

*uomini*¹⁷. Searle per arrivare a questa conclusione parte dall'idea di "funzione di status", ossia gli status che vengono assegnati dalla collettività a degli oggetti e cita come esempio proprio: «Questo pezzo di carta è denaro». Io credo che il diritto abbia una parte molto importante nella creazione dell'intenzionalità collettiva nelle società moderne (d'altro canto anche Searle ci dice che la creazione della funzione di status sono create nel quadro di istituzioni e a causa di regole costitutive (non regolative)). Come ci ricorda Irti¹⁸ a proposito del diritto e del mercato, i mercati non potrebbero esistere senza il diritto, così credo che la moneta e le sue funzioni si basino su relazioni giuridicamente rilevanti. Le regole costituiscono ciò che è moneta perché le attribuiscono la funzione di moneta in una determinata società e in una determinata fase storica.

Non fungible token e diritto di proprietà

GIULIANO LEMME

1. L'arte ha un fortissimo significato simbolico.

Questo dato di fatto appare così scontato, che sembrerebbe persino difficile commentarlo e spiegarne i motivi; sta di fatto, che l'arte rappresenta una tensione morale della specie umana verso la rappresentazione del reale. Persino le forme artistiche più astratte (la musica, ad esempio) aderiscono in realtà a questo paradigma; non a caso cito la musica, una delle grandi passioni di Paolo Ferro-Luzzi, cui questo scritto è doverosamente dedicato.

Il forte simbolismo legato all'arte porta con sé una valutazione del ruolo dell'artista, che di volta in volta, nei secoli, finisce per assumere un carisma ai limiti del divino; si pensi, tra l'altro, al forte legame che, in tutte le culture, esiste tra arte e religione. L'artista, dunque, può essere visto come un intermediario tra l'Uomo e la divinità, e al tempo stesso un interprete del potere politico (sia quando vi si opponga, che quando vi aderisca).

¹⁷ SEARLE, *Che cos'è il denaro*, in *Il denaro e i suoi inganni*, Torino, 2018, pp. 5 ss.

¹⁸ IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2003, *passim*.

L'inerenza dell'arte al potere, nel senso non univoco sopra identificato, ma soprattutto la repressione della libertà artistica e scientifica nel periodo fascista, hanno portato la nostra Costituzione a contemplare, all'art. 33, co. 1, un principio di fondamentale importanza: «*L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento*».

Come tutte le norme costituzionali, quella dell'art. 33 è dotata di una forte astrattezza: non definisce l'arte, né cosa debba intendersi, nel contesto, per "libertà".

La stessa classificazione dei campi artistici, tentata in epoca illuministica da Charles Batteux, ha dovuto via via aggiornarsi con le nuove arti create dalla tecnologia: fotografia, cinema ed oggi videogiochi, nuove *performing arts* e *computer art*, creando un contesto di assoluta indeterminazione anche sotto questo profilo.

È dunque evidente che l'arte, la sua promozione, la sua tutela, sono compiti affidati alla Repubblica (e dunque, *in primis* ma non solo, alle strutture pubbliche, che sono tenute ad interagire con i privati). Ma se l'arte non è definibile *a priori*, tale compito appare spesso arduo, per la difficoltà di determinare l'oggetto dell'azione pubblica.

Analogamente, se l'artista è proclamato "libero" (in particolare, di manifestare il suo pensiero "qualificato" senza incontrare i limiti previsti dall'art. 21 Cost.) ci si scontra anche in questo caso con la difficoltà di discriminare tra ciò che è pensiero artistico (e dunque, quasi assolutamente libero) e ciò che è pensiero "comune" (e dunque, solo relativamente libero).

Se la classificazione di Batteux poteva se non altro delimitare il problema ad una analisi per certi aspetti solo quantitativa (quanto deve essere pregevole un'opera letteraria, per essere considerata artistica?) il moltiplicarsi delle forme d'arte pone un problema anche di tipo più strettamente qualitativo, dovendo di volta in volta verificarsi se una particolare forma espressiva possa essere annoverata tra le arti.

2. A questo dato si aggiunge, in tempi recenti, la progressiva smaterializzazione delle arti, che possono essere del tutto prive di un supporto fisico.

Se qualcuno obiettasse che questo era già vero, ad esempio, per la musica, potrebbe replicarsi che quest'ultima è pur sempre formata da suoni, che hanno una "dimensione" fisica (le onde sonore); il che si contrappone ad alcuni clamorosi esempi, come il "Cubo invisibile" di De Dominicis o (forse meno nobilmente) alle sculture invisibili di Garau.

Il processo di smaterializzazione dell'arte porta anche a forme di contaminazione: è arduo dire se le *performance* di Marina Abramovic

appartengano alle arti figurative, tra le quali sono in genere ricomprese, o al teatro.

Esse sono comunque caratterizzate dalla irripetibilità e dalla intransmissibilità, in quanto non replicabili (due performance dello stesso artista avranno sempre delle piccole o grandi differenze) e non cedibili a terzi. Solo in tempi recentissimi, come nell'esempio (citato) di Garau, si è peraltro iniziato a rompere a livello generale il tabù della incommerciabilità dell'arte figurativa. Come noto, *Io sono* (2020) è una «*scultura immateriale da collocare in abitazione privata entro uno spazio libero da qualsiasi ingombro*», entro le “dimensioni variabili” di cm. 150 x 150. L'opera viene venduta con un certificato di autenticità firmato dall'artista, ed è stata aggiudicata per circa 15.000 euro.

Non solo, dunque, l'opera viene dematerializzata, ma l'apporto dell'artista si limita a garantirne l'autenticità ai fini commerciali. La creazione viene venduta, al contrario di quanto – ad esempio – accade per il *know-how*, non ai fini produttivi, ma in quanto l'idea artistica assume valore autonomo dall'esistenza di un oggetto o di qualsiasi manifestazione tangibile. L'opera, se di opera si vuole parlare, coincide dunque con la descrizione contenuta nel certificato di autenticità. Può essere a propria volta ceduta dall'acquirente, tramite la cessione del certificato, che diviene così una sorta di documento di legittimazione o di titolo improprio (art. 2002 c.c.).

3. Da questa evoluzione del concetto stesso di arte, che sempre più spesso si interseca con la tecnologia, nasce una possibile, estrema applicazione: i *Non Fungible Tokens* (NFT), che nascono nell'ambiente degli *smart contracts* creati nell'ambito della piattaforma Ethereum.

Gli NFT si basano su alcune caratteristiche della moneta di tipo *token*, ma al contrario di questa non sono per definizione fungibili, finendo per l'assumere una funzione del tutto diversa.

Sebbene alcuni li qualifichino come una forma peculiare di criptovaluta, gli NFT ne differiscono in maniera fondamentale proprio per la non fungibilità. Potremmo insomma paragonarli a dei “beni” (ma, come vedremo, questa qualificazione non è del tutto esatta) producibili in maniera semplice e seriale, che mantengono però una individualità specifica e che possono essere rappresentati sotto forma di valore. Inoltre, può per essi individuarsi con chiarezza un proprietario, e la proprietà può essere trasferita attraverso uno *smart contract*; essi, dunque, sono suscettibili di scambio.

È ovvio che lo scopo primario del NFT sia quello di investimento; il problema è che la stessa nozione di “individuazione del proprietario”

è in realtà più sfumata di quanto possa apparire. È vero che alla base degli NFT c'è una *blockchain* ed uno *smart contract*; ma è anche vero che la validità di quest'ultimo può essere limitata ad una piattaforma specifica, e non riconosciuta altrove. Poiché il contratto assume efficacia di legge tra le sole parti (art. 1372 c.c.), potremmo inferire che tale efficacia possa essere estesa ai partecipanti ad una determinata piattaforma (che ne accettano le condizioni generali) ma non valga al di fuori di essa, con la conseguenza che lo stesso concetto di proprietà, non essendo opponibile *erga omnes*, finisce per essere estremamente ambiguo e sfumato.

Anche se parte della dottrina lo ha sostenuto, non possono a mio avviso ricomprendersi gli NFT tra le fattispecie regolate del Regolamento UE sulle criptoattività (Market in Crypto-Assets Regulation, in breve MiCAR). Infatti, il Regolamento è volto a normare l'emissione dei *tokens*, classificandoli in varie forme: *token* collegati ad attività, *token* di moneta elettronica, *utility token*. Se pertanto ritenessimo che, ad esempio, gli NFT possano qualificarsi come *utility tokens*, sarebbe applicabile una serie di regole sugli emittenti, soggetti a regime di vigilanza e autorizzazione.

In generale, gli NFT non sono tuttavia sussumibili nelle categorie individuate dal MiCAR. Escluso che possano essere *token* di moneta elettronica o *token* collegati ad attività (non avendo alcun collegamento a monete o a merci, a meno, ma non lo credo, che un pugno di pixel possa definirsi una "merce") va anche escluso che possano esser *utility tokens*, non essendo condizione d'accesso ad un bene o servizio, ma soprattutto mancando del carattere di fungibilità, requisito dei *tokens* oggetto del MiCAR. Potrebbero, al limite, esserci dubbi per i *token* che permettono di accedere ad un videogioco, qualificabili come *utility token* che danno diritto ad una prestazione verso l'emittente. Tuttavia, ho già altrove sostenuto (e ribadisco) che lo scopo del MiCAR non fosse quello di regolare le fattispecie quali gli NFT, quantomeno nelle forme più comuni nelle quali si stanno sviluppando. Su questa stessa linea si è peraltro posta gran parte della dottrina.

Chiarite così le basi del fenomeno degli NFT, è noto che essi hanno avuto diffusione particolarmente in ambito "artistico"; per essere più specifici, la loro struttura è stata utilizzata per "produrre" quelle che vengono qualificate come "opere d'arte".

La prima "opera d'arte" in NFT è l'ormai celebre progetto "Crypto-Punks", concepito da Larva Labs, e consistente in 10.000 "ritratti" in bassissima definizione generati casualmente da un algoritmo. I ritratti sono stati incorporati in un NFT, contenente un certificato di proprietà che

può essere acquistato da un soggetto che, a quel punto, può vantare di esserne unico proprietario e cederlo a propria volta a terzi.

Si tratta (e penso di poterlo affermare in senso oggettivo, per quanto possa esserlo l'arte) di opere prive di alcun pregio creativo, ma il cui prezzo di vendita ha raggiunto cifre ben superiori al milione di dollari USA; mentre le opere di Mike Winkelmann, in arte Beeple, un *digital designer* classe 1981, che pure hanno ambizioni artistiche, hanno raggiunto cifre superiori ai settanta milioni di dollari USA.

La domanda di fondo, comunque, rimane quella sulla possibilità, alla luce della continua evoluzione della percezione di ciò che è artistico e ciò che non lo è, di considerare effettivamente gli NFT come "opere d'arte", come tali soggette, ad esempio, all'art. 33, co. 1., Cost.

Dal punto di vista strettamente giuridico, va preliminarmente chiarito, anzitutto, che nell'NFT ad essere trasferito è il diritto di proprietà sull'opera immateriale, e non il diritto d'autore, che resta in capo all'emittente/artista. Questa è caratteristica di ogni d'opera d'arte, anche materiale, e dunque di per sé non nega una eventuale natura artistica degli NFT; i quali possono essere usati anche per conferire la proprietà sulla rappresentazione digitale di un'opera fisica (come avvenuto per la digitalizzazione in NFT del Tondo Doni di Michelangelo da parte degli Uffizi o, recentissimamente, per l'opera PX4882E del *digital artist* italiano Skygolpe, il quale ha venduto, assieme all'NFT, un proprio disegno "fisico", aggiudicato da Christie's nel luglio 2022 per 69.300 dollari ovvero su un'opera creata in alternativa all'NFT).

È altresì da notare che, certamente, l'NFT, con il suo certificato di autenticità e provenienza garantito dalla blockchain, fornisce da questo punto di vista garanzie giuridiche ben più efficaci rispetto ai certificati rilasciati nel caso di vendita di opere d'arte tradizionali.

Sotto questo profilo, sempre parlando sotto un profilo di stretto diritto, sembrerebbe non esservi una radicale incompatibilità tra arte e NFT "artistici".

4. Se però, dal piano giuridico, passiamo a quello estetico, le cose cambiano radicalmente, e le conseguenze, in una sorta di moto circolare, non possono che riflettersi a propria volta sulla valutazione di diritto.

L'opera d'arte, infatti, si compone essenzialmente di due elementi: un valore estetico, ed un valore materiale. Possiamo, al limite, prescindere dal secondo (come nelle *performance*), ma mai dal primo: un'arte priva di estetica, per definizione, è altro. Attenzione: non importa che un'opera d'arte sia più o meno pregevole: deve semplicemente essere percepibile, almeno da un certo numero di soggetti, come tale.

Non importa neppure il *medium* attraverso il quale il pensiero artistico viene manifestato; ho più volte sottolineato, occupandomi del tema, che l'art. 33, co. 1., Cost. non sia altro che un rafforzamento del principio di libera manifestazione del pensiero stabilito in generale dall'art. 21 Cost., con la conseguente applicabilità della locuzione «*con ogni altro mezzo espressivo*».

Non importa, infine, neppure che l'opera d'arte possa essere creata tramite un algoritmo, nella misura in cui vi siano uno o più esseri umani che l'abbiano programmato; ho qualche dubbio in più sulle opere "create" dall'intelligenza artificiale, ma non è questa la sede per parlarne.

Il problema, semmai, è che chi acquista un'opera o assiste ad una *performance* gode di un privilegio unico: quello della esclusività. Non importa che questa sia condivisa: chi va al cinema acquista un biglietto per godere dell'opera filmica, così come fa chi va a teatro per assistere alla messa in scena di una tragedia; chi vuole leggere un libro lo acquista.

Negli NFT, lo schema è diverso: chiunque può vederli e comunque percepirla, ma un solo soggetto può dichiararsene proprietario, perché la "proprietà" non attiene all'opera in sé, intesa come dato percepibile (un grafico, un suono, un filmato) ma ai dati e allo *smart contract* che la rappresentano.

Il solo paragone che si potrebbe fare riguarda l'opera esposta in un museo: tutti la possono vedere, ma solo il museo ne è proprietario. Soltanto che anche in questo caso il paragone regge sino ad un certo punto: il museo acquista le opere proprio allo scopo di consentirne la fruizione. L'acquirente di un NFT le acquista semplicemente per fare un investimento, ma non può impedire, se non in casi circoscritti, la percepibilità (e dunque la fruizione altrui) dell'opera.

Si potrebbe obiettare, a tal proposito, che vi sono molti privati che acquistano opere a puro scopo di investimento; in tal caso, tuttavia, le opere sono normalmente fruibili unicamente dal proprietario, e non da parte di chiunque disponga di una connessione internet.

Insomma, gli NFT sembrano adattarsi davvero poco, sia sotto il profilo soggettivo, che oggettivo, alla definizione di opera d'arte; tanto che, per alcuni (e il dato, mi sembra, è particolarmente significativo) con la "vendita" non si cede un NFT, quanto una sorta di licenza a dichiararsene proprietario, ed eventualmente a trasferirne ad altri la proprietà.

Potremmo tentare di risolvere il problema, considerando l'NFT semplicemente come un modo per vendere un'opera, ossia nella sua essenza di *smart contract*. Tuttavia, ciò appare contraddittorio, perché non si comprenderebbe, allora, quale sia l'oggetto della vendita, a meno di

identificarlo (ma questo, evidentemente, crea un circolo vizioso) con i dati che tutti possono scaricare gratuitamente.

Posto in altri termini: di quale vantaggio percettivo (e, dunque, estetico) gode il proprietario di una delle faccine di CryptoPunks, acquistata per oltre sette milioni di dollari, rispetto a me, che l'ho scaricata per mostrarla ai miei studenti durante una lezione?

I dati, i pixel, sono esattamente i medesimi; entrambi possiamo accedervi nello stesso, identico modo, e il "proprietario" non può godere in modo pieno ed esclusivo del bene. Il suo solo diritto è quello di disporre per un corrispettivo economico, ma non può impedire a qualsiasi altro di appagare, nelle identiche sue modalità, la propria esigenza estetica.

Ebbene, è inevitabile, a questo punto, richiamare il sottile e logicamente ineccepibile ragionamento di Paolo Ferro-Luzzi sulla peculiarità della moneta. Dal momento che l'art. 832 c.c. attribuisce al proprietario il diritto di godere – appunto – in modo pieno ed esclusivo del bene, oltre che di disporre, può la moneta considerarsi un bene, dal momento che non è configurabile, rispetto ad essa, un diritto di godimento, ma solo un potere di disposizione? In altri termini: se, al contrario di ogni altro bene, la moneta esaurisce la sua funzione nell'atto dispositivo, può essa essere ricompresa tra le "cose che possono formare oggetto di diritti" di cui all'art. 810 c.c.?

In maniera del tutto analoga, gli NFT possono essere ceduti ad altri per un corrispettivo, ma non se ne può essere veramente proprietari, in quanto la loro essenza è esclusivamente un valore destinato (auspicabilmente) ad incrementarsi, ai fini di una eventuale cessione a terzi o (come per la moneta) ai fini di accantonamento di risparmio (ma ho dubbi su quest'ultima funzione, vista la forte volatilità ed il valore essenzialmente speculativo dello strumento).

La forte analogia, sotto questo unico profilo, tra NFT e moneta, mi porta a concludere che, se è arduo configurare un pieno diritto di proprietà per quest'ultima, altrettanto lo è per gli NFT.

5. Un'ultima, finale considerazione.

Proprio nel campo artistico si ha la sublimazione, in un certo senso, dell'aspirazione dell'essere umano al godimento estetico, che per certi aspetti si astrae dal valore. Pensiamo alla musica, o alla letteratura, nella quale il proprietario del supporto fisico (disco o file, libro) non riconnette tanto un valore alla possibilità di disporre del bene, quanto del poterne direttamente godere. Nell'arte, specie in quella non figurativa, vi è dunque un sostanziale ribaltamento del tradizionale binomio

godimento-disposizione, nel quale il primo prevale di gran lunga sulla seconda.

Anche sotto questo profilo, dunque, gli NFT sono per certi versi la negazione dell'arte, essendo per essi del tutto secondario, quando non totalmente assente, l'elemento del godimento.

Paolo Ferro-Luzzi, oltre ad essere un Maestro del diritto, era, come noto a chi ha avuto la fortuna di conoscerlo, un amante delle arti. Ho la presunzione di immaginare che, assistendo alla ascesa degli NFT come pretese forme di creatività artistica, avrebbe espresso opinioni non troppo differenti da quelle del suo allievo, autore di questo articolo.

L'oggetto del contratto, l'oggetto nel contratto e il rischio finanziario

ALBERTO LUPOI

Una conversazione con il Professore, inerente il contratto di apertura di credito, radicò in me un pensiero, che ho sviluppato solo diversi anni dopo. La sua osservazione, a memoria, fu la seguente: è sufficiente che in un contratto di apertura di credito, immutate tutte le altre condizioni, muti la sola clausola che regola il termine del contratto e di conseguenza muta la funzione economica dell'intero contratto. Cioè, in questa tipologia di contratto, muta l'oggetto del contratto, che è identificato unicamente nelle clausole del contratto stesso, non essendoci un oggetto all'esterno del contratto, cioè nel mondo reale; dunque la modifica di alcune clausole importa la modifica dell'oggetto.

In effetti, se un'apertura di credito, a parità di tutte le altre condizioni, è a tempo determinato o a tempo indeterminato, ciò non afferisce solo il termine del contratto in quanto tale e le modalità di adempimento, bensì la stessa natura del contratto. La messa a disposizione di una somma a tempo indeterminato è un tipo di rischio per la banca, diverso da una messa a disposizione a tempo determinato, con la conseguenza che gli accantonamenti saranno diversi e così anche il costo economico dell'operazione e in definitiva la stessa operazione. A seconda di come sia strutturata la clausola sul termine, il cliente sarà poi in grado di soddisfare esigenze specifiche diverse, perché sarà diversa la causa concreta del