

MARIATERESA MAGGIOLINO,
ELEONORA MONTANI, GIOVANNI TUZET

Il conflitto dei valori. L'argomentazione giuridica e il «caso Corona»

*L'uomo per sua natura è ribelle e vorrebbe
nello stesso tempo mangiare la minestra e conservarla.*

Mario Calderoni

ABSTRACT

Values in legal argumentation are plural and conflicting. As an example, we analyze an Italian extortion case in which economic values point in one direction and the goods protected by criminal law require the opposite. How to solve such conflicts is a difficult question, but we suggest that a proper emphasis should be placed on argumentation on the values at stake.

KEYWORDS

Argumentation – Blackmail – Economic Efficiency – Extortion – Values.

1. INTRODUZIONE

Che ci sia uno stretto rapporto fra valori e argomentazione giuridica è oltre ogni ragionevole dubbio. Per un verso, l'argomentazione stessa è un valore¹. Se pensiamo all'obbligo di motivare i provvedimenti giurisdizionali (come previsto dall'art. 111 c. 6 della nostra Costituzione) appare chiaro che l'argomentazione sviluppata ed espressa dai giudici è un valore in quanto consente di controllare il percorso logico delle decisioni, la loro tenuta concettuale e la bontà delle loro ragioni, sia in punto di fatto che di diritto². Gli argomenti probatori che supportano una determinata ricostruzione dei fatti sono controllabili e criticabili alla luce della motivazione depositata, così come gli argomenti interpretativi che supportano una determinata lettura delle disposizioni rilevanti e dunque la scelta di una determinata norma da applicare al fatto. Ma

1. Sulla sua importanza per la teoria del diritto cfr. M. Atienza (2006), trad. it. 2012.

2. Per tutti, cfr. P. Calamandrei, 1965, 664-77 e M. Taruffo, 1975, cap. 5.

non solo l'argomentazione giudiziale espressa in motivazione è importante: lo è pure l'argomentazione delle parti nella misura in cui, per realizzare il principio del contraddittorio (come previsto dal c. 2 dello stesso art. 111 Cost., o dall'art. 6 CEDU), deve essere consentito alle parti di addurre le ragioni che supportano le rispettive pretese. Alle parti deve essere consentito, cioè, di argomentare intorno ai fatti e alle norme rilevanti, difendendo le proprie pretese o attaccando quelle altrui. In questa duplice prospettiva (attività dei giudici e delle parti) l'argomentazione è pertanto un valore: ciò che conta non è solo quanto viene deciso o preteso ma anche il fatto che lo si argomenti e con quali ragioni. Se così possiamo parlare dell'*argomentazione come valore*, per altro verso occorre parlare dei *valori nell'argomentazione*.

Nell'argomentazione giuridica entrano sicuramente in gioco molteplici valori. Si pensi al contenuto degli argomenti prodotti dai giudici o dalle parti in una controversia: oltre a considerazioni sulle norme e i fatti rilevanti, tali argomenti contengono quasi sempre dei richiami a valori tutelati dal diritto. Può trattarsi di valori eminentemente giuridici, come la certezza del diritto e la legalità, o di valori come l'eguaglianza che hanno natura tanto giuridica quanto morale, o ancora di valori economici come la speditezza delle procedure e l'efficienza di una decisione.

Spesso il linguaggio argomentativo fa riferimento a «principi» ed è presente in letteratura una discussione sul rapporto fra principi e valori³. Non è questa la sede per entrare in tale dibattito e assumeremo che, di norma, un principio giuridico esprima e tuteli uno o più valori.

Un'altra questione che non tratteremo è quale sia lo statuto ontologico dei valori. Si tratta di un problema filosofico complesso che richiederebbe approfondimenti che non è possibile fare qui. Assumeremo che non esistano i valori in quanto tali (entità astratte come l'efficienza o l'eguaglianza) ma che esistano valutazioni e «cose valutate»⁴, ovvero – in gergo filosofico – stati di cose valutati positivamente o negativamente (ad es. decisioni efficienti o inefficienti, allocazioni eguali o diseguali, ecc.). In questo senso, le valutazioni sono attività squisitamente soggettive e che pure vertono su entità reali, oggettivamente esistenti o almeno possibili⁵. Nel lessico giuridico ed economico si parla anche di «beni» e riteniamo che i beni non siano altro che cose valutate positivamente. Pertanto, senza bandire una venerabile parola, quando parleremo di «valori» lo faremo per riferirci a «cose valutate positivamente».

3. Cfr. R. Alexy (1994), trad. it. 2012, 162 ss.; M. Barberis, 2005a, 142; A. Vignudelli, 2013, 85-94.

4. È la tesi di von Wright accolta in G. Tuzet, 2012, 12-3.

5. La soggettività delle valutazioni non toglie che possano esistere criteri più o meno condivisi con cui effettuarle e con cui determinarne la correttezza o la scorrettezza (rispetto a tali criteri).

Ora, come già anticipato, nell'argomentazione giuridica entrano molteplici valori e si esprimono molteplici valutazioni. Cercheremo di illustrarlo con l'analisi di un caso che è assurdo agli onori delle cronache, il «caso Corona». Il suo interesse – oltre a certi aspetti pittoreschi della vicenda – sta nel fatto che se ne può sviluppare un'analisi complessa da cui emergono i diversi valori in gioco e per certi aspetti il loro conflitto. Il caso sarà quindi oggetto di una prima riflessione penalistica che muove dal dato normativo nazionale evidenziando il dibattito intorno al bene giuridico tutelato (onore, reputazione, immagine). Di seguito, il caso sarà sottoposto al vaglio dell'analisi economica, per come coniata in relazione all'ordinamento nordamericano, la quale elegge l'efficienza (da intendersi come benessere sociale nel breve periodo) a unico bene degno di tutela.

Il problema teorico così sollevato concerne i *rapporti fra tali valori*. A questo proposito si devono distinguere tre questioni, ben delineate da Mauro Barberis: 1) se i valori (ultimi) siano uno o molti; 2) qualora siano molti, se siano in armonia o in conflitto; 3) qualora siano in conflitto, se i conflitti si possano risolvere in generale o solo caso per caso (tema delle gerarchie assiologiche)⁶. Parlare di una pluralità di valori in conflitto nel caso Corona, come in altri casi, lascia pensare che si sia già risposto alla seconda domanda (e pertanto anche alla prima) dicendo che i valori (ultimi) sono molti e in conflitto. Ma ci si potrebbe chiedere, più sottilmente, se la loro molteplicità e conflittualità non siano che apparenti. Se cioè esista un modo di ricondurre i molteplici valori e i loro apparenti conflitti a un unico parametro o se invece la loro molteplicità sia irriducibile e i conflitti siano in qualche misura inevitabili.

L'analisi economica del diritto, ad esempio, è stata a volte presentata come un programma di ricerca con la pretesa di rendere conto di ciascun fenomeno giuridico in termini di valori economici (in primo luogo in termini di efficienza, in una delle sue accezioni)⁷. Se allora l'analisi economica ha la capacità di spiegare (o addirittura giustificare) *tutti* i fenomeni giuridici in termini di valori economici, gli eventuali conflitti fra valori non sono che apparenti: gli unici valori realmente in campo sono economici e a questi possono essere ricondotti gli altri. Ovviamente la possibilità di conflitti sussisterebbe comunque se più valori economici fossero in conflitto, ma questo è solitamente escluso dall'analisi economica allorché, in un processo di *reductio ad unum*, essa riconduce a un valore ultimo come l'efficienza gli altri eventuali valori economici come, ad esempio, l'assenza di asimmetrie informative e la concorrenza. La posizione che ne segue è un *monismo dei valori* che qualifica come apparenti i conflitti valoriali: nei casi in cui sembrerebbe di assistere a un

6. M. Barberis, 2005b, 2-5. È importante specificare che deve trattarsi di valori *ultimi*, poiché la pluralità dei valori derivati sembra essere pacificamente ammissibile.

7. Cfr. R. Posner, 1973; D. Friedman (2000), trad. it. 2004.

conflitto fra valori economici e valori di altro tipo si assisterebbe in realtà a un confronto fra opzioni efficienti e opzioni inefficienti, da risolvere in favore delle prime.

Se invece l'analisi economica ha una pretesa più limitata, ovvero quella di rendere conto di *certe parti* del diritto o di *certi aspetti* dei fenomeni giuridici, allora rimane la possibilità che vi siano dei genuini conflitti valoriali, nella misura in cui certe parti del diritto o certi suoi aspetti si collegano a valori economici mentre altre sue parti o altri suoi aspetti sono connessi a valori diversi, e gli uni sono irriducibili agli altri. La posizione che ne segue è un *pluralismo dei valori* che è chiamato a fare i conti con i loro possibili conflitti e l'impossibilità di evitare il loro sorgere, pur potendoli affrontare e risolvere per via autoritativa e ancor prima, appunto, in via argomentativa.

Si noti che lo stesso problema teorico si pone qualora, anziché fare riferimento all'analisi economica del diritto, si consideri una dottrina morale che abbia la pretesa di rendere conto di tutto il diritto (monismo etico) o di certe sue parti o aspetti (pluralismo etico)⁸.

Le conclusioni cui perverremo sono che il caso Corona presenta un genuino conflitto di valori e di argomenti. È importante infatti prestare attenzione non solo al momento decisionale, che ne rappresenta l'esito, ma anche ai percorsi argomentativi che lo supportano.

2. IL «CASO CORONA» E LA TUTELA PENALE DEI BENI

La Cassazione penale (sez. II, n. 43317/2011), pronunciandosi in ultima istanza sulla vicenda che ha visto Fabrizio Corona condannato a Milano, ha affermato che integra il delitto di tentata estorsione la condotta di chi, avendo lecitamente acquisito immagini fotografiche attinenti la vita privata di un soggetto la cui divulgazione può comportare una lesione del diritto all'identità personale, offra al medesimo la possibilità di acquistarle al fine di evitarne la diffusione mediatica. In motivazione la Corte ha precisato che il diritto alla diffusione a fini giornalistici non può essere invocato come esimente per forme alternative di sfruttamento commerciale di tali immagini.

Nelle pagine seguenti, muovendo dalla vicenda sopra richiamata, ci proponiamo di ricostruire il reato di estorsione, per quanto rilevante in questa sede, vagliando la funzione ermeneutica svolta dal bene giuridico offeso dalla condotta esaminata, con l'obbiettivo di verificare quale sia – e quale è auspicabile divenga – il presidio penalistico, e ciò anche alla luce del confronto con i valori di una lettura della disposizione orientata dal pensiero economico.

8. In tema di monismo e pluralismo etico cfr. fra gli altri M. Barberis, 2003; M. Barberis, 2005b; B. Celano, 2005; B. Celano, 2006. In questi lavori la tesi del pluralismo etico viene discussa in numerose sottotesi e varianti. Cfr. anche J. Raz, 2005.

2.1. *La condotta estorsiva e la minaccia*

I fatti posti in essere dall'imputato sono riconducibili al reato di estorsione previsto dall'art. 629 c.p.

La condotta incriminata, nel caso di specie, si è concretizzata nell'uso di *minaccia* (di far pubblicare fotografie dal contenuto rappresentato come compromettente su giornali di gossip e altri media «scandalistici») per creare uno stato di coazione psichica e ottenere un ingiusto profitto con altrui danno (pagamento di una somma di denaro per l'acquisto delle fotografie da parte del soggetto ritratto). La minaccia si configura come il mezzo di cui l'agente si serve per coartare la volontà della vittima allo scopo di raggiungere un risultato ulteriore, ossia conseguire un'utilità. L'autore pone la vittima di fronte a un'alternativa: subire il male minacciato oppure sottrarsi assecondando le richieste del reo.

Ci troviamo innanzi a una fattispecie tipicamente plurioffensiva con la quale l'ordinamento tutela, accanto alla libertà morale, come libertà di autodeterminazione dell'individuo, un interesse di natura patrimoniale.

Per individuare i requisiti della fattispecie in esame e circoscriverne l'ambito applicativo appare fondamentale cogliere la reale dimensione offensiva della minaccia e tracciare la linea che indica la soglia minima di offensività della condotta. L'ordinamento reagisce, infatti, solo contro talune forme di intimidazione e di condizionamento della volontà altrui, stigmatizzandole: è proprio in questa prospettiva che il bene o valore giuridico può fungere da canone ermeneutico in grado di contrastare la tendenza a estendere il concetto di minaccia⁹.

2.2. *La gravità dell'offesa e il bene giuridico tutelato*

Nel reato di estorsione la minaccia assume i caratteri del mezzo volto a coartare l'altrui libertà di autodeterminazione. È la considerazione della potenzialità offensiva della condotta a giustificare la particolare severità della pena comminata, che, a parità del massimo edittale, risulta addirittura oggi più elevata, nel minimo, rispetto alla rapina.

Di fronte a una sanzione tanto elevata appare evidente la necessità che la coazione, per essere considerata rilevante, debba presentare caratteri di particolare intensità tali da valicare i confini di quelle forme di pressione che possono farsi rientrare nella fascia del socialmente tollerabile¹⁰.

Quanto all'*oggetto della minaccia*, questa si estrinseca nel prospettare ad altri un male futuro e ingiusto, che dipende, o è prospettato dipendere, dal

9. G. Gatta, 2013, 26.

10. S. Prodocimi, 2006, 680 ss.

fatto o dalla volontà dell'autore del reato. Molteplici ne sono le forme e le modalità, che si riflettono nella pluralità di beni presi di mira¹¹.

Tornando al nostro caso, la Cassazione individua come bene giuridico oggetto di tutela il *diritto all'immagine* sganciandolo, a differenza di altre pronunce, da ogni riferimento a un danno all'onore o alla reputazione. Tale ricostruzione, in una prospettiva valoriale, muove dall'analisi della normativa sulla tutela dei dati personali. Secondo la Corte, ai sensi dell'art. 4 del d.l. n. 196/2003 (c.d. codice della *privacy*), per dato personale deve intendersi «qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione». Ne deriva che il danno conseguente al male minacciato prescinde dalla potenziale portata pregiudizievole per l'onore e la reputazione del contenuto delle immagini, appostandosi, invece, sulla diffusione e l'utilizzo delle foto in quanto tali, come diffusione non autorizzata di dati personali¹². Appare chiaro come simile impostazione porti, almeno astrattamente, a un ampliamento dell'area del penalmente rilevante¹³.

Quanto all'*ingiustizia del male minacciato*, con essa il legislatore esprime una qualificazione normativa con cui interviene sul piano della descrizione della fattispecie colorando la modalità della condotta tipica con una particolare nota di disvalore. Tale elemento contribuisce a delineare la minaccia come fatto di sopraffazione. Come già evidenziato, il tipo di sopraffazione rilevante per qualificare una minaccia come tale è quella che consiste nel prospettare un'offesa ingiusta di un interesse altrui giuridicamente tutelato¹⁴.

Nessun dubbio quanto all'ingiustizia del male quando questo è riconosciuto tale dall'ordinamento attraverso la previsione di una sanzione. Più difficile rinvenire la cifra distintiva dell'ingiustizia nella minaccia quando questa è utilizzata come mezzo per raggiungere uno scopo ulteriore. In questo caso

11. Si passa dal patrimonio a beni di natura personale, quali la vita, l'integrità personale; ovvero i beni della personalità, quali l'onore, la reputazione; fino ad arrivare a beni strumentali, quali la tranquillità del domicilio. Da ultimo la giurisprudenza ha riconosciuto la rilevanza della minaccia di interrompere un legame affettivo o l'affiliazione della vittima a un gruppo amicale pur in presenza di particolari circostanze (Cass. pen., sez. II, 12-7-2007).

12. In motivazione (punto 2 in diritto) si legge: «si è ormai affermato il principio che nessuno possa essere espropriato, se non a determinate condizioni e in vista del soddisfacimento di determinati interessi altrettanto meritevoli di tutela, del diritto esclusivo di disporre della propria immagine come di ogni altro dato personale». Per un approfondimento e una puntuale ricostruzione cfr. V. Notargiacomo, 2012.

13. Nel caso in analisi, per esempio, applicando tale impostazione verrebbero meno le ragioni che hanno portato la Corte d'appello di Milano (2-12-2010) ad assolvere l'imputato in relazione al capo di imputazione a) per i fatti relativi a un calciatore fotografato nell'androne di una discoteca in approccio amoroso con una ragazza, e al capo di imputazione c) per i fatti riguardanti un motociclista fotografato in un locale mentre era abbracciato a una pornstar.

14. G. Gatta, 2013, 177 ss.

appare necessario prendere in esame l'ulteriore profilo rappresentato dalla relazione tra il male minacciato (cioè il mezzo) e quanto è imposto con la minaccia (cioè lo scopo). Il male è ingiusto quando la sua prospettazione non rappresenta un mezzo riconosciuto dall'ordinamento per raggiungere il fine ultimo dell'agente¹⁵. Il tratto problematico di questa prospettiva si evidenzia nel caso in esame, dove un mezzo di per sé considerato giusto viene utilizzato al fine di conseguire uno scopo ingiusto.

Nel caso che ci occupa, infatti, l'imputato acquisisce lecitamente immagini attinenti la vita privata di personaggi noti ritratti in atteggiamenti equivoci e situazioni potenzialmente compromettenti offrendo poi, ai soggetti ritratti, la possibilità di acquistare le foto, prospettandone in alternativa la vendita ai giornali e pertanto la diffusione.

La Cassazione ha ravvisato nella condotta descritta un'estorsione in ragione dell'assenza di una relazione tra il *mezzo* – la minaccia di esercitare il diritto di vendere le foto ai giornali, unica forma di utilizzazione economica consentita – e lo *scopo* – la realizzazione di un profitto ingiusto, perché correlato a una forma di utilizzazione commerciale non consentita dalla disciplina sul trattamento dei dati personali (la vendita delle fotografie ai soggetti ritratti).

L'apparente incongruenza che può scorgersi nella scelta di considerare penalmente rilevante una minaccia che sembri intrinsecamente non ingiusta, in quanto il male minacciato corrisponde a una conseguenza sfavorevole che deriva dall'esercizio di un diritto, ritrova una *ratio* nella necessità di *contemperare beni e valori differenti* e un limite nell'interazione tra le sfere di libertà degli individui.

Il requisito dell'ingiustizia del male minacciato appare, dunque, uno strumento necessario di selezione delle condotte penalmente rilevanti consentendo di stigmatizzare solo quelle che costituiscono una prevaricazione socialmente intollerabile.

Tornando al nostro caso si deve osservare come il diritto di cronaca, che risponde a una logica di bilanciamento di interessi contrapposti, giustifichi la pubblicazione di immagini equivoche o compromettenti della vita privata di personaggi famosi in ragione dell'interesse pubblico alla conoscenza di immagini e abitudini dei personaggi stessi, i quali, non va dimenticato, traggono lucro dalla propria notorietà.

Nel diritto di cronaca è da ritenersi compreso quello all'utilizzazione economica delle immagini stesse, purché il profitto, come ha sottolineato la Cassazione, sia tratto esercitando il diritto di cronaca in modo conforme al diritto stesso, cioè vendendo le immagini ai media. L'offerta di vendita rivolta ai giornali appare penalmente irrilevante, anzi tutelata dall'ordinamento: qualora il giornale non adempia all'obbligazione di pagamento, il credito del

15. Ancora *ivi*, 187, cui si rinvia per un approfondimento del profilo qui accennato.

fotografo o del titolare dell'agenzia che ha materialmente ceduto il materiale fotografico potrà essere fatto valere in sede giudiziaria. Se invece l'acquisto delle immagini è proposto al soggetto ritratto al fine di evitarne la pubblicazione, si abusa di quel diritto¹⁶, strumentalizzandolo per scopi estranei alle ragioni per cui viene riconosciuto dall'ordinamento.

Quanto all'*ingiustizia del profitto*, è da considerare tale il profitto che non deriva da una pretesa giuridicamente tutelata dall'ordinamento. Ancora: il profitto è ingiusto non solo quando sia ottenuto con mezzi illeciti ma anche quando lo sia con mezzi leciti piegati e utilizzati allo scopo di raggiungere fini illeciti¹⁷. L'ingiusto profitto perseguito da Corona, secondo la Cassazione, consiste nelle somme richieste come corrispettivo della cessione delle immagini ai soggetti ritratti. È pacifico che l'imputato, qualora avesse ceduto le fotografie ai media, avrebbe avuto diritto a un compenso da questi; non è possibile, invece, riconoscere legittimità al compenso ottenuto tramite la diversa cessione delle immagini ai soggetti ritratti, atteso che le norme in materia tutelano esclusivamente l'interesse pubblico all'informazione.

È tuttavia necessario, ai fini della nostra analisi, richiamare un profilo ulteriore quale il nesso tra *forma e attitudine offensiva* del mezzo, così da far emergere come l'attitudine offensiva della condotta – l'idoneità a incutere timore e a ledere l'integrità psichica e la libertà di autodeterminazione – dipenda proprio dalla fisionomia del mezzo¹⁸. Dalla previsione legislativa di accostare nell'estorsione violenza e minaccia come modalità alternative e fungibili della condotta parificando le due ipotesi sotto il profilo sanzionatorio deriva la necessità di utilizzare una chiave di lettura particolarmente restrittiva dei requisiti della minaccia, che porti a escludere dal novero delle condotte penalmente rilevanti quelle in concreto prive della nota di sopraffazione prepotente. La connotazione di una condotta come minacciosa e la sua idoneità a integrare l'elemento strutturale del delitto di estorsione saranno quindi valutate in relazione alle concrete circostanze oggettive.

2.3. Una considerazione de iure condendo

Il rispetto del principio di tipicità, di proporzione e di meritevolezza della pena da un lato e le esigenze di politica criminale dall'altro richiamano l'attenzione sul difficile bilanciamento tra contrapposte esigenze che si evidenzia nella progressiva espansione del concetto di minaccia. La sentenza sopra richiamata mostra i segni evidenti di tali problematiche.

16. Sull'abuso del diritto cfr. fra gli altri V. Velluzzi, 2012.

17. M. Cerase, 2010, 176 ss. approfondisce il punto ripercorrendo R. Coase, 1988.

18. G. Gatta, 2013, 237.

In questa prospettiva sarebbe auspicabile che il legislatore valutasse l'opportunità di intervenire sulla fattispecie esaminata per attribuire rilevanza anche a forme più blande di indebita pressione, con la possibilità di ridurre i minimi edittali di pena, ovvero di introdurre soglie di carattere quantitativo relative all'entità del danno o del profitto di natura patrimoniale o, ancora, tipizzare diversamente le modalità della condotta e le caratteristiche del male prospettato alla vittima accostando, nel caso, alla fattispecie di estorsione un'altra figura di reato atta a sanzionare le ipotesi di minor gravità¹⁹.

3. IL «CASO CORONA» E I VALORI ECONOMICI

La condotta posta in essere da Corona può essere considerata da una diversa prospettiva, quella dell'analisi economica del diritto. A tal fine due premesse paiono necessarie.

In primo luogo, occorre ricordare che la teoria economica concepisce le persone come agenti economici, equipara tutti i beni a merci e tutte le interazioni umane a transazioni commerciali. Di più, la teoria economica ha negli anni elaborato canoni e metodi per giustificare l'importanza delle transazioni commerciali *ottime*, ossia di quelle transazioni che, in un dato mercato, massimizzano l'*utilità* degli agenti economici che su quel mercato si scambiano merci. Pertanto, chi fa uso dell'analisi economica del diritto, non solo riproduce in ambito giuridico le suddette equiparazioni, ma altresì attinge all'anzidetto patrimonio di strumenti e criteri per vagliare le relazioni umane, nonché – *a fortiori* – le norme che quelle relazioni dovrebbero disciplinare. Ecco perché chi analizza il diritto utilizzando le categorie del pensiero economico si chiede come le norme sottoposte al suo scrutinio incidano sul c.d. *benessere sociale*. Questa forma di benessere (che, nel breve periodo, è sinonimo di *efficienza*) rappresenta, infatti, la variabile che la teoria economica adotta per comprendere se le transazioni che si consumano in un dato mercato siano ottime.

In secondo luogo, affinché l'analisi economica possa offrire un utile contributo alla valutazione del caso Corona è opportuno guardare all'ordinamento statunitense e al modo in cui esso qualificerebbe la condotta di Corona. Detto ordinamento distingue due diverse fattispecie di reato: *extortion* e *blackmail*. La prima consiste nella minaccia di tenere *una condotta illecita* ai danni di qualcuno, salvo il pagamento da parte di questi di una somma di denaro (o

19. S. Prosdocimi, 2006, 685. In altri ordinamenti accanto alla più grave ipotesi di estorsione è prevista una fattispecie meno grave che potremmo chiamare *ricatto*. Il codice penale francese distingue estorsione in senso stretto e *chantage*, figura meno grave consistente, in sostanza, nella vendita del silenzio circa fatti pregiudizievoli per la reputazione di una persona (artt. 312-1 ss.). Nel codice penale spagnolo un'analogo figura di reato è prevista dall'art. 171 c. 2, nel complesso di un'articolata disciplina. Analoga scelta ha effettuato il legislatore statunitense prevedendo una fattispecie minore di estorsione denominata *blackmail*, nel prosieguo analizzata.

altro equivalente). Ad esempio, commette reato di *extortion* chi chiede denaro per non uccidere, stuprare o rapinare. Diversamente, il reato di *blackmail* consiste nel chiedere denaro (o altro equivalente) onde evitare di *tenere una condotta* che, se non fosse appunto minacciata, sarebbe *di per sé lecita*. Ad esempio, giacché rivelare informazioni è un atto di per sé lecito, commette *blackmail* chi minaccia di svelare tali informazioni a meno di non ricevere denaro²⁰. Ecco che allora – e a conforto di quanto in precedenza sostenuto circa i profili critici del diritto penale nazionale – oltreoceano i fatti del caso Corona non avrebbero integrato il reato di *extortion*, bensì di *blackmail*.

3.1. L'analisi economica del reato di *blackmail*

Per apprezzare gli effetti che il reato di *blackmail* può produrre sul benessere sociale, la dottrina nordamericana discute di cosa accadrebbe in sua assenza – essa, cioè, svolge un esercizio di «statica comparata» confrontando i due stati del mondo in cui il ricatto è o vietato o consentito. E nello svolgere detto esercizio tale dottrina muove da un assunto: che la mera previsione del reato di *blackmail* permetta o di evitare che venga commesso o di punirlo in modo ottimale, così che quando il reato di *blackmail* è contemplato, il benessere sociale o non subisce alcuna oscillazione (deterrenza ottima), oppure viene riportato dalla punizione al suo livello *ex ante* (punizione ottima).

Inoltre, tale dottrina svolge il menzionato esercizio di statica comparata suddividendo l'intero processo ricattatorio in diverse fasi, due alternative, ossia (i) l'*esecuzione* del ricatto, quando B versa una somma di denaro a vantaggio di A, e (ii) la *diffusione* delle informazioni scottanti; nonché due antecedenti, ossia (iii) la minaccia di diffondere le informazioni scottanti e (iv) le *attività preparatorie* che A e B svolgono per porsi nella condizione di proporre un ricatto o difendersi dallo stesso²¹.

Svolgiamo allora tale esercizio muovendo dallo scenario in cui, in t_0 , A possiede un reddito di 100, mentre B possiede un reddito di 100 e informazioni scottanti per un valore di 50. Si supponga adesso che A, dopo aver legalmente ottenuto in t_1 quelle informazioni, e dopo aver minacciato in t_2 B di diffondere tali informazioni salvo il pagamento di una somma di denaro pari a 50, veda in t_3 B versargli 50 in cambio del suo silenzio. In t_3 quindi, se A raggiunge un reddito di 150 (100 iniziali aumentati dei 50 frutto del ricatto), B torna in possesso delle informazioni del valore di 50 e ha un reddito di «soli» 50 (pari ai 100 iniziali diminuiti del valore del silenzio di A). Pertanto, confrontando lo scenario iniziale registratosi in t_0 con lo scenario prodottosi in t_3 , si osserva che il benessere sociale non ha subito cambiamenti, rimanen-

20. Cfr. J. Feinberg, 1988, 239.

21. S. Shavell, 1993, 1878.

do pari a 250, laddove la distribuzione della ricchezza tra A e B è mutata a vantaggio di A, il ricattatore. Venendo allora al nostro esercizio di statica comparata, mentre la liceità del ricatto consentirebbe il prodursi dello scenario osservato in t_3 , la previsione del reato di *blackmail* e l'applicazione della relativa sanzione – che, come da ipotesi, consideriamo ottima – permettono la ricostituzione dello scenario iniziale osservato in t_0 , ossia consentono a B di tornare in possesso, oltre che delle informazioni che lo riguardano, anche della somma di 50 ingiustamente versata ad A. Di conseguenza, permettere o punire la mera esecuzione di un ricatto non modifica l'ammontare complessivo di benessere sociale disponibile, ma avalla o punisce una particolare distribuzione della ricchezza, quella più vantaggiosa per il ricattatore²². Pertanto, la disciplina che rende lecita l'esecuzione del ricatto non deve dirsi meno (o più) efficiente di quella che la reprime. *Permettere o punire una richiesta di denaro a fronte di silenzio è cioè indifferente quando si valutano gli effetti che l'esecuzione del ricatto produce sul benessere sociale.*

Ma cosa possiamo dire con riferimento alle altre fasi del processo ricattatorio?

Si confronti con t_0 un t_3 alternativo – diciamo t'_3 – nel quale A legalmente divulga le informazioni scottanti relative a B. Per effetto di questo comportamento si producono, da un lato, una riduzione *certa* del benessere di B (il quale si assume non desideri vedere divulgate le informazioni in questione) e, dall'altro lato, un aumento *solo probabile* del benessere sociale. Infatti, non è detto che il corpo sociale sia interessato alla vita privata di B e che A tragga un qualche beneficio «compensativo» del danno arrecato a B, fatto salvo il vantaggio per A di consolidare la sua reputazione di «bravo ricattatore» che, se non pagato, porta a compimento la minaccia. Pertanto, il benessere sociale in t'_3 è minore di quello iniziale registrato in t_0 e, quindi, *la liceità del ricatto riduce l'efficienza.*

Analogamente anche in t_2 , ossia al momento della minaccia, il benessere sociale subisce una riduzione che rende inefficiente la liceità del ricatto. Infatti, in assenza di un reato di *blackmail* corredato da deterrenza/punizione ottima, la minaccia produce di per sé paura e ansia in B, soprattutto quando A sia nella condizione di ripeterla o farla valere in modo continuato nel tempo²³. E paura e ansia riducono il benessere individuale di B senza per questo aumentare il benessere di qualche altro agente economico.

In ultimo, la dottrina statunitense valuta inefficiente la liceità della condotta di *blackmail* soprattutto perché giudica *comparativamente spreca*te le risorse che, in un contesto in cui il ricatto non fosse illecito, A investirebbe per ottenere informazioni scottanti circa B e B utilizzerebbe per impedire questa forma

22. Cfr. R. Coase, 1988.

23. S. Shavell, 1993, 1884.

di intrusione da parte di A²⁴. Infatti, in tale scenario, l'investimento in queste attività – si supponga di complessivi 100 – si tradurrebbe o in azioni improduttive (che determinano, cioè, soltanto una diversa distribuzione della ricchezza) o in attività inefficienti (che comportano, cioè, una riduzione del benessere sociale). Diversamente, in uno stato del mondo in cui il ricatto è vietato, le attività preparatorie della ricerca di informazioni e della tutela della *privacy* non hanno ragione di esistere o, perlomeno, non sono incentivate a esistere e dunque le risorse a loro destinate – i nostri 100 – possono essere dedicate ad altro²⁵. *Comparativamente*, dunque, *la liceità della condotta di blackmail produce come ulteriore effetto negativo quello di indurre gli agenti economici a distogliere risorse dall'investimento in attività produttive*, sprecandole in attività preparatorie che non si darebbero altrimenti²⁶.

Ma al lettore non sarà sfuggito come questa e le altre valutazioni fin qui condotte con riferimento al reato di *blackmail* non possano farsi valere con riferimento al caso Corona, ossia con riferimento a uno scenario nel quale il soggetto B – la vittima di ricatto – non è un qualsiasi individuo, ma un personaggio famoso la cui vita privata suscita interesse nel pubblico.

3.2. Il mercato del gossip

Quando un personaggio è famoso a sufficienza da suscitare l'attenzione del pubblico, occorre riconoscere l'esistenza di una domanda di informazioni, socialmente tollerata, circa la vita di quel personaggio. La sua popolarità implica non solo l'esistenza di un gruppo di consumatori disposti a pagare per ottenere informazioni sul suo conto, ma altresì l'esistenza di un buon numero di intermediari – solitamente gli editori – disposti a spendere risorse per collezionare e pubblicare quelle informazioni e soddisfare la suddetta domanda. Così, quando B è un soggetto famoso – si dica B^F – l'esistenza di un mercato del gossip fa sì che le informazioni circa B^F abbiano un valore autonomo e indipendente dalla semplice eventualità di utilizzarle per ricattare B^F e, dunque, fa sì che tali informazioni vengano pubblicate con profitto e, in via preparatoria, procacciate o difese con interesse, di là dalla possibilità o meno di impiegarle per ricattare B^F.

Supponiamo che in base all'interazione tra la domanda e l'offerta di gossip, A sappia di poter ricevere 125 dal soggetto E – l'editore – qualora, dedicate risorse per 50 alla ricerca di informazioni compromettenti circa B^F, A ottenga legittimamente queste informazioni in t_1 e le venda a E nel periodo che inter-

24. Qui escludiamo che le attività per cui B è ricattato siano criminoso, cioè escludiamo che il ricatto di A induca B a «comportarsi meglio». Cfr. J. Brown, 1993.

25. Cfr. D. Ginsburg, P. Shechtman, 1993, 1859-65.

26. Cfr. R. Epstein, 1983; R. Coase, 1988; R. Posner, 1993.

corre tra t_2 e t'_3 , ossia prima che E proceda alla loro pubblicazione o diffusione. Analogamente supponiamo che, dato l'esistente mercato del gossip, B^F sappia che la mera presenza di E (e non di A) debba indurlo a spendere, nel periodo che intercorre tra t_0 e t_1 , risorse per 50 per la tutela della sua immagine. Se, in questo mutato scenario, confrontiamo l'ipotesi in cui A è legittimato a chiedere a B^F 125 per il suo silenzio con il caso nel quale, vigendo il reato di *blackmail*, A viene punito per questa proposta di transazione, *in entrambi i casi* abbiamo che:

- nell'intervallo che corre tra t_0 e t_1 , A e B^F spendono ciascuno risorse per 50 in attività preparatorie. La domanda autonoma di gossip mediata da E induce, infatti, A a procacciarsi informazioni scottanti e B^F a difendersi da queste «intrusioni»; e

- in t'_3 , quando cioè A vende legalmente a E le informazioni raccolte per un valore di 125 ed E le pubblica, si registrano:

- (i) un aumento del benessere sociale dovuto all'avvenuta soddisfazione dell'indipendente domanda di gossip sostenuta dai consumatori e mediata da E; e

- (ii) una differente distribuzione della ricchezza tra A, B^F , E e i consumatori. Infatti, a fronte dell'impoverimento di B^F che perde informazioni per un valore di 50, malgrado avesse investito risorse per 50 in attività a tutela della propria immagine, A vede la sua attività retribuita da E per un valore di 125, determinato dal mercato del gossip e indipendente dal valore delle informazioni ottenute e dai costi sostenuti per ottenerle, ed E si appresta, a fronte dell'esborso di 125, a fare profitti dalla pubblicazione e dalla vendita ai consumatori, i quali dal canto loro sono disposti a sostenere il relativo costo.

Diversamente, nel solo *scenario del ricatto considerato lecito*:

- in t_2 , A può offrire a B^F le informazioni ottenute in t_1 per un valore di 125, generando in B^F il sollievo di non vedere pubblicate le informazioni che lo riguardano; e

- in corrispondenza della fase t_3 di esecuzione del ricatto, si producono due effetti: a) si riproduce lo scambio di ricchezza descritto con riferimento allo scenario in cui la vittima non è un personaggio famoso; b) i consumatori non vedono soddisfatta la loro domanda di gossip.

Pertanto se, stante il mercato del gossip, si confronta lo scenario in cui il ricatto è lecito con lo scenario nel quale è punito, al primo contesto corrisponde un livello più alto di benessere sociale nella misura in cui l'insoddisfazione dei consumatori non è di particolare rilievo. Occorre, dunque, concludere che quando la vittima è un personaggio famoso e quando, di conseguenza, esiste un mercato del gossip, *il reato di blackmail può essere una norma inefficiente*²⁷, anche perché per l'analisi economica è irrilevante che sia E o B^F colui che paga per ottenere le informazioni.

27. In tal senso R. Nozick, 1974, 84-6; J. Murphy, 1980, 164-5; J. Feinberg, 1988, 262-4.

Di conseguenza, se nella valutazione penalistica rientrassero anche considerazioni di ordine economico, la condotta posta in essere da Corona potrebbe andare esente da pena.

4. CONCLUSIONI

Riprendiamo a questo punto le tre questioni distinte sopra: 1) se i valori sottesi alle fattispecie giuridiche siano uno o molti; 2) qualora siano molti, se siano in armonia o in conflitto; 3) qualora siano in conflitto, se i conflitti si possano risolvere in generale o solo caso per caso. Ci sembra che dall'analisi del caso Corona (e presumibilmente da casi analoghi) si possano evincere le seguenti riposte.

I valori tutelati o perseguiti dal diritto sono certamente *molti*. Guardando al nostro caso se ne può riscontrare una pluralità: spiccano, da una parte, i valori corrispondenti ai diritti della personalità (fra cui il diritto all'immagine) più la libertà di autodeterminazione e l'interesse patrimoniale leso dall'estorsione; dall'altra, l'interesse pubblico all'informazione e il diritto di cronaca, ma anche il benessere dei soggetti coinvolti e l'efficienza del mercato. Non è detto che tutti questi valori siano *ultimi*, ma non è chiaro con quale argomento si potrebbe dimostrare che essi sono riducibili a un unico valore ultimo²⁸.

Ci sembra poi che tali valori siano *in conflitto*, in quanto il problema che qui si configura è proprio quello della scelta di quale tutelare tra questi – scelta che non avrebbe senso se tali valori fossero in armonia. In fondo, si potrebbe osservare, il pluralismo dei valori non è che una conseguenza della loro dipendenza da valutazioni soggettive. Dato che, di fatto, le valutazioni mutano a seconda dei soggetti, dei contesti e delle epoche, è inevitabile che i valori in gioco nell'esperienza siano molteplici e talora conflittuali. E come suggerisce la citazione posta in esergo a questo saggio, il conflitto può prodursi – e molto spesso si produce – anche all'interno degli stessi individui, quando i desideri e i valori perseguiti sono incompatibili.

Venendo con ciò all'ultima questione, sembra difficile risolvere tali conflitti in generale. Il problema non è nuovo e da diversi anni viene discusso alla voce *bilanciamento*. La giurisprudenza è il luogo dove ciò avviene con maggiore frequenza e intensità. Essendo i valori sottesi alle fattispecie giuridiche più d'uno, essendo in conflitto rispetto a casi concreti ed essendo implausibile stabilire fra essi una rigida gerarchia, i conflitti

28. Sebbene non manchino in letteratura posizioni moniste come quella di R. Dworkin (2011), trad. it. 2013. Inoltre, se da un lato Dworkin nega che l'efficienza sia un valore commensurabile con i diritti, dall'altro c'è chi fa rientrare i valori economici nel bilanciamento – cfr. R. Alexy (1994), trad. it. 2012.

devono essere risolti attraverso un'opera di bilanciamento dei beni e degli interessi in gioco²⁹. Ma il bilanciamento richiede un'argomentazione che ne giustifichi l'esito, come il caso Corona mostra in quanto la correttezza della sua soluzione dipende dalla correttezza degli argomenti utilizzati e dalla scelta di far prevalere certi valori su altri. Quanto si può aggiungere qui è che un valore da non trascurare nel bilanciamento è l'argomentazione delle parti, affinché il giudice che bilancia non sia un *deus ex machina* che sancisce autonomamente quali pretese e valori prevalgano su quali altri, ma un'autorità deputata a risolvere i conflitti sulla base delle argomentazioni di parte e della loro bontà rispetto al quadro fattuale e normativo, pur con i margini di intervento e i gradi di discrezionalità che il sistema giuridico gli conferisce.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALEXYS Robert, 1994, *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main (trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna 2012).
- ATIENZA Manuel, 2006, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Ariel, Barcelona (trad. it. *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012).
- BARBERIS Mauro, 2003, «L'eterogeneità del bene. Giuspositivismo, giusnaturalismo e pluralismo etico». *Analisi e diritto*, 2002-2003: 1-20.
- ID., 2005a, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*. II ed., Giappichelli, Torino.
- ID., 2005b, «I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico». *Analisi e diritto*, 2005: 1-20.
- BROWN Jennifer G., 1993, «Blackmail as Private Justice». *University of Pennsylvania Law Review*, 141: 1935-74.
- CALAMANDREI Piero, 1965, *Opere giuridiche. Vol. 1*, Morano, Napoli.
- CELANO Bruno, 2005, «Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico». *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 35: 161-83.
- ID., 2006, «Pluralismo etico, particolarismo e caratterizzazioni di desiderabilità: il modello triadico». *Ragion pratica*, 26: 133-49.
- CERASE Marco, 2010, «Art. 629». In *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi, E. Lupo, XII, 156-87. Giuffrè, Milano.
- COASE Ronald H., 1988, «Blackmail». *Virginia Law Review*, 74: 655-76.
- DWORKIN Ronald, 2011, *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press, Cambridge and London (trad. it. *Giustizia per i ricci*, Feltrinelli, Milano 2013).
- EPSTEIN Richard A., 1983, «Blackmail, Inc.». *The University of Chicago Law Review*, 50: 553-66.

29. Sotto un profilo teorico è importante notare che i conflitti sono *in concreto* – cioè rispetto a casi determinati – e non in astratto (a meno che un testo normativo non contenga aperte contraddizioni): è in un caso concreto che ad es. la tutela della *privacy* si trova a confliggere con la libertà di cronaca. Cfr. R. Guastini, 2011, 203-10.

- FEINBERG Joel, 1988, *The Moral Limits of Criminal Law. Vol. 4 Harmless Wrongdoing*. Oxford University Press, Oxford.
- FRIEDMAN David, 2000, *Law's Order. What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*. Princeton University Press, Princeton (trad. it. *Lordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, il Mulino, Bologna 2004).
- GATTA Gian Luigi, 2013, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*. Aracne, Roma.
- GINSBURG Douglas H., SHECHTMAN Paul, 1993, «Blackmail: An Economic Analysis of the Law». *University of Pennsylvania Law Review*, 141: 1849-76.
- GUASTINI Riccardo, 2011, *Interpretare e argomentare*. Giuffrè, Milano.
- MURPHY Jeffrie G., 1980, «Blackmail: A Preliminary Inquiry». *The Monist*, 63: 156-71.
- NOTARGIACOMO Valeria, 2012, «La Corte di cassazione alla ricerca di un difficile equilibrio tra trattamento lecito di dati personali ed estorsione». *Cassazione penale*, 12: 4098-113.
- NOZICK Robert, 1974, *Anarchy, State, and Utopia*. Basic Books, New York.
- POSNER Richard A., 1973, *Economic Analysis of Law*. Little, Brown, and Co., Boston and Toronto.
- ID., 1993, «Blackmail, Privacy, and Freedom of Contract». *University of Pennsylvania Law Review*, 141: 1817-47.
- PROSDOCIMI Salvatore, 2006, «Note sul delitto di estorsione». *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 19: 673-86.
- RAZ Josph, 2005, *The Practice of Value*. Oxford University Press, Oxford.
- SHAVELL Steven, 1993, «An Economic Analysis of Threats and Their Illegality: Blackmail, Extortion and Robbery». *University of Pennsylvania Law Review*, 141: 1877-903.
- TARUFFO Michele, 1975, *La motivazione della sentenza civile*. Cedam, Padova.
- TUZET Giovanni, 2012, *La pratica dei valori. Nodi fra conoscenza e azione*. Quodlibet, Macerata.
- VELLUZZI Vito (a cura di), 2012, *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*. Ets, Pisa.
- VIGNUDELLI Aljs, 2013, «Valori fuori controllo? Per un'analisi costi/benefici d'un topos della letteratura costituzionalistica contemporanea». *Lo Stato*, 1: 71-116.