente espressiva della condotta, il giudizio di costituzionalità riguardo a tale limitazione presuppone un “rilassato” scrutinio intermedio¹⁵⁹.

7.1.1 I livelli di scrutinio¹⁶⁰

In presenza di *high speech*, nei casi di regolamentazione sul contenuto, lo scrutinio rigido richiede al governo di giustificare il suo intervento come necessario per soddisfare servire un “compelling state interest” e “narrowly drawn to achieve that end”¹⁶¹. La differenza con lo scrutinio intermedio previsto per il *low-value speech* è che si richiede la prova di un interesse statale importante o sostanziale, ma non urgente (“serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives”); la scelta dei termini è azzeccata perché rende ancora l'idea dell'importanza dell'espressione in questione, ma nello stesso tempo anche della leggera inferiorità rispetto ad un tipo di espressione appartenente al grado più alto della gerarchia.

Per quanto riguarda la categoria di espressione non protetta, invece, è sufficiente uno scrutinio *rational basis*, cioè un bilanciamento tra interessi secondo le esigenze del caso concreto. La differenza con gli scrutini rigido e intermedio, che pure

rain, 452 U.S. 61 (1981), pp. 67-68, sostiene che l'ordinanza che vieta gli spettacoli dal vivo non è sufficientemente “narrowly drawn to serve substantial state interest”, applicando invece uno scrutinio rigido.

¹⁵⁸ *Ward, cit.*, p. 472.

¹⁵⁹ M.V. Tushnet, *cit.*, p. 214. Cfr. *Turner Broad Sys. v. F.C.C.*, 512 U.S. 622 (1994), p. 642.

¹⁶⁰ La nozione di “livelli di scrutinio”, inclusa quella di scrutinio rigido, venne introdotta nella famosa nota 4 di *United States v. Carolene Products Co.* (1938), una della serie di decisioni che giudicavano la costituzionalità della legislazione del *New Deal*.

¹⁶¹ *Perry Education Assn. v. Perry Local Educators' Assn.*, 460 U.S. 37 (1983), p. 45, citata in *Frisby v. Schultz*, 487 U.S. 474 (1988).

effettuano un bilanciamento, sta nella discrezionalità lasciata all'interprete: gli scrutini rigido e intermedio implicano un bilanciamento ponderato, dove si valutano gli oggetti secondo pesature già stabilite, per cui uno dei termini è presuntivamente preferito agli altri, mentre lo scrutinio più lasco, quello che verifica se la limitazione imposta dal governo sia ragionevolmente collegata ad un interesse legittimo sottostante, attua un bilanciamento generale, che implica una valutazione degli oggetti su una medesima scala non sbilanciata in alcuna direzione.

Nello scrutinio rigido, vige una presunzione di costituzionalità dell'espressione, a meno che non venga dimostrata la presenza di un interesse statale di irresistibile importanza poiché volto a prevenire un danno concreto per la società. Nello scrutinio intermedio, la regola è che l'espressione meriti una robusta protezione costituzionale che il più delle volte la fa sopravvivere alla limitazione statale, a meno che non venga dimostrato che la misura legislativa ha più importanza del valore dell'espressione ed è sostanzialmente collegata ai fini da raggiungere. Nel bilanciamento puro, la regola è semplicemente quella di pesare il valore dell'espressione contro il valore dell'interesse governativo. Si osservi come la prevedibilità del risultato risulti massima con lo scrutinio rigido e diminuisca in proporzione alla maggiore rilassatezza del controllo.

8. La condotta espressiva o il discorso simbolico

La linea argomentativa usata dalla Corte per giustificare la protezione dell'arte sotto il primo Emendamento richiama quella sviluppata nel contesto della cosiddetta condotta espressiva (*expressive conduct*), detta anche discorso simbolico (*symbolic speech*¹⁶²), a seconda della prospettiva adottata. Certe condotte vengono protette se contengono un elemento di espressività, vale a dire per la loro somiglianza al discorso politico, proprio come avviene per l'espressione artistica.

Questo modo di procedere della Corte ha alla base la *ratio* delle *words equivalents*, condotte che vengono inequivocabilmente percepite dalla generalità del pubblico per il loro intrinseco significato razionale: simboli, in altre parole¹⁶³. Del resto, il potere dei simboli è stato riconosciuto fin dai tempi antichi da tutte le civiltà; il linguaggio stesso, che permette la convivenza sociale, può essere connotato alla stregua di un simbolo. La forza di un tale segno non poteva non essere riconosciuta anche nei ragionamenti dei giudici.

Il discorso simbolico gode di un livello di protezione inferiore rispetto all'espressione verbale pura¹⁶⁴ poiché, trattandosi di azioni, anche nel momento in

¹⁶² E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, 2006, p. 1063.

¹⁶³ Il messaggio è inequivocabile: si veda l'etimologia greca di simbolo: σύν βάλλω, mettere insieme.

¹⁶⁴ "Pure speech", *Tinker*, pp. 505-506.

"[T]he First and Fourteenth Amendments [do not] afford the same kind of freedom to those who would communicate ideas by conduct ... as these amendments afford to those who communicate ideas by pure speech", *Shuttlesworth v. Birmingham*, 394 U.S. 147 (1969), p. 152, citando *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965), p. 555. "[I]t is now clear that the communication of ideas by conduct is not guaranteed the same degree of protection accorded communication by pure speech.", *Joyce v. United States*, 454 F.2d

cui si rinvenga un elemento comunicativo dominante, il loro carattere non verbale rimane insuperabile. A volte, però, certe azioni sono talmente “simili al discorso”¹⁶⁵ da poter godere dello stesso livello di protezione del discorso puro. Ecco un caso dove la distinzione *speech/action* continua ad essere rilevante. Più ci si allontana dal discorso politico e ci si avvicina alla semplice condotta, più la tutela del Primo Emendamento sembra affievolirsi. Tuttavia, rimane la difficoltà di decidere quando un’attività debba ritenersi espressiva; si dovrà aspettare *Spence v. Washington*¹⁶⁶ perché venga fornita una prima risposta.

8.1 Il test di *O’Brien*

Il problema della tutela del discorso simbolico si pone per la prima volta alla Corte nel 1931 con *Stromberg v. California*¹⁶⁷, in cui si riconosce la costituzionalità dell’atto di esporre una bandiera rossa come simbolo protetto dal Primo Emendamento. In questo primo caso, la Corte non provvede alla formulazione di criteri per stabilire quali tipi di condotta e in quali circostanze certe condotte possano ritenersi espressive, anzi si concentra su tutt’altra questione, basando la sua motivazione sul carattere troppo vago e indefinito della disposizione legislativa che puniva l’esposizione della bandiera.

Pochi anni dopo, però, l’astensione del saluto alla bandiera americana imposto dalle autorità scolastiche, in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, venne esplicitamente tutelata come modo di comunicare un messaggio: “[s]ymbolism is a primitive but effective way of communicating ideas. [...] is a short cut from mind to mind”¹⁶⁸. Similmente, molto tempo dopo, l’atto di indossare una fascia nera al braccio come protesta contro la guerra in Vietnam si considerò “closely akin to pure speech” perciò meritevole di tutela¹⁶⁹.

971 (D.C. Cir. 1971), p. 987, *cert. denied*, 405 U.S. 969 (1972). Qualcuno invece ha sostenuto che “historical framework and general purpose behind the first amendment do not support” la posizione secondo cui il discorso simbolico riceva una protezione minore di quella concessa al discorso puro, *Symbolic Conduct*, in 68 *Columbia Law Review* 1091, 1968, p. 1105; ma si veda, L. Levy, *Legacy of Suppression* 236 (1960).

¹⁶⁵ *Tinker*, *cit.* Accade, ad esempio, nei casi di profanazione della bandiera.

¹⁶⁶ *Spence v. Washington*, *cit.* Si rimanda *infra*.

¹⁶⁷ *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931). Questo è uno dei primi casi in cui trova applicazione la *vagueness doctrine* (diversa dalla *overbreadth doctrine*).

¹⁶⁸ *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), p. 632. Si noti come sia un caso riguardante il sistema scolastico ad affermare per la prima volta la tutela di un tipo di condotta espressiva. I casi riguardanti la scuola costituiscono sempre un filone giurisprudenziale a sé, in ragione delle caratteristiche peculiari che si ritiene appartengano all’ambiente scolastico (si pensi ai casi in tema di tutela della libertà religiosa, dove avviene lo stesso).

¹⁶⁹ *Tinker v. Des Moines Independent Community School District* (1969), p. 505. Si vedano altri casi simili: una marcia di protesta è espressione protetta, vedi *Gregory v. City of Chicago*, 394 U.S. 111 (1969), p. 112 (“a march, if peaceful and orderly, falls well within the sphere of conduct protected by the First Amendment”), anche se fatta con una svastica cucita sull’uniforme, *Nat’l Socialist Party of Am. v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977).

Tuttavia, l'unico tentativo compiuto di tracciare dei confini tra condotta espressiva e semplice condotta si avrà con il caso *United States v. O'Brien*¹⁷⁰ del 1968, riguardante O'Brien, privato cittadino che durante una manifestazione pacifista aveva dato fuoco alla propria cartolina di precetto sui gradini di un tribunale di Boston. La distinzione che la Corte pretende di delineare è tra elementi comunicativi ed elementi non comunicativi della condotta¹⁷¹, ritenendo che una qualche regolamentazione possa rivolgersi all'aspetto non comunicativo.

La prima preoccupazione dei giudici è di evitare che “an apparently limitless variety of conduct can be labeled ‘speech’”¹⁷², anche se la persona coinvolta nell'azione intende esprimere un'idea: la premessa è che, anche qualora una certa condotta contenga un elemento comunicativo, non ne debba necessariamente seguire che quella condotta trovi automatica protezione sotto il Primo Emendamento. Dato per scontato che esistano degli elementi espressivi nel gesto di bruciare la propria cartolina di precetto, e dato per scontato anche che, trattandosi di condotta, a prevalere siano gli elementi non espressivi, si stabilisce che una qualche limitazione incidentale sull'aspetto comunicativo dell'azione possa essere giustificata dalla presenza di un “sufficiently important governmental interest” nel regolare la condotta in sé. Per stabilire quando ci si trovi in presenza di un interesse di questo tipo, i giudici elaborano un test in quattro parti: 1) se l'interesse rientra tra i poteri costituzionali del governo (*governmental interest*); 2) se l'interesse è rilevante o comunque sostanziale (*important or substantial*); 3) se non è direttamente collegato (*unrelated*) alla repressione della libertà di espressione; 4) infine, se la restrizione incidentale della libertà di espressione non risulti sproporzionata (*greater than is essential to the furtherance of that interest*)¹⁷³.

Nel confermare la condanna di O'Brien, la Corte si limita ad applicare i quattro punti, non accennando alla questione preliminare di come attribuire carattere espressivo alla condotta. Supponendo che la distruzione della cartolina equivallesse alla volontà di esprimere un'idea, la Corte si concentra sul bilanciamento tra il diritto costituzionale alla libera espressione di quell'idea e l'interesse statale al corretto funzionamento del *Selective Service System*, mantenendo così l'incertezza sulla fase di individuazione del carattere comunicativo della condotta, che presuntivamente dovrebbe precedere l'applicazione del test.

8.2 I criteri per stabilire quando la condotta è espressiva. Il test di *Spence*

Che non siano stati ancora elaborati dei criteri per stabilire quando la condotta è espressiva, lo fa notare il giudice Harlan nella sua opinione concorrente in *Cowgill*

¹⁷⁰ *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

¹⁷¹ Ma si veda *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971), p. 18, dove la condanna del ricorrente venne ritenuta invalida perché la condotta punita era l'elemento comunicativo; L. Henkin, *The Supreme Court – 1967 Term, Foreword: On Drawing Lines*, in 82 *Harv. L. Rev.* 63, 1968, p. 80: “O'Brien's [conduct] was one activity, and it was all speech”.

¹⁷² Cfr. *Kleinman v. City of San Marcos*, 2010, in cui la Corte scrive che “non si deve applicare il Primo Emendamento per ogni caso riguardante forme di espressione visiva non verbale”.

¹⁷³ *United States v. O'Brien*, *cit.*

v. *California*¹⁷⁴ (1970): la Corte in *O'Brien* ha, sì, predisposto un test che soppesa l'interesse statale nel vietare una condotta e l'interesse costituzionale alla libertà di espressione, ma non ha ancora formulato il test preliminare che serve per determinare a che punto la condotta diventa così intessuta con l'espressione da rendere necessaria l'applicazione del test di *O'Brien*.

Si dovrà arrivare a *Spence v. Washington*¹⁷⁵ (1974) perché la Corte tenti di sviluppare una definizione funzionale a decidere quando la condotta è espressiva quindi protetta. I fatti del caso riguardavano Spence, studente universitario che aveva apposto il simbolo della pace fatto di nastro adesivo nero sulla bandiera americana, poi esposta al contrario dalla finestra del suo appartamento, e la sua violazione della legge che vietava l'uso improprio della bandiera nazionale, in specie, l'apposizione su di essa di qualsiasi simbolo. La Corte per la prima volta si concentra sui criteri legati al carattere espressivo di una condotta, ed in particolare ne individua due: l'intento comunicativo del convenuto e la comprensione del messaggio da parte di coloro che si trovavano ad essere spettatori¹⁷⁶.

In questo modo, *Spence* completa il quadro normativo di riferimento per l'analisi, ai fini della tutela entro il Primo Emendamento, di quell'espressione che è comunicativa ma non verbale, carattere che la avvicina di molto alla natura dell'espressione artistica. Da questo momento in poi, in questi casi, la Corte si troverà spesso a suddividere la sua analisi in due parti: nella prima, si chiederà se la condotta è espressiva, utilizzando il test di *Spence*; se la condotta è espressiva, nella seconda verificherà se le limitazioni imposte dal governo sono legittime, utilizzando il test di *O'Brien*. Allora, facilmente l'incedere argomentativo dei giudici alle prese con la questione di decidere sulla libertà dell'arte percorrerà le due fasi sopra descritte: ci si chiederà se l'oggetto in causa possiede elementi comunicativi, applicando il test di *Spence*, successivamente, una volta appurato il carattere espressivo, si valuterà se le limitazioni imposte dall'intervento statale possano ritenersi valide, applicando generalmente il test di *O'Brien*, ma ricorrendo spesso anche ad altri test, come quello sul luogo, tempo e modalità di espressione.

Si vedrà, tuttavia, come il quadro normativo di riferimento per la libertà artistica non possa arrestarsi a questo, essendo l'arte molto più che condotta mista ad espressione.

¹⁷⁴ *Cowgill v. California*, 396 U.S. 371 (1970).

¹⁷⁵ *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974).

¹⁷⁶ "An intent to convey a particularized message was present, and in the surrounding circumstances the likelihood was great that the message would be understood by those who viewed it", *Spence v. Washington*, *cit.*, pp. 410-411.

9. Tra condotta espressiva ed espressione artistica. Un caso di studio: l'uso della bandiera nazionale

Nel 1989 Dred Scott, allora conosciuto con il nome di Scott Tyler, uno studente del *Chicago Institute of Art*, espose come parte di una mostra della scuola il suo lavoro "What is the proper way to display a U.S. flag?". L'opera installativa si componeva di diverse parti, tra cui una bandiera americana stesa a terra ed un libro, montato sul muro di fronte, su cui gli spettatori erano invitati a scrivere le loro risposte e riflessioni in merito alla domanda "Qual è il modo giusto per esporre una bandiera americana?". L'unico modo per poter scrivere sul libro era calpestare la bandiera, stesa proprio ai suoi piedi. La mostra destò così tanto scalpore – persino il Senato condannò l'opera e l'allora presidente H.W. Bush intervenne criticamente definendola "disgraceful" – che poco dopo la sua apertura il consiglio comunale di Chicago decise di emanare un'ordinanza *ad hoc* che proibiva la profanazione della bandiera.

A seguito di una lettera dell'*American Civil Liberties Union* (ACLU) che scriveva in nome di dieci artisti, incluso Dred Scott, asserendo l'incostituzionalità della disposizione, la città presentò un ricorso contro gli artisti presso la *Circuit County Court*, richiedendo una pronuncia dichiarativa di costituzionalità della legge. Il giudice Gillis deliberò invece che l'ordinanza non avrebbe potuto essere usata contro gli artisti che sceglievano di incorporare bandiere americane nel loro lavoro poiché "when the flag is displayed in a way to convey ideas, such display is protected by the First Amendment"¹⁷⁷.

Questo caso rappresenta il punto di approdo di un percorso giurisprudenziale volto al riconoscimento della piena legittimità costituzionale di qualsiasi uso della bandiera americana se finalizzato all'espressione artistica.

Tutto ha avuto inizio nei primi anni Settanta, quando numerose corti, sia federali che statali, sono state chiamate a stabilire la relazione tra leggi che proibivano atti di profanazione della bandiera e la garanzia della libertà di espressione del Primo Emendamento. Molti di quei casi di *flag desecration* hanno riguardato l'uso che della bandiera veniva fatto nelle opere d'arte. La bandiera nazionale, infatti, ha cominciato ad essere usata sempre più spesso nel lavoro di molti artisti per la sua dirimpente potenza come simbolo dotato di un significato immediatamente riconoscibile, "well-recognized, obvious"¹⁷⁸.

¹⁷⁷ *Aubin v. City of Chicago* (opinione non pubblicata).

¹⁷⁸ Cfr. *Spence v. Washington, cit.*, p. 410, citando *Barnette, cit.*: "The Court for decades has recognized the communicative connotations of the use of flags. [...] In many of their uses flags are a form of symbolism comprising a "primitive but effective way of communicating ideas" and "a shortcut from mind to mind"; *Smith v. Gougen*, 415 U.S. 566 (1974): "Flag contempt statutes have been characterized as void for lack of notice on the theory that "[w]hat is contemptuous to one man may be a work of art to another"¹⁷⁸, p. 573. "[C]asual treatment of the flag in many contexts has become a widespread contemporary phenomenon. Flag wearing in a day of relaxed clothing styles may be simply for adornment or a ploy to

Da un lato, le diverse corti per lungo tempo hanno prodotto opposti risultati¹⁷⁹, incapaci di concordare sui criteri da applicare per decidere quali condotte dovessero essere protette e quali vietate e se, in caso di condotte protette, dovessero considerarsi condotta espressiva o espressione verbale pura¹⁸⁰. Dall'altro, i commentatori, seppur anch'essi divisi sui criteri da usare per bilanciare le garanzie del Primo Emendamento contro gli interessi dello stato nel proibire atti di profanazione della bandiera, si sono da subito schierati quasi uniformemente contro l'imposizione di sanzioni penali per condotte di questo tipo¹⁸¹.

Sebbene anche la Corte Suprema abbia avuto diverse opportunità di considerare e definire i limiti della protezione concessa dal Primo Emendamento ad atti di profanazione della bandiera¹⁸², è stato solo durante il mandato del 1973¹⁸³ che i suoi giudici, attraverso una serie di decisioni culminate nell'elaborazione del test in

attract attention. It and many other current, careless uses of the flag nevertheless constitute unceremonial treatment that many people may view as contemptuous", p. 574.

¹⁷⁹ Si vedano i casi raccolti nella nota 1 dell'opinione concorrente del giudice White in *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974), pp. 583-584; i casi raccolti nelle note 2 e 3 in *People v. Vaughan*, 514 P.2d 1318 (Sup. Ct. Colo. 1973), p. 1320; i casi citati in *State v. Farrell*, 209 N.W.2d 103 (Sup. Ct. Iowa 1973), pp. 105-106.

¹⁸⁰ Pur ancora in assenza di un contesto normativo di riferimento per distinguere i casi di *symbolic speech* da quelli di *pure speech*, molte corti inferiori prima del 1974 dichiararono incostituzionali le disposizioni legislative che vietavano l'uso improprio della bandiera, sulla base della definizione di quell'atto come *pure speech*. Si vedano, ad esempio, *Korn v. Elkins*, 317 F. Supp. 138 (D. Md. 1970), che dichiarò legittima la foto di una bandiera americana in fiamme sulla copertina di un giornale studentesco; *People v. Von Rosen*, 147 N.E.2d 327 (Ill. 1958), che rovesciò la condanna per la pubblicazione su una rivista di una foto raffigurante una donna nuda con una bandiera che le copriva la zona pubica.

¹⁸¹ Gli atti di profanazione della bandiera compiuti da artisti sono visti come indubbiamente espressivi, più vicini all'espressione verbale pura che a quella simbolica. Cfr. "Displaying art, no matter how repulsive, is nothing if it is not communication. The artist who uses the flag does so precisely because of what its symbolism will call up in the minds of those who study his work", Note, *Flag Desecration Under the First Amendment: Conduct or Speech*, in 32 *Ohio St. L. J.* 119, 1971, p. 146, citata nella nota 34 di *United States ex rel. Radich v. Criminal Court*, 385 F. Supp. 165 (S.D.N.Y. Nov. 7, 1974). Ma si vedano anche, Rosenblatt, *Flag Desecration Statutes: History and Analysis*, in 1972 *Wash. U. L. Q.* 193, 1972, pp. 219-223; J.H. Ely, *Flag Desecration*, *cit.*; T.I. Emerson, *The System of Freedom of Expression* 88, 1970; Nimmer, *The Meaning of Symbolic Speech under the First Amendment*, in 21 *U.C.L.A. L. Rev.* 29, 1973, p. 48 note 73-74; Mittlebeeler, *Flag Profanation and the Law*, in 60 *Ky. L. J.* 885, 1972; Comment, *Flag Desecration as Constitutionally Protected Symbolic Speech*, in 56 *Iowa L. Rev.* 614, 1971; Comment, *Flag Desecration Statutes in Light of United States v. O'Brien and the First Amendment*, in 32 *U. Pitt. L. Rev.* 513, 1971; Comment, *New York Flag Desecration Statute - Abridgement of First Amendment Rights - Symbolic Protest through Artistic Expression*, in 16 *N. Y. L. F.* 493, 1970; Note, in 22 *Case W. Res. L. Rev.* 555; Note, *Freedom of Speech and Symbolic Conduct: The Crime of Flag Desecration*, in 12 *Ariz. L. Rev.* 71, 1970; Note, *Flag Burning, Flag Waving and the Law*, in 4 *Valparaiso U. L. Rev.* 345, 1970; Note, *The Bill of Rights and National Symbols: Flag Desecration*, in 1970 *Wash. U. L. Q.* 517, 1970; Note, *Symbolic Conduct*, in 68 *Colum. L. Rev.* 1091, 1968; Note, *Constitutional Law - Freedom of Speech - Desecration of National Symbols as Protected Political Expression*, in 66 *Mich. L. Rev.* 1040, 1968.

¹⁸² Vedi *Radich v. New York*, 401 U.S. 531 (1971); *Cowgill v. California*, 396 U.S. 371 (1970); *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969).

¹⁸³ Oltre a *Spence* (discusso *supra* nel testo) e *Smith* (discusso *infra*, nota 184), nello stesso *Term* la Corte ha disposto sommariamente su altri cinque casi riguardanti la *flag desecration*: *Heffernan v. Thomas*, 418 U.S. 908 (1974); *Van Slyke v. Texas*, 418 U.S. 907 (1974); *Sutherland v. Illinois*, 418 U.S. 907 (1973); *Farrell v. Iowa*, 418 U.S. 907 (1974); *Cahn v. Long Island Vietnam Moratorium Committee*, 418 U.S. 906 (1974).

quattro parti di *Spence v. Washington*¹⁸⁴, hanno fornito alle corti inferiori una direzione per risolvere questo tipo di controversie. Queste decisioni “well illuminates the path upon which this Court will now travel”¹⁸⁵. Su questo filone giurisprudenziale si innesteranno tutte le decisioni successive in materia di profanazione della bandiera.

9.1 Il caso *Radich*

L'impatto che il filone giurisprudenziale in materia di profanazione della bandiera ebbe sul mondo dell'arte divenne evidente circa un anno dopo la decisione della Corte in *Spence*, quando la Corte penale distrettuale di New York si trovò di fronte al riesame del famoso caso *Radich*¹⁸⁶.

Il signor Radich, proprietario di una galleria di New York, venne condannato per aver esposto delle opere dell'artista Marc Morrel¹⁸⁷ che usavano in modo indecoroso la bandiera americana, ad esempio dandogli la forma di un fallo eretto che sorge da una croce.

La Corte Suprema statale confermò la violazione da parte del gallerista delle leggi che vietavano un uso improprio della bandiera, ma il *Chief Judge* Fuld, a cui si unì il giudice Burke, dissentì, intravedendo nella condanna di ciò che disgustava, il pericoloso spettro della censura politica: “I do not understand how it may reasonably be said that the mere display of Morrel's constructions in an art gallery, distasteful though they may be, poses the type of threat to public order necessary to render such

¹⁸⁴ *Spence v. Washington, cit.*, anticipata da *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974), dove il giudice Powell nell'opinione di maggioranza decide per l'incostituzionalità della legge sulla profanazione della bandiera con la motivazione di eccessiva vaghezza (“because display of the flag is so common and takes so many forms, changing from one generation to another and often difficult to distinguish in principle, a legislature should define with some care the flag behavior it intends to outlaw. Certainly nothing prevents a legislature from defining with substantial specificity what constitutes forbidden treatment of United States flags. The statutory language at issue here fails to approach that goal and is void for vagueness”, *Smith v. Goguen, cit.*, pp. 581-582; “in a time of widely varying attitudes and tastes for displaying something as ubiquitous as the United States flag or representations of it, it could hardly be the purpose of the Massachusetts Legislature to make criminal every informal use of the flag. The statutory language under which Goguen was charged, however, fails to draw reasonably clear lines between the kinds of nonceremonial treatment that are criminal and those that are not”, p. 574), ma declina esplicitamente la richiesta di affrontare la sostanza degli argomenti sul Primo Emendamento avanzati (*Smith v. Goguen, cit.*, nota 32, pp. 583-584).

¹⁸⁵ *United States ex rel. Radich v. Criminal Court*, 385 F. Supp. 165 (S.D.N.Y. Nov. 7, 1974), p. 173, opinione del giudice Cannella.

¹⁸⁶ *People v. Radich*, 26 N.Y.2d 114 (1970); *Radich v. New York*, 401 U.S. 531 (1971); *United States ex rel. Radich v. Criminal Court*, 385 F. Supp. 165 (S.D.N.Y. Nov. 7, 1974).

¹⁸⁷ Si noti che ad essere citato in giudizio fu il gallerista, e non l'artista stesso. Potrebbe essere un'ipotesi plausibile quella secondo cui il governo non sarebbe stato ancora pronto a testare fino a che punto le corti avrebbero potuto spingersi nel regolare (o non regolare) il processo di creazione artistica come distinto dall'esposizione del risultato di quel processo.

an act criminal. This prosecution, in my view, is nothing more than political censorship”¹⁸⁸.

La decisione 5-2 della *New York Court of Appeals* venne confermata da una altrettanto divisa Corte Suprema federale. La Corte penale distrettuale di New York concesse invece l'*habeas corpus*¹⁸⁹.

Nella sua testimonianza presso la Corte distrettuale, Radich sosteneva che la bandiera fosse stata usata dall'artista come mezzo di espressione politica. D'altronde, continuava, “l'arte ha alle spalle una lunga tradizione come mezzo di protesta: già Michelangelo dipinse un cardinale e un futuro Papa all'inferno”¹⁹⁰. Le memorie degli *amicus curiae* a sostegno del convenuto non facevano che confermare la sua idea. Durante il XVI e XVII secolo, molti artisti si occupavano di gettare luce sulle ingiustizie religiose e la decadenza morale e spirituale del clero. Gli artisti americani hanno protestato contro i linciaggi e i bombardamenti al Sud (Paul Cadmus, “To the Lynching”; Charles White, “Birmingham Totem”), le ingiustizie sociali (Ben Shahn, “Passion of Sacco and Vanzetti”). Anche la guerra è stata oggetto di proteste artistiche (Picasso, “Guernica”; Chaim Koppelman, “Vietnam”). Infine, le bandiere sono state inserite in un gran numero di opere d'arte americane (su tutte, Jasper John, “Flags”)¹⁹¹. Hilton Kramer, editore di *Art News* del *New York Times*, ha testimoniato che, per quanto riguarda il valore artistico delle sculture esposte nella galleria di Radich, persino l'installazione che rappresentava la bandiera in forma di fallo aveva “much substance”¹⁹².

Il giudice Cannella ritenne che l'analisi in due parti adottata in *Spence* fosse la più appropriata da applicare nel caso in questione. “Primo, con questo test si può stabilire se la condotta legata alla bandiera rientra nella protezione del Primo Emendamento; e secondo, se nel caso concreto gli interessi pretesi dallo stato siano così sostanziali da giustificare la violazione di diritti costituzionali”.

Nella prima fase di indagine riguardo al se le sculture esposte da Radich rientrassero nell'ambito del Primo Emendamento, dunque se potessero considerarsi sufficientemente espressive, la Corte ha considerato il contesto e l'ambiente della mostra¹⁹³. Applicando i criteri di *Spence*, ha scelto di valutare la presenza di un

¹⁸⁸ *People v. Radich*, 26 N.Y.2d 114 (1970), opinione dissenziente del giudice Fuld.

¹⁸⁹ Alcuni ipotizzano un collegamento tra l'impegno degli Stati Uniti in Vietnam e le decisioni conservative delle corti che si sono occupate di *Radich*, come tra l'intervenuto ritiro delle truppe e l'adozione di un approccio più liberale nell'ultimo disposto sul caso. Vedi L.D. DuBoff, C.O. King, *Art Law in a Nutshell*, St. Paul, MN, Thomson-West, 2006.

¹⁹⁰ Registrazione della testimonianza di Radich presso la Corte distrettuale, pp. 80a-81a, citata in *Radich v. New York*, 401 U.S. 531 (1971).

¹⁹¹ Si vedano le memorie presentate a titolo di *amicus curiae* da John B. Hightower (Direttore del Museum of Modern Art), Karl Katz (Direttore del Jewish Museum) e Kenneth G. Dewey (Membro del N.Y. State Comm'n on Cultural Resources), citate in *Radich v. New York*, *cit.*, pp- 5-15.

¹⁹² Registrazione della testimonianza di Radich presso la corte distrettuale, p. 91a, citata in *Radich v. New York*, 401 U.S. 531 (1971).

¹⁹³ *United States ex rel. Radich v. Criminal Court*, *cit.*, p. 174: “That petitioner’s display of the Morrel constructions was symbolic speech, that is non-verbal communicative conduct or expression intended to espouse an idea or express a certain viewpoint, is, when viewed both with regard to the symbol employed and the context in which that symbol was so employed, plainly apparent to this Court”.

intento da parte dell'artista di trasmettere un messaggio particolare e la probabilità che il messaggio venga recepito come tale da coloro che fruiscono dell'opera.

Mentre il test elaborato precedentemente in *O'Brien* dava per assunto che incendiare la cartolina di precetto fosse una condotta comunicativa e partiva da questo dato, in *Radich*, come in *Spence*, si scelse di procedere con una determinazione iniziale degli interessi dell'individuo coinvolti. La Corte *O'Brien* si limitò ad assumere che un interesse costituzionale del Primo Emendamento fosse coinvolto, concentrando la sua intera analisi sulla natura dell'interesse governativo, non riuscendo in questo modo a fornire uno standard con cui determinare l'interesse individuale. La Corte *Spence*, invece, si fermò a considerare se e come effettivamente la condotta in questione potesse venire protetta come *speech*. Uno dei vantaggi di un simile modo di procedere è quello di chiarire la relazione tra limite statale e diritto di libertà coinvolti: è possibile un bilanciamento tra interessi contrapposti più esatto quando entrambi gli interessi vengono articolati¹⁹⁴.

Nella seconda fase di analisi, il giudice Cannella ha discusso i principali interessi statali che avrebbero potuto giustificare una limitazione della condotta di Radich: (1) "prevention of breach of the peace"; (2) "protection of the sensibilities of passersby"; e per ultimo, (3) "preservation of the American flag as an unalloyed symbol of our country"¹⁹⁵. Inoltre, ha valutato il fatto che le bandiere oggetto della causa fossero possedute da un privato ed esposte all'interno di una sua proprietà.

Partendo dall'interesse alla conservazione della bandiera come simbolo genuino della nazione, la Corte riconobbe che l'uso della bandiera potesse essere parte integrante dell'espressione di sentimenti anti-militaristici e che questo tipo di simbolismo avrebbe anche potuto ripugnare qualcuno, ma nello stesso modo altri avrebbero avuto interesse a preservare il diritto fondamentale alla diversità di opinioni che sta alla base di una democrazia¹⁹⁶.

In risposta al secondo argomento secondo cui salvaguardare la sensibilità dei passanti costituisce un valido interesse statale, la Corte sottolinea come più volte essa stessa ha avuto modo di pronunciarsi nel senso di impedire la coercizione di qualsiasi forma espressiva sulla base della motivazione che qualcuno potesse rinvenirvi carattere offensivo: l'espressione non può essere vietata perché qualcuno la trova offensiva¹⁹⁷. Inoltre, essendo le sculture esposte in una galleria d'arte privata, non si poneva nemmeno il problema del cosiddetto *captive audience*¹⁹⁸.

Infine, l'interesse dello stato alla tutela degli spazi pubblici, sebbene più che legittimo, non poteva ritenersi valido in presenza di una mera ipotetica asserzione di pericolo¹⁹⁹.

¹⁹⁴ F.J. O'Neill, *Symbolic Speech*, in 43 *Fordham L. Rev.* 590, 1975.

¹⁹⁵ Tali interessi erano stati enucleati nel caso *Spence v. Washington*, che li aveva ripresi dal caso *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969).

¹⁹⁶ Si ritrova il richiamo al dissenso e alla tutela di un *free marketplace of ideas* di Holmes (*Abrams v. United States, cit.*) come *ratio* alla base del Primo Emendamento.

¹⁹⁷ Cfr. *Miller v. California, cit.*, p. 23; *Texas v. Johnson, cit.*

¹⁹⁸ Cfr. *Piarowski, cit.*

¹⁹⁹ Cfr. *Schenck, cit.*, con il suo *clear and present danger test*.

Una volta applicato il test di *Spence* ed esaminati gli interessi statali, la Corte non applica *O'Brien*, come sarebbe appropriato nei casi come questo di condotta mista ad espressione, e questo perché interpreta la condotta in questione come “simile all’espressione verbale pura”²⁰⁰. Applicando *Spence*, infatti, la Corte conclude che “the flag as displayed by petitioner in his gallery was itself the idea, the *sine qua non* for the artist’s endeavors”²⁰¹. I giudici di *Radich* si rendono conto di avere a che fare con l’arte, che è in sé totalmente comunicativa, eppure decidono di applicare lo stesso l’analisi relativa al discorso simbolico con la consapevolezza che se fosse risultata incostituzionale, *a fortiori* lo sarebbe stata anche se analizzata nel contesto del discorso puro.

La Corte distingue in modo preciso il caso in questione da uno in cui la condotta non risulti comunicativa in sé ma solo veicolo di un elemento di comunicazione. Di conseguenza, il confine che denota una minore protezione del Primo Emendamento si allarga dalla condotta semplice alla condotta espressiva combinata con un elemento non comunicativo. Anche se questo porta più espressione nella categoria di espressione protetta, è ancora una distinzione arbitraria, accordando una protezione minore ad una condotta espressiva solo perché presente un elemento non comunicativo. Questa divisione tra espressione e condotta mista ad espressione non risulta infine più sensata di quella tra espressione a condotta.

²⁰⁰ *United States ex rel. Radich v. Criminal Court, cit.*, p. 175. Cfr. *Id.*, nota 34: “The display of the Morrel constructions was so “closely akin to ‘pure speech’” because of the artistic, political and controversial significance of the sculptures, that had this case not been presented to the State Courts as a “symbolic speech” case and this Court now free to write upon a *tabula rasa*, the Court might well be persuaded to analyze Radich’s activity in terms of ‘pure speech’ alone. Such analysis notwithstanding, the Court here applies a symbolic speech analysis “with the realization that if the statute cannot meet those standards for constitutionality, it is *a fortiori* unconstitutional if viewed as affecting pure speech”, citando *Goguen v. Smith*, 471 F.2d, p. 100 nota 18, citando a sua volta *Tinker v. Des Moines School District*, 393 U.S. 503 (1969).

Un caso più recente in cui la dissacrazione della bandiera americana viene nuovamente considerata equivalente al discorso politico puro è *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), in cui si dichiara illegittima la disposizione che punisce l’incendio della bandiera poiché viene applicata in questo caso in cui Johnson brucia la bandiera durante una manifestazione di protesta, mentre invece non trova applicazione per la cerimonia rituale in cui si brucia una bandiera sporca in segno di rispetto. Questo vuol dire che la disposizione è diretta a vietare il contenuto dell’espressione e non la condotta, dunque si applicherà lo scrutinio rigido richiesto dalle regolazioni *content-based* e si otterrà il risultato di ritenere la condotta illegittima.

²⁰¹ *United States ex rel. Radich v. Criminal Court*, 385 F. Supp. 165 (S.D.N.Y. Nov. 7, 1974), p. 178.

Capitolo 4

La giurisprudenza in tema di libertà di espressione artistica

1. Premessa

In diverse occasioni lungo il percorso giurisprudenziale sul discorso simbolico, i giudici della Corte Suprema hanno dimostrato di patire l'inadeguatezza e rendersi conto della difficoltà di rintracciare l'elemento espressivo di una condotta e di operare una precisa distinzione tra elementi comunicativi e non comunicativi. Eppure, di fronte a casi riguardanti condotte aventi a che fare con il mondo dell'arte, come l'esposizione delle sculture dissacranti la bandiera di Morrel, la Corte appare ancor più riluttante ad affrontare direttamente la questione del carattere artistico, preferendo ricorrere ancora una volta alla spinosa, ma familiare, analisi relativa all'espressività della condotta in questione.

Una volta individuato il carattere espressivo, la definizione di arte viene data per scontata. Senonché, l'equivalenza tra espressività ed artisticità pare ad alcuni studiosi operazione piuttosto superficiale, che non riesce a cogliere in profondità la vera natura del fenomeno artistico, correndo anche il duplice rischio, per un verso, di diluire la tutela del Primo Emendamento e, per l'altro, di non offrire tutela adeguata a tutte quelle pratiche artistiche che la meriterebbero. Infatti, definire l'arte per i suoi caratteri espressivi può rivelarsi sia eccessivamente inclusivo (*overinclusive*), poiché esistono molte altre condotte umane che possono dirsi espressive, anzi, addirittura potrebbe provocatoriamente sostenersi che in qualunque attività umana sia rintracciabile un *quid* di espressività¹, sia non abbastanza inclusivo (*underinclusive*) in quanto tenderebbe ad escludere manifestazioni che intuitivamente possono dirsi artistiche anche se non trasmettono alcun messaggio razionale².

¹ Cfr. "È possibile trovare un pizzico di espressione in quasi ogni attività che una persona intraprende – per esempio, camminare per la strada o incontrare un amico al centro commerciale – ma tale pizzico non è sufficiente a portare quell'attività entro la protezione del Primo Emendamento", *City of Dallas v. Stanglin*, 490 U.S. 19 (1989), p. 25. Vedi altresì M.V. Tushnet, *Art and the First Amendment*, cit., in generale, ma in particolare p. 177, in cui prende ad esempio l'attività di mendicare e di bagarinaggio come due attività espressive; R.P. Besanzon, *Art and Freedom of Speech*, Urbana-Chicago, University of Illinois Press, 2009, p. 111, in cui si chiede se tutto debba diventare *speech*: "una tempesta, un filo d'erba, un bagno caldo?"

² Gran parte dell'arte post-moderna rifiuta di trasmettere un messaggio razionale, univoco, articolabile.

Nonostante le difficoltà, comunque, i giudici hanno continuato a ricercare l'elemento di espressività, anche nei casi più complessi, dove identificare un preciso messaggio rivolto ad un pubblico che avrebbe razionalmente percepito proprio quel messaggio, diventava quasi impossibile³. Ad un certo punto, però, si fa strada, inevitabile, nella giurisprudenza della Corte l'idea che l'espressione non debba necessariamente contenere un messaggio razionale e che il pubblico sia libero di interpretarlo in uno dei molteplici significati che può assumere. Con *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*⁴, ripresa sei anni dopo in *Boy Scouts of America v. Dale*⁵, la Corte offrirà finalmente un quadro per la tutela dell'espressione artistica che considera entrambe le dimensioni dell'arte, tanto quella razionale e quanto e più quella irrazionale. Unendo anche la decisione in *Cohen v. California*⁶, si otterrà una struttura di riferimento completa per giudicare l'arte.

2. Verso il riconoscimento della tutela dell'arte in sé

L'approccio che giustifica la protezione dell'espressione artistica per quei caratteri di comunicatività che la rendono simile all'espressione politica, che si è visto essere stato adottato nella maggior parte dei casi dalla giurisprudenza, trova la sua summa nella pronuncia *Bery v. City of New York I*⁷. Interessante l'evoluzione dell'approccio argomentativo che dalla visione miope di *Bery I* approda, passando attraverso la decisione della Corte Suprema in *Hurley*⁸, ad una apparente apertura in *Bery II*⁹, per poi però nuovamente ripiegarsi in *Mastrovincenzo*¹⁰ e *Kleinman*¹¹.

³ E.g., *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, cit. Si rimanda *infra*, nota 87.

⁴ *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557 (1995).

⁵ *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000).

⁶ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971), p. 26: "[L]inguistic expression serves a dual communicative function: it conveys not only ideas capable of relatively precise, detached explication, but otherwise inexpressible emotions as well. In fact, words are often chosen as much for their emotive as their cognitive force".

⁷ *Bery v. City of New York*, 906 F. Supp. 163 (S.D.N.Y. 1995).

⁸ *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*, cit.

⁹ *Bery v. City of New York*, 97 F. 3d 689 (2nd Cir. 1996).

¹⁰ *Mastrovincenzo v. City of New York*, 313 F. Supp. 2d 280 (S.D.N.Y., 2004), 435 F.3d 78 (2nd Cir. 2006).

¹¹ *Kleinman v. City of San Marcos*, cit.

2.1 *Bery v. City of New York I*¹²: *speech* vuol dire *speech*

La Corte distrettuale di New York valuta la violazione della libertà di espressione del Primo Emendamento da parte della *General Vendors Law* che vietava a Robert Bery e a molti altri artisti visivi di esporre, vendere o mettere in offerta i loro lavori in luoghi pubblici della città, senza prima avere ottenuto una licenza generica per venditori¹³. La legge, al fine di proteggere la libertà di espressione, aveva previsto un'eccezione per venditori di giornali, libri e altro materiale scritto, i quali perciò non avevano bisogno di un previo permesso per vendere su suolo pubblico; al contrario, nessuna eccezione venne prevista per gli artisti che vendevano le loro opere¹⁴, ma questa mancata previsione non impedì alla di decidere per la costituzionalità del disposto.

In questa scelta, risuona per l'ennesima volta la sotterranea preferenza dei giudici per la parola rispetto all'immagine, secondo un'interpretazione puramente letterale del Primo Emendamento. "Such written matter", ed in particolare i discorsi che "esprimono punti di vista politici o religiosi"¹⁵, "is the heartland of the First Amendment", sostengono i giudici. Ne consegue che, siccome "art is farther from the core than the written word"¹⁶, la decisione della città di dispensare dall'obbligo della licenza solo i venditori di libri e giornali non appare del tutto irrazionale.

La posizione dei ricorrenti è ferma nel sostenere che, sebbene i loro dipinti non possano considerarsi in alcun modo politici, tutte le opere d'arte figurativa sono forme di espressione che ricadono entro la nozione di *speech* protetta dal Primo Emendamento, e tale protezione è assoluta¹⁷.

Il giudice Cedarbaum replica riportando l'attenzione alla formulazione del disposto costituzionale, ammettendo piuttosto esplicitamente che le corti federali hanno da sempre ricorso in via principale ad un'interpretazione della lettera del testo nel cercare di fornire una base giustificativa alla garanzia offerta, e che, anche se in certi casi era stata ammessa la tutela dell'arte, forma espressiva che non possiede

¹² *Bery v. City of New York*, 906 F. Supp. 163 (S.D.N.Y. 1995).

¹³ La *General Vendors Law* descrive un generico venditore come "a person who hawks, peddles, sells, leases or offers to sell or lease, at retail, [non-food] goods or services in a public space", N.Y.C. Code parag. 20-452(b). Descrive, poi, il concetto di *public space* includendo "parks, plazas, roadways, shoulders, tree space, sidewalks, and terminals", N.Y.C. Code parag. 20-452(d).

¹⁴ Il numero di licenze messe a disposizione dalla città di New York si limitava a 853 a fronte di un numero di domande che variava dalle 500 alle 5.000, per un periodo di attesa che poteva andare dai 3 ai 5 anni, *Bery II, cit.*, pp. 692-693. Ottenere una licenza dunque era molto difficile, così molti artisti vendevano le loro opere senza prima procurarsene una. Il risultato fu che la polizia procedette a numerosi arresti, multe, insieme a sequestri e distruzione delle opere. La situazione divenne particolarmente calda nel quartiere di Soho, famoso per le sue gallerie, dove tuttavia la vendita di opere in strada continuò ad essere supportata dalla maggior parte dei galleristi.

¹⁵ *Bery v. City of New York I, cit.*, p. 168.

¹⁶ *Id.*, p. 170.

¹⁷ *Id.*, p. 163.

elementi verbali¹⁸, era stato fatto senza affrontare direttamente la questione della natura di questo tipo di protezione entro il Primo Emendamento¹⁹.

La Corte *Bery I* sembra riconoscere il vuoto di appigli normativi tra i precedenti: fino a quel momento i giudici hanno evitato di affrontare apertamente la questione riguardante se e come la materia artistica possa definirsi espressione tutelabile entro i confini del Primo Emendamento, in questo modo non fornendo alcun criterio utile per i giudici successivi. Se ne deduce ancora una volta quanto lo status dell'arte come *speech* sia problematico, incerto, "probabile"²⁰, direbbe la Adler.

La scelta della Corte pare, allora, essere di nuovo per la linea argomentativa usata per il discorso simbolico: l'arte, come qualsiasi condotta, verrà tutelata per la sua somiglianza al discorso politico, cioè per il suo contenuto espressivo. E dato che "[t]here is some expressive content in works of fine art, just as there is in works of applied or decorative art"²¹, ma non abbastanza da avvicinarla all'espressione verbale pura, restando piuttosto "close to the 'conduct' end of the 'speech-conduct' continuum"²², l'arte viene considerata condotta mista ad espressione e tutelata proprio per questo suo contenuto espressivo. Una volta individuato che lo scopo della *General Vendors Law* era neutrale rispetto al contenuto, mirando a mantenere la sicurezza degli spazi pubblici e limitare la congestione dei marciapiedi, e aveva un effetto solo incidentale sulla libertà degli artisti di vendere le loro opere, la Corte applica il test di *O'Brien* e conclude che si debba ritenere la disposizione legittima.

La condotta dei ricorrenti viene ritenuta più vicina alla condotta semplice, in quanto condotta mista ad espressione, piuttosto che all'espressione verbale pura. "Although some art may be very close to "pure speech"²³, plaintiffs' art does not carry either words or the particularized social and political messages upon which the First Amendment places special value"²⁴.

¹⁸ La Corte cita *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973); *Serra v. United States Gen. Servs. Admin.*, 847 F.2d 1045 (2d Cir. 1988); *Piarowski v. Illinois Community College*, 759 F.2d 625 (7th Cir. 1985).

¹⁹ *Bery v. City of New York I*, *cit.*, p. 167: "The text of the First Amendment explicitly refers to "speech" and "the press". The precise nature of First Amendment protection for painting and sculpture with no verbal elements has not been addressed by the federal courts. Although several opinions include generalized statements concerning the protection of artistic works by the First Amendment, see *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973), p. 34 ("The First Amendment protects works which, taken as a whole, have serious literary, artistic, political, or scientific value, regardless of whether the government or a majority of the people approve of the ideas these works represent"); *Serra v. United States Gen. Servs. Admin.*, 847 F.2d 1045 (2d Cir.1988), p. 1048; *Piarowski v. Illinois Community College*, 759 F.2d 625 (7th Cir.1985), p. 628, those cases did not present the issues raised here".

²⁰ Lezioni del corso di *Art law* tenuto dalla Prof.ssa Amy Adler, *Spring Semester* 2013, New York University, School of Law.

²¹ *Bery v. City of New York I*, *cit.*, p. 167.

²² *East Hartford Educ. Ass'n v. Board of Educ. of East Hartford*, 562 F.2d 838 (2d Cir. 1977), p. 858.

²³ E.g., *Sefick v. City of Chicago*, 485 F. Supp. 644 (N.D.Ill. 1979), che riguardava l'esposizione di figure di gesso a grandezza umana che avevano dei nastri registrati con dialoghi satirici sugli sforzi di rimuovere la neve del sindaco.

²⁴ *Bery v. City of New York I*, *cit.*, p. 169.

2.2 *Bery v. City of New York II*²⁵: l'arte merita la tutela del Primo Emendamento ma ancora per il suo carattere espressivo

In appello, la decisione *Bery* di primo grado viene ribaltata.

Il Secondo Circuito riconosce che lo scopo centrale del Primo Emendamento si identifica nella tutela dell'espressione politica, ma allo stesso tempo sottolinea, riportando moltissimi esempi, dal primo caso *Burstyn*²⁶ al recentissimo *Hurley*²⁷, come questo non abbia impedito alle corti di andare ben oltre l'esclusiva protezione dell'espressione politica e verbale. "Our cases [...] have never suggested that expression about philosophical, social, artistic, economic, literary or ethical matters [...] is not entitled to full First Amendment protection"²⁸.

Ciononostante, la Corte di primo grado e la città di New York – continuano ad argomentare i giudici – hanno dimostrato una visione ingiustificatamente ristretta e miope del Primo Emendamento e delle stesse arti visive, dando prova non solo di ignorare decisioni centrali nella giurisprudenza in materia, ma soprattutto di non comprendere l'essenza della comunicazione visuale e dell'espressione artistica.

"Visual art is as wide ranging in its depiction of ideas, concepts and emotions as any book, treatise, pamphlet or other writing, and is similarly entitled to full First Amendment protection"²⁹. Anzi, le idee ed i concetti contenuti nelle arti visive sono molto meno costrittivi del linguaggio scritto e delle sue molte varianti, poiché hanno il potere di trascendere le limitazioni del linguaggio e raggiungere al di là di un particolare gruppo linguistico sia le persone colte sia gli illetterati. Le immagini, ricordano i giudici citando la Corte Suprema, sono "a primitive but effective way of communicating ideas [...] a short cut from mind to mind"³⁰.

Per la prima volta, i giudici sembrano schierarsi contro la risalente propensione della loro categoria per la parola: le arti visive rappresentano un mezzo espressivo al pari della comunicazione scritta o verbale, tanto più considerando come i due veicoli spesso si compenetrano, per cui i testi possono essere parte di un'opera d'arte e le immagini possono raccontare storie e impartire morali, nonché quanto sia difficile distinguere con nettezza l'espressione discorsiva da quella visuale.

Bery v. City of New York II, allora, è importante perché apre al riconoscimento delle arti visive, che vengano vendute per profitto o meno³¹, entro i confini dello *speech* protetto dal Primo Emendamento, accordando loro, al pari di qualsiasi discorso verbale o scritto, piena tutela sulla base di un inequivocabile intento

²⁵ *Bery v. City of New York*, 97 F. 3d 689 (2nd Cir. 1996).

²⁶ *Burstyn, Inc. v. Wilson*, *cit.*

²⁷ *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Group of Boston*, *cit.*

²⁸ *Bery v. City of New York II*, *cit.*, p. 692.

²⁹ *Id.*

³⁰ *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, *cit.*

³¹ Non rileva il fine economico: l'arte viene tutelata sia che venga venduta per profitto sia che venga donata per spirito di liberalità. Anzi, in questo caso la vendita per strada è una parte rilevante del messaggio che le opere dei ricorrenti vogliono trasmettere. *Bery v. City of New York*, *cit.*, pp. 695-696: "[a]rtists are part of the real world; they struggle to make a living and interact with their environments. The sale of art in public places conveys these messages".

comunicativo delle opere. “One cannot look at Winslow Homer’s paintings on the Civil War without seeing, in his depictions of the boredom and hardship of the individual soldier, expressions of anti-war sentiments, the idea that war is not heroic”³², osserva la Corte come prova di quanto appena affermato.

Decisivo nell’incedere argomentativo del Secondo Circuito rimane il ricorso all’individuazione dell’aspetto comunicativo. Mancano nuovi criteri, adatti a giudicare una forma espressiva senza dubbio peculiare, che per riconoscimento espresso della Corte, costituisce spesso un mezzo di comunicazione ancora più efficace rispetto alla parole, valicando con la potenza di un’immagine le barriere delle differenze linguistiche; eppure i giudici di *Bery II*, già coraggiosi nell’intraprendere la strada del riconoscimento delle arti visive, non lo sono purtroppo fino in fondo e, invece di costruire altri criteri adeguati al caso in questione, si volgono indietro e si rifanno al consueto argomento della somiglianza con il discorso tradizionale. Del fatto che i giudici scelgano la via più facile per far rientrare l’arte sotto la tutela del Primo Emendamento è riprova il riferimento portato a dimostrazione dell’intento comunicativo dell’espressione artistica: i quadri di Winslow Homer, come “Prigionieri dal fronte” (1886), chiaro esempio di arte classica, rappresentativa, in cui l’oggetto è chiaramente e dichiaratamente politico.

Se poi si continua a scavare in quelle che sono le falle di un’opinione all’apparenza ardita e dal linguaggio acceso, ci si accorgerà che viene elaborata la distinzione tra arte e artigianato, equiparate invece dalla Corte distrettuale, ma nuovamente in ragione della mancanza nei prodotti d’artigianato, come la ceramica, la gioielleria e l’argenteria, dell’elemento comunicativo³³.

Ma non è forse vero che “un pizzico di espressività potrebbe rinvenirsi in qualsiasi azione o prodotto umano”? A questo punto, ha senso richiamare le critiche di eccessiva inclusività, ma anche non sufficiente inclusività che si sono mosse ad inizio paragrafo verso questo tipo di argomentazione. Il test della Corte che nuovamente ricorre al criterio dell’espressività si rivela in ultima analisi troppo ampio, mancando di caratterizzarsi ai fini della natura peculiare della materia artistica. Per altro verso, però, il riferimento ai dipinti di Homer richiama alla mente, per contrapposizione, un diverso tipo di arte, non rappresentativa, dalla quale risulta difficile, se non impossibile, desumere razionalmente un significato o un concetto preciso, che secondo i canoni applicati dai giudici di *Bery*, rimarrebbero esclusa dalla tutela costituzionale³⁴. E non ci si riferisce solo, come è ovvio, ad esempi dell’arte contemporanea – solo per fare alcuni nomi, Mark Rothko; l’*optical art* con Bridget Riley ed il suo “Cataract 3” (1967); il movimento *Pattern and Decoration*

³² *Bery v. City of New York II*, *cit.*, p. 695.

³³ Meglio, la Corte sostiene che i prodotti d’artigianato possano a volte avere un intento comunicativo. La differenza con i lavori artistici, allora, è che questi ultimi sono intrinsecamente espressivi, mentre i lavori di artigianato lo sono solo potenzialmente. *Bery v. City of New York II*, *cit.*, p. 696. Si consideri inoltre che se gli oggetti d’artigianato sono abbastanza antichi, possono venire considerati oggetti d’arti ai fini del diritto doganale.

³⁴ Cfr. l’opinione concorrente del giudice Posner in *Miller v. Civil City of South Bend*, 904 F.2d 1081 (7th Cir. 1990), p. 1093, in cui afferma che se il Primo Emendamento proteggesse solo le idee, la maggior parte dell’arte non sarebbe protetta.

con Joyce Kozloff –, ma anche a certi esponenti dell'arte classica, come Rembrandt con la sua “Carcassa di bovino” (1657) che ispirerà quella di Chaïm Soutine (1924), il cui stile, a sua volta, influenzerà gli espressionisti austriaci e, nel secondo dopoguerra, il lavoro del gruppo Cobra e la serie delle “Carcasse” di Francis Bacon.

Una volta concessa piena tutela alle pratiche artistiche dei ricorrenti sulla base delle motivazioni appena esaminate, la Corte procede ancora nell'analisi e, quasi a volersi costruire un argomento di riserva, in caso il primo non dovesse risultare abbastanza convincente oppure per provare ancora di più l'illegittimità della disposizione, dimostra che l'ordinanza soccomberebbe anche nel caso si applicasse il test previsto per la regolamentazione *content-neutral*, molto meno esigente, in quanto la città vietando ad un'intera categoria di espressione di perseguire i suoi scopi, dimostrava né di avere *narrowly tailored* la disposizione per soddisfare il suo interesse alla quiete e all'ordine pubblico, né di aver messo o lasciato a disposizione canali di comunicazione alternativi adeguati.

2.3 Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Group of Boston³⁵: il punto di svolta. I giudici riconoscono per la prima volta la tutela dell'arte per l'arte

Le due decisioni riguardanti Robert Bery e gli altri artisti newyorkesi ricorrenti contro la città ed il suo divieto di vendere senza previa licenza opere d'arte su suolo pubblico, conducono ad esiti opposti, ma soprattutto hanno alla base due opposte concezioni dell'espressione tutelata dal Primo Emendamento e dell'arte. Origine di questo cambio di orientamento e di prospettiva potrebbe semplicemente rintracciarsi nella fisiologica evoluzione giurisprudenziale, e non si può negare sia così; si deve però necessariamente porre l'accento su una decisione che è intercorsa tra i due casi *Bery* e che ha decisamente cambiato le carte in tavola.

I fatti del caso riguardavano la forzata inclusione nella parata per il giorno di San Patrizio, organizzata dal *South Boston Allied War Veterans Council* di Boston, dei membri dell'*Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Group* (GLIB), imposta ai veterani e al loro capo John Hurley dalla Corte Suprema statale del Massachusetts, tenuto conto della disposizione legislativa che vietava discriminazioni in ragione dell'orientamento sessuale. Il Concilio dei Veterani ricorreva alla Corte Suprema federale con la pretesa che la partecipazione dei membri dell'associazione GLIB alla loro parata, organizzata privatamente, costituisse violazione del loro diritto alla libera espressione tutelato dal Primo Emendamento.

I ricorrenti sostenevano infatti che una parata fosse di per sé un'attività espressiva e che loro, incaricati di organizzarla, avevano il diritto di decidere sul contenuto e rifiutare la partecipazione a chi pretendeva di sfilare con un messaggio ben preciso da trasmettere, come aveva dichiarato di avere la GLIB (esprimere orgoglio per la loro eredità culturale irlandese come individui apertamente gay,

³⁵ *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557 (1995).

lesbiche e bisessuali), da loro non condiviso. Ciò che deve ritenersi tutelabile in una parata non è solo ciò che si sceglie di dire con gli striscioni e i canti, ma è anche ciò che si sceglie di tacere. È la parata stessa a dover essere tutelata, indipendentemente dalla sua volontà di comunicare un messaggio o da quale messaggio intenda far passare: i veterani non avevano alcuna idea da comunicare, se non genericamente la celebrazione dei valori religiosi e sociali dei cattolici irlandesi, a “very diffuse and non cognitive message”³⁶. Tuttavia la loro attività avrebbe dovuto trovare comunque copertura entro il Primo Emendamento poiché l'espressività della parata risiede nella parata stessa, attraverso l'interpretazione del pubblico che vi assiste. E la partecipazione dei membri del GLIB sarebbe stata probabilmente percepita come risultato di una valutazione di ammissibilità da parte del Concilio dei veterani che avrebbe ritenuto il messaggio “degno di presentazione e presumibilmente anche di supporto”³⁷.

La Corte parte dalla considerazione per cui una importante manifestazione della libertà di espressione è quella per cui chi decide di parlare può anche decidere che cosa non dire, “the right to tailor the speech”³⁸. Il Concilio ha chiaramente deciso di escludere un messaggio non gradito dalla comunicazione che aveva scelto di fare, e questo è sufficiente per invocare il suo diritto di privato cittadino “to shape its expression by speaking on one subject while remaining silent on another”³⁹. La Corte allora, accogliendo la pretesa dei ricorrenti secondo cui la parata è in sé espressiva, decide per la legittimità della scelta dei veterani in quanto “[q]ualunque sia la ragione, tutto si riduce alla scelta del soggetto di non proporre un particolare punto di vista, e questa scelta si presume che risieda oltre il potere di controllo del governo”⁴⁰.

Non rilevando ai nostri fini i fatti del caso né qualsiasi considerazione in merito al risultato, la pronuncia della Corte in *Hurley* deve essere menzionata in quanto essenziale nel quadro di tutela previsto per la libertà di espressione, perché per la prima volta viene ammessa esplicitamente la possibilità che una forma espressiva possa e debba essere tutelata per i suoi caratteri irrazionali.

Citando molti dei casi che saranno poi ripresi anche nella seconda decisione *Bery*⁴¹, una Corte Suprema unanime, per mano del giudice Souter, articola l'opinione secondo cui “a narrow, succinctly articulable message is not a condition

³⁶ R.P. Besanzon, *Art and Freedom of Speech, cit.*, p. 122: “just a feeling-good-today-in-our-nation-and-community-message”.

³⁷ *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Group of Boston, cit.*, p. 575.

³⁸ *Hurley, cit.*, p. 573.

³⁹ *Id.*, p. 574.

⁴⁰ *Id.*, p. 575.

⁴¹ “Noting that “[s]ymbolism is a primitive but effective way of communicating ideas”, *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 632 (1943), our cases have recognized that the First Amendment shields such acts as saluting a flag (and refusing to do so), *id.*, at 632, 642, wearing an arm band to protest a war, *Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist.*, 393 U.S. 503, 505-506 (1969), displaying a red flag, *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359, 369 (1931), and even “[m]arching, walking or parading” in uniforms displaying the swastika, *National Socialist Party of America v. Skokie*, 432 U.S. 43 (1977)”, *Hurley, cit.*, p. 569.

of constitutional protection”; se così fosse, infatti, e si dovesse individuare per ogni opera “a particularized message”⁴², la tutela del Primo Emendamento non comprenderebbe “gli indiscutibilmente protetti”⁴³ dipinti di Jackson Pollock, le musiche di Arnold Schönberg o i versi di Jabberwocky di Lewis Carroll”⁴⁴.

Dunque, i giudici di *Hurley* mostrano un deciso passo in avanti eliminando il requisito del messaggio razionale, eppure, non si spingono fino a formulare una spiegazione – fanno il nome di Jackson Pollock, artista riconosciuto anche dal grande pubblico, cui non si può negare tale definizione – che possa giustificare la protezione di un’arte che non deve per forza avere l’intento di trasmettere un’idea, potendo semplicemente infondere in chi si trova ad osservarla sentimenti irrazionali, sensazioni, emozioni.

Il movimento artistico dadaista della fine del primo decennio del secolo scorso, a partire dal suo stesso nome, Dada, un *non sense*, un suono della bocca, aveva tra i suoi scopi espliciti quello di combattere ciò che l’opinione comune riteneva arte: se tradizionalmente si considerava che l’arte dovesse lanciare un messaggio implicito attraverso le opere, Dada tentava di non avere messaggio alcuno. Eppure, non si può dire che il lavoro dei suoi esponenti, su tutti Marcel Duchamp, non sia stato annoverato a tutti gli effetti tra le correnti artistiche ufficialmente riconosciute, diventata addirittura una delle più influenti per tutta l’arte successiva, dal surrealismo ed il gruppo Fluxus fino alle recentissime espressioni della *street art* di Banksy e la *sticker art* di Adam Neate, e che la libertà d’espressione dei suoi artisti non meriti tutela costituzionale.

Che dire, poi, della famosa campagna pubblicitaria delle sigarette Marlboro con protagonista un cowboy? Nel momento in cui uscirono i cartelloni, il loro messaggio era chiaro, lineare, diretto; ma cinquant’anni dopo, quando quell’immagine è diventata un’icona culturale, un simbolo di un’epoca, il *Marlboro Man* ha perso il senso cognitivo, razionale, trasformandosi senza alcun intento preordinato del suo autore in opera d’arte, il cui significato giace ad un livello sensoriale, emozionale, evocativo, metaforico.

Eppure, se intuitivamente, i giudici, come ragionevoli osservatori, colgono il significato e concordano sulla tutelabilità di opere d’arte come queste ed altre che allo stesso modo non contengono un messaggio razionale immediatamente percepibile, qualcosa ancora sfugge e viene lasciato in sospeso. Qual è la natura dell’arte? Che cosa la distingue dal concetto di espressione in generale? In che modo rientra sotto la tutela della *free speech clause* del Primo Emendamento? Se si riconosce il valore di *speech* anche all’arte non rappresentativa, priva della volontà di trasmettere un messaggio cognitivo, quali diventano i nuovi criteri per stabilire i confini dell’espressione artistica? E in ultimo, la domanda più urgente: è troppo rischioso superare, come hanno fatto i giudici di *Hurley*, la soglia dell’idea infusa da

⁴² Quel “particularized message” che l’autore dovrebbe avere l’intento di trasmettere che costituisce uno dei criteri del test di *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974), p. 411.

⁴³ Il termine usato è “covered”: la Corte si riferisce alla copertura della disposizione costituzionale, quello che rientra entro i suoi confini di tutela, a cui poi si dovranno applicare i diversi test e regole per stabilire nel caso concreto se quella forma d’espressione meriti anche effettiva protezione.

⁴⁴ *Id.*, p. 569.

un autore per identificare un'opera d'arte, senza contestualmente fissare dei limiti di principio e pratici per evitare di scivolare verso una brutta china in cui tutto pretende di essere tutelato come libera espressione?

2.4 *Mastrovincenzo v. City of New York I*⁴⁵: di nuovo alla ricerca dell'elemento di espressività

Christopher Mastrovincenzo e Kevin Santos vennero più volte arrestati tra il 2003 e il 2004 a Manhattan, mentre vendevano cappelli e altri capi d'abbigliamento che loro stessi avevano dipinto usando lo stile dei graffiti, senza aver ottenuto una previa autorizzazione secondo quanto disposto dalla *General Vendors Law*. La polizia ritenne la legge in questione applicabile poiché i due uomini vendevano prodotti commerciali, che, in quanto tali, non rientravano nell'eccezione di *Bery* per le opere d'arte. Mastrovincenzo e Santos presentarono ricorso contro la città di New York sostenendo che ciò che producevano e vendevano fosse, invece, materiale artistico che meritava la protezione del Primo Emendamento e a cui doveva essere applicata l'esenzione dall'obbligo di licenza come per qualsiasi altra opera d'arte a partire dalla sentenza *Bery*.

Abbiamo già sostenuto come da *Burstyn v. Wilson* la giurisprudenza si sia allineata nel ritenere che la messa in vendita non costituisce di per sé indice di mancanza di espressività dei prodotti: libri, giornali ed oggetti simili non vedono diminuito il loro diritto di libertà costituzionale dal fatto di venire venduti per profitto⁴⁶.

Il caso in questione richiede ai giudici di spingersi ad “esplorare le frontiere di *Bery*” e tracciare un confine tra arte espressiva, protetta, e beni commerciali non espressivi, non protetti⁴⁷. Il compito della giurisprudenza in materia di Primo Emendamento – come dettava il Secondo Circuito in *Bery v. City of New York II* – ritorna quello di dover “determinare cosa costituisca espressione [...] e cosa no”⁴⁸.

Ma è importante dare conto del fatto che *Mastrovincenzo* non costituisce solo un doppione di *Bery*, che facilmente avrebbe potuto essere tralasciato senza che la nostra analisi ne risentisse più di tanto. Se i fatti ed il modo di procedere della Corte sembrano gli stessi, in realtà osservando bene si nota che i giudici di *Mastrovincenzo* si soffermano ad interrogarsi sulla validità del criterio che stanno applicando, offrendo un'interessante apertura ed una riflessione dai toni dottrinali che aggiunge

⁴⁵ *Mastrovincenzo v. City of New York*, 313 F. Supp. 2d 280 (S.D.N.Y., 2004).

⁴⁶ Cfr. *Burstyn v. Wilson*; *Bery v. City of New York II*, pp. 695-696; ma anche, *City of Lakewood v. Plain Dealer Pub Co.*, 486 U.S. 750 (1988), p. 756 nota 5: “The degree of First Amendment protection is not diminished merely because the newspaper or speech is sold rather than given away.”; *Ayres v. City of Chicago*, 125 F.3d 1010 (7th Cir. 1997), p. 1014: gli oggetti protetti dal Primo Emendamento “do not lose their protection by being sold rather than given away”.

⁴⁷ *Mastrovincenzo v. City of New York I*, cit., p. 286.

⁴⁸ *Bery v. City of New York II*, cit.

alla nostra indagine sul ragionamento dei giudici di fronte alla questione artistica un ulteriore tassello da inserire nel quadro complessivo⁴⁹.

Partendo dalla considerazione per cui “[n]o bright line separates those items that are sufficiently expressive to be worthy of First Amendment protection from those that are not”⁵⁰, la Corte distrettuale ripercorre le fasi salienti della giurisprudenza della Corte Suprema e delle Corti d’Appello sul criterio dell’espressività, alla ricerca di un modo giusto di farne uso.

Dalla pronuncia *Spence* del 1974, la Corte Suprema ha tradizionalmente valutato l’espressività della condotta chiedendosi se fosse presente “un intento di trasmettere un messaggio specifico e se, date le circostanze, ci fosse una buona probabilità che gli spettatori comprendessero il messaggio”⁵¹. Con *Hurley*, la Corte sembra rivedere questi parametri nel momento in cui rigetta l’idea che condizione imprescindibile della protezione costituzionale del Primo Emendamento debba essere la presenza di un “messaggio circoscritto, succintamente articolabile”⁵². Tuttavia, nelle decisioni post-*Hurley*, il Secondo Circuito ha continuato a valutare l’espressività della condotta sulla base dei due requisiti riguardanti l’intento dell’autore e la recezione del messaggio da parte del pubblico, dunque per la sua somiglianza al discorso politico tradizionale⁵³. In *Church of the American Knights of the Ku Klux Klan v. Kerik*⁵⁴, i giudici addirittura rigettano in maniera esplicita la nozione per cui le argomentazioni di *Hurley* abbiano alterato il criterio dell’espressività che serve a valutare la condotta: “while we are mindful of *Hurley*’s caution against demanding a narrow and specific message before applying the First Amendment, we have interpreted *Hurley* to leave intact the Supreme Court’s test for expressive conduct”.

Persino volgendosi verso *Bery v. City of New York II*, considerata una pronuncia decisiva pro-arte, la Corte di *Mastrovincenzo* non trova una guida utile su come procedere nella definizione dell’espressione artistica ai fini della tutela del Primo Emendamento. I giudici, pur ampliando la copertura del Primo Emendamento all’intera categoria delle arti visive, risentendo quindi dell’apertura di *Hurley*, rimangono legati al criterio dell’individuazione dell’elemento comunicativo, del “particularized message”, senza però indicare come tale standard possa servire a giustificare la protezione di opere come quelle di Pollock, Schoenberg o Carroll.

Se si presume che un’opera come “Lavender Mist” di Pollock trasmetta un messaggio razionale che è probabile venga recepito dal fruitore, è difficile immaginare molte altre opere che fallirebbero un test del genere. In questo senso, il test che valuta l’espressività della condotta è forse in qualche modo non adatto per determinare la qualità espressiva dell’arte. Se il criterio dell’espressività funziona per giudicare la condotta in generale, nel momento in cui viene applicato all’arte visiva, diventa uno standard molto meno definito perché l’arte, secondo *Bery II*, ha

⁴⁹ Vedi *Mastrovincenzo v. City of New York I*, cit., p. 286 ss.

⁵⁰ *Id.*, p. 286.

⁵¹ *Spence v. Washington*, cit.

⁵² *Hurley*, cit.

⁵³ E.g., *Zalewska v. County of Sullivan*, 316 F.3d 314 (2d Cir. 2003).

⁵⁴ *Church of the American Knights of the Ku Klux Klan v. Kerik* 356 F.3d 197 (2d Cir. 2004), p. 205 nota 6.

contenuto espressivo per definizione, è sempre comunicativa⁵⁵, ed allora come si fa a distinguere quando non è protetta? Il riferimento di *Bery* ad un “particularized message” risulta alla fine troppo ampio, ed in *Hurley* il criterio diventa più ampio ancora, coinvolgendo anche l'espressione non razionale⁵⁶.

2.4.1 Perché servono dei criteri?

Dei criteri su come giudicare la materia artistica sono necessari, innanzitutto perché di fatto esistono dei casi in cui ciò che viene etichettato come arte non ricade sotto la protezione del Primo Emendamento⁵⁷.

Inoltre, esistono dei confini ulteriori che necessitano di essere tracciati oltre a quello tra arte e non arte. Ad esempio, quello tra prodotti commerciali ed artistici. L'ordinanza rischia di imporre un effetto di auto-censura su quegli artisti genuini la cui vocazione è l'arte e non il commercio, anche se alle volte il loro lavoro si trova al confine tra espressività e *merchandise*.

La Corte continua il suo ragionamento per opposizioni⁵⁸, contrapponendo, dopo arte e commercio, arte e moda. Anche se l'abbigliamento diventa spesso il mezzo più efficace ed immediato per trasmettere agli altri la propria individualità, ciò non pare sufficiente a far rientrare la moda entro la tutela del Primo Emendamento. Per quanto possa essere pensato ed eseguito creativamente, un disegno esteticamente piacevole di uno stilista per il mercato della moda non viene di solito ritenuto sufficientemente comunicativo da rientrare nella protezione del Primo Emendamento⁵⁹. Le cose si complicano e richiedono ulteriori analisi quando, come in questo caso, gli stessi capi d'abbigliamento tendono ad avvicinarsi allo *speech*⁶⁰.

La Corte riprende poi la distinzione di *Bery* tra arte e artigianato: lavori di gioielleria, ceramica, argenteria possono anche vantare del merito artistico, ma per

⁵⁵ *Bery v. City of New York II*, *cit.*: “paintings, photographs, prints and sculptures, such as those appellants seek to display and sell in public areas of the City, always communicate some idea or concept to those who view it, and as such are entitled to full First Amendment protection”.

⁵⁶ *Mastrovincenzo v. City of New York I*, *cit.*, p. 292.

⁵⁷ *E.g.*, *People v. Saul*, 3 N.Y. Misc. 3d 260 (Crim. Ct. Feb. 19, 2004), in cui la Corte penale distrettuale di New York rigetta la pretesa che mazzi di carte da gioco raffiguranti militari in Iraq e figure politiche fossero sufficientemente espressivi da ricevere la tutela del Primo Emendamento e concedere ai loro venditori l'esenzione dall'obbligo di licenza. La Corte trovò “nothing artistically noteworthy about the photographic images on the cards, nor do they constitute the seller's own artistic endeavor”.

⁵⁸ Questa “strategia opposizionale” (C.H. Farley, *Judging Art*, *cit.*, p. 839 nota 140) ricorre spesso nel diritto e viene impiegata anche per definire la materia artistica, col risultato di tracciare i confini di gerarchie che finiscono per essere oppressive. Così, l'arte viene spesso definita per contrapposizioni: arte contro arte minore, arte contro artigianato, arte contro intrattenimento, arte figurativa contro arte popolare. Cfr. Posner in *Gracen v. Bradford Exch.*, *cit.*, p. 305, lascia intendere come debbano esistere solamente due categorie, arte o non arte, *high art versus kitsch*, che equivale a *non art*, escludendo la possibilità che esistano forme di arte minore, *low art*, riconosciute invece da Holmes in *Bleistein*.

⁵⁹ *Spence v. Washington*, *cit.*, p. 409.

⁶⁰ Caso analogo si ha nel famoso *Cohen v. California*, dove il ricorrente si era presentato in un'aula di tribunale con un giubbotto con la scritta “Fuck the draft”.

poter godere della protezione del Primo Emendamento gli oggetti devono esprimere un'idea concepita e trasmessa dall'artista⁶¹.

Infine, ritorna un dualismo costante del pensiero giurisprudenziale: la tacita predilezione del testo rispetto all'immagine. Tutti i materiali scritti sono presuntivamente protetti, al contrario, oggetti come quelli che i ricorrenti producono non implicano la stessa presunzione, così che la Corte è costretta ad indagare sulla loro espressività.

Lungo questa linea argomentativa, risultato di una propria elaborazione del criterio dell'espressività, non avendo trovato nei precedenti una guida che potesse suggerire un giusto metodo applicativo, la Corte *Mastrovincenzo* giunge alla conclusione che gli oggetti venduti dai ricorrenti non contengono elementi sufficientemente comunicativi, perciò non possono essere distinti da altri tipi di prodotti destinati alla vendita non rientranti sotto la tutela del Primo Emendamento. Vengono elencati cinque fattori determinanti, tra cui la motivazione dell'artista alla base della creazione e della vendita dell'oggetto⁶².

La Corte provocatoriamente si immagina il caso in cui fosse stato Edvard Munch a dipingere su magliette e cravatte il suo "Urlo" e si fosse messo a venderle per strada ai passanti. La sua tutela non si sarebbe potuta giustificare sulla base degli argomenti dei convenuti, che probabilmente avrebbero obiettato: "ah, ma Munch"⁶³; chiunque avrebbe potuto rapidamente distinguere la figura sulla cravatta ed affermarne l'intento comunicativo. Una logica di questo tipo, un derivato del test "I-know-it-when-I-see-it", può essere facilmente demolita, poiché è evidente che l'arte non sempre si esprima attraverso mezzi tradizionali.

Infine, riprendendo una argomentazione che ben conosciamo, la Corte critica *Bery* per essere troppo ampia, sulla base delle motivazioni che si sono esaminate nel paragrafo precedente, ma allo stesso tempo troppo ristretta, perché l'espressione protetta potrebbe non rientrare in nessuna delle quattro categorie elencate (dipinti, fotografie, stampe, sculture): "[t]he First Amendment can not permit expression to be straight jacketed by such rigidity"⁶⁴. "The totem poles and carvings of the Tlingit, Haida and Tsimshian tribes of British Columbia and southeastern Alaska, the masks of central and western African peoples, and the burn-marked didgeridoos of Australian Aborigines are, in their own way, as expressive as any Mark Rothko painting, Andy Warhol print or Henry Moore sculpture. Indeed, the former may contain no less particularized messages and may be equally likely to be understood by their viewers as the latter"⁶⁵.

⁶¹ Cfr. la testimonianza di Jacob Epstein nel caso *Brancusi* (*infra*, par. 14), in cui si distingue il lavoro di un artigiano, per quanto abile, da quello di un artista.

⁶² *Mastrovincenzo v. City of New York I*, *cit.*, p. 288. I cinque fattori sono: "the individualized creation of the item by the particular artist, the artist's primary motivation for producing and selling the item, the vendor's bona fides as an artist, whether the vendor is personally attempting to convey his or her own message, and more generally whether the item appears to contain any elements of expression or communication that objectively could be so understood".

⁶³ *Id.*, p. 288.

⁶⁴ *Id.*, p. 294.

⁶⁵ *Id.*, p. 289.

2.5 *Mastrovincenzo v. City of New York II*⁶⁶ conferma il metodo che identifica l'arte con la condotta mista ad espressione

La Corte d'Appello del Secondo Circuito ribalta la decisione di primo grado, seppure mostrandosi meno aperta a considerazioni sulla materia artistica, che pure costituisce oggetto della causa. I giudici infatti declinano l'invito dei ricorrenti (e della Corte distrettuale) a partecipare a "divagazioni accademiche su tali interessanti e nobili materie come la definizione di arte, la forma platonica della pittura, e se un orinatoio possa considerarsi scultura"⁶⁷, scegliendo piuttosto di concentrarsi strettamente sulla pretesa dei ricorrenti. La seconda Corte *Mastrovincenzo* rifiuta qualsiasi coinvolgimento in "assurdi esercizi intellettuali": "viviamo nel mondo reale, con poliziotti che devono eseguire certe decisioni e altri soggetti che devono essere capaci di comprendere che tipo di diritto applicare senza il ricorso ai principi dell'estetica"⁶⁸. È necessario quindi tentare di applicare un test il più possibile chiaro, per quanto consentito dalle circostanze.

La Corte si volge indietro alla ricerca del principio da applicare e trova una notevole penuria di precedenti che offrano una guida per decidere quando un oggetto possa dirsi sufficientemente espressivo⁶⁹. L'unico riferimento è rappresentato dalla dichiarazione della corte *Bery II* secondo cui "paintings, photographs, prints and sculptures [...] always communicate some idea or concept to those who view it, and as such are entitled to full First Amendment protection"⁷⁰. La Corte *Bery* contiene il problema della definizione dei confini (*line-drawing*) che sarà ereditato da tutte le corti successive, le quali, nonostante possano trovarlo difficile, avranno il dovere di formulare dottrine più precise e funzionali. Dunque, la Corte *Mastrovincenzo* si assume questo arduo compito, poiché, seppure consapevole delle debolezze del quadro analitico offerto da *Bery*⁷¹, riconosce che esso rimane la legge del Circuito

⁶⁶ *Mastrovincenzo v. City of New York*, 435 F.3d 78 (2nd Cir. 2006).

⁶⁷ *Id.*, p. 79.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*, p. 59 e nota 11: "The observation that *any* object with a size, shape and density has the potential to be art (see *Bery*, 97 F.3d at 695; *Mastrovincenzo*, 313 F.Supp.2d at 289), is a truism, and, in legal terms, not entirely helpful. To say that the First Amendment protects the sale or dissemination of all objects ranging from "totem poles," see *Mastrovincenzo*, 313 F.Supp.2d at 289, to television sets does not take us far in trying to articulate or understand a jurisprudence of ordered liberty; indeed, it would entirely drain the First Amendment of meaning. [...] It is said that during the Bauhaus period, painter Josef Albers would leave a pile of newspapers on a table in his classroom and instruct his students to turn the papers into works of art before he returned in one hour. There would always be one student who, ignoring his classmates' meticulous creations, would simply fold the paper and prop it up like a tent. Albers would then seize upon the tent and exclaim, "[T]his makes use of the soul of paper. Paper can fold without breaking. Paper has tensile strength, and a vast area can be supported by these two fine edges. This!- is a work of art in paper." Tom Wolfe, *From Bauhaus to Our House* 14-15 (1981). Plaintiffs essentially ask us to import an Albersian definition of "art" into the First Amendment context. For the reasons set forth in text, we decline to do so".

⁷⁰ *Bery v. City of New York II*, *cit.*, p. 696.

⁷¹ Cfr. *White v. City of Sparks*, 341 F. Supp. 2d 1129 (D. Nev. 2004), p. 1139: "Applying such a blanket presumption of protected status [riferendosi a *Bery*] would not only be unnecessary but would also be out of step with the First Amendment's fundamental purpose to protect expression".

fino a che ed a meno che non venga effettivamente superato da una decisione della Corte Suprema.

Scegliendo due tra i cinque fattori articolati nella prima pronuncia *Mastrovincenzo*, i giudici considerano: (1) le caratteristiche oggettive del prodotto; (2) l'elemento soggettivo della motivazione dell'artista alla base della creazione e della vendita dell'oggetto. Magliette e cappelli decorate con disegni in stile graffiti dai ricorrenti vengono giudicati espressivi⁷².

La Corte definisce i concetti di "graffiti" e "dipinti" secondo un'interpretazione letterale e contestuale, risolvendo cioè l'eventuale ambiguità di una lettura esclusivamente testuale che rimanderebbe solo e specificamente a tele dipinte, considerando le circostanze concrete di applicazione dell'ingiunzione *Bery*. Il giudice Sack concorre con la maggioranza nel non condividere l'ampia lettura dei ricorrenti e della Corte distrettuale per cui un dipinto è "tutto ciò a cui venga applicato un pigmento"⁷³, allo stesso modo però ritiene inconcepibile l'idea che possa definirsi pittura solo un "quadro su tela"⁷⁴, dovendosi indubbiamente riconoscere che ciò che potrebbe venire dipinto sulla carta o sulla tela rimane pittura anche se applicato ad un'altra superficie. Certamente, provoca la Corte, a nessuno verrebbe il dubbio che opere come "L'ultima cena" di Leonardo o la volta della Cappella Sistina di Michelangelo non possano considerarsi arte perché dipinte su parti di edifici che servono anche una funzione pratica.

Se indubbiamente si rinviene un elemento dominante di espressività nelle opere dei ricorrenti, rimane un elemento di pura condotta, non comunicativo, del quale deve essere verificata la legittima regolamentazione. Applicando il test riguardante tempo, luogo e modalità dell'espressione, la Corte conclude che la limitazione imposta dal legislatore sia valida in quanto diretta allo scopo neutrale di evitare la congestione stradale.

⁷² Il giudice Sack, nella sua opinione in parte concorrente e in parte dissenziente (*Mastrovincenzo v. City of New York*, *cit.*, pp. 114-115), esprime la sua valutazione sul metodo usato dalla maggioranza per decidere riguardo all'artisticità di un oggetto, sviluppando anche un confronto tra arte e religione: "Although some better test may come along one day, the panel's methodology seems to me to be flexible enough to accommodate the protean nature of art and expression and the infinitely varying circumstances in which the question may arise. I thus also agree with the panel's decision to "decline here to set forth an exhaustive list of all possible factors that courts may wish to consider in future circumstances, which may differ in unpredictable ways from the case at bar." *Ante* at [96]. It would be difficult to adopt such a multi-part test concrete enough to work in these circumstances but adaptable enough to apply satisfactorily to unforeseeable future cases. Although it was said in the context of First Amendment protection for freedom of religion, I agree with Justice Breyer's observation, concurring in judgment in *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677, (2005): "[O]ne will inevitably find difficult borderline cases. And in such cases, I see no test-related substitute for the exercise of legal judgment." *Id.* at 2869 (Breyer, J., concurring in judgment)".

⁷³ *Mastrovincenzo v. City of New York II*, *cit.*, p. 101 (che rimanda a *Mastrovincenzo v. City of New York I*, *cit.*, p. 293).

⁷⁴ *Id.*

2.6 *Kleinman v. City of San Marcos*⁷⁵: l'interpretazione del test di *Hurley* come riferito solo a "great works of art" e l'ennesima applicazione dello scrutinio intermedio

Michael Kleinman, proprietario della catena *Planet K* in Texas, in occasione dell'inaugurazione di un nuovo negozio a San Marcos, si accordò con due artisti locali per trasformare un'auto distrutta e abbandonata di fronte alla sua proprietà in un vaso da fiori, in cui sarebbero stati piantati delle specie di cactus della zona e che sarebbe stato dipinto con scene della vita cittadina e messaggi di pace come "make love not war". Pur essendo su proprietà privata, il veicolo era comunque ben visibile dalla strada principale. La città di San Marcos, allora, multò Kleinman per aver violato l'ordinanza che dichiarava i "junked vehicles", i rottami dei veicoli, disturbo della quiete pubblica e imponeva che dovessero rimanere fuori dalla pubblica vista⁷⁶.

Contro il ricorso di Kleinman sulla base del suo diritto alla libertà di espressione tutelato dal Primo Emendamento, la città difese l'ordinanza sostenendo che avesse uno scopo generale, diretto a combattere il degrado urbano, promuovere l'ordine pubblico e garantire la salute e la sicurezza della comunità.

La Corte d'Appello si dimostrò piuttosto scettica riguardo la pretesa del ricorrente di definire la macchina-vaso un'opera d'arte, interpretando il precedente di *Hurley* come applicabile solo a "great works of art"⁷⁷. "We share the Mastrovincenzo court's skepticism that the heavy machinery of the First Amendment is to be deployed in every case involving visual non-speech expression"⁷⁸.

Comunque, nel caso in questione, secondo la Corte "fortunatamente" non serve spingersi a tanto: "la macchina/vaso è un oggetto utilitaristico, una pubblicità e infine un veicolo in rottami"⁷⁹, e queste caratteristiche dominano oggettivamente, alla luce della sua funzione e utilizzo, su qualsiasi componente espressiva della sua pittura esteriore, il che risolve la controversia senza bisogno di dover ricorrere ai principi dell'estetica⁸⁰.

Tuttavia, in un eccesso di cautela, poiché la città ai fini della causa ha riconosciuto che il vaso avesse qualche elemento espressivo protetto, la Corte decide di applicare lo scrutinio intermedio previsto dal test articolato dalla Corte Suprema in *United States v. O'Brien*⁸¹.

⁷⁵ *Kleinman v. City of San Marcos*, 597 F.3d 323 (5th Cir. 2010), cert. denied, 131 S. Ct. 159 (2010).

⁷⁶ San Marcos, Texas, Code of Ordinances, par. 34.196(a).

⁷⁷ *Kleinman v. City of San Marcos*, cit., p. 327.

⁷⁸ *Id.* Cfr. *Mastrovincenzo v. City of New York II*, cit., p. 59: "Dire che il Primo Emendamento protegge tutti gli oggetti dai totem agli apparecchi televisivi non ci porterà lontano nel cercare di articolare o comprendere una giurisprudenza delle libertà; piuttosto prosciugherà interamente il Primo Emendamento del suo significato".

⁷⁹ *Id.*, pp. 326-328.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.*, pp. 328-329.

La decisione presenta degli aspetti innegabilmente discutibili, su tutti la distinzione che pretende di marcare un segno tra grandi opere d'arte e le restanti opere che secondo questa logica dovrebbero forse definirsi ordinarie, semplici⁸². Il sospetto è che distinguere tra ciò che possa considerarsi arte visiva espressiva, dunque protetta, e ciò che non meriti tale definizione e debba perciò rimanere fuori dalla tutela del Primo Emendamento, sia impossibile senza perlomeno ricorrere a qualche considerazione basata sul contenuto.

Un'ultima osservazione, prendendo spunto dal risultato di *Kleinman* che, applicando il consueto procedimento in due fasi, dopo aver ammesso l'opera entro i confini di tutela del Primo Emendamento, verifica la sua effettiva protezione nel caso concreto, per concludere poi per la sua soccombenza di fronte al legittimo scopo dell'ordinanza cittadina. Continuare a ragionare applicando ai casi in materia artistica questa duplice analisi – prima la verifica della copertura, poi l'effettiva protezione – sembra, innanzitutto, pericoloso, poiché accordare la copertura, ma poi applicare lo scrutinio per una regolamentazione neutrale, finirà molto spesso per violare la tutela dell'espressione artistica, in quanto l'impatto sull'espressione sarà minimo, solo incidentale rispetto ad un interesse governativo forte che ha portato all'emanazione di un certo regolamento e che supererà quasi certamente la revisione costituzionale. Gli artisti Christo e Jeanne-Claude hanno ideato un proprio stile che consiste nell'imballaggio di interi edifici, con il permesso dei proprietari; anche se per brevi periodi, interventi di tal genere possono scontrarsi con le esigenze tutelate dalle leggi per la conservazione storica e dell'ambiente, tuttavia, ammettere che regolazioni neutrali siano sempre permesse nei confronti di attività coperte dalla previsione costituzionale, di fatto, rende la copertura inutile.

Percorrere le due fasi di analisi sembra, inoltre, superfluo, se si segue il “principio del troppo lavoro” elaborato da Tushnet⁸³. In certi casi, il fatto che un'azione sia espressiva non dovrebbe richiedere lo sforzo addizionale di spiegare perché lo stato possa legittimamente sottoporre l'azione a limitazioni o vietarla, ad esempio quando vengono coinvolte leggi penali, come nel caso in cui una *performance* coinvolga ignari passanti al punto da diventare aggressione o quando venga deturpata una proprietà pubblica o privata. Il fatto che si sia assunto la tutela delle opere d'arte sotto il Primo Emendamento rende obbligatorio il lavoro di spiegare perché anche certe azioni ovviamente illegali non siano protette; certo, un simile procedimento è senza dubbio utile, invece, per i casi più peculiari, ai margini della sfera di protezione del Primo Emendamento.

⁸² Questa distinzione, seppur discutibile, si ritrova anche in altri contesti giuridici: si ricordino la disposizione del Visual Artists Rights Act che tutela dalla distruzione solo le opere “of recognized stature” (vedi *supra*) e il requisito del “serious artistic value” che evita ad un'opera di essere bollata come oscena (*Miller v. California*, si rimanda *infra*, cap. V).

⁸³ “Too much work principle”, si veda M.V. Tushnet, *Art and the First Amendment*, cit.

3. Il valore irrazionale dell'arte

La giurisprudenza ha in più occasioni riconosciuto la tutela del Primo Emendamento a forme di espressione non verbale, che riescono a trasmettere un messaggio solo per la loro capacità di evocazione. “Per comprendere “Guernica” di Picasso non serve conoscere lo spagnolo”⁸⁴, scriveva la Corte di *Mastrovincenzo*.

Tuttavia, l'artista, soprattutto quello post-moderno, non sempre intende comunicare un'idea razionale, articolabile, precisa. “Valendosi d'un genere di comunicazione che può saltare a piè pari la razionalità, l'arte è in grado di agire in profondità realizzando un genere di informazione che s'esercita in prevalenza sul nostro sentimento, ma che non per questo è meno vitale e necessaria”⁸⁵.

Il paradigma del “mercato delle idee”, che permea l'intera giurisprudenza in materia di Primo Emendamento, tende a svilire il valore irrazionale, non comunicativo dell'arte, riconoscendo solo il suo potenziale razionale, discorsivo, politico⁸⁶.

La propensione a ricondurre la protezione dell'arte entro la teoria tradizionale, obbliga ogni volta la Corte alla ricerca di un contenuto espressivo e la costringe a lottare contro quelle opere la cui essenza comunicativa è invece irrazionale e non discorsiva⁸⁷.

⁸⁴ *Mastrovincenzo v. City of New York I*, cit., pp. 285-286.

⁸⁵ G. Dorfles, *Le oscillazioni del gusto*, Milano, Skira, p. 101. Cfr. “L'arte non è discorso”, D. Formaggio, citato da F. Rimoli, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, cit., p. 148.

⁸⁶ M.A. Hamilton, *Art Speech*, 49 *Vand. L. Rev.* 73, 1996, pp. 105-112.

⁸⁷ I casi in cui le corti hanno avuto difficoltà nell'individuare l'elemento di espressività che giustificasse la tutela del Primo Emendamento, ma nonostante questo hanno lottato per trovarlo e giustificare la tutela sulla base di questo (spesso non riuscendovi), sono molti. Tra questi, e.g., *Bery v. City of New York I*, cit.; *Close v. Lederle*, 424 F.2d 988 (1st Cir. 1970) cert. denied, 400 U.S. 903 (1970), rifiutando di riconoscere la tutela del diritto degli artisti di esporre negli edifici dell'università dei lavori che esibivano genitali, sulla base dell'estensione del diritto degli studenti di ascoltare oratori impopolari, sostenendo che i casi riguardanti i discorsi verbali “involve[d] a medium and subject matter entitled to greater protection than plaintiff's art”, mentre nel caso in questione “[t]here is no suggestion [...] that plaintiff's art was seeking to express political or social thought”, p. 990. Un filone giurisprudenziale in cui la Corte Suprema ha avuto particolari difficoltà in questo senso è stato quello sulla danza, intesa non come danza classica, moderna o contemporanea (cfr. *Bella Lewitzky Dance Co. v. Frohnmayer*, 754 F.Supp. 774, 783 (C.D. Cal. 1991), in cui la Corte assume senza alcuna discussione al riguardo che la danza “fine art dance”, sia espressione artistica protetta dal Primo Emendamento), ma come danza per adulti (*nude dancing*). Sebbene nelle prime decisioni in materia sia stata riconosciuta la protezione di una forma d'espressione per la quale, di certo, non è facile individuare un messaggio razionale sottostante (*California v. LaRue*, 409 U.S. 109 (1972), *Doran v. Salem Inn, Inc.*, 422 U.S. 922 (1975) e *Schad v. MOUNT Ephraim*, 452 U.S. 61 (1981), che riconoscono alla danza per adulti la protezione del Primo Emendamento), più tardi la tendenza cambia, anche perché la Corte non ha criteri su cui basarsi ed è costretta all'analisi caso per caso del valore dell'espressione che si trova di fronte, cfr. *Dallas v. Stanglin*, 490 U.S. 19 (1989), che ritiene la *recreational dance* fuori dall'ambito di tutela del Primo Emendamento. Una pronuncia particolarmente interessante è *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U.S. 560 (1991), in cui la pluralità dei giudici ritiene la danza per adulti marginalmente protetta dal Primo Emendamento “as within the outer perimeters of the First Amendment”, p. 565. L'opinione concorrente di Souter specifica come la *nude dancing*, diversa da quella d'intrattenimento, ma quella che si trova ad esempio nelle produzioni di “Hair” o “Equus”, sia una questione diversa ai fini della tutela del Primo Emendamento.

Tuttavia, la prospettiva cambia con *Hurley*⁸⁸, in cui per la prima volta si riconosce che un messaggio particolare e succintamente articolabile non rappresenta la condizione necessaria per rientrare entro i confini di tutela del Primo Emendamento.

Invero, la Corte aveva contemplato un simile risultato già molto tempo prima. Nel 1948, infatti, *Winters v. New York* rifiutava l'idea che l'espressione dovesse essere protetta solo se comunicativa: anche ciò che vuole essere puro intrattenimento merita la protezione del Primo Emendamento esattamente come ciò che ha come scopo primario l'informazione; non è necessario che si tratti del "meglio della letteratura"⁸⁹.

Con *Hurley*, finalmente, l'arte non viene considerata come mera sotto-categoria di condotta, inclusa nel Primo Emendamento solo se espressiva, ma viene tutelata in sé, per il suo valore intrinseco e peculiare, risparmiando ai giudici il duro compito di rintracciare l'elemento comunicativo come pre-condizione della sua tutela.

Tuttavia, anche nel trattare l'arte come intrinsecamente espressiva, a prescindere dall'individuazione di un messaggio razionale, esistono delle insidie per i giudici. In tali situazioni, infatti, le corti si ritroveranno inevitabilmente costrette di fronte alla temuta questione della definizione giuridica di arte, alla quale fino a quel momento avevano cercato di sfuggire ricorrendo alle rassicuranti dottrine tradizionali. Le corti dovrebbero dare una giustificazione, fornire dei criteri, ma non lo fanno, scegliendo, caso per caso, di dare per assunto o meno il carattere artistico o ritornando, come abbiamo visto, a ragionare sul criterio dell'espressività⁹⁰.

In un'epoca in cui la teoria costituzionale ha ormai risolto le dispute fondanti intorno alla libertà di espressione, come quella di identificare il nucleo essenziale di tutela, distinguere i valori sottostanti, costruire una architettura ordinante dei vari tipi di espressione e livelli di protezione, la direzione più fruttuosa verso cui indirizzare gli sforzi compilativi viene individuata da alcuni studiosi⁹¹ in quella che indaga le frontiere del Primo Emendamento, catturandone il significato più completo. Innegabilmente, giustificare l'arte come espressione protetta entro il Primo Emendamento rientra in un simile progetto perché cattura il pieno significato

L'opinione dissenziente di White, invece, non distingue le due categorie di *nude dancing* e ritiene che entrambe, in quanto generatrici di "pensieri, idee, emozioni che sono l'essenza della comunicazione", debbano godere del "most exacting scrutiny", pp. 592-593.

⁸⁸ *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Group of Boston, cit.*, p. 569. Anticipata da *Piarowski v. Illinois Community College*, 759 F.2d 625 (7th Cir. 1985), p. 628: "[T]he freedom of speech and of the press protected by the First Amendment has been interpreted to embrace purely artistic as well as political expression".

⁸⁹ *Winters v. New York*, 333 U.S. 507 (1948).

⁹⁰ Un esempio che può servire ad illustrare la difficoltà del problema riguarda i casi che devono decidere se l'attività del tatuatore possa considerarsi espressione artistica. La Corte Suprema del Massachusetts, applicando *Hurley*, sostenne che la pratica del tatuare fosse equivalente al processo di creazione di un'opera d'arte e dunque meritasse la medesima protezione del Primo Emendamento (*Lanphear v. Mass.*, Sup. Ct., Suffolk County, Case No. 99-1896-B (2000)). Tuttavia, la Corte Suprema del South Carolina, tornando ad appoggiarsi al requisito di *Spence* secondo cui la condotta deve essere "sufficiently imbued with elements of communication", non ritenne tatuare abbastanza espressivo e confermò la disposizione che limitava tale attività (*State v. White*, 560 S.E.2d 420, 423 (S.C. 2002)).

⁹¹ Tra tutti, E.J. Eberle, *The Architecture of First Amendment Free Speech, cit.*

della norma costituzionale, quello che comprende sia la dimensione razionale che quella irrazionale⁹², e la dota di maggiore solidità⁹³.

Definire le categorie di espressione è un'operazione cruciale per il sistema di tutela del Primo Emendamento perché ne mantiene l'integrità, evitando la cosiddetta "diluizione" dottrinale⁹⁴, gli errori di valutazione della forma espressiva, ed altri pericoli per l'espressione⁹⁵.

L'esercizio del potere di formulare diverse giustificazioni alla base della disposizione costituzionale è inevitabile da parte dei giudici, a meno che non si ammetta che il Primo Emendamento protegge qualsiasi forma di espressione allo stesso modo⁹⁶.

Ciascuna categoria di espressione protetta, inclusa l'arte, merita una propria definizione ed un conseguente livello di tutela adeguato. Lo stesso deve dirsi per le categorie di espressione non protette, in particolare, per i nostri interessi, l'oscenità (si veda *infra*, cap. V). Si pensi alla questione del "serio valore artistico"⁹⁷ da determinare per individuare i confini del concetto di oscenità, impossibile quanto quella di definire "cosa è arte"⁹⁸.

Eppure, nonostante l'impresa appaia donquisciottesca, i giudici dovrebbero lo stesso affrontarla.

⁹² Il significato completo del Primo Emendamento, quello che comprende la dimensione razionale ed irrazionale, è quello che viene riconosciuto in *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971), p. 26: "[M]uch linguistic expression serves a dual communicative function: it conveys not only ideas capable of relatively precise, detached explication, but otherwise inexpressible emotions as well. In fact, words are often chosen as much for their emotive as their cognitive force. We cannot sanction the view that the Constitution, while solicitous of the cognitive content of individual speech has little or no regard for that emotive function which practically speaking, may often be the more important element of the overall message sought to be communicated. Cfr. altresì, *Bery v. New York*, 97 F.3d 689, 695 (2d Cir. 1996), p. 695: "written and visual expression do not always allow for neat separation: words may form part of a work of art, and images may convey messages and stories [...] Visual artwork is as much an embodiment of the artist's expression as is a written text, and the two cannot always be readily distinguished".

⁹³ E.J. Eberle, *Art as Speech*, cit., p. 10.

⁹⁴ *Ohralik v. Ohio State Bar Ass'n*, 436 U.S. 447 (1978), p. 456. Cfr. *Mastrovincenzo II*, cit., p. 59 ("drain First Amendment").

⁹⁵ E.J. Eberle, *Art as Speech*, cit., p. 7 ss.; F. Rimoli, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 11-12, 23.

⁹⁶ F. Schauer, *Speech and "Speech" – Obscenity and "Obscenity": An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language*, in 67 *The Georgetown L. J.* 899, 1979, p. 910 nota 65.

⁹⁷ *Miller v. California*, cit.

⁹⁸ Sebbene gli esperti d'arte siano capaci di articolare dei criteri oggettivi per il valore artistico, tali criteri, secondo alcuni (si veda D. Greene, *Why Protect Political Art as "Political Speech"?*, cit.), vengono facilmente mal applicati nella realtà giuridica. Cfr. *Advocates for the Arts v. Thomson*, 532 F.2d 792 (1st Cir. 1976), p. 797: "This is not to say that the standard of artistic merit is not an important goal, but only that it and guidelines elaborating it do not lend themselves to translation into first amendment standards". Secondo altri, invece, il ricorso ai criteri dell'estetica potrebbe essere un valido strumento di aiuto nell'analisi dei giudici (si veda C.H. Farley, *Judging Art*, cit.).

4. Quali basi giustificative?

A questo punto, una conclusione pare inevitabile: non esiste alcuna giustificazione soddisfacente per lo status dell'espressione artistica come espressione protetta dal Primo Emendamento⁹⁹.

La Corte Suprema, a partire da *Burtsyn v. Wilson*¹⁰⁰, assume la copertura dell'arte senza fornire spiegazioni: nei singoli casi concreti ha stabilito che certi esempi di espressione artistica fossero espressione protetta, ma non ha mai fornito delle basi giustificative per la protezione dell'arte come valore in sé¹⁰¹. Le corti inferiori hanno generalmente seguito la guida della Corte Suprema¹⁰². I maggiori teorici del Primo Emendamento non hanno dedicato attenzione sostanziale all'espressione artistica, e coloro che l'hanno fatto non hanno creato nuove teorie giustificative rispetto a quelle tradizionali¹⁰³, anche se vedremo nel paragrafo successivo alcuni recenti tentativi dottrinali in tal senso.

Quello che è accaduto, allora, è che l'espressione artistica, così come è stata a lungo valutata esclusivamente per la sua somiglianza con il discorso politico, ha trovato anche la base giustificativa della sua protezione nelle giustificazioni

⁹⁹ E.J. Eberle, *Art as Speech*, cit., pp. 2-3.

¹⁰⁰ Si rimanda *supra*, cap. III, paragrafo 2.

¹⁰¹ Si possono fornire molti esempi di casi in cui la Corte, senza fornire ulteriori spiegazioni, ha riconosciuto l'espressione artistica come espressione protetta: il cinema, in *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495 (1952); il teatro, in *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*, 420 U.S. 546 (1975); la musica, in *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989); l'intrattenimento in *Schad v. Mount Ephraim*, 452 U.S. 61 (1981), p. 65: "Entertainment, as well as political and ideological speech, is protected; motion pictures, programs broadcast by radio and television, and live entertainment, such as musical and dramatic works, fall within the First Amendment's guarantee".

¹⁰² *Bery v. New York*, 97 F.3d 689 (2d Cir. 1996), p. 694, in cui la Corte afferma "[t]he First Amendment shields more than political speech and verbal expression" e cita numerosi casi in cui la Corte Suprema ha riconosciuto l'espressione artistica come espressione protetta.

¹⁰³ Cfr. *supra*, cap. III, nota 4 e testo corrispondente. Si consideri anche il famoso dialogo tra Alexander Meiklejohn e Zechariah Chafee, in cui quest'ultimo, recensendo il volume *Free Speech and Its Relation to Self-Government* (1948) di Meiklejohn, muove all'autore la critica di aver trascurato l'espressione artistica: "The most serious weakness in Mr. Meiklejohn's argument is that it rests on his supposed boundary between public speech and private speech. That line is extremely blurred [...] The truth is that there are public aspects to practically every subject [...] [If Meiklejohn's public speech excludes scholarship,] art and literature, it is shocking to deprive these vital matters of the protection of [the] First Amendment [...] Valuable as self-government is, it is itself only a small part of our lives. That a philosopher should subordinate all other activities to it is indeed surprising", Z. Chafee, *Book Review*, in 62 *Harv. L. Rev.* 891, 1949, pp. 899-900. A tale critica Meiklejohn risponde includendo la tutela della letteratura e delle arti nel Primo Emendamento ma senza fornirne teorie giustificative, vedi *supra*, nota 4, A. Meiklejohn, *The First Amendment is an Absolute*, in 1961 *Sup. Ct. Rev.* 245, 1961, pp. 256-257; sempre cfr. *supra*, nota 3 paragrafo 1, W.J. Brennan, Jr., *The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment*, in 79 *Harv. L. Rev.* 1, 1965, p. 13; H. Kalven, Jr., *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*, 1988, pp. 18-19. Si vedano, altresì, O.M. Fiss, *Freedom and Feminism*, in 80 *Georgetown L. J.* 2041, 1992, p. 2057: "art and literature, even that which makes no mention of politics and governmental affairs, is [...] protected"; C. Pesce, *The Likeness Monster: Should the Right of Publicity Protect Against Imitation?*, in 65 *N.Y.U. L. Rev.* 782, 1990, p. 786 nota 3: "The First Amendment protects works of art as a form of speech"; N. Hentoff, *The First Freedom: The Tumultuous History of Free Speech in America*, 1980, che allude alla protezione dell'arte all'interno della sua discussione dell'oscenità in libri, film, riviste.

convenzionali nate a partire dalla libertà di espressione in generale, quali il mercato delle idee e la ricerca della verità¹⁰⁴, la realizzazione di sé¹⁰⁵, o l'auto-governo¹⁰⁶, che appunto venivano elaborate intorno al nucleo essenziale del *free speech* che è il discorso politico. Guardare l'espressione artistica attraverso queste lenti, tuttavia, non può che tendere a ridarne una visione distorta¹⁰⁷. Se infatti l'espressione artistica contribuisce al mercato delle idee, all'auto-compimento di sé o alla formazione di un ordinamento democratico, queste sono semplicemente alcune delle qualità mostrate dall'arte. La sua essenza e la sua unicità risiedono in ben altro, che deriva dal suo essere parte del processo e della manifestazione della creatività umana¹⁰⁸. Dunque non possono che condividersi certe riflessioni dottrinali che promuovono l'auspicabilità dell'elaborazione di una teoria giustificativa dell'arte sotto il Primo Emendamento in quanto arte¹⁰⁹, e non in quanto contenente elementi espressivi che la rendono simile al discorso politico. Ed una simile elaborazione teorica si riterrebbe necessaria non per puro spirito speculativo, ma perché esistono dei pericoli concreti a fronte dell'assenza di una teoria convincente riguardante lo status dell'arte come espressione protetta. Oltre a quelli già accennati nel paragrafo precedente, il rischio da cui più preme mettere in guardia attiene all'eventualità che la mancanza di una adeguata struttura normativa e teorica intorno alla libertà

¹⁰⁴ Elaborata dal giudice Holmes in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), p. 630, sulla base del trattato "On liberty" di John Stuart Mill, a sua volta influenzato dall'Areopagica di Milton, si rimanda *supra*.

¹⁰⁵ La personalità dell'artista e quelle degli spettatori possono realizzarsi attraverso la creazione o la fruizione dell'opera d'arte. La giustificazione della tutela dell'espressione artistica può rintracciarsi allora in ciò che tradizionalmente viene identificato come "self-realization" (M. Redish, *Freedom of Expression: A Critical Analysis*, 1984), "individual self-fulfillment" (T.I. Emerson, *The System of Freedom of Expression*, *cit.*), "liberty" (C.E. Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, *cit.*), o "individual autonomy theory" (S.H. Nahmod, *Artistic Expression and Aesthetic Theory: The Beautiful, the Sublime and the First Amendment*, *cit.*).

¹⁰⁶ L'espressione protetta dal Primo Emendamento viene identificata essenzialmente con il discorso politico, inteso come partecipazione al discorso pubblico e alla formazione di un ordinamento democratico. Si vedano A. Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*; Id., *The First Amendment is an Absolute*, *cit.*; il giudice Brandeis nella sua opinione concorrente in *Whitney v. California*, *cit.*, p. 375: "free speech valuable because it develops human faculties, facilitates pursuit of knowledge and truth and enables people to participate in public decisions"; T.I. Emerson, *The System of Freedom of Expression*, *cit.*, p. 7: "free speech is an essential mechanism for maintaining the balance between stability and change". In un simile contesto, l'arte serve come valvola di sfogo e come valore che controlla la maggioranza e verifica continuamente la tenuta dello *status quo*.

¹⁰⁷ S.H. Nahmod, *Artistic Expression and Aesthetic Theory: The Beautiful, the Sublime and the First Amendment*, *cit.*, pp. 262-263, in cui sostiene che la teoria del *marketplace of ideas* fallisce nel dare propriamente conto degli aspetti non cognitivi dell'espressione artistica; W. Marshall, *Free Speech and the Problem of Democracy*, in 89 *Nw. U. L. Rev.* 191, 1994, pp. 199-200, in cui critica l'argomento di Sunstein in *Democracy and the Problem of Free Speech*, 1993, che sostiene la protezione dell'espressione artistica "only to the extent of its political content"; ma vedi anche H. Kalven, Jr., *The Metaphysics of the Law of Obscenity*, *cit.*, pp. 15-16, in cui dichiara che la comunicazione artistica non è rilevante per il processo politico e perciò non merita la protezione del Primo Emendamento "under traditional rationales"; M.A. Hamilton, *Art as Speech*, *cit.*, p. 111.

¹⁰⁸ E.J. Eberle, *Art as Speech*, *cit.*, pp. 5-22.

¹⁰⁹ *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*, 420 U.S. 546 (1975), p. 557: "Each medium of expression [...] must be assessed for First Amendment purposes by standards suited to it, for each may present its own problems".

dell'arte possa condurre ad una svalutazione della forma artistica come mezzo espressivo. Certa dottrina sostiene come l'eventualità appena prospettata sia in realtà già un dato di fatto: nonostante sulla carta l'espressione artistica venga considerata *core speech* e collocata sul più alto gradino della gerarchia, nella pratica giurisprudenziale finisce per essere tutelata per la sua somiglianza al discorso politico, anzi quanto più somigliante al discorso politico tanto maggiore risulterà la sua tutela. È evidente che un tale stato "derivativo", "di seconda classe"¹¹⁰ si traduca in concreto in una minore garanzia di protezione.

Problemi assai simili si pongono nel contesto sovranazionale della Corte europea dei diritti dell'uomo, in cui alcune studiosi ravvedono lo stesso tipo di tutela "starkly and surprisingly penurious" della libertà artistica, "Cinderella of liberties", soprattutto se paragonata alla "preferential protection" del discorso politico¹¹¹.

Avvertendo la necessità di impedire, o invertire, la marginalizzazione dell'arte nella sfera di tutela del Primo Emendamento, si sono levate in dottrina delle voci che hanno cercato di offrire alcuni spunti per delle teorie giustificative della libertà artistica in quanto tale¹¹².

4.1 La tutela privilegiata dell'arte. Spunti comparatistici

Seppure l'ambiziosa occupazione di trovare risposte in questo senso esuli dallo scopo del presente lavoro, si pensa sia degno di nota dare brevemente conto di un tema ricorrente tra i teorici costituzionali che si sono occupati di arte e Primo Emendamento, a grandi linee comparabile anche con certe elaborazioni teoriche formulate in Italia.

Ci si riferisce alle ipotesi riguardanti la specialità e l'unicità dell'arte¹¹³, che hanno molto in comune con la teoria della materia privilegiata italiana, compiutamente formulata sulla base del testo dell'articolo 33 Cost.¹¹⁴. È chiaro che in Italia la circostanza che la Costituzione riconosca separatamente la libertà dell'arte, rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero, è stato ciò che ha

¹¹⁰ All'arte sembra riservato un "second class status" rispetto alla centralità dell'espressione politica nelle teorie del Primo Emendamento, S.H. Nahmod, *Artistic Expression and Aesthetic Theory: The Beautiful, the Sublime and the First Amendment*, cit., pp. 222-223. Si rimanda *supra*, cap. I, e cap. III, nota 144.

¹¹¹ Si veda, P. Kearns, *Antipathy to art in a recalcitrant court*, in 67 *Amicus Curiae* 25, 2006; Id., *The Judicial Nemesis: Artistic Freedom and the European Court of Human Rights*, in 1 *Irish Law Journal* 56, 2012.

¹¹² S.H. Nahmod, *Artistic Expression and Aesthetic Theory: The Beautiful, the Sublime and the First Amendment*, cit.; M.A. Hamilton, *Art Speech*, cit.; R.P. Besanzon, *Art and Freedom of Speech*, cit.; M.V. Tushnet, *Art and the First Amendment*, cit.; A. Adler, *The Art of Censorship*, cit. Con approccio storicista al diritto costituzionale, J. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, in 79 *N.Y.U. L. Rev.* 1, 2004. Nel contesto della Corte Europea, si veda P. Kearns, cit., *supra*, nota 110. In Italia, si vedano M. Grisolia, F. Rimoli, A. Cerri.

¹¹³ In particolare, E.J. Eberle, cit.; M.A. Hamilton, cit.

¹¹⁴ M. Grisolia, cit.; F. Rimoli, cit.; S. Fois, cit.

indotto a supporre una tutela più intensa ed incisiva di tale diritto¹¹⁵. Il dibattito nasce in termini di limiti da apporre alla disposizione costituzionale: formulata in senso assoluto – “L'arte [e la scienza] sono libere”¹¹⁶ –, la tesi prevalente è che possa incontrare solo i cosiddetti limiti logici¹¹⁷. Una tale concezione, nonostante le differenze strutturali, sembra condivisibile anche nel contesto del Primo Emendamento¹¹⁸. Proseguendo su questa linea argomentativa, i giuristi italiani giungono a ritenere che “sia proprio la particolare natura delle opere d'arte la causa giustificativa della speciale garanzia dell'art. 33”¹¹⁹. Similmente, alcuni teorici nordamericani hanno rintracciato nella natura peculiare dell'arte ciò che dovrebbe fondarne la sua protezione¹²⁰.

La riflessione viene argomentata più solidamente in Italia, sulla base della lettera del disposto costituzionale. Secondo Grisolia, la giustificazione dell'articolo 33 non starebbe solo nel profilo etico-politico, inteso come difesa di una libertà individuale, già implicito nel generale articolo 21, ma anche nel profilo estetico¹²¹, ed in questo consisterebbe la sua specificità. La formulazione assoluta dell'articolo 33, insieme alla non menzione del limite del buon costume, suppone una scelta del costituente a favore di una concezione pura o estetica dell'arte, che si sottrae a qualsiasi discriminazione autoritaria in base al contenuto, a discapito di una concezione utilitaria o moralistica, che implicherebbe una caratterizzazione finalistica, autoritariamente preordinata e imposta. Con questo non vuol dire che il redattore della carta si sia sostituito in un compito non suo, quale la definizione di arte; ma soltanto che abbia forgiato il precetto costituzionale su un determinato indirizzo culturale che in tal modo assurge a specifico criterio informatore e individuante, quello dell'estetica crociana, che accanto a quella di Gentile può ritenersi dominante in Italia al momento della redazione della carta costituzionale. A questo punto, però, è importante, proprio per l'elasticità della formula impiegata dal costituente, tale da permettere, ed anzi imporre, un continuo adeguamento dei contenuti da parte dell'interprete, anche menzionare il dibattito successivo, quello dell'estetica contemporanea, che spiega la ricchezza e la pluralità dei significati e delle motivazioni cui il termine arte oggi permette, ed anzi impone, di fare riferimento¹²². Dunque, il principio della libertà dell'arte, pur nel quadro della

¹¹⁵ La Corte costituzionale prevede una “tutela rafforzata” della libertà artistica, Corte cost. 9/1965. Ma si veda anche, Crisafulli, *La scuola*, p. 68: “contenuto ed intento rafforzativo [...], a ribadire fuori di ogni possibile dubbio un aspetto così importante della libertà di manifestazione del pensiero”.

¹¹⁶ Art. 33, primo comma, Cost. it.

¹¹⁷ Per limiti logici, si intendono quei limiti ricavabili dalla disposizione stessa, si veda S. Fois, *cit.*

¹¹⁸ Si rimanda *supra*.

¹¹⁹ M. Grisolia, *cit.*, p. 4.

¹²⁰ S.H. Nahmod, *Artistic Expression and Aesthetic Theory: The Beautiful, the Sublime and the First Amendment*, *cit.*; M.A. Hamilton, *Art Speech*, *cit.*; R.P. Besanzon, *Art and Freedom of Speech*, *cit.*; M.V. Tushnet, *Art and the First Amendment*, *cit.*; E.J. Eberle, *Art as Speech*, *cit.*

¹²¹ Bobbio (N. Bobbio, *Politica e cultura*, *cit.*, p. 95) sostiene invece che nel difendere la libertà dell'arte il problema che si vuole risolvere è etico-politico, non estetico: si vuole tutelare la libertà, non l'arte.

¹²² Si veda, F. Rimoli, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, *cit.*, pp. 144-147. Dalle due correnti prevalenti nell'estetica contemporanea in Italia (la prima, fenomenologica e anticrociana, secondo cui l'arte è indefinibile a priori, l'altra più volta all'indirizzo ermeneutico di Gadamer e Heidegger, che sfocia in Pareyson, secondo cui l'arte “mentre fa, inventa il modo di fare”, definendo i criteri e le regole in

giustificazione comune alla libertà di espressione generale, rivela un suo autonomo fondamento, che si sostanzia in una presa di posizione nella dialettica arte-moralità. La scelta di una delle due fondamentali concezioni dell'arte, quella che sostiene la validità dell'arte fine a se stessa, si risolve nel rafforzamento della tutela dell'arte che rivela così un fondamento obiettivo, sganciato dalle valutazioni autoritarie in ordine al suo contenuto. Tuttavia, nonostante l'avanzamento della riflessione dottrinale, le gravi difficoltà pratiche per l'identificazione materiale dell'oggetto della rappresentazione artistica rimangono le stesse. Anche se si acquista una maggiore consapevolezza del fatto che in ordine a tale libertà ci si debba affidare a criteri di specie per una esatta e puntuale interpretazione del dettato costituzionale. Il che significa sostenere la necessità non di aderire a soluzioni restrittive in ordine all'individuazione della qualità artistica dell'opera, ma soltanto di ricorrere a criteri peculiari, costruiti *ad hoc* e non presi in prestito dal contesto normativo generale della libertà di espressione¹²³. In altre parole, anche riconoscendone il valore in sé, rimane difficile l'accertamento del carattere artistico di un'opera, eppure ogni volta necessario, sia che la risoluzione del caso non richieda esplicitamente di dire cosa è arte sia che imponga la definizione di un campo concreto di determinazione, sia pure contingente e provvisorio.

5. Il caso *Brancusi*

Come si è finora ribadito, i giudici si mostrano, in linea di principio, tendenzialmente restii ad impegnarsi in valutazioni estetiche riguardo presunte manifestazioni artistiche¹²⁴. Ma l'emersione di sempre nuove forme d'arte, non classificate, e forse nemmeno classificabili, entro i rigidi schemi normativi, insieme alle esigenze del mondo sempre più interconnesso, globalizzato, "sconfinato" per dirla alla Ferrarese¹²⁵, in cui gli scambi diventano sempre più facili e frequenti, ha portato ad una crescente circolazione delle nuove tipologie artistiche; il che, a sua volta, aumenta le probabilità che un giudice debba pronunciarsi sulla definizione ed identificabilità di un'opera d'arte e dei suoi nuovi mezzi d'espressione, ai fini delle esenzioni doganali e dei privilegi fiscali, rendendo necessaria ed imprescindibile una sua presa di posizione in materia. Ecco spiegato, forse, il motivo per cui è proprio in

base ad una legalità interna, continuamente variabile, mai preesistente, che si forma nel momento stesso di realizzazione dell'opera) si ricavano i tratti fondamentali della concezione estetica attuale che influenzeranno l'opera degli interpreti: la polivocità ontologica dell'opera, interpretabile in un numero indefinibile di modi differenti, l'indefinibilità a priori dell'artisticità come qualità dell'oggetto, fino ad affermare una totale denormativizzazione del fenomeno artistico insieme ad un'assoluta relatività assiologica.

¹²³ Si pensi, ad esempio, all'importanza fondamentale dell'intervento degli esperti ai fini della risoluzione della controversia. *E.g.*, *Tunick v. Safir*, (S.D.N.Y., 1999), in cui la Corte distrettuale di New York ricorse all'ausilio di riviste specializzate come *Flash Art* e *World Art Magazine* per decidere se il fotografo in questione potesse definirsi un artista.

¹²⁴ L.D. DuBoff, *Art Law in a Nutshell*, cit.

¹²⁵ M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

ambito doganale che le corti hanno sviluppato alcune delle più importanti e ben articolate definizioni giuridiche di arte.

La tendenza giurisprudenziale dominante prima del famoso caso *Brancusi v. United States* (cfr. *supra*, cap. II) era quella di una lettura restrittiva delle disposizioni in materia doganale riguardanti le opere d'arte.

Innanzitutto, la tutela era prevista solo per opere d'arte figurativa, dallo scopo puramente ornamentale. Rimanevano del tutto esclusi, quindi, gli oggetti decorativi e industriali, come le vetrate colorate da chiesa con effigi di santi e altre rappresentazioni bibliche del caso *United States v. Perry*¹²⁶, ma anche opere d'arte pensate con uno scopo ornamentale che tuttavia acquisiscono incidentalmente uno scopo utile, e, viceversa, oggetti dallo scopo funzionale ma resi ornamentali per farli apparire più gradevoli alla vista. Non solo, un altro requisito indispensabile era costituito dal fatto che l'opera dovesse essere rappresentativa; in *United States v. Olivotti*¹²⁷, ad esempio, si ribadiva che la scultura dovesse essere imitazione della natura e dell'uomo, nelle loro reali proporzioni.

Un decennio più tardi, tuttavia, il vento era destinato a cambiare. Il processo *Brancusi* del 1927-1928 rappresenta tutt'oggi il caso simbolo del dibattito sulla definizione di arte in campo giuridico, contenendone in sé le domande essenziali riguardanti i criteri per determinare che cos'è un'opera d'arte, chi è un artista, chi deve giudicare su tali questioni¹²⁸.

L'opera astratta, minimale *Bird in Flight* (1923) arrivò a New York per una mostra alla Brummer Gallery nel 1926, scortata da Marcel Duchamp, artista già famoso e grande amico dello scultore che l'aveva realizzata, Constantin Brancusi, del quale aveva lui stesso selezionato le opere per la galleria e curato la vendita di una di esse al fotografo e collezionista Edward Steichen. Gli ispettori doganali, poco avvezzi all'arte non rappresentativa, rimasero perplessi di fronte a quell'oggetto affusolato di bronzo lucido, alto circa un metro e mezzo, e finirono per classificarlo tra i "kitchen utensils and hospital supplies". Se come opera d'arte *Bird in Flight* avrebbe avuto diritto all'esenzione dai dazi doganali, secondo il paragrafo 1704 del Tariff Act, come utensile da cucina venne tassato del 40% del suo valore dichiarato al momento dell'importazione¹²⁹.

La Corte che dovette giudicare il ricorso di *Brancusi*, si trovò di fronte, insieme alla controversia sul caso concreto, il problema ben più ampio derivante dalla

¹²⁶ *United States v. Perry*, 146 U.S. 71 (1892).

¹²⁷ *United States v. Olivotti*, 7 Ct. Cust. 46 (1916).

¹²⁸ La letteratura sul caso *Brancusi* è davvero vasta. Si vedano, tra gli altri, M.K. Cleary, "But Is It Art?" *Constantin Brancusi v. The United States*, in *Inside/Out, A MoMA/MoMA PS1 Blog*, 24 luglio 2014, disponibile all'indirizzo: http://www.moma.org/explore/inside_out/2014/07/24/but-is-it-art-constantin-brancusi-vs-the-united-states/; S. Giry, *An Odd Bird*, in *Legal Affairs*, Sept./Oct. 2002, disponibile all'indirizzo: http://www.legalaffairs.org/issues/September-October-2002/story_giry_sepoct2002.msp; T. Mann, *The Brouhaha: When the Bird Became Art and Art Became Anything*, in 2 *Spencer's Art L. J.* 7, 2011, disponibile all'indirizzo: http://www.clm.com/docs/6881259_1.pdf (siti consultati in data 29 novembre 2016); B. Edelman, *Addio alle arti. 1926: l' "affaire" Brancusi*, Milano, Medusa, 2001; J. Merryman, *Art Law, Ethics and the Visual Arts*, London, Kluwer Law International, 2002; L. DuBoff; D. McClean, *The Trials of Art*, p. 37 ss.

¹²⁹ Il valore di mercato stimato all'epoca si aggirava intorno ai 600 dollari.

tensione emergente fra categorie e regole del diritto e nuovi modi di espressione dell'arte. In una decisione che ha mostrato molta apertura, anche se non più di quella che ci si sarebbe aspettati nel contesto del 1926 (si trattava pur sempre di un oggetto tangibile, lavorato da un professionista riconosciuto ed apprezzato dai suoi contemporanei), il giudice Waite dette conto della nascita dell'arte astratta, "a so-called new school of art whose exponents attempt to portray abstract ideas rather than to imitate natural objects"¹³⁰, precisando poi che a contare fosse non tanto il giudizio estetico individuale dei componenti della Corte, quanto piuttosto il fatto che il mondo dell'arte avesse riconosciuto e venisse influenzato da queste nuove idee e dalle correnti che le rappresentano.

"L'oggetto considerato ha dimostrato di avere uno scopo puramente ornamentale, non diverso da quello di qualsiasi altra scultura classica. È bello e dal profilo simmetrico, e se qualche difficoltà può esserci ad associarlo ad un uccello, tuttavia è piacevole da guardare e molto decorativo. Inoltre poiché è evidente che si tratti di una produzione originale di uno scultore professionista, e che sia di fatto una scultura e un'opera d'arte secondo le opinioni degli esperti, accogliamo il reclamo e stabiliamo che l'oggetto sia *duty free*"¹³¹.

Per giungere a queste conclusioni, la Corte fece affidamento sulle testimonianze di alcuni protagonisti del mondo dell'arte di quel tempo, scelti tra artisti, critici, collezionisti, galleristi. Tra loro, fu sentito anche il fotografo Edward Steichen, citato poche righe indietro, al quale i giudici ironicamente chiesero a proposito dell'"Uccello" di *Brancusi*: "se lo vedesse in una foresta, non gli sparerebbe?".

Dunque, le opinioni degli esperti furono cruciali ed il dibattito estetico, così raro nelle pronunce giudiziali, divenne in questo modo centrale¹³².

¹³⁰ *Brancusi v. United States*, cit.

¹³¹ *Id.*

¹³² La causa completa, comprese le testimonianze degli esperti, si trova in A. Biro, *Brancusi contre Etats-Unis: un procès historique*, 1928, Paris, 1995.

Si riportano solo alcuni stralci della deposizione di Jacob Epstein.

Mr. C.J. Lane: Is Constantin Brancusi a sculptor? In my opinion, yes, decidedly so.

Is he so considered in the world of art? [...] He is considered as a very great artist I should say.

Mr. Epstein, will you look at Exhibit One in this case and tell the court whether in your opinion that is a work of art. In my opinion, it is a work of art.

[...]

Cross examination di Mr. Higginbotham: [...] *When you say you consider that a work of art, will you kindly tell me why?* Well, it pleases my sense of beauty, gives me a feeling of pleasure. Made by a sculptor, it has to me a great many elements, but consists in itself as a beautiful object. To me it is a work of art.

So, if we had a brass rail, highly polished, curved in a more or less symmetrical and harmonious circle, it would be a work of art? It might become a work of art.

Whether it is made by a sculptor or made by a mechanic? A mechanic cannot make beautiful work.

Do you mean to tell us that Exhibit One, if formed up by a mechanic – that is, a first class mechanic with a file and polishing tools – could not polish that article up? He can polish it up, but he cannot conceive of the object. That is the whole point. He cannot conceive those particular lines which give it its individual beauty. That is the difference between a mechanic and an artist; he (the mechanic) cannot conceive as an artist.

[...]

Tuttavia, in ambito di diritto doganale, sono forti gli interessi politici ed economici dunque la posizione della Corte *Brancusi* rimarrà piuttosto isolata nelle decisioni a venire, non mancando marce indietro e pareri difformi, ma soprattutto non tornando mai a mostrare una tale apertura al dibattito estetico, seppure mediato dalle opinioni degli esperti.

Ci vollero molti anni perché la legislazione doganale sull'arte allentasse le restrizioni sulle tipologie di espressione da considerare arte ai fini dell'esenzione dai dazi, solo nel 1958 il *Tariff Act* del 1930 venne emendato fino a ricomprendere opere "in any other media"¹³³, pur mantenendo il requisito della non utilità e del fine non commerciale, salvo ristrette eccezioni, e quello della produzione da parte di un artista, e non di un artigiano¹³⁴. Nel determinare il fine commerciale di un oggetto, i giudici si concentrano sulle ragioni dell'importazione o, se ambigue, sull'uso primario che ne farà il destinatario ultimo, piuttosto che sull'intento dell'artista nel momento della creazione¹³⁵. Per il secondo criterio, invece, la Corte darà grande risalto alle credenziali, al curriculum individuale, nonché al riconoscimento dei suoi pari o dei critici.

Le cose non cambieranno di molto nemmeno con le modifiche introdotte ai fini di armonizzazione con il diritto internazionale, a seguito dell'adozione del *Harmonized Schedule* nel 1988.

In questo modo, continuano a restare fuori dalle previsioni legislative molte delle pratiche artistiche contemporanee, come le opere d'arte immateriale, i *readymades*, le opere realizzate non per mano diretta dell'artista, la video arte. Più le

Mr. Spaiser: When you say some represented a bird, does that (Exhibit One) represent a bird to you? To me it is a matter of indifference what it represents.

In so far as that piece of sculpture is concerned, in appealing to the aesthetic taste, it does not make any difference what it represents? Not at all. There are limits.

[...]

Mr. Spaiser: [...] Mr. Lane suggests that you might enlighten the court as to whether you would think that object (Exhibit One) a bird? I would, of course, start off with that artist's title, and if the artist called it a bird, I would take it seriously, if I have any respect for the artist whatsoever. It would be my first endeavor to see whether it was like a bird. In this particular piece of sculpture there are the elements of a bird, certain elements.

[...]

Mr. Higginbotham: If Mr. Brancusi called this a fish, it would be then to you a fish? If he called it a fish I would call it a fish.

¹³³ *Tariff Act*, 19 U.S.C. Sec. 1201, par. 1807(a), disponibile all'indirizzo: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-73/pdf/STATUTE-73-Pg549.pdf> (come consultato in data 29 novembre 2016). Cfr. *supra*, cap. II.

¹³⁴ La distinzione tra arte e artigianato (*art v. craft*) risale all'epoca illuminista. L'artista contemporaneo che rappresenta questa separazione portata agli estremi è senza dubbio Jeff Koons, famoso per far realizzare la quasi totalità delle sue opere ad artigiani, soprattutto italiani, sotto la sua supervisione. Quello che conta per essere un artista, allora, è l'ispirazione, l'idea, la capacità di esercitare la propria concezione ed immaginazione estetica sugli altri, di abbandonare sentieri già battuti e pensare qualcosa di originale, imporre un tratto, uno stile forte e riconoscibile, venendo in secondo piano il significato originario di arte, richiamato dalla sua etimologia, cioè quello di tecnica, mestiere, che sembra legarsi piuttosto all'artigiano. Le corti non sembrano nutrire molta simpatia per Koons, che citato ripetutamente, continua a perdere quasi tutte le sue cause, a volte anche per l'estrema difficoltà dei giudici di accettare il suo lavoro come vera e propria espressione artistica (cfr. *Rogers v. Koons*).

¹³⁵ Lo stesso vale sia per un oggetto comune che per un'opera d'arte, la regola si applica anche nei confronti dell'arte commerciale.

norme cercano di essere rigide e dettagliate, meno è lo spazio lasciato libero al giudice per adeguare la legge al caso concreto: questo è valido in generale, ma per quanto riguarda l'arte, il caso concreto subisce sperimentazioni continue, che la rendono particolarmente insofferente verso rigide formulazioni di regole e categorie. Il dibattito è quanto mai attuale, quello sui limiti e la rigidità del diritto in materia di opere d'arte. Si pensi solo, in materia fiscale, al recente caso *Haunch of Venison*, seguito persino da un regolamento apposito della Commissione Europea, che si è descritto nel capitolo II (*supra*, par. 2.3).

Capitolo 5

I limiti costituzionali della libertà di espressione artistica

*Mi sono costretto a contraddirmi per evitare
di conformarmi al mio stesso gusto.*
Marcel Duchamp

1. Premessa

Lo scopo del Primo Emendamento è ormai appurato essere quello di garantire che il dibattito pubblico rimanga “uninhibited, robust, and wide-open”¹. Per questo, “[a]ll ideas having even the slightest redeeming social importance – unorthodox ideas, controversial ideas, even ideas hateful to the prevailing climate of opinion – have full protection of the guaranties”². Più volte, anche la Corte europea dei diritti dell’uomo si è espressa in termini analoghi, sottolineando che le garanzie previste dall’articolo 10 devono essere riconosciute non soltanto a quelle espressioni, informazioni o idee percepite come favorevoli o considerate inoffensive o indifferenti, ma anche nei confronti di quelle che offendono, scioccano o disturbano³.

Sostenere che persino le idee non ortodosse, controverse, odiose meritano protezione si traduce in un divieto per lo stato di regolare l’espressione sulla base del

¹ H. Kalven, Jr., “Uninhibited, Robust, and Wide-Open”: A Note on Free Speech and the Warren Court, in 67 *Michigan Law Review* 289, 1968.

² *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), p. 484. Ma anche, *Boos v. Barry*, 485 U. S. 312 (1988), p. 322, dove si afferma la necessità di tollerare anche “insulting, and even outrageous, speech in order to provide adequate ‘breathing space’ to the freedoms protected by the First Amendment”.

³ E.g., *Müller v Switzerland*, cit. (si rimanda *supra*, cap. III, par. 5); *Handyside v. the United Kingdom*, 7 dicembre 1976.

contenuto⁴. Nonostante la parola sia un mezzo potente, che può incitare all'azione o infliggere grande sofferenza (*hateful speech*), la Corte ribadisce in più occasioni la necessità che anche forme espressive di questo tipo vengano tutelate, al fine di non soffocare il dibattito pubblico.

Tutto ciò, però, non equivale a dire che non debbano esserci limitazioni di sorta alla libertà di espressione. Nonostante la formulazione e l'interpretazione letterale di "Congress shall make no law [...] abridging freedom of speech"⁵ abbia alimentato e continui ad alimentare il dibattito in merito ad un preteso assolutismo del disposto costituzionale⁶, la Corte (insieme alla dottrina dominante) ha da lungo tempo riconosciuto che "il diritto di libertà di espressione non è assoluto"⁷ e che esistono "alcune forme di espressione che non hanno alcun diritto alla protezione del Primo Emendamento, anche se potrebbe sembrare il contrario dalla lettera della disposizione"⁸.

Si è già accennato nei capitoli precedenti che è con la pronuncia in *Chaplinsky v. Hampshire*⁹ che la Corte per la prima volta prevede delle categorie di espressione che devono considerarsi escluse dalla tutela del Primo Emendamento, la cui regolazione spetta interamente al potere legislativo.

Le categorie di espressione non protetta riconosciute dalla Corte sono un numero ristretto, e col tempo tendono a non aumentare, anzi, addirittura ad essere ridimensionate e ricomprese in tutto o in parte nell'espressione protetta¹⁰.

Le principali forme di espressione escluse dalla tutela del Primo Emendamento possono identificarsi in: incitamento alla violenza¹¹; *fighting words*¹²; minaccia¹³; diffamazione intenzionale¹⁴; pedo-pornografia¹⁵; oscenità¹⁶.

⁴ Cfr. *Police Department of Chicago v. Mosley, cit.*; J. Rubinfeld, *The First Amendment's Purpose*, in 53 *Stan. L. Rev.* 767, 2001, p. 777.

⁵ Primo Emendamento, *Bill of Rights*, Costituzione americana, 1791.

⁶ Si rimanda *supra*, cap III.

⁷ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), p. 571.

⁸ *Spence v. Washington, cit.*, p. 417, opinione dissenziente di Renquist.

⁹ *Chaplinsky v. New Hampshire, cit.*, p. 571.

¹⁰ E.J. Eberle, *The Architecture of First Amendment*, in 2011 *Mich. St. L. Rev.* 1191, 2011. Si pensi all'espressione commerciale (vedi *supra*).

¹¹ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

¹² *Chaplinsky v. Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), in cui la Corte esclude l'estensione della protezione prevista dal Primo Emendamento a quelle espressioni che "by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace". La differenza tra incitamento alla violenza e *fighting words* è sottile e si concentra nell'intento di colui che parla: "inciting speech is characterized by the speaker's intent to make someone else the instrument of his or her unlawful will. Fighting words, by contrast, are intended to cause l'uditore to react to the speaker".

¹³ *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

¹⁴ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

¹⁵ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

¹⁶ *Roth v. United States, cit.*

2. L'arte e le categorie di espressione non protetta

Di fronte a queste categorie, è molto difficile che si trovino questioni riguardanti la materia artistica.

2.1 L'incitamento alla violenza

L'arte viene considerata, sì, un mezzo espressivo sovversivo, così potente da venir bandito, ostacolato, denigrato da quei regimi dittatoriali il cui scopo è l'immobilità e l'oppressione¹⁷, ma allo stesso tempo rappresenta un'opportunità di rovesciare l'ordine costituito e le prospettive individuali senza rischi. L'arte agisce in una sorta di "risk-free zone"¹⁸, nel senso che non si collega direttamente ad azioni che provocano danni, non potendosi così configurare come incitamento alla violenza, *fighting words* o minaccia; lo sconvolgimento che provoca è soltanto psicologico: una rivoluzione delle menti che si traduce in una rivoluzione della società, ma che rimane indipendente dai suoi risultati.

Si potrebbe obiettare che certa arte abbia rappresentato l'apparente pretesto, la causa scatenante azioni di violenza: la mente corre, inevitabile, alla tragedia di Charlie Hebdo a Parigi dello scorso 7 gennaio 2015, ma anche al film "Sottomissione" di Theo Van Gogh (strana coincidenza che un libro di Michel Houellebecq dallo stesso titolo sia uscito lo stesso giorno dei fatti di Parigi di cui sopra), regista olandese discendente del famoso pittore, che fu poi assassinato da un estremista islamico per alcune immagini del film. Ma è incontestabile, e la giurisprudenza in materia dipende fortemente da questo principio¹⁹, che ciò che dovrà essere punito sarà la condotta illegale, ed indubbiamente non l'espressione che ne ha costituito la premessa. Uno dei principi fondamentali sottesi al Primo Emendamento è proprio quello per cui esiste una precisa distinzione tra l'espressione ed i suoi effetti; che il governo non abbia potere sulle fantasie delle persone e non possa regolare le manifestazioni del pensiero per il modo in cui influenzano i loro destinatari, è considerazione che assume i tratti di pura ovvietà²⁰.

¹⁷ Si rimanda *supra*, cap I.

¹⁸ M.A. Hamilton, *Art as Speech*, cit., pp. 76-77.

¹⁹ Anche se non da sempre (si pensi alla prima giurisprudenza in materia di libertà di espressione, in particolare ai casi legati al "terrore rosso"), viene comunque affermato in maniera esplicita in *Brandenburg v. Ohio*, cit.

²⁰ A. Adler, *Inverting the First Amendment*, in 149 *U. Pa. L. Rev.* 921, 2001, pp. 990-992.

2.2 La diffamazione intenzionale

È allo stesso modo improbabile che una forma di espressione artistica possa essere perseguita come forma di diffamazione intenzionale (*actual malice defamation*), in quanto la premessa della rappresentazione artistica, pur partendo a volte da spunti reali, risiede nella trasfigurazione del realtà in un mondo immaginifico e fantastico, il che giustifica qualsiasi riferimento a persone o fatti realmente accaduti²¹. Lo scopo dell'arte non è comunicare una verità, il suo intento non è fare una dichiarazione relativa a fatti oggettivi, dunque è estremamente improbabile che l'*art speech* possa superare la soglia dell'essere intenzionalmente falso o avventato nell'affermare un fatto²².

Eppure, anche in quest'ambito, viene alla mente un caso che ha riguardato una forma di espressione artistica: ci si riferisce alla pronuncia inglese *Whistler v. Ruskin* del 1877, in cui l'artista James Abott McNeill ricorre contro il critico John Ruskin (quello stesso Ruskin citato da Holmes nel caso *Bleistein v. Donaldson*) per aver descritto uno dei suoi quadri come qualcosa contro cui era stato gettato un barattolo di vernice. La Corte, per verificare il requisito della veridicità dell'affermazione, ha dovuto esaminare il dipinto e chiedersi se avesse avuto un determinato valore estetico.

2.3 La pedo-pornografia

La pornografia infantile è altrettanto lontana dal mondo dell'arte rappresentativa in quanto, per definizione, richiede il coinvolgimento di persone reali. Le due sfere possono entrare in contatto nel momento in cui il mezzo artistico usato è il teatro, la *performance*, la fotografia, dove bambini in carne ed ossa possono venire coinvolti; in questi casi, per escluderne la tutela, si dovrà dimostrare che l'atto artistico si sia consumato in una situazione di abuso e costrizione nei confronti del bambino.

Molte polemiche sono sorte intorno alle fotografie dell'artista Sally Mann, che raffiguravano le sue figlie piccole in pose da donne, per alcuni disturbanti poiché sollecitavano un senso di disagio nei confronti della sessualità infantile; tuttavia, dal

²¹ In ogni caso, l'avviso che a volte si trova nei titoli di testa di certi film viene messo per tutelarsi da questo rischio.

²² "All fiction, by definition, eschews an obligation to be faithful to historical truth. Every fiction writer knows his creation is in some sense "false". That is the nature of the art", *Guglielmi v. Spelling-Goldberg Productions*, 25 Cal. 3D 860 (1979). In questo caso il ricorrente, nipote di Rodolfo Valentino, accusa la casa di produzione che ha realizzato il film sulla vita dell'attore di aver agito "with knowledge or reckless disregard of the falsity", cercando di far applicare il criterio dell'*actual malice defamation* per stabilire la responsabilità dei produttori. La Corte, tuttavia, rigetta facilmente l'argomento affermando che dove il mezzo utilizzato è artistico dunque finzione per natura, "it is meaningless to charge that the author "knew" his work was false" (opinione concorrente del giudice Bird).

punto di vista giuridico, non possono certo definirsi esempi di pedo-pornografia secondo la definizione corrente²³.

3. Arte e oscenità

Ma veniamo all'ultima categoria di espressione non protetta, quella dell'oscenità, che indubbiamente costituisce ai nostri fini il contesto di analisi più interessante. A differenza delle altre categorie, infatti, l'oscenità viene esclusa dalla tutela del Primo Emendamento non allo scopo di proteggere da un'espressione che produce un danno concreto, quale sarebbe la regola, ma in quanto assalto ai sensi del fruitore.

“The seductive quality of artistic images, their appeal to the senses and the emotions, has been a recurring justification in the complex and centuries-old history of iconoclasm, censorship, and suppression of art. The voluptuousness of art, its power beyond words, the possibility that it could be worshipped, fetishized, or misinterpreted, paved the way for both adulation and censorship. This view, of course, helps to explain why First Amendment law would devalue images: by bypassing reason and appealing directly to the senses, images fail to participate in the marketplace of ideas”²⁴.

In questo senso, l'oscenità costituisce non solo la categoria di espressione non protetta che più si sovrappone con la materia artistica e ne condiziona la regolamentazione, ma anche l'ambito del Primo Emendamento che con più forza ha costretto le corti ad affrontare esplicitamente la questione di una definizione giuridica di cosa è arte, cosa è oscenità, quali sono i confini tra le due forme espressive.

Anche nell'ordinamento italiano, trattare dei limiti da porre all'espressione artistica significa toccare quello che, tradizionalmente, è stato il principale, se non l'unico, profilo della materia di cui la dottrina costituzionalistica abbia ritenuto opportuno occuparsi.

3.1 Definire l'oscenità

La nozione di oscenità e le leggi che la proibiscono hanno origini antiche, risalenti all'Inghilterra puritana, poi importate nelle colonie e mantenute in vigore anche dopo la redazione del Primo Emendamento. Tuttavia, il fatto che alcune forme di oscenità fossero vietate nell'America coloniale è ampiamente irrilevante per una moderna concezione di *free speech*²⁵: i costanti cambiamenti sociali e culturali non

²³ Cfr. *Massachusetts v. Oakes*, 491 U.S. 576 (1989), p. 584 nota 2.

²⁴ Amy Adler, *The Art of Censorship*, cit., p. 213.

²⁵ Alla luce di queste considerazioni, si può dire che gli argomenti che si basano sulla ricostruzione storica nell'opinione di maggioranza di *Roth v. United States* sono in larga parte superflui (si veda *infra*, nota 31 e testo corrispondente).

solo mettono continuamente in discussione le singole applicazioni della disciplina, ma anche il concetto stesso di osceno, rendendo particolarmente instabili le fondazioni su cui è stato costruito.

Primo compito dei giudici dovrebbe essere, allora, quello di definire i confini di tale limite costituzionale e fornire dei criteri applicativi validi nel caso concreto. Tuttavia, la giurisprudenza estremamente incerta ed oscillante dimostra l'enorme complessità del problema, tale da venire presto bollato come "intrattabile"²⁶. "La materia dell'oscenità ha prodotto una varietà di punti di vista tra i membri della Corte che non trova eguali in qualsiasi altro ambito del giudizio costituzionale", sostiene il giudice Harlan verso fine anni Sessanta, "[i]l risultato di tutta questa divergenza di opinioni è che chiunque intraprenda l'esame delle decisioni della Corte che a partire da *Roth* hanno deciso per l'oscenità o meno di un determinato materiale, si troverà completamente disorientato"²⁷.

3.2 Il percorso giurisprudenziale verso una definizione di oscenità

Cercando di fare ordine in questa totale confusione, ci si trova a cominciare dal punto di partenza, che è costituito, come anticipato nella citazione del giudice Harlan di cui sopra, dal caso *Roth v. United States*²⁸. Il giudice Brennan, scrivendo per la maggioranza della Corte, afferma per la prima volta che l'oscenità è una categoria di espressione costituzionalmente non protetta, vale a dire, non rientrante nell'area di tutela del Primo Emendamento. Il fondamento logico di questa dichiarazione lo trova in una decisione di quindici anni prima, la famosa *Chaplinsky v. Hampshire*, la quale, dopo aver riconosciuto l'esistenza di categorie di espressione non protette, include tra queste il lascivo e l'osceno²⁹. Il giudice Brennan continua a citare *Chaplinsky* per spiegare le ragioni della non tutelabilità: "It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality"³⁰.

L'esclusione dell'oscenità dalla tutela del Primo Emendamento sembrerebbe motivata non solo da una previa ricostruzione storica che dimostra la non assolutezza del disposto costituzionale³¹, ma soprattutto dall'affermazione secondo cui ciò che è osceno non possiede alcun elemento comunicativo.

²⁶ *Interstate Circuit, Inc. v. City of Dallas*, 390 U.S. 676 (1968), p. 704, opinione separata del giudice Harlan.

²⁷ *Id.*, p. 707.

²⁸ *Roth v. United States*, 345 U.S. 476 (1957), p. 485.

²⁹ *Chaplinsky v. Hampshire*, *cit.*, pp. 571-572, citata in *Roth v. United States*, *cit.*, p. 485.

³⁰ *Id.*

³¹ *Roth v. United States*, *cit.*, p. 484: "Implicit in the history of the first amendment is the rejection of obscenity as utterly without redeeming social importance". *Roth* sostiene che nella storia del Primo Emendamento sia implicita la ripulsa dell'oscenità in quanto completamente priva di importanza sociale capace di riscattarne il valore. Ma si rimanda *supra*, nota 25 e testo corrispondente.

Alla luce di quanto scritto finora, questo argomento non suona troppo convincente. Abbiamo visto, infatti, che esistono molti esempi in cui la Corte protegge forme espressive il cui intento non è affatto quello di trasmettere un messaggio razionale: anche se casi come *Hurley* o *Dale* non erano ancora stati decisi, basti pensare a *Cohen v. California*, che tutela per la sua forza non cognitiva la parola stessa³².

Se da una prima interpretazione l'opinione di Brennan, negando quanto già deciso altrove, sembrerebbe indicare l'esclusione dal Primo Emendamento di un tipo di comunicazione emotiva e non razionale, dunque gran parte dell'arte e della letteratura che si considerano comunemente degne del loro nome – Pollock, Schoenberg, Carroll, ad esempio³³ –, l'analisi di Schauer interverrà a salvare il ragionamento del giudice³⁴.

In primo luogo, lo studioso avverte che il miglior modo di comprendere il trattamento dell'oscenità da parte della Corte richiede che si ignori gran parte di quello che la Corte stessa ha detto a proposito del suo approccio, e che si guardi invece a ciò che ha fatto; il linguaggio scelto, infatti, sarebbe fuorviante e non corrispondente al metodo effettivamente impiegato dai giudici³⁵.

Interpretando “with a grain of salt”³⁶ il riferimento di *Roth* alle ‘idee’, e combinandolo dunque con il precedente in *Cohen*, in cui si mette in luce la differenza tra reazione emotiva e stimolazione fisica³⁷, Schauer giunge a sostenere che Brennan abbia voluto intendere un tipo di comunicazione che produca uno stimolo mentale, sia esso cognitivo od emotivo. La distinzione di *Cohen*, a suo parere, deve considerarsi implicita in *Roth*, ma anche nei successivi *Miller v. California* e *Paris Adult Theatre v. Slaton*. I giudici di *Cohen*, allora, dicendo che cosa *non* è l'oscenità, spiegano tale nozione giuridica meglio di ogni altro caso che si propone di dire, invece, che cosa l'oscenità è o deve essere.

Prescindendo però dalla lettura di Schauer e limitandosi ad osservare l'opinione di maggioranza, il principale difetto di *Roth* è che la Corte continua a ripetere la parola “oscenità” senza darne una definizione concreta³⁸, e senza nemmeno indicare con chiarezza i criteri per determinare i confini tra ciò che debba considerarsi tale e ciò che invece debba essere protetto dalla Costituzione. In questo modo, all'indomani della pronuncia, la disciplina dell'oscenità appare come un qualcosa di

³² W. Frankena, “Cognitive” and “Noncognitive”, in P. Henle (a cura di), *Language, Thought and Culture*, Ann Harbor, University of Michigan Press, 1958, p. 146.

³³ Cfr. *Hurley*, *cit.*

³⁴ F. Schauer, *Speech and “Speech” – Obscenity and “Obscenity”*: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language, in 67 *The Georgetown L. J.* 899, 1979.

³⁵ Cfr. Lockhart, McClure, *Obscenity Censorship: The Core Constitutional Issue – What is Obscene?*, in 7 *Utah L. Rev.* 289, 1961, p. 292.

³⁶ F. Schauer, *Speech and “Speech” – Obscenity and “Obscenity”*: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language, *cit.*, p. 922.

³⁷ *Cohen v. California*, *cit.*, p. 20: “It cannot plausibly be maintained that this vulgar allusion to the Selective State Service System would conjure up such physic stimulation in anyone likely to be confronted with Cohen’s crudely defaced jacket”.

³⁸ Lockhart, McClure, *Censorship of Obscenity: The Developing Constitutional Standards*, in 45 *Minn. L. Rev.* 5, 1960.

estremamente ineffabile, cui certi studiosi si sono riferiti come “una terra di nessuno che circonda la fortezza del Primo Emendamento”³⁹. Ma cominciamo dall'inizio.

3.2.1 Il modello vittoriano e la svolta di *Roth v. United States*

Il primo riferimento per le corti americane fu l'ampio test formulato nell'Inghilterra vittoriana da Lord Cockburn, di fronte al Queen's Bench, nel caso *Regina v. Hicklin*⁴⁰ del 1868.

I fatti del caso riguardavano un pamphlet dal titolo “The Confessional Unmasked, Shewing the Depravity of the Romish Priesthood, the Iniquity of the Confessional, and the Questions Put to Females in Confession”, sulla depravazione dei sacerdoti cattolici nei confronti delle giovani donne durante il sacramento della confessione.

La Corte inglese confermò il sequestro e la distruzione delle copie per la “tendenza a generare depravazione e corruzione in coloro le cui menti sono aperte a tali immorali influenze e nelle cui mani può cadere una pubblicazione di questo tipo”. Il criterio dell'oscenità, così ampiamente formulato, risultava particolarmente oneroso per gli artisti e gli autori, traducendosi di fatto in una significativa limitazione della loro libertà d'espressione. Infatti, nel momento applicativo, innanzitutto consentiva ai giudici di valutare il materiale sulla base di passi isolati, letti al di fuori del proprio contesto; in secondo luogo, dava la possibilità di giudicare l'oscenità per i suoi potenziali effetti su persone molto sensibili e vulnerabili, come i bambini; infine, poneva criteri fissi di appropriatezza, senza alcun riguardo a tempo, luogo, circostanze.

Il test di *Hicklin* fu la regola dominante nelle decisioni delle corti americane dalla seconda metà del XIX secolo⁴¹ fino al 1957, quando con la pronuncia in *Roth v. United States* la Corte Suprema si rifiutò di continuare ad applicarlo, elaborando un nuovo test meno restrittivo, ma più complesso, che venne affinato in *Memoirs v. Massachussets*, ampliato poi in *Miller v. California* e legittimato dal suo *companion case*, *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, ed infine specificato in *Pope v. illinois*.

Nel giudicare la condanna di un editore di New York per aver spedito circolari e promosso una pubblicazione dal carattere osceno, il giudice Brennan rigettò il test di *Hicklin* e cercò di correggerne gli errori, stabilendo che il giudizio di oscenità dovesse dipendere da una valutazione del tema dominante del materiale, preso nel suo insieme (“the dominant theme of the material, taken as a whole”), e non dalla lettura di singoli passaggi; che gli effetti dovessero essere giudicati sulla media delle persone, e non su quelle più vulnerabili (“the average person”); ed in ultimo, che i criteri da applicare dovessero essere quelli della comunità di quel tempo, anziché

³⁹ L.D. DuBoff, S. Burr, M.D. Murray, *Art Law. Cases and Materials*, New York, Aspen Publishers, 2010.

⁴⁰ *Regina v. Hicklin*, L.R. 3 Q.B. 360 (1868).

⁴¹ Il test di *Hicklin* test fece il suo ingresso nella dottrina americana dalle Corti d'Appello, e.g., in *United States v. Bennett* (1879), ed il suo ruolo venne consolidato dalla Corte Suprema in *Rosen v. United States*, 161 U.S. 29 (1896).

criteri fissi e astratti indipendenti dalle circostanze fattuali concrete (“applying the community standards”)⁴².

Il carattere lascivo del materiale osceno

Se certamente con la riformulazione dei suddetti requisiti, Brennan era riuscito a restringere l'eccessiva discrezionalità lasciata all'interprete dal test di *Hicklin*, è pur vero che i problemi legati alla definizione del carattere di oscenità non vennero affatto risolti, anzi, purtroppo la nuova pronuncia non fece altro che condurre la Corte verso un sentiero che si sarebbe rivelato lungo e tortuoso.

L'aggiunta del criterio secondo cui l'osceno farebbe appello ad interessi lascivi (“prurient interest”)⁴³ portò con sé il primo ulteriore problema legato alla definizione del concetto di lascivia.

Roth descrive il materiale libidinoso come avente la “tendenza ad eccitare pensieri lussuriosi”⁴⁴. Così facendo, costruisce l'oscenità in modo simile alle *fighting words* – parole che nel momento stesso in cui vengono pronunciate, provocano un'immediata reazione violenta nel soggetto destinatario – in quanto non si richiede la prova che dal materiale derivi il pericolo chiaro e attuale di una condotta violenta⁴⁵, ma si punisce il mero incitamento a pensieri sessuali impuri, senza che debba essere dimostrato un legame con una qualsivoglia manifesta condotta anti-sociale stimolata da tali pensieri⁴⁶.

Il requisito del carattere lascivo dovrebbe servire a distinguere l'espressione protetta sotto il Primo Emendamento da quell'espressione che invece non rientra entro la soglia costituzionale; tuttavia, si presenta criterio troppo vago, che per di più si presta ad interpretazioni restrittive della libertà di espressione: già richiamando una implicita distinzione tra corpo e mente, come a sottintendere che se qualcosa è attraente per il corpo, non lo possa essere anche per la mente, dà per scontato che ciò che eccita pensieri lussuriosi non possa allo stesso tempo avere un qualche genere di valore, meritevole di essere tutelato sotto il Primo Emendamento.

I problemi che derivano dalla definizione degli interessi lascivi richiamano le difficoltà con cui anche in altri ordinamenti si affrontano gli atti osceni, a partire dall'ordinamento italiano, in cui però le sentenze della Cassazione si differenziano da quelle americane, che preferiscono individuare in negativo gli interessi non meritevoli della tutela costituzionale, per il fatto di dover difendere in positivo il sentimento del pudore dell'uomo medio.

⁴² *Roth v. United States, cit.*, p. 489.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*, p. 487 nota 20.

⁴⁵ Cfr. *Schenck v. United States; Dennis v. United States*. Vedi anche, W.B. Lockhart, R.C. McClure, *Literature, The Law of Obscenity, and the Constitution*, in 38 *Minn. L. Rev.* 295 (1954).

⁴⁶ *Roth v. United States, cit.*, p. 486.

Il requisito salvifico dell'importanza sociale dell'opera

Anche se la Corte cerca di limitare il possibile effetto censorio del requisito della lascivia, precisando che “sesso e oscenità non sono sinonimi”, e che “la rappresentazione del sesso, e.g., nell'arte, nella letteratura e nelle opere scientifiche divulgative non costituisce in sé ragione sufficiente a negare al materiale la protezione costituzionale della libertà di parola e di stampa”⁴⁷, la previsione dell'ulteriore requisito dell'importanza sociale dell'opera che ne riscatti il carattere osceno (“reeducating social importance”⁴⁸) interviene a riallargare le possibilità restrittive dell'interpretazione.

È il giudice Harlan, nella sua opinione dissenziente, a mettere in luce il problema che si pone, e che rimane in sospeso, di come determinare il valore sociale di un'opera – ennesimo problema di definizione, come per gli interessi libidinosi –, e ad avvertire del pericolo insito nell'ampiezza di questo nuovo parametro. Harlan afferma che con *Roth* la definizione dell'oscenità è diventata una questione costituzionale, per di più “of the most sensitive and delicate kind”⁴⁹, che ha bisogno di regole e criteri precisi che devono essere elaborati da una Corte, e che non può essere lasciata al giudizio di fatto di una giuria. Ogni libro che tende a stimolare impulsi sessuali e a condurre verso pensieri impuri sul sesso, infatti, di fronte ad una giuria corre il rischio di essere sbrigativamente bollato come osceno; eppure, un libro di tal genere può non essere così facilmente del tutto privo di valore sociale (“utterly without reeducating social importance”), altrimenti una buona parte della grande letteratura mondiale, dal *Decameron* di Boccaccio all'*Ulisse* di Joyce, cadrebbe vittima delle maglie della censura. Le parole di Harlan rivelano drammaticamente la debolezza della pronuncia della Corte: “I am very much afraid that the broad manner in which the Court has decided these cases will tend to obscure the peculiar responsibilities resting on state and federal courts in this field, and encourage them to rely on easy labeling and jury verdicts as a substitute for facing up to the tough individual problems of constitutional judgment involved in every obscenity case”⁵⁰.

3.2.2 Il “Redrupping”

Nella dottrina del Primo Emendamento, non esiste forse aspetto meno chiaro della disciplina dell'oscenità. “L'espressione costituzionalmente protetta [...] è spesso separata dall'oscenità soltanto da una linea sfumata e incerta”⁵¹ e la Corte, a partire

⁴⁷ *Id.*, p. 487.

⁴⁸ *Id.*, p. 484.

⁴⁹ *Id.*, p. 497, opinione in parte concorrente, in parte dissenziente del giudice Harlan.

⁵⁰ *Id.*, pp. 497-498.

⁵¹ *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58 (1963), p. 66.

da *Roth*, lungo tutto il corso degli anni Sessanta fino ai primi anni Settanta, ha lottato per riuscire a stabilire una definizione utile di osceno, che rendesse tale distinzione meno arbitraria. Il test di *Roth*, come abbiamo visto, prevedeva dei criteri troppo complessi: il concetto di lussuria cambiava rapidamente di anno in anno e da stato a stato, l'individuazione del valore sociale di un'opera era lasciato alle giurie, del tutto sguarnito di riferimenti normativi. Di fronte, poi, a circostanze fattuali ogni volta diversissime, era come se la Corte non disponesse di alcun strumento giuridico per decidere, finendo per comportarsi come una commissione di revisione di libri e film che giudica sulla base di standard di ammissibilità individuali. L'impresa della Corte si profilava così ardua da essere descritta dai giudici di *Jacobellis v. Ohio* come quella di "definire l'indefinibile"⁵².

Se non si considera *Memoirs v. Massachusetts*⁵³, in cui il giudice Brennan torna sui suoi passi e riscrive il test di *Roth* dispiegandolo in tre parti, senza tuttavia modificarne la sostanza, nel periodo che va da *Roth* fino ai primi anni Settanta le pronunce di oscenità divennero una serie di decisioni *per curiam* che rovesciavano le condanne ma che non offrivano alcun test per definire l'osceno. Fu un periodo buio per la Corte Suprema, in cui scelse di abdicare a tutte le responsabilità⁵⁴. Dal nome di una di queste decisioni, *Redrup v. New York*, si cominciò a parlare di un processo di "Redrupping", secondo cui se cinque o più giudici, secondo il loro giudizio individuale, ritenevano che il materiale non fosse osceno, la Corte emanava una decisione di rigetto della condanna senza scrivere alcuna opinione. Il procedimento di *Redrup* relegò la Corte al ruolo di censore, giudicando soggettivamente ogni singolo materiale che si trovava di fronte⁵⁵. Il *Redrupping* fu "l'antitesi di un giudizio costituzionale guidato

⁵² *Jacobellis v. Ohio*, cit., 197.

⁵³ In *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966), che giudicava la condanna di oscenità di un romanzo di metà Settecento di John Cleland sulla vita di una prostituta, "Memoirs of a Woman of Pleasure", noto anche col nome di "Fanny Hill", il primo romanzo inglese deliberatamente erotico, il giudice Brennan ritorna sui suoi passi e riscrive il test di *Roth*, dispiegandolo in tre parti. "First, the dominant theme of the material taken as a whole appeals to a prurient interest in sex. Second, the material is patently offensive because it affronts contemporary community standards relating to the description or representation of sexual matters. Third, the material is utterly without redeeming social value". Sulla base di quest'ultimo criterio, rovescia la condanna. Si afferma che un libro, anche se fa appello ad interessi pruriginosi ed è palesemente offensivo, non può essere giudicato osceno nel momento in cui dimostra anche soltanto un minimum di valore sociale. Ci si deve chiedere quanto abbia contato nella decisione della Corte il fatto che fosse stato un romanzo scritto nel XVIII secolo: probabilmente non avrebbe superato il test se avesse parlato di come le persone affrontano il sesso al giorno d'oggi.

⁵⁴ *Ginzburg v. United States*, 383 U.S. 463 (1966); *Mishkin v. New York*, 383 U.S. 502 (1966); *Redrup v. New York*, 386 U.S. 767 (1967); *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629 (1968); *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

⁵⁵ *Miller v. California*, 354 U.S. 476 (1973).

da principi, e simboleggiò con forza la crisi della dottrina dell'oscenità all'indomani di *Roth*⁵⁶.

3.2.3 L'approdo: *Miller v. California*

Lo stallo della Corte cominciò a sbloccarsi con (ed in parte grazie a) il passaggio dalla presidenza Warren a quella Burger ed il considerevole ricambio nella composizione dei suoi membri⁵⁷.

La decisione chiave sarà *Miller v. California*⁵⁸, che confermava la condanna di Miller per aver spedito opuscoli che sponsorizzavano la vendita di materiale per adulti. La Corte torna ad occuparsi di definizioni e, dopo aver rigettato *Memoirs*, offre alle giurie uno strumento d'analisi su tre livelli, secondo cui il materiale deve ritenersi osceno: (1) se il cittadino medio, applicando gli standard della comunità contemporanea, lo giudica, nel suo insieme, di interesse lascivo. Il criterio, pur importato da *Roth*, assume diverso significato in quanto si stabilisce definitivamente⁵⁹ che gli interessi lascivi siano determinati sulla base di criteri propri della comunità locale, dove i materiali hanno circolato; in un paese vasto come l'America, infatti, pare irrealistica la pretesa di individuare uno standard uniforme a livello nazionale: il risultato sarebbe piuttosto quello di affidare alle giurie una discrezionalità incontrollata. Se però gli standard locali avranno presumibilmente l'effetto di minimizzare la funzione di commissione di revisione della Corte, il difetto sarà che, essendo i valori delle singole comunità spesso fortemente influenzati dalla tradizione religiosa puritana, potrebbe verificarsi il paradosso per cui una pubblicazione venga resa inaccessibile a livello nazionale a causa di un giudizio di oscenità basato su parametri particolarmente restrittivi di una data comunità locale, che spingerà editori e distributori a non rischiare un'incarcerazione.

⁵⁶ K. Werhan, *Freedom of Speech*, Westport, Greenwood Publishing Group, 2004, p. 101.

⁵⁷ Nel 1969 Warren è stato sostituito da Burger alla presidenza, vennero poi nominati Blackmun nel 1970, mentre Powell e Renquist nel 1972.

⁵⁸ *Miller v. California*, 354 U.S. 476 (1973), decisa insieme a *Paris Adult Theatre v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973).

⁵⁹ Fino alla pronuncia *Miller*, rimaneva aperto il dibattito riguardante il se i "community standards" per misurare il richiamo ad interessi lascivi fossero nazionali o locali. *Miller* rigettò l'ipotesi che gli standard potessero essere nazionali. Poi, in *Smith v. United States* 431 U.S. 291 (1977), la corte decise anche che uno stato non poteva definire attraverso la legislazione gli standard da applicare per determinare la lascivia o la evidente offensività. Tuttavia, la decisione per il parametro locale non risolve tutti i problemi di interpretazione, anzi, rimangono molte questioni da stabilire ogni volta, come l'effettiva grandezza della comunità da considerare, quale comunità scegliere in caso di trasporto del materiale tra stati diversi, o, caso ancora diverso, quale scegliere quando la spedizione è stata effettuata con il servizio postale federale. Generalmente si tende ad usare i valori della comunità destinataria del materiale dato che lo scopo delle leggi sull'oscenità sono di proteggere la società da ciò che percepisce come osceno. Un problema può presentarsi quando si spedisce da una grande città, solitamente più permissiva, a comunità più piccole, facilmente più morigerate. Vedi L. DuBoff, *Art Law in a Nurshell*, cit., pp. 247-249.

Se l'opera rappresenta atti sessuali in modo palesemente offensivo ("in a patently offensive way"), anche nel caso di fruitori adulti informati e consenzienti, contro il principio anti-paternalistico per cui *volenti non fit iniura*.

Se l'opera, presa nel suo insieme, manca di un serio valore letterario, artistico, politico o scientifico⁶⁰. Eliminandosi il previo requisito della totale assenza di valore sociale capace di riscattarle, viene segnato un decisivo distacco dai disposti di *Roth e Memoirs*.

Un test ancora imperfetto

Il test di *Miller* è diventato il principale punto di riferimento della Corte in materia di oscenità, nonostante gli innegabili difetti e le perduranti critiche che gli vengono mosse.

La principale debolezza che gli viene riconosciuta è che, non diversamente da *Roth*, la sua formulazione risulti eccessivamente vaga e la sua applicazione giurisprudenziale del tutto imprevedibile. Anzi, il passaggio da "utterly" a "serious" ha dato vita ad uno standard più attenuato che ha accresciuto le possibilità di rinvenire il carattere osceno, tanto da potersi definire come "an invitation to widespread suppression of sexually oriented speech"⁶¹. Il duplice rischio che corre un simile criterio non è solo quello di inibire anche quell'espressione che dovrebbe essere protetta (*chilling effect*), ma di non servire nemmeno come guida ai tentativi dei legislatori statali e federali di regolare la vendita e distribuzione di materiale sessuale esplicito per adulti⁶².

In proposito, la Commissione sull'oscenità e la pornografia, citata da Douglas nella sua opinione dissenziente: "[t]hese vague and highly subjective aesthetic, psychological and moral tests do not provide meaningful guidance for law enforcement officials, juries or courts. As a result, law is inconsistently and sometimes erroneously applied, and the distinctions made by courts between prohibited and permissible materials often appear indefensible. Errors in the application of the law and uncertainty about its scope also cause interference with the communication of constitutionally protected materials"⁶³.

⁶⁰ *Miller v. California, cit.*, p. 24.

⁶¹ *Id.*, p. 97, opinione dissenziente del giudice Brennan.

⁶² Per aiutare il diritto legislativo a minimizzare il rischio di *vagueness* e *overbreadth*, la Corte *Miller* fornisce alcuni modelli del tipo di legislazione che sopravviverebbe alla revisione costituzionale, tuttavia vengono interpretati dai legislatori statali e federali come meri esempi, e non come un elenco esaustivo. Finisce dunque per aversi una disciplina incoerente ed estremamente insoddisfacente nella sua applicazione pratica.

⁶³ Dopo due anni di lavoro, la Commissione sull'oscenità e la pornografia ha giudicato i criteri elaborati dalla Corte passibili di interferire con il materiale protetto dalla Costituzione, dunque di legittimare violazioni del Primo Emendamento, vedi *Report of the U.S. Commission on Obscenity and Pornography* (1970), p. 53, citato in *Miller v. California, cit.*, opinione dissenziente del giudice Douglas, p. 47 nota 5.

3.2.4 Il post-*Miller*

Nel 1987, *Pope v. Illinois*⁶⁴, sulla vendita di materiale pornografico in una libreria per adulti, specificò il terzo requisito di *Miller*, aggiungendo che il serio valore letterario, artistico, politico o scientifico delle opere dovesse essere giudicato non secondo i parametri di un membro ordinario della comunità in cui si svolge il fatto (“ordinary member of any given community”), usati per i primi due requisiti, ma in base a quelli di una qualunque persona ragionevole (“reasonable person”)⁶⁵. La Corte decide di rimandare il caso alla Corte d’Appello perché possa determinare se le condanne siano da confermare sulla base del nuovo criterio indicato.

Come si è accennato poco sopra, l’applicazione degli standard locali potrebbe risultare iniqua per il semplice fatto che se un’idea non sia stata accettata da una data comunità, non significa che non possieda alcun valore. Il merito di un lavoro non dipende dalla sua popolarità e non muta sulla base del diverso *quantum* di accettazione che da comunità a comunità si guadagna⁶⁶. La Corte accoglie, allora, la pretesa dei ricorrenti di rigettare, quando si tratta di definire il carattere artistico, letterario, politico, scientifico, l’approccio degli standard locali usato per decidere sui primi due criteri del test di *Miller*, richiedendo invece che si proceda ad giudizio dato unicamente su base oggettiva.

Il test del ragionevole osservatore non presenta, tuttavia, meno problemi dal punto di vista applicativo.

“Il problema con questa formulazione”, ragiona il giudice Douglas nella sua opinione dissenziente, “è che assume che tutte le persone ragionevoli risolverebbero l’indagine sul valore allo stesso modo. Di fatto, ci sono molti casi in cui alcune persone ragionevoli troverebbero che del materiale sessualmente esplicito abbia serio valore artistico, politico, letterario o scientifico, mentre altre persone ragionevoli raggiungerebbero la soluzione opposta. La formulazione della Corte non dice alla giuria come decidere tali casi”⁶⁷. Secondo Douglas, questo genere di materiale comunicativo ha diritto alla protezione del Primo Emendamento anche se solo alcune persone ragionevoli lo considerino dotato di serio valore artistico, letterario, politico o scientifico. La soglia entro cui è possibile definire un tipo di espressione protetta è minima, poiché “nel nostro sistema di governo”, sostiene il giudice, citando una decisione della Corte di quarant’anni prima, “c’è posto per la più ampia varietà di gusti ed idee”. “What is good literature, what has educational value, what is refined public information, what is good art, varies with individuals as it does from one generation to another. [...] From the multitude of competing offerings the public will pick and choose. What seems to one to be trash may have for others fleeting or even enduring values”⁶⁸.

⁶⁴ *Pope v. Illinois*, 481 U.S. 497 (1987).

⁶⁵ *Id.*, p. 501.

⁶⁶ *Id.*, p. 511: “Need to avoid a mere majoritarian inquiry”.

⁶⁷ *Id.*, p. 501.

⁶⁸ *Hannegan v. Esquire, Inc.*, 327 U.S. 146 (1946), pp. 157-158.

Il proposito del terzo criterio del test di *Miller* dovrebbe essere quello di assicurare che la disciplina dell'oscenità non 'livelli' la questione del materiale disponibile al comune denominatore della maggioranza della popolazione. "È ovvio che né l'"Ulisse" né "L'amante di Lady Chatterley" avrebbero presa sulla maggioranza della popolazione"⁶⁹, per questo è importante ricorrere alla testimonianza di esperti che possano garantire la protezione anche di opere impopolari o di non facile lettura⁷⁰. Il giudice Stevens, nella sua opinione dissenziente, ammonisce: "[a] juror asked to create "a reasonable person" in order to apply the standard that the Court announces today might well believe that the majority of the population who find no value in such a book are more reasonable than the minority [rappresentata dai critici, dagli esperti d'arte che hanno testimoniato] who do find value. First Amendment protection surely must not be contingent on this type of subjective determination"⁷¹. Tuttavia, purtroppo succede che le giurie ignorino i pareri degli esperti e si rifacciano ad una nozione profana di arte condivisa dalla maggioranza della popolazione⁷².

In Italia, seppure la disciplina dell'oscenità sia regolata dall'art. 529 c.p., subito si notò, anche nei lavori preparatori al medesimo, il ruolo essenziale che il giudice si sarebbe trovato a svolgere in concreto, e non sempre con le necessarie cognizioni tecniche, nel valutare preliminarmente se si fosse dinanzi ad un'opera d'arte o meno⁷³. Il momento della qualificazione preliminare del fatto concreto diventa quello cruciale infatti, laddove si sia in presenza di un fenomeno artistico, il limite del buon costume deve ritenersi influente. Solo intorno alla metà degli anni Settanta, superando il feticcio dell'onnipotenza del giudice, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha mostrato aperture verso l'ausilio del perito o consulente tecnico anche in materia artistica, affermando che l'indagine al fine di stabilire se le opere esaminate siano effettivamente opere d'arte ai sensi del secondo comma dell'art. 529 debba essere condotta secondo i canoni estetici e non secondo la cognizione dell'uomo medio⁷⁴.

⁶⁹ F. Schauer, *The Law of Obscenity*, Washington, Bureau of National Affairs, 1976, p. 144.

⁷⁰ Cfr. Wright, *Defining Obscenity: The Criterion of Value*, in *22 New Eng. L. Rev.* 315, 1987, in cui enfatizza la necessità della testimonianza di esperti per la determinazione del valore artistico.

⁷¹ *Pope v. Illinois*, cit., pp. 511-514, opinione dissenziente del giudice Stevens.

⁷² E.g., *Luke Records v. Navarro*, 960 F.2d 134 (11th Cir. 1992), pp. 138-139, in cui viene rovesciata la decisione di un giudice di primo grado che aveva ignorato la testimonianza dell'esperto che sosteneva il valore artistico, applicando invece le sue osservazioni personali.

⁷³ "Il giudice non ha, salvo casi di eccezione, le attitudini necessarie per rispondere a un quesito, in cui sovente eminenti letterati ed artisti sono stati profondamente discordi", Presidente della Commissione parlamentare Garofalo, Lav. preparat. al c.p., vol. VI, p. 312. Ma ciò non induceva ad affidare il giudizio preliminare agli esperti, ritenendo che "se il giudice non ha competenza per decidere del valore artistico effettivo, maggiore o minore, di un'opera, la deve avere e l'ha per decidere se essa sia contraria alle esigenze sociali che palpitano attorno a lui, riferendosi alla comprensione e alla sensibilità del pubblico", si veda A. Stoppato, Relazione alla Camera dei deputati.

⁷⁴ Cass, sez. III, 20 dicembre 1973. Anche in Inghilterra, il ruolo degli esperti fu duro da accettare come valore aggiunto nelle decisioni. Nel caso sul romanzo *Lady Chatterley's Lover* di D.H. Lawrence del 1960, il giudice Byrne si dimostrò particolarmente scettico, chiedendo: "what can an expert do on interpreting a book that a judge or a jury could not do themselves?".

Scalia contro l'arte

L'opinione concorrente del giudice Scalia affronta una discussione generale sull'opportunità di decidere il valore artistico da un punto di vista giuridico, cogliendo l'occasione per giustificare il suo *restraint* in merito.

"In my view it is quite impossible to come to an objective assessment of (at least) literary or artistic value, there being many accomplished people who have found literature in Dada, and art in the replication of a soup can. Since ratiocination has little to do with esthetics, the fabled "reasonable man" is of little help in the inquiry, and would have to be replaced with, perhaps, the "man of tolerably good taste" – a description that betrays the lack of an ascertainable standard. If evenhanded and accurate decisionmaking is not always impossible under such a regime, it is at least impossible in the cases that matter. I think we would be better advised to adopt as a legal maxim what has long been the wisdom of mankind: *De gustibus non est disputandum*. Just as there is no use arguing about taste, there is no use litigating about it. For the law courts to decide "What is Beauty" is a novelty even by today's standards. [...] Taste being, as I have said, unpredictable, the answer to the question must always be "yes"⁷⁵.

Come già in qualche modo il giudice Douglas nel suo *dissenting in Miller*⁷⁶, i giudici Stevens e Scalia, nelle loro opinioni separate, arrivano a contestare l'utilità stessa di avere delle leggi sull'oscenità, almeno per quanto riguarda gli adulti consenzienti. Il concetto giuridico di oscenità, se non quando connesso ai minori o ad adulti non consenzienti, sembra nient'altro che un datato relitto di un'era meno tollerante.

3.2.5 Il pensiero di Brennan

Interessante e non privo di spunti può rivelarsi tracciare l'evoluzione del pensiero del giudice Brennan, il quale, tra l'altro, può essere ricordato come il giudice della Corte Suprema che ha deciso più casi in materia di oscenità e pornografia⁷⁷.

⁷⁵ *Id.*, pp. 504-505, opinione dissenziente del giudice Scalia.

⁷⁶ *Miller v. California, cit.*, pp. 40-41, opinione dissenziente di Douglas: "Obscenity cases usually generate tremendous emotional outbursts. They have no business being in the courts. If a constitutional amendment authorized censorship, the censor would probably be an administrative agency. Then criminal prosecutions could follow as, if, and when publishers defied the censor and sold their literature. Under that regime, a publisher would know when he was on dangerous ground. Under the present regime – whether the old standards or the new ones are used – the criminal law becomes a trap. A brand new test would put a publisher behind bars under a new law improvised by the courts after the publication. That was done in *Ginzburg*, and has all the evils of an *ex post facto* law". Douglas ritiene che la definizione del carattere osceno non dovrebbe essere questione costituzionale. Della stessa opinione è parte della dottrina, e.g., A. Adler, *Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law, cit.* In molti paesi dell'Europa continentale, come in Italia, ad esempio, la revisione del carattere osceno di una pubblicazione o di qualsivoglia materiale ("book, magazine, newspaper, or other printed or written material or any picture, drawing, photograph, motion picture, or other pictorial representation or any statue or other figure, or any recording, transcription or mechanical, chemical or electrical reproduction or any other articles, equipment, machines or materials") spetta infatti ad organi amministrativi.

⁷⁷ G.M. Rosberg, *Justice Brennan and The Law of Obscenity*, in 11 *Pace L. Rev.* 455, 1991.

In *Roth*, Brennan scrive un'opinione di maggioranza cercando di definire l'osceno, relegandolo fuori dalla tutela del Primo Emendamento, nella categoria di espressione non protetta, poiché non contiene elementi comunicativi e non contribuisce al mercato delle idee.

In *Memoirs*, scrive invece per la pluralità dei giudici rovesciando una condanna per oscenità, con la motivazione che il materiale in causa non potesse considerarsi del tutto privo di importanza sociale.

Degna di rilievo, poi, la sua opinione dissenziente nel caso deciso contestualmente a *Miller, Paris Adult Theatre v. Slaton*, in cui dichiara il fallimento della Corte nel raggiungere un accordo su come definire propriamente l'osceno, e sostiene che dottrine confuse non hanno fatto altro che condurre ad un "Redrupping"⁷⁸, a partire dal quale una serie di decisioni *per curiam* è servita a mascherare le visioni divergenti dei singoli giudici e ad evitare la questione fondamentale della definizione di oscenità e della demarcazione dei confini tra espressione protetta e non, ai fini della tutela dal Primo Emendamento.

"L'essenza del nostro problema", sentenza Brennan, "è che siamo stati incapaci di fornire 'strumenti sensibili' per separare l'oscenità da altre forme di espressione sessualmente orientate ma costituzionalmente protette, facendo in modo che gli sforzi di sopprimere la prima non sfocino nella soppressione delle seconde"⁷⁹.

Questo ha condotto a problemi di mancanza di *fair notice* nei confronti dei potenziali attori: una formulazione eccessivamente ampia come quella del test di *Miller* non riesce a fornire adeguato preavviso alle persone coinvolte nel tipo di condotta che la disposizione legislativa intende vietare, provocando anche un'inibizione della libertà di espressione; nonché a problemi istituzionali derivanti dal fatto che la Corte si trova a dover decidere una miriade di casi visto che le corti inferiori non hanno uno standard adeguato in materia di oscenità così che tutto il materiale osceno finisce per dover essere esaminato dalla Corte Suprema.

Dunque, "non ci si deve sorprendere che i tentativi dei giudici di seguire scrupolosamente *Roth* siano finiti in una confusione senza speranza". Insomma, dopo sedici anni di sperimentazioni e dibattiti, Brennan sembra concludere per l'indefinibilità⁸⁰.

⁷⁸ L'espressione deriva dalla decisione *Redrup v. New York, cit.*, a partire dalla quale i giudici istituzionalizzarono il loro disaccordo sulla questione della definizione di oscenità, avviando il processo secondo cui se cinque o più giudici, secondo il loro giudizio individuale, ritenevano che il materiale non fosse osceno, la corte emanava una decisione di rigetto della condanna senza scrivere alcuna opinione. Si rimanda *supra*.

⁷⁹ *Paris Adult Theatre v. Slaton, cit.*, pp. 79-80.

⁸⁰ *Id.*, pp. 83-84: "Of course, the vagueness problem would be largely of our own creation if it stemmed primarily from our failure to reach a consensus on any one standard. But, after 16 years of experimentation and debate, I am reluctantly forced to the conclusion that none of the available formulas, including the one announced today, can reduce the vagueness to a tolerable level while at the same time striking an acceptable balance between the protections of the First and Fourteenth Amendments, on the one hand, and, on the other, the asserted state interest in regulating the dissemination of certain sexually ori-

3.3 La fine dell'oscenità?

Verso la fine degli anni Novanta, si assistette al picco di maggior tensione negli scontri in materia di oscenità con le controversie riguardanti l'ultima retrospettiva di Robert Mapplethorpe, i criteri di finanziamento del *National Endowment for the Arts* contestati dall'artista Karen Finley, la mostra "Sensation: Young British Artists from the Saatchi Gallery"⁸¹.

Subito dopo questo grande clamore, però, l'oscenità attraversa una fase in cui sembra giunta la sua fine⁸² e pare essersi trasformata in un reato appartenente ad un'epoca ormai lontana.

Possono identificarsi almeno tre ragioni. La prima, si lega al fatto che il problema più urgente di quegli anni, a seguito soprattutto del rapido sviluppo tecnologico, era diventato la pedo-pornografia; sotto l'amministrazione Clinton, nel 1998 venne emanato il *Child Online Protection Act*⁸³ e le limitate risorse dell'Unità per lo sfruttamento dei bambini e l'oscenità del Dipartimento di Giustizia vennero concentrate sulla repressione di questo reato.

La seconda ragione può riscontrarsi nel dato secondo cui l'oscenità sembrava diventata impossibile da perseguire con successo di fronte alle corti. La presenza sempre più invasiva e massiccia della pornografia nella società e nella cultura americane⁸⁴ rendevano il parametro dei valori della comunità locale di *Miller*, per mezzo del quale si doveva decidere l'oscenità dei materiali, sempre più elastico tanto che sarebbe stato impossibile immaginare un limite oltre al quale non avrebbe potuto estendersi.

ented materials. Any effort to draw a constitutionally acceptable boundary on state power must resort to such indefinite concepts as "prurient interest", "patent offensiveness", "serious literary value", and the like. The meaning of these concepts necessarily varies with the experience, outlook, and even idiosyncrasies of the person defining them. Although we have assumed that obscenity does exist and that we "know it when [we] see it", *Jacobellis v. Ohio*, p. 197 (Stewart, J., concurring), we are manifestly unable to describe it in advance except by reference to concepts so elusive that they fail to distinguish clearly between protected and unprotected speech".

⁸¹ Si rimanda *supra*, cap. I, nota 15.

⁸² Secondo la Adler (A. Adler, *Symposium: Problems of Censorship in a New Technological Age: Introduction: All Porn All the Time*, in 31 *N.Y.U. Rev. & Soc. Change* 695, 2007), si assiste negli ultimi anni ad una rinascita dell'*obscenity law*. La guerra contro l'oscenità sembra aver trovato nuovo vigore a partire dall'insediamento di Gonzales al Dipartimento di Giustizia che ha dichiarato la lotta contro l'oscenità una delle sue "top priorities", creando una task force diretta esclusivamente a perseguire l'oscenità degli adulti. Il ritorno della persecuzione dell'oscenità sembra doversi interpretare nel contesto della lotta contro la pedo-pornografia, come se il governo avesse voluto dotarsi di quante più armi possibili nella lotta verso tutto ciò che potesse considerarsi dannoso per i minori. Tuttavia, la Adler alla fine si chiede se davvero il ripristino del reato di oscenità possa accogliersi in maniera totalmente positiva, dato che le armi per una battaglia rischiano di colpire anche altri fronti, come quello della libertà di espressione.

⁸³ 47 U.S.C. parag. 231 (2000).

⁸⁴ Si pensi alla figura di Hugh Hefner e della sua rivista "Playboy", conosciuta in tutta la nazione, se non in tutto il mondo, da persone di tutte le età ed estrazioni sociali. Cfr. *United States v. Playboy Entertainment Group*, 529 U.S. 803 (2000), dove il materiale venne considerato non osceno.

Infine, un'ultima motivazione, che si collega più direttamente con il nostro discorso sull'atteggiamento dei giudici di fronte a materie scomode, si rinviene nel fatto che l'oscenità rappresentava motivo di imbarazzo per i giudici⁸⁵.

Una simile condizione si legava a diversi fattori. Innanzitutto, come si è ripetuto lungo la trattazione, il problema dell'oscenità rappresentava per la Corte una sfida definitoria scoraggiante, che anche molti critici credevano insuperabile⁸⁶. In secondo luogo, la storia giurisprudenziale dell'oscenità era costellata da clamorosi errori di valutazione⁸⁷, il più famoso dei quali sul romanzo di Joyce, l'"Ulisse", ed il più recente sulle fotografie di Mapplethorpe esposte a Cincinnati. Infine, la disciplina dell'oscenità rappresentava per i giudici fonte di imbarazzo nel senso più letterale di disagio e timore di rendersi ridicoli⁸⁸, dato che erano costretti ad ispezionare in prima persona i materiali presuntivamente osceni. È il giudice Posner ad offrirci una vera e propria confessione: "Most of us are either middle-aged or elderly men, in part because we tend to be snooty about popular culture, in part because as public officials we have a natural tendency to think political expression more important than artistic expression, in part because we are Americans – which means that we have been raised in a culture in which puritanism, philistinism, and promiscuity are complexly and often incongruously interwoven – and in part because like all lawyers we are formalists who believe deep down that the words in statutes and the Constitutions mean what they say"⁸⁹.

3.4 Il criterio del serio valore artistico di fronte all'arte post-moderna

Si è detto che *Miller v. California* rimarrà il contesto normativo essenziale per definire i casi di oscenità. Tuttavia, il terzo criterio del "serio valore artistico" presenta non pochi problemi, potendosi considerare già obsoleto nel momento stesso in cui ha visto la luce. L'opinione di *Miller* infatti venne redatta ad un punto di svolta della storia dell'arte, che coincise con l'avvento del Post-Modernismo; tuttavia, la formulazione del requisito del "serio valore artistico" rispecchia in pieno la nozione modernista secondo cui esiste una distinzione oggettivamente verificabile tra arte valida ed arte che non lo è a sufficienza⁹⁰.

Il formalismo modernista nell'arte corrisponde alla neutralità nel diritto⁹¹. I critici del tardo Modernismo, su tutti Clement Greenberg, come anche i giudici della

⁸⁵ H. Kalven, Jr., *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*, cit., p. 34.

⁸⁶ Tra gli altri, A. Adler, *Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law*, cit.

⁸⁷ *Roth v. United States*, cit., opinione concorrente del giudice Warren, p. 495.

⁸⁸ "Judges can make fool of themselves pronouncing on artistic matters", *Gracen v. Bradford Exch.*, 698 F.2d 300 (7th Cir. 1983), opinione del giudice Posner, p. 304.

⁸⁹ *Miller v. Civil City of South Bend*, 904 F.2d 1081 (7th Cir. 1990), p. 1100, Posner, opinione concorrente.

⁹⁰ Cfr. Davis, *Post-Performances*, in *Art Forum*, ottobre 1981, p. 39: "the highest accolade that could be paid to any artist was this: 'serious'".

⁹¹ H. Weschler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in 73 *Harv. L. Rev.* 1, 1959.

Corte Suprema, tendono a ragionare per opposizioni, creando categorie dai confini certi, secondo una *forma mentis* che impone definizioni e mira alla classificazione. Il Post-modernismo fu una sorta di reazione a queste distinzioni – valida/scadente, pura/spazzatura, nobile/popolare, arte/osceno, arte/kitsch –, ed all'atteggiamento elitario con cui si giudicava cosa potesse definirsi o meno opera d'arte⁹².

I criteri tradizionali per valutare l'arte, incarnati in *Miller v. California*, vengono spazzati via; l'unica regola che rimane è forse quella di sfidare tutte le regole. L'estetica classica, di matrice kantiana, che aspira ad un giudizio di gusto universale, lascia spazio ad una disciplina moderna che si fa mutevole come l'oggetto che

In tali circostanze, gli appigli per distinguere l'arte dall'oscenità – dunque per definire i confini di ciò che possa ritenersi arte – sembrano tutti precari: l'intento dell'autore⁹³; il riconoscimento da parte dei protagonisti del mondo dell'arte⁹⁴, che comprende anche il prezzo di mercato dell'opera⁹⁵ ed il contesto in cui si trova esposta⁹⁶; il test "I know it when I see it"⁹⁷.

Ciascuno di questi criteri lascia parte di ciò che può considerarsi espressione artistica privo della tutela costituzionale del Primo Emendamento e nessuno riesce a comprendere la piena natura dell'arte post-moderna.

⁹² Si pensi prima di tutto a *Fountain* di Marcel Duchamp. Ma anche a Jeff Koons, che vanifica la distinzione tra arte e kitsch (cfr. Posner in *Gracen, cit.*), sfida la nozione di paternità, assume artigiani italiani per realizzare le sue sculture, porta la pornografia nelle gallerie; Andy Warhol, che con le sue *Brillo Boxes* confonde arte e pubblicità; Sherrie Levine, esponente dell'arte appropriazionista, che attacca le nozioni di originalità e autenticità; Amy Adler (omonima della giurista più volte citata); Marilyn Minter, che nel 1990 produsse il video *100 Food Porn* mandato sui canali televisivi nazionali per pubblicizzare la sua mostra alla Simon Watson Gallery di New York. Un ultimo esempio, le *performances* dell'artista Karen Finley sono state definite "obscenity in its pure form", si veda C. Carr, *On Edge: Performance at the End of the Twentieth Century*, Middletown, Wesleyan University Press, 2012, p. 121; cfr. *A Conversation on Censorship and Performance Art*, con Karen Finley, Tobaron Waxman, Ann Liv Young, moderata dall'avvocato Mary D. Dorman, presso Tisch School of the Arts, New York University, 17 Aprile 2013.

⁹³ L'idea per cui tutto ciò che un artista chiama arte diventa arte risale ai *readymades* di Duchamp e può essere esemplificata con un aneddoto in cui l'artista Rauschenberg, rispondendo a chi gli commissionava un ritratto, inviò non un dipinto ma un telegramma che recitava: "This is a portrait...if I say so". Il criterio non soddisfa, primo, perché porterebbe a concludere che ogni cosa è potenzialmente arte, secondo, perché pone il problema di individuare l'intento nei confronti delle opere di alcuni artisti che, ad esempio, non vogliono rappresentare un'idea ma giocano ad un livello più esperienziale.

⁹⁴ Il criterio del riconoscimento da parte di critici, studiosi, curatori lascia una grande porzione di arte non protetta, non tutelando, ad esempio, artisti emergenti o precursori rispetto al tempo in cui vivono, rischiando in questo modo di congelare lo *status quo* artistico. Cfr. *Roth v. United States, cit.*, p. 484, in cui si afferma che è essenziale proteggere l'espressione dal "prevailing climate of opinion".

⁹⁵ Il costo di un'opera come indicatore del suo carattere artistico è problematico: il materiale prodotto dall'industria pornografica può arrivare a costare cifre molto alte ma, nonostante questo, non può essere messo sullo stesso piano di un Picasso. Si pensi inoltre ai nuovi artisti, i cui lavori ancora non arrivano a prezzi altissimi.

⁹⁶ Ma questo implica un'esposizione pubblica del lavoro. Ad oggi, però, l'arte non trova più collocazione solo in contesti tradizionali come i musei e le gallerie.

⁹⁷ *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964), p. 197, opinione concorrente del giudice Stewart. Se in generale è certamente più facile riconoscere quando qualcosa è osceno che definire l'oscenità, abbiamo già visto (si rimanda *supra*) come questo criterio risulti impraticabile di fronte all'arte post-moderna che ha alla base la rivolta contro tutto ciò che tradizionalmente viene usato per definirla.

Nel contesto della Corte europea dei diritti dell'uomo, si riscontra da parte di certa dottrina una proposta che vorrebbe applicare un criterio minimo per la protezione dell'arte di fronte ad accuse di oscenità, che si basi sul riconoscimento del carattere artistico piuttosto che del merito, così da poter proteggere tutta l'arte e non solo quella ritenuta meritevole, seria, dotata di un certo valore⁹⁸.

Nell'ordinamento italiano, il giudice deve accertare la sussistenza del carattere artistico, la quale, di per sé, preclude ogni ulteriore indagine sul tratto dell'oscenità. Una tale scelta metodologica rispecchia il consueto dilemma degli anni Sessanta e Settanta: o l'arte non può per definizione essere oscena, o l'osceno, per definizione, non può essere arte⁹⁹. Ciò implica una prevalenza data al valore purificatorio dell'arte nei confronti dell'oscenità, ma si rivela in ultimo un'idea alquanto assurda che l'artisticità riesca a redimere il tratto osceno dell'opera, laddove la denuncia delle ombre di un certo contesto sociale e ideologico, spesso di un'etica sessuale e del relativo concetto di osceno, è uno dei tratti primari e più consueti di buona parte dell'espressione artistica. Il dilemma deve necessariamente essere superato: nella realtà extra-giuridica, arte ed oscenità sono compatibili, potendo coesistere la qualità artistica di un'opera d'arte con la sua idoneità ad offendere il pudore medio¹⁰⁰; sul piano giuridico, allora, il problema non è quello di compensare o celare l'eventuale momento osceno, ma di valutare in che modo debba essere risolto il conflitto tra valori costituzionalmente protetti. Nel raffronto tra valore estetico-culturale e bene protetto dalla norma penale, che è il pubblico pudore sessuale, prevale il primo, ben più legato, nel lungo periodo, allo sviluppo e al progresso di una civiltà¹⁰¹. Il carattere artistico elimina l'offesa al pudore contenuta nel pur sussistente tratto dell'oscenità, che viene superato in virtù del superiore interesse sociale allo sviluppo dell'attività artistica in quanto l'osceno si presenta come elemento funzionale e talvolta primario dell'opera. Tutto questo non avrebbe potuto essere previsto dalla disposizione legislativa, il che implica un ruolo cruciale del giudice nell'operare concretamente tale valutazione.

La giurisprudenza si è mossa per molti anni seguendo la strada esegetica indicata dal secondo comma dell'art. 529, secondo cui la valutazione deve avvenire sull'opera compiuta, che deve superare il vaglio di un rigidissimo scrutinio sulla qualità, che deve risultare acquisita. Questo ha comportato conseguenze assai discutibili in ordine all'effettività della tutela dell'espressione artistica, rendendola talmente incerta da condizionare tutta la fase di creazione dell'artista che non può prevedere come sarà valutata la qualità della sua opera (*chilling effect*). Una certa apertura si è mostrata in alcune decisioni dei primi anni Settanta che hanno tutelato anche l'opera mediocre, che tuttavia avesse dignità artistica, specialmente nel caso

⁹⁸ P. Keams, *The Judicial Nemesis: Artistic Freedom and the European Court of Human Rights*, cit., p. 59 nota 8, in cui, dopo aver proposto un criterio minimo da applicare per la disciplina dell'oscenità, richiama la sezione 4 del United Kingdom Copyright Act del 1988 sulle opere d'arte, che prevede similmente l'accertamento del carattere artistico come requisito necessario per la tutela del diritto d'autore.

⁹⁹ A. Cerri, *Opera d'arte e buon costume*; P. Barile, voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, p. 463 ss.

¹⁰⁰ Baratta, p. 44 ss.

¹⁰¹ Vedi la sentenza "Teorema" di Pasolini, 23 novembre 1968, tribunale di Venezia.

delle arti minori¹⁰²; ma questo non pare sia sufficiente a garantire pienamente quel diritto all'errore e quella libertà di ricerca nel processo artistico che potrebbe portare anche a scarsi risultati, che verrebbe tutelato se si prescindesse dalle caratteristiche oggettive del prodotto e si considerasse il fine, l'intento artistico dell'autore e non il risultato del suo fare¹⁰³. Nonostante i tentativi di applicare dei correttivi, l'elemento della natura oggettiva di opera d'arte, da valutare comunque *a posteriori*, rimane un punto fermo¹⁰⁴.

In conclusione, nessun criterio sembra soddisfare la natura dell'arte post-moderna. Lo sforzo si rivela così frustrante da far dichiarare al giudice Brennan, dopo sedici anni di tentativi, la resa totale di fronte alla definizione di oscenità. Altrettanto inafferrabile abbiamo visto essere la definizione del concetto di arte ai fini della tutela giuridica che si propone di assicurare *Miller*, tanto da far pronunciare ad alcuni critici un fatidico *aut-aut* tra la scelta per la protezione dell'arte *in toto* o per la difesa dall'oscenità: uno dei due valori deve essere sacrificato¹⁰⁵.

¹⁰² Cass., 17 dicembre 1971; Cass., 20 febbraio 1970.

¹⁰³ “[I] promettere l’impunità a patto che l’opera del pensiero, anche se obiettivamente sorpassa le frontiere del pudore o della decenza, raggiunga le vette dell’arte [...] è un tipo di normazione che rasenta il paradosso”, P. Barile, voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, *cit.*, p. 464.

¹⁰⁴ Cass., sez. III, 22 aprile 1963.

¹⁰⁵ A. Adler, *Post-Modern Art and The Death of Obscenity Law*, *cit.*, p. 1378. Cfr. *Haberman v. Hustler Magazine*, *cit.*, p. 209: “the values of the First Amendment are best served by extending copyright protection to all art, without regard to official perceptions of its merit”.

Indice delle opere citate

- AA.VV., *Teatro Valle Occupato. La rivolta culturale dei beni comuni*, DeriveApprodi, Roma, 2012.
- ADLER A., *Against Moral Rights*, in 97 *Cal. L. Rev.* 263, 2009.
- ADLER A., *Inverting the First Amendment*, in 149 *U. Pa. L. Rev.* 921, 2001.
- ADLER A., *Performance Anxiety: Medusa, Sex and The First Amendment*, in 21 *Yale J. L. & Human.* 227, 2009.
- ADLER A., *Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law*, in 99 *Yale Law Journal* 1359, 1999.
- ADLER A., *Symposium: Problems of Censorship in A New Technological Age: Introduction: All Porn All The Time*, in 31 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 695, 2007.
- ADLER A., *The Art of Censorship*, in 103 *W. Va. L. Rev.* 205, 2000.
- ADLER A., *What's Left?: Hate Speech, Pornography, and the Problem for Artistic Expression*, in 84 *Calif. L. Rev.* 1499, 1996.
- ADORNO T.W., *Teoria estetica*, Torino, Einaudi, 2009.
- ALEXANDER L., KRESS K., *Against Legal Principles*, in MARMOR A. (a cura di), *Law and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- ALEXANDER L., SHERWIN E., *The Rule of Rules*, Durham, Duke University Press, 2001.
- ALEXY R., *A Theory of Constitutional Right*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- ALEXY R., *On the Structure of Legal Principles*, in *Ratio Juris* 13, 2000.
- ALFORD R.P., *Free Speech and the Case for Constitutional Exceptionalism*, in *Pepperdine University Legal Studies Research Series*, Paper number 2008/2.
- AMAR A.R., *Of Sovereignty and Federalism*, in 96 *Yale L. J.* 1425, 1989.
- AMATO G., *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXIV, 275, 1974.
- AMHEIM R., *The Images of Pictures and Words*, in 2 *Word & Image* 306, 1986.
- ANDERSON M., *"Ulysses" in Court*, in 4 *The Little Review* 22, Jan.-Mar. 1921.
- AOKI K., *Contradiction and Context in American Copyright Law*, in 9 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 303, 1991.
- ASCARELLI T., *Studi di diritto comparato*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949.
- ATIENZA M., RUIZ MANERO J., *Rules and Principles Revisited*, in *Associations Journal for Legal ad Social Theory*, vol. 4, 2000.
- ATIENZA M., RUIZ MANERO J., *Tre approcci ai principi del diritto*, in COMANUCCI P. GUASTINI R. (a cura di), *Analisi e diritto 1993*, Torino, Giappichelli, 1993.
- BAKER C.E., *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford, Oxford University Press, 1989.
- BALDASSARRE A., *L'interpretazione della costituzione*, in PALAZZO A. (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, ESI, Napoli, 2001.
- BARAK A., *Judicial Discretion*, New Haven-London, Yale University Press, 1989.
- BARBERA A., (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

- BARBERIS M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2003.
- BARILE P., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1982.
- BARILE P., voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974.
- BARRETT C., *Are Bad Works of Art "Works of Art"?*, in 6 *Royal Institute of Philosophy Lectures* 182, 1973.
- BARRON A., *Copyright Law and the Claims of Art*, in 4 *Intell. Prop. Q.* 368, 2002.
- BENJAMIN W., *The Work of Art in the Age of Mechanical Reproduction*, London, Penguin Great Ideas, 2008.
- BENNETT R.W., *Objectivity in Constitutional Law*, 132 *U. Pa. L. Rev.* 445, 1984.
- BERLIN I., *Due concetti di libertà*, in *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, Feltrinelli, 1989.
- BEZANSON R.P., *Art and freedom of speech*, Urbana and Chicago, University of Illinois Press, 2009.
- BICKEL A., *The Least Dangerous Branch*, New Haven-London, Yale University Press, 1986.
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.
- BIRO A., *Brancusi contre Etats-Unit: un procès historique*, 1928, Paris, 1995.
- BLACK H.L., *The Bill of Rights*, in 35 *N.Y.U.L. Rev.* 865, 1960.
- BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England*, Clark, The Lawbook Exchange, 2003.
- BLASI V., *Holmes and the Marketplace of Ideas*, in 2004 *Sup. Ct. Rev.* 1, 2004.
- BOBBIO N., *Politica e Cultura*, Torino, Einaudi, 1980.
- BOGNETTI G., *La libertà di espressione nella giurisprudenza nordamericana*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1958.
- BOLOGNA C., *Difendere la Costituzione o difendere i suoi nemici? Il caso del Maccartismo*, in *Quad. Fior.*, 2009.
- BORK R., *Neutral Principles and Some First Amendment Problems* in 47 *Ind. L. J.* 1, 1971.
- BRENNAN W. JR., *The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment*, in 79 *Harv. L. Rev.* 1, 1965.
- CAIANI L., *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, Cedam, 1954.
- CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984.
- CARDOZO B., *The Nature of the Judicial Process*, 1921.
- CARR C., *On Edge: Performance at the End of the Twentieth Century*, Middletown, Wesleyan University Press, 2012.
- CARUSO C., *Teoria e "ideologia" della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla freedom of speech*, in *Forum costituzionale*, 2013.
- CERRI A., *Arte e scienza (libertà di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988 con postilla di aggiornamento, agg. XVI, Roma 2008.
- CERRI A., *Opera d'arte e buon costume*, in *Giur. Cost.*, 1976.
- CHAFEE Z. JR., *Free Speech in the United States*, Cambridge, Harvard University Press, 1941.
- CHEMERINSKY E., *Constitutional Law: Principles and Policies*, New York, Aspen, 2006.
- CHENG G., *The Aesthetic of Copyright Adjudication*, in 19 *UCLA Ent. L. Rev.* 113, 2012.
- CHOUDHRY S. (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- CHRISTIE G.C., *Objectivity in the Law*, in 78 *Yale L. J.* 1311, 1968-1969.
- CHRISTIE G.C., *The Model of Principles*, in *Duke L. J.* 649, 1968.
- CLEMENTE DI SAN LUCA G. (a cura di), *Tutela, promozione e libertà dell'arte in Italia e negli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1990.
- COHEN A.B., *Copyright Law and the Myth of Objectivity: the Idea-Expression Dichotomy and the Inevitability of Artistic Value Judgments*, Western New England College School of Law, 1990.

- COLE D., *Beyond Unconstitutional Conditions: Charting Spheres of Neutrality in Government-Funded Speech*, in 67 *N.Y.U. L. Rev.* 675, 1992.
- COMANDUCCI P., *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998.
- COMMENT, *Flag Desecration as Constitutionally Protected Symbolic Speech*, in 56 *Iowa L. Rev.* 614, 1971.
- COMMENT, *New York Flag Desecration Statute - Abridgement of First Amendment Rights - Symbolic Protest through Artistic Expression*, in 16 *N. Y. L. F.* 493, 1970.
- COMMENT, *Flag Desecration Statutes in Light of United States v. O'Brien and the First Amendment*, in 32 *U. Pitt. L. Rev.* 513, 1971.
- CRISAFULLI V., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto in Studi sui principi generali dell'ordinamento*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1941.
- DANTO A.C., *Dopo la fine dell'arte: l'arte contemporanea e il confine della storia*, Milano, Mondadori, 2008.
- DANTO A.C., *What art is*, New Haven-London, Yale University Press, 2013.
- DE GRAZIA E., *Girls Lean Back Everywhere*, London, Vintage, 1992.
- Demarsin B., Schrage E.J.H., Tillemann B., Verbeke A., *Art & Law*, Die Keure, 2008.
- DENICOLA R.C., *Applied Art and Industrial Design: A Suggested Approach to Copyright in Useful Articles*, in 67 *Minn. L. Rev.* 707, 1983.
- DE TOCQUEVILLE A., *La democrazia in America*, a cura di CANDELORO G., Milano, Biblioteca Universale Rizzoli, 1992.
- DI CIOTTI E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999.
- DOLAN M., *In 3 Stoooges Cases, Justices Take Role of Art Critics*, in *Los Angeles Time*, 1° maggio 2001.
- DONATI A., *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2012.
- DORFLES G., *Le oscillazioni del gusto*, Milano, Skira, 1958.
- DORSEN N., *A Conversation Between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, Oxford University Press and New York School of Law, 2005.
- DOUGLAS-SCOTT S., *Law After Modernity*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- DOUGLAS-SCOTT S., *The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the European and American Approaches*, in 7 *William and Mary Bill of Rights Journal* 305, 1999.
- DOUZINAS C., NEAD L., (a cura di), *Law and the Image: The Authority of Art and the Aesthetics of Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1999.
- DOUZINAS C., *The Aesthetics of the Common Law*, in 17 *Studies in Law Politics and Society* 3, 1997.
- DUBOFF L.D., BURR S., MURRAY M.D., *Art Law. Cases and Materials*, New York, Aspen Publishers, 2010.
- DUBOFF L.D., KING C.O., *Art Law in a Nutshell*, St. Paul, MN, Thomson-West, 2006.
- DUBOFF L.D., *What is Art? Toward a Legal Definition*, in 12 *Hastings Comm. & Ent. L. J.* 303, 1990.
- DWORKIN R., *Hard Cases*, in 88 *Harv. L. Rev.* 1057, 1975.
- DWORKIN R., *Law's Empire*, trad. it. *L'impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore, 1989.
- DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1978.
- DWORKIN R., *The Model of Rules I*, in *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1978.
- DZEHTSIAROU K., O' MAHONY C., *Evolutionary Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the US Supreme Court*, in 44 *Colum. Hum. Rt. L. Rev.* 336, 2013.
- EBERLE E.J., *Art and Speech*, in 11 *U. Pa. J. L. & Soc. Change* 1, 2007.

- EBERLE E.J., *The Architecture of First Amendment Free Speech*, in 2011 *Mich. St. L. Rev.* 1191, 2011.
- EBERLE E.J., *The Method and Role of Comparative Law*, in *Roger Williams Univ. Legal Studies Series*, Working Paper No. 67, 2008.
- ECO U., *La definizione dell'arte*, Milano, Garzanti, 1983.
- EDELMAN B., *Addio alle arti. 1926: l' "affaire" Brancusi*, Milano, Medusa, 2001.
- EDELMAN B., *De l'urinoir comme un des braux – arts, de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly*, in *Dalloz*, 2000, *Chron.*, 98.
- ELY J. H., *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- ELY J. H., *Flag Desecration*, in 88 *Harv. L. Rev.* 1482, 1975.
- EMERSON T., *The System of Freedom of Expression*, New York, Random House, 1970.
- FAIGMAN D.L., *Reconciling Individual Rights and Governmental Interests: Madisonian Principles versus Supreme Court Practice*, in 78 *Va. L. Rev.* 1521, 1992.
- FALLON R.H. JR., *A Constructive Theory*, in 100 *Harv. L. Rev.* 1189, 1987.
- FALLON R.H. JR., *The Dynamic constitution. An Introduction to American Constitutional Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- FARLEY C.H., *Imagining the Law. Art*, in in SARAT A., ANDERSON M., FRANK C.O., (a cura di), *Law and Humanities: An Introduction*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- FARLEY C.H., *Judging art*, in 79 *Tulane Law Review* 805, 2005.
- FARBER D.A., *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*, in 84 *Ind. L. J.* 917, 2009.
- FENZEL C., *Still Life with 'Spark' and 'Sweat': the Copyrightability of Contemporary Art in the United States and the United Kingdom*, in 24 *Ariz. J. Int'l. & Comp L.* 541, 2007.
- FERRARESE M.R., *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- FISH S., *There's No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing Too*, Oxford-New York, Oxford University, 1994.
- FINNIS, "Reason and Passion": *The Constitutional Dialectic of Free Speech and Obscenity*, in 116 *U. Pa. L. Rev.* 222, 1967.
- FISS O.M., *Free Speech and Social Structure*, 71 *Iowa L. Rev.* 1405, 1408-1409 1986.
- FISS O.M., *Objectivity and Interpretation*, in 34 *Stan. L. Rev.* 739, 1982.
- FISS O.M., *The Irony of Free Speech*, 1998.
- FLYNT H., *Essay: Concept Art*, in *An Anthology*, New York, La Monte Young, 1963.
- FOIS S., *Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1957.
- FOSTER H. (a cura di), *The Anti- Aesthetic: Essays on Postmodern Culture*, 4, 1983.
- FRANK J., *Law and the Modern Mind*, 1949.
- FRANKENA W., "Cognitive" and "Noncognitive", in HENLE P. (a cura di), *Language, Thought and Culture*, Ann Harbor, University of Michigan Press, 1958.
- FREEDBERG D., *The Power of Images: Studies in the History and Theory of Response*, 1989.
- GAMBAZZI P., SCARAMUZZA G. (a cura di), *Arte e morte dell'arte. Percorso nelle Lezioni di estetica di G.W.F. Hegel*, Milano, Mondadori, 1997.
- GERARDS J., SENDEN H., *The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights*, in 7 *Int'l J. Const. L.* 619, 2009.
- GIANFORMAGGIO L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, 1985, in DICIOTTI E., VELLUZZI V., (a cura di), *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2008.
- GIVONE S., *Storia dell'estetica*, Roma-Bari, Laterza, 2008.
- GIRY S., *An Odd Bird*, in *Legal Affairs*, Sept./Oct. 2002.
- GOLDSTEIN P., *Copyright: Principles, Law and Practice*, 1989.

- GOLDSTEIN P., *Political Repression in Modern America: From 1870 to the Present*, 1978.
- GREENE D., *Why Protect Political Art as "Political Speech"?*, in 27 *Hastings Comm. & Ent. L. J.* 359, 2004-2005.
- GRISOLIA M., voce *Arte (organizzazione amm. e dir. cost.)*, in Enc. Dir., III, 1958.
- GUASTINI R., *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in 1 *Giurisprudenza costituzionale*, 2006.
- GUNTHER G., *Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, in 86 *Harv. L. Rev.* 1, 1972.
- HABERMAS J., *Modernity – An Incomplete Project*, in FOSTER H. (a cura di), *The Anti-Aesthetic: Essays on Postmodern Culture*, 4, 1983.
- HAMILTON M.A., *Art Speech*, in 49 *Vand. L. Rev.* 73, 1996.
- HAMILTON A., *Il Federalista N. 84*, in HAMILTON A., MADISON J., *Il Federalista*, Bologna, Il Mulino, 1998.
- HARMON L., *Law, Art, and the Killing Jar*, in 79 *Iowa L. Rev.* 367, 1994.
- HARRISON L., *The Problem with Posner as Art Critic: Linnemeir v. Board of Trustees of Purdue University Fort Wayne*, in 37 *Harv. C.R.-C.L.L.Rev.* 185, 2002.
- HART H., *Foreword: The Time Chart of the Justices, The Supreme Court, 1958 Term*, in 73 *Harv. L. Rev.* 84, 1959.
- HART H.L.A., *The Concept of Law*, 1961, trad. it. CATTANEO M. (a cura di), *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002.
- Hart H.M. Jr., Sacks A.M., in Eskridge W.N. Jr., Frickey P.P. (a cura di), *The Legal Process*, 1994.
- HEAP J., *Art and the Law*, in 3 *The Little Review* 5, Sept.-Dec. 1920.
- HENKIN L., *Morals and the Constitution: The Sin of Obscenity*, in 63 *Columbia L. Rev.* 391, 1963.
- HOFFMAN B., *Law for Art's Sake in the Public Realm*, in 16 *Colum.-Vla J.L. & Arts* 39, 45, 65, 1991.
- HOLMES O.W. JR., *The Path of the Law*, 10 *Harv. L. Rev.* 457, 1897.
- JACKSON V., *Constitutional Comparison: Convergence, Resistance, Engagement*, in 119 *Harv L. Rev.*, 2005.
- JANSON H.W., *History of art*, trad. it. E.C. Pavesi, *Storia dell'arte*, Milano, Garzanti, 1962.
- JORI M., PINTORE A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1952.
- KALVEN H. JR., *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*, 1988.
- KALVEN H. JR., *The Concept of Public Forum: Cox v. Louisiana*, in *Sup. Ct. Rev.* 1, 1965.
- KALVEN H. JR., *The Metaphysics of Obscenity Law*, in 1960 *Sup. Ct. Rev.* 1, 1960.
- KARLEN P.H., *Art in the Law*, in 14 *Leonardo* 51, 1981.
- KARLEN P.H., *What is Art?: A Sketch for a Legal Definition*, in 94 *The Law Quarterly Review* 383, 1978.
- KEARNS P., *Antipathy to art in a recalcitrant court*, in 67 *Amicus Curiae* 25, September October 2006.
- KEARNS P., *The Judicial Nemesis: Artistic Freedom and the European Court of Human Rights*, in 1 *Irish Law Journal* 56, 2012.
- KEARNS P., *The Legal Concept of Art*, Oxford, Hart Publishing, 1998.
- KELSEN H., *Pure Theory of Law*, Berkley-Los Angeles, University of California Press, 1967.
- KENNEDY M., *Call that art? No, Dan Flavin's work is just simple light fittings, say EU experts*, in *The Guardian*, 20 dicembre 2010.
- KEYES B., *Alive and Well: The (Still) Ongoing Debate Surrounding Conceptual Separability in American Copyright Law*, in 69 *Ohio State L. J.* 109, 2008.
- KROTOSZYNSKI, JR., R.J., *The First Amendment in Cross-Cultural Perspective*, New York, New York University Press, 2006.
- LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1985.

- LEFF T.P., *The Arts: A Traditional Sphere of Free Expression? First Amendment Implications of Government Funding to the Arts in the Aftermath of Rust v. Sullivan*, in 45 *The American Univ. L. Rev.* 353, 1995.
- LESSIG L., *Cultura libera*, Milano, Apogeo, 2005.
- LEVY L.W., *Emergence of A Free Press*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1985.
- LEVY L.W., *Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History*, Harvard University Press, 1960.
- LEVY L.W., *The Legacy Reexamined*, in 37 *Stan. L. Rev.* 767, 1985.
- LIPTAK A., *When It May Not Pay to Be Famous*, in *New York Times*, 1° Giugno 2013.
- LOLLINI A., *Legal argumentation based on foreign law. An example from case law of the South African Constitutional Court*, in Vol. 3, Issue 1 *Utrecht L. Rev.*, 2007.
- LOCKHART W.B., MCCLURE R.C., *Censorship of Obscenity: The Developing Constitutional Standards*, in 45 *Minn. L. Rev.* 5, 1960.
- LOCKHART W.B., MCCLURE R.C., *Literature, The Law of Obscenity, and the Constitution*, in 38 *Minn. L. Rev.* 295 1954.
- LOCKHART W.B., MCCLURE R.C., *Obscenity Censorship: The Core Constitutional Issue – What is Obscene?*, in 7 *Utah L. Rev.* 289, 1961.
- LOCKHART W.B., MCCLURE R.C., *Obscenity in the Courts*, in 20 *Law and Contemporary Problems* 587, 1955.
- LORD DEVLIN, *Judges and Lawmakers*, in 39 *Modern Law Review* 1, 1976.
- MACCORMICK N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, OUP, 1978.
- MACCRUDDEN C., *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human rights*, in 19 *European Journal of International law* 655, 2008.
- MACLEISH A., *Ars Poetica*, 1926.
- MADISON J., *Selected Writings of James Madison*, a cura di KETCHAM R., Indianapolis, Hackett Publishing, 2006.
- MANIACI G., *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Torino, Giappichelli, 2008.
- MANN T., *The Brouhaha: When the Bird Became Art and Art Became Anything*, in 2 *Spencer's Art L. J.* 7, 2011.
- MARKESINIS B., FEDTKE J., *Giudici e diritto straniero*, Bologna, Il Mulino, 2009.
- MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.
- MATTEI U., *Common Law*, Torino, Giappichelli, 2010.
- MCCLEAN D., VALENTIN P., *Haunch of Venison VAT victory*, in *The Art Newspaper*, edizione on line, 11 febbraio 2009.
- MCCLEAN D. (a cura di), *The Trials of Art*, Ridinghouse, 2007.
- MCLUHAN M., *Understanding media: the extensions of man*, New York, Gingko Press, 2013
- MEIKLEJOHN A., *The First Amendment is an Absolute*, 1961 *Sup. Ct. Rev.* 245.
- MENCONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996.
- MERRYMAN J., *A Course in Art and the Law*, in 26 *J. Leg. Ed.* 551, 1974.
- MERRYMAN J., *Art Law, Ethics and the Visual Arts*, London, Kluwer Law International, 2002.
- MICHELMAN F.I., *Justification (and Justifiability) of Law in a Contradictory World*, in 28 *Nomos: Justification* 71, J. Pennock & J. Chapman, 1986.
- MILL J.S., *On liberty*, 1859.
- MILTON J., *Areopagitica*, 1644.
- MITTLEBEELER, *Flag Profanation and the Law*, in 60 *Ky. L. J.* 885, 1972.
- MODUGNO F., (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Giuffrè, Milano, 2000.
- MORESO J., *Come far combaciare i pezzi del diritto*, in *Analisi e diritto*, 1997.
- MORGAN D., *The Protestant Struggle with the Image*, in 106:10 *Christian Century* 308, 1989.

- NAHMOD S.H., *Artistic expression and aesthetic theory: the beautiful, the sublime and the First Amendment*, in 1987 *Wis. L. Rev.* 221, March/April 1987.
- NEWMAN C.L., *Eyes Wide Open, Minds Wide Shut: Art, Obscenity, and the First Amendment in Contemporary America*, in 53 *DePaul Law Review* 121, 2003-2004.
- NIMMER M., *Nimmer On Copyright*, vol. I, New York, 1984.
- NIMMER M., *The Right to Speak from Times to Time*, in 56 *Cal. L. Rev.*, 935. 1968.
- NIMMER M.B., *The meaning of Symbolic Speech Under the First Amendment*, in 21 *UCLA L. Rev.* 29, 1973
- NOTE, *Constitutional Law: Freedom of Speech: Desecration of National Symbols as Protected Political Expression*, in 66:5 *Michigan Law Review* 1040, 1968.
- NOTE, *Freedom of Speech and Symbolic Conduct: The Crime of Flag Desecration*, in 12 *Ariz. L. Rev.* 71, 1970.
- NOTE, *Flag Burning, Flag Waving and the Law*, in 4 *Valparaiso U. L. Rev.* 345, 1970.
- NOTE, *Flag Desecration Under the the First Amendment: Conduct or Speech*, in 32 *Ohio St. L. J.* 119, 1971.
- NOTE, *Symbolic Conduct*, in 68 *Colum. L. Rev.* 1091, 1968.
- NOTE, *Standards for Federal Funding of the Arts: Free Expression and Political Control*, in 103 *Harv. L. Rev.* 1969, 1990.
- NOTE, *The Bill of Rights and National Symbols: Flag Desecration*, in 1970 *Wash. U. L. Q.* 517, 1970.
- NOZICK R., *Anarchy, State and Utopia*, 1974.
- O'NEILL F.J., *Symbolic Speech*, in 43 *Fordham L. Rev.* 590, 1975.
- NUSSBAUM M., *Hiding from Humanity*, Princeton, Princeton University Press, 2004.
- ONDEI E., *Libertà dell'arte: diritto perfetto o semplice interesse?*, in *Il Diritto d'Autore*, Gennaio-Marzo 1956, n.1.
- PALANDRI L., *Converging courts. Reconceptualizing the notion of judicial cosmopolitanism, CDCT working paper 38-2015*, European Legal Culture 22.
- PASOLINI P.P., *Libertà e sesso secondo Pasolini*, in *Corriere della sera*, 4 febbraio 1973.
- PINTORE A., *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, Giuffrè, 1982.
- POLAKOVIC R.M., *Should the Bauhaus be in the Copyright Doghouse? Rethinking Conceptual Separability*, in 64 *U. Colo. L. Rev.* 871, 1993.
- POLENBERG R., *Fighting Faiths*, 1987.
- POST R.C., *Recuperating First Amendment Doctrine*, in 47 *Stan. L. Rev.* 1249, 1995.
- PROWDA J.B., *Visual Arts and the Law. A Handbook for Professionals*, Farnham-Burlington, Lund Humphries, 2013.
- RAZ J., *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972.
- REPOSO A., *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, Padova, Cedam, 1977.
- RIMOLI F., *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, Cedam, 1992.
- ROBINSON C.J., *The "Recognized Stature" Standard in the Visual Artists Rights Act*, in 68 *Fordham L. Rev.* 1935, 2000.
- ROSBERG G.M., *Justice Brennan and The Law of Obscenity*, in 11 *Pace L. Rev.* 455, 1991.
- ROSENBLATT, *Flag Desecration Statutes: History and Analysis*, in 1972 *Wash. U. L. Q.* 193, 1972.
- RUSKIN G.R., *Copyright Protection for Useful Articles Can the Design of an Object Be Conceptually Separated from the Object's Function?*, in 33 *Santa Clara L. Rev.* 171, 1993.
- RYOUT D., *L'arte del ventesimo secolo*, Torino, Einaudi, 2002.
- SHAMAN J.M., *Constitutional Interpretation: Illusion and Reality*, Westport, Greenwood Publishing Group, 2001.

- SCHAUER F., *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, in 34 *Vand. L. Rev.* 265, 1981.
- SCHAUER F., *Fear, Risk, and the First Amendment: Unraveling the 'Chilling Effect'*, in *Boston University Law Review*, vol. 58, 1978.
- SCHAUER F., *Prescriptions in Three Dimensions*, in *Iowa Law Review*, vol. 82, 1997.
- SCHAUER F., *Speech and "Speech" – Obscenity and "Obscenity": An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language*, in 67 *The Georgetown L. J.* 899, 1979.
- SCHAUER F., *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, 117 *Harv. L. Rev.* 1765, 2004.
- SCHAUER F., *The Exceptional First Amendment*, in *KSG Working Paper Series*, No. RWP05-021, 2005.
- SCHAUER F., *The First Amendment as Ideology*, in 33 *Wm & Mary L. Rev.* 853, 1992.
- SCHAUER F., *The Law of Obscenity*, Washington, Bureau of National Affairs, 1976.
- SHAHEED F., *The right to freedom of artistic expression and creativity*, Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, United Nations, A/HRC/23/34, 14 Marzo 2013.
- SHIFFRIN S. H., *The First Amendment, Democracy and Romance*, 2014.
- SONTAG S., *On photography*, New York, Picador, 1977.
- SNOEYENBOS M.H., *Vagueness and 'art'*, in 18 *The British Journal of Aesthetics* 12, 1978.
- STONE A., *The Comparative Constitutional Law of Freedom of Expression*, in DIXON R., GINSBURG T. (a cura di), *Research Handbook in Comparative Constitutional Law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2011.
- STONE G.R., SEIDMAN L.M., SUNSTEIN C.R., TUSHNET M.V., *Constitutional Law*, Boston-Toronto-Londra, Little Brown, 1991.
- STORING H. G., DRY M., *The Anti-Federalist: An Abridgment of the Complete Anti-Federalist*, Chicago, University of Chicago Press, 1985.
- SULLIVAN K.M., *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, in 106 *Harv. L. Rev.* 22, 1992.
- SULLIVAN K.M., *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, in 63 *U. Colo. L. Rev.* 293, 1992.
- SUNSTEIN C.R., *Democracy and The Problem of Free Speech*, New York, Simon & Schuster, 1995.
- SWACK C., *Safeguarding Artistic Creation and the Cultural Heritage: A Comparison of Droit Moral Between France and the United States*, in 22 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 361, 1998.
- SYVERSON K., *Freedom to Express a Biological Construct: The Case for First Amendment Protection of Bioart*.
- TRIBE L.H., *American Constitutional Law*, Mineola-New York, The Foundation Press Inc., 1988.
- TRIBE L.H., *Constitutional Choices*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1984.
- TUSHNET M.V., *Art and the First Amendment*, in 35 *Columbia Journal of Law & the Arts* 169, 2012.
- TUSHNET M.V., *Referring to foreign law in constitutional interpretation: an episode in the culture wars*, in 35 *U. Balt. L. Rev.* 299, 2005-2006.
- TUSHNET M.V., *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 108, No. 6, Apr. 1999, pp. 1225-1309.
- TWINING W., MIERS D., *Come far cose con regole* (1982), Milano, Giuffrè, 1990.
- VALENTIN P., *European definition of art is absurd*, in *The Art Newspaper*, 13 gennaio 2011.
- VALENTINI C., *Le ragioni della Costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2011.
- VARANO V., BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, Giappichelli, 2014.
- VESPAZIANI A., *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2002.

- WALLIS B., WEEMS M., YENAWINE P., *Art Matters: How the Culture Wars Changed America*, New York, New York University Press, 1999.
- WERHAN K., *Freedom of Speech*, Westport, Greenwood Publishing Group, 2004.
- WEAVER R.L., LIVELY D.E., *Understanding the First Amendment*, New Providence-San Francisco, Matthew Bender, 2012.
- WECHSLER, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in 73 *Harv. L. Rev.* 1959.
- WEINSTEIN J., *The Story of Masses Publishing Co. v. Patten: Judge Learned Hand, First Amendment Prophet*, First Amendment Stories, Richard Garnett and Andrew Koppelman, eds., Foundation Press, 2011.
- WEITZ M., *The Role of Theory on Aesthetics*, in 15 *J. Aesthetics & Art Criticism* 27, 1956.
- WITTGENSTEIN L., *Philosophical Investigations*, Oxford, Blackwell, 1953.
- YEN A.C., *Copyright Opinions and Aesthetic Theory*, in 71 *S. Cal. L. Rev.* 247, 1998.
- YOUNG A., *Judging the Image, Art, Value, Law*, London-New York, Routledge, 2005.
- ZAGREBELSKY G., *Diritto per: valori, principi o regole?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 31, 2002.
- ZAGREBELSKY G., *Fondata sulla Cultura, Arte, Scienza e Costituzione*, Torino, Einaudi, 2014.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.
- ZAGREBELSKY G., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, Einaudi, 2009.
- ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2009.
- ZIMMERMAN V.D.L., *The Story of Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, in GINSBURG J., DREYFUSS R. (a cura di), *Intellectual Property Stories*, New York, Foundation Press, 2005.

Indice della giurisprudenza citata

- Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977).
Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).
American Booksellers Association v. Hudnut, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985).
Am. Dairy Queen Corp. v. New Line Prods., 35 F. Supp. 2D 727 (D.Minn. 1998).
Arcara v. Cloud Books, Inc., 478 U.S. 697 (1986).
Aubin v. City of Chicago (opinione non pubblicata).
Ayres v. City of Chicago, 125 F.3d 1010 (7th Cir. 1997).
Bantam Books, Inc. v. Sullivan, 372 U.S. 58 (1963).
Barnes v. Glen Theatre Inc., 501 U.S. 560 (1991).
Barrows v. Municipal Ct., 1 Cal. 3d 821, 824, n.4 (1970).
Bery v. City of New York, 906 F. Supp. 163 (S.D.N.Y. 1995).
Bery v. City of New York, 97 F. 3d 689 (2nd Cir. 1996).
Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. 239 (1903).
Botello v. Shell Oil Co., 229 Cal. App. 3d 1130 (1991).
Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640 (2000).
Brancusi v. United States, 54 Treas. Dec. 428 (Cust. Ct. 1928).
Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).
Brandir, Int'l, Inc. v. Cascade Pac. Lumber Co., 834 F.2d 1142 (2nd Cir. 1987).
Bridges v. California, 314 U.S. 252 (1941).
Brown, Jr., Governor of California, et. al. v. Entertainment Marchants Association, et. al., 564 U.S. (2011).
Bucklew v. Hawkins, Ash Baptie & Co., 329 F.3d 923 (7th Cir. 2003).
Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony, 111 U.S. 53 (1884).
Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952).
Cahn v. Long Island Vietnam Moratorium Committee, 418 U.S. 906 (1974).
Carol Barnhart, Inc. v. Econ. Cover Corp., 773 F.2d 411 (2d Cir. 1985).
Carter v. Helmsley-Spear, Inc, 861 F. Supp. 303 (S.D.N.Y. 1994), *rev'd* 71 F.3d 77 (2d Cir. 1995), *cert. denied* 116 S. Ct. 1824 (1996).
Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).
City of Dallas v. Stanglin, 490 U.S. 19 (1989).
City of Erie v. Pap's A.M., 529 U.S. 277 (2000).
City of Lakewood v. Plain Dealer Pub Co., 486 U.S. 750 (1988).
Church of the American Knights of the Ku Klux Klan v. Kerik 356 F.3d 197 (2d Cir. 2004).
City of Renton v. Playtime Theatre, Inc., 475 U.S. 41 (1986).
Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U.S. 288 (1984).
Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).
Comedy III Productions, Inc. v. Gary Saderup, Inc., 21 P.3d 797 (Cal. 2001).
Cowgill v. California, 396 U.S. 371 (1970).

Giudicare l'arte

- Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 559 (1965).
Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919).
Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).
Downing Co. v. United States, 321 F. Supp. 1036 (Cust. Ct. 1971).
East Hartford Educ. Ass'n v. Board of Educ. of East Hartford, 562 F.2d 838 (2d Cir. 1977).
Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).
Esquire, Inc. v. Ringer, 414 F. Supp. 939 (D.D.C. 1976), 591 F.2d 796 (D.C.Cir. 1978).
ETW Corp. v. Jireh Publishing, Inc., 332 F.3d 915 (6th Cir. 2003).
Farrell v. Iowa, 418 U.S. 907 (1974).
Frohwerk v. United States, 249 U.S. 204 (1919).
Gegenhuber v. Hystopolis Productions, Inc., 660 N.E.2d 107 (1st Cir. 1995).
Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629 (1968).
Ginzburg v. United States, 383 U.S. 463 (1966).
Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925).
Gracen v. Bradford Exch., 698 F.2d 300 (7th Cir. 1983).
Gregory v. City of Chicago, 394 U.S. 111 (1969).
Guglielmi v. Spelling-Goldberg Productions, 25 Cal. 3D 860 (1979).
Haberman v. Hustler Magazine, Inc., 626 F. Supp. 201 (D.Mass. 1986).
Hannegan v. Esquire, Inc., 327 U.S. 146 (1946).
Hart v. Electronic Arts, Inc., 717 F.3d 141 (3d Cir. 2013).
Heffernan v. Thomas, 418 U.S. 908 (1974).
Hoepker v. Kruger, 200 F. Supp. 2D 340 (S.D.N.Y. 2002).
Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, 515 U.S. 557 (1995).
Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).
Interstate Circuit v. City of Dallas, 390 U.S. 676 (1968).
Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184 (1964).
Jacobs, Inc. v. Westloaks Realtors, Inc., 159 Cal. App. 3d 637 (1984).
Jenkins v. Georgia, 418 U.S. 153 (1974).
Joyce v. United States, 454 F.2d 971, 987 (D.C. Cir. 1971), *cert. denied*, 405 U.S. 969 (1972).
Kaplan v. California, 413 U.S. 115, 119 (1973).
Kieselstein-Cord v. Accessories by Pearl, Inc., 632 F.2d 989 (2d Cir. 1980).
Kleinman v. City of San Marcos, 597 F.3d 323 (5th Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S. Ct. 159 (2010).
Konigsberg v. State Bar of California, 366 U.S. 36 (1961).
Korn v. Elkins, 317 F. Supp. 138 (D. Md. 1970).
Leibovitz v. Paramount Pictures Corporation, 137 F.3d 109 (2nd Circ. 1998).
Martin v. City of Indianapolis, 192 F.3d 608 (7th Cir. 1999).
Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).
Massachusetts v. Oakes, 491 U.S. 576 (1989).
Masses Publishing Co. v. Patten, 244 F. 535 (S.D.N.Y. 1917).
Mastrovincenzo v. City of New York, 313 F. Supp. 2d 280 (S.D.N.Y., 2004).
Mastrovincenzo v. City of New York, 435 F.3d 78 (2nd Cir. 2006).
Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc., 296 F.3d 894 (9th Cir. 2002).
Mattel, Inc. v. Walking Mountain Productions, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003).
Mazer v. Stein, 347 U.S. 201 (1954).
Memoirs v. Massachusetts, 383 U.S. 413 (1966).
Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).
Miller v. Civil City of South Bend, 904 F.2d 1081 (7th Cir. 1990).
Mills v. Alabama, 384 U.S. 214 (1966).
Mishkin v. New York, 383 U.S. 502 (1966).

Lucrezia Palandri

- Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943).
Mutual Film Corp. v. Industrial Comm'n of Ohio, 236 U.S. 230 (1915).
National Endowment for the Arts v. Finley, 100 F. 3d 671 (9th Cir. 1996), 524 U.S. 569 (1998).
Nat'l Socialist Party of Am. v. Village of Skokie, 432 U.S. 43 (1977).
National Theme Productions, Inc., v. Jerry B. Beck, Inc., 696 F.Supp. 1348 (1988).
New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982).
New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).
Ohralik v. Ohio State Bar Ass'n, 436 U.S. 447 (1978).
Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937).
Paris Adult Theatre v. Slaton, 413 U.S. 49 (1973).
Parkersburg Builder Material Co. v. Barrack, 192 S.E. 291 (W. Va. 1937).
Parks v. LaFace Records, 76 F. Supp. 2D 775 (E.D. Mich. 1999), *rev'd* 329 F. 3D 437 (6th Cir. 2003).
Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454 (1907).
People v. Radich, 26 N.Y.2d 114 (1970).
People v. Saul, 2004 N.Y. Misc. LEXIS 97, 2004 N.Y. Slip Op. 24044 (Crim. Ct. Feb. 19, 2004).
People v. Vaughan, 514 P.2d 1318 (Sup. Ct. Colo. 1973).
People v. Von Rosen, 147 N.E.2d 327 (Ill. 1958).
Piarowski v. Illinois Community College, 759 F.2d 625 (7th Cir. 1985).
Pierce v. United States, 252 U.S. 239 (1920).
Pivot Point Int'l, Inc. v. Charlene Prods, Inc., 372 F.3d 913 (7th Cir. 2004).
Police Department of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92 (1972).
Pollara v. Seymour, 150 F.Supp.2d 393 (N.D.N.Y.2001).
Pope v. Illinois, 481 U.S. 497 (1987).
R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).
Radich v. New York, 401 U.S. 531 (1971).
Redrup v. New York, 386 U.S. 767 (1967).
Regina v. Hicklin, L.R. 3 Q.B. 360 (1868).
Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997).
Rogers v. Grimaldi, 875 F.2d 994 (2nd Cir. 1989).
Rogers v. Koons, 960 F. 2d 301 (2nd Cir. 1992).
Rosen v. United States, 161 U.S. 29 (1896).
Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957).
Schad v. Mountain Ephraim, 452 U.S. 61 (1981).
Schaefer v. United States, 251 U.S. 466 (1920).
Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).
Scott v. Dixon, 309 F. Supp. 2d 395 (E.D.N.Y. 2004).
Serra v. United States Gen. Servs. Admin., 667 F. Supp. 1042 (S.D.N.Y. 1987) *aff'd* 847 F.2d 1045 (2d Cir. 1988).
Shuttlesworth v. Birmingham, 394 U.S. 147 (1969).
Silberman v. Innovation Luggage Inc., 67 U.S.P.Q.2d 1489 (S.D.N.Y. 2003).
Smith v. Goguen, 415 U.S. 566 (1974).
Southeastern Promotions v. Conrad, 420 U.S. 546 (1975).
Speiser v. Randall, 357 U.S. 513 (1958).
Spence v. Washington, 418 U.S. 405 (1974).
Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969).
State v. Farrell, 209 N.W.2d 103 (Sup. Ct. Iowa 1973).
Street v. New York, 394 U.S. 576 (1969).
Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931).

Giudicare l'arte

- Sutherland v. Illinois*, 418 U.S. 907 (1973).
Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).
Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503 (1969).
Trademark Cases, 100 U.S. 82 (1879).
Trimble v. Gordon, 430 U.S. 762 (1977).
Turner Broad Sys. v. F.C.C., 512 U.S. 622 (1994).
Twin Peaks Prods., Inc. v. Publ'ns Int'l, Ltd., 996 F.2d 1366 (2d Cir.1993).
United States v. Bennett, 24 F. Cas. 1093 (C.C.S.D.N.Y. 1879).
United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).
United States v. 12 200-ft. Reels of Super 8MM. Film, 413 U.S. 123 (1973).
United States v. Ehrlich, 22 C.C.P.A. 1 (1934).
United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).
United States v. Olivotti, 7 Ct. Cust. 46 (1916).
United States v. One Book Entitled Ulysses by James Joyce, 72 F.2d 705, (2nd Cir. 1934).
United States v. Perry, 146 U.S. 71 (1892).
United States v. Playboy Entertainment Group, 529 U.S. 803 (2000).
United States ex rel. Radich v. Criminal Court, 385 F. Supp. 165 (S.D.N.Y. Nov. 7, 1974).
United States v. Schwimmer, 279 U.S. 644 (1929).
United States ex rel. Milwaukee Social Democratic Publishing Co. v. Burleson, 255 U.S. 407 (1921).
Van Slyke v. Texas, 418 U.S. 907 (1974).
Vargas v. Esquire, Inc., 164 F. 2d 522 (7th Cir. 1947).
Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003).
Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781 (1989).
West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).
Winters v. New York, 333 U. S. 507 (1948).
Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927).
Young v. Am. Mini Theatres, Inc., 427 U.S. 50 (1976)
Yurkew v. Sinclair, 495 F. Supp. 1248 (D. Minn. 1980).
Zacchini v. Scripps-Howard Broad. Co., 433 U.S. 562 (1977).
Zalewska v. County of Sullivan, 316 F.3d 314 (2d Cir. 2003).

PREMIO TESI DI DOTTORATO

ANNO 2007

- Bracardi M., *La Materia e lo Spirito. Mario Ridolfi nel paesaggio umbro*
Coppi E., *Purines as Transmitter Molecules. Electrophysiological Studies on Purinergic Signalling in Different Cell Systems*
Mannini M., *Molecular Magnetic Materials on Solid Surfaces*
Natali I., *The Ur-Portrait. Stephen Hero ed il processo di creazione artistica in A Portrait of the Artist as a Young Man*
Petretto L., *Imprenditore ed Università nello start-up di impresa. Ruoli e relazioni critiche*

ANNO 2008

- Bemporad F., *Folding and Aggregation Studies in the Acylphosphatase-Like Family*
Buono A., *Esercito, istituzioni, territorio. Alloggiamenti militari e «case Herme» nello Stato di Milano (secoli XVI e XVII)*
Castenasi S., *La finanza di progetto tra interesse pubblico e interessi privati*
Colica G., *Use of Microorganisms in the Removal of Pollutants from the Wastewater*
Gabbiani C., *Proteins as Possible Targets for Antitumor Metal Complexes: Biophysical Studies of their Interactions*

ANNO 2009

- Decorosi F., *Studio di ceppi batterici per il biorisanamento di suoli contaminati da Cr(VI)*
Di Carlo P., *I Kalasha del Hindu Kush: ricerche linguistiche e antropologiche*
Di Patti F., *Finite-Size Effects in Stochastic Models of Population Dynamics: Applications to Biomedicine and Biology*
Inzitari M., *Determinants of Mobility Disability in Older Adults: Evidence from Population-Based Epidemiologic Studies*
Macri F., *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*
Pace R., *Identità e diritti delle donne. Per una cittadinanza di genere nella formazione*
Vignolini S., *Sub-Wavelength Probing and Modification of Complex Photonic Structures*

ANNO 2010

- Fedi M., *«Tuo lumine». L'accademia dei Risvegliati e lo spettacolo a Pistoia tra Sei e Settecento*
Fondi M., *Bioinformatics of genome evolution: from ancestral to modern metabolism. Phylogenomics and comparative genomics to understand microbial evolution*
Marino E., *An Integrated Nonlinear Wind-Waves Model for Offshore Wind Turbines*
Orsi V., *Crisi e Rigenerazione nella valle dell'Alto Khabur (Siria). La produzione ceramica nel passaggio dal Bronzo Antico al Bronzo Medio*
Polito C., *Molecular imaging in Parkinson's disease*
Romano R., *Smart Skin Envelope. Integrazione architettonica di tecnologie dinamiche e innovative per il risparmio energetico*

ANNO 2011

- Acciaioli S., *Il trompe-l'œil letterario, ovvero il sorriso ironico nell'opera di Wilhelm Hauff*
Bernacchioni C., *Sfingolipidi bioattivi e loro ruolo nell'azione biologica di fattori di crescita e citochine*
Fabbri N., *Bragg spectroscopy of quantum gases: Exploring physics in one dimension*
Gordillo Hervás R., *La construcción religiosa de la Hélade imperial: El Panhelenion*
Mugelli C., *Indipendenza e professionalità del giudice in Cina*
Pollastri S., *Il ruolo di TAF12B e UVR3 nel ciclo circadiano dei vegetali*
Salizzoni E., *Paesaggi Protetti. Laboratori di sperimentazione per il paesaggio costiero euro-mediterraneo*

ANNO 2012

- Evangelisti E., *Structural and functional aspects of membranes: the involvement of lipid rafts in Alzheimer's disease pathogenesis. The interplay between protein oligomers and plasma membrane physicochemical features in determining cytotoxicity*
- Bondi D., *Filosofia e storiografia nel dibattito anglo-americano sulla svolta linguistica*
- Petrucci F., Petri Candidi Decembrii *Epistolarum iuveniliū libri octo*. A cura di Federico Petrucci
- Alberti M., *La 'scoperta' dei disoccupati. Alle origini dell'indagine statistica sulla disoccupazione nell'Italia liberale (1893-1915)*
- Gualdani R., *Using the Patch-Clamp technique to shed light on ion channels structure, function and pharmacology*
- Adessi A., *Hydrogen production using Purple Non-Sulfur Bacteria (PNSB) cultivated under natural or artificial light conditions with synthetic or fermentation derived substrates*
- Ramalli A., *Development of novel ultrasound techniques for imaging and elastography. From simulation to real-time implementation*

ANNO 2013

- Lunghi C., *Early cross-modal interactions and adult human visual cortical plasticity revealed by binocular rivalry*
- Brancaleoni I., *Architettura e Illuminismo. Filosofia e progetti di città nel tardo Settecento francese*
- Cucinotta E., *Produzione poetica e storia nella prassi e nella teoria greca di età classica*
- Pellegrini L., *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*
- Locatelli M., *Mid infrared digital holography and terahertz imaging*
- Muniz Miranda F., *Modelling of spectroscopic and structural properties using molecular dynamics*
- Bacci M., *Coarse-grained molecular dynamics and continuum models for the transport of protein molecules*
- Martelli R., *Characteristics of raw and cooked fillets in species of actual and potential interest for Italian aquaculture: rainbow trout (*Oncorhynchus mykiss*) and meagre (*Argyrosomus regius*)*

ANNO 2014

- Lana D., *A study on cholinergic signal transduction pathways involved in short term and long term memory formation in the rat hippocampus. Molecular and cellular alterations underlying memory impairments in animal models of neurodegeneration*
- Lopez Garcia A., *Los Auditoria de Roma y el Athenaeum de Adriano*
- Pastorelli G., *L'immagine del cane in Franz Kafka*
- Bussoletti A., *L'età berlusconiana. Il centro-destra dai poli alla Casa della Libertà 1994-2001*
- Malavolti L., *Single molecule magnets sublimated on conducting and magnetic substrates*
- Belingardi C., *Comunanze urbane. Autogestione e cura dei luoghi*
- Guzzo E., *Il tempio nel tempio. Il monumento ligneo a Jean-Jacques Rousseau nel Panthéon di Parigi, dalla capanna vitruviana ai Lumi francesi*

ANNO 2015

- Lombardi N., *MEREFaPS: uno Studio di Farmacovigilanza Attiva e Farmacoepidemiologia in Pronto Soccorso*
- Baratta L., *«A Marvellous and Strange Event». Nascite mostruose nella street literature dell'Inghilterra della prima età moderna*
- Richichi I.A., *La teocrazia: crisi e trasformazione di un modello politico nell'Europa del XVIII secolo*
- Palandri L., *I giudici e l'arte. Stati Uniti ed Europa a confronto*
- Caselli N., *Imaging and engineering optical localized modes at the nano scale*
- Calabrese G., *Study and design of topologies and components for high power density dc-dc converters*
- Porzilli S., *Rilevare l'architettura in legno. Protocolli metodologici per la documentazione delle architetture tradizionali lignee: i casi studio dei villaggi careliani in Russia*

