

Tutela dei diritti fondamentali

# Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale

di GIORGIO PINO

Quando due diritti soggettivi in un caso concreto entrano in conflitto tra loro, occorre bilanciarli. Il bilanciamento tra diritti o principi confliggenti è una tecnica di argomentazione molto usata in sede giurisprudenziale, e che di recente è venuta prepotentemente alla ribalta del dibattito dogmatico e teorico-giuridico, soprattutto nell'area della libertà di espressione (nelle sue varie forme), destinata a collidere con la costellazione dei beni della personalità (onore, reputazione, riservatezza, identità personale). Nel presente intervento l'Autore offre alcune sommarie indicazioni, in primo luogo sulla struttura del bilanciamento in generale e, in secondo luogo, sul modo in cui la giurisprudenza opera il bilanciamento tra il diritto all'identità personale ed altri diritti, riconducibili alla libertà di manifestazione del pensiero.

## 1. Il problema del bilanciamento

Si suole ripetere che quando due diritti soggettivi in un caso concreto entrano in conflitto tra loro, occorre bilanciarli ovvero (per usare altre espressioni sinonime ricorrenti nel linguaggio dei giuristi) occorre ponderarli, contemperarli, coordinarli.

Il bilanciamento tra diritti o principi confliggenti è una tecnica di argomentazione (o di decisione) (1) molto usata in sede giurisprudenziale, e che di recente è venuta prepotentemente alla ribalta del dibattito dogmatico e teorico-giuridico (2). Non è esagerato osservare che nella problematica del bilanciamento tra diritti o principi si saldano i due filoni più vivaci del dibattito teorico-giuridico contemporaneo: quello sul ragionamento giuridico, e quello sui diritti fondamentali (3).

In linea teorica, un conflitto (e la conseguente necessità di operare un bilanciamento) è configurabile tra diritti di qualsiasi rango. Ad esempio, possono confliggere diritti che trovano la loro fonte nella legge, oppure in un regolamento, o anche in un contratto. Tuttavia, di fatto, conflitti di questo tipo sono piuttosto rari: dal momento che i diritti di rango legislativo (o regolamentare, o contrattuale) trovano la loro fonte in un atto normativo «di dettaglio», è alquanto probabile che l'autorità normati-

1980, cap. I), si potrebbe infatti distinguere tra bilanciamento-attività e bilanciamento-prodotto: il primo potrebbe essere riferito ad una attività (intellettuale, psicologica) di decisione di un conflitto tra principi, il secondo ad una tecnica di argomentazione esplicitata in un documento (tipicamente, una sentenza). Qui ci si riferirà a «bilanciamento» solo in questa seconda accezione.

La distinzione tra bilanciamento-attività e bilanciamento-prodotto è accennata, in maniera lievemente differente, in G. Parodi, *In tema di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale. In margine a Diritti e argomenti di Roberto Bin*, in *Diritto pubblico*, 1995, 203-223 (spec. 205, nt. 8).

(2) Cfr. ad es., R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, 1982, 93-97; L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, 65-103; R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986), Madrid, 2001, cap. III; Id., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars Interpretandi*, 2002, 7, 131-144; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 170 ss.; M. Atienza, *Giuridificare la bioetica. Una proposta metodologica*, in *Ragion pratica*, 1996, 6, 123-143 (spec. 132-136); R. Guastini, *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, 513 ss.; Id., *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Diritto pubblico*, 1998, 651-659; Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 228 ss.; J. J. Moreso, *Conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion pratica*, 2002, 18; B. Celano, *'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*, *ivi*; L. Prieto Sanchís, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, in *Derechos y libertades*, 8, 2000, 429-468 (spec. 442 ss.); Id., *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*, in *Ragion pratica*, 2002, 18; Id., *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2002/2, [www.dirittoquestionipubbliche.org](http://www.dirittoquestionipubbliche.org); G. Maniaci, *Note su coerenza e bilanciamento nella teoria di Robert Alexy*, *ivi*.

(3) La letteratura è ormai sterminata: per una agile ricognizione, si veda adesso C. Faralli, *La filosofia del diritto contemporanea. Temi e problemi*, Roma-Bari, 2002.

### Note:

(1) Mutuando la nota distinzione tra interpretazione-attività e interpretazione-prodotto (cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano,

va che ha formulato quella regolamentazione abbia già provveduto *ex ante* a disciplinare le modalità di esercizio del diritto, anche in rapporto ad eventuali posizioni giuridiche soggettive con esso in contrasto. E, in caso negativo, potranno comunque soccorrere *ex post* i criteri di risoluzione delle antinomie che il giurista trova da sempre nella propria cassetta degli attrezzi.

Diversamente è a dirsi per i diritti di rango costituzionale, o diritti fondamentali: per tali diritti, spesso non vi è un criterio prestabilito di coordinamento, e (come vedremo meglio tra breve) non è possibile mettere in opera i tradizionali criteri di soluzione delle antinomie. Il conflitto tra diritti fondamentali e il conseguente ricorso al bilanciamento sono in qualche misura inevitabili. Le ragioni di questa «ontologica confliggenza» (4) dei diritti fondamentali sono molteplici (non ultima l'ampiezza delle disposizioni costituzionali alle quali sono riconducibili i diritti fondamentali), e non è possibile indagarle a fondo in questa sede (5). In questo lavoro, pertanto, non ci chiederemo *perché* i diritti fondamentali entrano (non possono non entrare) in conflitto tra loro, ma *cosa accade* una volta che questo conflitto sia stato rilevato dall'interprete.

La giurisprudenza italiana, pur facendo ricorso piuttosto frequentemente alla tecnica argomentativa del bilanciamento, si è limitata di solito a farne una applicazione quasi irriflessa e «intuitiva»; ciò a differenza di quanto accade in altre culture giuridiche contemporanee, quali in particolare quella americana e quella tedesca, in cui sia le Corti (specialmente quelle superiori, e costituzionali in particolare) sia la (alta) dogmatica hanno compiuto uno sforzo di concettualizzazione e di affinamento di tale schema di ragionamento giuridico (6). Questa circostanza può rendere di qualche interesse l'accostamento, che si proporrà in queste pagine, di una descrizione pur molto generale del dibattito teorico ad una ricognizione delle soluzioni argomentative effettivamente praticate dai giudici in un certo settore.

In quasi tutte le esperienze giuridiche contemporanee, uno dei settori in cui il conflitto tra diritti fondamentali è più scoperto ed evidente, quasi il caso paradigmatico del conflitto e del bilanciamento tra diritti fondamentali, è rappresentato dall'area della libertà di espressione (nelle sue varie forme), destinata a collidere con la costellazione dei beni della personalità (onore, reputazione, riservatezza, identità personale). Il conflitto non è reso meno stridente dalla circostanza che, mentre la libertà di manifestazione gode solitamente di un fermo ed esplicito riferimento costituzionale (si pensi alle formulazioni perentorie dell'art. 21 della Costituzione italiana, o del Primo Emendamento alla Costituzione federale degli Stati Uniti), la rilevanza costituzionale dei beni della personalità è ricavata in maniera più indiretta, dalla «penombra» (7) di altri diritti esplicitamente riconosciuti a livello costituzionale, o da disposizioni che riconoscono (*rectius*: che vengono interpretate nel senso di riconoscere) la rilevanza

costituzionale dei diritti inviolabili anche non esplicitamente enumerati (8).

Il caso del diritto all'identità personale come esempio di diritto che può entrare in conflitto con la libertà di manifestazione del pensiero, si da rendere necessario il ricorso al bilanciamento, è ancora più peculiare e delicato: in questo caso, ad essere implicita è non solo la rilevanza costituzionale del diritto, ma anche l'esistenza del diritto stesso (9). Il diritto all'identità personale è infatti, notoriamente, un diritto di creazione giurisprudenziale, frutto di una sedimentazione ormai quasi trentennale (la prima pronuncia che riconosce l'esistenza del diritto all'identità personale risale al 1974) (10) e del tutto consolidata nella cultura giuridica italiana.

Uno sguardo veloce al percorso giurisprudenziale del diritto all'identità personale indica che, nella quasi totalità dei casi in cui si assume una violazione del diritto all'identità personale, la lesione proviene da servizi giornalistici, da attività di propaganda politica e commerciale, da ricostruzioni «creative» di fatti veri, ai quali si imputa una falsa rappresentazione della personalità individuale del soggetto leso. In altre parole, normalmente la fonte della lesione del diritto all'identità personale consiste in

#### Note:

(4) Così si esprimono A. Bevere, A. Cerri, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Milano, 1995.

(5) Rinvio quindi allo studio di B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino, 2002, 89-123.

(6) Per un primo orientamento sulla giurisprudenza nordamericana, cfr. L. B. Frantz, *The First Amendment in Balance*, in *Yale L. J.*, vol. 71, 1962, 792 ss.; M. Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, in *California L. Rev.*, vol. 56, 1968, 935-967; T. A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale L. J.*, vol. 96, 1987, 943-1007; A. Vespaziani, *Il bilanciamento dei diritti nella cultura giuridica statunitense*, in *Diritto pubblico*, 2001, 2, 457-515; su quella tedesca, B. Markesinis, S. Enchelmaier, *The Applicability of Human Rights as between Individuals under German Constitutional Law*, in B. Markesinis (ed. by), *Protecting Privacy*, Oxford U.P., Oxford, 1999, 191-243 (spec. 218-224); su entrambe si veda poi A. Cerri, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, 1994; nonché (con particolare riferimento al bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e altri diritti) A. Bevere, A. Cerri, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, cit., cap. I.

(7) Il riferimento alla «penombra» riprende una nota immagine suggerita dalla Corte Suprema federale degli Stati Uniti tra gli anni '60 e '70: la *Supreme Court* ebbe a sostenere, infatti, che il diritto alla *privacy*, pur non essendo espressamente menzionato dal *Bill of Rights*, si trovava nella penombra di numerose garanzie istituite da quest'ultimo, ed era quindi implicitamente presente in esso: cfr. *Griswold v. Connecticut* (1965); *Roe v. Wade* (1973).

(8) Non manca peraltro chi esclude che i diritti della personalità abbiano rilevanza costituzionale: cfr. P. Rescigno, *I diritti della personalità e la loro rilevanza costituzionale (a proposito di un recente libro)*, in *Dir. Inf.*, 1986, 333-341; Id., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIV, 1991; con riferimento specifico al diritto all'identità personale, cfr. *infra*, nt. 22.

(9) Non interessa qui ripercorrere in dettaglio l'evoluzione giurisprudenziale del diritto all'identità personale, ed il dibattito dottrinale che la ha accompagnata; in merito, mi permetto di rinviare a G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003 (in corso di stampa).

(10) Si tratta di Pret. Roma 7 maggio 1974, in *Foro it.*, 1974, I, 3227.

una attività che, in linea di massima, è oggetto di una libertà garantita dall'art. 21 della Costituzione.

A quali condizioni si può affermare che la tutela del diritto all'identità personale possa giustificare una limitazione dell'altrui libertà di manifestazione del pensiero? In giurisprudenza è ricorrente l'affermazione che la tutela dell'identità personale non può risolversi in una aprioristica soppressione della libertà di espressione: piuttosto, tra i due diritti in conflitto dovrà operarsi la delicata operazione del bilanciamento.

Nei prossimi due paragrafi offriremo alcune sommarie indicazioni, in primo luogo (§ 2.) sulla struttura del bilanciamento in generale, e in secondo luogo (§ 3.) sul modo in cui la giurisprudenza opera il bilanciamento tra il diritto all'identità personale ed altri diritti, riconducibili alla libertà di manifestazione del pensiero.

## 2. Cos'è il bilanciamento

L'ovvia premessa dell'intera problematica del bilanciamento è che si verifichi un conflitto tra diritti di pari rango, vale a dire tra diritti che sono posti da (o comunque sono riconducibili, per via di interpretazione, a) norme di pari dignità nell'ambito della gerarchia delle fonti di un ordinamento giuridico dato. Detto questo, tuttavia, è necessario formulare ancora qualche ulteriore precisazione. In primo luogo, diversi operatori giuridici (intendendo questa figura nel senso più ampio, ad includere anche, ad esempio, i privati che stipulano un contratto) possono operare un bilanciamento, o meglio diversi tipi di bilanciamento, e possono bilanciare «cose» diverse. In questa sede interessa solo il bilanciamento effettuato in sede giudiziaria, allorché una Corte debba decidere una controversia in cui un diritto di un soggetto è stato leso in occasione dell'esercizio di un diritto da parte di un altro soggetto.

In secondo luogo, all'interno della medesima organizzazione giuridica non tutte le Corti bilanciano i diritti allo stesso modo. Questa affermazione non deve essere intesa nel senso, del tutto banale, che *di fatto* giudici diversi decidono i conflitti tra diritti in maniera diversa. Piuttosto intendo dire che, facendo riferimento a modalità *tipiche* di argomentazione, strutturalmente collegate all'oggetto tipico delle controversie da decidere da parte di un certo organo giurisdizionale, è possibile e opportuno distinguere - ad esempio - tra il bilanciamento effettuato dalle Corti ordinarie ed il bilanciamento effettuato dalla Corte costituzionale (11). Infatti, mentre le prime giudicano su casi concreti, quest'ultima giudica su fattispecie generali ed astratte (ossia sulla conformità di una disposizione legislativa alla Costituzione). Per lo stesso motivo, d'altronde, un'analisi delle tecniche di bilanciamento adoperate dalle Corti ordinarie potrebbe in qualche misura (e con le debite cautele) giovare di alcune concettualizzazioni elaborate anche da parte della giurisprudenza costituzionale statunitense - che, diversamente dalla Corte costituzionale italiana, giudica a partire da casi concreti. Questa precisazione non sembra del tutto

inopportuna, in quanto sarebbe fuorviante esportare in modo automatico lo stile argomentativo e le operazioni interpretative elaborate dalla Corte costituzionale (e dalla dottrina costituzionalistica) in contesti decisori ed argomentativi differenti, quali quelli in cui operano le Corti di merito o la Corte di cassazione.

In terzo luogo, presupposto del bilanciamento in sede giudiziale è la mancanza di una regola preconstituita, e dotata quantomeno di pari valore rispetto ai diritti in conflitto sul piano della gerarchia delle fonti, che indichi un criterio di coordinazione o di preferenza tra i due diritti (12). Ad esempio, non occorrerà operare un bilanciamento o ponderazione giudiziale tra la libertà di iniziativa economica privata e la dignità umana, in quanto il bilanciamento è già stato effettuato in maniera esplicita a monte, all'interno del documento costituzionale (cfr. art. 41, comma 2, Cost.). Nell'assenza di una simile regola preconstituita di coordinamento, ciascuno dei due diritti ha un proprio ambito di applicazione che non è né del tutto coincidente rispetto a quello dell'altro (in tal caso si avrebbe una antinomia «totale-totale»), né del tutto ricompreso in quello dell'altro (in tal caso si avrebbe una antinomia «totale-parziale»); piuttosto, l'ambito di applicazione dell'uno è *in astratto* indipendente rispetto all'ambito di applicazione dell'altro, salva la possibilità che *in concreto* vi sia una parziale sovrapposizione: si dà pertanto una antinomia «parziale-parziale», o eventuale (13).

### Note:

(11) In argomento, cfr. lo studio di R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

(12) Riprendo qui, con alcune integrazioni e modifiche, la definizione di U. Natoli, *Conflitto di diritti*, in *Digesto Discipline Privatistiche - Sez. civile*, III, 1988, 447-451.

L'autore include nella definizione di conflitto di diritti la circostanza necessaria che i due diritti abbiano, almeno in parte, lo stesso oggetto; in tal modo, la conclusione obbligata è che può darsi conflitto in senso proprio soltanto tra diritti patrimoniali, e non mai tra diritti patrimoniali e diritti della personalità (salvo poi affermare che, anche ove si ammettesse tale ipotesi di conflitto, dovrebbe concludersi per la prevalenza dei diritti della personalità, i quali «hanno, per loro natura, la prevalenza su tutti gli altri», p. 450), né tra diritti della personalità, in quanto «avendo ad oggetto singoli aspetti della personalità dei rispettivi titolari, non possono mai avere come comune punto di riferimento uno stesso bene» (p. 449). Ma, probabilmente, questa impostazione fa eccessivo affidamento sulla possibilità di distinguere in maniera netta tra diritti della personalità e diritti patrimoniali. In proposito si potrebbe infatti osservare: a) che i diritti della personalità possono ben avere un profilo patrimoniale (talvolta preminente: si pensi al caso del *right of publicity*); b) che può darsi un conflitto tra diritti della personalità di persone diverse, come accade ad esempio in una controversia sul diritto al nome (che poi quest'ultimo conflitto sia stato risolto da norme legislative, è questione contingente che anzi conferma la circostanza che strutturalmente il conflitto tra diritti della personalità sia possibile).

(13) La nozione di antinomia (o incompatibilità) «parziale-parziale» si deve ad A. Ross, *Diritto e giustizia* (1958), Torino, 1965, 122-125 (cfr. anche C. S. Nino, *Introduzione all'analisi del diritto* (1980), Torino, 1996, 242-246), e potrebbe essere così definita: «due norme, N1 e N2, disciplinano classi di fattispecie che si sovrappongono solo parzialmente. Sicché vi sono fattispecie disciplinate solo da N1, fattispecie disciplinate solo da N2, e fattispecie disciplinate da entrambe le norme: il conflitto nasce soltanto in relazione a queste ultime» (cfr. R. Guastini, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, cit.).

Dunque, una volta accertato che i diritti in conflitto hanno pari dignità (ad esempio, perché entrambi dotati di garanzia costituzionale), il giudice si trova di fronte ad una particolare ipotesi di antinomia, che dovrà risolvere decidendo a quale dei due diritti in conflitto dare la prevalenza. A tal fine, tuttavia, non sarà possibile ricorrere né al criterio *lex superior derogat inferiori*, in quanto si tratta appunto di diritti equi-ordinati sul piano della gerarchia delle fonti, né al criterio *lex posterior derogat priori*, in quanto si tratta di diritti contenuti in un medesimo documento normativo e quindi coevi, né infine al criterio *lex specialis derogat generali*, in quanto tra le norme che fondano i due diritti in conflitto non si dà un rapporto di specialità, nessuna delle due norme è speciale rispetto all'altra (si tratta infatti di una antinomia parziale-parziale). L'apparente situazione di stallo dovrà essere risolta ponendo in essere per l'appunto una attività di bilanciamento, o ponderazione.

La metafora del bilanciamento sembra suggerire una attività decisionale non guidata da regole generali, astratte, e predeterminate ma dalla virtù della ragionevolezza, ossia, come afferma incisivamente Bruno Celano, «da una capacità, almeno in parte di carattere intuitivo, di individuare una linea di condotta che risponda in modo adeguato alle peculiarità del caso in esame. Nel caso del bilanciamento fra principi in conflitto, sembra si possa affermare, la deliberazione giudiziale assume direttamente, senza mediazioni, i tratti del giudizio morale [...]; il giudice si pronuncia per così dire direttamente, senza essere soggetto a gran parte dei vincoli che abitualmente (almeno, così si ritiene) orientano la sua decisione, su questioni di giustizia. La metafora del bilanciamento, insomma, suggerisce un'immagine quasi sapienziale della decisione giudiziale» (14).

Ovvio corollario di questa descrizione del bilanciamento sembrerebbe essere che i giudici, ogniqualvolta facciano applicazione di tale modello argomentativo, esercitino un certo (invero consistente) grado di discrezionalità, in quanto:

a) per un verso, attribuiscono nel caso concreto preferenza ad un diritto o principio rispetto ad un altro, il quale ultimo è però, come abbiamo più volte ripetuto, equi-ordinato al primo, e tutto ciò in base a scelte puramente valutative: ossia, facendo operare un giudizio di valore in qualche misura «esterno» rispetto al documento che contiene i due diritti in conflitto, l'interprete istituisce un ordine di preferenza che non è (esplicitamente) indicato dal documento interpretato;

b) per altro verso, nulla garantisce che in un caso futuro si arriverà alla medesima conclusione, al medesimo ordine di preferenza (appunto perché, in astratto, i due diritti sono equi-ordinati).

Per tale motivo, Riccardo Guastini ha sostenuto che il bilanciamento consiste nell'istituire tra i principi o diritti in conflitto una «gerarchia assiologica mobile» (15): la gerarchia prodotta all'esito del bilanciamento giudiziale tra i due diritti o principi in conflitto è «assiologica» in

quanto istituita tramite un giudizio di valore dell'interprete, «mobile» in quanto relativa al caso concreto e non necessariamente riprodotta in casi futuri. E pertanto «bilanciare» non vuol dire (nonostante quanto potrebbe suggerire il termine impiegato, o quello che dicono di fare i giudici) «ponderare» o «trovare un punto di equilibrio», ma piuttosto «sacrificare», «accantonare» un principio o un diritto a favore di un altro, seppure soltanto in relazione ad uno specifico caso concreto.

La tesi di Guastini sul bilanciamento ha senza dubbio il pregio di mettere in luce l'aspetto fortemente valutativo di questa tecnica argomentativa, squarciando il velo retorico di cui essa solitamente si ammanta nelle motivazioni delle sentenze. Tuttavia, è probabile che questa tesi riesca a cogliere solo una parte del fenomeno del bilanciamento, e ciò è vero sia che la si consideri come una tesi di teoria dell'argomentazione, sia che la si consideri una tesi descrittiva di ciò che le Corti (o alcune Corti) effettivamente fanno.

Dal punto di vista della teoria dell'argomentazione, infatti, il bilanciamento può essere ricostruito come un'attività che, pur contenendo dei margini valutativi, non si traduce necessariamente in sfrenato soggettivismo, ed è anzi controllabile razionalmente. Una ricostruzione razionale del bilanciamento è possibile, infatti, esplicitando l'insieme delle proprietà rilevanti in presenza delle quali uno dei due principi in conflitto prevale sull'altro (16). Inoltre, isolando un insieme di proprietà rilevanti (ovvero, disegnando una «topografia del conflitto») (17), esiste la possibilità di enucleare una regola che offra soluzioni riproducibili per tutti i casi analoghi di conflitto tra due principi che si ripresenteranno in futuro, quantomeno nei casi «centrali»; si produce in tal modo una regola di coordinazione tra i due diritti o principi in conflitto, che è suscettibile di universalizzazione (ossia, è idonea a regolare casi futuri dotati di caratteristiche rilevanti analoghe) (18) e di sussunzione (ossia, è applicabi-

Note:

(14) Così B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Milano, 2002, 101-142.

(15) Così R. Guastini, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, cit.; cfr. anche P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, 287.

(16) In tal senso cfr. ad esempio R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., 157; M. Atienza, *Giuridificare la bioetica*, cit.; J. J. Moreso, *Conflitti tra principi costituzionali*, cit.; L. Prieto Sanchis, *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, cit.; Id., *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*, cit.

Per una critica all'idea che sia possibile esplicitare tutte le proprietà rilevanti in tali casi di conflitto tra principi, con la conseguenza che il bilanciamento resta ostaggio del particolarismo, cfr. B. Celano, *'Defeasibility' e bilanciamento*, cit.

(17) Riprendo l'espressione da R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., 62-64, 70-71 e *passim*.

(18) Sul concetto di universalizzazione, cfr. N. MacCormick, *Universalisation and Induction in Law*, in C. Faralli, E. Pattaro (eds.), *Reason in Law*, vol. I, Milano, 1987, 91-105.

le in maniera deduttiva, e quindi «logicamente» controllabile), pur trattandosi comunque di una regola suscettibile di revisione in presenza di ulteriori proprietà rilevanti. L'individuazione della regola, quindi, ha l'effetto di rendere tendenzialmente meno «mobile» l'esito della ponderazione, trasformando (quantomeno all'apparenza) il giudizio di bilanciamento da un giudizio «sapienziale» in un ragionamento «procedurale» (19).

Mutuando la terminologia invalsa nella cultura giuridica statunitense, si può allora distinguere tra un bilanciamento «definitorio» o «categoriale» (*definitional balancing*), ed un bilanciamento «caso per caso» (*ad hoc balancing*). Nel primo caso il conflitto tra i diritti o principi viene risolto individuando una regola generale ed astratta, tendenzialmente applicabile anche ai futuri casi di conflitto; nel secondo caso il conflitto è risolto volta per volta, in base ad una considerazione degli interessi e delle circostanze specificamente prospettati dalle parti nel caso concreto, e prescindendo dall'applicazione (o quantomeno dalla enunciazione) di una regola stabile di soluzione del conflitto (20). Detto più chiaramente, anche una decisione *ad hoc* è formalizzabile in termini di (applicazione di una) regola generale, ma la differenza rispetto alla decisione «*definitional*» è che nel primo caso il giudice non *enuncia* la regola, ossia: non dichiara di seguire una regola (anche giurisprudenziale) preconstituita al giudizio, e non dice che il criterio per la decisione di quel caso specifico (quella regola) sarà applicabile a tutti i casi futuri con elementi simili. È ovvio che così è stata comunque applicata una regola, ma tale regola non viene riguardata come necessariamente vincolante per i casi futuri, e il giudice si riserva un ruolo quasi sapienziale ed equitativo (cosa che traspare da espressioni frequenti in giurisprudenza quali «occorre individuare l'equo contemperamento tra gli opposti interessi», «il conflitto deve essere risolto con una attenta valutazione degli interessi nel caso concreto», e simili). In casi di questo tipo, quindi, la decisione può comunque essere ricostruita in termini di applicazione di una regola (universalizzabile), però il giudicante non è disposto ad esplicitarla (e quindi universalizzarla).

A fronte di questa distinzione sembra che la qualificazione del bilanciamento, effettuata da Guastini, nei termini dell'istituzione di una gerarchia assiologica mobile si possa applicare certamente allo *ad hoc balancing*, ma non al *definitional balancing*: in questo secondo modello di bilanciamento, infatti, i criteri sono tendenzialmente stabili, pur essendo il frutto di una attività sostanzialmente creativa (anche se non per questo necessariamente arbitraria o irrazionale) svolta dagli interpreti.

Dal punto di vista di una descrizione dei modelli argomentativi praticati dalle Corti italiane, poi, appare sicuramente più adeguato il riferimento al bilanciamento definitorio, pur con l'avvertenza che si tratta dell'indicazione di una tendenza di massima, che tollera (corpose) eccezioni.

Le Corti, infatti, tendono ad individuare criteri che pos-

sano guidare preventivamente la soluzione di un conflitto tra diritti o principi, piuttosto che ricostruire tali criteri volta per volta sulla base degli interessi emergenti in ogni singola ipotesi concreta di conflitto tra due diritti. Questo è anche lo schema del ragionamento in base al quale le Corti italiane impostano da vari decenni il conflitto tra libertà di manifestazione del pensiero (diritto di cronaca in particolare) e diritti della persona (onore e reputazione in particolare), e all'interno di questo schema si pone il caso specifico del bilanciamento del diritto all'identità personale con la libertà di espressione.

### 3. Ipotesi e criteri di bilanciamento

Come premesso, affinché si possa procedere ad un bilanciamento occorre che le due posizioni giuridiche in conflitto abbiano pari rango nella gerarchia delle fonti; abbiamo inoltre osservato che la fonte tipica di violazione del diritto all'identità personale è solitamente una attività riconducibile alla libertà di manifestazione del pensiero. Ora, poiché la libertà di manifestazione del pensiero ha esplicita rilevanza costituzionale, solo una posizione giuridica soggettiva parimenti dotata di garanzia costituzionale potrà porsi quale limite all'esercizio di essa (21).

Che il diritto all'identità personale abbia rilevanza costituzionale, è una tesi per lo più unanime in giurisprudenza (22). In realtà, è però una tesi più presupposta che dimostrata: è usuale nelle motivazioni dei provvedimenti il riferimento all'art. 2 (e più raramente all'art. 3, comma 2) della Costituzione come fondamento normativo del nuovo diritto. Nella maggior parte dei casi si tratta però di un riferimento meramente apodittico, non sostenuto da alcuna adeguata argomentazione. Paradossalmente, la sentenza che sembra affrontare nella maniera più convincente e decisa il problema della riconducibilità del diritto all'identità personale alla categoria dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost., ossia Cass. n.

#### Note:

(19) Cfr. nuovamente B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, cit.

(20) M. Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time*, cit., *passim*; T. A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, cit., spec. 979-981; R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., 65-71.

(21) Si tratta peraltro di una tesi che trova una delle prime formulazioni in C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, e che viene poi costantemente ribadita dalla Corte costituzionale, quantomeno a partire dalla sentenza 16 marzo 1962, n. 19, in *Foro it.*, 1962, I, 595 ss.

(22) In dottrina si registrano alcune voci - minoritarie - che negano la rilevanza costituzionale del diritto all'identità personale: cfr. A. Pace, *Il c. d. diritto all'identità personale e gli artt. 2 e 21 della Costituzione*, in G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi (a cura di), *Il diritto all'identità personale*, Padova, 1981, 36-41; S. Fois, *Questioni sul fondamento costituzionale del diritto alla «identità personale»*, in G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi, G. Caiazza (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, cit., 155-172; F. Macioce, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, 1984. Per una sintesi di questo dibattito, cfr. G. Pino, *Il diritto all'identità personale*, cit. cap. IV.

3769/1985 (23), conclude poi per negare che il diritto stesso abbia rilevanza costituzionale (forse perché, banalmente, la Suprema Corte non considerava costituzionalmente garantita la posizione antagonista).

Il problema quindi si traduce nella determinazione dei confini entro i quali la libertà di manifestazione del pensiero è legittimamente esercitata (e pertanto gode di garanzia costituzionale) e, simmetricamente, dei limiti entro i quali può essere rivendicata la tutela della propria identità personale.

Una rilevazione della giurisprudenza civile in tema di diritto all'identità personale evidenzia peraltro che i criteri del bilanciamento sono destinati a variare (o ad essere variamente graduati) a seconda della specifica modalità di espressione che viene in considerazione come fatto lesivo dell'identità personale. A tale proposito si possono infatti distinguere almeno quattro principali situazioni-tipo di conflitto, alle quali si associano specifici criteri di bilanciamento:

- a) conflitto identità personale - diritto di cronaca;
- b) conflitto identità personale - diritto di critica;
- c) conflitto identità personale - diritto di satira;
- d) conflitto identità personale - diritto di (ri)elaborazione artistica (24).

### 3.1. Identità personale vs. diritto di cronaca

Il conflitto tra identità personale e diritto di cronaca si pone, banalmente, allorché un servizio giornalistico, esponendo determinati fatti, li travisi o manipoli in modo da determinare un'alterazione della personalità dei soggetti coinvolti negli eventi riportati. A tale proposito la giurisprudenza, sin dalle prime pronunce degli anni '80, si è costantemente richiamata al «principio di verità»: l'attività giornalistica è priva di garanzia costituzionale, e quindi idonea a cagionare un danno ingiusto, quando si risolve in una oggettiva alterazione della verità delle opinioni o dei fatti attribuiti ad una certa persona.

Il criterio di verità viene talvolta (raramente) «aggravato» fino a richiedere che la distorsione coinvolga la globalità e la essenzialità della personalità individuale (25). Dietro questo affinamento del criterio di verità si scorge un'opzione di politica del diritto volta evidentemente a limitare la sfera di tutela del diritto all'identità personale, diversamente a quanto accade ad esempio rispetto alla reputazione, che può essere tutelata anche a fronte di addebiti infamanti che non investano l'intera personalità del diffamato (ad esempio, la reputazione professionale). Più in generale, «giocando» sull'ampiezza delle inesattezze o falsità considerate tollerabili (perché marginali, perché non idonee a porre l'interessato in falsa luce), il giudice decide di volta in volta l'ampiezza della sfera di tutela del diritto all'identità personale. Di volta in volta, si badi bene: non vi è modo, infatti, di pre-determinare in anticipo che grado di inesattezza o falsità sarà considerato tollerabile (26).

Talune pronunce indicano anche una distinzione tra

«offerta» della notizia e «commento» della stessa, distinzione in base alla quale si è ritenuto di poter sottoporre a sindacato di veridicità soltanto l'esposizione dei fatti operata da parte del giornalista (o comunque da parte di chi intenda informare la collettività anche al di fuori di un contesto strettamente giornalistico), e non il commento (27).

Il principio di verità come criterio di bilanciamento tra diritto di cronaca e diritto all'identità personale implica che la tutela può riferirsi solo all'identità che risulta da opinioni e comportamenti effettivamente estrinsecati nella realtà sociale, e non dall'autostima che ciascuno ha di se stesso, ossia dalle idiosincrasie individuali; pertanto l'identità personale «deve essere verificata e definita con riscontri obiettivi, in relazione a posizioni accertabili ed emergenti dell'individuo nella società, con esclusione di tutela di idee e convinzioni o patrimoni culturali che rimangono nella sfera intima del soggetto, che il soggetto ritiene ma non ha manifestato» (28).

Il criterio di verità è considerato violato non solo nelle ipotesi di diretta attribuzione ad altri della paternità di un fatto oggettivamente non vero, ma anche, ad esempio, nel caso di «mezze verità», di accostamenti suggestionanti (29) e di omissione di elementi rilevanti nella rappresentazione della personalità altrui (ove, beninteso, tale omissione si risolva in un complessivo travisamento della personalità stessa), e anche nella rappresentazione di fatti in sé veri, ma decontestualizzati e «montati» in modo da indurre il destinatario dell'informazione ad attribuire loro un significato diverso da quello originario.

Il criterio di verità, come è noto, opera anche in altre tipologie di conflitto tra diritto di cronaca e diritti della personalità (ad esempio, nel conflitto reputazione - diritto di cronaca) e, insieme agli ulteriori criteri dell'interes-

#### Note:

(23) Cass., sez. I, 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, 2211 ss.

(24) Un'altra fonte di lesione del diritto all'identità personale può derivare da attività di pubblicità commerciale; in tali casi, tuttavia, non si dà un problema di bilanciamento giudiziale in senso proprio, in quanto il bilanciamento è già stato effettuato in seno all'art. 41, comma 2, Cost. (cfr. *supra*, § 2.); e infatti, nella appena citata sentenza della Cassazione sul «caso Veronesi» (v. nt. precedente) non vi è traccia di una argomentazione in termini di bilanciamento tra le posizioni in conflitto.

(25) Cfr. ad es. Trib. Roma 19 settembre 1984, in *Dir. Inf.*, 1985, 677-680.

(26) Anche in dottrina il criterio della verità gode di alterne fortune (in funzione, ovviamente, del grado di ampiezza che si intende riconoscere alla tutela dell'identità personale): così, M. Dogliotti, *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 2, t. I, Torino, 1992, (I ed. 1982), afferma che la tutela si dovrebbe estendere anche ai profili effimeri e transeunti dell'identità personale, mentre per A. Gambaro, *Ancora in tema di falsa luce agli occhi del pubblico*, in *Quadrimestre*, 1988, 301-358, sarebbero risarcibili solo le distorsioni particolarmente gravi.

(27) Pret. Roma 2 giugno 1980, in *Giust. civ.*, 1981, I, 218-225.

(28) Trib. Roma 27 marzo 1984, in *Foro it.*, 1984, I, 1687-1694.

(29) Trib. Roma 14 luglio 1989, in *Dir. Inf.*, 1989, 952-957.

se pubblico alla conoscenza della notizia (in relazione alla sua attualità e utilità sociale), e della «continenza formale» (in relazione alla esposizione civile della notizia), dà forma al c.d. «decalogo del buon giornalista» disegnato dalla Cassazione circa venti anni fa (30).

Recentemente, questi tre criteri sono stati ritenuti applicabili, dalla stessa Corte di cassazione, anche al conflitto identità personale - diritto di cronaca: «[...] un tale bilanciamento degli opposti valori costituzionali si risolve nel riconoscimento della libera esplicabilità del diritto di cronaca e nella sua prevalenza sul diritto all'identità personale ove ricorra la triplice condizione: a) della utilità sociale della notizia; b) della verità dei fatti divulgati; c) della forma civile della esposizione dei fatti e della loro valutazione, non eccedente rispetto allo scopo informativo ed improntata a serena obiettività, con esclusione di ogni preconcetto intento denigratorio (cfr. già Cass. n. 5259/1984)» (31).

Il ricorso pedissequo alla triade elaborata in materia di tutela della reputazione suscita però alcune perplessità. Occorre infatti osservare che nel contesto della tutela della reputazione i tre criteri operano «a cascata» (sebbene vengano di solito menzionati cumulativamente): infatti, l'interesse pubblico - ed eventualmente in ultima istanza la continenza formale - viene in gioco solo dopo che sia stata verificata la verità dei fatti riportati, mentre se ne viene accertata la falsità non è necessario procedere oltre: il bilanciamento si risolve a favore del diffamato.

Se è così, appare allora del tutto superfluo il richiamo all'interesse pubblico in questo contesto: considerata la definizione di identità personale consolidata in giurisprudenza, infatti, non è affatto chiaro quale rilievo possa avere, una volta che si sia accertato che la notizia era vera, un'ulteriore valutazione dell'interesse pubblico della notizia ai fini del bilanciamento.

Il criterio decisivo (ed anzi l'unico) è invece quello della verità: mentre la propalazione di un fatto «oggettivamente» vero può senz'altro ledere la reputazione personale ed eventualmente anche la riservatezza (l'esempio paradigmatico è quello della notizia che attribuisce a qualcuno la partecipazione a fatti criminosi), e pertanto è necessario contemperare questo criterio con l'interesse pubblico alla conoscenza della notizia e con la forma civile dell'esposizione, nel caso dell'identità personale la violazione deriva esclusivamente dall'attribuzione di opinioni o fatti falsi: una volta rilevata la verità delle opinioni o dei fatti attribuiti, non vi è alcun motivo di indagare sull'interesse pubblico alla conoscenza di quei fatti; in altre parole, non ha senso valutare la sussistenza dell'interesse pubblico alla conoscenza di quei fatti o opinioni, in quanto non si tratta di fatti o opinioni che l'interessato intendeva mantenere riservati, e la loro diffusione non determina pertanto alcuna lesione del bene identità personale.

### 3.2. Identità personale vs. diritto di critica

Più problematica appare la composizione del conflitto

identità personale - diritto di critica. In linea di principio la libertà di critica ha confini molto ampi (incontrando solo il limite della denigrazione ingiuriosa), e si afferma spesso che non esistono opinioni false: un giudizio di verità o falsità può essere applicato solo alle affermazioni di fatto e non ai giudizi critici.

Tuttavia, ad una valutazione più approfondita, tale posizione non sembra del tutto condivisibile. Infatti, è ben possibile che un giudizio di (dis)valore su una persona si fondi sull'attribuzione di fatti non veri (questa ipotesi trova delle applicazioni paradigmatiche nei conflitti-tipo sub d), nei quali come vedremo un'eventuale critica si esercita talvolta all'interno di opere di fantasia, attribuendo determinati fatti ad un personaggio parzialmente inventato). In giurisprudenza prevale pertanto la tendenza a ritenere legittime le manifestazioni del diritto di critica, a condizione però che la critica non sia surrettiziamente introdotta tra le righe di quella che è presentata come una esposizione neutrale dei fatti: ogniqualvolta vi sia sufficiente distinzione tra presentazione della notizia e commento della stessa (secondo il presumibile giudizio di un «lettore medio»), sarà possibile operare un sindacato giurisdizionale sulla prima, al fine eventualmente di ristabilire la verità dei fatti, ma mai sulla seconda (32).

Di conseguenza, la polemica politica, anche aspra (l'esempio non è casuale: come abbiamo visto, numerosissimi provvedimenti sul diritto all'identità personale sono stati emessi in prossimità di infuocate scadenze politiche ed elettorali), è pienamente lecita pur quando il giudizio politico sull'avversario sia espresso tramite reticenze e sottolineature parziali, purché non si risolva in una volontaria, palese ed oggettiva alterazione di fatti. Il giudice può quindi verificare se uno specifico fatto attribuito all'avversario politico sia vero o falso, nel caso in cui l'attribuzione di quel fatto sia la base per la formulazione di un giudizio, ma non può esprimersi sulla legittimità in sé di un giudizio valutativo più o meno generico riferito alla altrui linea politica.

In conclusione, quindi, il giudice potrà sanzionare i giudizi politici che siano lesivi di diritti delle persone su cui sono espressi, ma solo nella misura in cui tali giudizi siano basati su una volontaria alterazione e manipolazione dei fatti e quindi sulla attribuzione anche indiretta di fatti non veri (33).

#### Note:

(30) Cass., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Foro it.*, 1984, I, 2711-2721, con osservazioni di R. Pardolesi; per un recente affinamento dei criteri del «decalogo», con particolare riferimento alla «continenza formale», si veda Cass., sez. III, 13 febbraio 2002, n. 2066.

(31) Così Cass., sez. I, 7 febbraio 1996, n. 978, in *Foro it.*, 1996, I, 1253-1262.

(32) In tal senso, tra le tante, Pret. Roma 11 maggio 1981, in *Foro it.*, 1981, I, 1737 ss.

(33) Così Trib. Roma 15 settembre 1984, in *Foro it.*, 1984, I, 2592.

### 3.3. Identità personale vs. diritto di satira

Anche il diritto di satira è normalmente ritenuto assistito da garanzia costituzionale. La satira presenta una ambivalenza: per un verso è riconducibile alla generale libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), mentre per altri versi sembra partecipare di alcuni aspetti della libertà di creazione artistica (art. 33 Cost.).

Questa ambivalenza o ambiguità è rispecchiata in dottrina, ove sono rinvenibili orientamenti che sottolineano la libertà della satira, che tende spesso a sfociare nell'inverosimile e nell'iperbolico e che pertanto non sarebbe idonea ad essere percepita dal pubblico come fonte di informazione, mentre altri sottolineano invece che l'espressione satirica (specie in quanto satira politica e di costume) veicola un preciso messaggio assimilabile alla critica, e pertanto dotato di un'importante funzione sociale di controllo diffuso dell'opinione pubblica su chi ha il potere (34).

In giurisprudenza si ritiene in via generale che, nel bilanciamento tra diritto di satira e diritti della personalità, non siano applicabili i criteri del decalogo del giornalista, in particolare la verità dei fatti (la satira è per sua natura una deformazione grottesca della realtà) e la correttezza dell'esposizione (35); piuttosto, si dovranno verificare a) l'effettiva notorietà del personaggio oggetto di satira, e b) la coerenza causale tra lo spessore pubblico del personaggio e i fatti oggetto di elaborazione satirica; soccorrono poi ulteriori (alquanto variabili) indici di illiceità quali: l'alterazione del nome o dell'immagine, la realizzazione di surrettizi accostamenti sconci o ripugnanti, l'attribuzione di fatti offensivi determinante la raffigurazione ironica o tendenziosa di vicende personali, e così via (36).

Tuttavia, nel caso in cui la satira sia strettamente collegata ad una attività di informazione (si pensi al caso di una vignetta satirica accostata ad un articolo giornalistico, del quale riprende l'argomento e i toni), secondo la giurisprudenza essa viene «attratta» nel sistema dei limiti del diritto di cronaca e critica: il vignettista che fa da «cassa di risonanza» di un articolo giornalistico cade a sua volta nella rete del decalogo del buon giornalista (37).

Detto questo in linea generale, si può notare che le caratteristiche stesse della satira rendono più probabile un conflitto con la reputazione e/o la riservatezza delle persone prese di mira, piuttosto che con il diritto all'identità personale. La satira è per sua natura deformazione grottesca della realtà, anche se ha come punto di partenza inevitabilmente fatti veri (o presunti tali), mentre l'identità personale è lesa dall'attribuzione di fatti non veri; ipotizzando un eventuale bilanciamento definitorio basato sul criterio scriminante della verità, si finirebbe per sopprimere qualunque forma di satira, e la possibilità stessa della satira: il punto di equilibrio tra i due diritti contrapposti sarebbe infatti collocato nel cuore stesso di uno dei due diritti in competizione.

Forse uno spazio residuo per il bilanciamento con il di-

ritto all'identità personale rimane nella delicata ipotesi della satira strettamente associata a forme di informazione, ipotesi che in astratto è prospettabile, ma ha poche possibilità di verificarsi stante la tendenza della satira a mettere l'accento su elementi negativi e peggiorativi. In tal caso potrebbe ipotizzarsi un ricorso al criterio di verità, ad esempio nel caso in cui i fatti stessi non solo sono stati deformati dalla satira, ma altresì sono radicalmente falsi; ma lo stesso accertamento della correlazione tra il pezzo giornalistico e la vignetta satirica sembra avvicinarsi pericolosamente ad un bilanciamento *ad hoc*, rimesso al vaticinio caso per caso del giudice.

### 3.4. Identità personale vs. diritto di (ri)elaborazione artistica

Qualche parola in più, infine, può forse essere spesa a proposito del conflitto tra identità personale e libertà di creazione artistica, conflitto che, sebbene giunga molto frequentemente all'attenzione delle Corti, appare meno discusso rispetto alle altre tipologie di conflitto in sede di riflessione dogmatica. Peraltro in questa categoria rientrano ipotesi diverse, nelle quali la situazione lesa si atteggi in maniera differente, e diversi sono i criteri di bilanciamento (38). Occorre quindi distinguere in primo luogo l'ipotesi della lesione derivante da un'opera dichiaratamente ed interamente di fantasia, da quella causata da un'opera che abbia un taglio - per così dire - documentaristico, ovvero realistico o di denuncia (film-verità, *instant movies*, sceneggiati televisivi tratti da eventi di cronaca). Con alcune precisazioni, inoltre, la medesima distinzione può essere applicata anche al campo delle opere di narrativa (39).

Ebbene, nella prima serie di casi, la giurisprudenza ritiene che la libertà creativa dell'artista sia assolutamente sovrana, con la conseguenza che difficilmente potrà essere accordata tutela giuridica a chi abbia a lamentare una qualche lesione alla sfera della propria personalità

#### Note:

(34) Per una rassegna di dottrina e giurisprudenza sul punto, v. M. Lo Fiego, *Identità personale e diritto di satira*, in *Studium Iuris*, 1998, 7-8, 806-817.

(35) Sull'inapplicabilità del criterio di verità alla satira, cfr. Pret. Roma 4 marzo 1989, in *Dir. Inf.*, 1989, 528 ss.; Trib. Roma 5 giugno 1991, *ivi*, 1992, 68 ss.; Trib. Roma 13 febbraio 1992, *ivi*, 1992, 844 ss.; App. Firenze 18 ottobre 1993, in *Foro it.*, 1994, II, 356.

(36) Per un'ampia ricognizione della giurisprudenza in materia di diritto di satira, cfr. P. G. Monateri, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, 459-468; M. C. Traverso, *Le cause di giustificazione nella disciplina dei fatti illeciti*, Padova, 2001, 525-552.

(37) Cfr. Trib. Milano 26 maggio 1994, in *Dir. Inf.*, 1995, 615 ss.; Cass., sez. III, 29 maggio 1996, n. 4993, in questa *Rivista*, 1996, 5, 585-587.

(38) La libertà di creazione artistica trova fondamento costituzionale non solo, in via generale, nella libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., ma anche in maniera specifica al successivo art. 33, comma 1 («L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento»).

(39) Per una panoramica più completa sugli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in materia, mi permetto di rinviare a G. Pino, *Diritti della personalità e libertà di creazione artistica: il difficile bilanciamento*, in questa *Rivista*, 2000, 301-305.



(identità personale, ma in ipotesi anche onore, reputazione, riservatezza, immagine) da parte dell'opera stessa; si afferma infatti che «pretendere il rispetto della verità storica in un'opera dichiaratamente di fantasia è una palese contraddizione in termini» (40).

La seconda serie di ipotesi si colloca al polo opposto rispetto a quella precedente, e riguarda il caso dei c.d. film-verità ovvero, con terminologia mutuata dall'esperienza statunitense, della *fictionalization*. Si tratta di ricostruzioni, in genere destinate al circuito televisivo, di fatti di cronaca più o meno recenti ed eclatanti: episodi, spesso di cronaca nera, che hanno colpito l'attenzione dell'opinione pubblica vengono drammatizzati e talora infarciti di dettagli puramente inventati dagli sceneggiatori per esigenze di drammatizzazione e coerenza narrativa. Frequente è in questi casi il ricorso alla «maschera scenica», ossia alla rappresentazione quanto più fedele possibile della persona vissuta o vivente, da parte di un attore interprete: il processo di immedesimazione tra attore e persona reale sarà attuato attribuendo direttamente al personaggio dell'opera il nome e l'identità della persona vera e/o utilizzando un attore particolarmente somigliante al soggetto da riprodurre (41).

Tale genere di creazione artistica può evidentemente tradursi in alterazioni della «verità» (ossia dell'identità) personale delle persone reali coinvolte nella narrazione, nonché, a seconda dei casi, in violazioni del loro diritto all'immagine, alla riservatezza, o all'onore (42). L'effetto sortito, infatti, è in genere quello di una commistione più o meno equilibrata di verità e verosimiglianza, tanto che talvolta in giurisprudenza si discute dell'assimilabilità di tale forma artistica alla cronaca, mentre talaltra si rinvengono nelle sentenze espressioni quali «critica per immagini», o analoghe.

A tale proposito occorrerà tuttavia osservare, per amore di argomento, che le potenzialità lesive di tale forma di rappresentazione sono in realtà ben superiori a quelle della cronaca propriamente intesa: è evidente infatti che il racconto per immagini ha effetti evocativi e suggestivi di gran lunga maggiori rispetto alla parola scritta (o anche rispetto alla esposizione orale di una notizia da parte di un giornalista televisivo); l'immagine si propone con una sorta di presunzione di verità, che rende difficile per lo spettatore distinguere tra la «cronaca» e la «critica» esercitate tramite la ricostruzione cinematografica o televisiva. Si potrebbe in definitiva ipotizzare che l'effetto determinato da simili commistioni di verità e verosimiglianza sia simile a quello di una caricatura, idoneo però ad amplificarsi in misura esponenziale in funzione del *medium* cui è affidato il messaggio, provocando così una sovrapposizione nella percezione del pubblico tra l'identità «reale» dell'individuo e quella forgiata dai media (43).

In merito a questa seconda serie di casi, si va consolidando in giurisprudenza (specie quella più recente) un orientamento tendenzialmente rigoristico, che sembra ridurre l'ambito di lecita operatività della *fictionalization*. La premessa è l'acquisita consapevolezza che, in un film

con intento documentaristico, allo spettatore viene sollecitata una predisposizione che non è la stessa di un film di puro intrattenimento; infatti, lo spettatore «viene, giocoforza, condotto a stabilire confronti tra il reale e il rappresentato e, in particolare, a riempire con l'immaginazione lo spazio vuoto lasciato dagli autori del film» (44), ogniquale volta la vicenda reale venga condita di riferimenti allusivi che lo inducano a pervenire alla tesi sposata dagli autori.

Sulla base di simili considerazioni, la giurisprudenza tende quindi ad effettuare il bilanciamento tra diritto all'identità personale e libertà di creazione artistica utilizzando cumulativamente il «principio di verità», e la presenza o meno di un effetto denigratorio nella ricostruzione romanzata. In tal senso, è affermazione costante che «sebbene all'opera cinematografica, costituente il frutto dell'attività creativa e artistica di chi la realizza, debba essere riconosciuta la possibilità di ampia rielaborazione e valutazione di vicende che abbiano avuto risalto nell'opinione pubblica, [purtuttavia tale attività diventa illecita ove] a tale impostazione critica si aggiunga la rappresentazione di fatti non veri-  
tieri oggettivamente idonei a porre il soggetto in una luce ambigua se non ripugnante» (45).

In altre parole, secondo la giurisprudenza la rappresentazione artistica può anche farsi portatrice di un aperto messaggio politico, o di riflessione sociale, ma ciò non può risolversi in una manipolazione delle vicende di persone reali mediante l'attribuzione di fatti non rispondenti al vero. Occorre inoltre precisare che la giurisprudenza sembra considerare il «principio di verità» tanto più stringente quanto più i fatti narrati sono vicini nel tempo o addirittura di attualità, mentre nelle rievocazioni cinematografiche di eventi passati o storici viene talvolta ritenuta sufficiente la semplice verosimiglianza, o la prova del diligente controllo delle fonti.

A tutto ciò si deve anche aggiungere l'ulteriore criterio dell'interesse pubblico; quest'ultimo, ritenuto implicitamente soddisfatto quando la rielaborazione artistica ri-

#### Note:

(40) Così ad esempio Pret. Roma 7 febbraio 1992, in *Dir. Inf.*, 1992, 887-895; cfr. anche Pret. Roma 18 dicembre 1987, in *Foro it.*, I, 1989, 569 ss.

(41) Per la definizione di maschera scenica si vedano A. De Cupis, *I diritti della personalità*, Milano, 1982, 292-293; A. De Vita, Art. 10, in A. Pizzorusso, R. Romboli, U. Breccia, A. De Vita, *Personae fisiche. Art. 1-10. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 505-675 (spec. 532-534).

(42) Emblematico in tal senso il già citato «caso Re Cecconi» (v. *supra*, nt. 33); cfr. anche le ordinanze emesse da Trib. Roma in data 20, 21 e 27 novembre 1996, tutte in *Dir. aut.*, 1997, 372-381.

(43) La «passività» dello spettatore televisivo è approfonditamente trattata dagli studi di sociologia della comunicazione; in questa sede sarà sufficiente richiamare G. Sartori, *Homo videns. Televisione e post-pensiero*, Roma-Bari, 1997.

(44) Così si esprime Trib. Roma 22 giugno 1998, in *Dir. Inf.*, 1999, 622 ss.

(45) Così Trib. Roma 2 febbraio 1994, in *Foro it.*, 1994, I, 1936 ss.; Trib. Roma 26 marzo 2002, in *Dir. Inf.*, 2002, 4/5, 818; Trib. Roma 10 maggio 2002, *ivi*, 821 ss.

guarda fatti relativamente recenti che abbiano avuto risonanza nell'opinione pubblica, assume rilievo determinante nei casi in cui la vicenda romanzata non sia né recente né tanto lontana nel tempo da apparire ormai consegnata alla storia: il caso paradigmatico è rappresentato dalla rievocazione di fatti veri risalenti a pochi decenni prima, i cui protagonisti si sono ormai sottratti ai clamori delle cronache, hanno cambiato vita e hanno conquistato una nuova immagine sociale. In tali casi la posizione giuridica che viene in considerazione è il c.d. «diritto all'oblio», ulteriore creazione giurisprudenziale che rappresenta una sorta di ibrido del diritto alla riservatezza e del diritto all'identità personale (46). Il criterio dell'interesse pubblico opererà allora anche in senso cronologico, dovrà cioè dimostrarsi la sussistenza di un rinnovato interesse pubblico alla riproposizione al pubblico di quelle vicende.

Infine, una ipotesi intermedia tra quelle sinora considerate si verifica allorché l'opera si presenta nel suo complesso come frutto della fantasia degli autori, salvo che vengono utilizzati, in misura più o meno marginale, personaggi direttamente ispirati a persone in carne e ossa. Anche qui il bilanciamento effettuato dalla giurisprudenza ruota attorno ai tre criteri visti sopra, con pochi adattamenti: il principio di verità, ad esempio, è inteso elasticamente - nel senso che quanto più l'opera è contaminata da spunti tratti dalla vita reale, tanto minore è lo spazio di libera rielaborazione dei fatti stessi. Inoltre, il bilanciamento è necessariamente preceduto dalla valutazione della effettiva identificabilità della persona reale: il giudice andrà alla ricerca, caso per caso, di «indici di riconoscibilità», in base ai quali decidere se il personaggio di fantasia possa essere identificato con la persona reale fonte di ispirazione (47).

#### 4. In conclusione

In definitiva, è sicuramente rilevabile in giurisprudenza lo sforzo di trasformare in senso procedurale il giudizio di bilanciamento o ponderazione tra il diritto all'identità personale e la libertà di espressione (nelle sue varie forme): da un apprezzamento caso per caso, esso tende a tradursi nell'applicazione di criteri stabili e generali, che possano assicurare un qualche grado di prevedibilità alle decisioni giudiziarie.

Restano, tuttavia, alcuni problemi aperti.

In primo luogo, la giurisprudenza sembra talvolta considerare i tre criteri sopra individuati (verità dei fatti narrati, interesse pubblico alla diffusione dei fatti stessi, forma civile dell'esposizione) quasi come una panacea, come dei rimedi idonei a risolvere qualsiasi ipotesi di conflitto tra libertà di manifestazione del pensiero e identità personale e, peggio ancora, qualsiasi ipotesi di conflitto tra la libertà di manifestazione del pensiero e un bene della personalità purchessia (48). Di contro, è evidente che l'applicazione meccanica di tali criteri (provenienti, è bene ricordarlo, dalla giurisprudenza in tema di tutela della reputazione) ad ipotesi diverse sia un errore grosso-

lano, come dimostra il fatto che, per limitarci ad un solo esempio, è proprio la diffusione di fatti veri a provocare una lesione della riservatezza, in maniera esattamente simmetrica rispetto a quanto avviene a proposito del diritto all'identità personale.

In secondo luogo, è ovvio che il ricorso a tali criteri può forse in certa misura ridurre, ma di sicuro non può eliminare la discrezionalità del giudice che si trova alle prese col giudizio di bilanciamento. Basti pensare al criterio dell'interesse pubblico o dell'utilità sociale, la cui utilità, come abbiamo visto, è peraltro assai dubbia in tema di identità personale: definita (quasi tautologicamente) in termini di sussistenza di oggettive ragioni culturali, morali, ideali o politiche alla conoscenza dei fatti narrati, tale nozione ha sovente dato luogo ad esiti applicativi fortemente controversi e contraddittori, ad esempio in materia di diritto all'immagine (49).

In definitiva, la discrezionalità valutativa dell'interprete, apparentemente bandita grazie al ricorso a criteri precostituiti di bilanciamento (e quindi al bilanciamento definitorio), torna prepotentemente alla ribalta a causa dell'elasticità e dell'indeterminatezza dei criteri stessi, che rimettono al giudice-interprete il compito di valutare, pressoché caso per caso, cosa rivesta interesse pubblico e cosa no, oppure se una certa modalità espressiva abbia una «forma civile» o meno. In definitiva, dunque, lo sforzo giurisprudenziale di costruire un bilanciamento definitorio finisce con il risultare, in questo caso, inutile, dando luogo (forse involontariamente) ad un bilanciamento *ad hoc* sotto mentite spoglie. Ovviamente, tali spazi di discrezionalità (o, se si vuole, di elasticità) sono inevitabili e, forse, necessari al funzionamento stesso dell'ordinamento giuridico, ma ciò non può esimere il giudicante dal giustificare adeguatamente le scelte valutative di fatto operate in tali casi, mentre la pratica motivatoria e argomentativa delle nostre Corti si risolve spesso in argomentazioni sbrigativamente apodittiche e tautologiche (50).

#### Note:

(46) Sul diritto all'oblio si veda, da ultimo, Cass., sez. III, 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, I, 1834-1840, con nota di P. Laghezza, *Il diritto all'oblio esiste (e si vede)*.

(47) Si vedano, tra le pronunce più recenti, Pret. Roma 6 febbraio 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 3020 ss. (il «caso Maiorca»); Trib. Roma 21 maggio 1999, in questa *Rivista*, 2000, 299-301.

(48) Si veda da ultimo Cass., sez. III, 8 giugno 1998, n. 5658, in *Foro it.*, 1998, I, 2387-2394, che utilizza i tre criteri del «decalogo» al fine di bilanciare diritto di cronaca e diritto alla riservatezza.

(49) Sul punto, si vedano le puntuali osservazioni di R. Moccia, in nota ad App. Roma 8 settembre 1986, in *Foro it.*, 1987, I, 919 ss.; nonché A. Pace, *Il diritto sulla propria immagine nella società dei mass media*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 445 ss. (spec. 461).

(50) Sul punto, M. Taruffo, *La motivazione delle decisioni fondate su standards* (1988), in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Torino, 1989, 311-344 (spec. 311-344); P. Comanducci, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto* (1997), in Id., *Assaggi di metaetica due*, Torino, 1998, 81-95.