

RICHARD A. EPSTEIN

LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO E TUTELA DELLA REPUTAZIONE. UNA CRITICA DI ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO ALLA VIA AMERICANA

SOMMARIO 1. Le attese riposte nella decisione *New York Times v. Sullivan* e le delusioni attuali. — 2. Le tre parti nell'illecito diffamatorio e le molteplici ipotesi di disciplina. — 3. Il contesto politico-sociale in cui venne deciso il caso *New York Times*. — 4. Il rapporto fra tutela della reputazione preventiva (sequestro) e successiva (azione per danni). — 5. Le possibili soluzioni alternative offerte alla Corte Suprema. — 6. Il contrasto fra responsabilità attenuata per la stampa e responsabilità oggettiva negli altri illeciti. — 7. L'immunità per le affermazioni diffamatorie di funzionari pubblici. — 8. Costi e benefici nella disciplina della diffamazione. — 9. Analisi economica della decisione *New York Times*: a) responsabilità e risarcimento; b) le spese legali; c) il costo dell'incertezza e del rischio; d) gli effetti sulla credibilità dei mezzi di comunicazione di massa. — 10. I costi sociali. — 11. Le prospettive di riforma. — 12. Conclusioni. La decisione *New York Times v. Sullivan* era errata.

Il saggio che segue costituisce, per l'autorevolezza dell'autore, esponente fra i più prestigiosi della scuola di analisi economica del diritto, per l'angolo visuale scelto, per le argomentazioni addotte, per la proposta di ritorno ad un regime di responsabilità oggettiva, una vera e propria svolta nella pur copiosa letteratura sull'argomento, che non mancherà di influenzare il dibattito e le decisioni future nella disciplina americana della diffamazione (tutta, va avvertito, civilistica). Queste ragioni, oltre alla circostanza che molte voci si sono levate negli ordinamenti continentali a propugnare soluzioni analoghe a quella ora vigente negli Stati Uniti, ricevendo anche un recente segnale in tal senso nella decisione del « caso Lingens » da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, più che giustificare, imponevano la ripubblicazione del lavoro del prof. Epstein.

1. LE ATTESE RIPOSTE NELLA DECISIONE *NEW YORK TIMES V. SULLIVAN* E LE DELUSIONI ATTUALI.

Vent'anni fa nel suo ormai classico saggio « *The New York Times Case: A Note on the Central Meaning of the First Amendment* », lo scomparso Harry Kalven riferiva di una conversazione sulla allora

recente decisione della Corte Suprema americana nel caso *New York Times v. Sullivan*^{1,2}. Alexander Meiklejohn, padre della moderna teoria sul I Emendamento alla Costituzione americana, aveva affermato che la decisione « era un'occasione per ballare per le strade ». Kalven aderiva a quel giudizio anche se, altrove nello stesso saggio, faceva presenti le difficoltà nel prevedere l'esatto corso che l'interpretazione del I Emendamento avrebbe assunto dopo lo storico caso. Fra le sue ipotesi egli includeva, per esempio, la previsione che la Corte Suprema avrebbe esteso la immunità introdotta con la decisione *New York Times* agli argomenti di interesse pubblico. In questo caso possiamo dire che fu solo parzialmente profetico perché la Corte prima corteggiò³ e poi rigettò⁴ questa strada nel decennio che seguì.

Nondimeno, l'incertezza di Kalven sulla portata finale della decisione non stemperò affatto la sua gioia ed il suo entusiasmo. A suo parere il principio fondamentale affermato dal caso *New York Times* era che non vi fosse posto, nell'ordinamento americano, per la diffamazione « sediziosa ». La critica delle attività governative doveva considerarsi immune sia da sanzioni penali che da azioni civili per lesione della reputazione, mentre le affermazioni di fatto false riguardanti pubblici ufficiali godevano di una esimente qualificata che le rendeva azionabili solo nel caso di « actual malice », attentamente circoscritto nella decisione sì da ricomprendere soltanto le affermazioni pubblicate « con la consapevolezza della loro falsità o con sconosciuta noncuranza rispetto alla loro eventuale falsità »⁵. Il saggio di Kalven era al tempo stesso una analisi magistratale e una disinibita celebrazione di un grande evento storico. La sua manifesta soddisfazione circa l'esito era singolarmente franca e rinfrescante nel panorama degli scritti accademici. Nel 1964 il mondo era un posto migliore dopo la pronuncia sul caso *New York Times*.

Una generazione è ormai trascorsa, e non si danza più per le strade. Retrospectivamente l'ottimismo e l'entusiasmo di Kalven sembrano essere stati fuori luogo. È considerazione comune che la preoccupazione — per non dire l'ansietà — per la minaccia che le azioni per diffamazione esercitano nei confronti della libertà di parola e della stampa è cresciuta enormemente, soprattutto nell'ultimo decennio. Se le uniche incertezze relative alla decisione *New York Times* fossero consistite nelle sue regole transitorie e nelle sue marginali

* Il presente scritto, pubblicato sul volume 53 della *University of Chicago Law Review* alla p. 782 ss. (con il titolo *Was New York Times v. Sullivan Wrong?*), è riprodotto con il cortese consenso dell'Autore. La traduzione è di Vincenzo ZENO. Titolo e tioletti dei paragrafi sono della redazione.

¹ KALVEN, *The New York Times Case: A Note on « The Central Meaning of the First*

Amendment », in 1964, *S. Ct. Rev.*, 191, 221, nt. 125.

² 376 U.S. 254 (1964).

³ *Rosenbloom v. Metromedia Inc.*, 403, U.S. 29 (1971).

⁴ *Gertz v. Robert Welch Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

⁵ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 280.

ambiguità, sarebbe dovuto accadere l'opposto. Una gran copia di casi, per chiarire i punti oscuri, negli anni immediatamente successivi alla decisione, seguiti da un periodo di stabile tranquillità. La tendenza è stata, invece, opposta: sembra ombra di dubbio la disciplina della diffamazione è assai più controversa oggi che un decennio fa⁶ anche se vi sono stati scarsi cambiamenti di rilievo nel quadro della disciplina sostanziale. Negli ultimi anni l'iniziativa di azioni per diffamazione è stata maggiore per numero e pericolosità che negli « anni bui » della disciplina di *common law*, come dimostrano i dati raccolti dal Libel Defense Resource Center, dai quali risulta il costante aumento delle cause per diffamazione, nonostante la decisione nel caso *New York Times*⁷. Vi sono attualmente un certo numero di proposte di riforma legislativa, le quali tutte cercano di fornire forme alternative di rimedio all'attuale situazione, ed alcune delle quali prospettano la possibilità di sentenze meramente dichiarative sulla verità del fatto, in concorrenza o in alternativa all'azione ordinaria⁸.

⁶ V. ad es. M. FRANKLIN, *Winners and Losers and Why: A Study of Defamation Litigation*, in 1980, *Am. B. Found. Research J.*, 457 (analisi del sistema dal 1976 al 1979).

⁷ Anche se è difficile fissare dei dati certi, il « Center » ha osservato, ad esempio, che nei dieci anni prima del caso *New York Times* solo 55 casi di diffamazione giunsero ad una sentenza della giuria, 34 in corti statali, 21 in corti federali. Di questi, 40 furono vinti dall'attore con un risarcimento medio, non rivalutato, di circa 129.000 dollari, cifra gonfiata dalla concessione di un risarcimento di più di 3 milioni di dollari nel caso *Butts v. Curtis Pub.*, 351 F. 2d 702 (5th Circ. 1965) confermato dalla Corte Suprema 388 U.S. 130 (1967). Ancorché pubblicata successivamente, la decisione fu presa prima del caso *New York Times*. Le cifre definitive sono però molto inferiori anche se non sono riportate nella ricerca del « Center ». Nel caso *Butts*, ad esempio, il giudice ridusse con il consenso dell'attore, la condanna della giuria a 460.000 dollari. La tendenza a forti riduzioni degli alti risarcimenti della giuria da parte dei giudici d'appello è proseguita anche dopo il caso *New York Times*. Dopo il 1980 il risarcimento medio concesso dalle giurie è stato intorno ai 2 milioni di dollari, con tre condanne a 25 milioni di dollari. Ma la drastica riduzione ha portato la media delle condanne definitive all'incirca a 100.000 dollari. Tra il 1980 e il 1984 sono riportati 81 casi, cioè circa 16 l'anno, confrontati con i 5 l'anno nel periodo *ante New York Times*. Molti dei casi recenti sono stati del tipo di quelli *Sha-*

ron v. Time e *Westmoreland v. CBS*, nei quali le spese legali possono facilmente ammontare a milioni di dollari. Dai dati del « Center » non risulta quanti giudizi sono iniziati, ma non giungono davanti alla giuria. Tuttavia il numero di giudizi sommari sul preliminare *fumus* dell'*actual malice* è certamente molto alto, pari forse ad oltre l'80% di tutte le cause intentate. Le spese legali, più che la condanna finale, sono chiaramente di vitale importanza per i mezzi di comunicazione di massa. I dati ora riportati sono stati illustrati in diverse relazioni presentate ad un Convegno svoltosi nel giugno del 1986 intitolato « The Cost of Libel: Economic and Policy Implications » sponsorizzato dal Gannett Center for Media studies e dal Center for Telecommunications and Information Studies della Columbia University Graduate School of Business. V. R. BEZANSON, *The Libel Litigation Process: What the Parties Want, and What the Parties Get*, in *Wm. & Mary L. Rev.* (in corso di pubblicazione); H. KAUFMAN, *Trends in Damage Awards, Insurance Premiums and the Cost of Media Libel Litigation* (manoscritto inedito depositato presso la redazione della *University of Chicago Law Review*). Quando questi scritti furono presentati al Convegno l'opinione generale era che essi riflettessero accuratamente l'attuale situazione.

⁸ V. ad es. la proposta presentata al Senato dalla California dal sen. Lockyer; la proposta presentata alla Camera dei rappresentanti nel 1985 H.R. 2846 (Schumer Study Bill); nonché un'altra proposta elaborata da Marc Franklin.

La questione che tutti si pongono è: cosa è andato storto? Perché ad una primavera di felicità senza freni è seguito un inverno di malcontento? In parte i problemi, forse, hanno poco a che vedere con la disciplina della diffamazione. L'istituto della responsabilità civile è assai più vivo oggi che una generazione fa, e abbiamo assistito ad una continua espansione della responsabilità e aumento delle sentenze di condanna in campi quali la responsabilità medica e quella per prodotti difettosi.

I mutamenti nell'area della diffamazione potrebbero semplicemente costituire il riflesso di più vaste tendenze sociali in altre aree, ed avere poco a che vedere con quanto deciso dalla Corte Suprema⁹. Vi sono molte riforme che si sarebbero dovute introdurre nella conduzione dell'istruzione probatoria, e, in generale, nella gestione del processo civile, le quali avrebbero un effetto incisivo sulla disciplina della diffamazione.

Tuttavia non è inutile centrare l'attenzione sulla disciplina della diffamazione, vista di per sé, come fonte dell'attuale malcontento, ed è questa possibilità che tenterò di seguire in questa sede. Data l'imprevista espansione nella responsabilità per diffamazione, si potrebbe sostenere che la regola fissata nel caso *New York Times* è errata perché non è andata abbastanza in fondo. In un certo senso l'eliminazione di ogni azione per diffamazione nei confronti di pubblici ufficiali costituirebbe un tardivo riconoscimento alla posizione dei giudici Black e Douglas nel caso *New York Times*, secondo la quale il I Emendamento fa divieto assoluto di qualsiasi azione per diffamazione¹⁰. Questo modo di porre la questione presuppone che la risposta giusta all'attuale incertezza consista nel limitare ulteriormente le azioni per diffamazione. Essa considera l'interesse della stampa come predominante, sicché non appena individuiamo un lato debole nella sua armatura legale, la risposta consiste nell'accordare ad essa una protezione ancora maggiore, avvicinandosi sempre più all'immunità assoluta.

2. LE TRE PARTI NELL'ILLECITO DIFFAMATORIO E LE MOLTEPLICI IPOTESI DI DISCIPLINA.

Le odierne, ricorrenti, richieste per una maggiore protezione a favore della stampa sono difficili da considerare isolatamente. La decisione nel caso *New York Times* contiene ampie indicazioni di regole che toccano praticamente ogni aspetto della *common law* in materia di diffamazione.

⁹ V. SMOLLA, *Let the Author Beware: The Rejuvenation of the American Law of Libel*, 132 *U. Pa. L. Rev.*, 1 (1983).

¹⁰ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 293 (Black, J. concurring); nonché *ivi*, 297 (Goldberg, J. concurring).

La logica della diffamazione crea una tela imbrogliata perché essa necessariamente comprende almeno tre parti — l'attore, il convenuto ed un terzo — le quali interagiscono in un ampio ventaglio di situazioni. Spesso l'elenco dei personaggi comprende una lista ben più lunga di soggetti e di enti, come quando un giornale (e i suoi dipendenti) trasmettono affermazioni false concernenti un gruppo (e i suoi aderenti) ai propri lettori (migliaia, se non milioni). La divisione dell'illecito in tre fasi grosso modo indica gli elementi di una comune causa per diffamazione¹¹. L'attore deve fondare la domanda sulla pubblicazione di una falsa affermazione di fatto, sulla riferibilità a lui dell'affermazione e sulla conseguente limitazione ad intrattenere o conservare rapporti vantaggiosi con altri soggetti. Le affermazioni che presentano tali requisiti e sono pertanto azionabili possono godere di alcune esimenti. Talune sono speciali come le notizie ad un datore di lavoro riguardanti un aspirante prestatore d'opera. Altre invece attengono alla sfera pubblica. Il caso *New York Times* riguarda la difesa di libertà di critica nei confronti dei pubblici ufficiali. La difesa potrebbe essere estesa ai personaggi pubblici oppure a tutti gli argomenti di interesse pubblico. Altre ancora sono esimenti di carattere generale: come ad esempio per affermazioni diffamatorie contenute in petizioni rivolte ad un pubblico ufficiale, oppure la ristampa di documenti pubblici il cui contenuto si sa che è falso, oppure in discorsi tenuti in procedimenti pubblici. Ciascuna di queste esimenti, a sua volta, può essere assoluta oppure solo limitata (cioè inefficace qualora si dimostri il dolo del convenuto), a seconda delle circostanze. La eccezione di aver pubblicato atti delle assemblee legislative oppure documenti pubblici è tipicamente assoluta, mentre quella della libertà di critica e di indirizzare petizioni è tipicamente limitata.

Una coerente disciplina della diffamazione dipende dall'individuazione delle regole esatte per ciascun elemento dell'illecito e nella loro combinazione in un insieme unitario. Allo stato attuale è assai difficile dire quali di questi « pezzi » sia difettoso o se i difetti che esistono portano nella stessa direzione. Vi sono molte possibili combinazioni nella disciplina della diffamazione e quindi vi sono molti modi diversi di sbagliare. Da solo, il calcolo delle probabilità suggerisce che quando le alternative sono molte la possibilità di cogliere quella giusta è assai esile. La chiave per comprendere la disciplina della diffamazione è considerarla un insieme integrato, nel quale la scelta di una regola con riguardo ad una questione è pesantemente influenzata dalle regole adottate con riguardo ad una questione diversa. Per chiarire il punto nei suoi aspetti più semplici, la regola fondamentale sulla responsabilità non può essere scelta indipendentemente da quella sul risarcimento, sia riparatorio che punitivo. La mancata comprensione di tali interazioni è — a mio avviso — la fonte del disagio istituzionale che è emerso negli ultimi anni.

¹¹ Per una sintesi v. *Restatement (Second) of Torts*, parr. 558-623 (1977); F. HARPER, F. JAMES, O. GRAY, *The Law of Torts*, parr. 5.00-5.300 (1986).

3. IL CONTESTO POLITICO-SOCIALE IN CUI VENNE DECISO IL CASO *NEW YORK TIMES*.

Finora non ho detto nulla sul caso *New York Times* in quanto decisione costituzionale. Ma la risposta costituzionale appropriata è in larga parte funzione della difficoltà nel comprendere come gli elementi costitutivi dell'illecito possono fondersi insieme. Se l'illecito diffamatorio presenta un equilibrio delicato, allora la Corte Suprema dovrebbe camminare con attenzione dove tanti giudici di *common law* hanno camminato prima di lei. La mia tesi non è che il I Emendamento non abbia nulla a che vedere con la disciplina di *common law* della diffamazione. Al contrario, c'entra molto. Tuttavia sottoporre la disciplina di *common law* al vaglio costituzionale ci dice solo quale sia l'ambito del compito giudiziale, ma non fornisce neppure l'inizio di una risposta esatta. Per comprendere cosa è esatto e cosa è sbagliato nella strada che la Corte Suprema intraprese con il caso *New York Times* bisogna ritornare sui passi compiuti per vedere dove, se mai, fu presa la svolta sbagliata.

La diffamazione imputata al « *New York Times* » consisteva in un annuncio a pagamento sottoscritto da 64 personaggi di rilievo sotto il titolo « Ascoltato la loro voce che si leva ». L'annuncio, apparso il 29 marzo 1960, conteneva la descrizione di alcuni avvenimenti accorsi a Montgomery in Alabama nel culmine dei contrasti razziali e politici. L'annuncio affermava che la polizia aveva circondato il *campus* del *college* cittadino, mentre in realtà essa era stata soltanto appostata vicino ad esso. Si affermava che erano stati usati lucchetti per tenere gli studenti fuori della mensa, mentre invece solo alcuni erano rimasti fuori perché non regolarmente immatricolati. Veniva scritto che gli studenti avevano cantato « My Country 'Tis of Thee », mentre invece avevano cantato l'inno nazionale. Si scriveva che Martin Luther King era stato arrestato sette volte, mentre invece erano solo quattro. L'annuncio affermava che la polizia aveva protetto gli avversari di King nel loro tentativo di fare saltare in aria la sua casa, mentre essa invece aveva cercato di individuare il responsabile. Infine era scritto che King era imputato di un delitto, mentre invece si trattava di una contravvenzione. L'attore, Sullivan, era il capo della polizia di Montgomery; fra i suoi compiti rientravano la direzione della polizia locale e dei pompieri, la gestione dei cimiteri ed il controllo sui pesi e sulla misure. Molti degli avvenimenti elencati nell'annuncio erano occorsi prima che Sullivan ricoprisse l'incarico, ma egli sosteneva che il riferimento alla polizia induceva la gente a pensare a lui in quanto pubblico ufficiale a capo del dipartimento di polizia.

La semplice rilettura dei fatti ci ricorda quale drastico mutamento in meglio abbiano subito i rapporti razziali negli Stati Uniti nel corso degli ultimi 25 anni. Gli avvenimenti degli anni '50 e '60 sono oggi impensabili. Il caso ci ricorda pure che uomini come Kalven forse danzavano al suono di due distinte melodie. In primo luogo vi era

l'interesse dottrinale per la libertà di espressione, per la quale la decisione rimane un punto di riferimento. Tuttavia all'epoca la decisione fu considerata, se mai, più una vittoria del movimento per i diritti civili, assicurando un intervento federale per sbilanciare le strutture del potere ufficiale a livello dei singoli Stati, la quale costituiva un tremendo baluardo della segregazione razziale e della supremazia dei bianchi in tutte le aree della vita pubblica e privata¹². Il desiderio di raggiungere il risultato giusto nel caso *New York Times* fu dettato almeno altrettanto dal chiaro e forte senso di giustizia che nasceva dallo scontro sulle questioni razziali, quanto da una consapevolezza delle sottili questioni della disciplina della diffamazione. La fonte di molti degli attuali problemi di tale disciplina sta nel fatto che il caso *New York Times* fu influenzato troppo pesantemente nella decisione dai drammatici fatti che sottostavano alla contesa da cui originò il nuovo corso. Di conseguenza la decisione non ha retto la prova del tempo quando applicata ai più banali casi di diffamazione relativi a persone pubbliche e pubblici ufficiali.

4. IL RAPPORTO FRA TUTELA DELLA REPUTAZIONE PREVENTIVA (SEQUESTRO) E SUCCESSIVA (AZIONE PER DANNI).

Una chiave per comprendere la decisione è dunque quella di domandarsi in che modo l'interpretazione del I Emendamento fosse collegato con la più immediata contesa politica di cui la Corte era investita. E per dare un senso a quella domanda occorre ritrarsi dalla diretta considerazione del caso e chiedersi come e perché l'illecito civile della diffamazione dovrebbe avere alcun rapporto con la Costituzione. Prima del caso *New York Times*, la diffamazione era stata considerata per lungo tempo come di competenza esclusiva delle corti di *common law*. Il primo passo verso il cambiamento era avvenuto molto tempo fa quando fu ritenuto che i divieti contenuti nel I Emendamento si applicassero anche ai singoli Stati¹³. Ma quale era la loro forza? A leggere Blackstone si poteva facilmente concludere che la libertà di stampa comportava solo la incostituzionalità di limitazioni preventive da parte di funzionari pubblici¹⁴. Nel caso *Near v. Minne-*

¹² Si v. gli scritti di Kalven sull'argomento; H. KALVEN, *The Negro and the First Amendment*, cap. primo (1965).

¹³ V. *Gilow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

¹⁴ « La libertà della stampa è davvero essenziale per uno stato libero; ma essa consiste nel divieto di limitazioni preventive sulla

stampa, e non nell'assenza di sanzioni per le violazioni della legge penale commesse dalla stampa », W. BLACKSTONE, *Commentaries*, par. 151. Per una autorevole conferma che la posizione di Blackstone era contenuta nel primo emendamento, v. L. LEVY, *Emergence of a Free Press*, 281 (1985).

*sota*¹⁵ la preoccupazione costituzionale contro restrizioni preventive da parte dell'amministrazione fu estesa dal suo originale ambito per dichiarare illegittima una inibitoria preventiva pronunciata da un giudice di *equity* per porre fine a pubblicazioni che turbavano l'ordine pubblico. Tuttavia la *opinion* stesa dal Chief Justice Hughes, cui aderirono cinque giudici su nove giustificava il divieto alle restrizioni preventive osservando esplicitamente che i funzionari pubblico *dopo* la pubblicazione potevano ricorrere alle azioni per diffamazione: « I pubblici funzionari, la cui personalità e condotta è aperta alla libera discussione sulla stampa trovano rimedio alle accuse false nelle azioni offerte dalla disciplina della diffamazione, le quali consentono ristoro e punizione, e non in procedimenti volti ad impedire la pubblicazione di giornali e periodici »¹⁶.

Il passo ora citato non contiene il benché minimo accenno di una possibile illegittimità costituzionale delle azioni civili per diffamazione. Infatti il difficile problema sollevato nel caso *Near* era se provvedimenti giudiziari d'inibitoria potessero far sorgere gli stessi problemi posti dalla censura amministrativa. Una evidente differenza fra i due sistemi è che i funzionari di una commissione specializzata sulla censura sono scelti solo sulla base di quella che è la loro opinione sulla censura¹⁷. È pertanto più facile controllare una commissione dedicata ad un singolo tema piuttosto che una corte con giurisdizione generale la quale deve occuparsi di tutti i svariati problemi della *common law* e dell'*equity*. La decisione nel caso *Near* si fonda sul (buon) senso che *qualsiasi* forma di divieto preventivo offre tali possibilità di abuso che è meglio respingerla.

Il dibattito sui divieti preventivi necessariamente apre la strada all'analisi delle azioni per diffamazione di *common law*. Secondo il caso *Near*, divieti preventivi e azioni di *common law* costituivano rimedi alternativi. L'inibitoria poteva essere tolta dall'arsenale legale dell'attore proprio perché rimanevano le azioni di *common law*. Tuttavia, una volta entrambe sono riconosciute come forme sussidiarie di controllo sociale, diventa difficile affermare che una di tali forme di controllo è soggetta al limite costituzionale, mentre l'altra è completamente al di là di ogni verifica di costituzionalità. La Costituzione parla di libertà di espressione, e le regole sulla responsabilità civile possono calpestare tale libertà tanto quanto una regolamentazione diretta¹⁸.

¹⁵ 283 U.S. 697 (1931).

¹⁶ *Ivi*, 718 s.

¹⁷ Blackstone accenna al problema quando scrive: « Assoggettare la stampa al potere restrittivo di un censore, come era fatto, sia prima che dopo la rivoluzione (del 1688) significa assoggettare ogni libertà di pensiero ai pregiudizi di una sola persona, rendendola giudice discrezionale ed infallibi-

le di tutte le questioni controverse in tema di scienza, religione e politica », W. BLACKSTONE, *Commentaries*, par. 152.

¹⁸ Lo stretto rapporto fra responsabilità e regolamentazione diretta si rinviene anche altrove, come nel campo dell'esproprio: v. sul punto R.A. EPSTEIN, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, cap. 8 (1985).

Una volta cancellata nel caso *Near* la distinzione fra intervento amministrativo ed intervento giudiziale, anche la distinzione fra rimedi *ex ante* e rimedi *ex post* non poteva più costituire una barriera decisiva contro un esame costituzionale. Tuttavia, seguendo la stessa logica, la decisione di vietare qualsiasi forma di divieto preventivo limita la possibilità di restrizioni costituzionali alle azioni civili per diffamazione. Se queste, assieme alle prime, sono del tutto vietate allora cade ogni divieto alla menzogna, cioè, in altre parole, alla diffamazione deliberata. È difficile trovare in qualsiasi teoria sulla libertà d'espressione una giustificazione di principio della menzogna deliberata, così come è impensabile che qualsiasi teoria generale sulla libertà di azione possa essere utilizzata per far cadere i divieti di omicidio, stupro e furto. Libertà non è sinonimo di anarchia, sia che si tratti di parole che di azioni. In entrambi i casi essa comporta non solo diritti individuali ma anche, correlativi obblighi individuali. La libertà, come è stato messo in chiaro dagli innumerevoli tentativi di « bilanciare » i diversi interessi, costituisce una presunzione a favore dell'espressione o dell'azione, ma questa può venire meno quando la condotta disciplinata comporta l'uso della forza o dell'inganno. La diffamazione sovente comprende quest'ultimo sicché si giustificano alcune forme di controllo statale. Se i divieti *ex ante* sono giudicati inammissibili, allora qualche forma di controllo *ex post* deve essere ammessa. Il problema è: entro quali limiti?

Il nodo venne al pettine nel caso *New York Times*. Prima della decisione vi era una pacifica soddisfazione per le regole di fondo di *common law* che disciplinava la diffamazione, al punto che i problemi lasciati nell'ombra dal caso *Near* non furono mai oggetto di una diretta contestazione giudiziale. Tuttavia il caso *New York Times* dimostra che è tanto facile modificare le regole di *common law* quanto quelle sulla disciplina diretta. Il « *New York Times* » diffondeva un numero limitatissimo di copia in Alabama. I riferimenti a Sullivan erano quantomeno indiretti e oscuri, e potrebbero avere, anzi, aumentato la sua reputazione locale, ammesso che potessero avere effetto alcuno. Eppure le corti dell'Alabama era disposta a confermare una condanna al risarcimento di 500.000 dollari (del 1964) a favore di questo attore, con la prospettiva di altre azioni simili sullo sfondo. È forse esagerato affermare che questa tornata di azioni giudiziarie avrebbe portato il « *New York Times* » al fallimento, ma tali sentenze certamente avrebbero costituito una grave deviazione delle regole di *common law*. Harry Kalven riteneva che la *common law* avrebbe tollerato un tale risultato; io non sono d'accordo. Ho l'impressione che se il processo si fosse svolto in qualsiasi altro posto fuori dal profondo Sud l'attore sarebbe stato mandato a casa con le pive nel sacco. La *common law* era saggia; non lo era la sua applicazione.

Allora cosa avrebbe dovuto fare la Corte Suprema? Il compito era reso difficile perché i suoi poteri di revisione sono limitati dai principi del federalismo. La Corte non poteva semplicemente dimostrare che

l'Alabama aveva violato il proprio diritto sostanziale. Doveva provare che tale applicazione violava qualche regola del diritto costituzionale federale. Pertanto, per salvare il « New York Times » era necessario costituzionalizzare una qualche parte della disciplina di *common law* della diffamazione. Lo sforzo ha tuttavia una ragione d'essere in quanto uno dei compiti essenziali di una costituzione è quella di fornire tutela nei momenti di crisi, anche quelli creati dall'applicazione del diritto ordinario¹⁹. V'è un preciso compito federale di vigilare sulla distinzione fra espressione consentita ed espressione vietata. Si ponga come premessa maggiore quella che la diffamazione è azionabile in quanto quella libertà non comprende mai il diritto di fare delle affermazioni false e dannose a proposito di un altro soggetto. Tuttavia agli Stati non può essere consentito di definire la diffamazione come a loro aggrada. Se così potessero, essi potrebbero espandere i confini dell'illecito fino a ricomprendervi quanto, in termini rigorosi, appartiene al campo dell'espressione tutelata²⁰. Gli Stati non possono, attraverso i propri giudici oppure attraverso i propri parlamenti, aggirare il divieto costituzionale con una abile manipolazione delle regole di *common law*.

In via di principio questa argomentazione è molto convincente e suggerisce che praticamente tutta la disciplina della diffamazione, almeno per quanto riguarda questioni di interesse pubblico, potrebbe essere soggetta a verifica di costituzionalità. Infatti sono convinto che non ci siano possibili soluzioni intermedie rispetto a tale affermazione di principio. Tuttavia vi sono decisive questioni di tecnica. In particolare vi sono altre due questioni che si stagliano all'orizzonte nella discussione del caso *New York Times*.

La prima è che nulla nel principio di massima, sopra enunciato, implica che le regole di *common law*, forgiate nel corso di molti secoli, creino un disequilibrio fra espressione e reputazione. Ci possono essere valide ragioni per una *verifica* costituzionale dei principi di *common law*, ma ciò non comporta affatto che vi debba conseguire una presunzione di *illegittimità* costituzionale dei principi di *common law* applicati dagli Stati. Semmai, l'orientamento dovrebbe essere l'opposto, in quanto la *common law* contiene una profonda convinzione sull'importanza della libertà d'espressione (e della libertà in generale). Come altrimenti si potrebbe spiegare la generale soddisfazione che ha circondato la disciplina della diffamazione prima del caso *New York Times* e la stessa protezione accordata in genere

¹⁹ V. BLASI, *The Pathological Perspective and the First Amendment*, in 85 *Colum. L. Rev.*, 449 (1985).

²⁰ « In uno schema elementare è certamente corretto affermare che la Corte Suprema non può consentire che siano i principi della legge statale a dettare le regole di sinda-

cato costituzionale. Se il principio costituzionale, ad esempio, stabilisce che lo Stato può disciplinare X, il principio è svuotato se si consente allo Stato anche di definire X a suo piacimento »: H. KALVEN, *The New York Times Case*, ecc., cit., p. 201.

alla critica di attività e di personaggi pubblici?²¹. Ci si dovrebbe dunque attendere un notevole livello di coerenza fra i requisiti costituzionali e le disposizioni della *common law*. La tutela necessaria dovrebbe dunque essere accordata, quanto più possibile, senza sconvolgere il buon senso delle regole di *common law* nei casi ordinari.

La seconda questione è di carattere tattico. Il grande passo nel caso *New York Times* fu quello di abbattere il numero fra divieti preventivi e responsabilità civile. Tuttavia entrare nel campo della *common law* non è compito facile. La disciplina della diffamazione è un corpo di regole assai complesso. I giudici federali dovrebbero essere almeno consapevoli della possibilità che queste regole siano internamente molto più coerenti di quanto potrebbe apparire a prima vista. La strategia corretta è dunque quella di entrare nel campo con cautela. Salvare il « *New York Times* » da una possibile rovina finanziaria poteva essere una ragione sufficiente per iniziare il viaggio costituzionale, ma non poteva determinare l'intero tragitto del viaggio. Una volta che si è riconosciuto che la decisione dell'Alabama nel caso *New York Times* costituiva una aberrazione dai principi di *common law*, la corretta risposta della Corte Suprema in questo suo primo intervento avrebbe dovuto essere l'occupazione del minore spazio possibile del campo di *common law*. Il richiamo alla prudenza ha importanti conseguenze sul definitivo assetto della disciplina. In una certa ottica la Corte Suprema sarebbe potuta intervenire facendo ai giudici dell'Alabama pressapoco questo discorso: « Siamo dell'avviso che la disciplina di *common law* della diffamazione abbia delle chiare implicazioni costituzionali. Annullando la vostra decisione, non tentiamo di imporre alcun principio che non avete accolto, sia in termini di regola generale di *common law*, sia nel caso esaminato. Tuttavia riteniamo che l'ossequio puramente formale ad una regola di *common law* è un conto; la sua fedele applicazione in casi delicati tutt'altro. Il pretesto non è sufficiente. Il nostro esame di questo caso straordinario ci fa ritenere con certezza che non avete rispettato le vostre stesse regole ».

La diversa strada seguita parte dal presupposto che la Corte Suprema sia costituzionalmente tenuta a modellare una disciplina della diffamazione (almeno con riguardo ai pubblici ufficiali) partendo dal testo del I Emendamento. Qui l'intervento sui giudici statali è

²¹ Per un esame della immunità assoluta accordata a giudizi critici sui funzionari e personaggi pubblici nella *common law v. Carr. v. Hood*, citato in *Tabart v. Tipper*, 1 Camp. 350, 350, in 170 *Eng. Rep.* 981, 983 (K.B. 1808); J. SPENCER BOWER, *Actionable Defamation* (1908). Per la distinzione esi-

stente in *common law* fra severa critica di opere pubblicate e illecita critica della vita privata v. *Triggs v. Sun Printing Ass'n*, 179 N.Y. 144, 71 N.E. 739 (1904); VEEDER, *Freedom in Public Discussion*, in 23 *Harv. L. Rev.*, 413 (1910).

assai maggiore perché la Corte deve dire, come in effetti dice: « In questo caso non dobbiamo decidere se l'Alabama ha applicato correttamente la *common law* come vigente nello Stato. Per quanto ci riguarda la determinazione del punto di equilibrio fra libertà d'espressione e tutela della reputazione individuale è compito di questa Corte e di questa Corte soltanto. Riteniamo che la Costituzione offra sufficiente sostegno per riformulare la disciplina della diffamazione. Ed è questo il compito che ci assumiamo oggi ».

5. LE POSSIBILI SOLUZIONI ALTERNATIVE A DISPOSIZIONE DELLA CORTE SUPREMA.

In una decisione carica di sviluppi istituzionali di ampia portata, la Corte chiaramente scelse la seconda strada. Tuttavia era ben possibile risolvere il caso senza bisogno di toccare quell'unico problema per il quale la decisione *New York Times* è diventata così famosa: la cosiddetta regola dell'« actual malice ». In particolare vi erano almeno due campi ben più ristretti offerti all'intervento della Corte, la quale avrebbe potuto abilmente liquidare il caso senza dover cambiare l'intera struttura della *common law*.

In primo luogo la Corte avrebbe potuto rendere di rilevanza costituzionale quell'elemento dell'illecito che richiede che l'addebito sia effettivamente attribuito all'attore. Si comprende bene che se un discorso attribuisce fatti negativi ad un gran numero di persone esso perde la sua forza e credibilità con riguardo ai singoli. Più ampia è la categoria cui la falsità si riferisce, più è probabile che chi viene a conoscenza dell'addebito comprenda o almeno intuisca che l'affermazione non coglie le necessarie distinzioni fra persona e persona. Le accuse collettive portano in sé, dunque, il seme della loro inattività: il discorso diffamatorio non ha alcun effetto quando il pubblico cui è rivolto è indifferente. Riferirsi genericamente alla polizia oppure ancora più genericamente alle autorità statali o a persone del Sud significa riferirsi al tempo stesso a tutti e a nessuno, il che è proprio quello che faceva l'annuncio in questione²². Ciò non equivale affatto a dire che taluni nelle forze di polizia hanno commesso un fatto illecito. Vi è chiaramente un delicato discrimine fra la diffamazione di un larghissimo numero di persone e la diffamazione di un gruppo picco-

²² Si noti che i riferimenti contenuti nel sesto paragrafo dell'annuncio, comprendente quelli ai sette arresti e all'intimidazione, non si riferivano espressamente a qualcosa che fosse avvenuto a Montgomery, ma si collegava ai due paragrafi precedenti: v. l'appendice al caso *New York Times*, 376 U.S. 292. Il quarto paragrafo iniziava così: « A Tallahassee, Atlanta, Nashville, Savannah, Green-

shoro, Memphis, Richmond, Charlotte, ed un gran numero di altre città del sud giovani americani, contro il peso degli apparati statali e del potere della polizia, coraggiosamente si sono mossi come protagonisti della democrazia ». Il richiamo alle violazioni di legge nel sud segue questo paragrafo escludendo così che le accuse riguardassero soltanto o anche solo in gran parte Montgomery.

lo e identificabile. La *common law*, di regola, individua questa area grigia nei gruppi fra 12 e 20 persone²³. Quella cifra potrebbe essere errata. Ma in questo caso abbiamo un'affermazione che si riferisce a centinaia, se non a migliaia, di persone. Non c'è dunque bisogno di sottilizzare. Un giudizio sommario che avesse annullato la sentenza, unito ad una affermazione ordinante a tutti i giudici statali e federali di pronunciare decisioni analoghe nelle altre azioni portate contro il « New York Times » per quell'annuncio avrebbe posto fine alle pene del giornale. E si vi fosse stato una qualche inottemperanza da parte di giudici inferiori, una semplice ordinanza di annullamento da parte della Corte Suprema avrebbe fermato la cosa sul nascere, lasciando aperta la possibilità di agire contro chi avesse proceduto nonostante la decisione *New York Times* per lite temeraria e calunniosa.

In secondo luogo vi era un'altra soluzione al caso: la condanna al risarcimento di 500.000 dollari per danni generali e punitivi fu pronunciata senza la benché minima prova dell'esistenza di un danno effettivo. In molti casi di diffamazione l'attribuzione di un risarcimento per danni generali è giustificata dall'impossibilità di ricostruire la tela senza fine delle conseguenze negative che una affermazione false può tessere. Ad esempio i terzi che hanno ritenuto credibili l'affermazione e decidono di non intrattenere rapporti con l'attore non potranno essere rintracciati²⁴. Nondimeno il riconoscimento dell'esistenza di danni generali non attribuisce al giudice del merito una illimitata facoltà di concedere quel risarcimento che più gli aggrada. Proprio la mancanza di parametri precisi evidenzia la necessità di individuare una misura ragionevole del danno prevedibile. La riferibilità dell'addebito all'attore nonché la diffusione locale della pubblicazione sono dei criteri ovvi, ed entrambi pesavano fortemente contro la posizione di Sullivan. La Corte Suprema con un po' più di fantasia avrebbe potuto cassare l'intera sentenza sulla base di una violazione da parte dell'Alabama della disciplina del risarcimento.

In aggiunta, la Corte sarebbe potuta intervenire sul piano della verità, la quale costituisce una causa di giustificazione nella *common law*²⁵. Tuttavia la disciplina di *common law* presenta due strane incongruenze: in primo luogo un'oncia di falsità pesa più di una libbra di verità. Cioè qualsiasi affermazione che è errata su questioni di dettaglio senza importanza è considerata come se fosse del tutto falsa, sicché errori marginali portano alla condanna di resoconti sostanzialmente veritieri²⁶. Si potrebbe replicare che, come nel caso di altri illeciti civili, solo il danno *aggiunto* derivante dalle parti false dell'af-

²³ V. *Nieman-Marcus Co. v. Lait*, 13 F.R.D. 311 (S.D.N.Y. 1952); F. HARPER, F. JAMES, O. GRAY, *op. cit.*, par. 5.7.

²⁴ V. *Ellsworth v. Martindale - Hubbel Law Directory*, 68 N.D. 425, 280 N.W. 879 (1938).

²⁵ V. *Restatement (Second) of Torts*, cit., par. 582.

²⁶ V. *Sharpe v. Stevenson*, 34 N.C. (12 Ired.) 348 (1951).

fermazione è risarcibile, e non il danno complessivo che discende al tempo stesso dalle parti false e da quelle vere. A questo punto il livello di intervento è maggiore perché il principio posto alla base della ipotetica decisione costituzionale si discosta dalla regola di *common law*. Ma lo fa in coerenza con i principi generali della responsabilità civile. In ogni modo, il principio si attaglia benissimo al caso *New York Times* nel quale gli errori contenuti nell'annuncio erano su questioni di dettaglio. Pertanto la condanna a 500.000 era manifestamente insostenibile.

In secondo luogo, si potrebbe sostenere, anche sotto il profilo costituzionale, che l'onere della prova della falsità spetta all'attore, come finalmente è stato riconosciuto nel recente caso *Philadelphia Newspapers v. Hepps*²⁷. Anche in questo caso la Corte sarebbe stata costretta a superare la *common law*, ma vi sono valide ragioni per l'eccezione, soprattutto in un sistema in cui vige una regola di responsabilità oggettiva. A prima vista l'idea della verità come *causa di giustificazione* introduce una nota discordante nella legge. Di solito le cause di giustificazione non sono mai assolute, ma possono venire meno se il loro limite appropriato è stato superato²⁸. Nessuno dubita che la legittima difesa costituisce una buona causa di giustificazione per aver inflitto deliberatamente un danno. Tuttavia la difesa deve essere rapportata al torto che l'ha provocata, di modo che essa può essere illecita se se ne dimostra la forza eccessiva o mortale²⁹. Ma si dice che la verità è assoluta, il che implica che sia un errore considerarla una causa di giustificazione. In realtà la vera capacità di resistenza della diffamazione, nonostante non abbia nulla a che fare con una lesione fisica, è che essa ricade pacificamente nel divieto libertario di uso della forza e dell'inganno nelle attività umane. Ed è questo quel che si intende quanto si definisce la diffamazione come una falsa affermazione rivolta ad un terzo che porta discredito sull'attore³⁰. Senza la falsità vi è al massimo un difficile caso di violazione della riservatezza che il più delle volte, e giustamente, non regge alla prova giudiziale³¹. Ne consegue che una esatta qualificazione del requisito della falsità comporterebbe che la verità sia un elemento necessario *prima facie* per sostenere l'azione, con il conseguente obbligo per l'attore di provare la falsità³². Nel caso *New York Times*

²⁷ 106 S. Ct. 1558 (1986).

²⁸ Si v. in generale EPSTEIN, *Pleadings and Presumptions*, 40 *U. Chi. L. Rev.*, 556 (1973).

²⁹ Sulla struttura delle cause di giustificazione v. *op. ult. cit.*, nonché in relazione alla legittima difesa EPSTEIN, *Intentional Harms*, 4 *J. Legal Stud.*, 391, 410-420 (1975).

³⁰ *Youssouppoff v. Metro Goldwin Mayer Pictures*, 50 T.L.R. 581 (C.A. 1934).

³¹ V. ad es. *Sidis v. F.R. Publishing Corp.*, 113 F. 2d 806 (2d Cir. 1940).

³² La stessa conclusione non è scontata sotto il regime della decisione *New York Times*, in quanto non è pacifico che all'attore debba essere imposto l'onere di provare la falsità dopo che è stato costretto a superare tanti ostacoli per dimostrare l'*actual malice*. Si v. *Philadelphia Newspapers v. Hepps*, 106 S. Ct. 1558, 1567 ss. (1986) (Stevens J. *dissenting*) (e la trad. it. in *Foro it.*, 1987, IV, 27 n.d.t.).

l'appropriato onere della prova probabilmente non sarebbe stato decisivo su molte delle affermazioni contenute nell'annuncio, ma la sua corretta distribuzione sarebbe stata di grande importanza in casi futuri, nei quali il conflitto fra verità e falsità fosse stato più arduo da risolvere.

6. IL CONTRASTO FRA RESPONSABILITÀ ATTENUATA PER LA STAMPA E RESPONSABILITÀ OGGETTIVA NEGLI ALTRI ILLECITI.

La decisione nel caso *New York Times* viene ricordata soprattutto per una questione che non era necessario venisse affrontata e che forse è stata risolta in modo sbagliato: la prova dell'« actual malice » del convenuto, ovverosia la sua consapevolezza della falsità dell'addebito oppure la sua temeraria noncuranza dell'eventuale falsità di esso. Tale prova è ora richiesta al pubblico ufficiale che voglia agire contro un mezzo di comunicazione di massa. Il principio si contrappone nettamente al prevalente orientamento di *common law* sulla medesima questione, che distingueva fra affermazioni di fatto, per le quali vigeva un regime di responsabilità oggettiva se l'affermazione era falsa, e affermazioni di opinione, le quali erano in genere scriminate in quanto insuscettibili di essere vere o false³³.

Nell'esaminare gli argomenti a favore o contro il requisito dell'*actual malice* notiamo che la Costituzione non ci fornisce alcuna conoscenza o tecnica che non sia già disponibile al giudice di *common law*. La questione è semplicemente come vengono utilizzati gli strumenti che ci offre. Per comprendere meglio se e perché affermazioni diffamatorie di pubblici ufficiali dovrebbero essere scriminate è opportuno fare un passo indietro e ricordare perché la diffamazione, di chiunque, costituisce un illecito nonostante l'adagio popolare secondo cui « i sassi e i bastoni mi faranno gettare alti laï, ma le parole non mi feriranno mai ». La risposta, sia nella *common law* che nel regime costituzionale, è identica, in quanto entrambe si fondano sul presupposto che la libertà d'azione (e d'espressione) è protetta a meno che non si dimostri che danneggi altri, e non semplicemente perché non piace loro ma perché lede un qualche loro diritto.

Che le parole possano essere usate per compiere tali lesioni è abbastanza ovvio considerando una serie di semplici esempi che dimostrano quanto sia sottile il margine che separa le parole dalle azioni. Si consideri il caso in cui io sottraggo qualcosa che appartiene ad altri. Si tratta di un furto. Ma si passi ora ad alcune variazioni sul tema: io punto una pistola alla tempia del proprietario perché mi consegni la

³³ V. *Ollman v. Evans*, 750 F. 2d 970 (D.C. cir. 1984) per l'accoglimento del prin-

cipio ed alcune riflessioni sulle difficoltà che esso comporta.

cosa. Io non ho bisogno di dire alcunché perché tutti comprendono il significato del mio gesto. Si aggiungano ora delle parole: « O la borsa o la vita ». In questo caso abbiamo una minaccia. Variando ancora, e passando dal campo della coercizione a quello della persuasione, si pensi al caso in cui io dica di aver bisogno della cosa perché sono malato. La consegna sarà una donazione se l'affermazione è veritiera, ma è una truffa se è falsa, e la situazione cambia poco se si introduce nello schema l'intervento di terze persone. Se uso la forza per obbligare una persona a non intrattenere rapporti d'affari con taluno si tratta di una condotta illecita. Se faccio delle affermazioni false che producono lo stesso risultato vi è pure una limitazione del soggetto nel suo diritto di disporre dei propri beni e del proprio lavoro come meglio crede, in quanto i miei addebiti impediscono a terzi di intrattenere rapporti volontari che altrimenti svilupperebbero. La gamma di questi rapporti è molto ampia e comprende tutti quelli di natura personale e sociale, oltre a quelli più propriamente economici. In entrambi i casi affermati principi di libertà producono diritti individuali di relazionarsi liberamente, e comportano la illiceità della loro violazione tanto attraverso la diffamazione quanto con mezzi fisici. La tutela nei confronti della diffamazione e delle violazioni della proprietà nasce dalla stessa fonte, la differenza essenziale essendo che è più facile schivare un'accusa che un proiettile. Ma questo significa solo che alcuni illeciti sono più gravi di altri; non dimostra al contrario che la diffamazione non dovrebbe essere azionabile solo perché l'uso della forza costituisce un pericolo maggiore per l'ordine sociale.

La tendenza generale nella disciplina della diffamazione è stata a favore di un rigoroso principio di responsabilità oggettiva. A mio avviso tale tendenza si fonda su un meritevole sentimento morale, come nel caso di lesioni fisiche³⁴. L'affermazione diffamatoria è indirizzata verso soggetti terzi di modo che, a primi vista, l'attore non ha alcuna responsabilità nella commissione dell'illecito e, in genere, può fare molto poco, se non nulla, per tutelarsi. E poiché il convenuto è il solo agente, la regola che pone forti disincentivi alla sua condotta illecita tenderà a fungere da deterrente contro gli abusi che altrimenti si verificherebbero. Laddove, invece, l'attore non è estraneo al procedimento e può anche avvantaggiarsene, esiste un ragionevole complesso di scriminanti le quali rendono meno rigorosa la responsabilità, come nel caso delle informazioni che i datori di lavoro chiedono sugli aspiranti prestatori³⁵. Viste in questo modo le similitudini fra l'azione di diffamazione e quella per violazione della proprietà terriera (il *trespass to land*) sono notevoli. Nel *trespass* il rigore dell'antica disciplina di *common law* si fonda sulla convinzione che il propieta-

³⁴ V. EPSTEIN, *A Theory of Strict Liability*, 2 *J. Legal Stud.*, 151 (1973).

³⁵ V. ad es. *Gardner v. Slade*, 13 Q.B. 726 (1849).

rio-attore è del tutto passivo, mentre il convenuto che si ingerisce è molto attivo. L'equilibrio può naturalmente essere spostato, come nel caso in cui il proprietario inviti il convenuto sulla sua proprietà, oppure pone degli *offendicula* per ferirlo. La situazione è sicuramente più semplice con il *trespass* perché comporta la presenza di due soli soggetti, e non di più. Tuttavia si possono scorgere nella disciplina del *trespass* e in quella della diffamazione differenti applicazioni del medesimo interesse per la libertà e la proprietà.

7. L'IMMUNITÀ PER LE AFFERMAZIONI DIFFAMATORIE DI FUNZIONARI PUBBLICI.

La questione essenziale nella decisione *New York Times* è se la disciplina generale della diffamazione si debba applicare senza modifiche alle affermazioni false riguardanti pubblici funzionari. Se si considerano le qualità personali dei soggetti interessati non si trovano incentivi all'abrogazione dell'illecito o all'applicazione di particolari scriminanti per l'offensore. Le persone assumono un incarico pubblico a rischio della propria serenità e calma; anche se possono rispondere allo stesso modo, non è detto che la risposta sarà efficace, soprattutto se si tratta di questioni poco note, di modo che il pubblico non è veramente in grado di capire chi stia dicendo la verità. Campagne elettorali possono essere perdute per accuse di infedeltà coniugale o corruzione; carriere possono essere rovinare da accuse di illeciti penali. La reputazione non è una qualche entità astratta e senza vita, ma la sommatoria di tutte le possibilità di rapporti umani profittevoli — economici, sociali e politici — i quali sono trascinati via da affermazioni false. Le reazioni sul punto da parte dell'offeso possono offrire qualche protezione ma essa è spesso insufficiente o tardiva.

Allora perché non consentire le azioni per diffamazione dei pubblici funzionari? L'argomentazione contraria è espressa più chiaramente in termini di costo degli errori. Esiste il pericolo che se le affermazioni false sono sanzionate, allora le affermazioni veritiere non verranno fatte del tutto. L'autocensura si sostituirà al controllo dell'operato pubblico, ed il dibattito non sarà libero, aperto, vigoroso. Lo « spazio vitale » che è richiesto per la libertà d'espressione scomparirà. Di questa argomentazione l'elemento importante da sottolineare è che essa prende in considerazione solo il costo degli errori che vanno in una direzione, cioè portano ad una riduzione del dibattito. Se questa fosse l'unica prospettiva, è difficile trovare una qualche soluzione intermedia che impedisca alla Corte Suprema di aderire alla posizione dei giudici Black e Douglas secondo cui non vi poteva essere alcuna responsabilità per affermazioni diffamatorie di pubblici ufficiali. Se l'ordinamento desidera solo massimizzare lo spazio vitale allora deve spingersi all'estremo: concedere una immunità assoluta dalle azioni per diffamazione intentate da pubblici ufficiali.

Invece la decisione nel caso *New York Times* non giunge a questo estremo; cosa la porta indietro, nel senso inverso?

8. COSTI E BENEFICI NELLA DISCIPLINA DELLA DIFFAMAZIONE.

Un modo di vedere la questione è domandarsi quali sarebbero le conseguenze se i funzionari pubblici non potessero mai agire per diffamazione. In primo luogo non possiamo dire con certezza che la condotta primaria rimarrebbe immodificata dal radicale mutamento di disciplina giuridica. Una azione per diffamazione impone un prezzo a coloro i quali fanno delle affermazioni false riguardanti altri soggetti. L'eliminazione della norma comporta una drastica riduzione di quel prezzo, in quanto tutti gli altri rimedi di natura amministrativa o preventiva sono già stati esclusi³⁶. Il costo per l'offensore non diventa zero solo perché coloro i quali sono impegnati in una diffusa attività diffamatoria corrono il rischio di rovinare la propria reputazione e di sollecitare ritorsioni. Non ci dobbiamo quindi attendere una teoria infinita di menzogne. Tuttavia l'assoluta mancanza di qualsiasi limitazione alla diffamazione crea il classico caso di esternalità economica (io mento e tu soffri) con la conseguente inefficiente allocazione delle risorse. La parte che fa l'affermazione conserva tutti i benefici e sopporta solo in parte, non tutti, i costi. Il risultato è che il livello delle affermazioni false crescerà fino a quando i benefici del singolo non eguaglieranno il costo marginale. La presenza di una forte esternalità comporta che la posizione di equilibrio è raggiunta quando il beneficio sociale marginale è inferiore al costo sociale marginale. Un sistema senza alcuna protezione dalla diffamazione è un sistema con troppa diffamazione, troppa disinformazione, in altre parole un sistema con troppa frode pubblica.

L'argomento può essere riformulato prendendo alla lettera l'osservazione comune che il I Emendamento ha la funzione di tutelare il « mercato delle idee ». Questo mercato, al pari di ogni altro, richiede che alcune attività private non siano in alcun modo consentite. Chi crede nel mercato per beni ordinari richiede una protezione governativa (finanziamento attraverso la tassazione) dal furto e dalla frode. La fiducia nel « mercato delle idee » richiede una protezione analoga; e la protezione contro la diffamazione è parte integrante dello schema complessivo.

Ciò comporta che anche nei confronti dei pubblici ufficiali vi sono due tipi di errore nell'individuazione delle regole per la diffamazione:

³⁶ Quindi il caso non è confrontabile con quello che propone l'adozione di un sistema di responsabilità civile automobilistica « no-fault » in sostituzione dell'azione per danni della *common law*, in quanto in que-

st'ultimo caso esistono sistemi di assicurazione globale e di diretta disciplina del traffico, che mancano invece con riguardo ai *mass media*.

vi può essere o troppa diffamazione o troppo poca. Il problema è trovare quella serie di regole che minimizzano i costi dei due tipi di errore considerati insieme. L'indicazione non è puramente astratta ma interessa direttamente le questioni che vanno al cuore del I Emendamento. Le tradizionali giustificazioni della decisione nel caso *New York Times* e la sua regola dell'*actual malice* insistono sulla necessità di incoraggiare un dibattito libero e vigoroso. Tuttavia appare chiaro che una scriminante assoluta non darà vita alla migliore forma di dibattito pubblico.

Vi sono almeno due fonti di preoccupazione; in primo luogo la disciplina della diffamazione è importante non solo per il modo in cui essa risolve i casi che sorgono; essa rileva per il modo con il quale determinano la decisione primaria di prendere parte al dibattito politico. Non sembra azzardato ritenere che alcune persone oneste sono esposte a grave danno se diffamate: quanto migliore è la loro reputazione, tanto maggiore è il loro danno potenziale. Se i rimedi alla effettiva diffamazione sono rimossi o anche diluiti, una delle risposte di questi soggetti sarà quella di tenersi fuori dal campo pubblico, aprendolo così ad altre persone con una reputazione meno buona e forse con meno carattere. È difficile misurare le conseguenze di tale risultato, ma non c'è motivo per ritenere che siano insignificanti. Uomini e donne di rilievo investono somme consistenti nella propria reputazione; essi hanno tutto da perdere se il prezzo per partecipare al dibattito pubblico è la perdita di tutto o parte del loro capitale reputazionale.

Il secondo costo grava sulla collettività. Il livello del dibattito sulle cose pubbliche non è semplicemente la somma dell'ammontare complessivo delle manifestazioni di espressione. Dipende anche dalla qualità delle manifestazioni. In assenza di una disciplina della diffamazione la combinazione fra affermazioni false e affermazioni veritiere muterà, con un aumento delle prime. La collettività dovrà pertanto fare la tara sulle informazioni che riceve perché sarà meno sicura della loro autenticità. L'influenza della stampa diminuirà in quanto non vi saranno criteri evidenti per distinguere i resoconti corretti da quelli inesatti, in parte perché nessuno potrà mai essere considerato responsabile per affermazioni false. È davvero molto difficile immaginare il volto del sistema una volta abolita la disciplina della diffamazione. Ma non si può presumere che giornalisti e funzionari pubblici si comporterebbero con lo stesso grado di cautela come fanno in base alle regole dettate nel caso *New York Times* oppure sotto la disciplina di *common law*.

Si può attribuire un senso alla posizione estrema della totale immunità rovesciando il ragionamento seguito dalla Corte Suprema. A prima vista non appare esserci alcuna violazione del I Emendamento se la Corte adottasse la posizione dei giudici Black e Douglas. Ma l'osservazione è davvero così ovvia? Si prospetti la tesi secondo cui il divieto assoluto di azioni per diffamazione impone un tributo insostenibile sulle persone oneste che vorrebbero esprimere la propria opi-

nione ma hanno paura di farlo. Come si vede, la questione si fa complessa. Vi sono casi in cui il I Emendamento è stato applicato per tutelare i diritti di persone che tacevano, di lavoratori che si opponevano alle posizioni politiche di sindacati cui erano costretti ad aderire, di studenti che contestavano l'uso della tasse di immatricolazione per iniziative giudiziarie riflettenti posizioni opposte alle proprie³⁷. L'argomento che viene addotto è che una tassa costringe le persone a pagare per qualche cosa che contestano, il che confligge con qualsiasi teoria della libertà. Ma la differenza fra un tributo esplicito ed il tributo indiretto che si impone abolendo ogni protezione offerta dal sistema della responsabilità civile non è di per sé chiara. Essa non trova molto spazio nella teoria del I Emendamento, la quale ha generalmente ritenuto che forme di tassazione³⁸, regolamentazione³⁹ e modificazioni del regime di responsabilità (simili a quelle introdotte con la decisione *New York Times*) costituissero delle inammissibili limitazioni della libertà d'espressione.

Il problema si fa più chiaro se lo confrontiamo con le ordinarie nozioni vigenti nel campo della proprietà. Ho già sostenuto altrove che l'introduzione di una regola che abolisse tutti i diritti di *common law* contro le violazioni della proprietà costituirebbe una appropriazione della proprietà contraria alla Costituzione⁴⁰. In effetti basterebbe quel « piccolo » cambiamento delle regole giuridiche per comportare che tutta la proprietà fosse considerata comune. A mio avviso vi sono buone ragioni per ritenere che la reputazione, correttamente intesa, rientri nel fascio di diritti di proprietà e di libertà che spetta a ciascun individuo. Se si accoglie questa tesi allora l'azione per diffamazione protegge il diritto di disporre della proprietà e del proprio lavoro dalle false affermazioni di altri soggetti. La soppressione dell'azione comporta in genere l'ablazione di un diritto per il quale non è offerto un sufficiente indennizzo, date le disastrose conseguenze complessive dell'assenza di ogni principio di responsabilità. Nessuno riceve una indennità forfettaria, mentre mettere in comune tutte le reputazioni diminuisce talmente il valore delle risorse umane e fisiche che quasi tutti ne riportano un danno⁴¹. L'unico modo per evitare una simile soppressione è mantenere qualche forma di protezione giuridica. Dubito fortemente che la Corte Suprema condividirebbe una siffatta argomentazione, anche se ha giocato in passato con l'idea che la repu-

³⁷ V. *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977) (diritti di chi tace); *Aboud v. Detroit Bd. of Educ.*, 431 U.S. 209 (1977) (contributi sindacali obbligatori); *Galda v. Rutgers*, 772 F. 2d 1060 (3d Cir. 1985) (tasse universitarie).

³⁸ V. ad es. *Minneapolis Star v. Minneapolis Comm'r of Revenue*, 460 U.S. 575

(1983); *Grosjean v. American Press. Co.*, 297 U.S. 233 (1935).

³⁹ V. ad es. *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1944); *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939).

⁴⁰ V. EPSTEIN, *Takings, ecc.*, cit., cap. 16.

⁴¹ *Id.*, op. ult. cit., capp. 14 e 15.

tazione è protetta in base al principio del *due process* sancito dal V Emendamento, almeno contro la diffamazione portata da pubblici ufficiali⁴². In sintesi, tuttavia, nel nostro ordinamento la Costituzione non garantisce un pasto gratuito. Come la contrazione dei diritti di espressione solleva questioni di compatibilità con il I Emendamento, così la loro illimitata *espansione* provoca altrettante questioni costituzionali. Vi è dunque un evidente bisogno di individuare la soluzione intermedia viabile nella disciplina della diffamazione.

9. ANALISI ECONOMICA DELLA DECISIONE *NEW YORK TIMES*: A) RESPONSABILITÀ E RISARCIMENTO; B) LE SPESE LEGALI; C) IL COSTO DELL'INCERTEZZA E DEL RISCHIO.

Il riconoscimento da parte della Corte Suprema delle indesiderabili conseguenze di una regola di totale immunità la condusse al principio dell'*actual malice* come una sorta di compromesso fra la responsabilità oggettiva e l'assenza di responsabilità. Tuttavia, nel caso delle regole di responsabilità la posizione intermedia può ben essere in termini di resa inferiore alle due estreme. Credo che questo sia il caso, in quanto si può dimostrare che la Corte Suprema ha calcolato male sia i costi che i benefici del regime introdotto. In primo luogo la regola dell'*actual malice* offende il senso di giustizia perché impone a persone innocenti di sopportare i danni che possono essere inflitti loro da altre persone, anche quando ciò avviene con colpa o persino colpa grave. A mio avviso, invece, la regola corretta nel caso della diffamazione è quella della responsabilità oggettiva, così come prevedeva la *common law*⁴³, sicché la distanza fra l'attuale disciplina e l'ideale appare ancor più grande di quanto sembra ad altri. La domanda, allora è: quale interesse pubblico può giustificare la deviazione dall'ordinario principio di responsabilità?

In un mondo di scelte senza errori la questione non si porrebbe affatto perché non ci sarebbe pericolo né che alcuno sia inibito nel legittimo esercizio della sua libertà d'espressione, né che una persona diffamata riceva più risarcimento di quanto dovutole. La situazione non muta sia che consideriamo l'operatività interna del sistema giuridico, sia i calcoli delle parti private. Il mondo del contenzioso senza errori potrebbe esistere solo se i costi delle operazioni economiche fossero a somma zero, ed in quel mondo le parti private potrebbero

⁴² V. *Paul v. Davis*, 424 U.S. 693 (1976).

⁴³ V. ad es. *E. Hulton & Co. v. Jones*, 1910 A.C. 20.

predire con certezza le reazioni dei tribunali alle affermazioni false. Le valutazioni soggettive sulla falsità o la verità coinciderebbe con le decisioni di giudici e giurati.

Ma il bisogno della regola dell'*actual malice* dipende in maniera decisiva dalla percentuale di errore nelle decisioni giudiziarie, complicando l'analisi che ogni parte privata deve fare prima di pubblicare qualcosa. Possiamo ammettere che tale percentuale sia alta, di modo che le decisioni di pubblicare sono oscurate. Il convincimento della decisione *New York Times* è che una regola quale quella dell'*actual malice* riduce il livello di « false positive » (cioè casi in cui si afferma una responsabilità che invece non c'è) fino ad un livello che soddisfa i requisiti del I Emendamento. Il fatto che ciò aumenti il numero di « false negative » (cioè casi in cui viene negata una responsabilità che invece dovrebbe essere affermata) diviene soltanto un costo da sopportare per rispettare il principio costituzionale della libertà d'espressione.

C'è da dubitare, tuttavia, che la situazione complessiva sia migliorata dall'adozione della regola dell'*actual malice*. Ciò in base a due considerazioni. In primo luogo è possibile che la nuova regola abbia reso la situazione peggiore per i convenuti (mezzi di comunicazione di massa) di quanto non lo fosse sotto un ragionevole principio di responsabilità oggettiva. Anche se questi costi per i *mass media* fossero l'unica questione da risolvere, credo che la vecchia regola di *common law* potrebbe essere la più adeguata. Nel prospettare tale possibilità mi rendo conto di andare contro il parere degli operatori dei *mass media* i quali esplicitamente dichiarano di preferire l'attuale regime a qualsiasi forma di responsabilità oggettiva. È questa una ragione sufficiente che dovrebbe rendere esitanti giacché la maggior parte degli operatori professionali conoscono il proprio interesse. Tuttavia credo che l'analisi potrebbe benissimo dimostrare che i *mass media* sistematicamente sopravvalutano i benefici che traggono dal regime dell'*actual malice*.

In maniera più decisiva, comunque, il giudizio finale sulla bontà della regola posta nel caso *New York Times* si fonda sulle sue conseguenze *sociali*. Il principio della responsabilità oggettiva posto dalla *common law* si fonda su una solida analisi teorica, sicché qualsiasi deviazione da essa deve essere giustificata dai benefici sociali netti prodotti. Una analisi completa deve quindi prendere il più possibile in conto i costi e i benefici sia degli attori, che della collettività sotto regimi di responsabilità alternativi. Ma l'allargamento del campo di indagine rende solo meno difendibile la regola dell'*actual malice* perché sia gli attori che (probabilmente) la collettività vengono a subire una perdita. Si considerino nell'ordine i vari aspetti del problema: responsabilità e risarcimento; spese legali; costo dell'incertezza; effetti sulla credibilità dei mezzi di comunicazione di massa.

a) *Responsabilità e risarcimento.*

Le regole di responsabilità hanno rilevanti riflessi sul modo in cui le parti impostano le loro controversie. In generale ogni sistema di responsabilità deve compiere due scelte di fondo. La prima riguarda la probabilità di successo dell'azione dell'attore e, in genere, varia a seconda del regime di responsabilità adottato. Le azioni fondate su una responsabilità oggettiva hanno, nel complesso, maggiori probabilità di successo di quelle disciplinate dalla regola dell'*actual malice*. Il secondo elemento che il sistema controlla è l'ammontare del risarcimento concesso una volta che è riconosciuta la responsabilità. Nel modello più semplice il risarcimento potrebbe essere basso, come nel caso in cui si risarcisca il solo danno patrimoniale, oppure alto, come quando si condanna ad un risarcimento esemplare. In modelli più complessi il risarcimento potrebbe variare a seconda della forza delle ragioni dell'attore. Per il momento però le questioni centrali possono essere affrontate limitando l'attenzione ai casi con due regimi di responsabilità e due criteri di quantificazione del risarcimento. Ne risultano quattro possibili combinazioni fra regole di responsabilità e regole di risarcimento, ma due di esse possono essere facilmente scartate, come del resto, la giurisprudenza ha sempre fatto. È molto improbabile che qualcuno proponga un regime di responsabilità oggettiva accomunata a risarcimenti esemplari: l'alta possibilità di successo quando è unita ad un alto livello di risarcimento determina una sanzione nei confronti della manifestazione del pensiero molto superiore al danno che questa produce. La obiezione fondata sull'eccesso di deterrenza della libertà d'espressione, sia questa buona o cattiva, appare evidente senza bisogno di ulteriori approfondimenti. La decisione nel caso *New York Times* consente che i pubblici funzionari possano ottenere un risarcimento esemplare, ma solo quando provino l'*actual malice*.

Per le stesse ragioni si corre il serio rischio di sotto-deterrenza se vi è una regola che offre scarse possibilità di successo (come quando si debba provare l'*actual malice*) unita ad importi risarcitori assai bassi (se non inesistenti) una volta accertata l'esistenza della diffamazione. Molti sono dell'opinione che, se il convenuto ha agito in modo odioso e doloso, i giudici non dovrebbero concedergli sconti sul risarcimento dovuto: il rischio di sottodeterrenza è troppo elevato. Anche la Corte Suprema, per un certo verso si è mossa in questa direzione, in quanto la decisione *New York Times* non specifica alcun caso in cui il risarcimento esemplare potrebbe essere negato qualora venga accertato l'*actual malice*. Invece, nella sua interpretazione letterale, la decisione sembra affermare che in ogni caso in cui sia affermato l'*actual malice* del convenuto l'attore ha diritto al risarcimento sia del danno effettivo che di quello esemplare. È possibile anche l'adozione di un sistema misto (come lo era quello di *common law*) in cui il risarcimento dei danni effettivi è d'ordinario riconosciuto, mentre il risarci-

mento esemplare è previsto solo quando si dimostri il dolo del convenuto; ma questa non appare essere la disciplina attuale.

Comunque, rinviando a più oltre l'esame di questa soluzione mista, rimangono due sistemi: responsabilità oggettiva e risarcimento ridotto; *actual malice* e risarcimento elevato. La questione chiave è quale delle due meglio prevenga il rischio di errori nei casi di diffamazione. Sotto un certo profilo non è possibile fornire a tale domanda una risposta *a priori*. Si consideri infatti che, in via di prima approssimazione, il costo netto delle norme sulla diffamazione per un convenuto sono il semplice prodotto di due numeri: la probabilità di successo dell'attore e l'ammontare del risarcimento concesso. È facile immaginare numeri in base ai quali o il primo o il secondo dei due sistemi ha un maggiore effetto totale. In un regime di responsabilità oggettiva la possibilità di successo è alta ed il risarcimento può essere contenuto ad un livello relativamente basso. Con il sistema dell'*actual malice* le possibilità di successo sono relativamente scarse ed il risarcimento relativamente alto. Ci vuole poco ingegno matematico per comprendere che se il successo è più probabile con la responsabilità oggettiva ma il risarcimento è più generoso con l'*actual malice* diventa difficile stabilire se la responsabilità complessiva è maggiore in un sistema oppure nell'altro. Tutto dipende dalla maggiore o minore entità delle diverse variabili.

Il punto è di estremo rilievo per verificare la validità della decisione *New York Times*. Se dovesse risultare che la responsabilità (nel senso sopra specificato) sotto il regime dell'*actual malice* è maggiore che in regime di responsabilità oggettiva, allora la decisione avrebbe la strana e sfortunata conseguenza di aumentare le spese previste in cause di diffamazione intentate contro i *mass-media*, e questo con l'intento manifesto di tutelare la libertà d'espressione. È pertanto importante analizzare la relazione fra le diverse variabili, pur nella consapevolezza che sono disponibili pochissimi dati concreti sulla questione.

Si consideri innanzitutto la variabile delle probabilità. Qui ho l'impressione che la differenza tra i due regimi sia meno vistosa di quanto si potrebbe pensare a prima vista. L'elemento distintivo fra responsabilità oggettiva e *actual malice* è la consapevolezza da parte del convenuto della falsità dell'affermazione o la sua temeraria noncuranza circa la sua verità o falsità. Nelle azioni ordinarie per danni provocati alla persona, un eventuale regime di responsabilità oggettiva sarebbe notevolmente limitato se si richiedesse la conoscenza da parte dei convenuti dell'identità del soggetto leso, in quanto nella maggior parte dei casi essi ignorano l'identità della persona che hanno accidentalmente ferito. Ma è raro il caso in cui le affermazioni del convenuto ledono casualmente una persona a lui sconosciuta⁴⁴. Ed è

⁴⁴ Si v. il caso ultimo citato nel quale i fatti sembravano indicare che il convenuto effettivamente conoscesse l'attore; tuttavia la

questione fu ritenuta irrilevante in punto di diritto.

altrettanto raro che nelle affermazioni di per sé innocue diventino diffamatorie per dei fattori esterni conosciuti dal pubblico, ma ignorati dal convenuto⁴⁵.

Di solito il convenuto fa il nome dell'attore; di solito egli sa che l'affermazione è diffamatoria e lederà l'attore. Anzi questa è forse una delle ragioni per le quali l'affermazione è fatta, nel convincimento che il comportamento dell'attore giustifichi il danno che gli viene inflitto. Di solito la questione della sussistenza dell'*actual malice* non ha di fronte a sé una condotta incolpevole e casuale. È abbastanza plausibile che l'attore sostenga che data la conoscenza dei fatti di causa e delle fonti da cui le notizie sono state acquisite (ad es. persone connesse con la malavita o con dei conti da regolare) il convenuto era tenuto a compiere ulteriori accertamenti per sincerarsi della veridicità delle sue affermazioni⁴⁶. La tesi può apparire a prima vista come la semplice imputazione di una colpa ordinaria — mancanza di un diligente accertamento — che non giova in alcun modo all'attore. Ma l'avvocato abile può spesso essere in grado di presentare i fatti in modo che sembri chiaro — o perlomeno sostenibile — che c'è dell'altro sotto. Il convenuto era consapevole del danno che infliggeva e ha compiuto la scelta cosciente di interrompere le indagini prima di essersi del tutto assicurato sulla verità della propria affermazione. La linea di confine fra colpa ordinaria e « temeraria noncuranza » può sembrare chiara in via di principio, ma è facilmente offuscata insistendo su quel che il convenuto avrebbe dovuto sapere nel momento in cui ha preso la decisione di pubblicare. La difesa dell'attore può essere inoltre facilitata da un marcato mutamento di sensibilità che si è verificato in altri settori dell'ordinamento. In particolare gli attori possono trarre un qualche vantaggio dalla moderna disciplina della responsabilità del produttore, ove la semplice conoscenza di un problema, unita ad una chiara mancanza di modifiche delle procedure passate, è stata considerata, forse a torto, prova sufficiente per giustificare la concessione di un risarcimento esemplare.

Inoltre la tesi dell'attore è alimentata da un forte senso di giustizia: per quale motivo dovrebbe essere sacrificato sull'altare della libertà d'espressione quando le affermazioni del convenuto erano sia false che lesive? Questi argomenti possono, ovviamente, essere controllati da giudici diligenti, ma c'è abbastanza spazio negli interstizi da consentire ad un certo numero di casi di filtrare. Non c'è dubbio che le possibilità di successo dell'attore sono diminuite dagli ostacoli frapposti dalla Corte Suprema. Alcuni osservatori ritengono che le possi-

⁴⁵ Si v. ad es. il caso *Braun v. Armour & Co.*, 254 N.Y. 514, 173 N.E. 845 (1930) nel quale il convenuto, fornitore di carne suine, aveva indicato fra i suoi clienti

l'attore: ma questi era un macellaio kosher!

⁴⁶ Per un assaggio di alcuni degli intrichi si v. ad es. *Tavoulares v. Washington Post Co.*, 763 F. 2d 1472 (D.C. Cir. 1985).

bilità per il convenuto di ottenere un giudizio sommario di reiezione della domanda sono molto alte. Si sono fatte cifre fino al 90%, ma è difficile trovare dati sicuri che confermino o smentiscano la stima. Può darsi che talvolta la cifra sia così alta, ma può darsi che sia talvolta inferiore.

Ma la domanda — anche ammesso che la stima indicata sia esatta — rimane: come si deve valutare quel 90%? La risposta può essere data solo in via indiretta. Innanzitutto la frequenza delle azioni: esse sembrano essere aumentate rapidamente nel periodo successivo al caso *New York Times* assieme a gran parte delle altre azioni di responsabilità civile. Secondo il « Libel Defense Resource Center » il numero di cause decise sarebbe aumentato del triplo e il dato potrebbe forse estendersi anche alle cause iniziate ma non concluse con sentenza. Quindi l'aumento complessivo delle cause suggerisce che la riduzione di quelle che seguono l'intero loro corso non è così alto come sembra indicare la cifra del 90% di giudizi sommari. Inoltre i casi che superano l'ostacolo non sono scelti a caso. È più probabile che si tratti di quelli più importanti in cui l'attore è disposto a spendere notevoli somme in ricerche e iniziative istruttorie per giungere al cuore della vicenda. Pertanto anche se il 90% dei casi fosse fermato in istruttoria da un giudizio sommario di reiezione, ciò non significa che sia fermato il 90% della potenziale responsabilità globale valutata in termini monetari o di risonanza.

Uno dei problemi centrali è dunque individuare la fonte dell'aumento delle azioni per diffamazione. Se esso è dovuto unicamente a mutamenti di carattere generale nel contenzioso civile, allora la decisione nel caso *New York Times* svolge un ruolo importante nel ridurre il numero di azioni intentate. Ma in parte l'aumento potrebbe anche essere in funzione del tipo di risarcimento che può essere chiesto in base alla regola dell'*actual malice*. Uno degli aspetti più criticabili della decisione *New York Times* è che offusca la differenza fra danno patrimoniale e danno esemplare. Una volta che l'attore ha superato l'ostacolo della prova dell'*actual malice* può ottenere sia l'uno che l'altro. Il tribunale o la giuria non stanno giudicando una affermazione solamente illecita, bensì hanno di fronte un convenuto pre-selezionato la cui condotta varia fra la estrema riprovevolezza e il quasi-delittuoso. Ad aggravare le cose c'è la circostanza che i mezzi di comunicazione di massa non sono impegnati in frivoli pettegolezzi. Per loro natura essi pubblicano siffatte storie per aumentare le vendite e conseguire un profitto. Il guadagno derivante dalle affermazioni diffamatorie è difficile da quantificare e nessuno espressamente sostiene che si debba sistematicamente applicare nella determinazione del risarcimento un criterio restitutorio fondato sulla teoria dell'ingiusto arricchimento. La difficoltà di provare quanto un articolo diffamatorio ha aumentato le vendite di un giornale nazionale oppure il pubblico di uno spettacolo televisivo è davvero enorme. Tuttavia l'influenza dei profitti del convenuto non può essere ignorata quando si tenta di comprendere il comportamento dei giudici e delle giurie. Un

convenuto malvagio ha fatto un colpo alle spese di un attore innocente. La tentazione è quella di sottrargli il maltolto e filarsela. I casi eccezionali in cui è stato concesso un risarcimento *monstre* di 25 milioni di dollari sono esempi di una simile tendenza⁴⁷. L'aumento dei risarcimenti può dunque forse costituire una risposta alla maggiore responsabilità che si attribuisce ai mezzi di comunicazione di massa. Non si sostiene che tale atteggiamento sia condiviso da tutti i giudici e tutte le giurie, ma le probabilità che ciò avvenga sono molto accresciute se taluni sono di questa idea. Si potrebbe azzardare la stima di un aumento dei risarcimenti del 60%. Ed infatti l'analisi condotta dal « Libel Defense Resource Center » indica che gli importi risarcitori concessi dalle giurie hanno superato di gran lunga l'inflazione e gli aumenti sono stati ancora maggiori di quelli registrati nello stesso periodo nei casi di responsabilità medica o del produttore. Ovviamente i dati devono essere corretti per adeguarsi alle notevoli diminuzioni degli importi risarcitori che costantemente avvengono mano a mano che le cause passano nei gradi successivi del giudizio. Nondimeno vi sono ottime ragioni teoriche per ritenere che — fermi restando gli altri fattori — l'abbandono del regime di responsabilità oggettiva in favore di uno di *actual malice* comporti un aumento sistematico degli importi risarcitori, il che a sua volta potrebbe indurre un maggior numero di persone a iniziare una causa. È estremamente difficile misurare l'esatta portata del fenomeno, ma per le stesse ragioni non è affatto pacifico, *a priori*, che l'entità totale dei risarcimenti pagati dai convenuti agli attori sia diminuita nel regime di *actual malice*.

Il rapporto fra regole di responsabilità ed entità dei risarcimenti necessita di ulteriore analisi perché non c'è motivo di ritenere che le due variabili, probabilità ed entità, siano indipendenti fra di loro. Può darsi che i giudici e le giurie svolgano delle valutazioni complessive nella quantificazione del risarcimento. Ad esempio se sono convinti che molti dei convenuti la facciano franca (perché è difficile che sia dichiarata la loro responsabilità in assenza della prova dell'*actual malice*), allora potrebbero forse aumentare deliberatamente gli importi risarcitori per compensare tale errore. Del resto i convenuti sono dei soggetti *istituzionali* coinvolti in molteplici casi di pretesa diffamazione. Talvolta l'aumento del risarcimento potrebbe essere una reazione cosciente, altre volte no. Ma comunque il risultato sarà lo stesso. L'aumento del risarcimento dovuto elimina gran parte della protezione che la regola dell'*actual malice* vuole offrire ai convenuti. In sintesi possiamo dire che più si riducono le possibilità di successo per l'attore, più è probabile che il risarcimento in quei pochi casi au-

⁴⁷ Il « Libel Defense Resource Institute » riferisce di tre importi risarcitori di tale

entità concessi dalle giurie a partire dal 1980; v. inoltre *Kaufman*, *op. cit.*, p. 4.

menterà, con il risultato che l'ammontare totale dei danni corrisposti potrebbe non ridursi sostanzialmente.

b) *Spese legali.*

Gli argomenti contro la regola dell'*actual malice* introdotta nella decisione *New York Times* sono rafforzati quando si consideri l'aspetto delle spese legali^{47-bis}. Una osservazione ovvia è che l'oggetto del contendere diventa molto più ampio una volta che diventi essenziale provare il dolo del convenuto per farne dichiarare la responsabilità. Sotto il tradizionale regime di *common law* il problema della responsabilità tendeva a ruotare essenzialmente su elementi esterni. Era facile stabilire se un giornale aveva pubblicato una certa affermazione; generalmente non è troppo difficile stabilire se essa sia, o non, diffamatorio.

Il problema della falsità è più arduo. Nel caso *Westmoreland v. CBS*, ad esempio, l'accertamento della verità ha posto problemi enormi. Gli avvenimenti ebbero luogo decenni prima della causa e in tutto il mondo. Qualsiasi approfondito esame del caso richiedeva come minimo una analisi di tutti i contatti fra il presidente Johnson ed il generale Westmoreland, e si allargava da questi alle carte e ai ricordi di altri soggetti. Anche casi più semplici potrebbero imporre alla giuria di afferrare l'essenziale ragione di complesse operazioni economiche. La verità può essere un guazzabuglio quando le affermazioni non riguardano persone semplici, in un certo luogo e tempo. In pratica dobbiamo attenderci che la disputa sarà più accesa quanto maggiore è l'incertezza sulla verità⁴⁸. È tuttavia rischioso trarre delle conclusioni generali dai casi più difficile che angustiano giudici e giurati. La verità o la falsità possono talvolta essere inafferrabili e non bisogna attribuire alla *common law* una maggiore chiarezza di quella che effettivamente possiede. Eppure, nella maggioranza dei casi, l'accertamento della verità non pone oneri intollerabili per le parti in causa. Se non fosse così non si potrebbero provare i normali casi di truffa e frode commerciale e dovremmo mettere in dubbio l'intero sistema di *common law* il quale essenzialmente prevede l'impiego di procedure per accertare i fatti. E nei casi per diffamazione la falsità deve essere accertata prima di affrontare il problema della responsabilità in base al regime introdotto dalla sentenza *New York Times*. Salvo che nel caso di assoluta immunità per affermazioni diffamatorie ogni regime dovrà affrontare le questioni della diffusione a terzi, della diffamatorietà e della verità. Possiamo dunque sormontare tali difficoltà.

^{47-bis} Negli Stati Uniti non vige la regola che le spese di difesa seguono la soccombenza (n.d.t.).

⁴⁸ Per una analisi generale della questione v. PRIEST, KLEIN, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 *J. Legal Studies*, 1 (1984).

Ma il requisito dell'*actual malice* sposta l'indagine da fatti esterni allo stato soggettivo dell'agente. E nelle cause contro un mezzo di comunicazione di massa l'indagine non riguarda lo stato soggettivo di una sola persona bensì di molte. Ciascuna di esse deve essere interrogata sicché le elefantiche regole della procedura civile aggravano i compiti di tutte le parti in causa. Non esiste un metodo semplice per escludere l'attività probatoria proprio su quell'elemento soggettivo che la decisione *New York Times* pone al centro della questione di responsabilità, come ha riconosciuto la stessa Corte Suprema nel caso *Herbert v. Lando*⁴⁹, che aveva assunto dimensioni epiche a seguito delle prolungate indagini sulla questione dell'*actual malice*. La possibilità di un attore ferrato e determinato di assillare il convenuto con l'attività probatoria è inevitabile nel presente regime. Il rischio era minore nei processi di *common law* fondati sulla regola della responsabilità oggettiva.

Le difficoltà della prova nel regime dell'*actual malice* hanno una forte influenza sul comportamento generale dei mezzi di comunicazione di massa. I potenziali convenuti si preoccupano del costo complessivo delle loro affermazioni, siano esse diffamatorie o non diffamatorie, e considerano anche i costi che pagano ai propri avvocati oltre al risarcimento che potrebbero dover pagare agli attori. Certamente i due costi hanno diversa natura: il risarcimento all'attore costituisce un trasferimento che di per sé non produce né perdite né profitti sociali. Esso è essenzialmente giustificato come riparazione per un torto o come ammonizione contro ulteriori illeciti. Le spese legali, invece, non costituiscono trasferimenti bensì il consumo privato di risorse effettive: avvocati, esperti ed altri soggetti che si cercherebbero un altro lavoro se queste cause non venissero intentate. I convenuti sostengono queste spese per evitarne di maggiori (risarcimento all'attore) ed altri costi collegati con la soccombenza di una vertenza giudiziaria. La loro speranza è che se la difesa ha successo ciò avrà un effetto deterrente nei confronti di altri attori; si tratta di una preoccupazione essenziale per i mezzi di comunicazione di massa i quali sono costantemente convenuti nelle azioni per diffamazione. La loro strategia istituzionale pare potersi sintetizzare nella frase « miliardi per la difesa, neanche un soldo per risarcimento », valida soprattutto se si considerano i vantaggi a lunga scadenza. Tuttavia tale strategia è socialmente improvida in quanto le spese legali costituiscono una netta perdita sociale, mentre i trasferimenti di ricchezza non lo sono.

Quel che è importante notare a questo proposito è il rapporto fra spese legali e disciplina giuridica. È facile azzardare che le spese le-

⁴⁹ 441 U.S. 153 (1979).

gali sono in funzione unicamente delle perdite ipotizzabili. Ma nulla potrebbe essere meno vero. Si tratta invece di stabilire il rapporto fra probabilità di perdita e danno prevedibile. Al limite, se il risarcimento è certo non c'è alcuna convenienza ad opporsi all'azione; poiché dovrà pagare, comunque il convenuto dovrebbe agire razionalmente per risparmiare sulle spese legali. D'altra parte, quando le possibilità di successo sono pari a zero vale la considerazione parallela. Perché l'attore dovrebbe iniziare una causa se sa in anticipo che il risultato è negativo? (Non considero in questa sede le varianti determinate dall'azzardo). Si considerino ora i casi in cui le probabilità sono attorno al 50% e l'incertezza dell'esito è molto elevata. Inoltre l'incertezza dell'ammontare del risarcimento è ancora più elevata in quanto nei casi di *actual malice* i danni concessi sono maggiori che in quelli a responsabilità oggettiva. Vi è dunque qualcosa su cui vale contendere e le parti private, nell'intento di massimizzare i propri profitti, si renderanno conto che, in base al sistema americano di spese legali vi è una correlazione fra risarcimento molto alto e spese legali molto alte. In altri termini le controversie con poste alte e incertezza elevata generano forti spese legali sia per gli attori che per i convenuti. Mentre le controversie con poste basse e scarsa incertezza sono risolte ad un costo molto più basso. Ne consegue che anche se l'ammontare complessivo dei risarcimenti nei due sistemi può essere uguale, le spese legali complessive del convenuto possono essere molto più alte nel sistema dell'*actual malice*. Il convenuto dovrebbe pagare un risarcimento più elevato sotto il regime del *New York Times* che sotto quello di responsabilità oggettiva, nel quale le probabilità di perdere sono maggiori e l'estensione della controversia è minore. Anche se i risarcimenti complessivi concessi in base al principio della responsabilità oggettiva fossero maggiori è ben possibile che la differenza in termini di costi legali tenderebbe a diminuire la differenza e potrebbe addirittura invertire l'equilibrio.

c) *Il costo dell'incertezza e del rischio.*

La questione è complicata ulteriormente dal fatto che in base al regime dell'*actual malice* i costi del convenuto sono aumentati dall'avversione per il rischio, cioè dalla semplice considerazione che per la maggior parte delle persone l'incertezza è di per sé un costo. Generalmente l'avversione per il rischio spinge entrambe le parti a trovare un componimento perché ciascuna di esse trae un vantaggio dal sostituire ad una responsabilità incerta una somma certa. Ne consegue che qualsiasi regola giuridica che aumenta l'incertezza sull'esito può avere solo l'effetto di diminuire i vantaggi delle parti in causa. Come nel caso delle spese legali l'avversione per il rischio colpisce sia attori che convenuti. In particolare, nel regime dell'*actual malice* l'incertezza può esser maggiore, soprattutto nelle grandi vertenze che sorgono nel campo della diffamazione. Di nuovo si può dire che l'incertezza spinge l'equilibrio verso un regime di responsabilità oggettiva.

d) *Gli effetti sulla credibilità dei mezzi di comunicazione di massa.*

Finora sono stati considerati le perdite e i profitti della stampa dal punto di vista della sua esposizione complessiva nelle controversie. Tuttavia è chiaro che una analisi completa richiederebbe di prendere in considerazione gli effetti che la disciplina della diffamazione ha sulle potenzialità della stampa di conseguire dei profitti e godere di un'influenza nella collettività in generale. Per vedere come la disciplina opera in questo contesto è utile confrontare la situazione con quanto avviene nell'ordinario sistema di garanzie per il consumatore. In molti settori i venditori sono desiderosi di avere un regime di responsabilità oggettiva per i propri prodotti. Tale desiderio non si esprimerà nella fase contenziosa, quando la perdita è già avvenuta e la strategia che minimizza i costi è quella di sfuggire alla condanna. Ma essa è evidente nella fase anteriore, quando il potenziale convenuto può scambiare la possibilità di aumentare le vendite contro la possibilità di dover pagare importi risarcitori. Qui la maggiore funzione della responsabilità oggettiva è quella di imporre taluni comportamenti al convenuto e quindi aumentare la disponibilità dei consumatori ad acquistare il suo prodotto anche quando mancano di informazioni precise sui criteri della sua produzione⁵⁰. Se, ad esempio, la *common law* facesse venire meno la sua forte presunzione che i venditori garantiscono l'assenza di vizi dei loro prodotti, i produttori di livello superiore potrebbero subirne delle perdite in quanto sarebbero costretti ad individuare altri modi per estendere le loro garanzie contenute nel costo ad un mercato di consumatori lontano e disorganizzato⁵¹. Anche i consumatori subirebbero una perdita in quanto verrebbero loro imposti costi di ricerca e ispezione che, invece, le garanzie riducono.

Un semplice modello dei mezzi di comunicazione di massa dimostra come anche in questo settore sia importante il principio delle garanzie. I giornali e le emittenti televisive sono di solito impossibilitati dall'entrare in contatto diretto con i propri « clienti ». Tuttavia si può dire che essi si vincolano ad una pubblica affidabilità attraverso le azioni per diffamazione che sono portate loro da persone offese. Quando l'esito della controversia chiarisce se l'affermazione era vera o falsa ed offre un qualche ristoro economico, il pubblico acquista maggiore fiducia che quello che leggono è vero e affidabile. Di conseguenza pagano di più l'informazione che viene così fornita. La regola dell'*actual malice*, invece, pone sullo stesso piano le informazioni errate come quelle esatte purché le prime non siano fornite con un grado di responsabilità superiore alla grave negligenza. Che equivale a

⁵⁰ BISHOP, *The Contract-Tort Boundary and the Economics of Insurance*, 12 *J. Legal Stud.*, 241 (1983).

⁵¹ L'attuale disciplina è contenuta nell'U.C.C. par. 2.318 (1977).

dire che un produttore può sfuggire alle conseguenze dei suoi beni affetti da vizi purché non si dimostri che intendeva danneggiare i suoi consumatori. In una valutazione *ex ante* i consumatori in quanto classe perdono, come pure i produttori.

È importante osservare che le conseguenze non sono uguali per tutti i produttori. I produttori di livello superiore hanno costi minori nell'adeguarsi alle regole di responsabilità oggettiva, rispetto a quelli inferiori. Lo spostamento nelle regole di responsabilità quindi opera un implicito sussidio ai prodotti di qualità inferiore alle spese di quelli superiori. Il risultato sarebbe indifendibile nel mercato di un prodotto comune, e dovrebbe esserlo pure in riferimento ai casi di diffamazione.

Si potrebbe obiettare che i mezzi di comunicazione di massa di livello superiore hanno a disposizione, nelle proprie mani, il rimedio, perché sarebbe sufficiente che essi informassero i propri « clienti » che sono disposti a far decidere i casi che li riguardano in base alle tradizionali regole di *common law*, senza chiedere la prova dell'*actual malice*. Tuttavia questa prospettiva crea tutta una serie di problemi perché il giornale che seguisse questa strada non potrebbe vincolare il potenziale attore ad un regime che preveda responsabilità oggettiva e risarcimenti limitati. Quegli attori, e ve ne saranno, che preferiscono che il caso sia giudicato in base alla regola dell'*actual malice* sceglieranno tale strada. E poiché non sono possibili contratti fra l'attore e il mezzo di comunicazione di massa la dichiarazione unilaterale di quest'ultimo, anche ammesso che fosse praticabile, non introduce un ragionevole regime di responsabilità oggettiva. La possibilità di scelta offerta agli attori tenderebbe in tal modo ad aumentare i costi legali in quanto ciascun attore sceglierebbe la propria strada al fine di massimizzare i propri vantaggi nella controversia. Non vi sono motivi evidenti per ritenere che l'aumento nelle vendite bilancerebbe l'aumento nelle spese legali. La barriera di alti costi si fa nuovamente sentire in un'area che si è per molto tempo ritenuto fosse dominata da questioni d'ordine costituzionale.

La conseguenza è che la regola dell'*actual malice* crea problemi non previsti sia sotto il profilo dei profitti che sotto quello della responsabilità. Il sistema comune di rigorose ma limitate garanzie, che ha dimostrato effetti stabilizzanti nei mercati per prodotti ordinari, trovava applicazione sotto la disciplina di *common law* della diffamazione, nella quale le azioni portate dalle persone offese offrivano una indiretta, ma efficace, tutela sia ai lettori che ai giornali di qualità superiore. Quando la gente afferma « non ci si può più fidare dei giornali » essa semplifica la situazione considerando la fiducia come una variabile del tipo « o tutto o niente ». Ma dietro a quella comune sensazione vi è una verità più grande e cioè che il livello di fiducia diminuisce con l'attenuazione dei principi di responsabilità. Possiamo dire che la perdita di credibilità dei mezzi di comunicazione di massa appare maggiore in un regime di *actual malice* che in uno di respon-

sabilità oggettiva. Di nuovo l'equilibrio si sposta verso quest'ultimo, anche solo guardando le cose dal punto di vista del convenuto.

10. I COSTI SOCIALI.

Il quadro non è tuttavia completo, perché fino ad ora abbiamo considerato la situazione unicamente dal punto di vista del convenuto. Tuttavia se c'è una ragione per la quale l'assoluta immunità per la stampa non è auspicabile è nell'interesse dell'offeso e del pubblico in generale. Si rammenti che anche la Corte Suprema nel caso *New York Times* non considerò la mancanza di rimedi in casi di effettivo danno come un fine a se stesso, ma solo come un male minore che consentiva di acquisire dei beni maggiori. Questo giudizio sociale complessivo comporta un confronto delle perdite e dei profitti totali sia di attori che di convenuti sotto entrambi i regimi. In questa operazione il danaro che passa dai convenuti agli attori non va considerato perché quel che è guadagnato da una parte è perso dall'altra. Dunque occorre incentrare l'attenzione sul resto.

In primo luogo, le spese legali: gli effetti della regola dell'*actual malice* sono incerti. In quei casi in cui essa costituisce una barriera invalicabile i costi saranno ridotti ma all'attore verrà negato ogni ristoro per il danno subito. In altri casi l'attore potrebbe fare causa per ragioni secondarie, come ad esempio per farsi pubblicità o salvare la faccia, senza speranza di ottenere un qualche risarcimento. In altri ancora l'attore può essere disposto a spendere somme ulteriori per conseguire quei maggiori ritorni che la prova dell'*actual malice* potrebbe dargli. Considerata in astratto, la situazione non è chiara, ma le spese legali complessive potrebbero anche aumentare. Inutile dire che il livello di incertezza pure aumenta in un sistema di tale complessità.

Il costo maggiore dell'attuale sistema è che non offre alcun modo per l'accertamento della verità. Quando un convenuto vince la causa sulla mancanza dell'*actual malice* non vi è alcuna correzione degli errori passati, nessun effetto satisfattivo per l'attore, il quale può dolersi aspramente di aver perso la causa su una questione tecnica che non era di alcun interesse per lui. Ed in effetti non c'è da sorprendersi che il livello di frustrazione dell'attore sia così alto nelle cause per diffamazione proprio perché nella maggior parte dei casi il convenuto sfugge all'unica questione che interessa all'attore: la falsità dell'addebito il cui riconoscimento potrebbe consentire di ristabilire la sua buona reputazione⁵². Anche il pubblico è perdente perché l'attuale si-

⁵² Sul punto insistono particolarmente BEZANSON, CRANBERG, SOLONSKI, *Libel Law and the Press: Setting the Record Straight*, 71 *Iowa L. Rev.* 215 (1986).

stema pone degli ostacoli sistematici alla correzione degli errori. Se è importante per l'opinione pubblica sapere che il sig. Rossi è stato un funzionario pubblico disonesto, è altrettanto importante che essa sappia che il sig. Rossi è funzionario pubblico diligente falsamente accusato dalla stampa. La centralità della verità è di vitale importanza per qualsiasi valutazione complessiva del sistema. Anche se il sistema incentrato sulla verità fosse più costoso da gestire di quello retto dal regime dell'*actual malice*, esso comunque fornirebbe una informazione di valore sociale molto superiore. Vi sarebbero più azioni giudiziarie, ma svolgerebbero un importante ruolo sociale.

II. LE PROSPETTIVE DI RIFORMA.

Rimane dunque la domanda se, e cosa, si debba fare per cambiare la situazione. A mio avviso la soluzione ottimale comporta un ritorno al sistema precedente nel quale si applicavano le regole della responsabilità oggettiva. Non ritengo ci possa essere discussione sul fatto che, in linea di principio, qualsiasi attore ha diritto ad una pronuncia giudiziale che stabilisca se l'addebito rivoltogli dal convenuto era falso. Conseguentemente ritengo che le mere espressioni di opinioni non dovrebbero mai essere soggette a responsabilità. Anche se non si paga una lira di risarcimento, l'accertamento della falsità, indipendentemente dall'esame dell'elemento soggettivo del convenuto, equivale alla restituzione di qualche cosa che è stato preso dal convenuto all'attore. Per fare una semplice analogia, se il convenuto occupa il terreno dell'attore un tribunale può scegliere (erroneamente) di non attribuirgli un risarcimento, ma certamente deve ordinare la restituzione in pristino. A giudicare dai recenti e clamorosi casi *Sharon v. Times* e *Westmoreland v. CBS* l'aspetto economico era quasi secondario rispetto al problema di chi mettesse in gioco la propria reputazione, l'attore o il mezzo di comunicazione di massa. È facile immaginare che il settimanale « Time » avrebbe preferito pagare un risarcimento sostanzioso al gen. Sharon, senza accertamento della falsità dell'addebito, piuttosto di una sentenza che ha intaccato la sua reputazione di giornale preciso e attendibile. Una regola che colpisce la reputazione dei giornalisti inattendibili offre un utile vantaggio ai concorrenti e contribuisce ad alzare il livello complessivo del dibattito pubblico. Se una modifica in tal senso — e anche solo questa modifica — fosse apportata la disciplina sarebbe notevolmente migliorata.

Si potrebbero prendere in considerazione anche mutamenti più profondi. Una volta che la responsabilità oggettiva fosse la regola non vi sono molte ragioni per assegnare all'attore l'alto risarcimento da lui chiesto e talvolta ottenuto. Molte delle attuali proposte di riforma prevedono che l'attore il quale ottiene una sentenza dichiaratoria sulla falsità dell'addebito rinunci ad ogni possibilità di ot-

tenere un risarcimento⁵³. Una simile soluzione conserva una certa efficacia all'azione per diffamazione ma non compensa i danni subiti prima della sentenza e i danni residuali successivamente ad essa. La mia opinione è che un qualche risarcimento debba essere accordato anche in un regime di responsabilità oggettiva, ma che debba essere attentamente circoscritto. In parte la auspicata riduzione nel livello dei risarcimenti si ottiene semplicemente eliminando il principio dell'*actual malice*; è assai meno probabile che giudici e giurati siano indignati se l'unica prova verte attorno all'addebito e le sue conseguenze sul benessere dell'attore. Quel che non si può ottenere con questo mutamento di atteggiamento, può essere raggiunto attraverso un attento riesame in sede di appello dei risarcimenti eccessivi, e questo anche senza bisogno di modifiche strutturali nella disciplina.

Tuttavia probrebbe essere utile un ulteriore passo verso la riduzione dei risarcimenti. I dati finora a disposizione indicano che nessun attore ha mai, finora, effettivamente conseguito un risarcimento superiore al milione di dollari. Una legge ragionevole potrebbe imporre un limite massimo al risarcimento in casi di diffamazione in modo da ridurre al minimo le incertezze residue sulla posta della vertenza. E poiché pare che nessun risarcimento sia andato oltre il milione di dollari quella cifra potrebbe costituire uno dei possibili massimi e certamente si possono — e per taluni casi si devono — individuare cifre inferiori. In via alternativa si potrebbe fissare una regola che parametri il risarcimento ai profitti del convenuto. È stato proposto che il risarcimento non superi mai tre volte il costo di una pagina (o un minuto) di pubblicità⁵⁴. La cifra o formula esatta può essere oggetto di discussioni interminabili ma certamente il tetto fisso per i risarcimenti suscita una indubbia attrattiva.

Resta da stabilire se l'*actual malice* possa ancora svolgere un qualche ruolo nei casi ordinari di diffamazione. Una delle possibili reazioni degli attori ad un regime di responsabilità oggettiva potrebbe essere quella di chiedere, oltre al risarcimento dei danni effettivi, anche un risarcimento esemplare. Tale richiesta potrebbe anche essere fatta cadere nel corso della causa, ma solo dopo una approfondita attività istruttoria sull'elemento soggettivo del convenuto e, forse, utilizzando le prove così raccolte nel processo. Ma la forza del regime di responsabilità oggettiva è quella di tenere fuori della porta tutte quelle prove che la nuova strategia dell'attore vorrebbe introdurre. Per impedire ciò potrebbe essere auspicabile l'introduzione di una regola che stabilisca che il pubblico funzionario non può *mai* ottenere un risarcimento esemplare dai mezzi di comunicazione di massa. I vantaggi che si conseguirebbero nella riduzione dei costi legali e della generale incertezza sarebbero notevoli. Tuttavia la regola offrirebbe

⁵³ V. *retro*, nt. 7.

⁵⁴ Si tratta di una proposta di S. Brill direttore di « American Lawyer ».

un'immeritata protezione a quei convenuti che hanno svolto una campagna di sistematica e consapevole diffamazione di persone innocenti, il che potrebbe essere considerato da taluni come eccessivo. Ma se è inaccettabile il ritorno ad un criterio di *actual malice* si può pensare ad individuare una qualche soluzione intermedia che consenta la concessione di un risarcimento esemplare solo nei casi di diffamazione ripetuta e sistematica che il convenuto si rifiuta di correggere o ritrattare anche quando gli è stata fornita una prova chiara e convincente della falsità degli addebiti. Ironia della sorte, una regola del genere esisteva, sulla carta, anche in Alabama, ma solo per essere stravolta, per fini non consentiti, dal tribunale locale⁵⁵. Il difetto delle norme che disciplinano la ritrattazione è che esse organizzano e incanalano l'indagine sull'elemento soggettivo del convenuto. Imponendo all'attore l'onere di inviare una formale richiesta scritta diventa più facile valutare le intenzioni del convenuto non da un esame complessivo della vicenda, bensì, più limitatamente, in relazione alla richiesta dell'attore. Una volta che la ritrattazione è stata pubblicata essa costituisce l'equivalente di un accertamento giudiziale della verità. Formalizzando le trattative fra le parti la disciplina della ritrattazione consente di considerare una serie di fatti nell'eventuale azione per il risarcimento dei danni effettivi, ed un'altra serie di fatti in relazione ad una richiesta di risarcimento esemplare, e quindi evita il rischio di confondere i due aspetti dell'azione.

In sintesi, è estremamente difficile stabilire se un divieto assoluto di risarcimento esemplare sia preferibile ad una legge ragionevole sulla ritrattazione. Ma quel che è chiaro è che uno dei difetti della disciplina nata dal caso *New York Times* sta nel fatto che spostando l'accertamento della responsabilità sulle soggettive intenzioni del convenuto essa offusca la distinzione fra risarcimento dei danni effettivi e di quelli esemplari e quindi involontariamente facilitando il conseguimento di questi ultimi.

⁵⁵ V. *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 261: « La legge dell'Alabama impedisce al pubblico ufficiale di ottenere un risarcimento esemplare in una causa per diffamazione riguardante la sua condotta ufficiale se non chiede preventivamente, per iscritto, una ritrattazione pubblica ed il convenuto non vi aderisce o si rifiuta di farlo. Il « New York Times » non pubblicò una ritrattazione ma rispose all'attore scrivendo fra l'altro: "Siamo perplessi circa la vostra opinione che le affermazioni contenute nell'annuncio in

qualche modo siano relative alla vostra persona" e "potreste farci sapere in che modo ritenere che le affermazioni dell'annuncio vi riguardino". L'attore intentò la causa qualche giorno dopo senza rispondere alla lettera ».

Chiaramente la lettera del « New York Times » non consiste in un rifiuto di ritrattare; era meramente una richiesta di ulteriori informazioni, lasciando aperta la decisione finale. D'altronde il « New York Times » aveva ragione nel ritenere che l'attore non potesse sostenere che gli addebiti si riferissero a lui.

12. CONCLUSIONI. LA DECISIONE NEL CASO *NEW YORK TIMES V. SULLIVAN* ERA ERRATA.

Resta solo da affrontare la questione se, in conclusione, il caso *New York Times v. Sullivan* fu deciso esattamente dalla Corte Suprema. Di certo, l'accertamento dei fatti fu corretto. La Corte Suprema doveva fermare la mano della disciplina della diffamazione in Alabama. Ma in via di principio la decisione solleva molti dubbi. Un conto è stabilire l'illegittimità dell'applicazione della disciplina di *common law* in un singolo caso, altra cosa è stabilire l'illegittimità di una intera disciplina. Qui il giudizio è assai difficile da formulare perché la scelta del regime di responsabilità determina il comportamento delle parti prima, durante e dopo la vertenza. Alla radice, il problema della decisione *New York Times* è che i principi giuridici che tenta di enunciare si fondano in gran parte su elementi sfuggenti, empirici. Qual è il costo dell'errore e quello di tutta la causa sotto gli opposti regimi di responsabilità? Quali sono gli incentivi per la stampa ad accertare questioni importanti di rilievo pubblico, e per i cittadini a partecipare agli affari pubblici? I dati concreti che abbiamo di fronte, i quali riguardano le decisioni delle giurie, sono del tutto insufficienti per valutare l'esatta portata dei diversi problemi, sicché tutto si riduce ad indovinare con intelligenza le risposte a domande difficili.

Azzarderei due criteri: il primo è che le regole semplici sono sempre da preferire a quelle complesse, nell'organizzazione delle attività umane. Il secondo è quello di guardare con un certo scetticismo alle pretese di chiunque, gruppo o individuo, affermi che la propria attività è così speciale da dover essere esentata dalle regole giuridiche generali che disciplinano i rapporti fra le persone. L'analisi della diffamazione ci porta per tanti meandri che è difficile scoprire se questi due criteri debbano essere disattesi. Io ritengo che non lo debbano. A confronto, le regole di *common law* (ragionevolmente controllate in ordine all'ammontare del risarcimento) rappresentano un miglior bilanciamento delle opposte esigenze di libertà di espressione e di tutela della reputazione individuale, che le regole del caso *New York Times* che le hanno sostituite.

Ora, che sono passate le ragioni del caso concreto e la crisi razziale che lo portò alla ribalta, la conclusione ragionevole sotto il profilo costituzionale è di abbandonare la regola dell'*actual malice* affermata nella decisione *New York Times*. Considerata sotto il profilo istituzionale quella decisione era errata.