

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH



## COMUNICAZIONE, REPUTAZIONE, SANZIONE

**SOMMARIO:** 1. Un approccio gius-realista alle sanzioni. — 2. La pubblicità della sanzione. — 3. La sanzione della pubblicità. — 4. « Regole sociali »/« sanzioni sociali ». — 5. La valutazione come sanzione. — 6. « *Reputational interests* »/« *Reputational sanctions* ». — 7. Limiti ai poteri sanzionatori. — 8. Conclusioni: dalla *damnatio memoriae* alla *memoria damnata*.

### 1. UN APPROCCIO GIUS-REALISTA ALLE SANZIONI.

Una riflessione comparatistica — e dunque anche giusrealistica — sulle sanzioni non può che partire dall'ovvia considerazione che nella società moderna la complessità dei rapporti giuridici, la loro trans-nazionalità (o a-nazionalità), la frantumazione e moltiplicazione delle fonti di diritto porta inevitabilmente ad una visione non formalistica della questione.

Partendo dal postulato — opinabile ma largamente condivisibile — che la sanzione costituisce lo strumento che dovrebbe dare effettività ad una regola colpendo la sua trasgressione, svolgendo nel contempo una funzione di deterrenza (o general-preventiva) si constata che aumentando le regole aumentano le sanzioni. E poiché ciascuna regola ha un suo ambito di applicazione la sanzione la segue adattandosi alla fattispecie astratta<sup>1</sup>.

E se da più di un secolo ci si interroga sullo « scopo della norma violata » occorre anche chiedersi quale sia lo « scopo della sanzione comminata ».

Se sicuramente il principio di effettività costituisce un elemento caratterizzante la sanzione, in maniera crescente emerge accanto ad esso — come per gran parte delle attività giuridiche, in vario

\* Sono grato, ancora una volta, a Giorgio Resta per i suoi preziosi rilievi critici su una prima versione di questa relazione, presentata al XIX Colloquio biennale dell'AIDC, Ferrara 10-12 maggio 2007.

<sup>1</sup> *Ex multis* H.L.A. HART, *The Con-*

*cept of Law*, Oxford, Clarendon, 1997, p. 37 ss.; nonché N. BOBBIO, *Sanzione*, in *N.mo Digesto*, XVI, p. 530, UTET 1976, (una « voce » che continua a rappresentare un punto di riferimento fondamentale).

modo poste in essere da soggetti dotati di autorità — quello di proporzionalità.

Principio che può essere declinato sia nel senso di adeguatezza rispetto al disvalore della violazione, sia nel senso di adeguatezza rispetto agli interessi che la norma si prefiggeva di tutelare e che invece sono stati violati.

È da questa diffusa consapevolezza sul ruolo che svolgono le sanzioni e sui principi che devono ispirarla che nasce la articolazione della loro tipologia. Beninteso, non è che in passato non vi fosse una varietà di sanzioni, ma la consapevolezza della loro funzione era assai minore e rispondeva ad una precisa gerarchia: sanzioni primarie che colpivano la vita, la libertà, il patrimonio. Sanzioni secondarie che riguardavano altri profili o che incidevano solo parzialmente sulla seconda e sul terzo.

Dietro questa impostazione vi era una — talvolta dichiarata, talvolta implicita — supremazia del diritto penale, qualificato come diritto sanzionatorio per eccellenza, e della sua panoplia.

Tale primazia appare oggi messa in crisi non certo da una ipotetica marginalità dell'apparato repressivo penale — che anzi è cresciuto a livello sia trans-nazionale che sovra-nazionale — quanto dalla prepotente avanzata degli altri settori — che schematicamente possiamo definire « civile » e « amministrativo » — nei quali si registrano significative innovazioni, nonché dalla incalzante dimensione extra-legale delle sanzioni stesse.

A tal proposito non appare inutile evidenziare che mentre con riguardo all'apparato repressivo « penale » (si spiegherà meglio l'uso delle virgolette) esso viene solitamente attivato su impulso del soggetto pubblico a ciò deputato e che è fortemente influenzato da scelte di politica criminale, nel caso delle sanzioni « civili » ed « amministrative » la loro messa in azione dipende nel primo caso quasi esclusivamente, nel secondo in maniera crescente, da un impulso privato.

In altri termini, i soggetti privati, a tutela dei propri interessi, si avvalgono non solo di quei procedimenti naturalmente posti a loro presidio, ma lo fanno anche indirettamente cercando di sfruttare tutta la forza della potestà pubblica. Se si volesse individuare un esempio fra tutti, sarebbe quello della concorrenza. Ma in genere vale per tutti i settori economici a forte regolazione. Inoltre, di fronte ad una percepita inadeguatezza degli strumenti della legge è sempre più frequente il ricorso a sanzioni di tipo sociale, comminate ed irrogate da soggetti che non sono pubblici.

*Olim* un discorso sulle sanzioni avrebbe riprodotto la millenaria romanistica distinzione fra diritto privato e diritto pubblico e all'interno di questa le differenze fra sanzioni civili e sanzioni penali.

L'evoluzione della società e delle istituzioni porta a ritenere che un tale approccio non sia più affidabile, e non solo perché la prin-

cipale distinzione appare essere fra sanzioni « legali » e sanzioni « extra-legali ».

All'interno di quelle « legali » i meccanismi sanzionatori tutti finiscono per colpire gli stessi beni e cioè la libertà (nelle sue infinite sfaccettature), la persona (nei suoi molteplici profili) ed il patrimonio (nelle sue diverse articolazioni). Solo la vita — laddove è prevista la pena capitale — rimane appannaggio del diritto e della procedura penale.

Per il resto si assiste ad una sovrapposizione fra i diversi sistemi che ormai non possono più essere considerati distinti uno dall'altro, ma che si pongono su un *clinamen* dal punto di vista degli effetti sostanziali.

Non esistono più sanzioni civili, sanzioni amministrative, sanzioni penali, rispetto alle quali la classificazione dipenderebbe da loro caratteristiche ontologiche.

L'aggettivazione, al giorno d'oggi, rileva essenzialmente con riguardo al soggetto che irroga la sanzione (giudice civile, giudice penale, potere amministrativo) ed alle procedure seguite. Pertanto stante la (frequente) equi-funzionalità delle sanzioni, quel che rileva ai fini della loro effettività sono essenzialmente le regole del procedimento di determinazione ed esecuzione, nonché i rimedi esperibili avverso i provvedimenti adottati.

In questo quadro fortemente evolutivo il comparatista di formazione civilista rileva la crescente inadeguatezza, sotto gli aspetti sia della sanzione che della deterrenza, del tradizionale rimedio del risarcimento del danno.

Solo nell'esperienza statunitense la esistenza dei *punitive damages* conserva ed anzi esalta, *nomen omen*, la dimensione sanzionatoria. Ma nel resto dei sistemi della *Western Legal Tradition* il ricorso all'assicurazione e la arretratezza concettuale dei criteri di determinazione del danno hanno sostanzialmente svuotato di concreta efficacia individual(e general)preventiva il risarcimento. Di qui l'inevitabile ricorso a strumenti anticipatori (tipicamente: i *performance bonds* escutibili a prima richiesta) ovvero alternativi (tipicamente: interventi di soggetti amministrativi).

Tutti questi interventi si sommano fra di loro, quanto meno sotto l'aspetto della deterrenza, anche se in concreto solo uno, o qualcuno di essi, verrà messo in azione. Il concetto di « sistema sanzionatorio » o « apparato sanzionatorio » dunque poco si presta ad essere limitato dall'apposizione di aggettivi, e necessita di essere esaminato in un'ottica che con un termine oggi alla moda si definirebbe « olistico ».

## 2. LA PUBBLICITÀ DELLA SANZIONE.

Quanto si è finora ed introduttivamente esposto che rapporto ha con la « società dell'informazione », e cioè la circostanza che nelle

società contemporanee l'informazione è il bene di maggiore produzione e valore e influenza le decisioni di individui, enti privati, autorità pubbliche?<sup>2</sup>

A prima vista sembrerebbe una domanda dalla risposta semplice e cioè che l'apparato sanzionatorio ha da tempo immemorabile utilizzato quali strumenti collaterali la comunicazione pubblica (si pensi al banditore che annuncia la condanna e l'esecuzione)<sup>3</sup>. Di qui la progressiva codificazione — ovvero, la prassi giurisprudenziale — della sanzione di pubblicazione della sentenza o di provvedimenti interinali, ovvero di loro estratti. *Nihil sub sole novi*, dunque?

La risposta è negativa, anche se articolata.

a) *Cambia non solo la quantità ma anche la qualità.*

L'amplificazione planetaria delle forme di comunicazione — soprattutto attraverso i satelliti e la rete internet — cambia la natura di ciò che viene comunicato sotto molteplici profili.

— che il dato sia conosciuto da poche o da molte persone altera la sua consistenza; non si tratta della mera sommatoria di singole conoscenze, bensì qualcosa di ontologicamente diverso;

— la comunicazione globale determina che la platea potenziale dei suoi fruitori sia illimitata, ostacolata solo dall'eventuale barriera linguistica;

— le moderne tecnologie dell'informazione progressivamente riducono il numero di fruitori finali della comunicazione, nel senso che chiunque riceve può ri-diffonderla, con effetti di amplificazione;

— l'informazione cartacea e quella elettronica conoscono forti limiti di fruizione: *l'hic et nunc* della trasmissione televisiva; l'accesso ad una biblioteca o ad un archivio per i supporti fisici. L'informazione digitale è accessibile sempre, da tutti, da qualsiasi luogo e mantiene nel tempo tali qualità.

b) *Effetti sulle sanzioni.*

Le considerazioni appena svolte hanno delle ripercussioni significative sulla — risalente, come s'è visto — prassi di divulgazione dei provvedimenti sanzionatori. Più aumenta il numero dei destinatari della comunicazione, più aumenta la forza repressiva, né più né meno di quanto aumenti quando essa è inserita in un giornale locale piuttosto che uno nazionale, in prima pagina piuttosto che in quelle interne, a tutta pagina piuttosto che in piccolo riquadro. Adottando una terminologia del mondo pubblicitario si ha una dimensione definibile in termini di sanzione/contatto. Tale numero di contatti — e cioè la effettiva forza della sanzione — viene

<sup>2</sup> V. R.W. HAHN-P.C. TETLOCK (a cura di) *Information Markets: A New Way of Making Decisions*, Washington, AEI-Brookings, 2006.

<sup>3</sup> V. H.L.A. HART, *op. cit.*, pp. 84 ss.

amplificato dalla permanenza della comunicazione sulla rete, dalla sua ubiqua fruizione e dalla possibilità di riprodurla e ridifonderla all'infinito.

Se ciò può apparire ovvio, non lo è la necessità di valutare l'impatto della comunicazione delle sanzioni. E ciò sia dal punto di vista della deterrenza che da quello della proporzionalità. In taluni casi si può ipotizzare che non vi sia un rapporto di congruità fra la comunicazione della sanzione irrogata e la effettiva natura della violazione. In altri casi si può ritenere necessario calibrare meglio la divulgazione, riducendo, ampliando oppure mirando i destinatari.

c) *Stadio primitivo delle tecniche.*

L'ultima riflessione mette in luce come con riguardo alla comunicazione della sanzione quale complemento o completamento della sanzione la riflessione all'atto della redazione e approvazione della norma è ancora ai primordi<sup>4</sup>. Nel momento in cui si dispone che della sanzione irrogata venga data notizia, ciò che avviene da quel momento non è affatto irrilevante, fuori dalla sfera di azione e controllo dell'autorità. È facile elencare una molteplicità di casi in cui la principale sanzione è costituita dalla pubblicità negativa; e altrettanto facile individuare quegli ambiti dove essa costituisce il principale — e sicuramente efficace — strumento di deterrenza<sup>5</sup>.

Di qui la necessità di più ponderata riflessione che coinvolga esperti di varie discipline per enucleare dei principi comuni. Se si considera la ampiezza della riflessione fra gli studiosi delle scienze comunicazionali, si coglie subito lo stadio ancora primitivo in cui si trovano le tecniche sanzionatorie che si avvalgono della pubblicazione della decisione, considerata, soprattutto nei sistemi europei, come appendice o irriflessa<sup>6</sup> oppure fondata su un principio, indistinto e dunque approssimativo, di trasparenza.

### 3. LA SANZIONE DELLA PUBBLICITÀ.

La dimensione comunicativa della sanzione interessa in primo luogo i soggetti pubblici cui è affidata l'attività di *enforcement*. Accanto a tale vasta area ve n'è una, più ristretta ma non meno importante, che è affidata ai privati. Gli strumenti del comunicare sono utilizzati con finalità di auto-tutela. Anche qui vi sono tecni-

<sup>4</sup> Una significativa eccezione è rappresentata dal Rapporto della Law Reform Commission del New South Wales (Australia) [Report 102(2003) - Sentencing: Corporate Offenders] sull'opportunità di introdurre « publicity orders » e sui vantaggi e sulle criticità della proposta.

<sup>5</sup> F. SCHAUER-R. ZECKHAUSER, *Palte-*

*ring*, KSG Working Paper n. RWP 07-006 (2007) p. 15 ss.; B. FISSE-J. BRAITHWAITE, *The Impact of Publicity on Corporate Offenders*, Albany, State Univ. NY Press, 1983, p. 246 ss.

<sup>6</sup> V. la proposta della Law Reform Commission of New South Wales cit. *retro* nt. 4 (a p. 5).

che da tempo collaudate, soprattutto nel campo economico/commerciale attraverso la diffusione di comunicati e l'uso della pubblicità. Certamente è più difficile fissare un confine fra forme di promozione e finalità *lato sensu* sanzionatorie, e si potrebbe, con abbondanza di argomenti, sostenere che i privati non possono irrogare sanzioni.

Una lettura funzionale e gius-realista, tuttavia, porta a vedere nelle attività di auto-tutela e nelle pene private ammesse dall'ordinamento degli strumenti di integrazione dell'apparato sanzionatorio (una formula attualmente in voga la definirebbe come *private enforcement*)<sup>7</sup>. Un primo campo di esplicazione è quello associativo/consortile in cui l'esclusione dall'ente, che colpisce lo *status* del soggetto impedendogli lo svolgimento di attività o di rapporti, trova una comunicazione esterna con effetti collaterali (si pensi all'esclusione, per morosità, da un circolo di facoltosi uomini d'affari).

Spesso tuttavia manca tale accessorietà, in quanto la comunicazione non si accompagna ad altri provvedimenti ma esaurisce, in sé, tutta la portata sanzionatoria. A quella che viene valutata come violazione di norme di legge, amministrative o deontologiche lesive dei propri interessi si risponde dandone notizia all'esterno. La caratteristica è la informalità della reazione, la sua collocazione anticipatoria rispetto a qualsiasi accertamento pubblico, la finalità precipua di porre in cattiva luce il destinatario, la rilevanza della forza economica, la prevedibilità di una contro-mossa sullo stesso piano<sup>8</sup>.

#### 4. « REGOLE SOCIALI »/« SANZIONI SOCIALI ».

La prospettiva della comunicazione come auto-tutela o come pena privata apre la strada ad una riflessione sulle implicazioni giuridiche della costruzione/distruzione dell'identità sociale del soggetto. Apparentemente il quadro è indistinto e di interesse prevalente per sociologi. Un esame più attento porta, tuttavia, all'emersione di una struttura giuridicamente rilevante.

a) La congiunzione degli studi di sociologia del diritto con quelli di teoria generale ha portato all'emersione delle c.d. « norme sociali » caratterizzate da una spontanea genesi all'interno di una comunità, senza che ciò sia imposto da alcuna « norma legale », cioè promanante da soggetti dotati di autorità ad emanarle ovvero

<sup>7</sup> B.D. RICHMAN, *Firms, Courts, and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering*, 104 *Columbia L. Rev.* 2328 (2004).

<sup>8</sup> V. l'approfondita ricerca aziendali-

stica di G. GEMSER-N.M. WIJNBERG, *Effects of Reputational Sanctions on the Competitive Imitation of Design Innovations*, in 2001 *Organization Studies* 563 (il confronto è fra industrie del design olandesi e italiane).

giuridificata dalla volontà individuale (come nel caso del contratto)<sup>9</sup>.

b) Se si riconosce l'esistenza di « norme sociali » è inevitabile che ci si ponga la questione delle « sanzioni sociali »<sup>10</sup>. Esse ormai, comunque, non si collocano nel pre(o para) giuridico, ma si trovano in osmosi con l'ordinamento giuridico<sup>11</sup>. Come si vedrà, esiste un insieme di regole volte a disciplinarle, il che di per sé le colloca nella visuale piena del giurista.

c) La « sanzione sociale » costituisce strumento centrale in ogni azione politica, articolandosi secondo intensità variabili. Nella fisiologia della vita democratica l'opposizione opera perché gli elettori esprimano con il voto una sanzione sociale nei confronti della maggioranza. Si coglie dunque la delicatezza della problematica, giacché essa tocca l'essenza della libertà politica<sup>12</sup>. Ma anche qui non mancano limiti giuridici<sup>13</sup>.

d) Nell'ultimo secolo e mezzo questa attività di « sanzione sociale » è stata prevalentemente ed in maniera crescente affidata ai mezzi di comunicazione — la stampa prima, la radio e la televisione poi — i quali hanno, senza riluttanza, assunto questo ruolo<sup>14</sup>. La teoria dei « *media watch-dogs* », dei « cani da guardia mediatici » nasce lì, e costituisce l'esplicazione più evidente del c.d. quarto potere<sup>15</sup>. Anche perché, per proseguire nella metafora animale, alla funzione di avvertimento ed ammonimento si è sempre più aggiunta e sviluppata quella della demolizione e della distruzione: non si abbaia solo per spaventare, si morde e si azzanna per ferire ed anche uccidere.

<sup>9</sup> V. H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 92; R. ELLICKSON, *Order Without Law: How Neighbours Settle Disputes*, Cambridge, Harvard U.P. 1991; E.A. POSNER, *Law and Social Norms*, Cambridge, Harvard U.P. 2000. V. inoltre il dibattito fra R.A. EPSTEIN, *Norms: Social and Legal*, in *6 The Good Society* 1996; e W.A. GALSTON, *When Should Norms Be Legally Enforced*, *ivi* e R.A. EPSTEIN, *Postscript on Galston*, *ivi*; L.J. STRAHILEVITZ, *Social Norms from Close-Knit Groups to Loose-Knit Groups*, *70 U. Chi. L. Rev.* 359 (2003). Sul processo di istituzionalizzazione delle sanzioni v. BOBBIO, *op. cit.*, p. 538 ss.

<sup>10</sup> La letteratura statunitense sul punto è particolarmente ampia. *Ex multis* v. D. CHARNY, *Non Legal Sanctions in Commercial Relationships*, *104 Harv. L. Rev.* 375 (1990).

<sup>11</sup> Sulle sanzioni sociali come alternativa più efficiente di quelle legali v. A. SCHWARTZ-R.E. SCOTT, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, *113 Yale L.J.* 541 (2003) (in part. p. 557).

<sup>12</sup> E nel contempo si creano meccanismi per poter giudicare (ed eventualmente sanzionare) gli amministratori da parte dell'elettorato. V. per le politiche di bilancio J.E. ALT-D. DREYER LASSEN, *Fiscal Transparency and Fiscal Policy Outcomes in OECD Countries*, EPRU Working Paper n. 03-02, Università di Copenhagen (2003).

<sup>13</sup> B. FISSE-J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. 247, mettono in luce la funzione « democratica » del controllo sociale sull'attività delle imprese attraverso la pubblicizzazione delle loro « malefatte ».

<sup>14</sup> Parlano di « imprenditori dell'indignazione » E. ULLMANN-MARGARIT-C.R. SUNSTEIN, *Inequality and Indignation*, U. Chicago L & E, Olin Working Paper n. 141 (2002).

<sup>15</sup> I.J.A. DYCK-L. ZINGALES, *The Corporate Governance Role of the Media*, NBER Working Paper n. W9309 (2002) (con particolare riferimento alle politiche ambientali delle imprese); B. FISSE-J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. 254 ss.

e) Nella società della comunicazione gli strumenti attraverso i quali è possibile mettere in atto tecniche di sanzione sociale si moltiplicano e si disarticolano. Le « liste di discussione », i « blog », i « forum » costituiscono, soprattutto all'interno di gruppi ristretti strumenti assai penetranti di circolazione di notizie e di sanzione<sup>16</sup>. La principale differenza rispetto ai tradizionali mezzi di comunicazione di massa è che qui non ci troviamo di fronte a soggetti imprenditoriali, bensì, di solito, a privati. Le conseguenze ai fini della repressione degli eventuali abusi sono evidenti.

##### 5. LA VALUTAZIONE COME SANZIONE.

All'interno della vasta categoria delle comunicazioni come « sanzione sociale » rientra, in maniera crescente, l'attività di valutazione posta in essere da soggetti dotati di autorità ovvero di autorevolezza. Si coglie agevolmente il significativo passaggio dalla valutazione individuale a quella che concorre a formare una comparazione fra giudizi portando ad una loro classificazione per ordine (e talvolta anche in « classifiche »). Talvolta tali elenchi sono altamente soggettivi (ad es. « I dieci film più brutti della storia del cinema ») ma sempre di più essi sono redatti sulla base di elementi tendenzialmente oggettivi. Tipici sono i « ratings » di organismi privati, ma dotati di forte credibilità internazionale, come Standard & Poor's e di altri analoghi nel mercato finanziario<sup>17</sup>.

Ma anche altre graduatorie assai diffuse — sulle migliori università, sulle linee aeree più puntuali, sugli ambienti di lavoro più apprezzati — costituiscono ormai un fattore rilevante di scelta.

Beninteso, i risultati sono fortemente influenzati dalle metodologie utilizzate, ed è chiaro che valutare non significa, di per sé, sanzionare. E tuttavia la collocazione in fondo ad una graduatoria assume nei confronti degli interessati e del pubblico che ne viene a conoscenza il valore di una sanzione. Ed implicitamente una delle funzioni della crescente (e forse troppo enfatizzata) « cultura della valutazione » è proprio quella di indirizzare verso i migliori e se-

<sup>16</sup> Sulla diminuzione dell'efficacia delle sanzioni alla reputazione con l'allargamento dei gruppi v. J. SCHREVEN, *Mutual Credit System and the Commons Problem: Why Community Currency Systems such as LETS Need Not Collapse Under Opportunistic Behaviours*, in 5 *IJCCR* (2001).

<sup>17</sup> Sul tema v. ampiamente R.J. MANN, *Verification Institutions in Financing Transactions*, 87 *Georgetown L.J.* 2225 (1999), il quale mette in luce come lo scopo primario di queste istituzioni è quello di superare le asimmetrie informative partico-

larmente vistose nei mercati finanziari, ma al tempo stesso si attribuisce un valore alla reputazione non solo del soggetto finanziato, ma anche di quello finanziatore. Per una critica v. C.P. GILLETTE, *Letters of Credit as Signals*, 98 *Mich. L. Rev.* 2537 (2000).

Sulle implicazioni in termini di valutazione e certificazione degli istituti bancari delle regole redatte dal Comitato di Basilea (c.d. Basilea II) v. L. LEE, *The Basle Accords as Soft Law: Strengthening International Banking Supervision*, 39 *Virginia J. Intl L.* 1 (1998).

gnalare i peggiori, inducendo questi a migliorare e a « risalire » di posizioni.

Tali valutazioni nella loro (almeno proclamata) oggettività offrono ulteriori elementi di riflessione.

a) In primo luogo esse hanno senso solo se vengono comunicate. Se esse rimangono *in camera caritatis* perdono praticamente tutto il loro valore.

b) La « sanzione » di una bassa collocazione in graduatoria prescinde dalla violazione di norme giuridiche, regole sociali, o principi etico-morali. Ma il mercato opera secondo logiche che parrebbero ispirate ad un estremismo calvinista: essere « piccoli » e « poveri » è una colpa che va esposta, perché è segno di un cattivo uso dei talenti affidati<sup>18</sup>.

c) Si crea un mercato delle valutazioni, e in particolare di quelle forme specifiche definite « certificazioni di qualità ». Il soggetto (in questo caso l'impresa) provvede ad investire significative somme al fine di ottenere quelle attestazioni che gli consentono di ottenere un migliore giudizio<sup>19</sup>. E allo stesso tempo un mercato dei valutatori<sup>20</sup>.

d) Le regole da rispettare sono, prevalentemente, economico-aziendali, basate sulla razionalità dei mercati e l'efficienza di coloro che vi operano<sup>21</sup>. Poco importa l'opinabilità dei presupposti, quel che conta è lo spostamento della prospettiva verso parametri non familiari al giurista.

## 6. « REPUTATIONAL INTERESTS »/« REPUTATIONAL SANCTIONS ».

La dimensione economica cui si è appena fatto riferimento è particolarmente — e naturalmente — molto approfondita soprattutto nell'esperienza nord-americana, nella quale ormai da diversi decenni si parla, in contesti economici, aziendali, sociologici e giuridici, di « *reputational interests* ». La reputazione è essenziale per i soggetti — fisici e giuridici — che vogliono operare sul mercato e dunque fra le loro primarie attività vi è quella di accrescerla<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Seguendo questa linea è il mercato — e la sua quintessenza, cioè la Borsa — il soggetto più adatto a regolare e sanzionare: v. P. MAHONEY, *The Exchange as Regulator*, 83 *Virginia L. Rev.* 1453 (1997); A.C. PRITCHARD, *Markets as Monitors: A Proposal to Replace Class Actions with Exchanges as Securities Fraud Enforcers*, 85 *Virginia L. Rev.* 925 (1999).

<sup>19</sup> Ma anche in altri mercati: v. D.W. DIAMOND, *Reputation Acquisition in Debt Markets*, 97 *J. Pol. Ec.* 828 (1989) (qui è l'aspirante finanziato che cerca di acquisire meriti agli occhi del potenziale finanziatore).

<sup>20</sup> V. R.J. MANN, *op. cit.*, pp. 2267 ss.

<sup>21</sup> E difatti v. M.B. BLAIR, *Assurance Services as a Substitute for Law in Global Commerce*, Vanderbilt Law School L & E Working Paper n. 07-06 (2007).

<sup>22</sup> E questo vale anche per i professori universitari. V. le (auto)critiche riflessioni di C.R. SUNSTEIN, *Academic Fads and Fashions (With Special Reference to Law)*, Olin L & E Working Paper n. 118 (2001) il quale osserva come nell'ambiente accademico si verificano frequenti « reputational cascades », un modo molto elegante per descrivere il conformismo intellettuale.

Talvolta, con riguardo ai dirigenti di azienda, si parla di « *reputational markets* », nei quali ciò che conta, essenzialmente, è la reputazione del manager e sulla base di essa viene determinata la sua carriera ed il suo compenso<sup>23</sup>.

In particolare la scuola di *law & economics* indaga sul valore rappresentato dalla reputazione e sugli strumenti giuridici volti a conservarla.

La inevitabile conseguenza del processo di reificazione della reputazione in un contesto economico è che essa viene coinvolta quando si ritiene che il soggetto abbia posto in essere una violazione delle norme giuridiche ovvero di quelle sociali. Si parla, a tal proposito, di « *reputational sanctions* » le quali muovono attraverso tutte le branche del diritto investendo, ovviamente, anche la società.

a) La pubblicità della sanzione viene vista come l'ovvia risposta agli illeciti penali riferibili alle imprese. Tanto negli Stati Uniti<sup>24</sup>, quanto in Inghilterra e in Australia<sup>25</sup> sono stati introdotti (o si è proposto di introdurre) dagli anni '90 sistemi di pubblicità (« *publicity orders* ») delle decisioni. I campi di applicazione sono i reati societari e finanziari, quelli contro l'ambiente, la tutela dei consumatori<sup>26</sup> e, in genere, la salute dei cittadini<sup>27</sup>. Il punto è assai meno approfondito in ambito comunitario, anche se ha trovato spazio nel *corpus iuris* redatto in materia di tutela degli interessi finanziari del UE<sup>28</sup>.

b) Si crea un nesso assai stretto fra attività di regolazione e interessi reputazionali<sup>29</sup>. Una delle caratteristiche dell'attuale atti-

<sup>23</sup> V. M. GULATI, *Incorporating Labor*, 22 *Comp. Labor Law & Pol J* 171 (2005); M. TODD HENDERSON, *Paying Compensation When Agency Costs Are Low*, Olin L & E Working Papers n. 306 (2006); S. SRINIVASAN, *Consequences of Financial Reporting Failure for Outside Directors: Evidence from Accounting Restatements and Audit Committee Members*, in 43 *Journal of Accounting Research* 291 (2005).

Ma v. anche in altri ordinamenti: v. Y. MIWA-J.M. RAMSEYER, *The Value of Prominent Directors: Corporate Governance and Bank Access in Transitional Japan*, 31 *J. Leg. St.* 273 (2001); B.L. LIEBMAN-C.J. MILHAUPT, *Reputational Sanctions in China's Securities Market* (sul sito della Columbia Law School: [www.law.columbia.edu](http://www.law.columbia.edu)).

<sup>24</sup> Il necessario punto di partenza è B. FISSE-J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, in part. p. 285 ss.

<sup>25</sup> V. la proposta della Law Reform Commission del New South Wales cit. *retro* nt. 4.

<sup>26</sup> V. B. FISSE-J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. 250 s., ove si sostiene che nel caso delle

campagne a tutela dei consumatori il « muckraking » (letteralmente: la raccolta di sporcizia) è inevitabile.

<sup>27</sup> Ma anche privati cittadini: v. US v. Ritter (118 F. 3rd 502) (1997) (dipendente condannato per peculato obbligato a comunicare tale condanna a futuri datori di lavoro); US v. Coenen (135 F. 3rd 938) (1998) (pubblicazione della sentenza di condanna per pedo-pornografia); US v. Gementera (379 F. 3rd 596) (2004) (postino condannato per furto di lettere obbligato a stare fuori dall'ufficio postale con cartello « I stole mail. This is my punishment »).

<sup>28</sup> Si v. l'art. 14 della versione di Firenze (2000).

<sup>29</sup> Si v. il Rapporto del Ministero del Tesoro inglese (c.d. Hampton Review) su « *Reducing Administrative burdens: effective inspection and enforcement* » (del 2005) in cui si esamina (p. 20) il ruolo delle sanzioni reputazionali per incentivare il rispetto delle regole.

V. pure il progetto di ricerca di diretto da J.G. van ERP presso la NWO (il consiglio nazionale delle ricerche olandese) dal

vità di governo pubblico dell'economia è rappresentata dalla trasparenza dei procedimenti e delle loro conclusioni. La pubblicità delle decisioni è dunque considerata inevitabile, ed anzi viene auspicata proprio al fine di incentivare la conformazione dei soggetti regolati: « *regulation by reputation* »<sup>30</sup>.

c) È particolarmente acceso il dibattito<sup>31</sup> su chi debba essere investito del potere di irrogare tali sanzioni reputazionali, se possono formare oggetto di patteggiamento<sup>32</sup>, se sia corretto attribuire ai giudici, ovvero a soggetti privati questo potere di « *name and shame* ».

d) Spesso viene a crearsi una reciproca integrazione fra sanzioni legali e sanzioni sociali, nel senso che le seconde sono utilizzate per rafforzare le prime, e le prime sono utilizzate per mettere in moto le seconde<sup>33</sup>. Oppure le sanzioni reputazionali sostituiscono, di fatto, quelle più strettamente legali (come ad es. il risarcimento del danno)<sup>34</sup>.

e) Laddove gli interessi reputazionali hanno una diversa connotazione — come nel campo internazionale — e prevalentemente non economica la sanzione della pubblicità appare, nella maggior parte dei casi, priva di effettività, a dimostrazione della stretta connessione fra bene stimato dal soggetto e oggetto della sanzione<sup>35</sup>.

## 7. LIMITI AI POTERI SANZIONATORI.

Quanto si è finora esposto sembra configurare un universo sanzionario, che colpisce tutti: giovani e vecchi, individui ed imprese, partiti ed istituzioni. Gli unici immuni sono coloro che vivendo in un contesto scarsamente comunicativo e poco aperto alle nuove tecnologie non vengono colpiti dallo stigma sanzionario.

titolo « *Do words kill faster than bullets? Reputational sanctions as an instrument to promote regulatory compliance* ».

<sup>30</sup> V. appunto il documento del *National Consumer Council* inglese con questo titolo (a cura di S. BROOKER).

<sup>31</sup> Fra i contributi più autorevoli v. J. Q. WHITMAN, *What is Wrong With Inflicting Shame Sanctions?* 107 *Yale L.J.* 1055 (1998) (fortemente critico verso forme di « linciaggio ufficiale »: p. 1059); D. M. KAHAN-E. A. POSNER, *Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines*, 42 *J.L. & Econ.* 356 (1999); D. A. SKEEL, *Shaming in Corporate Law*, 149 *U.Pa. L. Rev.* 1811 (2001).

<sup>32</sup> J. ANDRIX, *Negotiated Shame: An Inquiry into the Efficacy of Settlement in*

*Imposing Publicity Sanctions on Corporations*, 28 *Cardozo L. Rev.* 1857 (2007).

<sup>33</sup> V. con riferimento alla interazione con le norme sulla protezione della proprietà intellettuale G. GEMSNER-N. M. WIJNBERG, *op. cit.*, p. 589 ss.

<sup>34</sup> V. L. A. KORNHAUSER, *Reliance, Reputation, and Breach of Contract*, 26 *J.L. & E* 691 (1983).

<sup>35</sup> V. A. T. GUZMAN, *The Cost of Credibility: Explaining Resistance to Inter-Dispute Resolution Mechanisms*, Boalt Working Papers in Public Law n. 82 (2001) nonché Id., *The Design of International Agreements*, 14 *Eur. J. Intl L.* 579 (2005).

Ma v. anche per i soggetti economici che non hanno una « reputazione » da difendere, G. GEMSNER-N. M. WIJNBERG, *op. cit.*, p. 591.

In realtà vediamo come sia lo stesso diritto a cercare di limitare le conseguenze di una proliferazione della sanzione comunicativa, sia essa « pubblica » che « privata ». Se ne possono indicare alcuni esempi concreti.

a) La *anonymous litigation*, nata negli Stati Uniti e che si diffonde in Europa attraverso la legislazione sulla tutela dei dati personali comportando l'oscuramento del nome delle parti o di una parte<sup>36</sup>.

b) La disciplina sull'anonimato dei minori anche quando sono autori di illeciti. In questi casi si ritiene che la diffusione dei loro dati avrebbe permanenti effetti di *over-deterrence*.

c) Il diritto all'oblio e cioè il diritto a veder cancellate le tracce della decisione giudiziale, ovvero di veder aggiornati i dati personali, eliminando quelli obsoleti.

d) La repressione civile e penale della diffamazione che colpisce forme esuberanti di sanzione sociale espresse in contrasto con i principi della verità e dell'interesse pubblico.

e) L'affermazione, in ambito europeo, della nozione di dignità della persona quale argine (anche) a fenomeni di stigmatizzazione sovra-abbondante.

Tutto ciò può iscriversi all'interno di un processo più che secolare che, in Europa, ha portato alla nascita e allo sviluppo della figura dei diritti della personalità, di cui quello alla reputazione è fra i primi. Ma quel che colpisce è che si è passati dalla costruzione di rimedi/sanzioni (di solito l'inibitoria ed il risarcimento) a tutela della personalità al consolidamento della personalità perché essa possa essere protetta dalle sanzioni non giustificate o eccessive.

E segna una diversa prospettiva nell'ordinamento statunitense nel quale la categoria dei diritti della personalità non ha mai messo radici<sup>37</sup> ed il diritto alla reputazione è stato, da più di 40 anni a questa parte, posto in subordine alla libertà di espressione e della Stampa, consacrata nel 1° Emendamento<sup>38</sup>. La reputazione diventa oggetto di un processo di « *commodification* » (diremmo noi di reificazione) e come tale punto di riferimento di relazioni giuridiche.

Dal punto di vista comparatistico è interessante notare come nei sistemi di *civil law* la protezione passa attraverso la creazione di concetti giuridici generali riferibili ad entità non materiali e tendenzialmente non patrimoniali<sup>39</sup>. Tutto all'opposto, nell'espe-

<sup>36</sup> V. G. RESTA, *Privacy e processo civile: il problema della litigation « anoni-ma »*, in questa *Rivista* 2005, 681.

<sup>37</sup> Il pionieristico saggio di R. POUND, *Interests in Personality*, 28 *Harv. L. Rev.* 343 e 445 (1915), nel quale la reputazione è una delle colonne portanti, non ha trovato seguito scientifico.

<sup>38</sup> Sia consentito il rinvio, un po' datato ma rimasto, sul punto, sostanzialmente immutato, a *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Jovene 1985, p. 165 ss.

<sup>39</sup> Per la più recente e completa ricostruzione delle vicende storiche che hanno portato alla creazione della categoria dei diritti della personalità in ambito continen-

rienza di *common law* il cuore del sistema rimangono le *property rules* e la patrimonializzazione della situazione le attribuisce un rango superiore.

### 8. CONCLUSIONI: DALLA *DAMNATIO MEMORIAE* ALLA *MEMORIA DAMNATA*.

In epoca romana una delle sanzioni più severe era la *damnatio memoriae* decretata dal Senato e seguita dalla *rescissio actorum*. Si cancellava nelle effigi e nelle opere tangibili la traccia del condannato. Al giorno d'oggi quel che era considerata una pena, verrebbe visto come un premio. Non è certo cambiato il desiderio di gloria e di fama, è cambiato il mondo della comunicazione, il suo costo, la sua capillarità.

La persona fisica o giuridica, nell'insieme delle sue relazioni di conoscenza con il resto dei consociati, viene colpita dall'ordinamento ovvero da soggetti privati con finalità punitive che alterano il rapporto e sostituiscono ad una valutazione positiva o neutrale una negativa. La sua identità personale viene alterata e ri-disegnata. Nella tradizionale pena della *reclusione* il soggetto non è in grado di manifestarsi perché privato della libertà. Nella sanzione comunicativa viene ostentata la sua reprobità determinando una *seclusione* nei confronti della comunità che evita di avere contatti con lui.

Si tratta di una sanzione che presenta caratteri di definitività: è estremamente difficile cancellarla e la sua permanenza nel sistema informativo è assai lunga, fatto salvo il diritto all'oblio (il quale però opera solo col decorso di un tempo ragguardevole).

È assai facile rimetterla in circolazione dando così ad essa nuovo vigore: dalla *damnatio memoriae* alla *memoria damnata*.

In conclusione, una riflessione sul rapporto fra sanzione e comunicazione obbliga ad esplorare ambiti poco illuminati che, soprattutto con riguardo a persone fisiche, toccano aspetti della psiche e della socialità umana<sup>40</sup>. E mettere in evidenza che sull'altra faccia della medaglia della straordinaria libertà di comunicazione la quale caratterizza i nostri tempi, vi è un pervasivo, e spesso non meditato, incontrollato e smisurato<sup>41</sup>, *ius corrigendi*. Più liberi ma al tempo stesso più vulnerabili.

tale v. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, Jovene 2005, pp. 13 ss.

<sup>40</sup> Il profilo è approfondito da C.R. SUNSTEIN, *Deliberation and Information Markets*, in R.W. HAHN-P.C. TETLOCK, *op. cit.* a nt. 2, p. 67 ss.

<sup>41</sup> Si pensi al caso in cui la « sanzione reputazionale » finisce per colpire tutta la comunità o il gruppo sociale/professionale a cui appartiene il reprobato. V. D.J. LEVINSOHN, *Collective Sanctions*, N.Y.U. Law School, Public Law Research Paper n. 57 (2003).