



Giorgio Resta

(associato di Diritto privato comparato nella Facoltà di
Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari)

I nuovi oracoli del diritto: processi *by media* e laicità della giustizia *

SOMMARIO: 1. Il caso Englaro e le metamorfosi della giurisdizione - 2. La magistratura come *secular papacy*? - 3. Gli oracoli del diritto nella società dell'informazione: giustizia e opinione pubblica - 4. La de-localizzazione della scena giudiziaria nei *media*: prospettive e problemi - 5. I modelli di disciplina nella prospettiva del diritto comparato - 5.1. Il modello repressivo-sanzionatorio - 5.2. Il modello liberale classico - 5.3. Il modello preventivo-personalistico - 6. Per una strategia giuridica integrata: dalle tecniche penalistiche ai rimedi privatistici - 6.1. L'interesse all'anonimato delle persone sospettate di un reato - 6.2. Il rispetto della presunzione di innocenza come diritto della personalità e la sua tutela civile - 7. Processi *by media* e laicità del diritto: considerazioni conclusive.

1 - Il caso Englaro e le metamorfosi della giurisdizione

La triste vicenda di Eluana Englaro ha riportato all'attenzione dell'opinione pubblica italiana la drammatica questione di chi sia legittimato a decidere sulla vita e sulla morte delle persone¹. All'esito di un travagliato iter processuale, che aveva visto una prima fase nei tre gradi di giudizio concludersi con un nulla di fatto², la Corte di Cassazione si è pronunciata nel merito il 16 ottobre 2007. Con una sentenza meditata e particolarmente coraggiosa, non soltanto sul piano dei principî affermati, ma anche sotto il profilo metodologico (merita di essere sottolineato l'ampio ricorso alle fonti di natura sovranazionale e alle tecniche della comparazione giuridica)³, la Suprema Corte ha riconosciuto la possibilità d'interruzione delle cure per le persone che

* Il contributo, che l'Autore dedica, con riconoscenza, al Prof. Davide Messinetti, è destinato alla pubblicazione nel volume a cura di A. Barba e M. Manetti, *La laicità nel diritto*, ed. Aracne, Roma, 2009.

¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Chi decide sul morire*, in *La Repubblica*, 25-10-2007, p. 26.

² Cfr. App. Milano, 31-12-1999, in *Foro it.*, 2000, I, 2022; Cass., 29-4-2005, n. 8291 (ord.), in *Foro it.*, 2005, I, 2359 (ove si afferma la necessità di nomina di un curatore speciale per l'incapace, con la conseguenza di far riprendere il processo sin dal primo grado di giudizio).

³ Sul punto cfr., in termini generali, il volume a cura di E. ÖRÜCÜ, *Judicial Comparativism in Human Rights Cases*, London, 2003, 1 ss.



versino in uno stato vegetativo permanente irreversibile, ogniqualvolta risulti un'univoca dichiarazione di volontà del paziente⁴.

Com'era prevedibile, tale decisione ha scatenato aspre polemiche ed ha aperto un serrato dibattito, tanto a livello di opinione pubblica quanto nella letteratura specializzata. Mentre una parte dei commentatori ha definito la pronuncia "esemplare" per il rigore dell'argomentazione e per la capacità di applicare in maniera equilibrata norme e principi costituzionali⁵, altri autori hanno criticato con toni molto duri le scelte della Corte, tanto sulla base di argomenti di natura tecnica (non ultimo l'uso della comparazione giuridica in funzione di ausilio ermeneutico) quanto di considerazioni di politica del diritto⁶.

Tale vicenda ha avuto altresì un rilevante risvolto istituzionale. Il 31 luglio 2008, deliberando su una mozione presentata a prima firma dal sen. Cossiga all'indomani del deposito del decreto della Corte d'Appello di Milano del 25 giugno 2008, con il quale si autorizzava all'interruzione delle terapie di mantenimento artificiale in vita di Eluana Englaro in applicazione della sentenza 21748/2007 della Corte di Cassazione, il Senato ha sollevato un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato ai sensi dell'art. 134, c. 2 Cost. La Camera dei Deputati ha assunto a stretto giro un'analogha iniziativa, depositando un ricorso per conflitto di attribuzione di fronte alla Corte Costituzionale. Ad avviso di tale organo, la Suprema Corte e la Corte d'Appello di Milano avrebbero usurpato le prerogative proprie del potere legislativo, creando "una disciplina innovativa della fattispecie, fondata su presupposti non ricavabili dall'ordinamento vigente con alcuno dei criteri ermeneutici utilizzabili dall'autorità giudiziaria". Tali corti avrebbero quindi posto in essere un'attività interpretativa a carattere sostanzialmente nomo-tetico, sconfinando in un'area costituzionalmente rimessa ad altro potere dello Stato e realizzando un "radicale sovvertimento del principio della divisione dei poteri".

La Corte Costituzionale, con ordinanza n. 334 del 8 ottobre 2008, ha dichiarato inammissibili i suddetti ricorsi, ribadendo un principio

⁴ Cass. 16-10-2007, n. 21748, in *Famiglia*, 2008, 93, con nota di M.C. VENUTI, *Il diritto all'autodeterminazione sanitaria dei soggetti in stato vegetativo permanente: la Corte di Cassazione sul caso di E.E.*

⁵ Cfr. S. RODOTÀ, *Chi decide sul morire*, cit. 26; ID., *Politica prepotente davanti a Eluana*, in *La Repubblica*, 19-7-2008, p. 1; A. GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*, in *Famiglia, Persona, Successioni*, 2008, 508 ss., 526; E. CALÒ, *La Cassazione 'vara' il testamento biologico*, in *Corr. Giur.*, 2007, 1686; M.C. VENUTI, *Il diritto all'autodeterminazione sanitaria dei soggetti in stato vegetativo permanente: la Corte di Cassazione sul caso di E.E.*, cit.

⁶ F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 107.



più volte affermato in passato, in ragione del quale un conflitto di attribuzione nei confronti di un atto giurisdizionale non può ridursi alla prospettazione di un percorso logico-giuridico alternativo a quello contestato, pena la sua trasformazione in un mezzo di gravame atipico⁷. In particolare, la Corte costituzionale ha escluso la sussistenza di “indici atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati – aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie – come meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l’esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento”, ribadendo altresì che “il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti”⁸.

Tale caso si presta a molteplici osservazioni, ma il profilo su cui qui interessa svolgere alcune considerazioni è soprattutto quello di carattere istituzionale⁹. Sono a tutti note le ragioni di ordine politico – dal neo-confessionalismo che pervade ampi strati della rappresentanza parlamentare all’accesa ostilità dell’attuale classe politica nei confronti della magistratura – che, al di là delle pur nobili affermazioni di principio, hanno spinto le Camere a compiere un passo così clamoroso¹⁰ e hanno indotto il principale partito di opposizione a mantenere su tale vicenda una posizione quanto mai ambigua, al limite dell’accondiscendenza¹¹. Così come è palese la contraddittorietà del comportamento del legislatore, il quale pur ripetutamente sollecitato dalla giurisprudenza ad intervenire sulla materia, è rimasto inerte per molti anni, non riuscendo ad individuare alcun punto di mediazione tra le varie proposte di riforma, salvo poi eccepire una menomazione delle proprie prerogative da parte del potere giudiziario. E tuttavia la situazione di conflitto che è venuta a determinarsi nel caso Englaro,

⁷ Corte cost., 8-10-2008, ord. n. 334.

⁸ *Ibid.*

⁹ Per un’attenta analisi critica delle premesse e delle implicazioni del suddetto conflitto di attribuzione cfr. gli scritti di R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, (in corso di pubblicazione in *Foro it.*, 2009, ed ora in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/giurisprudenza/decisioni2/autori/englaro.html>; R. BIN, *Se non sale in cielo, non sarà forse un raggio d’asino? (a proposito dell’ord. 334/2008)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2008 (<http://www.forumcostituzionale.it>).

¹⁰ Tania Groppi vi ha ravvisato, criticamente, un “colpo di fantasia degno di un prestigiatore” (T. GROPPi, *Come può Eluana dividere uno Stato?*, in *l’Unità* 3 agosto 2008, 24.

¹¹ Per un approfondimento delle premesse culturali ed istituzionali nelle quali va collocata la vicenda Englaro, è particolarmente utile la lettura di S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2009, 11 ss., spec. 82-106.



depurata da tutti gli elementi di strumentalità e opportunismo tipici dell'attuale congiuntura politica italiana, non è riconducibile unicamente a variabili di natura endogena, ma rispecchia un più generale processo di ridefinizione degli equilibri interni al quadro tradizionale delle fonti. Tale processo si esprime, pressoché ovunque, nella crescita dell'intervento giudiziario (e nel correlativo) ridimensionamento del ruolo della legislazione) quale momento centrale del sistema di produzione del diritto¹².

È ben noto, infatti, che per il concorso di una serie eterogenea di fattori – tra i quali l'impatto del costituzionalismo del secondo dopoguerra, la progressiva de-statalizzazione delle fonti di produzione, il cortocircuito tra la rapidità dell'evoluzione tecnologica e la lentezza della risposta parlamentare – il potere giudiziario ha acquisito spazi di intervento e responsabilità sociali sensibilmente maggiori rispetto al passato¹³. Il peso della formazione giurisprudenziale del diritto è andato quindi continuamente aumentando¹⁴ e le decisioni delle corti si sono imposte come punto di riferimento obbligato – e a valenza sempre più transnazionale¹⁵ - in una

¹² A riprova, basti soltanto ricordare le polemiche innescate negli USA dalla sentenza della Corte Suprema nel caso *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), la quale ha affermato l'illegittimità costituzionale della pena di morte inflitta a minori, attribuendo un significativo rilievo interpretativo alle tendenze emergenti nel diritto internazionale e straniero. La vicenda ha avuto anche qui una significativa ricaduta istituzionale: cfr. la Proposta di risoluzione della Camera dei Rappresentanti n. 568 del 17 marzo 2004, concernente l'uso delle fonti straniere nell'ambito delle decisioni giudiziarie, presentata da diversi esponenti repubblicani. In tema cfr., tra i molti, M. RAHDERT, *Comparative Constitutional Advocacy*, in 56 *Am. Un. L. Rev.* 553 (2007); S. CALABRESI – S. DOTSON ZIMDAHL, *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice*, in 74 *Will. & Mary L. Rev.* 743 (2005).

¹³ All'approfondimento di tale fenomeno ha dedicato pagine particolarmente significative S. RODOTÀ, *Magistratura e politica in Italia*, in E. BRUTI-LIBERATI – A. CERETTI – A. GIANSAANTI, *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Milano, 1996, 17 ss.; ID., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2007; ID., *Perché laico*, cit., 144-147; cfr. altresì C. GUARNIERI – P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1997, 20 ss.; ID., *L'espansione del potere giudiziario nelle democrazie contemporanee*, in *Riv. It. Sc. Pol.*, 1996, 269 ss.; N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 5-15; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 115 ss.; M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 209 ss.

¹⁴ Su ciò si veda G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, 3 ss.; M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.

¹⁵ Ne è un'evidente testimonianza il crescente ricorso all'argomento comparatistico in funzione di ausilio ermeneutico da parte delle Corti giudiziarie di vari paesi, specie nella materia dei diritti umani: cfr. tra i molti studi C. MCCRUDDEN, *Human Rights and Judicial Use of Comparative Law*, in E. ÖRÜCÜ, *Judicial Comparativism in Human Rights Cases*, London, 2003, 1 ss.; più in generale v. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, 121 ss.



pluralità di settori, dalla repressione dei crimini contro l'umanità¹⁶ al biodiritto¹⁷. Di fronte alla complessità e alla frammentazione crescente della società, rispetto alla quale risulta sempre più difficile l'integrazione attraverso una morale collettiva, la magistratura si è dimostrata una delle istituzioni più flessibili, o comunque in grado di rispondere alle nuove istanze di giustizia in misura più rapida ed equilibrata di altre autorità tradizionali¹⁸. Ciò ne ha indubbiamente accresciuto il prestigio, ma ha anche acuito conflitti e sollevato interrogativi circa i limiti di compatibilità democratica di una siffatta "juristocracy"¹⁹.

2 - La magistratura come *secular papacy*?

Per descrivere tali fenomeni, che il caso Englaro idealmente compendia, ma dei quali il giurista ha da lungo tempo sicura consapevolezza²⁰, si è di recente fatto ricorso ad una categoria piuttosto 'inattuale': quella della *papacy*. Muovendo cioè dal rilievo per cui la magistratura viene sempre più di frequente chiamata a risolvere tipologie di conflitti il cui governo era in precedenza rimesso ad altre autorità (quali quelle politiche o religiose), ormai prive della necessaria legittimazione etica o

¹⁶ Da questo punto di vista, sono particolarmente interessanti gli ultimi sviluppi del risalente dibattito sulle ferite della storia e i limiti del diritto riparatore: v. ad es. A. GARAPON, *Peut-on réparer l'Histoire? Colonisation, esclavage, Shoah*, Paris, 2008; B. CASSIN – O. CAYLA *et al.*, a cura di, *Vérité, réconciliation, réparation*, Paris, 2004; S. WILLOUGHBY ANDERSON, *The Past on Trial: Birmingham, the Bombing, and Restorative Justice*, 96 *Cal. L. Rev.* 471 (2008).

¹⁷ In proposito cfr. gli atti del Convegno Internazionale di Milano del 2001, *Bioethical Matters and the Courts: Do Judges Make Law?*, pubblicati in *Notizie di Politeia*, n. 65 (2002), a cura di A. SANTOSUOSSO e G. GENNARI; ivi in particolare cfr. le relazioni di C. BYK, *Do Judges Make (a Better) Law? The French Experience*; C.H. BARON, *Regulating Bioethics with Judge-Made Law: the American Experience*; J. SIMON, *Scientific Process, Judge-Made Law and Procedural Law in Germany*; v. anche V. SELLAROLI – C.A. REDI - A. SANTOSUOSSO, *Le interazioni tra le scienze della vita e le corti*, in *Biologi italiani*, n. 3 (2005), 9 ss.

¹⁸ Come osserva D.A. ANDERSON, *Democracy and the Demystification of Courts. An Essay*, 14 *Rev. Litig.* 627, 641 (1995), "as the public has lost faith in religion, family, moral consensus, and other institutions of government, people have looked increasingly to courts to divine the truth, define values, and enforce norms. Unwilling to abandon faith altogether, many people transferred their faith to the courts".

¹⁹ Cfr. R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge-London, 2004, 211 ss.; V.M. CAFERRA, *Il magistrato senza qualità*, Roma-Bari, 1996, 33 ss.

²⁰ Tra le ultime merita di essere ricordato il Convegno tenuto nel 2006 presso l'Institut de France ed intitolato "La jurisprudence. La création du droit par le juge", i cui atti sono stati pubblicati nel numero 50 degli *Archives de philosophie du droit*, 2007, dedicato appunto a *La création du droit par le juge*; per uno sguardo retrospettivo sul problema della creatività della giurisprudenza v. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, 201 ss.



comunque di un'effettiva capacità di incidenza sulla società, Robert Badinter, Dieter Grimm, Ronald Dworkin ed altri autorevoli giuristi²¹, hanno posto il quesito se il giudiziario non sia divenuto "the twenty-first-century equivalent of the twelfth-century papacy"²². Nella sua attività d'interpretazione, applicazione e creazione del diritto, il giudice finirebbe inevitabilmente per "codificare i valori contemporanei"²³, comportandosi quindi come uno dei principali "spokesmen for morality or conscience to the nation"²⁴. Di qui l'immagine del giudice come novello *great pontiff* e della magistratura come *secular papacy*.

L'adozione di un lessico siffatto potrebbe destare delle perplessità nel lettore avvertito, atteso che i due paradigmi del potere legale-razionale e del potere sacerdotale-carismatico sono generalmente percepiti come antitetici²⁵, ma non può certo passare inosservata. Si tratta infatti di un'opzione semanticamente pregnante, la quale si inserisce all'interno di una risalente tradizione argomentativa, incentrata sull'uso della metafora sacerdotale o oracolare quale forma rappresentativa della professione del giurista. Tradizione che si ritrova, ad esempio, in Fortescue²⁶, Blackstone²⁷, Holmes²⁸, Frank²⁹, e da ultimo

²¹ R. BADINTER e S. BREYER, a cura di, *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, New York – London, 2004. Tra gli autori figurano Robert Badinter (già presidente del Conseil Constitutionnel francese), Stephen Breyer (giudice della Corte Suprema USA), Antonio Cassese (già presidente della Corte Penale Internazionale per i crimini commessi nell'ex-Jugoslavia), Dieter Grimm (già vice-presidente della Corte costituzionale federale tedesca), Gil Carlos Rodriguez Iglesias (già presidente della Corte di Giustizia) e Ronald Dworkin.

²² R. BADINTER e S. BREYER, *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, cit., 4, 69 ss.

²³ R. BADINTER e S. BREYER, *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, cit., 12.

²⁴ R. BADINTER e S. BREYER, *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, cit., 4, 12, 79.

²⁵ Cfr. M. WEBER, *Economia e società*, trad. it., vol. I, Milano, 1974, 207 ss.

²⁶ John FORTESCUE, Chief Justice del King's Bench sotto il regno di Enrico VI, propone la seguente descrizione dei giudici di *common law*: "We who are the Ministerial Officers, who sit and preside in the Courts of Justice, are therefore not improperly called Sacerdotes (Priests): The Import of the Latin (Sacerdos) word being one who gives or teaches Holy Things" (il passo è riportato in epigrafe alla Premessa dell'opera di C. COSTANTINI, *La legge e il tempio. Storia comparata della giustizia inglese*, Roma, 2007, 11).

²⁷ In un passo notissimo: "But here a very natural, and very material, question arises: how are these customs or maxims to be known, and by whom is their validity to be determined? The answer is, by the judges in the several courts of justice. They are the depositaries of the laws; the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land. Their knowledge of that law is derived from experience and study" (W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, I, London, 1836, 68).

²⁸ "When we study law we are not studying a mystery but a well-known profession [...]. The means of the study are a body of reports, of treatises, and of statutes, in this country and in England, extending back for six hundred years, and now increasing annually by hundreds. In



in Dawson³⁰ o persino Scalia³¹. Ora, è indubbio che parlare oggi di “sacerdoti” o “oracoli” del diritto non è possibile se non in un senso traslato. L’esposizione ragionata dei motivi della decisione rappresenta infatti un presupposto ineliminabile del moderno *ius dicere* e l’elemento ‘oracolare’ si esprime piuttosto in quella “mythic aura of sanctity” che promana dai depositari di un sapere professionale altamente specializzato³². D’altra parte è noto – ed è stato recentemente ricordato³³ – che la trasposizione di concetti liturgici e religiosi alla sfera politico-giuridica non ha mai avuto una valenza puramente descrittiva, ma costituisce da sempre un elemento integrante di una più complessa strategia di costruzione e legittimazione del potere dei giuristi, in quanto *élite*³⁴.

Ove si consideri tale circostanza, il ricorso all’immagine sacerdotale appare tanto più significativo, in quanto esprime l’esigenza – oggi particolarmente sentita³⁵ – di reperire una base di legittimazione alternativa a quella offerta dalla concezione ottocentesca della legge e della sua applicazione giudiziaria³⁶. Il nuovo contesto entro cui si

these sibylline leaves are gathered the scattered prophecies of the past upon the cases in which the axe will fall. These are what properly have been called the oracles of the law” (O.W. HOLMES, *The Path of the Law*, Bedford, Ma., 1996, 5).

²⁹ Cfr. J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, 1931, 32.

³⁰ J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968.

³¹ Qui l’impiego della metafora sacerdotale assume una valenza fortemente critica, nell’ambito di un discorso volto a contestare la legittimità del ricorso alla comparazione giuridica in funzione ermeneutica da parte delle Corti giudiziarie. Osserva Scalia: “we judges of the American democracies are servants of our peoples, sworn to apply, without fear or favour, the laws that those peoples deem appropriate. We are not some international priesthood empowered to impose upon our free and independent citizens supra-national values that contradict their own” (A. SCALIA, *Commentary*, in 40 *St. Louis Un. L. J.* 1119, 1122 [1996]).

³² J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, cit., *Introduction*, xi. Si può notare, però, che secondo uno stereotipo diffuso nell’ambito della cultura nordamericana, l’amministrazione della giustizia in *civil law* riprodurrebbe ancora il paradigma oracolare, rappresentando l’antitesi di una “transparently reasoned, individually accountable, democratically deliberative, and thus legitimate Common-Law judicial decision-making” (così M. LASSER DE S.-O.-L’E., *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford, 2004, 5).

³³ Esempio sul punto è la ricostruzione di C. COSTANTINI, *La legge e il tempio. Storia comparata della giustizia inglese*, cit., 11 ss.

³⁴ In generale, per l’impostazione, v. P.G. MONATERI, *Critica dell’ideologia e analisi antagonista. Il pensiero di Marx e le strategie della comparazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 703 ss.

³⁵ Come scrive F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., 149, l’esigenza di una legittimazione autonoma e non ‘riflessa’ dell’esercizio del potere giurisdizionale diviene sempre più pressante quanto più “si accresce quella capacità di interpretare le nuove esigenze che il potere legislativo sta perdendo, e che il potere giudiziario assume, trasformandosi dall’«anello debole del sistema», qual era, nell’«anello più forte»”.

³⁶ Su questo punto si vedano, sia pure da diverse prospettive analitiche, le pagine di N. LUHMANN, *Le funzioni della giurisdizione nel sistema politico*, in ID., *Stato di diritto e sistema*



esercita la giurisdizione rende infatti inservibile il tradizionale modello montesquieuiano ed impone di legare l'attività della giurisprudenza a fondamenta meno fragili ed illusorie di quelle compendiate nella metafora – richiamata da Roscoe Pound – dell'amministrazione della giustizia come *slot machine*: “put the facts in the slot, pull a lever, and pull out the pre-appointed decision”³⁷. È in tale ottica, per l'appunto, che può spiegarsi l'insistenza di Badinter sul “prestigio” e sulla “autorità morale” delle decisioni giudiziarie e l'enfatizzazione da parte di Dworkin della strutturale incompiutezza della distinzione positivista tra diritto e morale³⁸.

Si potrebbe discutere a lungo se questa sia un'impostazione convincente o se non sia preferibile sposare differenti alternative ricostruttive³⁹. Ma non è questo il punto sul quale qui interessa soffermarsi. Quel che preme evidenziare è che, una volta superato lo schermo del positivismo legalista e posto l'accento sulla notevole complessità della funzione giurisdizionale nel quadro delle dinamiche contemporanee di produzione del diritto, diviene indispensabile allargare lo sguardo all'intero processo di costruzione del consenso e di accettazione sociale delle decisioni. In particolare, il fenomeno che deve essere studiato con attenzione e collocato al centro dell'agenda analitica del giurista, in misura maggiore di quanto non si sia fatto sinora, è quello dell'interazione tra il giudiziario e la pubblica opinione⁴⁰. Si deve cioè riflettere, in una prospettiva di stampo eminentemente gius-realistico, sui fattori che incidono sulla formazione dell'immagine sociale della giustizia e sul modo in cui questa si rifletta, a sua volta, sul concreto esercizio del potere giurisdizionale⁴¹.

Su questi aspetti si è ormai accumulata un'ampia letteratura, articolata fondamentalmente secondo due principali filoni d'indagine. Il primo ha dato vita ad un autonomo campo di ricerca, comunemente denominato “law and popular culture”, il quale ha ad oggetto lo studio della rappresentazione del diritto ad opera delle arti e della cultura

sociale, trad. it., Napoli, 1990, 50 ss.; e di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 179 ss.

³⁷R. POUND, *The Political and Social Factor in Legal Interpretation: An Introduction*, in 45 *Mich. L. Rev.* 599, 603 (1947).

³⁸ R. DWORKIN, *The Secular Papacy*, in R. BADINTER e S. BREYER, *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, cit., 79.

³⁹ Cfr. ad es. N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, trad. it., Milano, 1995, 3 ss.

⁴⁰ Cfr. in quest'ottica D.A. ANDERSON, *Democracy and the Demystification of Courts. An Essay*, cit., 640 ss.

⁴¹ Per la distinzione tra i due aspetti indicati, v. D. PULITANÒ, ‘Potere d'informazione’ e ‘giustizia’: per un controllo democratico sulle istituzioni, in N. LIPARI, a cura di, *Giustizia e informazione*, Roma-Bari, 1975, 137, 140 ss.



popolare⁴². Ad esso hanno dato importanti contributi anche giuristi e sociologi italiani⁴³ ed il suo rilievo accademico appare in continua crescita, specie nelle facoltà attente alla dimensione 'culturale' del diritto⁴⁴. Il secondo vertice invece sul rapporto tra giustizia ed informazione e si propone di studiare gli aspetti più problematici dell'interazione tra i mezzi di comunicazione di massa e il *legal process*. A questo tema hanno prestato tradizionalmente grande attenzione i gius-penalisti, i quali riflettono da anni sulla questione del segreto e sullo statuto dell'informazione nell'ambito del processo penale⁴⁵. Esso tuttavia ha una rilevanza ben più ampia rispetto a quella definita dalla tematica del segreto e dagli stessi confini del diritto penale, dal momento che il problema dell'interferenza dei *media* con i processi in corso coinvolge molteplici questioni, non tutte riducibili alla mera divulgazione di notizie segrete o riservate e si ripropone pressoché invariato in diversi settori dell'ordinamento. È opportuno ricordare, a questo proposito, che la prima e più importante decisione in materia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo era stata originata da una campagna mediatica tesa a condizionare gli esiti di una controversia in materia di responsabilità *civile* da fatto illecito⁴⁶.

Nelle pagine seguenti si svolgerà qualche considerazione su quest'ultimo profilo, al quale ci si accosterà in maniera deliberatamente

⁴² Cfr. M. ASIMOW – S. MADER, *Law and Popular Culture: A Course Book (Politics, Media and Popular Culture)*, New York, 2004; L.M. FRIEDMAN, *Law, Lawyers and Popular Culture*, in 98 *Yale L. J.* 1579 (1989).

⁴³ In particolare V. TOMEO, *Il giudice sullo schermo. Magistratura e polizia nel cinema italiano*, Roma-Bari, 1973; e più di recente A. SOMMA, *When Law Goes Pop: La rappresentazione massmediatica del diritto*, in *Pol. dir.*, 2005, 481; Id., *Il diritto e le arti visive*, Prefazione a M. Stolleis, *L'occhio della legge*, Roma, 2007.

⁴⁴ Circa la quale v. ad es. P. LEGRAND, *Le droit comparé*, Paris, 2006, 37 ss.

⁴⁵ La letteratura in materia è vastissima: sia sufficiente ricordare, a titolo meramente esemplificativo, G. GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989; Id., *Il segreto investigativo tra inosservanze e strumentalizzazioni*, in *Diritto penale e processo*, 1995, 873; Id., *Giornalismo giudiziario: un ambiguo protagonista della giustizia penale*, in *Crit. dir.*, 1994, 53; Id., *Cronaca giudiziaria: il proibizionismo non serve*, in *Dir. pen. poc.*, 1998, 799; Id., *Fa discutere la proposta d'istituire uffici stampa presso le Procure della Repubblica*, *ivi*, 1999, 138; A. MANNA, *Segreto delle indagini e diritto di cronaca: fra esigenze di tipicità dell'illecito e effettività della tutela*, in *Dir. inf.*, 1997, 43; F. M. MOLINARI, *Il segreto investigativo*, Milano, 2003; C.F. GROSSO, *Segretezza e informazione nel nuovo processo penale*, in *Pol. Dir.*, 1990, 77; T. WEIGEND, *Medienöffentlichkeit des Ermittlungsverfahrens?*, in ARBEITSKREIS AE, a cura di, *Alternativ-Entwurf Strafrecht und Medien*, München, 2004, 33; T. FOURREY, *La presse et l'instruction judiciaire*, Bruxelles, 2006, 39 ss.

⁴⁶ Eur. Ct. H.R., 26-4-1979, App. N. 6538/74, *Sunday Times v. United Kingdom*. La pronuncia impugnata di fronte alla Corte di Strasburgo era quella della House of Lords inglese nel caso *Attorney General v. Times Newspapers Ltd.*, 3 All E.R. 54 (1973), con la quale era stata vietata la pubblicazione di un articolo idoneo ad interferire con la definizione di una controversia relativa al risarcimento dei danni da talidomide; su questo importante caso v. C. J. Miller, *The Sunday Times Case*, in 37 *Modern L. Rev.* 96 (1974).



selettiva, sia per i temi trattati, sia per la prospettiva analitica prescelta. Si intende cioè discutere l'ipotesi – recentemente formulata da diversi autori e direttamente rilevante ai fini di un discorso sulle nuove frontiere della *laicità*, intesa come garanzia della differenziazione del diritto e pre-condizione della democrazia⁴⁷ – per cui la crescente pressione mediatica starebbe lentamente erodendo il sistema delle garanzie processuali, dando vita a pericolose forme di giustizia “emozionale”⁴⁸. Il tema è letteralmente esploso nel contesto statunitense, ove l'interazione tra diversi fattori istituzionali – tra i quali il ruolo attribuito alla giuria interamente laica, l'ampia discrezionalità del *prosecutor* e soprattutto la sostanziale insindacabilità dell'esercizio della libertà di stampa di cui al Primo Emendamento della Costituzione – ha creato una sorta di cortocircuito, il quale ha finito in diversi casi (ultimo ma non unico il recente *Duke Lacrosse case*)⁴⁹ per “prendere in ostaggio” le garanzie previste dal Sesto Emendamento della Costituzione USA⁵⁰. Ma anche nella nostra esperienza il fenomeno della spettacolarizzazione della giustizia (con la sua inquietante appendice dei c.d. processi mediatici) è tutt'altro che sconosciuto. Esso appare, anzi, in stabile crescita nella maggior parte dei paesi europei.

⁴⁷ Sul punto si ritornerà più ampiamente *infra*, par. 7, ma si veda sin d'ora S. RODOTÀ, *Perché laico*, cit., spec. 41, 60, 63.

⁴⁸ L'espressione citata è di A. GARAPON, *La justice emotionnelle*, intervento al seminario organizzato dal C.S.M. a Roma il 9 dicembre 2004; v. anche ID., *La Justice est-elle délocalisable dans les médias?*, in *Droit et société*, 1994, 86.

⁴⁹ Si tratta di un procedimento penale promosso nel 2006 dalla procura distrettuale di Durham contro alcuni giocatori della squadra di Lacrosse della Duke University, accusati di violenza sessuale su due ‘exotic dancers’ afro-americane e poi risultati completamente estranei agli addebiti. La vicenda è divenuta un caso nazionale soprattutto perché il *prosecutor*, in fase pre-elettorale, aveva giocato sull'elemento razziale usando la cassa di risonanza dei *media* e non astenendosi da gravi violazioni della deontologia professionale (sino all'alterazione e all'uso selettivo delle prove a carico degli indagati). L'attenzione morbosa riservata alla vicenda da parte dei *mass media* ha condotto alla divulgazione di molteplici informazioni relative alla vita privata degli indagati, con pregiudizi alla reputazione che nessuna archiviazione del procedimento penale riuscirà mai a riparare. Attualmente è in corso di definizione la causa di risarcimento dei danni per violazione dei diritti fondamentali promossa dai giocatori (non già contro i *media*, protetti dallo scudo del Primo Emendamento ma) contro una pluralità di convenuti, tra cui la città di Durham, il procuratore distrettuale e diversi ufficiali di polizia. Alla disamina di questa vicenda e delle sue implicazioni è dedicato il Symposium “The Court of Public Opinion: The Practice and Ethics of Trying Cases in the Media”, in 71 *Law & Cont. Prob's* Autumn 2008; cfr. anche S. HANLEY KOSSE, *Race, Riches & Reporters: Do Race and Class Impact Media Rapes Narratives? An Analysis of the Duke Lacrosse Case*, 31 *S. Ill. U. L.J.* 243 (2007); S. TAYLOR – KC JOHNSON, *Until Proven Innocent: Political Correctness and the Shameful Injustices of the Duke Lacrosse Rape Case*, New York, 2007.

⁵⁰ M. J. GERAGOS, *The Thirteenth Juror: Media Coverage of Supersized Trials*, in 39 *Loyola L.A. L. Rev.* 1167, 1179 (2006).



3 - Gli oracoli del diritto nella società dell'informazione: giustizia e opinione pubblica

È risaputo che, man mano che aumentano la quantità e la qualità dei conflitti devoluti alla cognizione giudiziaria, specie in materie 'eticamente sensibili', l'attenzione collettiva nei confronti dell'operato delle corti tende ad accrescersi in misura esponenziale⁵¹. Il caso Englaro è a questo proposito emblematico, ma potrebbero addursi molti altri esempi: dalle decisioni in materia di aborto⁵², alla corruzione politica⁵³, sino ai recentissimi scandali in tema di *corporate governance*⁵⁴. La maggiore rilevanza sociale delle questioni affrontate e la più evidente 'politicità' dell'intervento giudiziario contribuiscono a rendere il dialogo tra il pubblico e le corti più diretto e meno occasionale di quanto fosse in passato, tanto nelle esperienze di *common law*, da sempre connotate da una elevata 'personalizzazione' della funzione giurisdizionale, quanto nei sistemi di *civil law*, ove l'amministrazione della giustizia è tradizionalmente percepita come un'attività a carattere spiccatamente burocratico⁵⁵.

Un siffatto processo implica evidentemente un coinvolgimento ancora più intenso dei mezzi di comunicazione di massa. In una società connotata da un elevato grado di specializzazione, la domanda di conoscenza non può essere soddisfatta se non tramite l'intervento dei *mass media*, i quali contribuiscono alla 'leggibilità' della realtà esterna attraverso appositi dispositivi di riduzione della complessità⁵⁶. La comunicazione di informazioni in relazione ad eventi giudiziari non si sottrae a questo schema: sono i *media* che producono conoscenza fruibile da parte della generalità dei consociati selezionando le notizie

⁵¹ Per alcune notazioni in tal senso v. D. PULITANÒ, 'Potere d'informazione' e 'giustizia': per un controllo democratico sulle istituzioni, in N. LIPARI, a cura di, *Giustizia e informazione*, Roma-Bari, 1975, 137; L.M. FRIEDMAN, *Law, Lawyers and Popular Culture*, cit., 1598; R. BADINTER e S. BREYER, *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, cit., 256 ss.; LORD WOOLF, *Should the Media and the Judiciary Be on Speaking Terms?*, Dublin, 2003.

⁵² Per un confronto con l'esperienza statunitense v. H. BALL, *The Supreme Court in the Intimate Lives of Americans. Birth, Sex, Marriage, Childrearing, and Death*, New York, 2002.

⁵³ Sulla vicenda "Mani Pulite" v. ad es. G. MORABITO, *L'oracolo della giustizia. Il giudice dietro lo schermo*, Milano, 2000, 77 ss.

⁵⁴ Cfr. K.F. BRICKEY, *From Boardroom to Courtroom to Newsroom: The Media and the Corporate Governance Scandals*, in 33 *J. Corp. Law* 625 (2008).

⁵⁵ Per alcuni riscontri v. J. BELL, *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, Cambridge, 2006, spec. 228-229, 293-294; e per una descrizione sintetica dell'immagine tradizionale delle corti nella cultura giuridica europea, M. HESSELINK, *La nuova cultura giuridica europea*, trad. it., 2005, 19 ss.

⁵⁶ Cfr. N. LUHMANN, *La realtà dei mass media*, Milano, 2007.



da elaborare, il tempo della loro diffusione, la 'cornice' entro cui inquadrare il singolo fatto processuale, l'importanza da attribuirgli nella scala delle priorità informative (*agenda setting*)⁵⁷. Tali operazioni vengono compiute – come ben esplicito da Luhmann – in base a codici e procedure propri di quel sottosistema, i quali differiscono sensibilmente dai codici adottati in altri ambienti sociali ed in particolare nella sfera del diritto. Mentre quest'ultimo costruisce la propria realtà essenzialmente attraverso l'applicazione del codice binario lecito/illecito⁵⁸, i mezzi di comunicazione di massa si conformano al diverso codice informazione/non informazione⁵⁹. Tale codice viene impiegato non già al fine di comunicare *diritto*, ma di comunicare *circa il diritto*, al pari di quanto avviene ogniqualvolta i *media* divulgano informazioni concernenti la scienza, la medicina, o l'economia⁶⁰.

L'autonomia funzionale dei relativi sistemi di comunicazione dà ragione della più volte rilevata complessità ed ambivalenza del rapporto tra giustizia e *mass media* e spiega perché la visione 'armonica' propugnata dalla tradizione liberale non riesca ad offrire un valido schema per la comprensione della realtà⁶¹.

Secondo la logica della democrazia pluralistica, la maggiore attenzione prestata dai *media* agli eventi giudiziari avrebbe un effetto naturalmente benefico, dal momento che aumenterebbe la trasparenza dell'attività decisionale e l'effettività del controllo esterno sull'esercizio di un potere non rappresentativo⁶². Essa contribuirebbe inoltre ad una

⁵⁷ Cfr. R. NOBLES – D. SCHIFF, *A Story of Miscarriage: Law in the Media*, in 31 *J. Law & Soc'y* 221 (2004); W. HASSEMER, *Il diritto attraverso i media: messa in scena della realtà?*, 9 *Ars Interpretandi* 147, 159-161 (2004); rilevante in proposito è la prospettiva dello psicologo delle comunicazioni sociali: cfr. L. ARCURI, *Ruolo dei mezzi di comunicazione di massa nell'organizzazione delle rappresentazioni sociali e del giudizio delle persone (analisi dei processi attraverso cui i prodotti mediatici possono influenzare la decisione)*, intervento all'Incontro di studi organizzato dal CSM su "Magistrati e *mass media*", Roma, 2004, 1 ss.; ID., *La televisione in tribunale*, in *Quad. avvocatura*, 1994, 52.

⁵⁸ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, Oxford, 2004, 98, 173; ID., *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, trad. it., Bologna, 1990, 62.

⁵⁹ N. LUHMANN, *Die Realität der Massenmedien*, Opladen, 1995, 17.

⁶⁰ R. NOBLES – D. SCHIFF, *A Story of Miscarriage: Law in the Media*, cit., 226.

⁶¹ In proposito v. L. GIES, *Law and the Media. The Future of an Uneasy Relationship*, Abingdon, 2008, 92 ss.

⁶² Questo argomento è coerentemente sviluppato dalla giurisprudenza della Corte Suprema USA: si vedano in particolare le decisioni *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333, 350 (1966) e *Nebraska Press Ass'n v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976). Per una discussione dei principali modelli teorici elaborati al fine di sostenere la libertà dei *media* di informare e esprimere commenti sui procedimenti giudiziari, v. I. CRAM, *A Virtue Less Cloistered. Courts, Speech and Constitutions*, Oxford-Portland, 2002, 5 ss.



salutare 'demistificazione' del ruolo delle corti⁶³, spronando i cittadini a guardare al giudiziario come ad un'istituzione democratica suscettibile di valutazione critica e non "as a Delphic institution that from time to time delivers judgements that must be accepted as the pronouncement of an institution whose anonymity encourages respect"⁶⁴.

Alla prova dei fatti, tuttavia, le premesse poste a fondamento della visione dei *mass media* come cani da guardia della democrazia si sono rivelate largamente irrealistiche⁶⁵. Per un verso il modello organizzativo delle imprese di comunicazione è risultato inidoneo ad impedire condizionamenti anche incisivi della libertà di coloro – i giornalisti – i quali dovrebbero essere i portatori esponenziali dell'interesse pubblico ad un'informazione corretta ed imparziale⁶⁶. Per altro verso, con il superamento del monopolio pubblico (a cui si è talvolta semplicemente sostituita una condizione di oligopolio privato) e l'avvento dei *media* non tradizionali, le pressioni concorrenziali si sono fatte sempre più intense e il principale criterio regolatore del comportamento degli operatori dell'informazione è risultato essere quello del profitto economico piuttosto che quello dell'interesse pubblico⁶⁷. Anche l'attività di informazione relativa ad eventi giurisdizionali non si è sottratta al paradigma imperante della *commodification*⁶⁸ ed il processo si è trasformato in un prodotto facilmente confezionabile per il palinsesto televisivo⁶⁹. Non è un caso

⁶³ D.A. ANDERSON, *Democracy and the Demystification of Courts. An Essay*, cit., 640 ss.

⁶⁴ In questi termini R. DWORKIN, *The Secular Papacy*, in R. BADINTER e S. BREYER, a cura di, *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, cit., 264.

⁶⁵ Cfr. L. GIES, *Law and the Media. The Future of an Uneasy Relationship*, cit., 92; V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà di espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004, 26 ss.

⁶⁶ V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà di espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, cit., 63-64; D. PULITANÒ, 'Potere d'informazione' e 'giustizia': per un controllo democratico sulle istituzioni, cit., 149.

⁶⁷ Cfr. per alcuni spunti M. LEMONDE, *Justice and the Media*, in M. DELMAS-MARTY – J.R. SPENCER, a cura di, *European Criminal Procedures*, Cambridge, 2002, 689; S. MOUNT, *The Interface between the Media and the Law*, in 2006 *New Zeal. L. Rev.* 413 (2006); M. KIRBY, *The Globalisation of the Media and Judicial Independence*, in 1 *Communications Law* 115 (1996); sui problemi relativi ai media non tradizionali cfr. S. HANLEY DUNCAN, *Pretrial Publicity in High Profile Trials: An Integrated Approach to Protecting the Right to a Fair Trial and the Right to Privacy*, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1117864; J.E. NOWACK, *Jury Trials and First Amendment Values in "Cyber World"*, in 34 *Un. Richm. L. Rev.* 1213 (2001).

⁶⁸ Cfr. N. ELKIN-KOREN – N. WEINSTOCK NETANEL, a cura di, *The Commodification of Information*, The Hague, 2002.

⁶⁹ Cfr. B. LOGES – S. BALL-ROKEACH, *Mass Media and Crime*, in *Encyclopedia of Crime and Justice*, a cura di J. Dressler, vol. 3, 2002, 988, 989.



che negli ultimi anni abbiano iniziato a diffondersi siti *web* e canali satellitari specializzati – davvero esemplare la statunitense *CourtTV* -, i quali trasmettono 24 ore su 24 programmi incentrati su vicende giudiziarie e inchieste di polizia, dando vita ad una vorticoso spirale di notizie/commenti/nuove notizie, che finisce per fagocitare il processo al pari di un qualsiasi evento sportivo⁷⁰. Del tutto coerente con questa logica è la prassi del *cheque-book journalism*, ossia la deprecabile tendenza, radicata anche in Italia, di offrire laute ricompense a testimoni, vittime e indagati per un reato affinché rilascino interviste “esclusive” o partecipino a programmi televisivi, anticipando nel foro mediatico il contenuto della loro deposizione di fronte alle corti di giustizia⁷¹.

Di qui una tensione crescente, derivante da un lato dalla difficoltà di coniugare i requisiti di serietà e correttezza della cronaca giornalistica con la pressione degli indici d’ascolto ed i tempi imposti dal mercato dell’informazione⁷²; dall’altro, dalla relazione perversa che è venuta a determinarsi in molti sistemi tra la ‘spettacolarizzazione’ della giustizia e la ricerca di protagonismo mediatico da parte di alcuni “signori del diritto”, tra i quali gli avvocati e spesso anche gli stessi magistrati (specie se titolari di funzioni inquirenti)⁷³.

⁷⁰ Sul punto v. M. J. GERAGOS, *The Thirteenth Juror: Media Coverage of Supersized Trials*, in 39 *Loyola L.A. L. Rev.* 1167, 1179 (2006), il quale osserva: “s the actual criminal proceedings begin, the media continues to communicate the news to the public. Since there is a 24-hour news cycle to fill, media outlets “report” a seemingly endless flow of information. During trial, wire reporters cover the proceedings like a sporting event. They discuss the case as if they observe minute-by-minute action. The news story begins to take on the ESPN sports model, where journalists report that the prosecution had a good day, the defense is playing catch up, the witness took a beating, etc. But a trial is nothing like a sporting event. In fact, a trial is rarely even a consecutive series of events at all. Trial events may make no sense at all unless viewed in the wider context of the trial itself”; Susan Hanley Duncan, *Pretrial Publicity in High Profile Trials: An Integrated Approach to Protecting the Right to a Fair Trial and the Right to Privacy*, cit.

⁷¹ Tale prassi suscita serie preoccupazioni e merita di essere fortemente stigmatizzata: sul problema cfr. C. MUNRO, *When Criminals Sell Their Stories*, in *Public Law* 2006, 58; L. BLOM-COOPER, *Cheque-book journalism on display*, in *Public Law*, 2003, 378; J. JACONELLI, *Open Justice: A Critique of the Public Trial*, Oxford, 2002, 266; A. KREISEL, *Opferschutz und Medieninteresse*, Diss. Hannover, 2004, 161; L. TILLMANN, *Mediale Vermarktung von Verbrechen und Grundsätze eines fair trial*, in http://www.kanzlei-prof-schweizer.de/bibliothek/content/tillmanns_mediale_vermarktung.html.

⁷² Circa la diversità dei tempi del diritto e dei tempi dei *media* v. A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, trad. it., Milano, 2007, 223 ss.

⁷³ Per una sottile e raffinata critica nei confronti del “narcisismo” mediatico di una parte della magistratura italiana cfr. V.M. CAFERRA, *Il giudice senza qualità*, cit., 97 ss.; per uno sguardo comparatistico M. LEMONDE, *Justice and the Media*, cit., 706 ss.; R. BADINTER, *The Infernal Couple: Justice and the Media*, in R. BADINTER e S. BREYER, *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, cit., 256 ss.



È perciò invalsa nell'uso la formula, certo inelegante e molto spesso abusata, di "cortocircuito mediatico-giudiziario": un sintagma che allude al progressivo scivolamento da una dimensione di circolo virtuoso, nella quale i mezzi di comunicazione di massa contribuiscono a realizzare il precetto della pubblicità processuale (*trial with the media*), ad una di circolo vizioso, ove la cointeressenza tra operatori della giustizia ed organi di informazione fa sì che i processi vengano celebrati sui *media* ben prima che nelle aule giudiziarie (*trial by media*)⁷⁴.

Che si tratti di una questione di notevole rilevanza per gli assetti democratici di un paese è testimoniato dai ripetuti interventi in materia da parte delle più alte cariche dello Stato⁷⁵, degli organismi di vertice della magistratura⁷⁶, nonché delle Autorità amministrative indipendenti. Tra i molteplici esempi, basterà richiamarne due, tra i più recenti ed autorevoli. Il primo è rappresentato dall'intervento dell'attuale Primo Presidente della Corte di Cassazione, il quale, nelle due ultime Relazioni sull'amministrazione della giustizia (per l'anno 2007 e per l'anno 2008), ha richiamato l'attenzione sui rischi connessi ai processi mediatici, sottolineando che questi "sono dannosi e inutili", in quanto "turbano la serenità e ostacolano la tempestività della Giustizia"⁷⁷. Il secondo è costituito dall'Atto di Indirizzo sulle corrette modalità di rappresentazione dei procedimenti giudiziari nelle trasmissioni radiotelevisive, emanato dall'Autorità per le Garanzie nelle Telecomunicazioni nel gennaio 2008 e finalizzato all'adozione di un apposito codice di auto-disciplina da parte degli operatori del settore⁷⁸.

⁷⁴ Cfr. D. SOULEZ-LARIVIÈRE, *Il circo mediatico-giudiziario*, trad. it., Macerata, 1994; M. CATINO, *Il circo mediatico-giudiziario. Da Marta Russo al caso di Cogne*, in *Problemi dell'informazione*, 2003, 515; C. GUARNIERI, *La giustizia tra politica e media*, in *Il Mulino*, 2008, 34.

⁷⁵ In particolare da parte della Presidenza della Repubblica nell'attuale settennato.

⁷⁶ Si vedano, tra quelle più significative, le delibere del CSM 18 aprile 1990 e 1 dicembre 1994, concernenti le dichiarazioni dei magistrati alla stampa (consultabili in http://www.csm.it/circolari/circv_1.pdf). Per approfondimenti circa gli interventi del CSM in materia e i profili di natura disciplinare, cfr. R. FUZIO, *Le dichiarazioni dei magistrati agli organi di informazione: limiti e rilevanza disciplinare*, in *Foro it.*, 2007, V, 70, 72; A. PIZZORUSSO, *Dichiarazioni alla stampa da parte di magistrati*, in N. LIPARI, a cura di, *Giustizia e informazione*, cit., 283 ss.; V.M. CAFERRA, *Il giudice senza qualità*, cit., 97 ss.

⁷⁷ V. CARBONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2007*, Roma, 2008, 61, ove si legge anche che "i processi mediatici – e non la comunicazione dei fatti – sono dannosi e inutili: a un aumento dell'*audience* non corrisponde un miglioramento del servizio della giustizia"; analogamente Id., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2008*, Roma, 2009, 45-46, ove richiami alla necessaria discrezione del giudice e all'esigenza di evitare le "tentazioni mediatiche".

⁷⁸ Deliberazione 31 gennaio 2008, n. 13/08/CSP, *Modalità di rappresentazione dei processi in trasmissioni radiotelevisive* (pubblicata in *Dir. inf.*, 2008, 283). In tale documento, il quale stabilisce i criteri da osservare nella rappresentazione dei procedimenti giudiziari, si osserva che: "Alcuni programmi televisivi mostrano la tendenza a trasmettere in forma spettacolare



L'impressione che si ricava dalla lettura di questi ed altri analoghi documenti, è che la de-localizzazione della scena giudiziaria nei *media*⁷⁹ rappresenti un fenomeno profondamente radicato nella società dell'informazione e difficile da contrastare, tanto da sollevare l'interrogativo se la "secular papacy" evocata da Badinter e Dworkin non sia oggi rappresentata, piuttosto che dalle corti giudiziarie, dalla loro immagine deformata attraverso il filtro dei mezzi di comunicazione di massa.

4 - La de-localizzazione della scena giudiziaria nei media: prospettive e problemi

Il quesito proposto potrebbe apparire provocatorio, ma in realtà è lo stesso Robert Badinter a far notare che nella società dell'informazione i rapporti di potere tra *mass media* e giudiziario risultano insidiosamente invertiti: mentre un tempo erano i *media* a invocare la protezione delle corti contro le ipotesi di censure e restrizioni preventive, oggi essi si trovano "in a position of critical power, though not of authority, in relation to judges"⁸⁰.

In che cosa si traduce tale posizione di preminenza? Molteplici studi hanno riflettuto sull'interferenza dei *media* rispetto al processo decisionale, sottoponendo a verifiche empiriche l'influenza della

vere e proprie ricostruzioni di vicende giudiziarie in corso, impossessandosi di schemi, riti e tesi tipicamente processuali che vengono riprodotti, peraltro, con i tempi, le modalità e il linguaggio propri del mezzo televisivo, i quali si sostituiscono a quelli, ben diversi, del procedimento giurisdizionale. Si crea così un foro "mediatico" alternativo alla sede naturale del processo, dove non si svolge semplicemente un dibattito equilibrato tra le opposte tesi, ma si assiste a una sorta di rappresentazione paraprocedurale, che giunge a volte perfino all'esame analitico e ricapitolativo del materiale probatorio, così da pervenire, con l'immediatezza propria della comunicazione televisiva, ad una sorta di convincimento pubblico, in apparenza degno di fede, sulla fondatezza o meno di una certa ipotesi accusatoria. Tanto più accreditato risulta tale convincimento quanto più, nella percezione di massa, la comunicazione televisiva svolge una sorta di funzione di validazione della realtà. In tal modo la televisione rischia seriamente di sovrapporsi alla funzione della giustizia: e può accadere che effetti "coloriti" o "teoremi giudiziari alternativi" o rappresentazioni suggestive (a volte persino con l'utilizzazione di figuranti) prevalgano sull'obiettiva e comprovata informazione, con il concreto rischio di preconstituire presso l'opinione pubblica un preciso giudizio sul caso concreto, basato su una "verità virtuale" che può influire, se non prevalere, sulla "verità processuale", destinata per sua natura ad emergere solo da una laboriosa verifica che richiede tempi più lunghi, portando addirittura, in casi deteriori, a un giustizialismo emotivo e sbrigativo, talora non alieno da tratti morbosi".

⁷⁹ A. GARAPON, *La Justice est-elle délocalisable dans les médias?*, cit., 86.

⁸⁰ Cfr. R. BADINTER, *The Infernal Couple. Justice and the Media in the Information Age*, in R. BADINTER e S. BREYER, a cura di, *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, cit., 256.



pressione mediatica sul comportamento di giurati e giudici professionali⁸¹. Altre analisi si sono soffermate sulle implicazioni della spettacolarizzazione operata dai *media* sulla fiducia riposta dai consociati nel sistema dell'amministrazione della giustizia e, dunque, sulla sua 'immagine sociale'⁸². Tra queste indagini, una ricerca recente, realizzata da un non giurista ed intitolata "L'oracolo della giustizia. Il giudice dietro lo schermo", perviene ad una conclusione piuttosto sconcertante: l'esposizione mediatica starebbe producendo un graduale slittamento della giurisdizione dalla dimensione di potere razionale-legale a quella di potere mitico-carismatico⁸³.

Muovendo dalla considerazione per cui il pubblico ignora pressoché interamente le premesse giuridiche di una determinata decisione, le regole relative all'assunzione delle prove, le procedure e i tempi previsti per gli atti processuali, ma al contempo accoglie alla stregua di verità rivelate quanto annunciato dai mezzi di informazione, questa riflessione suggerisce che la giustizia, nella cornice definita dai *mass media*, starebbe perdendo la sua originaria strutturazione razionale per cedere alle "forme dell'incantamento, tipiche del pensiero magico"⁸⁴. È perciò che il titolo del lavoro richiama la metafora oracolare: non già per porre in risalto il carattere profetico dei responsi

⁸¹ La maggior parte di questi studi sono stati condotti in contesti di *common law*: cfr. tra i più rilevanti E. COSTANTINI – J. KING, *The Partial Juror: Correlates and Causes of Prejudgement*, 15 *Law & Soc'y Rev.* 9, 36–38 (1981); C.A. STUDEBAKER – S.D. PENROD, *Pretrial Publicity: The Media, the Law and Common Sense*, 3 *Psychol. Pub. Pol'y & L.* 428 (1997); T.R. TYLER, *Viewing CSI and the Threshold of Guilt: Managing Truth and Justice in Reality and Fiction*, 115 *Yale L. J.* 1050 (2006); si veda però per la nostra esperienza R. RUMIATI, *L'influenza mediatica sulla decisione*, Relazione all'Incontro "Magistrati e Mass Media", organizzato dal CSM, Roma, 2004, 1 ss.; L. ARCURI, *Ruolo dei mezzi di comunicazione di massa nell'organizzazione delle rappresentazioni sociali e del giudizio delle persone (analisi dei processi attraverso cui i prodotti mediatici possono influenzare la decisione)*, cit.

⁸² Sintetica, ma particolarmente importante, data la peculiare competenza dell'autore, è la riflessione di G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, di prossima pubblicazione (ma disponibile sul sito della Segreteria di Stato per la Giustizia della Repubblica di San Marino: www.giustizia.sm/on-line/Home/documento17.html); cfr. altresì L. GIES, *Law and the Media. The Future of an Uneasy Relationship*, cit., *passim*.

⁸³ G. MORABITO, *L'oracolo della giustizia. Il giudice dietro lo schermo*, Milano, 2000, 25.

⁸⁴ G. MORABITO, *L'oracolo della giustizia. Il giudice dietro lo schermo*, cit., 15, 25, ove si osserva che "le attività giudiziarie se da un lato sono certamente il frutto dell'agire razionale dall'altro rischiano di dare luogo, quando vengono *trasfigurate* attraverso il filtro destrutturante-riconfigurante dei *mass media*, a un insieme di fenomeni, perlopiù mitopoietici, che inequivocabilmente si pongono sotto il segno della malafede e che poco o nulla hanno a che fare con ciò che Weber ha definito "potere razionale-legale". Tutto ciò determina unicamente il trionfo della *giustizia oracolare*, il ritorno surreale delle forme del diritto primitivo, forme che paradossalmente sono riportate in vita per mezzo di strumenti di comunicazione che sono il risultato dei progressi della tecnologia".



giuridici, bensì per sottolineare la regressione verso una forma primitiva di rappresentazione della giustizia, nella quale l'agire di tipo carismatico sostituirebbe una legittimazione fondata sulla razionalità degli argomenti e delle procedure.

La ricostruzione è indubbiamente suggestiva, se non altro perché inquadra in maniera efficace un rischio reale, già più volte ricordato dalle corti chiamate a pronunciarsi sull'abuso della libertà di espressione in relazione a procedimenti giurisdizionali. Il rischio, per ripetere le parole della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in *Sunday Times v. UK*, è che il proliferare dei processi *by media* finisca gradualmente per incrinare la fiducia dei cittadini nelle corti "quale foro qualificato per la risoluzione delle controversie giuridiche"⁸⁵.

Il problema è tutt'altro che irrilevante, come già ammoniva negli anni '40 il giudice Felix Frankfurter, redigendo le opinioni di minoranza nell'ambito delle decisioni con le quali la Corte Suprema degli Stati Uniti ritenne incompatibile con il Primo Emendamento l'illecito di oltraggio alla corte per la pubblicazione di materiali atti ad interferire con un procedimento in corso (*contempt by publication*)⁸⁶. E tuttavia una

⁸⁵ Eur. Ct. H.R., 26-4-1979, App. N. 6538/74, *Sunday Times v. United Kingdom*, par. 63, ove si legge che: "le dichiarazioni dei *Law Lords* sottolineavano soprattutto un pericolo: assistere ad un crollo del rispetto dovuto ai tribunali e ad una usurpazione delle loro funzioni se si fosse incitata l'opinione pubblica a formarsi un'opinione su una questione oggetto di un processo pendente o se le parti fossero state sottoposte ad un "processo a mezzo stampa". Di per sé, tale preoccupazione è "rilevante" ai fini della garanzia dell' "autorità del potere giudiziario", come intesa dalla Corte. Se si sbandierano le questioni contestate in modo che l'opinione pubblica tragga in anticipo le proprie conclusioni al riguardo, si rischia di perdere il suo rispetto per i tribunali e la sua fiducia in essi. Inoltre, se la si abitua allo spettacolo di pseudo-processi nei *mass media*, nel lungo periodo possono derivare conseguenze nefaste per il riconoscimento dei tribunali quale foro qualificato per la risoluzione delle controversie giuridiche".

⁸⁶ Cfr. *Bridges v. California*, 314 U.S. 274, 283-284 (1941) ("A trial is not a 'free trade in ideas', nor is the best test of truth in a courtroom 'the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market'...(.)A court is a forum with strictly defined limits for discussion. It is circumscribed in the range of its inquiry and in its methods by the Constitution, by laws, and by age-old traditions. Its judges are restrained in their freedom of expression by historic compulsions resting on no other officials of government. They are so circumscribed precisely because judges have in their keeping the enforcement of rights and the protection of liberties which, according to the wisdom of the ages, can only be enforced and protected by observing such methods and traditions (...) We cannot read into the Fourteenth Amendment the freedom of speech and of the press protected by the First Amendment and at the same time read out age-old means employed by states for securing the calm course of justice. The Fourteenth Amendment does not forbid a state to continue the historic process of prohibiting expressions calculated to subvert a specific exercise of judicial power. So to assure the impartial accomplishment of justice is not an abridgment of freedom of speech or freedom of the press, as these phases of liberty have heretofore been conceived even by the stoutest libertarians. In fact, these liberties themselves depend upon an untrammelled judiciary whose passions are not even unconsciously aroused and whose minds are not distorted by extrajudicial considerations); *Pennekamp v. Florida*, 328 U.S. 331, 354 (1946) (osservando che



lettura così *tranchant* del rapporto tra giustizia e *mass media* rischia di risultare non meno unilaterale ed inattendibile della contrapposta versione 'armonica' fatta propria dalla tradizione liberale. Se è vero, in altri termini, che il mito dei *media* come cani da guardia della democrazia e garanti imparziali del giusto processo non può reggere ad una seria verifica empirica⁸⁷, è anche vero che la prospettiva di un graduale cedimento delle strutture della razionalità giuridica al modello di agire carismatico riprodotto dai *mass media* rischia di sovrapporre eccessivamente, sino a confondere, i due piani della percezione sociale della giustizia e del suo concreto funzionamento nella cornice del *legal process*.

Come si è già ricordato in precedenza, un certo grado di divergenza tra la realtà costruita dal diritto e la sua "epifania mediatica" deve essere accettato come effetto naturale dell'autonomia funzionale dei sistemi e un presupposto ineliminabile della loro auto-riproduzione⁸⁸. Così, per fare qualche esempio, la confusione che viene spesso a crearsi tra indizio e prova, informazione di garanzia e imputazione, rinvio a giudizio e condanna, è un fenomeno certamente deprecabile dal punto di vista dell'osservatore interno al sistema giuridico e probabilmente arginabile attraverso una migliore preparazione professionale dei giornalisti, ma mai del tutto eliminabile in quanto intimamente legato alle esigenze di semplificazione proprie della logica operativa dei *mass media*⁸⁹. Per questo in tutte le esperienze nazionali si denunciano la superficialità e l'inattendibilità della cronaca giudiziaria⁹⁰ e ciononostante episodi di "stable misreading" continuano

"weak characters ought not to be judges, and the scope allowed to the press for society's sake may assume that they are not. No judge fit to be one is likely to be influenced consciously except by what he sees and hears in court and by what is judicially appropriate for his deliberations. However, judges are also human, and we know better than did our forbears how powerful is the pull of the unconscious and how treacherous the rational process. While the ramparts of reason have been found to be more fragile than the Age of Enlightenment had supposed, the means for arousing passion and confusing judgment have been reinforced. And since judges, however, stalwart, are human, the delicate task of administering justice ought not to be made unduly difficult by irresponsible print"); *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367, 389 (1947). Per un'analisi più dettagliata del pensiero di Frankfurter, mi permetto di rinviare a G. RESTA, *Trial By Media As a Legal Problem. A Comparative Overview*, Roma, 2008, 54-62.

⁸⁷ Tanto da indurre uno dei più attenti studiosi della materia ad osservare, sconsolatamente, che in Italia il ruolo dei *mass media* non sembra esser quello del cane da guardia della democrazia, quanto del "cane da salotto delle procure della Repubblica" (G. GIOSTRA, *Giornalismo giudiziario: un ambiguo protagonista della giustizia penale*, cit., 59).

⁸⁸ Cfr. G. TEUBNER, *A Collision of Discourses*, Prefazione a R. NOBLES – D. SCHIFF, *Understanding Miscarriages of Justice. Law, the Media and the Inevitability of Crisis*, Oxford, 2000, vii.

⁸⁹ R. NOBLES – D. SCHIFF, *A Story of Miscarriage: Law in the Media*, cit., 223 ss.

⁹⁰ Per un elenco dettagliato v. L. GIES, *Law and the Media. The Future of an Uneasy Relationship*, cit., 1 ss.



a ripetersi senza sosta: essi, in termini luhmanniani, altro non sono se non il prodotto naturale dell'auto-poiesi dei sistemi, la quale entrerebbe in crisi qualora i *media* si adeguassero fedelmente alle comunicazioni sviluppate nell'ambito del diritto⁹¹.

Il problema assumerebbe invece una diversa fisionomia nel caso in cui la pressione mediatica, piuttosto che esaurirsi nel circuito interno al mercato delle idee, finisse per reagire sullo stesso funzionamento del sistema giuridico, condizionando in maniera non marginale *l'an* o il *quomodo* di determinati atti o procedure⁹². In questo caso ci troveremmo di fronte ad uno scenario sensibilmente mutato, con un rischio effettivo di *de-differenziazione* del diritto. Il diritto cioè, cesserebbe di comportarsi come sistema dotato di una propria autonomia, limitandosi a replicare le comunicazioni originanti dal sistema dei *mass media* senza più produrne di proprie. È quanto accadrebbe, ad esempio, nell'ipotesi in cui l'esigenza di adeguarsi ai tempi dei *media* spingesse il magistrato ad anticipare tappe procedimentali o a compiere atti non sufficientemente ponderati, oppure un individuo venisse condannato da una giuria sulla base delle prove raccolte dagli organi di informazione, o ancora là dove un procedimento venisse stralciato dal ruolo soltanto perché ne sia venuto meno il valore informativo⁹³.

Si tratta ovviamente di ipotesi di scuola, anche se talvolta la realtà sembra avvicinarsi pericolosamente⁹⁴. Si è già avuto modo di ricordare la presenza di studi che ravvisano una correlazione più o meno diretta tra l'azione dei *mass media* e il comportamento dei giurati (e più raramente dei giudici togati)⁹⁵. Del pari, è ben noto che un numero considerevole di ricorsi proposti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *ex art. 6* della Convenzione sia fondato sull'assunto per cui il clima di intimidazione creato dai *media* avrebbe intaccato le garanzie dell'imparzialità del giudice e del giusto processo (anche se è bene

⁹¹ R. NOBLES – D. SCHIFF, *A Story of Miscarriage: Law in the Media*, cit., 226-229.

⁹² Sul punto cfr. ampiamente L. GIES, *Law and the Media. The Future of an Uneasy Relationship*, cit., 104 ss.

⁹³ Traggo alcuni di questi esempi ipotetici da L. GIES, *Law and the Media. The Future of an Uneasy Relationship*, cit., 105.

⁹⁴ Si vedano sul punto le riflessioni di L. MARAFIOTI, *Il circolo vizioso cronaca-indagini conduce all'errore giudiziario*, in *Il Riformista*, 21 Novembre 2007, 6; ID., Intervento al Convegno su "Giustizia e Mass Media: quali regole per quali soggetti", Bari, 4 luglio 2008. Cfr. altresì, in relazione all'esperienza statunitense, i rilievi critici di M. J. GERAGOS, *The Thirteenth Juror: Media Coverage of Supersized Trials*, cit.; G. PHILLIPSON, *Trial by Media: The Betrayal of the First Amendment's Purpose*, di prossima pubblicazione in *31 Law & Cont. Prob's.* (2008), 1 ss. del dattiloscritto.

⁹⁵ Cfr. *supra*, nota 73.



chiarire che nessuno di essi risulta essere stato sin qui accolto)⁹⁶. Analoga è la situazione negli USA, ove tale numero appare in continua crescita⁹⁷.

Ciò detto, si deve tuttavia osservare come alla maggiore pressione esercitata dai *mass media* non sembra corrispondere, in termini generali, un'effettiva perdita di autonomia del sistema giuridico ed un disgregarsi della razionalità ad esso propria. Al contrario, nella maggior parte delle esperienze è dato registrare un'opposta reazione di 'giuridificazione' e minuta regolamentazione di fenomeni un tempo confinati alla sfera dell'irrilevanza o devoluti al libero gioco delle forze sociali o del mercato. Dall'interdizione dei sondaggi d'opinione concernenti la colpevolezza degli imputati o l'esito dei giudizi (Francia)⁹⁸, alla previsione di nuove ipotesi di illecito disciplinare aventi ad oggetto le dichiarazioni alla stampa dei magistrati (Italia)⁹⁹; dal

⁹⁶ Cfr. tra i casi più significativi Eur. Ct. H.R., 5-3-2003, App. N. 34896/97, *Craxi v. Italy*; Eur. Ct. H.R., 19-2-2002, App. n. 34501/97, *Akay v. Turkey*; Eur. Ct. H.R., 5-4-2001, n. 48799/99, *Priebke v. Italy*; Eur. Ct. H.R., 3-4-2001, App. N. 52948/99, *D'Urso and Sgorbati v. Italy*; Eur. Ct. H.R., 6-7-1999, App. N. 42351/98, *Del Giudice v. Italy*; Eur. Comm'n H.R., 6-3-1991, App. N. 13251/87, *Berns and Ewert v. Luxembourg*, 68 Dec. & Rep. 1991, 137, 161; Eur. Comm'n H.R., 9-10-1986, App. N. 10486/83, *Hauschildt v. Denmark*, 49 Dec. & Rep. 1986, 86, 101; Eur. Comm'n H.R., 15-7-1986, App. N. 10857/84, *Bricmont v. Belgium*, 48 Dec. & Rep. 1986, 106, 144; Eur. Comm'n H.R., 8-7-1978, App. N. 7572/76, 7586/76, 7587/76, *Ensslin, Baader and Raspe v. The Federal Republic of Germany*, 14 Dec. & Rep. 1979, 64, 87. Su questa giurisprudenza cfr. W. PEUKERT, *Die Garantie des 'fair trial' in der Straßburger Rechtsprechung. Die Auslegung des Art. 6 EMRK durch die Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1980, 247, 260; Id., *Sub Art. 6*, in J. A. FROWEIN – W. PEUKERT, a cura di, *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar*, Kehl, 1996, 285; A. TAMIETTI, *Processo e mass-media nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 377; M. CHIAVARIO, *I rapporti giustizia-'media' nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, 2000, V, 209.

⁹⁷ Cfr. N.N. MINOW – F.H. CATE, *Who Is an Impartial Juror in an Age of Mass Media?*, in 40 *Am. U. L. Rev.* 631, 636 (1991); M. J. GERAGOS, *The Thirteenth Juror: Media Coverage of Supersized Trials*, cit., 1177.

⁹⁸ Cfr. l'art. 35 ter (2) della legge sulla stampa del 1881, come modificato dalla l. n. 2000-156 del 15-6-2000, che vieta, sotto pena di 15.000 Euro, "de réaliser, de publier ou de commenter un sondage d'opinion, ou toute autre consultation, portant sur la culpabilité d'une personne mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale ou sur la peine susceptible d'être prononcée à son encontre", nonché "de publier des indications permettant d'avoir accès à des sondages ou consultations visés à l'alinéa précédent". Su questa disciplina si vedano le notazioni di T. FOURREY, *La presse et l'instruction judiciaire*, cit., 36-38; E. DERIEUX, *La loi du 15 juin 2000 et le droit de la communication*, in 389 *Les Petites Affiches* 16 (18 juillet 2000).

⁹⁹ Cfr. l'art. 2 lett. u, lett. v, d.lgs. 23-2-2006, n. 109, in *Gazz. Uff.* 21-3-2006, n. 67, come modificato dalla l. 24-10-2006, n. 469, in *Gazz. Uff.*, 24-10-2006, n. 248; nonché l'art. 5, commi 1 e 3, del d.lgs. 20-2-2006, n. 106, in *Gazz. Uff.*, 20-3-2006, n. 66; circa la riforma così realizzata v. R. FUZIO, *Le dichiarazioni dei magistrati agli organi di informazione: limiti e rilevanza disciplinare*, cit., 72; F. SORRENTINO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati*, in *Questione giustizia*, 2007, 54.



riconoscimento dell'efficacia orizzontale del diritto al rispetto della presunzione di innocenza (Austria)¹⁰⁰, al crescente ricorso ai *gag orders* e ad altre misure rimediale finalizzate alla neutralizzazione degli effetti pregiudizievoli della pubblicità pre-dibattimentale (USA)¹⁰¹: questi sono soltanto alcuni esempi di interventi normativi o giurisprudenziali recenti, i quali testimoniano come la spettacolarizzazione della giustizia operata dai *media* non si risolva in un arretramento della frontiera del diritto, bensì, paradossalmente, in un suo *avanzamento*, per quanto lento e sofferto.

In particolare, gli ordinamenti occidentali sembrano rispondere alle questioni sollevate dall'interferenza tra *mass media* e giustizia attraverso l'adozione di tecniche variamente configurate, ma volte a conseguire due obiettivi fondamentali:

a) garantire che l'amministrazione della giustizia si svolga secondo parametri di correttezza ed imparzialità e non sia influenzata in misura sproporzionata dalla pressione mediatica (*Verfahrensschutz*);

b) proteggere i diritti fondamentali delle persone coinvolte in un procedimento giurisdizionale non soltanto all'interno del foro naturale, ma anche in quello accessorio del tribunale dell'opinione pubblica (*Personenschutz*).

5 - I modelli di disciplina nella prospettiva del diritto comparato

Come si può constatare, i due obiettivi indicati attengono a due piani del discorso concettualmente differenti: da un lato l'effetto dei *media* sul funzionamento del meccanismo giurisdizionale e sulle garanzie del giusto processo; dall'altro l'impatto dell'informazione giudiziaria sul circuito dell'opinione pubblica e sulla sfera privata delle persone. L'osservazione comparata dei sistemi dimostra che non esistono soluzioni astrattamente in grado di realizzare un equilibrio ottimale tra le suddette esigenze e il contrapposto principio della libertà di espressione. Ogni ordinamento giuridico tende a selezionare le soluzioni più coerenti non soltanto con il contesto normativo ed istituzionale di riferimento, ma anche con il quadro dei valori e con le premesse storiche e culturali che ne definiscono l'identità profonda.

In particolare, vi sono sistemi che appuntano la propria attenzione soprattutto sul primo dei profili indicati, ravvisando nella

¹⁰⁰ Cfr. F. RIKLIN – F. HÖPFEL, *Verletzung der Unschuldsvermutung*, in ARBEITSKREIS AE, a cura di, *Alternativ-Entwurf Straffjustiz und Medien*, cit., 54 ss.

¹⁰¹ Cfr. M. CHESTERMAN, *OJ and the Dingo: How Media Publicity for Criminal Jury Trials is Dealt with in Australia and America*, in 45 *Am. J. Comp. L.* 109 (1997).



garanzia dell'autorità e dell'indipendenza del giudiziario la precondizione di un equilibrato assetto dei poteri; sistemi che concentrano il proprio interesse sul problema della tutela delle persone e si spingono a sindacare la correttezza di procedure e soluzioni adottate nell'ambito dello stesso foro mediatico; sistemi, infine, che attribuiscono un rilievo centrale al principio della libertà di espressione e ricercano soluzioni di compromesso ispirate al principio della minore interferenza con l'autonomia dei *mass media*¹⁰².

È soltanto tenendo presente tale varietà di approcci e di punti di vista che si può valutare in maniera più attendibile l'efficacia delle varie risposte nazionali al problema della 'giustizia mediatica' e la percorribilità di specifici itinerari di riforma. Più precisamente, se si assume come principale quesito di ordine funzionale quello del grado di discrezionalità rimesso ai *media* in ordine all'attività d'informazione circa i procedimenti giurisdizionali¹⁰³, risulta possibile distinguere tre principali modelli teorico-pratici¹⁰⁴:

a) il modello repressivo-sanzionatorio proprio della *common law* tradizionale;

b) il modello liberale classico radicatosi nell'esperienza statunitense;

c) il modello incentrato sulla restrizione preventiva del flusso di informazioni e sulla tutela dei diritti della personalità, come emerso nell'Europa continentale.

È forse superfluo precisare che la suddetta tassonomia ha un valore puramente orientativo e che i modelli così enucleati rappresentano semplici schemi di lavoro elaborati in via induttiva e suscettibili di numerosi adattamenti nella realtà del diritto positivo vigente.

¹⁰² Cfr. per una visione d'insieme H. FENWICK – G. PHILLIPSON, *Media Freedom under the Human Rights Act*, Oxford, 2006, 175 ss.; I. CRAM, *A Virtue Less Cloistered. Courts, Speech and Constitutions*, Oxford, Portland (Oregon), 2002, 77 ss.; B. VAN NIEKERK, *The Cloistered Virtue. Freedom of Speech and the Administration of Justice in the Western World*, New York, 1987; J. BORNKAMM, *Pressefreiheit und Fairneß des Strafverfahrens. Die Grenzen der Berichterstattung über schwebende Strafverfahren im englischen, amerikanischen und deutschen Recht*, Baden-Baden, 1980; J. R. SPENCER, *Le rôle des médias dans les procédures judiciaires: approche comparative*, in CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ, a cura di, *La présomption d'innocence en droit comparé*, Paris, 1998, 83; J. ARMSTRONG BRANDWOOD, *You Say "Fair Trial" and I Say "Free Press": British and American Approaches to Protecting Defendants' Rights in High Profile Trials*, in 75 *N.Y.U. L. Rev.* 1412 (2000); M. CHESTERMAN, *OJ and the Dingo: How Media Publicity for Criminal Jury Trials is Dealt with in Australia and America*, cit.

¹⁰³ Secondo la prospettiva suggerita da Y. BRAUN, *Medienberichterstattung über Strafverfahren im deutschen und englischen Recht*, Freiburg i. Br., 1998, 1.

¹⁰⁴ Qui sintetizzo quanto più approfonditamente argomentato in G. RESTA, *Trying Cases in the Media: A Comparative Overview*, in 71 *Law & Cont. Prob's* 31, 34 (2008).



5.1 - Il modello repressivo-sanzionatorio

Il primo modello è quello rappresentato dalla *common law* tradizionale ed in particolare dai sistemi inglese, australiano e canadese¹⁰⁵. Esso assegna un rilievo centrale all'esigenza di tutelare l'autorità dei tribunali in quanto istituzioni preordinate alla risoluzione delle liti, nonché alla garanzia del giusto processo. Particolarmente sensibile ai rischi che un esercizio abusivo della libertà di stampa può comportare per una ordinata ed imparziale amministrazione della giustizia, questo approccio appone limiti incisivi alla libertà di stampa. A tale fine, esso ricorre con larghezza alle tecniche penalistiche e precisamente al complesso di regole e dottrine cristallizzatesi nella nozione di *contempt of court*, nella sua specifica variante di *contempt by publication*¹⁰⁶. L'impiego dello strumento penalistico è essenzialmente volto a prevenire e reprimere la divulgazione di fatti o la manifestazione di opinioni che possano interferire con od ostacolare un procedimento giurisdizionale in atto o in potenza. Nel diritto inglese, la materia è stata oggetto di un'importante riforma legislativa, il *Contempt of Court Act* 1981, adottata a seguito della condanna del Regno Unito da parte della Corte di Strasburgo per violazione dell'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁰⁷.

In secondo luogo, sono ammessi ordini preventivi di non divulgazione (di fonte legale o giudiziale) al fine di prevenire la diffusione di specifiche notizie ideonee a turbare l'accertamento

¹⁰⁵ Su questo modello cfr. I. CRAM, *A Virtue Less Cloistered. Courts, Speech and Constitutions*, cit., 78; H. FENWICK – G. PHILLIPSON, *Media Freedom under the Human Rights Act*, cit., 167 ss.; D. EADY – A.T.H. SMITH, a cura di, *ARLIDGE, EADY & SMITH ON CONTEMPT*, 3rd ed., London, 2005; C. J. MILLER, *Contempt of Court*, 3rd ed., Oxford, 2000; A.T.H. SMITH, *Free Press and Fair Trial: Challenges and Change*, in J. BEATSON – Y. CRIPPS, a cura di, *Freedom of Expression and Freedom of Information*, Oxford, 2000, 123, 127; J. R. SPENCER, *Le rôle des médias dans les procédures judiciaires: approche comparative*, cit., 86; J. ARMSTRONG BRANDWOOD, *You Say "Fair Trial" and I Say "Free Press": British and American Approaches to Protecting Defendants' Rights in High Profile Trials*, cit., 1430; S. J. KRAUSE, *Punishing the Press: Using Contempt of Court to Secure The Right to a Fair Trial*, in 76 *B.U. L. Rev.* 537, 539 (1996); S. WALKER, *Freedom of Speech and Contempt of Court: The English and Australian Approaches Compared*, in 40 *Int'l & Comp. L. Q.*, 583, 584 (1991); D. M. GILLMOR, *Free Press and Fair Trial in English Law*, in 22 *Wash. & Lee L. Rev.* 17 (1965).

¹⁰⁶ Per approfondimenti su tale istituto cfr. M. CHESTERMAN, *Contempt: In the Common law, But not the Civil law*, in 46 *Int'l & Comp. L. Q.* 521, 542 (1997); R.L. GOLDFARB, *The Contempt Power*, New York – London, 1963, 1.

¹⁰⁷ Cfr. in proposito N.V. LOWE, *The English Law of Contempt of Court and Article 10 of the European Convention on Human Rights*, in M.P. FURMSTON, a cura di, *The Effect on English Domestic Law of Membership of the European Communities and of Ratification of the European Convention on Human Rights*, The Hague, 1983, 318.



giudiziale dei fatti¹⁰⁸. Inoltre, la disciplina della diffamazione non è automaticamente messa fuori gioco dalle garanzie della libertà di stampa ed offre una protezione efficace degli interessi reputazionali incisi dall'attività di informazione¹⁰⁹. In sintesi, questo modello accetta la restrizione della libera circolazione delle notizie ogniquale volta ciò risulti necessario al fine di proteggere il valore del giusto processo e salvaguardare la fiducia del pubblico nell'amministrazione statale della giustizia.

5.2 - Il modello liberale classico

Nettamente contrapposto è il secondo modello, come delineatosi nell'ordinamento statunitense nel corso degli ultimi settanta anni¹¹⁰. Pur essendo storicamente derivato dalla *common law* inglese, esso se ne è progressivamente distaccato a partire dagli inizi degli anni '40 per opera degli interventi della Corte Suprema, che hanno esteso notevolmente le garanzie della libertà di stampa, a detrimento degli istituti volti a proteggere la serenità e l'indipendenza dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali¹¹¹. Tale modello muove dall'assunto di fondo

¹⁰⁸ H. FENWICK – G. PHILLIPSON, *Media Freedom under the Human Rights Act*, cit., 198 ss.

¹⁰⁹ Cfr. NOTE, *Media Liability for Reporting Suspects' Identities: A Comparative Analysis*, 120 *Harv. L. Rev.* 1043 (2007).

¹¹⁰ Su questo modello v. E. BARENDT, *Freedom of Speech*, II ed., Oxford, 2005, 322; I. CRAM, *Criminal Contempt, Article 10 and the First Amendment – A Case for Importing Aspects of US Free Speech Jurisprudence?*, in 7 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 244 (2000); M. CHESTERMAN, *OJ and the Dingo: How Media Publicity for Criminal Jury Trials is Dealt with in Australia and America*, cit., 124; J. ARMSTRONG BRANDWOOD, *op. cit.*, 1415; H. P. FURMAN, *Publicity in High Profile Criminal Cases*, 10 *St. Thom. L. Rev.* 507 (1998); A. GARCIA, *Clash of the Titans: The Difficult Reconciliation of a Fair Trial and a Free Press in Modern American Society*, 32 *Santa Clara L. Rev.* 1107 (1992). Sul problema dell'accesso ai procedimenti, R. H. LEVINE, *Toward a New Public Access Doctrine*, 27 *Cardozo L. Rev.*, 1739 (2006); sui *gag orders* J. E. PAHL, *Court-Ordered Restrictions on Trial Participant Speech*, 57 *Duke L. J.* 101 (2008); M. D. SEPLOW – P. L. HOFFMAN, *Punishing Pundits: People v. Dyleski and the Gag Order as Prior Restraint in High-Profile Cases*, 39 *Loy. L.A. L. Rev.* 1197 (2006); E. CHERMERINSKY, *Lawyers Have Free Speech Rights, too: Why Gag Orders on Trial Participants Are almost always Unconstitutional*, in 17 *Loy. L.A. Ent. L.J.* 311 (1997); sulle misure di neutralizzazione, see M. J. GERAGOS, *The Thirteenth Juror: Media Coverage of Supersized Trials*, 39 *Loyola L.A. L. Rev.* 1167, 1186 (2000).

¹¹¹ Fra le decisioni più importanti sul conflitto *free press v. fair trial* meritano di essere specificamente ricordate *Bridges v. California*, 314 U.S. 274 (1941); *Pennekamp v. Florida*, 328 U.S. 331, 354 (1946); *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367, 389 (1947); *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966); *Nebraska Press Ass'n v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); *Gentile v. State Bar of Nevada*, 501 U.S. 1030 (1991). Per una ricostruzione più analitica di tale processo evolutivo mi permetto di rinviare a G. RESTA, *Trial by Media as a Legal Problem. A Comparative Analysis*, Roma, 2008, 37-79.



per cui i due principî della libertà di espressione e della corretta ed imparziale amministrazione della giustizia non rappresentano di per sé ideali contrastanti ed inconciliabili, ma si trovano al contrario in una relazione sinergica. La cronaca giudiziaria, in particolare, è fortemente incoraggiata e valorizzata dal momento che realizza il precetto della pubblicità processuale, innalza la consapevolezza e la fiducia del pubblico nell'amministrazione della giustizia ed infine favorisce la deterrenza contro i comportamenti devianti. Inoltre, essa è coesistente alla democrazia in quanto "permette un controllo esterno sull'esercizio del potere conferito alle autorità di polizia, ai pubblici ministeri e alla magistratura giudicante e rappresenta una garanzia contro gli sviamenti della giustizia"¹¹². Di conseguenza, qualsiasi interferenza con la libertà dei *media* di accedere alle aule di giustizia, divulgare informazioni circa procedimenti giurisdizionali in corso o criticarli è considerata *prima facie* illegittima e lesiva del Primo Emendamento della Costituzione, anche qualora essa sia volta a proteggere interessi fondamentali della persona umana¹¹³.

Sistematicamente interdette sono le censure preventive gravanti sugli organi di informazione¹¹⁴, mentre risultano ammessi in ipotesi soltanto marginali provvedimenti giudiziari tesi a limitare la libertà di espressione stra-giudiziale delle parti processuali¹¹⁵. Sulla base di questo modello, se l'esercizio irresponsabile della libertà di stampa si risolve in un pregiudizio per la correttezza e la serenità della dinamica processuale, il sistema giuridico non adotta sanzioni incisive contro gli autori dell'illecito, se non in casi eccezionali¹¹⁶. Non soltanto l'istituto del *contempt by publication* è stato stralciato dal quadro dei rimedi contemplati dalla *law in action*¹¹⁷, ma gli stessi strumenti di natura privatistica si sono rivelati privi della benché minima effettività. Tanto la disciplina della diffamazione, quanto quella della *privacy* sono state

¹¹² Sheppard v. Maxwell, cit., 350.

¹¹³ Emblematiche, sul punto, le decisioni relative al conflitto tra libertà di stampa e *privacy* delle vittime di una violenza sessuale: cfr. Florida Star v. B.J.F., 491 U.S. 524 (1989); Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U.S. 469 (1975); altrettanto restrittiva è la posizione della Suprema Corte in relazione al problema della tutela dell'anonimato di minori sospettati di un reato: cfr. Smith v. Daily Mail Publishing Co., 443 U.S. 97 (1979); Oklahoma Publishing Co. v. Oklahoma District Court, 430 U.S. 308 (1977).

¹¹⁴ Cfr. Nebraska Press Ass'n v. Stuart, 427 U.S. 539 (1976).

¹¹⁵ In proposito cfr. Gentile v. State Bar of Nevada, 501 U.S. 1030 (1991); per ulteriori riferimenti v. J. E. PAHL, *Court-Ordered Restrictions on Trial Participant Speech*, in 57 *Duke L. J.* 101 (2008).

¹¹⁶ Cfr. I. CRAM, *A Virtue Less Cloistered. Courts, Speech and Constitutions*, cit., 77.

¹¹⁷ Cfr. M. CHESTERMAN, *OJ and the Dingo: How Media Publicity for Criminal Jury Trials is Dealt with in Australia and America*, cit., 128; G. RESTA, *Trial by Media as a Legal Problem. A Comparative Analysis*, cit., 62 ss.



assoggettate a così incisive limitazioni, da rendere estremamente arduo un risarcimento dei danni per la pubblicazione di articoli di cronaca giudiziaria lesivi degli interessi della personalità o della presunzione di innocenza¹¹⁸.

Complessivamente, dunque, questo modello garantisce un'ampia sfera di immunità ai *mass media* e risolve il problema del bilanciamento con gli altri interessi in gioco soltanto su un piano procedurale. Esso si avvale infatti di apposite tecniche di neutralizzazione, interne al meccanismo processuale, finalizzate ad evitare che le campagne di stampa producano effetti pregiudizievoli in ordine alla libera determinazione dei giudici e soprattutto dei giurati¹¹⁹. Tra queste tecniche, sarà sufficiente ricordare la prassi del *voir dire* (ossia l'esame preliminare dei giurati), l'isolamento della giuria (*sequestration*), il rinvio o lo spostamento ad altra sede del processo (*postponement* e *change of venue*) e, ove ammissibili, gli ordini giudiziari di non divulgazione (*gag orders*).

5.3 - Il modello preventivo-personalistico

Diverso è l'approccio continentale, che descrive quindi un terzo modello¹²⁰. Esso non si differenzia dai primi due soltanto dal punto di vista delle soluzioni operative, ma anche per la complessiva percezione della natura e della tipologia degli interessi in gioco. Si può osservare,

¹¹⁸ Sul punto cfr., per maggiori dettagli, G. RESTA, *Trial by Media as a Legal Problem. A Comparative Overview*, cit., 66 ss.: Note, *Media Liability for Reporting Suspects' Identities: A Comparative Analysis*, cit., 1047; R. D. RICHARDS - C. CALVERT, *Suing the News Media in the Age of Tabloid Journalism: L. Lin Wood and the Battle for Accountability*, in 16 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.*, 467 (2006).

¹¹⁹ Circa le suddette *neutralizing measures* cfr. M. CHESTERMAN, *OJ and the Dingo: How Media Publicity for Criminal Jury Trials is Dealt with in Australia and America*, cit., 124; J. ARMSTRONG BRANDWOOD, *You Say "Fair Trial" and I Say "Free Press": British and American Approaches to Protecting Defendants' Rights in High Profile Trials*, cit., 415; M.J. GERAGOS, *The Thirteenth Juror: Media Coverage of Supersized Trials*, cit., 1186; R.S. STEPHEN, *Prejudicial Publicity Surrounding a Criminal Trial: What a Trial Court Can Do to Ensure a Fair Trial in the Face of a "Media Circus"*, 26 *Suffolk U. L. Rev.* 1063, 1090-91 (1992).

¹²⁰ Su questo modello v. G. RESTA, *Trying Cases in the Media: A Comparative Overview*, cit., 40 ss.; J. BORNKAMM, *Pressefreiheit und Fairneß des Strafverfahrens*, cit.; Y. BRAUN, *Medienberichterstattung über Strafverfahren im deutschen und englischen Recht*, cit., 71, 105; C. ROXIN, *Strafrechtliche und Strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1991, 153; M. LEMONDE, *Justice and the Media*, cit., 691; M. CHESTERMAN, *Contempt: In the Common law, But not the Civil law*, cit., 539-541; J. SCHERER, *Justiz und Massemedien. Kontrollierende oder kontrollierte Medienöffentlichkeit?*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1979, 38, 66 ss.; R. STÜRNER, *Schutz des Gerichtsverfahrens vor öffentlicher Einflußnahme?*, in *Juristen Zeitung* 1978, 161.



sinteticamente e a costo di un'eccessiva semplificazione, che mentre i sistemi di *common law* attribuiscono un particolare rilievo al problema dell'impatto dei *media* sulle garanzie del giusto processo (*free press v. fair trial*), ma al contempo tendono a sottostimare le implicazioni delle campagne di stampa per la sfera personale dell'individuo, il diritto continentale sembra all'opposto meno preoccupato dell'incidenza della pubblicità esterna sulla dinamica processuale e più attento all'esigenza di salvaguardare i diritti della personalità dei soggetti esposti al vaglio dei tribunali dell'opinione pubblica.

Tale diversità d'impostazione può essere spiegata sulla base di un duplice ordine di fattori, rispettivamente di natura istituzionale e culturale¹²¹. Dal primo punto di vista, si deve notare come l'assenza di una giuria interamente laica e le caratteristiche di un modello processuale di stampo prevalentemente inquisitorio rendano più improbabile (benché tutt'altro che impossibile) il verificarsi di errori giudiziari dovuti alla pressione dei *mass media*¹²². Sotto il secondo profilo, merita di essere ricordato come i sistemi europeo-continentali non soltanto condividano una concezione della *privacy* come dignità, la quale rende configurabili ipotesi di violazione della personalità anche nella sfera in senso lato 'pubblica'¹²³, ma sono altresì propensi ad ammettere l'efficacia interprivata dei diritti fondamentali, affermandone l'opponibilità anche rispetto ai *mass media* e stabilendo un correlativo dovere positivo di protezione in capo ai poteri pubblici (un esito questo, ben distante dalla logica statunitense della *state action*)¹²⁴.

Sul piano delle tecniche rimediali, questo modello fa largo uso del diritto penale, specie al fine di prevenire la violazione del segreto investigativo ed istruttorio¹²⁵. Un'importanza sempre crescente è però

¹²¹ Cfr. G. RESTA, *Trying Cases in the Media: A Comparative Overview*, cit., 41.

¹²² In generale cfr. J. BORNKAMM, *Pressefreiheit und Fairneß des Strafverfahrens*, cit., 207, 217; J. SOEHRING, *Presse, Persönlichkeitsrechte und 'Vorverurteilungen'*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1986, 518, 526; M. CHESTERMAN, *Contempt: In the Common law, But not the Civil law*, cit., 541, 558.

¹²³ In proposito v. il bel saggio di J.Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, in 113 *Yale L. J.* 1151 (2004).

¹²⁴ In tema v. E.J. EBERLE, *Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States*, Westport-London, 2002, 41-54; D. GRIMM, *The Protective Function of the State*, in G. NOLTE, a cura di, *European and US Constitutionalism*, Strasbourg, 2005, 119; F.I. MICHELMAN, *The Protective function of the State in the United States and Europe: The Constitutional Question*, *ivi*, 131; H. KRIEGER, *The Protective Function of the State in the United States and Europe: A Right to State Protection? Comment*, *ivi*, 153.

¹²⁵ Cfr. C. ROXIN, *Strafrechtliche und Strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1991, 153; J. BORNKAMM, *Pressefreiheit und Fairneß des Strafverfahrens*, cit., 217 ss.; M. LEMONDE, *Justice and the Media*, cit., 691 ss.; M. CHESTERMAN, *Contempt: In the Common law, But not the Civil law*, cit., 539 ss.; G. GIOSTRA, *Informazione e processo penale*, cit.



assunta dai rimedi di diritto privato e segnatamente dai rimedi in forma specifica (inibitoria, rettifica, diritto di replica) e dalle azioni risarcitorie¹²⁶. Tutt'altro che inconsueta, in entrambe le ipotesi, è l'imposizione di restrizioni preventive della libertà di stampa, tanto attraverso previsioni legislative astratte (ad es. i divieti di pubblicazione dell'identità dei minori o delle vittime di violenza sessuale)¹²⁷, quanto attraverso specifici provvedimenti giudiziari. Infine va notato che alcune misure di carattere prettamente procedurale, assimilabili alle *neutralizing measures* statunitensi, sono astrattamente previste nel sistema, ma raramente applicate nella prassi (si pensi ad esempio alla remissione del processo ai sensi dell'art. 45 c.p.p.)¹²⁸.

6 - Per una strategia giuridica integrata: dalle tecniche penalistiche ai rimedi privatistici

In altra sede si è cercato di svolgere una riflessione più attenta circa la fisionomia e l'evoluzione storica di ciascuno di questi approcci¹²⁹. Qui interessa invece porre l'accento su alcuni sviluppi recenti, tutti interni al modello continentale, i quali offrono uno spaccato abbastanza significativo del processo di adattamento del sistema giuridico al contesto definito dall'evoluzione dei mezzi di comunicazione di massa e segnatamente dal fenomeno dei processi mediatici. L'attenzione verrà ad appuntarsi, precisamente, sull'apparato civilistico di tutela della personalità, nell'intento di mostrare come questo sia andato gradualmente arricchendosi di nuove situazioni soggettive e nuovi rimedi – secondo un fenomeno di “proliferazione dei diritti e dei danni” ben noto al giurista avvertito¹³⁰ – preordinati al rafforzamento

¹²⁶ Cfr. ad es. F. RIKLIN – F. HÖPFEL, *Schutz von Beschuldigten vor identifizierender Berichterstattung*, in *Alternativ-Entwurf Strafrecht und Medien*, cit., 71 ; v. anche *infra*, par. 6.1 e 6.2.

¹²⁷ Cfr. ad es. gli artt. 35-Ter I e 39 della Legge francese sulla stampa del 1881 (come modificata dalla l. 15-6-2000 n. 2000-516), nonché l'art. 734 *bis* del c.p. e l'art. 114 (6 *bis*) c.p.p. italiani.

¹²⁸ Sul punto, anche per riferimenti giurisprudenziali, cfr. L. SAVA, *Il rapporto tra magistrato e organi di informazione nella fase delle indagini preliminari: punti fermi e problemi aperti nell'esperienza concreta*, relazione alla Conferenza «Magistratura e mass media», organizzata dal CSM, Roma, 3-4-2006, 13 ss.; C. ROXIN, *Strafrechtliche und Strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung*, cit., 153 ss.

¹²⁹ G. RESTA, *Trial by Media as a Legal Problem. A Comparative Overview*, cit., 24 ss.

¹³⁰ Fondamentali in proposito gli studi di D. MESSINETTI, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 173 ss.; ID., voce *Danno giuridico*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 502 ss.; ID., voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 355 ss.



delle garanzie individuali rispetto ai giudizi condotti nell'ambito del foro 'virtuale' dell'opinione pubblica.

Si è ricordato in precedenza come gli ordinamenti di *civil law* abbiano assegnato ampio spazio, nella regolamentazione dei rapporti tra giustizia e informazione, alle tecniche di natura penalistica¹³¹. A differenza dell'approccio di *common law*, tuttavia, il divieto di interferenza illegittima con un procedimento in corso (*sub judice rule*; *Störung der Rechtspflege*) non ha riscosso nei sistemi dell'Europa continentale particolare successo. Mentre in alcune esperienze sono stati espressamente bocciati dei disegni di legge tesi all'introduzione di un equivalente operativo dell'istituto del *contempt by publication*¹³², di cui si paventavano l'eccessiva indeterminatezza e l'invasività sul piano delle garanzie della libertà di stampa¹³³, in altri sistemi disposizioni normative siffatte, pur contemplate dal diritto positivo, hanno avuto riflessi pratici trascurabili¹³⁴.

Sta di fatto che il cardine essenziale della disciplina è rappresentato pressoché ovunque dai divieti di divulgazione di atti coperti da segreto investigativo o istruttorio (come nelle ipotesi contemplate dagli artt. 114 e 329 del c.p.p. italiano, dall'art. 226-13 del c.p. francese o dal § 353d dello *Strafgesetz* tedesco)¹³⁵. Questa soluzione è indubbiamente coerente con la logica inquisitoria della quale i modelli continentali sono tradizionalmente espressione¹³⁶. Tuttavia neanche

¹³¹ Cfr. *supra*, par. 5.

¹³² Segnatamente in Germania: cfr. § 452 del Disegno di legge governativo del 1962, *Störung der Rechtspflege* (il cui testo è riprodotto in J. BORNKAMM, *op. cit.*, at 229 n.49), su cui v. Y. BRAUN, *Medienberichterstattung über Strafverfahren im deutschen und englischen Recht*, cit., 182; R. STÜRNER, *Schutz des Gerichtsverfahrens vor öffentlicher Einflußnahme?*, cit., 163; C. ROXIN, *Strafrechtliche und Strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung*, cit., 154-155.

¹³³ In proposito cfr. J. BORNKAMM, *Pressefreiheit und Fairneß des Strafverfahrens*, cit., at 231; W. HASSEMER, *Vorverurteilung durch die Medien?*, cit., 1927; C. ROXIN, *Strafrechtliche und Strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung*, cit., 155.

¹³⁴ Il riferimento, in particolare, è all'art. 434-16 del Codice penale francese, che prevede: "La publication, avant l'intervention de la décision juridictionnelle définitive, de commentaires tendant à exercer des pressions en vue d'influencer les déclarations des témoins ou la décision des juridictions d'instruction ou de jugement est punie de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende. Lorsque l'infraction est commise par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables." Lo scarso rilievo pratico di questa norma è segnalato da E. DERIEUX, *Secret de l'instruction et droit à l'information*, cit. e da B. VAN NIEKERK, *The Cloistered Virtue*, cit., 118 (con riferimento al suo immediato antecedente normativo, l'art. 227 del vecchio codice). Diverso, almeno in parte, è il discorso relativamente all'esperienza austriaca: sul punto rinvio a quanto osservato in G. RESTA, *Trial By Media As a Legal Problem: A Comparative Overview*, cit., 82 ss.

¹³⁵ Per un panorama comparatistico v. M. LEMONDE, *Justice and the Media*, cit., 691 ss.

¹³⁶ M. LEMONDE, *Justice and the Media*, cit., 691.



essa ha sortito – salvo casi particolari – risultati soddisfacenti. Il divario tra *law in the books* e *law in action* si è dimostrato in questa materia particolarmente elevato, spesso incolmabile¹³⁷. Le cause di ciò sono molteplici e riconducibili ad una pluralità di fattori. Tra questi possono annoverarsi, a titolo puramente esemplificativo: il *drafting* imperfetto di molte delle fattispecie incriminatrici (alcune delle quali non vincolano i giornalisti, altre proibiscono unicamente la riproduzione *verbatim* di atti del procedimento, ma non il loro contenuto)¹³⁸; la presenza di difese processuali difficilmente valicabili, come il segreto del giornalista sulla fonte della notizia, le quali rendono particolarmente complesso l'accertamento dell'illecito¹³⁹; la cointeressenza, a diversi livelli, tra gli organi di informazione e il personale coinvolto nell'amministrazione della giustizia¹⁴⁰; la crisi di legittimità della logica del segreto nell'ambito di una società sempre più incentrata sulla trasparenza e sulla circolazione *just in time* delle notizie¹⁴¹.

Benché le tecniche penalistiche riscuotano sempre grande fiducia da parte del legislatore – come testimoniato dai più recenti progetti di riforma della materia ed in particolare dall'ultimo disegno di legge in tema di intercettazioni¹⁴² -, nella cultura giuridica si è fatta strada la consapevolezza che lo strumentario penalistico non abbia la flessibilità sufficiente per assicurare un equilibrato bilanciamento degli interessi in gioco. Si è pertanto assistito, negli ultimi anni, ad un crescente ricorso in funzione suppletiva o integrativa alle tecniche privatistiche, le quali si sono generalmente dimostrate più elastiche e spesso più efficaci, in

¹³⁷ M. LEMONDE, *Justice and the Media*, cit., 700 ss.; G. GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, cit., 231-276; M. BONETTI, *Riservatezza e processo penale*, cit., 153; D. SOULEZ-LARIVIÈRE, *Il circo mediatico-giudiziario*, cit., 23 ss.

¹³⁸ Cfr. T. WEIGEND, *Medienöffentlichkeit des Ermittlungsverfahrens?*, cit., 40.

¹³⁹ Sul segreto dei giornalisti circa la fonte della notizia cfr. Eur. Ct. H.R., 27-3-1996, App. N. 17488/90, *Goodwin v. United Kingdom*; Eur. Ct. H.R., 25-2-2003, App. N. 51772/99, *Roemen and Schmit v. Luxembourg*; R. ERRERA, *Freedom of Speech in Europe and in the USA*, in G. NOLTE, *European and US Constitutionalism*, cit., 43-44.

¹⁴⁰ Diversi studi evidenziano come la diffusione di notizie in violazione del segreto sia non di rado riconducibile al comportamento dei pubblici ministeri: cfr. ad es. G. GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, cit., 236; ID., *Il segreto investigativo tra inosservanze e strumentalizzazioni*, cit., 873; D. SOULEZ-LARIVIÈRE, *Il circo mediatico-giudiziario*, cit., 25-61.

¹⁴¹ T. WEIGEND, *Medienöffentlichkeit des Ermittlungsverfahrens?*, cit., 33; M. LEMONDE, *Justice and the Media*, cit., 701-702.

¹⁴² Cfr. il d.l. n. 1415/2008 *Norme in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali. Modifica della disciplina in materia di astensione del giudice e degli atti di indagine. Integrazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche* (circa il quale si veda il parere critico espresso dal CSM con delibera 17-2-2009).



quanto idonee ad incidere sul calcolo economico delle imprese di comunicazioni¹⁴³.

Come si è osservato in precedenza, mentre nelle esperienze di *common law* il rapporto tra giustizia ed informazione tende ad essere pressoché esclusivamente analizzato nell'ottica del conflitto tra *free press* e *fair trials*, la premessa di fondo da cui muovono i modelli continentali è quella per cui un esercizio irresponsabile della libertà di espressione può riflettersi negativamente non soltanto sulle dinamiche processuali, ma anche (e forse soprattutto) sulla sfera personale dei soggetti coinvolti¹⁴⁴. L'assenza di una giuria interamente laica e il maggior controllo esercitato dai giudici togati riducono sensibilmente i rischi di condizionamento nella fase deliberativa. Per contro, è difficilmente negabile che un processo condotto dai *mass media*, per quanto virtuale, sia in grado di imporre sanzioni reputazionali accessorie¹⁴⁵, le quali sono rese al di fuori di qualsiasi garanzia processuale e tendono spesso a persistere ben al di là della conclusione della vicenda giudiziaria¹⁴⁶.

Questa consapevolezza ha indotto a rimodulare il meccanismo di protezione offerto dai diritti della personalità al fine di preconstituire una forma indiretta di controllo sulla qualità e la correttezza dell'informazione giudiziaria. Ciò ha richiesto un adattamento delle categorie preesistenti e talora la creazione di nuove situazioni soggettive o nuovi rimedi. Tra gli esempi maggiormente significativi possono essere annoverati il diritto all'anonimato e il diritto al rispetto della presunzione di innocenza.

¹⁴³ In proposito cfr. i rilievi di C. ROXIN, *Strafrechtliche und Strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung*, cit., 157; F. RIKLIN – F. HÖPFEL, *Verletzung der Unschuldsvermutung*, cit., 58.

¹⁴⁴ J. BORNKAMM, *Die Berichterstattung über schwebende Strafverfahren und das Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1983, 102; F. RIKLIN – F. HÖPFEL, *Verletzung der Unschuldsvermutung*, cit., 54.

¹⁴⁵ V. ZENO-ZENCOVICH, *Comunicazione, reputazione, sanzione*, in *Dir. inf.*, 2007, 263, 271.

¹⁴⁶ Come notato da N. WALKER, *Curiosities of Criminal Justice*, in *Police Journal*, 1975, 9, «that assumes that an acquittal leaves a person's reputation exactly as it was before the trial, which is unlikely to be true if the newspapers have paid any attention to the case...some people will simply assume that he got off because of slightly defective evidence, a clever story or a sympathetic jury; and since guilty men are sometimes acquitted for these reasons it is impossible to combat this cynical assumption. It is a little paradoxical that a system of trial designed to give the accused the benefit of the doubt in court is almost bound to ensure that the public does the opposite» (come citato da H. SCHEER, *Publicity and the presumption of innocence*, in *52 Camb. L. J.* 37, 39 [1993]). Per un caso significativo di cronaca giudiziaria scorretta, fonte di pesanti ripercussioni sulla sfera personale, cfr. BGH, 5-3-1963, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1963, 904.



6.1 - L'interesse all'anonimato delle persone sospettate di un reato

La libertà dei *media* di diffondere informazioni relative a procedimenti in corso entra spesso in conflitto con l'interesse all'anonimato delle parti¹⁴⁷. Tale conflitto deriva dal fatto che, una volta che venga data ampia pubblicità alla notizia dell'apertura di un'indagine a carico di un individuo, o che costui sia pubblicamente additato come sospetto, lo stesso non luogo a procedere o l'assoluzione nel merito – eventi ai quali generalmente è data una pubblicità *minima* in confronto con quella riservata allo stadio iniziale del procedimento¹⁴⁸ – non sono mai in grado di eliminare completamente tale *labeling effect*.

Alcuni sistemi giuridici muovono dalla premessa per cui la conoscenza dell'identità di un sospettato o di un imputato rappresenta di per sé una questione di pubblico interesse e pertanto risolvono il conflitto tra libertà di stampa e anonimato in favore del primo dei due termini¹⁴⁹. Per contro, altri ordinamenti attribuiscono maggiore rilievo all'interesse all'anonimato – specialmente se la persona di cui si tratta è minore d'età – e risolvono il conflitto sottostante attraverso la tecnica del bilanciamento degli interessi. I parametri che a tal scopo vengono presi più frequentemente in considerazione sono lo *status* dell'indagato, la natura dell'illecito, la rilevanza delle prove a carico.

Particolarmente istruttiva, da questo punto di vista, è l'esperienza dei paesi di area germanica: Germania, Svizzera ed Austria¹⁵⁰. In questi ordinamenti si esclude che il nome o l'immagine di una persona sospettata o indagata per un reato siano dati di pubblico dominio e possano sempre e comunque essere diffusi dai *media* prima della definizione del giudizio. Perché ciò avvenga, sarà necessario dimostrare che le ragioni di pubblica informazione prevalgono, alla luce delle specifiche circostanze del caso ed in base ad un giudizio di proporzionalità, sull'interesse del singolo a mantenere l'anonimato.

¹⁴⁷ Cfr. G. BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts*, Heidelberg-New York, 2006, 289.

¹⁴⁸ Tale circostanza è giustamente enfatizzata da G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, cit., 5.

¹⁴⁹ Questa, in particolare, è la posizione degli USA: cfr. per riferimenti G. RESTA, *Trial By Media As a Legal Problem. A Comparative Overview*, cit., 66-71.

¹⁵⁰ Cfr. in proposito F. RIKLIN – F. HÖPFEL, *Schutz von Beschuldigten vor identifizierender Berichterstattung*, in *Alternativ-Entwurf Strafrecht und Medien*, cit., 71; G. MÜLLER, *Probleme der Gerichtsberichterstattung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, 1617; J. SOEHRING, *Presserecht. Recherche, Berichterstattung, Ansprüche im Recht der Presse und des Rundfunks*, Stuttgart, 1995, 348; Y. BRAUN, *Medienberichterstattung über Strafverfahren im deutschen und englischen Recht*, cit., at 71, 86; R. HAUSER, *Das Prinzip der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung und der Schutz der Persönlichkeit*, in *Recht und Rechtsdurchsetzung. Festschrift für H.U. Walder zum 65. Geburtstag*, Zürich, 1994 165, 183.



Il *Bundesgerichtshof* ha elaborato una serie di criteri guida in grado di orientare tale operazione di bilanciamento¹⁵¹. Secondo la Suprema Corte tedesca, l'interesse dei consociati ad essere informati circa l'identità dei soggetti coinvolti in un procedimento giurisdizionale può giustificare una compressione della sfera di riservatezza individuale almeno in tre ipotesi: a) il reato per cui si procede non ha carattere bagatellare; b) l'individuo in questione è una persona nota; c) l'identità del sospettato è già di dominio pubblico.

È significativo notare che mentre queste regole sono state elaborate in via giurisprudenziale in Germania e in Svizzera, criteri analoghi sono stati prefissati in via legislativa in Austria. L'art. 7a della legge generale sui *media* (*Mediengesetz*) prevede che il nome e l'immagine di una persona vittima o sospettata di un reato non possano essere pubblicati "ogniqualevolta ciò determini la lesione di interessi meritevoli di tutela del soggetto e non sussiste un interesse pubblico predominante, in considerazione dello status dell'individuo o di altre circostanze"¹⁵². La determinazione di tali criteri è rimessa all'apprezzamento del giudice, anche se nel medesimo articolo si individuano specificamente alcune fattispecie coperte dal divieto assoluto di pubblicazione (come nel caso dell'identità della vittima del reato o di minori d'età)¹⁵³. Da notare che in caso di violazione è previsto un risarcimento dei danni di ammontare massimo di 20.000 euro ed inoltre sulla base della legge sul diritto d'autore può essere concessa l'inibitoria della pubblicazione a tutela dell'immagine¹⁵⁴.

È importante segnalare che tali regole non sono rimaste sulla carta, ma orientano realmente il comportamento degli organi di informazione. A ciò non è indifferente la presenza di un corpo di norme di natura deontologica sufficientemente articolato, che recepisce e talora amplia le regole fissate dal diritto comune. Basti citare, a questo riguardo, l'art. 8.1. delle Linee Guida del codice di autoregolamentazione della stampa tedesca, ove si prevede, come regola generale, che gli organi di stampa "non devono pubblicare alcuna informazione a carattere verbale o figurativo che permetta

¹⁵¹ Cfr. in particolare BGH, 7-12-1999, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, 1036; BGH, 15-11-2005, 59 in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, 599; per una visione d'insieme può utilmente confrontarsi G. MÜLLER, *Probleme der Gerichtsberichterstattung*, cit., 1618.

¹⁵² BUNDESGESETZ VOM 12. JUNI 1981 ÜBER DIE PRESSE UND ANDERE PUBLIZISTISCHE MEDIEN (MEDIENGESETZ – MEDIENG), in *BGBI.* Nr. 314/1981, Sect. 7a.

¹⁵³ Per approfondimenti E. SWOBODA, *Das Recht der Presse. Handbuch für die Praxis*, Wien, 1997, 64.

¹⁵⁴ § 78 BUNDESGESETZ ÜBER DAS URHEBERRECHT AN WERKEN DER LITERATUR UND DER KUNST UND ÜBER VERWANDTE SCHUTZRECHTE (URHEBERRECHTSGESETZ), in *BGBI.* Nr. 111/1936).



l'identificazione della vittima o degli autori di un reato". A tale regola sono poi apposte una serie di (ragionevoli) eccezioni¹⁵⁵.

Diversa, invece è la soluzione adottata in Francia, dove le corti appaiono piuttosto restie a garantire l'interesse all'anonimato¹⁵⁶, mentre in Italia la situazione è in evoluzione. Se i *mass media* dimostrano uno scarsissimo senso di responsabilità, pubblicando costantemente nome e immagini dei sospettati e rispettando unicamente (e neanche sempre) la *privacy* delle vittime o dei minori, l'introduzione del Codice sulla protezione dei dati personali ha rappresentato una novità di rilievo, che potrebbe contribuire all'affermazione di una prassi maggiormente rispettosa dei diritti fondamentali delle persone. È significativo notare, a questo proposito, che il Garante per la protezione dei dati ha affermato in molteplici occasioni l'illiceità della pubblicazione delle foto segnaletiche o la divulgazione dell'immagine di persone accusate di un reato in stato di detenzione in assenza di specifiche esigenze investigative¹⁵⁷. Tale soluzione recepisce in maniera coerente l'indirizzo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale nella pronuncia *Sciacca c. Italia* - un caso di divulgazione da parte delle autorità di polizia e successiva pubblicazione in organi di stampa delle foto segnaletiche di un indagato sottoposto a misure restrittive della libertà personale - ha condannato lo Stato italiano per violazione dell'art. 8 della Convenzione¹⁵⁸. Tuttavia la Corte di Cassazione, in un caso concernente la pubblicazione dell'immagine di un imputato in stato di detenzione, fotografato senza che le manette fossero visibili, ha annullato il provvedimento inibitorio emanato dal Garante, adottando

¹⁵⁵ German Press Code, versione del 13-9-2006, in <http://www.presserat.de/Press-Code.227.0.html>. In tema cfr. L. WALLENHORST, *Medienpersönlichkeitsrecht und Selbstkontrolle der Presse. Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und englischen Recht*, Berlin, 2007, 401.

¹⁵⁶ Cass. civ., 20-6-2002, in *Juris Classeur Périodique*, 2002, IV, 2394; Cass. civ., 12-7-2001, in *Juris Classeur Périodique*, 2002, II, 10152; TGI Paris, 7-7-1993, in *Juris Classeur Périodique*, 1994, II, 22306; su questo orientamento giurisprudenziale cfr. J. RAVANAS, *Droit des personnes: la liberté d'information dans les affaires judiciaires en cours*, in *Juris Classeur Périodique*, 2002, II, 10152; T. FOURREY, *La presse et l'instruction judiciaire*, cit., 16.

¹⁵⁷ Cfr. in particolare Garante Prot. Dati., provv. 19-3-2003, web doc. n. 1053451 (in M. PAISSAN, a cura di, *Privacy e giornalismo*, Roma, 2006, 212); nonché Id., 9-9-1997, web doc. n. 49303; Id., 13-4-1999, web doc. n. 39077; Id., Id., 26-11-2003, web doc. n. 1053631; Id., 28-9-2005, web doc. n. 1179791 (tutti i suddetti provvedimenti sono pubblicati nel volume a cura di M. PAISSAN, *Privacy e giornalismo*, cit.).

¹⁵⁸ Eur. Ct. H.R., 11-1-2005, App. N. 50774/99, *Sciacca v. Italy*. Per una discussione del caso v. G. RESTA, 'Guilty until proven innocent'. *Trial by media and European Law*, in *Haftungsrecht im dritten Millennium (Liability in the Third Millennium)*. *Liber Amicorum Gert Brüggemeier*, Baden-Baden, 2009, 243 ss.



un'interpretazione estremamente elastica del requisito della "essenzialità" dell'informazione¹⁵⁹.

6.2 - Il rispetto della presunzione di innocenza come diritto della personalità e la sua tutela civile

Il problema dell'anonimato concerne la pubblicazione di un fatto che è vero, ma che la persona intende mantenere riservato. Tuttavia la questione dei limiti alla libertà di stampa in relazione a procedimenti giudiziari è più ampia e non si riduce ai soli profili della riservatezza. Difatti, anche nel caso in cui la persona coinvolta sia un personaggio pubblico ed il bilanciamento delle posizioni in conflitto deponga a favore dell'interesse pubblico alla conoscenza, l'esercizio della libertà di informazione rimane soggetto ad una serie di vincoli di ordine formale e sostanziale finalizzati alla garanzia dei diritti fondamentali delle persone.

Il pensiero corre, in primo luogo, al diritto all'onore e alla reputazione e, com'è noto, v'è ampia giurisprudenza relativamente al conflitto tra tali posizioni soggettive e il diritto di cronaca¹⁶⁰. Tuttavia la protezione offerta dal diritto all'onore e alla reputazione è essenzialmente limitata agli addebiti non rispondenti a verità, reale o putativa. Di riflesso, una campagna di stampa pregiudizialmente ostile difficilmente incorrerà in conseguenze di natura risarcitoria o riparatoria se ad esito del giudizio principale la persona cui erano stati rivolti gli addebiti diffamatori venga effettivamente ritenuta responsabile dell'illecito¹⁶¹. Per ovviare a tale lacuna e al distorto sistema di incentivi che ne deriva, alcuni ordinamenti hanno posto mano ad una singolare rilettura dell'apparato civilistico di tutela della personalità. Questo è stato ampliato in via interpretativa al fine di ricomprendervi una posizione soggettiva sin qui intesa come garanzia di stampo meramente processuale: la presunzione di innocenza.

A tale principio – cristallizzato con diverso lessico in molteplici testi normativi, tra i quali l'art. 27, c. 2 della Costituzione italiana e l'art. 6 (2) della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo – è stata generalmente riconosciuta un'efficacia circoscritta ai rapporti 'verticali'

¹⁵⁹ Cass., 19-3-2008, n. 7261; il decreto impugnato è Trib. Milano, 26-6-2003, in *Guida al dir.*, n. 37, 27-9-2003, 55.

¹⁶⁰ Per un'attenta disamina comparatistica cfr. C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, II, Oxford, 2000, 103; cfr. anche A. LODATO, *Inchieste giornalistiche e tutela dell'onore*, in *Dir. Inf.*, 1992, 489 ss.

¹⁶¹ Cfr. ad es. J. BORNKAMM, *Pressefreiheit und Fairneß des Strafverfahrens*, cit., 252 n.29.



tra cittadino e Stato e segnatamente tra cittadino e organi giurisdizionali. Tuttavia la più recente evoluzione del diritto europeo sembra connotata da una progressiva 'privatizzazione' di tale garanzia costituzionale¹⁶².

Si deve notare, innanzitutto, che tanto la Commissione quanto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo hanno fatto propria un'interpretazione particolarmente estensiva dell'art. 6 (2) della Convenzione. In applicazione del canone ermeneutico dell'effettività e della concretezza dei diritti garantiti dalla Convenzione, il principio della presunzione di innocenza è stato sganciato dall'originario alveo endoprocedurale e proiettato su una dimensione più ampia, fino ad essere ricostruito come diritto a non essere pubblicamente descritti come colpevoli di un reato prima che la responsabilità venga accertata conformemente a tutte le garanzie di legge¹⁶³. Nel caso *Allenet de Ribemont v. Francia*, in particolare, la Corte di Strasburgo ha condannato la Francia a risarcire i danni morali e materiali subiti da un privato a seguito delle dichiarazioni rese agli organi di informazione dal Ministro dell'Interno e da alti ufficiali di polizia circa la sua responsabilità come mandante dell'omicidio di un noto parlamentare francese¹⁶⁴. La conferenza stampa si era svolta alcuni giorni prima dell'arresto del soggetto, il quale dopo pochi mesi fu rimesso in libertà e scagionato con formula piena da tutte le imputazioni. L'aspetto più significativo della pronuncia sta nell'affermazione per cui la presunzione di innocenza può essere violata non soltanto da organi giurisdizionali e nel quadro di un processo conclusosi con una condanna (come asserito dal Governo francese), ma anche da altre autorità pubbliche ed indipendentemente dall'esito del procedimento¹⁶⁵. La Corte non esclude che gli organi procedenti possano informare il pubblico circa le attività di indagine, anzi afferma che questa attività è coperta dall'art. 10 della Convenzione,

¹⁶² Su questa vicenda v. R. BADINTER, *La présomption d'innocence, histoire et modernité*, in *Études offertes à Pierre Catala: Le droit privé français à la fin du XX^e Siècle*, Paris, 2001, 133.

¹⁶³ R. BADINTER, *La présomption d'innocence, histoire et modernité*, cit., 145-146; C. GRABENWARTER, *Justiz- und Verfahrensgrundrechte*, in D. EHLERS, a cura di, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlin, 2003, 126, 138-139; A. BUCHET, *La présomption d'innocence au regard de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *La Présomption d'innocence en droit comparé*, cit., 27; M. CHIAVARIO, *La presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, 1089; M. DELMAS-MARTY, *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*, Dordrecht, 1992, 76.

¹⁶⁴ Eur. Ct. H.R., 10-2-1995, App. N. 15175/89, *Allenet de Ribemont v. France*.

¹⁶⁵ Si veda in proposito E. BREMS, *Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Human Rights Quarterly* 2005, 294, 312-313.



ma precisa anche che tali comunicazioni dovranno essere compiute “con tutta la discrezione e tutto il riserbo che il rispetto della presunzione di innocenza impone” (par. 38).

Tale decisione non è rimasta isolata. Non soltanto ad essa hanno fatto seguito altre pronunzie, che hanno confermato ed ulteriormente ampliato i principî affermati nel caso *Allenet de Ribemont v. Francia*¹⁶⁶, ma la stessa Raccomandazione del Consiglio d'Europa (2003)¹³ sulla diffusione di informazioni relative a procedimenti penali ha stabilito che «opinions and information relating to on-going criminal proceedings should only be communicated or disseminated through the media where this does not prejudice the presumption of innocence of the suspect or accused» (*Principle n. 2*)¹⁶⁷.

Le regole prefissate dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo vincolano direttamente le sole autorità pubbliche. Ma è significativo notare che in alcune esperienze nazionali la presunzione di innocenza è stata intesa in senso ancor più impegnativo ed applicata anche alle relazioni tra privati¹⁶⁸. Un ruolo di apripista è stato svolto anche in questo caso dalla giurisprudenza tedesca, che sin dalla fine degli anni '70 ha iniziato a sancire – sia pure in maniera non incontestata – la *mittelbare Drittwirkung* del principio in esame¹⁶⁹. In particolare, alcune corti hanno ricondotto la presunzione di innocenza all'interno del raggio di applicazione del diritto generale della personalità (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), stabilendo così un fruttuoso circolo ermeneutico tra il § 823 (1) BGB e l'art. 6 (2) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁷⁰. Sul piano dei rimedi si è affermato il

¹⁶⁶ Cfr. ad es. Eur. Ct. H.R., 28-1-2005, App. ns. 48173/99 and 48319/99, *Y.B. and others v. Turkey*.

¹⁶⁷ COUNCIL OF EUROPE, RECOMMENDATION REC(2003)13 OF THE COMMITTEE OF MINISTERS TO MEMBER STATES ON THE PROVISION OF INFORMATION THROUGH THE MEDIA IN RELATION TO CRIMINAL PROCEEDINGS.

¹⁶⁸ Cfr. P. SZCZEKALLA, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Berlin, 2002, 780-782; K. KÜHL, *Persönlichkeitsschutz des Tatverdächtigen durch die Unschuldsvermutung*, in *Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen. Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1985, 241.

¹⁶⁹ Su questa vicenda cfr. C.F. STUCKENBERG, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, Berlin, 1998, 147; F. RIKLIN – F. HÖPFEL, *Verletzung der Unschuldsvermutung*, cit., 53-55; K. KÜHL, *Persönlichkeitsschutz des Tatverdächtigen durch die Unschuldsvermutung*, cit., 250; J. SOEHRING, *Presse, Persönlichkeitsrechte und 'Vorverurteilungen'*, in *GRUR*, 1986, 518, 522; W. HASSEMER, *Vorverurteilung durch die Medien?*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, 1921, 1923; J. BORNKAMM, *Pressefreiheit und Fairneß des Strafverfahrens*, cit., 266; per ulteriori riferimenti G. RESTA, *Trying Cases in the Media: A Comparative Overview*, cit., 59 ss.

¹⁷⁰ V. ad es. OLG Köln, 2-6-1987, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, 2682, 2684; OLG Frankfurt, 6-9-1979, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1980, 597; per una limpida schematizzazione dei criteri da seguire nell'operazione di bilanciamento degli interessi cfr. BGH, 7-12-1999, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, 1036.



ricorso all'azione inibitoria ed al risarcimento dei danni, mentre sul piano sostanziale si è raggiunta l'importante conclusione per cui può esservi una violazione della presunzione di innocenza anche nel caso in cui l'individuo, ad esito del giudizio principale, venga effettivamente condannato per il reato del quale era stato chiamato a rispondere di fronte al foro dell'opinione pubblica¹⁷¹. La verità dell'addebito, dunque, non opera come causa di esclusione dell'antigiuridicità: il che ben si comprende se si considera che ciò che si intende tutelare non è la reputazione, quanto l'interesse a che una persona non sia soggetta a giudizi affrettati da parte dei *mass media* prima che la sua responsabilità sia stata accertata nel rispetto di tutte le garanzie di legge da parte di una corte di giustizia.

Se in Germania questi risultati sono stati raggiunti grazie all'intervento precursore della giurisprudenza, a cui si sono poi allineate le regole deontologiche in materia di attività giornalistica¹⁷², in Francia ed in Austria è stata decisiva l'opera del formante legale. Il Codice civile francese è stato novellato nel 1993 per rafforzare le garanzie della presunzione di innocenza e per coordinarlo con il codice di procedura penale appena riformato¹⁷³. È stato così aggiunto all'art. 9 un nuovo articolo 9-1, poi modificato dalla legge n. 2000-516¹⁷⁴, il quale dispone:

“Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption

¹⁷¹ OLG Köln, 2-6-1987, cit., 2684.

¹⁷² Cfr. in particolare il Codice di deontologia dei giornalisti del 2001, il cui § 13 stabilisce il dovere di rispetto della presunzione di innocenza: «reports on investigations, criminal court proceedings and other formal procedures must be free from prejudice. The principle of the presumption of innocence also applies to the Press». Cfr. anche la *Guideline* n. 13.1, c. 2, ove si afferma: «In a state based on the rule of law, the aim of court reporting must not be to punish convicted criminals socially as well by using the media as a 'pillory'. Reports should make a clear distinction between suspicion and proven guilt».

¹⁷³ In proposito cfr. P. AUVRET, *Le droit au respect de la présomption d'innocence*, in *Juris Classeur Périodique*, 1994, I, 3802; J.H. ROBERT, *Sub Article 9-1*, in *Juris classeur civil*, Paris, 2001, 1; E. DERIEUX, *Limites de la liberté d'expression (Protection de la vie privée et de la présomption d'innocence)*, in *Les Petites Affiches*, 25-26 décembre 2003, 8; J. CARBONNIER, *Droit civil I/Les Personnes*, Paris, 2000, 157-158; D. DE BELLESCIZE – L. FRANCESCHINI, *Droit de la communication*, Paris, 2005, 412-413.

¹⁷⁴ Cfr. Art. 44 della legge 24-8-1993, n. 93-1013 e Art. 91 della legge 15-6-2000, n. 2000-516.



d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte”.

Si deve notare che la previsione in discorso non soltanto crea un nuovo diritto soggettivo, che amplia ed aggiorna il catalogo tradizionale dei diritti della personalità¹⁷⁵, ma arricchisce in maniera significativa anche il quadro dei rimedi. In particolare merita di essere rimarcato il rilievo accordato alle misure d’urgenza¹⁷⁶, le sole che generalmente permettono di assicurare una tutela anticipata dei beni giuridici coinvolti, nonché l’indipendenza della fattispecie rispetto ai requisiti previsti dalla legge sulla stampa¹⁷⁷.

Disposizioni di questo tipo potrebbero apparire in contrasto con le garanzie costituzionali della libertà di stampa. Non a caso gli organi di informazione hanno sempre manifestato la loro contrarietà nei confronti della generalizzazione e l’estensione ai rapporti interprivati della presunzione di innocenza, paventando un’eccessiva compressione del diritto-dovere di informazione.

La questione di costituzionalità è stata concretamente sollevata di fronte alla Corte costituzionale austriaca nel 1995, con riferimento alle norme previste dalla legge sui *media* del 1981¹⁷⁸. L’art. 7b del *Mediengesetz*, in particolare, attribuisce un diritto al risarcimento dei danni – nei limiti di 20.000 Euro – a ciascun individuo il quale, sospettato di aver commesso un reato, ma non ancora condannato con sentenza definitiva, sia stato pubblicamente presentato come colpevole o autore del fatto e non soltanto come sospetto¹⁷⁹. A tutela della libertà

¹⁷⁵ P. AUVRET, *Le droit au respect de la présomption d’innocence*, cit., 499; J. CARBONNIER, *Droit civil I/Les Personnes*, cit., 157.

¹⁷⁶ J.H. ROBERT, *Sub Article 9-1*, cit., 12.

¹⁷⁷ D. MAYER, *L’information du public par la presse sur les affaires en cours d’instruction*, cit., 81; P. AUVRET, *Le droit au respect de la présomption d’innocence*, cit., 498.

¹⁷⁸ VfGH, 28-9-1995, G 249/94, in *Österreichische Juristen Zeitung*, 1996, 591.

¹⁷⁹ Per maggior comodità del lettore si riproduce il testo nella sua traduzione inglese, predisposta dal governo austriaco e disponibile all’indirizzo http://www.ris.bka.gv.at/erv/erv_1981_314.pdf: «(1) If in any media a person suspected of having committed an offence punishable by the courts but not yet finally convicted, is presented as having already been found guilty or as author of such punishable offence and not only as suspect, the person affected is entitled to claim indemnity from the media owner for the injury suffered. The indemnity must not exceed 20,000 €, in addition § 6 second sentence shall be applied. (2) No claims under par. 1 may be raised: 1. in cases of a true report on a hearing in a public session of the National Council, the Federal Council, the Federal Assembly, a Länder Parliament or any committee of the above general bodies of representation, 2. if it concerns a true report on a penal sentence in first instance and includes the mention that the sentence is not final, 3. if the person affected has admitted and not withdrawn a statement made in public or to media representatives, of having committed the offence, 4. if it was a live broadcast and employees or agents of the broadcaster were not guilty of neglecting the journalistic diligence required, 4a. if it concerns the availability for download of a website, provided that the media owner or one of his employees or agents has not failed to use due care, or 5. if it is a case of a



di espressione sono ovviamente previste alcune cause di giustificazione, tra le quali la menzione che la condanna riportata in primo grado non è definitiva, o la presenza di una confessione pubblica da parte della persona sospettata. Il *Verfassungsgerichtshof*, con una meditata pronuncia, ha rigettato le censure mosse contro tali previsioni sotto il profilo della violazione del principio costituzionale della libertà di espressione, sottolineando al contrario come esse rappresentino lo strumento attraverso il quale lo stato adempie la propria obbligazione positiva di protezione della presunzione di innocenza, come sancita dall'art. 6 (2) della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo¹⁸⁰. Si deve notare, ancora una volta, che tali regole non sono rimaste sulla carta, ma hanno dato vita ad una copiosa applicazione giurisprudenziale, con parecchie sentenze che hanno riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni per violazione della presunzione di innocenza¹⁸¹.

Il quadro a questo punto è completo: l'art. 6 della Convenzione Europea stabilisce il principio generale per cui "ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata". La Corte di Strasburgo ha interpretato tale disposizione in maniera estensiva, in maniera tale da ricomprendere tra i destinatari dell'obbligo anche le autorità pubbliche diverse da quelle giurisdizionali. La Corte ha altresì affermato in numerose pronunzie che i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione sono fonte non soltanto di un dovere negativo di rispetto, ma anche di un obbligo positivo di protezione gravante sui poteri pubblici. Alcuni ordinamenti europei hanno tradotto questi principî in norme interne vincolanti, rendendo il principio della presunzione di innocenza la fonte di una pretesa giuridicamente azionabile non soltanto nei confronti delle autorità pubbliche, ma anche dei poteri privati e segnatamente dei *mass media*.

true quotation of the statement of a third party and the public had a predominant interest in obtaining knowledge of the statement quoted» (§ 7b BUNDESGESETZ VOM 12. JUNI 1981 ÜBER DIE PRESSE UND ANDERE PUBLIZISTISCHE MEDIEN (MEDIENGESETZ – MEDIENG)).

¹⁸⁰ VfGH, 28-9-1995, G 249/94, cit., 592 ; per un commento v. P. SZCZEKALLA, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, cit., 780.

¹⁸¹ Cfr. ad es. OGH, 29-1-2004, 6Ob306/03y; , disponibile all'indirizzo http://www.ris2.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT_20040129_OGH0002_0060OB00306_03Y000_00_000/JJT_20040129_OGH0002_0060OB00306_03Y0000_000.pdf; OGH, 14-3-2000, 4Ob11/00x, disponibile all'indirizzo http://www.ris2.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT_20000314_OGH0002_0040OB00011_00X000_00_000/JJT_20000314_OGH0002_0040OB00011_00X0000_000.pdf. Per ulteriori riferimenti si vedano le rassegne di G. LITZKA – I. STREBINGER, *Mediengesetz. Kurzkommentar*, Wien, 2005, 64-71; U. BRANDSTETTER – H. SCHMID, *Kommentar zum Mediengesetz*, Wien, 1999, 95-104.



In questo modo una garanzia elaborata sul terreno propriamente processuale e finalizzata a prevenire gli abusi della potestà punitiva dello Stato ha gradualmente acquisito una valenza sostanziale ed è stata estesa ai rapporti con i *mass media*. L'intento, lodevole, è quello di assoggettare i processi condotti all'interno del foro dell'opinione pubblica ad un quadro articolato di vincoli e tutele.

Non resta che esprimere l'auspicio che anche il nostro ordinamento si allinei a queste posizioni, affinando gli strumenti di protezione della presunzione di innocenza anche nell'ambito dei rapporti interprivati e disincentivando in maniera più incisiva di quanto oggi non avvenga gli abusi della libertà di espressione. Si è tuttavia consapevoli che l'intervento giuridico attraverso norme e divieti di per sé non garantisce il raggiungimento dei risultati sperati ove ad esso non si accompagni un forte investimento in formazione e deontologia e correlativamente non si realizzi una crescita culturale di tutti gli operatori del settore, dalle autorità di polizia sino ai giornalisti.

7 - Processi *by media* e laicità del diritto: considerazioni conclusive

È stato molte volte rilevato come in un'epoca di crisi della sovranità statale, qual è quella attuale, i pericoli maggiori per i diritti delle persone non derivino più tanto dall'azione dei poteri pubblici, quanto, caso mai, dalla loro inazione e dalla crescente invasività dei poteri privati¹⁸². In particolare, la commercializzazione di aree sempre più vaste della vita sociale e la devoluzione al mercato di servizi un tempo assunti come costitutivi della sfera pubblica rende oggi più che mai necessario l'intervento riequilibratore del diritto ed impone l'adattamento di strumenti e categorie tradizionali ad un contesto socio-economico profondamente mutato¹⁸³. Il progressivo passaggio da un'accezione meramente difensiva dei diritti fondamentali, intesi come norme negative di competenza, ad una concezione dinamica o istituzionale, alla stregua della quale essi operano anche come precetti positivi di protezione, risponde tipicamente a tale esigenza¹⁸⁴. Ma lo

¹⁸² Cfr. ad es. D. GRIMM, *Autonomia e libertà - Riflessioni sulla tutela dei diritti fondamentali e la 'commercializzazione'*, in *Nomos*, 2001, 9 ss.; A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, 2006.

¹⁸³ D. GRIMM, *Autonomia e libertà - Riflessioni sulla tutela dei diritti fondamentali e la 'commercializzazione'*, cit., 12.

¹⁸⁴ Sulla distinzione tra le funzioni di *Eingriffsverbot* e di *Schutzgebot* dei diritti fondamentali ed il suo riflesso sul problema dell'applicazione dei principi costituzionali nell'ambito delle relazioni interprivate cfr., esemplificativamente, J. ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in J. ISENSEE - P. KIRKHHOF, a cura di,



stesso discorso contemporaneo della laicità non può ritenersi estraneo ad un siffatto processo di revisione critica dello strumentario conoscitivo ed operativo del giurista.

Al paradigma della laicità ci si è tradizionalmente affidati per regolare i rapporti tra l'ordinamento giuridico e le confessioni religiose¹⁸⁵. In particolare, tra le varie accezioni di laicità che storicamente si sono succedute nel tempo, la prima e più importante è quella che identifica tale termine con l'autonomia del diritto dalla sfera etico-religiosa¹⁸⁶. Ciò è coerente con un contesto sociale nel quale la religione era uno dei sub sistemi maggiormente in grado di contendere al diritto la posizione di regolatore generale dei conflitti. Ma è di tutta evidenza come nella fase attuale le sfide più serie all'autonomia dell'ordinamento giuridico non vengano soltanto dalla religione quanto da altri sub sistemi sociali con attitudine fortemente espansiva, quali in particolare l'economia e la scienza¹⁸⁷.

Il paradigma della laicità merita quindi di essere ripensato alla luce di queste premesse e riformulato come imperativo di protezione dell'autonomia del diritto rispetto a tutti quei fenomeni sociali i quali si spingono a minacciarne le possibilità di differenziazione. Esso si impone sempre più, anche in questa prospettiva, come pre-condizione della libertà e della democrazia¹⁸⁸.

La discussione in ambito bioetico ha più volte segnalato l'esigenza di mantenere le regole giuridiche immuni dai vizi del riduzionismo scientifico o tecnologico¹⁸⁹; la stessa esperienza contemporanea in tema di regolazione dei mercati finanziari ha fatto emergere in maniera evidente i rischi insiti nell'appiattimento della

Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, *Allgemeine Grundrechtslehren*, Heidelberg, 1992, 143 ss., 145-148; C.W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht - eine Zwischenbilanz -*, Berlin-New York, 1999, 37 ss.; P. UNRUH, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, 1996, 20 ss.

¹⁸⁵ In tema cfr. ad es. P. BELLINI, *Il diritto d'essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Torino, 2007; S. PRISCO, *La laicità e i suoi contesti storici. Modelli socio-culturali e realtà istituzionali a confronto*, in Id., *La laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2007, 1 ss.; G. ALPA, *Persona e principio di laicità*, in G. ALPA – G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2006, 257.

¹⁸⁶ A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0036_barbera.pdf, 1.

¹⁸⁷ Notevoli spunti di riflessione possono trarsi in proposito dalle opere di S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 9 ss., 35; A. SUPLOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, 2005, 179 ss.

¹⁸⁸ Cfr. S. RODOTÀ, *Perché laico*, cit., 41 ss., 60

¹⁸⁹ V. ad es. L. VIOLINI, *Bioetica e laicità*, Relazione presentata al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su "I problemi pratici della laicità", Napoli, 2007, 4 ss.



logica giuridica sul puro calcolo economico¹⁹⁰. Questo lavoro si proponeva di offrire un ulteriore contributo a tale riflessione, richiamando l'attenzione su un fenomeno meno studiato in questa prospettiva, ma non meno rilevante dal punto di vista delle nuove frontiere del principio di laicità: quello del rapporto tra il diritto e i *mass media*.

In particolare, l'attenzione è stata rivolta al problema della spettacolarizzazione della giustizia e dei processi mediatici, seguendo un itinerario di riflessione volto ad evidenziare i pericoli che la degenerazione della prassi della *tabloid justice* può presentare per il corretto funzionamento e la fiducia dei consociati nel sistema delle corti quale foro qualificato per la risoluzione delle controversie. Un numero crescente di analisi, italiane e straniere, propongono un quadro notevolmente allarmante, ravvisando un progressivo slittamento della giustizia dalla dimensione di potere legale-razionale alla dimensione di potere carismatico. Questo studio da un lato cerca di dare atto della serietà del problema, ma dall'altro evidenzia alcuni dati maggiormente incoraggianti.

Non si nega che le forti pressioni commerciali e concorrenziali che condizionano l'azione dei *mass media*, contribuendo al notevole scadimento qualitativo del servizio d'informazione, possano sortire effetti altamente distorsivi sia sul piano dei diritti fondamentali degli individui coinvolti in un procedimento giurisdizionale, sia sul piano della formazione dell'immagine sociale della giustizia. Così come non si dubita che il prodursi di uno iato profondo tra la giustizia reale e quella rappresentata rischi di essere deleterio per le dinamiche democratiche¹⁹¹. Tuttavia si è anche notato che contrariamente alle attese, tale fenomeno non si è tradotto in un arretramento della frontiera del diritto, quanto paradossalmente in un suo avanzamento e nell'adozione di soluzioni operazionalmente e culturalmente innovative.

Diversi ordinamenti hanno reagito alla tendenza alla spettacolarizzazione della giustizia rafforzando le regole volte a proteggere l'equità del processo e/o i diritti della personalità minacciati dal proliferare del *trial by media*. Non sempre le tecniche adottate si sono rivelate adeguate agli scopi, come dimostrano i risultati non esaltanti del modello rimediabile adottato negli USA o lo stesso ritardo accumulato sotto diversi profili dal diritto italiano.

¹⁹⁰ Per alcuni riferimenti v. G. ROSSI, *Il grande tonfo del capitalismo di mercato*, in *La Repubblica*, 26-9-2008, 1.

¹⁹¹ E ciò per le ragioni bene illustrate da G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, cit., 9 ss.



Tuttavia la consapevolezza del problema e l'impegno sempre crescente che ad esso sta dedicando la cultura giuridica permettono di guardare con fiducia al futuro, sicuri della perdurante validità del monito di Felix Frankfurter, il quale sottolineava che "senza una libera stampa non può esserci una società libera; tuttavia, la libertà di stampa non è un fine in sé, ma un mezzo per gli scopi di una società libera"¹⁹².

¹⁹² Pennekamp v. Florida, cit., 354-355.