

VINCENZO ZENO - ZENCOVICH

POSTILLA A HARTMANN E RENAS: L'« INQUINAMENTO DA MASS MEDIA » E LA FUNZIONE ECONOMICA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

SOMMARIO

1. L'analisi economica del 1° Emendamento alla Costituzione americana. — 2. Dolo e colpa nell'attività dell'impresa di comunicazioni. — 3. Il doppio regime (penale e civile) di responsabilità nell'ordinamento italiano. — 4. Costi certi e costi ipotetici nell'attività di informazione. — 5. Dati relativi al costo dell'attività giudiziaria di alcune imprese editoriali. — 6. La funzione afflittiva/satisfattiva del danno non patrimoniale ed il ruolo general-preventivo svolto dalla responsabilità civile. — 7. Inadeguatezza del sistema attuale e prospettive di sviluppo.

1. A vent'anni dalla scelta della Corte Suprema americana che sostanzialmente svuotava una secolare tradizione di *common law*, trasformando la lesione della reputazione da illecito civile a responsabilità oggettiva o colposa, in un illecito civile doloso con l'onere della prova dell'elemento soggettivo posto a carico dell'attore; dopo trent'anni almeno di sempre più diffusa applicazione dell'analisi economica ai diversi istituti e ordinamenti giuridici; dopo migliaia di saggi, note e commenti che hanno sviscerato fin nelle virgole la sentenza *New York Times v. Sullivan* e le altre che l'hanno seguita, finalmente qualcuno negli Stati Uniti esplicitamente sottopone ad un esame economico la validità del sistema voluto dai giudici della Corte Suprema.

Il saggio che precede è quindi importante — ed è la ragione che ha indotto a tradurlo — non tanto per lo specifico modello di responsabilità attenuata proposto e per alcuni postulati dell'analisi (sui quali si possono manifestare diverse riserve) quanto per la sua novità e per aver disvelato uno dei *totem* della dottrina giuridica americana, che ammantato di retorica e, spesso, di ipocrisia pervade ogni discorso in tema di manifestazione del pensiero.

Giova a tal proposito evidenziare come il 1° Emendamento alla Costituzione (il quale stabilisce che non sono ammesse leggi che limitino la libertà della stampa o di espressione) è stato interpretato nell'ultimo ventennio in maniera sempre più esasperata e grottesca, al punto da far decapitare dalla scure dell'illegittimità perfino piani di commercio che vietavano locali di videogiochi o di spogliarello dal vivo! Il tutto, ovviamente, sotto l'assunto che i giochi elettronici e l'esibizione delle proprie nudità costituissero parte integrante dell'inalienabile e fondamentale « *freedom of speech* ».

Si comprende quindi perché, a fronte di un obnubilamento ideologico di tali proporzioni, siano caduti nel vuoto i non molti (ma pur sempre autorevoli) moniti a non trasformare il 1° Emendamento in una « clausola acchiappatutto » e a considerarne la portata in una chiave o politica o umanistica, diffidando dalle sue strumentalizzazioni a fini meramente economici.

Ed infatti solo una diffusa renitenza — nella materia *de qua* — a studi interdisciplinari poteva occultare agli occhi del giurista un dato di comune esperienza e conoscenza per gli studiosi dei *mass media*: che le imprese di comunicazione di massa conseguono, in termini percentuali, fra i più alti profitti imprenditoriali anche grazie all'esistenza di norme di responsabilità civile particolarmente favorevoli. L'usbergo del 1° Emendamento costituisce pertanto un obiettivo ricercato con costanza e insistenza da un crescente numero di operatori industriali e commerciali.

In origine, con la sentenza *New York Times*, l'indirizzo assunto dalla Corte Suprema aveva una sua razionalità, pur se indubbiamente esso costituiva una risposta *politica* alle perduranti opposizioni al movimento di desegregazione razziale: i giudici supremi americani constatavano che negli Stati del Sud le norme sulla diffamazione erano utilizzate per colpire economicamente i giornali liberali del nord e dissuaderli dal sostenere il movimento anti-razzista; di conseguenza pensarono che la soluzione migliore fosse quella di spuntare l'arma risarcitoria, collegandone l'applicabilità allo *status* (pubblico o privato) del soggetto leso e alla prova dell'elemento soggettivo del dolo. L'annullamento della sentenza della Corte della Alabama — che aveva condannato il *New York Times* a risarcire ad un innominato commissario di polizia mezzo milione di dollari — pur rispondente ad una esigenza di giustizia sostanziale (che però poteva essere appagata con rimedi giuridici meno dirompenti), si trasformava in principio di diritto valido *erga omnes* — giudici federali e statali — anche in casi di assai minore rilevanza politica o giuridica.

Difatti, una volta accolto il sillogisma che la stampa raccoglie e diffonde notizie se ha la possibilità di trarne profitto; che se si riducono i margini di profitto o si generano delle perdite la stampa eviterà di raccogliere e diffondere notizie; che l'interesse pubblico è rappresentato dal massimo di attività di raccolta e diffusione di notizie; la conclusione logica è la tutela del margine di profitto dell'impresa indipendentemente dal contenuto della notizia e dalle modalità di reperimento e diffusione, purché rientri in uno *standard* diverso dal dolo.

Sviluppato negli ultimi due decenni, il principio ora esposto ha condotto non solo ad una nuova configurazione dell'illecito diffamatorio, ma ad una interpretazione *ad hoc* delle norme processuali volte ad accertare la sua sussistenza o insussistenza. Infatti, non vigendo negli Stati Uniti il principio dell'addebito delle spese processuali al soccombente, più gravoso dell'eventuale condanna al risarcimento è spesso il costo della difesa in giudizio. Al fine di limitarne l'incidenza si è quindi dilatato il principio del *summary judgment*, consentendo

al giudice di dichiarare *in limine* la domanda inammissibile — senza intervento della giuria — qualora riscontri l'assenza degli elementi essenziali dell'azione.

2. Una delle caratteristiche del sistema progressivamente delineato è la sua unilaterale considerazione dei profili economici che sono intrinseci ad ogni sistema di responsabilità: infatti, non solo non si considera il danno prodotto dall'attività illecita, ma si ignora anche il costo sociale di un'attività informativa condotta — grazie al margine di immunità concesso — a livelli di diligenza più bassi. Ne consegue che il grado di responsabilità varia a seconda dei margini di profitto dell'editore ed i costi individuali e sociali sono valori non autonomi, bensì dipendenti. Non ci si trova quindi di fronte ad un equilibrio, inteso come bilanciamento tra opposte analisi costi/benefici, ma — per esprimersi in termini matematici — ad una equazione di primo grado rappresentata da una curva ascendente posta su un asse cartesiano che delimita l'area in cui l'aspettativa di profitto è superiore di un $x\%$ al costo sommato al rischio di risarcimenti. Al punto in cui la curva comincerà a flettersi l'editore diminuirà e, progressivamente, cesserà la pubblicazione di quelle notizie che non gli garantiscono il margine di profitto ritenuto minimo.

Il sistema delineato dalla Corte Suprema americana crea sì un'area dove l'editore sopporta in pieno il danno provocato con la diffamazione, e cioè quando l'affermazione è consapevolmente falsa. Ma tale previsione ha scarsa influenza sul piano economico, giacché è sufficiente uno sforzo minimo per trasferire l'illecito dal campo del dolo a quello della colpa. Esemplicando, stabilito che un'impresa è responsabile per i danni da inquinamento solo se provocati volontariamente, l'impresa non impegnerà N risorse per evitare la produzione di danni, bensì una frazione di N per poter dimostrare che il danno è colposo e non doloso.

Riportando il discorso alla stampa, si comprende perché il grado di diligenza impiegata sarà sempre sub-ottimale, come dimostra il modello matematico proposto da Hartmann e Renas.

Si può dunque concludere che il dolo — come opposto alla colpa — mal si presta ad essere valutato in una analisi economica giacché alla sua sussistenza concorrono fattori casuali (la conoscenza della falsità) e di incerta rilevanza economica, non potendosi stabilire una correlazione tra elemento soggettivo e gravità del danno prodotto. Infatti, mentre la nozione di diligenza è inseparabile da quella di danno, in quanto è stata concepita proprio al fine di evitare gli eventi più gravi e ricorrenti, la nozione di dolo si connette più ad un giudizio morale di riprovazione, ad un divieto *tout court* dell'attività la quale è dannosa perché vietata, e non viceversa. Così, mentre l'indagine sulla colpa è essenzialmente una su fatti, comportamenti attivi od omissivi, insomma, concreti ed appartenenti alla realtà materiale, l'accertamento del dolo si svolge sul piano dei nessi psicologici, delle presezioni, del formalismo.

Se ciò non bastasse, si consideri che nell'ordinamento americano è ammessa l'assicurazione di responsabilità civile per danni determinati da dolo, di talché anche la residua area imputabile all'editore può essere da questi facilmente assorbita nei costi complessivi.

In conclusione è evidente la parzialità, anche sotto il profilo meramente economico, del sistema vigente negli Stati Uniti in quanto il regime di responsabilità civile è il frutto di una immaginaria trattativa fra ordinamento che è disposto a pagare qualsiasi prezzo per qualsiasi notizia, anche se falsa, purché non consapevolmente, ed editori che, di fronte all'eccesso di domanda, per massimizzare la produzione tendono a diminuire progressivamente gli *standards* di diligenza fino al punto in cui l'assenza di questa viene considerata dolo.

3. Le brevi considerazioni che precedono possono ora essere trasferite nell'ordinamento italiano dove, com'è noto, vige un doppio regime di responsabilità: uno fondato sul dolo che comporta sia la sanzione penale che il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale; l'altro fondato sulla colpa e che obbliga al risarcimento del solo danno patrimoniale. In questo senso può cogliersi una similitudine con il regime differenziato americano per personaggi pubblici e privati cittadini, ove la prova del dolo apre la strada al risarcimento esemplare, mentre la prova della mera colpa determina il risarcimento del solo danno patrimoniale per la seconda categoria e non per la prima. Tuttavia non può parlarsi di equivalenza dei due sistemi anche perché l'onere della prova è diversamente distribuito, operando il sistema americano secondo il tradizionale principio dell'*actore non probante reus absolvitur*, mentre nel sistema penale italiano, a dispetto della presunzione di non colpevolezza, spetta sostanzialmente all'imputato discolarsi dall'accusa di diffamazione, provando la verità del fatto o la sussistenza di cause di giustificazione.

Da una analisi della giurisprudenza e della dottrina è facile riscontrare l'assenza di quelle considerazioni di carattere economico che hanno ispirato il nuovo regime di responsabilità americano. Anzi, non è infrequente trovare, soprattutto in decisioni della Corte Costituzionale, una netta distinzione fra manifestazione del pensiero — rientrando sotto l'art. 21 — ed esercizio di impresa di comunicazione di massa — disciplinata dall'art. 41.

Ed anche il richiamo contenuto nella *landmark decision* n. 225/1974 alle indispensabili fonti di finanziamento della stampa periodica va collegato non alla manifestazione del pensiero, bensì alla raccolta della pubblicità, un settore ripetutamente (sentenze nn. 68/1965 e 231/1985) dichiarato esterno all'ambito dell'art. 21.

Tale mancanza di prospettiva economica non implica però che il sistema adottato sia funzionale ed efficiente. Anzi, proprio una analisi economica evidenzia l'inconsistenza del regime vigente.

Si consideri la responsabilità per colpa: essa dà luogo al risarcimento del solo danno patrimoniale, ma il danno provocato dalla lesione della reputazione è — secondo l'interpretazione prevalente in

giurisprudenza — solo raramente patrimoniale. A fronte quindi di un rischio di perdita assai limitato si pone la diminuzione dei costi conseguente al ridotto livello di diligenza imposto, e l'aumento dei profitti determinato dall'incremento delle vendite nel caso di notizie « sensazionali ».

Volendo riproporre l'esempio già fatto dell'impresa inquinante, se il regime di responsabilità imporrà, per ipotesi, il risarcimento dei soli danni alle cose, e non alle persone (o viceversa) l'impresa adatterà il proprio ciclo produttivo per evitare un tipo di danni, non l'altro. Il problema è che l'impresa di comunicazione di massa produce prevalentemente quel tipo di danno non risarcibile. Ci si trova quindi di fronte ad un sistema di responsabilità civile — considerato di per sé — non solo inefficiente economicamente, ma soprattutto intrinsecamente contraddittorio.

4. Occorre ora considerare l'influenza sul quadro prima delineato dell'esistente regime di responsabilità penale che dà luogo a sanzioni criminali e consente il risarcimento del danno non patrimoniale. Sembrerebbe così risolta l'incongruenza prima denunciata, con il sovrappiù di deterrenza contenuto nella comminatoria penale.

Senonché va subito evidenziato che tale regime di responsabilità si fonda sul dolo, pur con le avvertenze che si sono fatte circa l'onere della prova. Si devono quindi riproporre tutte le obiezioni formulate con riguardo al sistema americano. Infatti — a parte le considerazioni sul regime di favore che si stabilisce per le imprese di comunicazione di massa, rispetto a quelle ordinarie per le quali vige il principio comune della responsabilità per colpa — il dolo non implica necessariamente l'assenza di diligenza, anzi uno dei principali conflitti giuridici in tema di diffamazione — quello sull'esercizio putativo del diritto di cronaca — verte sulla contemporanea presenza di una diligente attività di ricerca e divulgazione e della consapevolezza della natura lesiva di quanto affermato.

Il regime di responsabilità fondato sul dolo, quindi, non necessariamente induce i potenziali danneggianti ad adottare maggiori cautele giacché queste non escludono che l'impresa sia comunque tenuta al risarcimento.

Pertanto, a fronte di un esborso sicuro per rendere più rigorosa la selezione e diffusione delle notizie, si preferirà correre il rischio di una sanzione incerta nella sua consistenza ed effettività.

È proprio il raffronto tra costo certo e costo ipotetico ad evidenziare l'inefficienza del regime penale nella sua concreta esplicazione. Questa *Rivista* ha già fornito alcuni elementi significativi sull'incidenza reale del sistema sanzionatorio penale analizzando l'esito dei procedimenti di primo grado nel tribunale con il maggiore carico di processi per diffamazione (*L'orientamento del Tribunale di Roma in tema di diffamazione a mezzo stampa: un'indagine statistica*, in questa *Rivista*, 1986, 207); tali dati hanno trovato riscontro e conferma da parte dell'Istat la quale ha rilevato nel 1982 appena 49 condanne

definitive per diffamazione (comprese quelle non a mezzo della stampa). Si aggiunga a questo la considerazione di comune conoscenza sulla eseguità o addirittura irrisorietà delle sanzioni irrogate (al livello di una contravvenzione stradale) perché sia evidente lo svuotamento di ogni loro funzione generale preventiva, a maggior ragione sotto un profilo economico.

Tale conclusione non muta se ci si sposta ad esaminare le conseguenze della risarcibilità dei danni non patrimoniali; anzi, nel complesso, la situazione appare più inefficiente di quella americana. Infatti, il regime della responsabilità civile vigente negli Stati Uniti per gli illeciti diffamatori presenta due importanti differenze, una d'ordine strutturale, l'altra procedimentale: il risarcimento del danno (attraverso gli *exemplary damages*) non ha una funzione meramente riequilibratrice dello *status quo ante*, ma comporta uno spostamento di ricchezza dal danneggiante verso il danneggiato superiore al danno effettivamente prodotto colorandosi così di una natura afflittiva che sfugge ad una predeterminazione aziendale dei futuri costi/benefici di una certa attività informativa.

In secondo luogo l'alto costo delle procedure giudiziarie (sotto il profilo, soprattutto, della difesa) e la mancanza del suo addebito alla parte soccombente rappresenta un ulteriore deterrente economico per la impresa di comunicazione di massa che, essendo sempre convenuta, subisce comunque, anche in caso di rigetto della domanda, un decremento patrimoniale.

Siffatte condizioni non si presentano nell'ordinamento italiano, di modo che la reale incidenza economica delle sanzioni risarcitorie si rivela pressoché nulla. Il discorso, ovviamente, vale per l'intero settore della responsabilità civile, ove però nei settori più importanti vigono correttivi legislativi (come l'assicurazione obbligatoria) o amministrativi (la disciplina della produzione e del commercio dei beni di consumo).

5. Si finisce così col ritornare alle considerazioni già svolte con riferimento al risarcimento per danno patrimoniale: l'imprenditore non terrà conto dei fattori economicamente insignificanti soprattutto se ciò gli eviterà costi economicamente significativi. Alcuni dati empirici paiono suffragare la conclusione raggiunta. Da una indagine — estremamente limitata anche per la indisponibilità di molte imprese — presso le principali società editrici ed i loro legali esterni si è potuto appurare che i *litigation costs* per diffamazione o lesione dei diritti della personalità nel loro complesso hanno una scarsa incidenza percentuale: così un quotidiano con un bilancio annuo di ca. 80 miliardi dichiara di sostenere annualmente e complessivamente L. 180 milioni in spese, risarcimenti e transazioni, pari allo 0,44%; mentre un settimanale di grande tiratura con un bilancio annuo di ca. 50 miliardi dichiara di spendere attorno ai 50 milioni per risarcimenti e transazioni, pari allo 0,1%.

Per taluni, il contenzioso legale in materia rappresenta gran parte di tutto quello in cui l'azienda è coinvolta, compresi i contratti com-

merciali e di lavoro; per altri costituisce una misura più ridotta, attorno al 50%; ma tale dato è difficilmente indicativo, in quanto dipende essenzialmente dalle dimensioni dell'impresa e dalla sua politica di relazioni industriali. In generale i legali intervistati hanno espresso la convinzione della inutilità delle sanzioni penali, sia sotto il profilo general-preventivo, sia della influenza sulla linea politica dell'organo di stampa; alcuni però hanno prospettato la possibilità di un mutamento a seguito di un trasferimento del contenzioso dal campo penale — ove prevalentemente adesso si svolge — a quello civile. Gli operatori hanno infatti colto la profonda innovazione rappresentata dalla giurisprudenza del Tribunale di Roma che ha cominciato a parametrare il risarcimento del danno non patrimoniale a criteri obiettivi quali la diffusione del mezzo di comunicazione e la sua consistenza patrimoniale, liquidando somme sull'ordine delle decine di milioni (v. Trib. Roma 27 marzo 1984, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, 13; nonché Trib. Roma 19 giugno 1985, in questa *Rivista*, 1986, 128).

Il dato è di estremo interesse perché conferma la convinzione che solo una incisiva sanzione economica è suscettibile di determinare comportamenti diversi da parte dell'impresa di comunicazione di massa, e ciò a prescindere dalla questione (assai dibattuta e che non può essere qui esaminata) della opportunità o, addirittura, della legittimità costituzionale di tali forme di pressione.

6. Non si deve per questo pensare, però, che sia risolto il problema della efficienza del sistema, giacché si impongono alcune considerazioni divergenti: la correzione del sistema, insita nella giurisprudenza prima citata, implica che al risarcimento del danno non patrimoniale si attribuisca una funzione afflittiva per il convenuto, soddisfattiva per l'attore. Posizione che trova molti sostenitori in dottrina (v. per tutti G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983) ma che cozza con la radicata propensione del nostro ordinamento civilistico — sia in sede contrattuale che extracontrattuale — verso una funzione riequilibratrice e non locupletatrice delle sanzioni. È fin troppo evidente che l'assunzione di una nuova e diversa finalità comporta una sostanziale riformulazione dell'intero sistema risarcitorio che non dovrebbe fermarsi al solo danno non patrimoniale, ma, in talune circostanze, si estenderebbe anche a quello patrimoniale.

Sul piano dell'analisi economica, poi, occorre considerare che per essere realmente efficaci, tali sanzioni afflittive dovrebbero colpire non solo e non tanto i comportamenti dolosi — della cui particolarità si è già detto — quanto, perlomeno, quelli gravemente colposi. Infatti è solo indicando uno *standard* di diligenza — ovverossia comportamenti individuabili e concretamente esigibili ad un gran numero di soggetti — che si può consentire all'impresa di valutare e confrontare il costo dell'aderenza allo *standard* ed il rischio connesso alla non conformità. In altri termini si tratta di comprendere quale sia il costo per riqualificare professionalmente il personale giornalistico e portarlo ad un certo livello di diligenza oggi praticamente ignoto, nonché il

costo dell'aumento del tempo di « lavorazione » della notizia e del personale incaricato della sorveglianza. Poiché si tratta di una voce di spesa tutt'altro che marginale e presuppone un alto grado di collaborazione da parte degli interessati (una macchina si può perfezionare o sostituire, un comportamento umano radicato può anche necessitare un ricambio generazionale), a che livello deve porsi la sanzione per rendere conveniente l'adozione dello *standard*?

Si possono aggiungere, in conseguenza di quanto detto, ulteriori considerazioni: sempre di più la principale voce attiva del bilancio di una impresa di comunicazione di massa è rappresentata dalla pubblicità; nel caso dell'emittenza televisiva privata si tratta addirittura della unica fonte di entrate. Le vendite rilevano non tanto per il loro valore diretto, quanto per l'effetto moltiplicatore che esse hanno sugli introiti pubblicitari: così per ogni copia venduta in più diminuisce il suo costo unitario ed aumenta il ricavo rappresentato da parte del prezzo di vendita e dal suo valore pubblicitario. Un sistema di responsabilità civile dovrebbe quindi tenere conto di questa scala crescente.

In secondo luogo non si può dimenticare che nel nostro paese l'editoria è assistita da numerose e cospicue provvidenze pubbliche. Esse, in quanto variabili esterne, inevitabilmente falsano il confronto costi/benefici dell'imprenditore garantendogli una fonte di proventi diversa dalla vendita e dalla pubblicità.

A questo punto appare chiaro che un sistema di responsabilità civile, per quanto elastico, o risulta inefficace (comunque è più profittevole un basso *standard* di diligenza, che uno alto) o cessa di essere tale (per la sproporzione fra danno effettivamente creato e riallocazione del medesimo in capo al danneggiante moltiplicato di molte unità).

7. Il danno da *mass media* si configura, in questa ottica, come ineliminabile ed in tendenziale aumento. La responsabilità civile può solo, e con ritardo, ristabilire la posizione violata, ma non esplicitare una funzione di prevenzione generale. L'impresa includerà i costi da risarcimento nel proprio bilancio e poi li trasferirà con aumenti del prezzo di copertina e delle tariffe pubblicitarie.

La conclusione appare ribaltabile solo portando la questione in una dimensione essenzialmente pubblicistica, configurando un interesse collettivo all'aderenza a determinati *standard* di diligenza informativa. Si parlerà dunque di « *media-pollution* » (o « inquinamento da mass-media ») per rappresentare l'esigenza di tutela di un « ambiente informativo » corretto nel quale la singola lesione del diritto soggettivo all'onore, alla reputazione, alla riservatezza rappresentano spie dell'« insalubrità » diffusa. Si giustificerebbero allora non solo sanzioni eminentemente afflittive (in primo luogo la riduzione o la revoca delle sovvenzioni pubbliche) ma, preliminarmente, una disciplina autoritativa dell'attività informativa, trattata alla stregua di qualsiasi altro processo produttivo. Si entra — è inutile nascondere — in un campo minato, fortemente influenzato dalla ideologia del-

l'interprete. Tuttavia non ci si può sottrarre all'interrogativo: se i diritti « naturali ed inviolabili » della proprietà e dell'impresa sono stati regolamentati e ristretti rispetto ad un secolo fa, perché non dovrebbe (fisiologicamente) avvenire lo stesso per la « libertà di stampa »? Di certo, oggi non serve più — perché pericolosamente inadeguate — rifugiarsi dietro le retoriche citazioni dell'*Aeropagitica* di John Milton.