

Teoria e “ideologia” della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla *freedom of speech**

di Corrado Caruso**
(27 ottobre 2013)

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza della Corte Suprema sulla libertà di espressione: dottrine deboli per una teoria forte. - 2. Il Primo Emendamento come clausola di ripartizione verticale delle competenze e dottrina della “incorporazione”. - 3. Funzione politica contro-maggioritaria della libertà di espressione. Dottrina del clear and present danger e rifiuto della giurisprudenza “meccanica”. 3.1. L’inclusione costituzionale del discorso simbolico. Lo scrutinio sull’impatto comunicativo dell’espressione e sulla ratio dell’intervento limitativo. - 3.2. Eccezioni dissociative: low value speech e operazioni di defining out. - 4. L’ad hoc balancing del periodo maccartista e la repressione del dissenso. - 5. Definitional balancing e government by discussion. - 6. Scrutinio stretto e formalizzazione delle tecniche argomentative. - 6.2 La dottrina dei “fori pubblici” e il divieto di regolazioni content-based. - 6.3 Regolazioni content neutral e scrutinio intermedio. - 7. Overbreadth doctrine, sindacato astratto e primazia della libertà di espressione - 8. Neutralità del discorso pubblico e ideologia della libertà di espressione.

1. La giurisprudenza della Corte Suprema sulla libertà di espressione: dottrine deboli per una teoria forte

L’idea secondo cui i problemi pratici delle libertà costituzionali possono essere descritti alla luce delle decisioni e degli stilemi argomentativi utilizzati dalle Corti (costituzionali, ma non solo) sembra essere tendenzialmente accettata in dottrina, anche in quei sistemi, come il nostro, caratterizzati da un assetto istituzionale che tradisce il debito culturale nei confronti della dogmatica continentale dei diritti pubblici soggettivi¹. Questa considerazione vale, a maggior ragione, per quegli ordinamenti ove, di converso, vi è un rapporto consolidato tra argomentazioni dei giudici e procedure di *adjudication* dei diritti di libertà.

Negli Stati Uniti, in particolare, l’importanza di tale nesso è dovuta alla diversa, originaria, consistenza teoretica (fenomenologica, verrebbe da dire)² delle libertà. E’ stato da tempo osservato, infatti, come nell’ordinamento statunitense il contenuto dei diritti sia una “variabil[e] (...) fluid[a] del sistema”, che coincide con un “dato (...) piuttosto processuale che sostanziale, in quanto determina un modo d’essere dell’argomentazione legale, che deve (...) dimostrare il perché” dell’intervento del potere politico. In altri termini, in questo sistema, “i diritti di libertà, (...) non hanno una definibile consistenza e si dissolvono nell’esigenza che i limiti, a partire da quelli legislativi, diano conto delle proprie ragioni”³.

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 Non è possibile ripercorrere in questa sede le tappe dell’evoluzione teorico-istituzionale che ha portato al progressivo superamento della modellistica dei diritti pubblici subiettivi, che pure era il punto di riferimento concettuale dei Costituenti. Sul punto sia lecito rinviare a C. Caruso, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013, pp. 1-79.

2 La teoretica delle libertà mira alla generalizzazione delle caratteristiche ricorrenti del fenomeno giuridico, determinando la sua autonomia concettuale rispetto ad altri fenomeni sociali. In questo senso il “teoretico” si distingue dal “dogmatico”, che indica, invece, “(...) in forma logica i concetti costituiti dalle stesse norme giuridiche”, presentando sotto forma di proposizioni descrittive i relativi enunciati prescrittivi (così V. Guelli, *Elementi di una dottrina dello Stato e del diritto come introduzione al diritto pubblico*, Roma, 1959, p. 417).

3 Così G. Amato, *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 275. Dietro a questa comprensione delle libertà vi è una diversa impostazione filosofica che risente, chiaramente, del contrattualismo lockiano. Mentre gli ordinamenti giuridici continentali si sviluppano nel senso di ritenere la legge il fondamento garantista e democratico delle situazioni soggettive, negli Stati Uniti le libertà individuali sono le ragioni fon-

In un contesto in cui la tutela giurisdizionale delle libertà fondamentali coincide, in fondo, con un controllo diffuso di ragionevolezza sulle scelte del potere politico, è sicuramente possibile descrivere la “dottrina delle libertà” (e della libertà di manifestazione del pensiero in particolare) a partire dall’insieme di regole e principi formulati dalla *constitutional adjudication* della Corte Suprema⁴. Una dottrina, sia detto a mo’ di prologo, non sempre coerente: almeno con riferimento al Primo Emendamento, può essere segnalata una “frammentarietà dei *tests*” e, più in generale, “l’incapacità di sviluppare, in sede giurisprudenziale, approcci argomentativi ‘teoricamente compiuti’ rispetto ai diritti e ai loro conflitti”⁵. Spingendo la critica più a fondo, la giurisprudenza sulla libertà di espressione è stata da più parti contestata per l’incoerenza e l’incapacità di fornire *principled decisions* congruenti con un approccio teorico unitario⁶.

Secondo una tendenza opposta e contraria rispetto a quanto emerge nel dibattito italiano (ed europeo), sempre più incline a individuare nelle *regulae iuris* enunciate dalle Corti l’*ubi consistam* delle libertà costituzionali⁷, la critica all’incoerenza teorica della giurisprudenza sulla *freedom of speech* si inserisce in un panorama accademico che da tempo riflette sull’insufficienza dell’analisi delle tecniche argomentative, e più nello specifico, del bilanciamento, quale tecnica privilegiata di *adjudication* costituzionale⁸.

Pur senza anticipare quanto tra poco si andrà esponendo, sembra ormai appartenere al passato l’idea che la semplice comparazione e conseguente scelta per uno degli interessi in conflitto sia la tecnica decisoria privilegiata per risolvere le controversie che riguardano la libertà di espressione. Vero è, di certo, che quando le particolari circostanze storiche non hanno consentito di offrire una risposta definitiva alle questioni giuridiche poste dai casi della vita, la ponderazione giudiziale ha facilitato “doctrinal change in times of social flux”, attraverso “a particularistic case by case common law approach that accomodated

danti della comunità politica. Sul punto v. A. Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo* in A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 2000, pp. 14 e ss.

4 Per la distinzione tra “teorie” e “dottrine” cfr. L. H. Tribe, *American Constitutional Law*, Vol. I, New York (1978) 2000, p. 1. La “teoria” rimanda al particolare disegno sistemico, di natura non solo descrittiva ma anche prescrittiva, che giustifica le prescrizioni costituzionali e le particolari relazioni istituzionali ad esse sottese. Le dottrine, viceversa, indicano le tecniche di *adjudication* seguite della giurisprudenza alla luce di una data impostazione teorica.

5 Così C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, 2011 p. 253, nt. 7, sulla giurisprudenza della Corte Suprema in tema di diritti fondamentali.

6 Cfr. R. C. Post, *Recuperating First Amendment Doctrine*, 47 *Stan. L. Rev.*, 1249 (1994-1995), pp. 1270-1271. Nello stesso senso, pur da prospettive diverse, S. Shiffrin, *The First Amendment, Democracy and Romance*, Cambridge MA, 1990, pp. 31 e ss. Secondo Post una dottrina presuppone sempre una “categorizzazione del mondo” che sia strumentale alla conclusione di un giudizio normativo. Trovano un’eco, in questa impostazione, le influenze della *legal process theory*, che, in risposta all’exasperato *social engineering* della giurisprudenza realista, poneva l’accento sulla necessità di creare *standards* di ampia portata capaci di vincolare le decisioni successive dei giudici. Cfr. H. M. Hart, *Foreward: The Time Chart of the Justices*, in 73 *Harv. L. Rev.*, 84 (1959-1960), nonché, sulla necessità di “principled decisions”, H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in 73 *Harvard L. Rev.* 1 (1959-1960).

7 Tra le voci più autorevoli che sembrano confermare questa tendenza v. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, pp. 161 e ss., nonché, seppur problematicamente, R. Bin, *Order and Disorder - Legal Adjudication and Quantum Epistemology*, in *Straus Working Paper* 02/12 (<http://www.nyustra.org/pubs/1112/documents/WP2Bin.pdf>)

8 A partire dalla critica antiformalista alla giurisprudenza meccanica portata da R. Pound, *Mechanical Jurisprudence* (1908), trad. it. *Giurisprudenza meccanica*, in S. Castignone, C. Faralli, M. Ripoli (a cura di), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino, 2002, p. 105: “[h]o chiamato giurisprudenza meccanica perché coloro che la amministrano la ritengono tale. In verità non si tratta affatto di scienza: noi non chiamiamo più nulla ‘scientifico’ solamente perché possiede un rigido schema di deduzioni da concezioni *a priori*”. V. anche l’opinione dissenziente del giudice Holmes in *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, p. 76, nonché *Id.*, *The Path of Law* (1897), trad. it. *La via del diritto*, in *Il diritto come profezia*, cit., pp. 66-67: “[i]l pericolo (...) sta nell’idea che un dato sistema (...) possa essere tratto come la matematica da alcuni assiomi generali di condotta (...). Dietro la forma logica sta un giudizio sul valore e l’importanza (...) di ragioni legislative contrastanti (...).”

gradual change and rejected absolutes”⁹.

D’altro canto, è stata proprio la flessibilità del bilanciamento che ha indotto alcune voci a sottolineare la difficoltà giurisprudenziale di fornire una teoria unitaria della *freedom of speech*. Il compromesso tra interessi sociali concorrenti e il conseguente *social engineering* che il giudice deve realizzare per sistemare “conflicting and overlapping human claims or demands”¹⁰, risulta insufficiente a indirizzare le operazioni ermeneutiche senza una previa definizione di un paradigma etico-normativo che giustifichi perché, in determinate circostanze, la libertà di manifestazione del pensiero sia destinata a prevalere su interessi concorrenti¹¹. Senza un predefinito orizzonte pratico-sostanziale, la naturale apertura fattuale dei diritti di libertà rischia di lasciare al giudizio sapienziale dell’interprete la scelta dell’interesse da premiare, che li trasformerebbe in “scatole vuote” lasciate alle pre-comprensioni soggettive, alle intuizioni o, nelle formulazioni più estreme, alle personalissime preferenze dei giudici¹².

Si tratta, allora, secondo un approccio affine ma non identico, di individuare un “set di principi” che governino ben definite “pratiche sociali”, ciascuna delle quali dotata di una propria coerenza logica interna: le decisioni giudiziali dovrebbero, quindi, individuare gli interessi sottesi ai casi della vita, da cui trarre principi di regolazione¹³. Secondo un approccio moderatamente cognitivista, le particolari dottrine giurisdizionali dovrebbero contribuire a definire i contenuti pratici delle libertà, che differirebbero tra loro al variare del particolare contesto socio-istituzionale di riferimento. Se la “moralità politica” delle libertà è intrinsecamente incerta e controversa, ciascun sistema istituzionale dovrebbe conferire autoritatività solo ad alcune, ben definite, comprensioni delle libertà costituzionali¹⁴.

In ogni caso, senza potersi dilungare su tali aspetti, va comunque rilevato che il bilanciamento, tecnica decisoria resa esplicita dalle Corti americane a partire dagli anni ’30 dello scorso secolo in relazione alla legislazione economico-sociale ed estesa, a cavallo degli anni ’50, anche ai diritti di libertà¹⁵, non è più, ormai, una tecnica argomentativa “pura”. La ponderazione giudiziale, infatti, è andata incontro a un processo di ibridazione dovuto all’incontro tra i due modelli di ragionamento giuridico che, pur contaminandosi

9 Così T. A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in 96 *Yale L. J.*, 943 (1986-1987), p. 961. Criticamente v. K. M. Sullivan, *Categorization, Balancing and Government Interests*, in S. E. Gottlieb (ed.), *Public Values in Constitutional Law*, Ann Arbor, MI, 1993, pp. 241 e ss.

10 R. Pound, *A Survey of Social Interests*, 57, *Harv. L. Rev.* 1 (1943), p. 39.

11 Così S. Shiffrin, *The First Amendment*, cit., p. 45, pp. 86 e a ss. che, alla luce della particolare storia statunitense, individua nel valore contro-maggioritario del dissenso il paradigma assiologico che giustifica la protezione della libertà di espressione. In effetti, persino nelle colonie la libertà di parola (grazie anche al progressivo ruolo assunto dalle giurie popolari nei procedimenti penali) diviene strumento per l’autodeterminazione della collettività rispetto al governo della Madre Patria concepito come estraneo e privo di legittimazione popolare. E’ proprio questa caratteristica che distingue giuridicamente la *freedom of speech* (assenza di sanzioni successive sul *dicere*) dalla *freedom of the press* di origine britannica, intesa come assenza di interventi preventivi sullo stampato (*prior restraints*). Per una ricostruzione dell’influenza dell’*opposition thought* nella creazione dello Stato americano, v. B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution* (1967), Cambridge MA, 1992, pp. 43 e ss., L. W. Levy, *Emergency of a Free Press*, Chicago, 1985, pp. 119 e ss., V. Blasi, *The Checking Value in First Amendment Theory*, 1977 *Am. Bar Found. Res. J.* 521 (1977), pp. 529 e ss., D. Anderson *The Origin of the Free Press Clause*, 30 *UCLA L. R.*, 455 (1982-1983), pp. 509 e ss.

12 Così l’approccio radicale di J. Frank, *Law and the Modern Mind*, (ed. 1949), trad. it. *Il diritto e i giudici*, in *Il diritto come profezia*, cit., p. 412, che porta ad estreme conseguenze l’osservazione “intuizionistica” di J. C. Hutchenson *The Judgment Intuitive: The Function of the “Hunch” in Judicial Decision*, 14 *Cornell. L.Q.* 274 (1929). Per una critica ad una concezione particolaristico-radical del bilanciamento cfr. B. Celano, *Pluralismo etico, particolarismo e caratterizzazioni di desiderabilità: il modello triadico*, in *Ragion Pratica*, 2006, pp. 133 e ss.

13 Così R. C. Post, *Recuperating*, cit., pp. 1279-1280.

14 R. Dworkin, *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in *Id.*, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, 1996, p. 2.

15 Cfr. T. A. Aleinikoff, *Constitutional Law*, cit., pp. 963 e ss.

vicendevolmente, si sono storicamente alternati nell'evoluzione dell'*adjudication* costituzionale: da una parte la ponderazione in senso stretto, che rimanda ad un'opera di "comparazione" e "pesatura" degli interessi di volta in volta considerati; dall'altra la categorizzazione, operazione di natura tassonomica che consiste in un lavoro interpretativo di "classificazione" ed "etichettatura"¹⁶. Le metafore sottintendono, chiaramente, stilemi argomentativi e procedimenti intellettuali differenti: mentre il bilanciamento rappresenta un esercizio di razionalità pratica "la cui correttezza dipende da criteri sostanziali (efficienza, ragionevolezza, equità, giustizia)", la seconda "tende a ridurre i margini di argomentazione, per gestire i rapporti tra norme costituzionali come rapporti tra regole, con gli strumenti del ragionamento deduttivo e analogico, in base a criteri di correttezza forniti da regole di inferenza"¹⁷.

Tale processo di ibridazione è dovuto, in fondo, al particolare nesso che lega le tecniche argomentative al valore costituzionale che si vuole implementare: anche in tema di libertà di espressione, allora, lo sviluppo procedurale delle prime dipende dalle "ragioni" sostanziali identificate dai giudici nell'ambito del caso (o del "fatto sociale") oggetto del giudizio. D'altro canto, in un processo circolare di reciproca influenza, l'evoluzione della tecnica argomentativa contribuisce a identificare il livello di protezione della libertà costituzionale.

In questo senso, allora, non può prescindersi dall'analisi della lunga marcia giurisprudenziale della Corte Suprema in tema di *freedom of speech*, un cammino che ha risentito dei diversi contesti storici e delle impostazioni teoriche di volta in volta presenti in seno alla Corte¹⁸. Solo a seguito di questa descrizione giurisprudenziale potrà essere chiarito il rapporto tra argomentazioni e livello di tutela della libertà e, più in particolare, la particolare teoria della libertà di espressione accettata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America. Pur senza anticipare quanto si dirà in conclusione, non pare del tutto appropriato ritenere che la frammentazione delle dottrine giurisprudenziali abbia portato ad un *framework* teorico sostanzialmente contraddittorio ed incoerente. E' vero piuttosto il contrario: le particolari tecniche argomentative che la Corte Suprema ha sviluppato, individuano una panoplia di strumenti utili agli stessi giudici per attuare una pre-comprensione forte della libertà di espressione, che lambisce, in alcuni casi problematici, i preoccupanti lidi del dogmatismo ideologico.

2. Il Primo Emendamento come clausola di ripartizione verticale delle competenze e dottrina della "incorporazione"

Il punto di partenza della moderna *First Amendment Jurisprudence* coincide con l'applicazione estensiva del divieto previsto dal Primo Emendamento alle entità federate. Il tenore letterale della disposizione (*Congress makes no law*)¹⁹ e la genesi storica della disposizione portano a ritenere, infatti, che l'inserimento del *Bill of Rights* abbia rappresentato, storicamente, una concessione alle istanze antifederaliste, che temevano che il mancato inserimento di un esplicito *Bill of Rights* in una Costituzione istitutiva di un forte governo centrale avrebbe portato i cittadini americani alle *chains of despotism*²⁰.

16 K. M. Sullivan, *Categorization*, cit., p. 241.

17 In tal senso C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione*, cit., p. 286.

18 Sul punto v. A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2002, pp. 26-27.

19 Così il Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti (*Bill of Rights* del 1791): "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances".

20 V. *Letters of Centinel* II, in *The complete Anti-federalist*, Vol. II, Chicago-Londra, 1981, p. 144.

In effetti, almeno in origine, la mancata introduzione di una Carta dei diritti poteva essere giustificata alla luce della particolare teoria federalista della sovranità popolare, che considerava per un verso illegittimo, per un altro superfluo, l'esplicito inserimento a livello costituzionale di una dichiarazione di diritti: secondo questa prospettiva, nel mandato che i Costituenti erano chiamati a soddisfare vi era, anzitutto, il compito di creare un forte Stato centrale dalle competenze enumerate e distribuite sia orizzontalmente (tra i poteri) che verticalmente (tra centro e periferia). In quest'ottica, l'esercizio di ulteriori competenze sarebbe andato oltre al mandato conferito ai delegati dalle convenzioni statali e in ultimo, dallo stesso corpo elettorale²¹.

In tal senso, un eventuale *Bill of Rights* avrebbe rappresentato un eccesso di delega, oltre che un'inutile superfetazione: non solo, infatti, i diritti individuali risultavano comunque protetti dalle dichiarazioni statali, ma sarebbe risultato incongruente riconoscere al titolare della sovranità una lista enumerata di situazioni soggettive: il popolo ("we the people") infatti "(...) retain everything, (...) have no need of particular reservations"²².

Una carta dei diritti, quindi, nel negare espressamente qualsiasi intervento della autorità in materia di diritti individuali, avrebbe paradossalmente portato ad affermarne una implicita competenza federale, allargando pericolosamente il raggio di azione della federazione: dal divieto di limitare la libertà di stampa (o di espressione) si sarebbe potuto trarre, *a contrario*, un ampio potere di regolazione²³.

A fronte di tali assunti, gli antifederalisti evidenziavano lo stretto legame tra la creazione di un potere centrale e il riconoscimento costituzionale di diritti individuali²⁴: se l'inserimento di norme sull'organizzazione del potere statale all'interno di un documento non modificabile dalla semplice regola di maggioranza stabilizza l'istituzione dell'autorità politica, la mancata previsione di diritti individuali poteva tradursi, allora, in un "(...) general government [with] (...) very extensive powers (...) complete and unlimited, over the purse and the sword"²⁵. Le argomentazioni antifederaliste sottolineavano, quindi, la necessità di una previsione normativa, nel corpo della Costituzione, che riconoscesse definitivamente l'assenza di competenza dell'autorità centrale nei confronti di alcune libertà individuali, riservando, d'altro canto, un potere di intervento residuale alle entità statali²⁶. Le istanze

21 Argomentazioni a difesa del mancato inserimento in Costituzione della Carta dei diritti possono essere lette in A. Hamilton nel *Federalist* n. 84, in A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *The federalist (with the letters of Brutus)* (1788), Cambridge MA, 2003, 416 e ss.

22 Così A. Hamilton, cit. ult., p. 419, che sottolinea la differenza tra il *Bill of Rights* del 1689 e la Costituzione americana. Rispetto alla Carta inglese dei diritti, *stipulation* tra il re e i suoi sudditi che implicitamente attribuisce al Re le prerogative non elencate, la Costituzione degli Stati Uniti, in quanto patto tra (eguali) consociati, individua un assetto inverso: i *privileges* che non siano espressamente menzionati in Costituzione appartengono agli individui, mentre al governo centrale spettano solo le competenze espressamente enumerate.

23 In questo senso A. Hamilton, cit. ult., p. 420, secondo un approccio che riecheggia la teoria dei poteri impliciti della Federazione, nei confronti dei singoli Stati, espressa dall'ultimo comma dell'art. 1, sez. VIII. Per quanto concerne la *freedom of the press*, un eventuale divieto di intervento gravante sulla federazione "(...) would furnish, to men disposed to usurp, a plausible pretence for claiming the power. (...) The provisions against restraining the liberty of the press afforded a clear implication, that a power to prescribe proper regulations concerning it, was intended to be vested in the national government". L'argomento ritorna in tutta la letteratura federalista: cfr. quanto affermato da J. Wilson, secondo il quale l'eventuale introduzione di una *press clause* "might have been construed to imply that some degree of power was given, since we undertook to define its extent" (*James Wilson's Speech at a Public meeting*, in *The Debate on the Constitution: Federalist and Antifederalist Speeches, Articles and Letters During the Struggle over Ratification: Part One, September 1787 – February 1788*, Vol. I, New York, 1993, p. 64).

24 "Of rights, some are natural and unalienable, of which even the people cannot deprive individuals: some are constitutional or fundamental; these cannot be altered or abolished by the ordinary laws" (*Letters from the Federal Farmer II*, in *The complete Anti-federalist*, cit., p. 232).

25 *Letters from the Federal Farmer II*, *ibidem*.

26 La non casualità del riferimento al divieto per il solo "Congresso" si desume anche dalla bozza del *Bill of Rights*, presentata l'8 giugno del 1789 da James Madison. Questa conteneva due distinte previsioni, relative entrambe alla *freedom of the press* e alla *freedom of speech*: mentre la prima tutelava le situazioni soggettive

contro-maggioritarie incorporate nei successivi emendamenti costituzionali risultavano, dunque, in gran parte assorbite dall'istanza antifederalista di distribuzione verticale di competenze, senza coinvolgere gli enti federati.

Solo a partire dagli anni '20 dello scorso secolo la dottrina dell'incorporazione porterà un'applicazione estensiva del divieto previsto dal Primo Emendamento. L'assenza di un esplicito divieto di interferenza statale sulla situazione soggettiva lascerà, per tutto il XIX sec., l'individuazione concreta dei confini della libertà ai diversi ordinamenti delle varie comunità statali²⁷. Tale situazione non muterà neanche quando, nel 1868, all'indomani della guerra di secessione²⁸, sarà introdotto nella Costituzione il XIV emendamento che pone il divieto, per i singoli stati, di privare i cittadini dei rispettivi "(...) *privileges*" o "*immunities*"²⁹ (c.d. *immunity clause*).

Nonostante l'esplicita dizione dell'emendamento, la Corte Suprema, in una decisione di pochi anni successivi alla modifica costituzionale³⁰, esclude la possibilità di includere (*incorporate*) il Primo Emendamento nel XIV em.: né la *privileges and immunity clause* che, nell'intenzione originaria, mirava proprio ad estendere l'applicabilità dei limiti contenuti nel *Bill of Rights* agli stati membri, né la *due process clause*³¹ avrebbero consentito una lettura estensiva delle libertà costituzionali.

Nonostante il primo *dictum* non sia stato mai formalmente smentito³², sarebbe stata invece proprio la *due process clause* a consentire l'estensione generalizzata del divieto di cui al Primo Emendamento ai singoli stati. L'integrazione ermeneutica avverrà attraverso due sostanziali passaggi: dapprima tramite l'inclusione nel XIV em. della *freedom of speech* e *freedom of the press* con riferimento ai legislatori statali e, in un secondo momento, in relazione alle istituzioni diverse dal legislatore capaci comunque di incidere, a vario titolo, sul contenuto della libertà.

Quanto al primo profilo, in *Gitlow v. New York*, la Corte statui come "we may and do assume that freedom of speech and of the press which are protected by the First

ve solo dall'azione federale, la seconda mirava a salvaguardare le due situazioni soggettive dall'ingerenza dei singoli Stati. Questa seconda parte non sarà approvata durante i lavori del Senato, lasciando le situazioni soggettive alla libera determinazione del diritto statale. Sul punto cfr. la ricostruzione offerta da D. Anderson, *The Origin*, cit., pp. 180 e ss.

27 La Corte Suprema statui espressamente, nel 1833, in *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, l'inapplicabilità del *Bill of Rights* agli stati sulla base di due argomenti: il primo di natura teleologica, secondo cui "[t]he Constitution was ordained and established by the people of the United States for themselves, for their own government, and not for the government of the individual states" (32 U.S. 247, p. 247); il secondo di natura testuale, relativo alla mancata menzione di un esplicito divieto diretto agli stati (*Barron*, cit. pp. 248-249). Per un'opinione diversa cfr. invece G. Bognetti, *La libertà di espressione nella giurisprudenza nord-americana*, Milano, 1958, p. 13, che, sulla scorta dell'*excursus* storico di Z. Chafee Jr., *Free speech in the United States*, Cambridge MA, pp. 506-507, riteneva irrilevante la mancata estensione del divieto costituzionale agli Stati per l'assenza, durante tutto l'Ottocento, di condanne per "manifestazioni offensive e dannose alla sicurezza e al prestigio dello stato".

28 Il XIII, il XIV e il XV em. sanciscono la fine della schiavitù e l'ingresso nella sfera pubblica dei *freed slaves*. In particolare, il XIV em. contribuirà alla ridefinizione del significato del I em. che, da ripartizione di competenze tra Federazione ed entità federate, esprimerà la nuova esigenza di protezione delle situazioni soggettive espressamente enumerate dai possibili abusi della *majority rule*. Sul punto v. A.R. Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, New Haven - London, 1998, pp. 242 e ss.

29 Il XIV em. contiene una pluralità di disposizioni. La prima diretta al riconoscimento della cittadinanza a tutti i soggetti "(...) *born or naturalized*" negli Stati Uniti. La seconda, lo si è appena visto, è la citata *immunity clause*, mentre la terza applica direttamente agli stati la garanzia del *due process of law*. L'ultima previsione, infine, riconosce il principio di eguaglianza davanti alla legge (*equal protection clause*).

30 Cfr. *Slaughter - House Cases*, 83 U.S. 36 (1873).

31 Il caso riguardava la contestazione, portata avanti da alcuni macellai della Louisiana, di una concessione amministrativa in esclusiva alla locale *slaughterhouse*. La decisione si basò un'interpretazione restrittiva dell'emendamento, letto alla luce della mera volontà abolizionista del Congresso (*Slaughter-House Cases*, cit., pp. 67-41).

32 Una parziale eccezione si è avuta in *Sanz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999), con riferimento alla libertà di circolazione.

Amendment from abridgment by Congress are among the fundamental personal rights and 'liberties' protected by the due process clause of the Fourteenth Amendment from impairment by the States"³³.

Nonostante l'esplicito riconoscimento, i giudici non sanzionarono l'intervento statale, ritenuto anzi legittimo sulla scia della cd. *bad tendency doctrine* (sul punto v. *infra*): solo due anni più tardi, infatti, i giudici dichiararono incostituzionale una legge statale restrittiva della *freedom of speech*³⁴.

L'estensione del Primo Emendamento nei confronti di tutte le istituzioni pubbliche fu sancita, invece, in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*³⁵, ove la Corte dichiarò espressamente come il XIV emendamento proteggesse i cittadini "(...) against the states itself and all of its creatures"; in effetti "(...) small and local authority may feel less sense of responsibility to the Constitution, (...) but none who acts under color of law is beyond reach of the Constitution"³⁶.

3. Funzione politica contro-maggioritaria della libertà di espressione. Dottrina del clear and present danger e rifiuto della giurisprudenza "meccanica"

Contestualmente all'estensione del divieto di limitazione della libertà di espressione agli enti federati la libertà di manifestazione del pensiero acquista, nelle argomentazioni dei giudici della Corte, un rilievo politico, danno inizio alla moderna *First Amendment Jurisprudence*. Come si vedrà, in alcune storiche opinioni dissenzienti la libertà costituzionale assume un rilievo di opposizione contro-maggioritaria e, contestualmente, una funzione di canalizzazione del dissenso.

In effetti, proprio in relazione ad alcuni giudizi relativi all'applicazione dell'*Espionage Act* del 1917³⁷, la Corte manipola l'assolutezza della prescrizione costituzionale, ritenendo

33 Cfr. *Gitlow v. New York* 268 U.S. 652 (1925), p. 666, caso che ebbe particolare eco nella cronaca di quegli anni per la condanna del leader del movimento socialista (su cui G. Bognetti, *La libertà di espressione*, cit., p. 27). Con tale pronuncia la Corte smentiva l'*obiter* contenuto in *Prudential Ins. Co. v. Cheek* 259 U.S. 530 (1922), p. 543, secondo cui "(...) neither the Fourteenth Amendment nor any other provision of the Constitution of the United States imposes upon the states any restrictions about 'freedom of speech' or the 'liberty of silence'; nor, we may add, does it confer any right of privacy upon either persons or corporations".

34 V. *Fiske v. Kansas*, 274 U.S. 380 (1927), con cui la Corte dichiarò incostituzionale una legge del Kansas che sanzionava il *criminal syndicalism* e, più in generale, quelle dottrine che "(...) advocates crime, physical violence, arson, destruction of property, sabotage, or other unlawful acts or methods as a means of accomplishing or effecting industrial or political ends, or as a means of effecting industrial or political revolution, or for profit (...)". Il caso anticipò *Stromberg v. California* 283 U.S. 359 (1931), che smentì, con una *overruling*, *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907), unica decisione che ha avallato, nella giurisprudenza della Corte, una visione blackstoniana della libertà di espressione quale assenza di *prior restraints*.

35 Cfr. *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Il caso, relativo alla libertà di coscienza e coinvolgente solo indirettamente la *freedom of speech*, riguardava l'obbligo imposto a tutti gli alunni da parte del provveditorato della *West Virginia* di salutare la bandiera nazionale (sul punto anche *infra*). La Corte si pronunciò a favore della richiesta di ingiunzione cautelare avanzata dai genitori degli alunni (tutti testimoni di Geova), rilevando come "(...) the action of the local authorities in compelling the flag salute and pledge transcends constitutional limitations on their power and invades the sphere of intellect and spirit which it is the purpose of the First Amendment to our Constitution to reserve from all official control" (ivi, p. 642). Un accenno all'*absorption* del I em. nel XVI em., e alla sua necessaria applicazione generalizzata, si ebbe già in un *obiter dictum* di *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940) p. 593, decisione poi *overruled* dalla stessa *Barnette*.

36 *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, cit., pp. 637-638.

37 L'atto, che puniva qualsiasi ostacolo al reclutamento militare, nonché la divulgazione di notizie essenziali alla difesa nazionale, fu poi modificato nel 1918 dal *Sedition Act*, diretto a sanzionare ogni espressione "sleale profana, scurrile o abusiva riguardo alla forma di governo o alla Costituzione statunitense", così come "ogni discorso inteso a disprezzare, schernire, vilipendere, o screditare la forma di governo degli Stati Uniti". Su tali vicende v. gli ormai classici lavori di Z. Chafee JR, *Free speech in the United States*, cit., pp. 36 e ss.,

legittima ogni limitazione che colpisca le espressioni “(...) impiegate in tali circostanze e (...) di una tale natura da creare un pericolo chiaro ed attuale che il Congresso ha il diritto di prevenire. Si tratta di una questione di prossimità e grado”³⁸.

La *clear and present danger doctrine* è, tuttavia, una dottrina flessibile, capace di dare, in sede applicativa, esiti opposti, quanto meno in termini di garanzia del diritto³⁹: essa, infatti, risente dei due orientamenti presenti in seno alla Corte a cavallo degli anni '20 del secolo scorso. Da una parte i “moderati” (o liberal-conservatori) “cresciuti nella fede che il complesso degli ordinamenti politico-giuridici con cui l’America si reggeva rappresentasse la sistemazione razionale dei rapporti sociali”⁴⁰; dall’altra i progressisti libertari, che ritenevano la libertà di parola “strumento indispensabile per un libero formarsi della volontà popolare”, fiduciosi, più in generale, che la “verità” avrebbe sempre trionfato sull’errore nelle libere discussioni⁴¹.

Così, in *Schenk v. United States*⁴², *Frohwerk v. United States*⁴³, in *Debs v. United States*⁴⁴ vengono confermate condanne per la semplice tendenza (*bad tendency*) delle espressioni a causare, in un prossimo ma indefinito futuro, il rovesciamento dell’ordinamento costituito. Secondo questa prospettiva, la parola avrebbe una vera e propria “potenza causale”, capace di sovvertire le istituzioni e, per questo, di giustificare l’incriminazione non solo dell’istigazione, ma anche dell’apologia e di tutti gli attacchi critici che manifestino la mera intenzione di provocare l’evento proibito dalla legge⁴⁵. Tale assunto ha precise conseguenze istituzionali: con un argomento che sarà reso esplicito nella giurisprudenza maccartista, è il legislatore cui compete, in prima battuta, introdurre deroghe alla disposizione costituzionale, tanto più quando, come in tempo di guerra, determinate espressioni possono essere d’ostacolo “allo sforzo della nazione”⁴⁶.

In alcune, successive *dissenting opinions*⁴⁷, lo stesso redattore della *clear and present danger doctrine* muta il paradigma di riferimento: la valutazione della pericolosità deve essere considerata alla luce della probabilità effettiva di realizzare l’evento dannoso. Ogni idea, infatti, se espressa con eloquenza e con convinzione, può essere di per sé un incitamento, e non per questo essere sanzionata; piuttosto, le circostanze concrete devono confermare che vi sia un nesso eziologico, empiricamente verificabile, tra la condotta e l’evento prospettato⁴⁸. In questo senso, la diversa formulazione sostanziale del “pericolo chiaro e imminente” ha delle evidenti conseguenze istituzionali: se la condotta deve essere valutata sempre in relazione alle circostanze di fatto, è al giudice (e non più al legislatore) che spetta la valutazione finale sull’idoneità causale delle espressioni rispetto all’evento minacciato. In effetti, “[l]a valutazione del pericolo fatta dal legislatore, il suo giudizio sulla necessità di emanare una legge che reprima l’*advocacy* di un determinato

G. Bognetti, *La libertà di espressione nella giurisprudenza nord-americana* cit., pp. 25-28, A. Reposo, *La disciplina dell’opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d’America*, Padova, 1977, pp. 89-108, nonché, più recentemente, C. Bologna, *Difendere la Costituzione o difendere i suoi nemici? Il caso del Maccartismo*, in *Quad. fior.*, 2009, pp. 807 e ss.

38 *Schenk v. United States* 249 U.S. 47, 52 (1919): “[l]a più ampia tutela della libertà di espressione non sarebbe comunque in grado di difendere un uomo che grida falsamente al fuoco in un teatro affollato”.

39 Sul punto cfr. anche Z. Chaffee, *Free speech*, cit., p. 136.

40 Così G. Bognetti, op. cit., p. 21.

41 G. Bognetti, *La libertà di espressione*, cit. p. 23. Cfr. sul punto *Abrams*, Holmes, *dissenting*, p. 630: “the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out”.

42 *Schenk v. United States*, cit.

43 *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919).

44 *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919).

45 Sul punto anche G. Bognetti, op. cit., p. 16, nt 18.

46 *Schenk*, cit., p. 52.

47 Cfr. Holmes, *dissenting* in *Abrahms v. United States* 250 U.S. 616 (1919), pp. 624 e ss., *Gitlow v. New York*, cit., pp. 672 e ss.

48 Cfr. *Gitlow*, cit., Holmes *dissenting*, p. 673.

illecito non basta: il giudice, a tutela della libertà dell'individuo, deve accertare il grave pericolo nella situazione concreta".⁴⁹

Queste decisioni precedono, di pochi anni, la compiuta elencazione degli interessi richiamati nella *concurring opinion* del giudice Brandeis in *Whitney v. California*⁵⁰. Qui, dietro la *fictio* in chiave retorico-persuasiva dell'*original intent*, per la prima volta un membro della Corte suprema definisce gli interessi serviti dalla fattispecie costituzionale, tra cui la realizzazione individuale che deriva dall'esercizio di un diritto di libertà⁵¹, il contributo che la diffusione delle idee porta allo sviluppo delle verità politiche e, più in generale, il processo di stabilizzazione dell'autorità politica conseguente al riconoscimento della libertà di espressione quale valvola di sfogo del dissenso⁵².

Enunciata la teoria, si pongono le basi per la dottrina: se è vero che solo l'emergenza nazionale può giustificare l'intervento repressivo, quest'ultimo non deve essere eccessivamente ("unduly") rigido ("harsh") e oppressivo ("oppressive"). In tal senso, l'eventuale presenza di un interesse antinomico non legittima di per sé la limitazione, che deve comunque passare indenne ad uno scrutinio di proporzionalità: pur lontana dalle logiche del bilanciamento che entreranno esplicitamente nei protocolli di giudizio un paio di decenni più tardi, l'opinione concorrente del giudice Brandeis lega, per la prima volta, la scelta a favore di uno degli interessi in conflitto ad uno scrutinio di proporzionalità. La *concurring opinion* pone, così, le basi per un ulteriore *topos* ricorrente nella giurisprudenza americana in tema di *freedom of speech*: l'intervento limitativo non dovrà solo superare lo scrutinio frontale di legittimità, ma spetta ai giudici verificare se, nel caso concreto, vi sia una "(...) probability of serious injury to the State". In altri termini, ogni "statute", anche se "(...) not void on its face, may be challenged because invalid as applied"⁵³.

3.1. *L'inclusione costituzionale del discorso simbolico. Lo scrutinio sull'impatto comunicativo dell'espressione e sulla ratio dell'intervento limitativo*

La *concurring opinion* del giudice Brandeis rappresenta una svolta nella giurisprudenza della Corte Suprema; per un verso, infatti, segna il definitivo abbandono della giurisprudenza "meccanica" e, conseguentemente, di qualsiasi approccio logico-formale, in tema di diritti di libertà. Queste pronunce si lasciano alle spalle, infatti, un giudizio di conformità tra oggetto e parametro costituzionale per anticipare un vero e proprio giudizio di compatibilità tra interessi perseguiti dalla pubblica autorità e interessi sottesi alla disposizione costituzionale. Questa nuova forma di *adjudication* delle libertà costituzionali abbandonano, progressivamente, il riferimento esclusivo al termine *speech*, e alla mera consistenza verbale della comunicazione. D'altro canto, esse segnano la progressiva inclusione del dissenso nella cornice costituzionale e la ridefinizione dei diritti di libertà come istanze difensive e contro-maggioritarie⁵⁴. Come è stato affermato dalla stessa Corte

49 G. Bogneri, *La libertà di espressione*, cit., p. 18.

50 *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), pp. 372 e ss., Brandeis *concurring opinion*. In verità già Holmes, *dissenting in Abrams*, cit., p. 630, collega l'ampio riconoscimento costituzionale della libertà costituzionale con il principio pluralista del *free trade of ideas*, fondamento ultimo della "(...) theory of our Constitution". La stessa Costituzione sarebbe un esempio di pragmatismo politico: il testo costituzionale è "(...) an experiment, as all life is an experiment. Every year, if not every day, we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge". Evidente l'approccio empirico-consequenzialista tipico del movimento realista: cfr. il manifesto di J. Dewey, *Logical Method and Law* (1924), trad. it. *Metodo logico e diritto*, in *Il diritto come profezia*, cit., pp. 35 e ss.

51 M. H. Redish, *The Value of Free Speech*, 130 U. PA. L. Rev. 591 (1982), p. 593.

52 Brandeis, *concurring opinion*, cit., pp. 375-377.

53 Brandeis, *concurring opinion*, cit. ult., p. 378.

54 E' stata messa in luce, tuttavia, la possibilità di marcare una differenza tra l'approccio liberal-progressista

Suprema con riferimento al mancato saluto della bandiera, lo scopo del *Bill of Rights* è quello di “sottrarre certe materie dalle controversie politiche”, elevandole a “principi normativi che spetta alle Corti applicare”: il diritto di proprietà, la libertà di espressione, il diritto alla vita non sono soggetti “al voto”, e non possono dipendere, quindi, dai “risultati elettorali”⁵⁵. A meno di non relegare la libertà di manifestazione del pensiero ai margini della dialettica istituzionale, trasformandola in una “shadow freedom”, la natura contro-maggioritaria richiede la sua più ampia tutela quando sono in gioco questioni che toccano i simboli “(...) dell’ordine sociale esistente”. E’ questa, in fondo, l’unica nozione coerente con la forma di stato statunitense, che respinge qualsiasi “concetto mistico (...) di Stato”. Il *Bill of Rights* ha, infatti, la funzione di negare qualsiasi “imposizione autoritaria del consenso”: è l’Autorità “che deve essere controllata dalla pubblica opinione”, non il contrario⁵⁶.

Da *Barnette* in avanti, allora, e pur con qualche incertezza, l’applicazione logico-deduttiva della disposizione costituzionale non è sufficiente perché, ad esempio, non riesce a fornire tutela costituzionale al *symbolic speech*, “primitivo ma efficace modo di comunicare idee”. L’utilizzo di un “emblema o di una bandiera per simbolizzare (...) idee, istituzioni, o la propria personalità” è una “scorciatoia” per la creazione di un nesso comunicativo “di pensiero in pensiero” (“from mind to mind”)⁵⁷.

Eppure, l’apertura al “discorso simbolico” non comporta, automaticamente, una sua tutela assoluta: in *U.S. v. O’Brien*, si tenterà, infatti, di porre le basi per un giudizio di prevalenza tra effetti comunicativi e non comunicativi della condotta, con un diverso livello di scrutinio a seconda dell’esito dell’indagine e avallando, implicitamente, una protezione costituzionale limitata all’essenza “verbale” della comunicazione⁵⁸. La Corte è perentoria: non può essere accettata l’idea che ogni condotta possa essere etichettata (“labeled”) *speech* solo perché volta, genericamente, alla comunicazione di un’idea. Viceversa, qualora elementi verbali e non-verbali “siano combinati nella stessa condotta”, è sufficiente, affinché lo scrutinio giudiziale sia soddisfatto, che la pubblica autorità abbia un interesse sufficientemente importante per regolare gli elementi “non comunicativi”⁵⁹. Lo *standard* (o *test*) da applicare consisterà, quindi, in un giudizio triadico, relativo all’importanza dell’interesse che sostiene la limitazione, alla sua generica finalità (l’intervento non deve mirare alla soppressione del momento comunicativo) e, qualora vi sia comunque una incidentale restrizione della “First Amendment freedom”, alla sua proporzionalità (“greater than is essential to the furtherance of the interest”⁶⁰). In tal senso, nonostante la pronuncia attribuisca rilevanza decisiva al tipo di condotta, il riferimento allo scopo della regolazione richiama la necessità del confronto tra la *ratio* della disposizione legislativa e gli interessi serviti dalla libertà costituzionale: dopo aver comunque valutato

delle *opinions* di Holmes, particolarmente attento alla tutela difensiva dell’individuo rispetto agli sconfinamenti autoritari delle istituzioni politiche, e le argomentazioni del giudice Brandeis, precursore di una concezione “repubblicana” della libertà di espressione, percepita come strumento positivo di partecipazione alla creazione della sfera pubblica. In questi termini, C. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, 1993, pp. 23 e ss.

55 *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, cit., p. 638.

56 *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, cit., rispettivamente pp. 642 e 641.

57 Così *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, cit., p. 632. In verità, la prima apertura al *symbolic speech* si ha in *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931), con riferimento alla condanna di un militante della *Young Communist League* per aver esposto una bandiera rossa. Sulla funzione del “discorso simbolico” nella società democratica, diffusamente, E. Stradella, *La libertà di espressione politico-simbolica e suoi limiti: tra teorie e “prassi”*, Torino, 2008, pp. 59 e ss.

58 *U.S. v. O’Brien*, 391 U.S. 367 (1968). Il caso nasce dalla condanna in primo grado di un cittadino per aver dato fuoco, nell’ambito di una manifestazione pacifista, alla cartolina di precetto, in applicazione dell’*Universal Military Training and Service Act*.

59 *U.S. v. O’Brien*, cit., p. 376.

60 *U.S. v. O’Brien*, cit. p. 377. L’*O’Brien test* è il primo esempio di *intermediate scrutiny*. Sul punto v. però *infra*.

l'impatto comunicativo dell'azione, l'indagine giudiziale vira dall' "ontologia" dell'oggetto di libertà alla teleologia degli interessi sottesi alla regolazione⁶¹. E' l'esito della verifica teleologica sulla direzione dell'intervento che giustifica la *judicial deference*: qualora, infatti, la disciplina abbia come scopo la limitazione del Primo Emendamento, lo scrutinio dovrebbe farsi stretto, ristabilendosi il rapporto tra la regola della tutela costituzionale e l'eccezione dei suoi limiti⁶².

La valutazione sul carattere "comunicativo" dell'azione rimanda, in realtà, all'inquadramento dell'interesse pubblico perseguito; tale valutazione è evidente in alcune decisioni immediatamente successive a *O'Brien*, ove la Corte, pur senza procedere ad un *overruling* di quest'ultima pronuncia (che anzi pone le basi per l' "intermediate scrutiny" sugli interventi normativi non diretti al contenuto espressivo - *content neutral* -), estende il concetto di espressione rilevante ai fini della tutela costituzionale.

La ricostruzione dell'interesse deve essere svolta, chiaramente, alla luce delle circostanze concrete: così, il divieto di portare una fascia al braccio imposto da un *board* scolastico, durante la guerra del Vietnam e successivamente ad un *town meeting* pacifista che decide di manifestare la propria ostilità verso la guerra vestendo una fascia nera al braccio, è indice di un intento restrittivo. Non è un caso, allora, che la nozione di contenuto comunicativo sia un concetto elastico capace di trovare espansione a seconda degli interessi in gioco e del relativo contesto spazio-temporale: indossare una fascia nera al braccio è, quindi, "pure speech", "which (...) is entitled to comprehensive protection under the First Amendment."⁶³ Non è un caso, allora, che *Cohen v. California*, sottolinei come ogni espressione abbia una duplice funzione comunicativa: da un lato una funzione cognitiva, volta a diffondere nozioni, dall'altro una funzione emotiva volta a trasmettere semplici stato d'animo⁶⁴.

Lo scrutinio sulla portata comunicativa della condotta va rapportato alle circostanze di fatto, dovendo essere dimostrato sia un intento soggettivo di comunicare un messaggio, sia una condizione oggettiva di comprensibilità da parte di chi assiste all'azione (cd. *Spence test*)⁶⁵.

Lo "Spence test" segnerà la definitiva equiparazione del *symbolic speech* allo *speech* tradizionale, e verrà affinato, con riferimento al *flag burning*, in *Texas v. Johnson*⁶⁶. In tal

61 J.H. Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis* in 88 *Harvard Law Review* 1482 (1975), p. 1496: "[h]ere the Court shifts from ontology to teleology. It abandons its earlier suggestion that the constitutional answer can be found by examining O'Brien's act (...) and suggests instead an inquiry into whether the governmental interest or interests that support the regulation are related to the suppression of expression." Sul punto v. anche T. I. Emerson, *The System of Freedom of Expression*, New York, 1971, p. 84, che tuttavia dà linfa alla propria critica sostenendo la distinzione *action/expression*: la decisione sarebbe, quindi, errata perché "(...) it seems quite clear that the predominant element in such conduct is expression (opposition to the draft) rather than action (destruction of a piece of cardboard)".

62 Così J. H. Ely, cit., p. 1484, che anticipa, per molti versi, il tipo di scrutinio che la Corte adotta, tuttora, per le limitazioni *content based*. Oltre ad Ely, cfr. L. H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., pp. 789 e ss, che riconosce l'impossibilità di ricostruire *ex ante* una teoria onnicomprensiva della libertà di espressione, e ribadisce l'importanza di una ricostruzione *ex post* basata su una *two track analysis* (su cui *infra*).

63 Cfr. *Tinker v. Des Moines School District*, 393 U.S. 503, pp. 505-506 (1968), che ribalta il precedente giudizio delle corti inferiori sulla legittimità di una *policy* scolastica che vietava agli alunni di portare al braccio fasce nere in segno di protesta contro la guerra nel Vietnam.

64 Cfr. *Cohen v. California* 403 U.S. 15, p. 26 (1971). In tal senso, "[w]e cannot sanction the view that the Constitution, while solicitous of the cognitive content of individual speech, has little or no regard for that emotive function which, practically speaking, may often be the more important element of the overall message sought to be communicated".

65 Cfr. *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974), p. 411, che dichiara l'incostituzionalità di una legge dello Stato di Washington, che vietava l'apposizione di qualsiasi tipo di simbolo sulla bandiera nazionale.

66 Cfr. *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397 (1989) pp. 403-404, ripresa poi in *U.S. v. Eichman* 496 U.S. 310 (1990). Sul *flag burning* cfr. R. Nania, *La Corte suprema, la libertà di espressione delle idee ed il pubblico flag burning*, in *Giur. cost.*, 1990, pp. 1750 e ss.

caso, l'intento comunicativo dell'atto di bruciare la bandiera nei pressi della *convention* presidenziale del Partito Repubblicano evidenzia la *ratio* autoritaria di una legge che mira a unificare, attraverso la tutela dei simboli, il sentimento nazionale e l'integrità della nazione. In questo contesto, anche una condotta che non consista in una mera comunicazione verbale, ma che pure abbia un alto contenuto espressivo, può ricevere tutela costituzionale; il principio cardine della libertà di espressione richiede, infatti, di includere il dissenso politico nella cornice costituzionale, indipendentemente dal mezzo espressivo utilizzato; la stessa bandiera, infatti, lungi dal richiamare una nozione sacrale di autorità, individua nel pluralismo delle idee una delle condizioni di legittimità del sistema democratico⁶⁷.

3.2. *Eccezioni dissociative: low value speech e operazioni di defining out*

La dimensione verbale della condotta non è sufficiente a conferirle valore costituzionale: come si è appena visto, l'accezione semantico-letterale del Primo Emendamento è inadeguata per difetto (*underinclusive*) a delimitare le azioni costituzionalmente rilevanti⁶⁸, perché esclude espressioni comunque meritevoli di protezione costituzionale. D'altro canto, la semplice applicazione logico-deduttiva della disposizione è inadeguata per eccesso (*overinclusive*) a disegnare il confine del costituzionalmente protetto, perché ricomprenderebbe espressioni che sono "di così basso valore per il raggiungimento della verità che qualsiasi beneficio possa derivare" dalla loro diffusione "è chiaramente superato dall'interesse sociale nell'ordine e nella moralità"⁶⁹.

Il *dictum* implica un procedimento di natura induttiva che definisce una serie di categorie dal basso valore espressivo non meritevoli di tutela costituzionale. A partire dal caso concreto, i giudici hanno evidenziato le proprietà rilevanti di alcune forme espressive sino a creare, per via di astrazioni generalizzatrici, "eccezioni" alla libertà di manifestazione del pensiero, vere e proprie regole costitutive di natura derogatoria rispetto al divieto espresso dal Primo Emendamento⁷⁰. Queste operazioni di *defining out* rispetto allo spazio semantico della libertà di manifestazione non individuano singole categorie espressive che non servano alcuno dei valori incorporati nel disposto costituzionale⁷¹.

Così, in relazione ad una legge del *New Hampshire* che vietava espressioni pubblicamente offensive nei confronti di terzi, la Corte Suprema ha chiaramente affermato che le parole che, per il fatto stesso della loro diffusione, provocano un danno ("injury") o creano un "turbamento per l'ordine pubblico" ("breach of the peace"), si collocano al di fuori dello spettro del Primo Emendamento⁷²; a detta della Corte, infatti, le cd. *fighting words* fanno parte di quelle ben definite classi di *speech* la cui repressione non ha mai sollevato "any Constitutional problem"⁷³.

Le eccezioni alla regola di libertà non si esauriscono nelle *fighting words*: così, in relazione ad una norma del codice penale dello stato dell'Illinois che puniva l'esibizione di spettacoli, litografie, immagini lesive dell'identità culturale, razziale o religiosa dei cittadini, la Corte Suprema ha escluso che la diffamazione di gruppo (cd. *group libel*) potesse

⁶⁷ *Texas*, cit., p. 419.

⁶⁸ V. sul punto F. Schauer, *Free speech, A Philosophical enquiry*, New York, 1982, pp. 13 e ss

⁶⁹ *Chaplinsky, v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), p. 572.

⁷⁰ Così F. Schauer, *Exceptions*, in 58 *U. Chi. L. Rev.*, 871 (1991) pp. 876-877.

⁷¹ F. Schauer, *Categories and the First Amendment: a Play in Three Acts*, in 34 *Vand. L. Rev.*, 265, p. 280.

⁷² *Chaplinsky v. New Hampshire*, cit.

⁷³ *Chaplinsky*, cit., p. 574. Il *dictum* è stato comunque oggetto di applicazioni successive piuttosto restrittive. Ad esempio, pochi anni dopo, in *Terminiello v. Chicago*, 337, U.S. 1 (1949), la Corte Suprema ha annullato la condanna di un attivista dei "Veterani Cristiani d'America" che, in un pubblico comizio, aveva accusato alcune minoranze razziali di realizzare attività contrarie al benessere della nazione.

rientrare nella libertà di espressione⁷⁴; così come l'insulto o l'espressione offensiva diretta al singolo individuo non può godere di tutela costituzionale, analogamente non possono essere considerate esercizio di libertà le forme espressive che causano un forte impatto emotivo nei confronti dei destinatari della propaganda, sino a privare gli appartenenti a gruppi minoritari dell' "eguale diritto a esercitare le proprie libertà"⁷⁵. Rientra, quindi, nella discrezionalità dell'autorità politica escludere dal discorso pubblico quelle opinioni che impediscono che venga mantenuto l'ordine in una comunità "metropolitana" e "poliglotta"⁷⁶.

L'individuazione di eccezioni interne⁷⁷ alla libertà di espressione si basa su tecniche decisionali che costituiscono "regole trincerate"⁷⁸, vere e proprie generalizzazioni prescrittive tendenzialmente indefettibili, cioè non rivedibili dalla giurisprudenza successiva in base a una diversa "pesatura" degli interessi coinvolti in casi simili e, quindi, in forza di ragionamenti sostanzialmente particolaristici; d'altro canto, l'enucleazione di particolari categorie espressive che si collocano al di fuori dello spettro applicativo della disposizione costituzionale pone una presunzione di prevalenza dei principi e degli interessi serviti dalla *freedom of speech* nei confronti non solo di interessi collettivi concorrenti, ma anche nei confronti di diritti individuali potenzialmente contrari. In altri termini, l'enucleazione delle eccezioni sottolinea quella tendenza, che ricorrerà anche nella successiva giurisprudenza della Corte Suprema, ad evitare una frammentazione precettiva della libertà di espressione nei conflitti con istanze soggettive concorrenti. Negli Stati Uniti, infatti, la conflittualità che innesca la libertà di manifestazione del pensiero rispetto a interessi potenzialmente contrari è una conflittualità concepita, sempre e comunque, in senso verticale, tra l'esercizio della libertà e la conseguente regolazione da parte del pubblico potere. Ne deriva, allora, che la categorizzazione delle eccezioni alla tutela costituzionale ha svolto il compito, nella giurisprudenza della Corte Suprema, di canalizzare le opposte pretese individuali alla libertà di espressione entro la tradizionale dialettica tra individuo e autorità⁷⁹.

4. L'ad hoc balancing del periodo maccartista e la repressione del dissenso

La categorizzazione di eccezioni rafforza la precettività del disposto costituzionale perché irrigidisce la precettività della libertà di manifestazione. D'altro canto, nei momenti di forte tensione politica del sistema, la rigida categorizzazione cede il passo ad una più flessibile ponderazione di interessi: in questo senso, il bilanciamento si conferma tecnica argomentativa che immerge i processi di *adjudication* costituzionale nel particolare contesto politico-sociale.

74 *Beauharnais v. People of the State of Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

75 *Beauharnais*, cit. ult., p. 261, che riprende un *dictum* di *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, p. 310 (1940). In *Cantwell*, un'unanime Corte ha ritenuto coperto dal Primo Emendamento la propaganda religiosa di un testimone di Geova diffusa nel rione cattolico della cittadina di New Haven. Secondo la Corte, il Primo Emendamento avrebbe una funzione inclusiva di inveroamento del processo democratico, incontrando il solo limite dalla lesione all'altrui diritto.

76 *Beauharnais v. Illinois*, cit., p. 259.

77 Sul crinale delle "eccezioni" si colloca anche la coeva *Roth v. United States*, 354 U.S. 467 (1957), p. 487, che ha escluso le manifestazioni oscene, intese come forme espressive "che affrontano il sesso in una maniera che sollecita un interesse lascivo", dall'alveo della disposizione costituzionale.

78 Cfr. F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision –Making in Law and in Life* (1991), trad. it. *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, 2001 p. 82: "il trinceramento delle generalizzazioni (...) impedisce la possibilità di un linguaggio infinitamente recettivo e adattabile".

79 In questo senso v. S. J. Heyman, *Free Speech and Human Dignity*, New Haven–London, 2008, p. 38 che propone una teoria della libertà di espressione *right-based* in alternativa alla giurisprudenza contemporanea che concepisce le controversie sul Primo Emendamento quali conflitti essenzialmente "verticali".

L'esplicita ponderazione tra libertà di manifestazione del pensiero e interessi concorrenti si ha in *American Communication Assn. v. Douds*⁸⁰: in un primo momento viene enunciata la regola generale del bilanciamento *ad hoc*, che pregiudica la libertà di parola ogni qual volta si sia di fronte a un contro-interesse di importanza sostanziale ("substantial"). In tal senso, e paradossalmente, il "clear and present danger test" è considerato criterio troppo rigido, là ove richiede un imminente pericolo per la limitazione della libertà; l'analisi probabilistica che esso implica esclude, infatti, una valutazione sostanziale degli interessi capaci di entrare nel gioco del bilanciamento: è infatti dovere delle Corti stabilire "(...) which of these two conflicting interests demands the greater protection under the particular circumstances presented"⁸¹.

Tuttavia, la compiuta teorizzazione dell' *ad hoc balancing* si avrà solo qualche anno più tardi, ad opera del giudice Frankfurter, in una opinione concorrente a margine di *Dennis v. United States*⁸². La dialettica tra interessi concorrenti non può essere composta tramite una "preferenza dogmatica" ("dogmatic preference") a favore di una tra le istanze in conflitto, né con una "altisonante formula" ("sonorous formula") che sarebbe solo un "travestimento eufemistico di un conflitto irrisolto" ("an euphemistic disguise for an unresolved conflict")⁸³. In tal senso, la domanda di "free speech" in una società democratica da un lato, e l'interesse alla sicurezza nazionale dall'altro, possono essere meglio realizzati attraverso la pesatura e la loro reciproca ponderazione nell'ambito di un "judicial process" attento alle circostanze del caso, che rifiuti, comunque, l'enunciazione di "(...) dogmas too inflexible for the non - eucledian problems to be solved"⁸⁴.

Tale generale enunciazione rinvia alle modalità di ponderazione degli interessi; eppure proprio perché il "peso" degli interessi non è soggetto a una determinazione "quantitativa", esso non è che una metafora, un gioco linguistico che rinvia a considerazioni qualitative concernenti non solo il "come" ma anche il "chi" deve bilanciare: in tal senso, la scelta sulla limitazione dei diritti fondamentali non spetta, in prima battuta, alle Corti, ma ai "representatives bodies". A voler argomentare diversamente, sarebbe minata la stessa indipendenza del potere giudiziario: la storia dimostrerebbe che quando le corti "si immergono nelle passioni del momento" e si assumono la responsabilità di scegliere tra "political, economic and social pressures"⁸⁵ è il fondamento stesso della loro legittimazione ad essere messo in pericolo.

80 *American Communication Assn. v. Douds*, 339 U.S. 382 (1950), avente ad oggetto il *Labor Management Relations Act* del 1947, diretto a penalizzare nelle elezioni delle rappresentanze sindacali i membri o gli affiliati del Partito Comunista. In verità, la prima operazione di bilanciamento coinvolgente la libertà di espressione si ha in *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939), avente ad oggetto una serie di ordinanze municipali che vietavano la distribuzione di volantini in alcune zone cittadine. Tuttavia, è solo con le pronunce del periodo maccartista che si ha la formulazione concettuale dell' *ad hoc balancing*. Cfr. L. B. Frantz, *The First Amendment in the Balance*, 71 Yale L. J. 1421 (1961-1962), p. 1426.

81 *American Communication Assn. v. Douds*, cit., rispettivamente pp. 397 e 399. Non è più l'emergenza nazionale - e dunque l'interesse all'integrità della nazione in momenti di crisi - a legittimare la restrizione contenutistica, quanto la generica necessità ordinaria di mantenere l'ordine pubblico che, secondo un'argomentazione che sembra ricordare quanto sostenuto dalla Corte costituzionale italiana all'inizio della sua giurisprudenza, assurge a presupposto per l'esercizio dei diritti di libertà: "civil liberties, as guaranteed by the Constitution, imply the existence of an organized society maintaining public order without which liberty itself would be lost in the excess of unrestrained abuses".

82 *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951), decisione che nasce dal ricorso di alcuni membri del Partito comunista condannati per aver violato la sezione seconda del titolo I dello *Smith Act* del 1947 che sanzionava la propaganda sovversiva. Per tale tecnica decisoria v. anche *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959), *Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board*, 376 U.S. 1 (1961).

83 *Dennis v. United States*, cit., pp. 518-519.

84 *Dennis*, cit. ult., p. 525, nonché, per una successiva sistemazione teorica, W. Mendelson, *On the meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance*, 50 Calif. L. Rev. 821 (1962). E' evidente in quest'approccio l'influenza realista: i casi giuridici non sono risolvibili grazie a postulati irriducibili, ma attraverso considerazioni che prendano in esame le circostanze (esterne e interne) del caso in esame. Sul punto cfr. anche T. A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, cit., pp. 248 e ss.

Se il bilanciamento comporta, dunque, una scelta politica tra diversi interessi, e se questa scelta deve essere compiuta in primo luogo dal potere politico-rappresentativo, alla Corte Suprema non spetta che un controllo a posteriori sulla ragionevolezza (*reasonable exercise*) dell'atto legislativo, sindacabile solo in caso di manifesta arbitrarietà dell'intervento⁸⁶. Ad essere rovesciata è la stessa lettera del disposto costituzionale, che vieta al Congresso di limitare la libertà di espressione: nelle valutazioni politiche del legislatore e nelle successive scelte deferenti del giudice costituzionale la disposizione perde precettività, sino a sostituire alla rigidità del precetto giuridico la logica flessibile delle ragioni di opportunità, che preludono ad uno scrutinio lasco ("rational basis test"), dovuto ad una presunzione *iuris tantum* di legittimità dell'intervento. Affinché tale presunzione possa essere rovesciata, graverà sulla parte l'onore argomentativo di dimostrare l'incostituzionalità della limitazione⁸⁷.

In tal senso, nel bilanciamento *ad hoc*, il "peso" degli interessi in conflitto non viene determinato *ex ante* dal giudice costituzionale al fine di commisurare, in un momento successivo, "(...) il giudizio sulla non eccessività e sulla proporzionalità dei limiti (...)"; piuttosto la Corte Suprema "(...) valuta ciascuna volta (e appunto *ad hoc*) la normativa che ha operato (...) il bilanciamento. Questo, infatti, spetta al legislatore (...), mentre il giudice costituzionale si limita a controllarne l'opera *a posteriori*, per verificare che il bilanciamento sia stato condotto seguendo i necessari criteri di ragionevolezza"⁸⁸.

Lo smarrimento di precettività della disposizione costituzionale è, tuttavia, solo una delle critiche portate all'utilizzo dell'*ad hoc balancing* nella sfera del Primo Emendamento: il ruolo contro-maggioritario delle Corti, rispettoso dell'idea madisoniana del fondamento democratico-rappresentativo del potere politico, può essere rispettato solo se la decisione sia desunta da principi che, rispetto alle questioni della controversia, nella loro generalità e nella loro neutralità, trascendano la soluzione del caso concreto⁸⁹.

La scelta, di volta in volta mutevole, a favore di uno degli interessi in gioco incrina il postulato della certezza, che nell'ambito dei diritti fondamentali si pone quale argine all'arbitrio dei pubblici poteri. In effetti, la mancanza di certezza applicativa può avere un effetto limitante sull'esercizio del diritto di libertà: il timore di una sanzione, infatti, può avere un "effetto raggelante" ("chilling effect") su espressioni, che almeno in astratto, meriterebbero di entrare nel *marketplace of ideas*⁹⁰. In questo contesto, la libertà di manifestazione del pensiero non assurge al ruolo di paradigma inclusivo, capace di ricondurre alla cornice costituzionale quei dissensi assimilabili a forme di opposizione antisistema che mettono in discussione la stessa "possibilità di una continua reversibilità delle opinioni politiche"⁹¹; piuttosto, il *self-restraint* della Corte e il suo scrutinio deferente sugli interventi legislativi definiscono i contorni del modello di stato, che vira, pericolosamente, verso un modello di democrazia "procedurale militante"⁹².

85 *Ibidem*. La deferenza nei confronti del potere politico riflette la teoria hamiltoniana del potere giudiziario quale *least dangerous branch*, stretto tra l'indirizzo politico definito dal potere legislativo e l'esecuzione dei suoi disposti assicurata dal potere esecutivo.

86 *Dennis*, cit., p. 544.

87 Sui livelli di scrutinio adottati dalla Corte Suprema v., in generale, E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, 2006, pp. 539 e ss.

88 Così M. Luciani, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.*, 1989, p. 634.

89 Cfr. H. Wechsler, *Towards Neutral Principles of Constitutional Law*, cit.

90 In tal senso v. M. B. Nimmer, *The Right to Speak from Time to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Disapplied to Privacy*, in *56 Cal. L. Rev.*, 935 (1968), p. 939, che offre la prima, compiuta formulazione dottrinale del *chilling effect*.

91 Così C. Bologna, *Difendere la Costituzione*, cit., p. 797.

92 A. Reposo, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale*, cit. p. 234, nello stesso senso C. Bologna, cit. ult., p. 857.

5. Definitional balancing e government by discussion

Proprio mentre la maggioranza della Corte Suprema individua nell'*ad hoc balancing* una tecnica privilegiata di risoluzione del conflitto tra libertà di espressione e interesse nazionale, una parte dei giudici si arrocca dietro le posizioni testualiste del giudice Black⁹³. Secondo tale approccio, il Primo Emendamento "(...) significa ciò che dice"⁹⁴: se il testo costituzionale vieta alla legge di limitare la libertà di espressione, allora ogni limitazione deve dirsi costituzionalmente inammissibile⁹⁵. Tuttavia, la posizione rigidamente testualista ha un valore retorico, volto più a polemizzare con gli esiti illiberali della giurisprudenza maccartista che non a sostenere una reale adesione a pratiche testualiste. Tale lettura mira, infatti, a riaffermare la primazia e, in fondo, la rigidità del *Bill of rights* rispetto all'opera manipolativa delle Corti e all'esistenza di superiori interessi pubblici capaci di limitare diritti costituzionalmente previsti⁹⁶. Dietro all'enunciazione della regola costituzionale vi è, infatti, sempre un riferimento agli interessi sottesi dal Primo Emendamento, che devono avere, nel gioco della ponderazione, una incondizionata prevalenza⁹⁷.

In quest'ambito si collocano i primi tentativi dottrinali di definire categorie espressive capaci di prevalere su eventuali contro-interessi antinomici⁹⁸: così, le espressioni a contenuto politico, considerate strumentali all'inveramento del madisoniano *government by discussion* e alla deliberazione collettiva, devono intendersi protette in via assoluta: in tal senso la garanzia fornita dal Primo Emendamento deve essere assicurata ogni qual volta l'espressione coinvolta verta "direttamente o indirettamente" su questioni di interesse pubblico rilevanti per il cittadino, o che comunque facciano nascere in quest'ultimo quelle "conoscenze, sensibilità e intelligenze" capaci di tradursi in un giudizio politicamente obiettivo⁹⁹.

Nonostante la vaghezza della categoria, le opinioni dissenzienti e le formulazioni dottrinali volte a riconoscere una sfera di intangibilità alla libertà di espressione e ad alcuni degli interessi ad essa sottesi hanno una certa influenza sulla Corte Suprema, che progressivamente arricchisce la propria giurisprudenza attraverso nuove tecniche decisionali che mutano sia l'esito sia la struttura del giudizio di bilanciamento.

Così, mentre nell'*ad hoc balancing* la scelta a favore di uno degli interessi in conflitto prelude ad una decisione cui segue il sacrificio (spesso sproporzionato) di uno di essi, la mediazione razionale tra interessi può portare all'enunciazione di una regola generale definitoria che rifletta stabilmente l'ordine materiale degli interessi in conflitto, capace, per ciò stesso, di evitare una compressione radicale del contro-interesse come avviene, di norma, nella scelta particolarista del bilanciamento "caso per caso". Il *definitional balancing* dà esito, così, a una mediata definizione normativa in luogo di una immediata

93 Tra le tante, v. le *dissenting opinions* in *American Assn. v. Douds*, cit., 445 e ss., *Dennis v. United States*, cit. 579 e ss, *Barenblatt v. United States* cit., pp. 134 e ss.

94 *Barenblatt v. United States*, cit., pp., 143-144.

95 *Smith v. California*, 361 U.S. 147 (1959), p. 157, (*concurring opinion*): "I read 'no law...abridging' to mean no law abridging".

96 Cfr. H. Black, *The Bill of Rights*, 35 *N. Y. U. L. Rev.* 865 (1960), p. 867.

97 In tal senso, il Primo Emendamento non è un semplice ammonimento al potere politico, ma un divieto di rettamente precettivo che riflette gli interessi sottesi l'intenzione dei *Framers*: il legame tra libertà di espressione e democrazia implica la massima apertura possibile del dibattito "in the realm of public matters". V. H. Black, *dissenting opinion* in *Dennis v. United States*, cit., p. 580.

98 Là ove per contro-interessi (*countervalues*) devono intendersi tutti gli interessi sociali, individuali e collettivi, contrari al più ampio riconoscimento della libertà costituzionale. Sul punto cfr. T. Aleinikoff, *Constitutional law*, cit., pp. 972 e ss.

99 Cfr. le posizioni di A. Meiklejohn in *Political Freedom. The Constitutional Powers of the People*, New York, 1960 pp. 24-28, nonché *Id.*, *The First Amendment Is An Absolute*, 1961, *Sup. Ct. Rev.* 245, p. 256.

risoluzione politica.

D'altro canto, il *definitional balancing* si differenzia anche rispetto all'esclusione di *low value speech* dal *core* della libertà di espressione. In quel caso, infatti, la specificazione di categorie espressive dal basso valore si basa su un giudizio *prima facie* di congruenza tra le categorie espressive e gli interessi serviti dalla libertà di manifestazione del pensiero, giudizio che si conclude attraverso la formulazione di una serie di regole di esclusione. Nel bilanciamento definitorio, viceversa, vi è un giudizio teleologico di corrispondenza tra l'interesse al riconoscimento della libertà costituzionale e la formulazione della regola definitoria, che altro non è se non generalizzazione del giudizio di prevalenza favorevole alla libertà di manifestazione del pensiero.

La tecnica è per la prima volta utilizzata in *New York Times v. Sullivan*¹⁰⁰, con riguardo alla pubblicazione di false informazioni relative a comportamenti tenuti da un pubblico ufficiale durante le contestazioni legate al *civil rights movement*: in prima battuta la Corte Suprema richiama la necessità di assicurare la più ampia discussione sui temi di pubblico rilievo, in modo tale che il pubblico dibattito "(...) uninhibited, robust, and wide open" sia, nel lungo termine, "essential to enlightened opinion and right conduct on the part of the citizens of a democracy"¹⁰¹. In tale contesto, l'errore sulla veridicità dei fatti e le dichiarazioni diffamatorie relative al comportamento del pubblico ufficiale non possono che godere della protezione costituzionale, considerate anche le difficoltà di provare nel corso di un processo la verità di tutte le circostanze affermate. L'individuazione degli interessi precede l'enunciazione della regola desunta dalla garanzia costituzionale: il pubblico ufficiale non può essere risarcito per le altrui dichiarazioni diffamatorie a meno che non provi che le affermazioni siano state rese con "actual malice", e cioè con consapevolezza della falsità dei fatti attribuiti o con un imprudente disprezzo della loro veridicità¹⁰².

La tecnica, utilizzata originariamente nell'ambito della *defamation law*, coinvolge progressivamente diversi settori dell'ordinamento. Così, ad esempio in tema di apologia sovversiva, e più in generale in tema di *extreme speech*, il legislatore non può punire la semplice *advocacy*, ma solo quelle espressioni che si traducano in un incitamento a commettere azioni illecite¹⁰³. In tema di pubblicazioni oscene, sono escluse dalla copertura costituzionale quelle forme espressive che, secondo gli *standards* medi fissati dalla comunità: a) provochino un interesse lascivo (*prurient*) b) rappresentino, in modo chiaramente offensivo, una condotta sessuale; c) non abbiano nessun serio valore

100 Cfr. *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) su cui H. Kalven Jr., *The New York Times Case: a Note on "the Central Meaning of the First Amendment"*, in 1964 Sup. Ct. Rev. 191.

101 *New York Times v. Sullivan*, cit., pp. 270-271.

102 *New York Times*, cit. ult., pp. 279-280. La regola enunciata è stata poi ripasmata con riguardo alle peculiarità dei singoli contesti. Così, in *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 138 (1967), è stata definita la regola da applicare nel caso in cui il diffamato sia una semplice *public figure* che non rivesta pubbliche funzioni: in queste occasioni, sarà onere dell'attore provare che vi sia stata una condotta "altamente irragionevole" che si discosti dalla diligenza media del *responsible publisher* (ivi, p. 155). D'altro canto, la copertura del Primo Emendamento si estende sino a ricomprendere la pubblicazione satirica relativa a un personaggio al centro del dibattito pubblico (*Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46). Il carattere oltraggioso del linguaggio iperbolico non è sufficiente per ottenere il riconoscimento di danni esistenziali (*emotional distress*) perché le espressioni usate non sono "ragionevolmente credibili" e non contengono alcuna affermazione di fatto (non risultando, quindi, applicabile lo *standard* di *New York Times v. Sullivan*, che richiede invece la dolosa consapevolezza di affermare un fatto falso, cfr. *Hustler*, cit., pp. 50 e ss). Sul punto cfr. anche R. C. Post, *The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinions, Democratic Deliberation and Hustler Magazine v. Falwell*, 103 *Harv. L. Rev.*, 601 (1989-1990), pp. 667 e ss, che sottolinea come la decisione sia dovuta non già al tipo di espressione utilizzata ma ad una concezione normativa del discorso pubblico, che richiede la conservazione della sua neutralità e il conseguente rifiuto di *standards* influenzati da percezioni comunitarie.

103 Cfr. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), p. 447, avente ad oggetto l'applicazione del *Criminal Syndacalism Statute* alle espressioni offensive di alcuni membri del Ku Klux Klan nei confronti di alcune minoranze etnico-culturali.

letterario, artistico, politico o scientifico¹⁰⁴. Analogamente, rientra nei poteri regolativi dello Stato la gestione dell'etere radiotelevisivo: in tal senso, in attuazione del "right of the public to receive suitable access to social, political, esthetic, moral, and other ideas and experiences", l'amministrazione ben può porre tra le condizioni della licenza l'obbligo, gravante sull'impresa radiotelevisiva, di garantire il diritto di replica¹⁰⁵.

6. Scrutinio stretto e formalizzazione delle tecniche argomentative

Il riferimento agli interessi consente alla Corte Suprema di tracciare, attraverso l'enunciazione di precetti generali e astratti, una linea di demarcazione tra forme espressive protette dalla Costituzione e *quantum* di disciplina costituzionalmente ammissibile. Sono regole che tracciano una linea di confine (*drawing a line*) tra ciò che è costituzionalmente rilevante e ciò che è lasciato alla discrezionalità del potere politico. E' una dottrina uguale e contraria rispetto alla *two levels doctrine* enunciata, a partire da *Chaplinsky v. New Hampshire*, con riguardo alle *fighting words*: mentre in quei casi le eccezioni sono il risultato di operazioni di esclusione *defining out* dai confini della disposizione costituzionale, qui la di demarcazione è di tipo inclusivo (*defining in*) e ha lo scopo di sottoporre ad uno scrutinio stretto le regolazioni che incidono sul contenuto (*content based*) di determinate categorie espressive che siano specificazione di alcuni valori serviti dal Primo Emendamento. Lo *strict scrutiny* porta, inevitabilmente, alla dichiarazione di incostituzionalità della misura, a meno che la pubblica autorità non provi, nel corso del giudizio, di perseguire un interesse inoppugnabile (*compelling*)¹⁰⁶, perseguito tramite una misura proporzionata e strettamente necessaria alla sua realizzazione (*narrowly tailored*). Non è solo l'esito della tecnica di bilanciamento a mutare, ma anche il rapporto tra potere politico e potere giudiziario: la concettualizzazione della libertà di espressione supera il deferente *ad hoc balancing* del periodo maccartista, rovescia la presunzione di costituzionalità della limitazione, distribuisce diversamente l'onere argomentativo e sostituisce, alla deferente analisi sulla ragionevolezza della misura, un più stringente controllo di proporzionalità¹⁰⁷.

104 Cfr. *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973), pp. 23-24, che arricchisce un *test* già definito in *Roth v. United States*, cit. *supra*.

105 Cfr. *Red Lion Broadcasting v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969), in particolare 386-401, ove la Corte fa propria la c.d. *fairness doctrine* attuata dalla *Federal Communication Commission* in esecuzione del *Communication Act*, che attribuiva all'Agenzia federale il potere di allocare le frequenze dell'etere a individui privati, subordinando la concessione della licenza al soddisfacimento di una serie di condizioni. La sentenza costituisce quasi un *unicum* nella giurisprudenza della Corte Suprema: il Primo Emendamento, infatti, non è richiamato per fornire tutela allo *speaker*, ma per proteggere l'interesse a ricevere informazioni del pubblico uditorio (ivi, p. 390). La *fairness doctrine* è stata abbandonata sul finire degli anni '80 dello scorso secolo dall'azione congiunta della FCC (*Syracuse Peace Council v. WTVH*, 2 F.C.C.R. 5043 (1987) e dalla Corte di Appello del *Columbia District*. Quest'ultima ha ritenuto l'atto dell'Agenzia federale frutto di mera discrezionalità amministrativa (*Syracuse Peace Council v. FCC*, 867 F. 2d 654 (D.C. Cir. 1989). Successivamente alla decisione il Congresso ha approvato il *Broadcasting Act*, diretto ad imporre per via legislativa la *fairness doctrine*, su cui, tuttavia, si è abbattuto il veto del Presidente Reagan. Per una ricostruzione critica v. O. M. Fiss, *The Irony of Free Speech*, Cambridge MA, 1998, pp. 58-59.

106 L'utilizzo della categoria lessicale del *compelling interest* diviene sinonimo di *strict scrutiny* nell'area della *freedom of speech* a partire da *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 (1963), caso in cui si dubitava della legittimità di una legge della Virginia, applicata all'organizzazione per la promozione dei diritti civili delle persone di colore (NAACP), che vietava l'adescamento improprio di clienti (*solicitation of legal business*). Nel ritenere che i servizi forniti dall'organizzazione siano una forma di *speech* protetta dal I emendamento, con un'opinione redatta dal giudice Brennan, la Corte afferma che "only a compelling state interest in the regulation of a subject within the State' constitutional power to regulate can justify limiting First Amendment freedoms" (ivi, p. 348).

107 La difficoltà di soddisfare l'onere argomentativo, comporta, inevitabilmente, una quasi certa dichiarazione di incostituzionalità: lo scrutinio stretto è, infatti, "strict in theory but fatal in fact". Così, icasticamente, G. Gun-

La progressiva formalizzazione della giurisprudenza costituzionale relativa al Primo Emendamento attraverso l'enunciazione di regole definitorie non comporta solo una concettualizzazione *ex ante* delle forme espressive tutelate dalla Costituzione, ma si estende, nella successiva evoluzione giurisprudenziale, anche agli atti oggetto del giudizio. Anzi ben può dirsi che, soprattutto dall'inizio degli anni '80 dello scorso secolo, la Corte Suprema abbia seguito un procedimento decisionale che consta di due fasi distinte ma logicamente irrelate: in un primo momento, i giudici rispondono al quesito della "copertura" (o della "soglia", cd. *threshold question*)¹⁰⁸, verificando se sia coinvolto, nel caso oggetto di giudizio, uno dei valori serviti dalla libertà di parola che possa innescare (*to trigger*) le tecniche di scrutinio proprie del Primo Emendamento. In un secondo momento, la Corte verifica che l'atto impugnato sia diretto al contenuto comunicativo¹⁰⁹: solo in questa fase si porrà il problema di capire se, oltre che astrattamente "coperto" dai valori del *free speech*, la manifestazione del pensiero possa anche considerarsi "protetta" dalla disposizione costituzionale¹¹⁰.

Nonostante la categorizzazione segni una forte formalizzazione delle tecniche decisorie, la linea di demarcazione tra il costituzionalmente vietato e il costituzionalmente lecito (forse scontando l'elevata capacità di adattamento del sistema di *common law*) rimane comunque flessibile, suscettibile di essere costantemente ridefinita secondo gli interessi perseguiti dalle norme coinvolte nel giudizio¹¹¹. In effetti, le diverse categorie create attraverso un processo inferenziale di natura induttiva vengono costituite proprio a partire dal caso concreto: come ha rilevato più volte la stessa Corte nella sua giurisprudenza, nei giudizi che coinvolgono il Primo Emendamento l'indagine sulla "copertura costituzionale" deve essere determinata alla luce del "contenuto", della "forma" e del "contesto" in cui si esprime l'opinione¹¹².

Così, per restare nell'ambito delle categorie privilegiate, la Corte ha esteso il confine del *political speech* fino a ricomprendere la materia del finanziamento delle campagne elettorali¹¹³. La delimitazione della tutela varia al mutare degli interessi individuati nell'incedere argomentativo della Corte: l'opinione di maggioranza ritiene legittimo il limite ai contributi diretti e gli obblighi di trasparenza perché strumentali alla salvaguardia dell'integrità del processo elettorale, alla prevenzione di pratiche corruttive tra i candidati e alla corretta informazione dell'elettorato¹¹⁴; viceversa, il nucleo duro della libertà di manifestazione del pensiero ("core of the First Amendment") serve, nella medesima

ther, *Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: a Model for a Newer Equal Protection*, in 86 *Harv. L. Rev.*, 1, p. 8 (1972).

108 Così R. C. Post, *Recuperating*, cit., pp. 1250 e ss., ma nello stesso senso già F. Schauer, *Catogories*, cit., pp. 267 e ss., il primo, forse, a sottolineare che la *free speech analysis* richiede, anzitutto, di delimitare l'ambito di copertura (cd. "coverage") del Primo Emendamento.

109 Il primo accenno alla necessaria indagine sull'impatto comunicativo dell'intervento regolativo si ha in *O'Brien v. United States*, cit.

110 Cfr. F. Schauer, *Categories*, cit., p. 276: la distinzione tra "coverage" e "protection" rileva perché è necessario scorporare, analiticamente, il problema della astratta copertura costituzionale di una categoria di azioni, dalla questione sulle condizioni concrete che consentono, nel singolo caso, la prevalenza del diritto individuale su interessi concorrenti.

111 Scrive di "lochnerizzazione" del Primo Emendamento A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento*, cit., pp. 25 e ss. Tuttavia, la progressiva formalizzazione delle argomentazioni giudiziali non elimina del tutto le tecniche di bilanciamento, ma le canalizza nell'ambito dei diversi *test* utilizzati.

112 *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749 (1985), ma il *dictum* è ripreso, da ultimo, anche in *Snyder v. Phelps*, 131 S. Ct., 1207 (2011).

113 *Buckley v. Valeo* 424 U.S. 1 (1976) avente ad oggetto il *Federal Election Campaign Act* che prevedeva limiti quantitativi alla contribuzione diretta a favore di candidati e alle spese provenienti da singoli individui o da gruppi di persone a favore di ben individuati candidati ad uffici federali, e che ha istituito un'apposita Agenzia federale con il compito di vigilare sugli obblighi di trasparenza e di *disclosure* a carico dei soggetti finanziatori.

114 *Buckley v. Valeo*, cit., rispettivamente pp. 23-38 e 60-84.

opinione, per dichiarare incostituzionale il limite alle spese a favore dei candidati¹¹⁵. In tal caso, l'interesse a livellare in senso egualitario l'influenza dei soggetti privati sugli "outcomes" elettorali necessariamente soccombe rispetto alla rigidità del diritto di esprimersi su "public issues" del candidato destinatario dei finanziamenti e degli stessi finanziatori che vogliono investire le proprie somme in *spot* elettorali¹¹⁶.

In senso analogo, nonostante le *fighting words* siano da qualche tempo considerate eccezioni escluse, in quanto tali, dalla copertura costituzionale, la Corte ha avuto modo di ritenere che tali categorie non siano interamente "invisibili" alla Costituzione: è incostituzionale, quindi, l'ordinanza comunale diretta a sanzionare l'esposizione consapevole di simboli che stimolino "l'altrui rabbia o risentimento sulla base della razza, del colore, del credo, della religione e o del genere sessuale"¹¹⁷. In effetti, dietro alle considerazioni sul carattere discriminatorio dell'ordinanza perché basata sul punto di vista ("viewpoint-based") di chi utilizza espressioni legate a materie "sensibili" (tra cui razza, colore della pelle, religione e genere sessuale)¹¹⁸, si nasconde l'inidoneità del contro-interesse della tutela egualitaria di gruppi storicamente discriminati a fondare la legittimità dell'intervento limitativo¹¹⁹.

L'enunciazione della regola di inclusione segue, come detto *supra*, un giudizio di congruenza teleologica tra la forma espressiva e l'interesse di rango costituzionale, che ha la funzione di attrarre alla sfera di influenza costituzionale particolari categorie espressive. Così è stato per la giurisprudenza relativa al *commercial speech*, originariamente escluso da qualsiasi tutela costituzionale¹²⁰ e poi incluso parzialmente nella sfera di influenza del Primo Emendamento. In *Virginia State Board of Pharmacy v. Citizens Consumer Council*, l'interesse del consumatore a ricevere informazioni spinge i giudici a dichiarare illegittima una legge della Virginia che vietava la pubblicità sui prezzi dei farmaci¹²¹. In un mercato

115 L'esplicito confronto, in chiave argomentativa, tra le opposte figure di "interesse" e di "diritto" prelude già ad un esito a quest'ultimo favorevole. Cfr. *Buckley v. Valeo*, pp. 44-45

116 *Buckley*, cit., pp. 39-59. In senso analogo v. da ultimo *Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S.Ct. 876 (2010) con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale il divieto gravante su sindacati e *corporations* di finanziare messaggi elettorali in prossimità delle elezioni statali e federali. Sul punto v. R. Dworkin, *The Decision that Threatens Democracy, in the New York Review of Books*, vol. 57, n. 8 (2010), reperibile anche in <http://www.nybooks.com/articles/archives/2010/may/13/decision-threatens-democracy/>, S. Is-sacharoff, Il caso *Citizens United v. Federal Election Commission: il finanziamento dei partiti nel diritto americano*, in *Quad. cost.*, 2010, pp. 392-396, nonché, se si vuole, C. Caruso, *Il caso Citizens United v. Federal Election Commission: money must talk*, ivi, pp. 389-391.

117 Cfr. *R.A.V. v. City of St. Paul* 505 U.S. 377 (1992).

118 *R.A.V.*, cit., pp. 391-393.

119 *R.A.V. v. City of St. Paul*, cit. pp. 395-396. L'inidoneità qualitativa dell'interesse riflette la mancata proporzionalità della regolazione: secondo la Corte, un'ordinanza che sanzionasse espressioni di rabbia o risentimento senza alcun riferimento a motivi razziali riuscirebbe a perseguire il medesimo contro-interesse senza contestualmente limitare la libertà tutelata dal Primo Emendamento. In tal senso, il divieto municipale tradisce l'intento discriminatorio delle autorità nei confronti dei contenuti espressivi vietati. La Corte rigetta implicitamente, così, la teoria del *silencing effect* del discorso razzista formulata soprattutto nell'ambito della *Critical Race Theory* (cfr. M. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, in 87 *Michigan L. Rev.*, 2320 [1989]), che vede nel discorso razzista uno strumento di cui i gruppi sociali egemoni si servono per escludere i gruppi socialmente svantaggiati dal processo collettivo di discussione pubblica. Quest'approccio è indirettamente confermato in *National Socialist Party of America v. Skokie*, 432 U.S. 43 (1977), con cui la Corte Suprema accoglie l'istanza di sospensione, avanzata dal Partito nazionalsocialista americano, nei confronti di un'un' *injunction* di divieto, emessa da una Corte statale, di un corteo nazista per le strade di un quartiere cittadino noto per la forte presenza di sopravvissuti ai campi di sterminio. La peculiarità della norma oggetto del giudizio porta invece a ritenere non illegittimo il divieto contenuto in uno Statuto della Virginia che proibisce di bruciare croci nelle proprietà altrui con lo specifico intento di intimidire (cfr. *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 [2003], su cui criticamente L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione*, Padova, 2009, pp. 124-127). In questo caso, è la volontà intimidatoria che pone l'atto espressivo al di fuori del *political speech*, nucleo duro (*core*) del Primo Emendamento.

120 *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942).

121 *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748, pp. 756-757.

concorrenziale, l'allocazione delle risorse economiche avviene attraverso scelte private: è il pubblico interesse a richiedere che queste decisioni siano "(...) *intelligent and well informed*". Se dunque l'informazione è indispensabile in un sistema allocativo di libero mercato, è altresì indispensabile la formazione di "(...) *intelligent opinions as to how that system ought to be regulated or altered*"¹²².

Tuttavia, la protezione non è assoluta: proprio perché è il riflesso passivo della libertà di espressione a richiedere tutela, l'autorità può legittimamente vietare comunicazioni volte ad ingannare i consumatori¹²³. In tal senso, allo scrutinio stretto tipico del *political speech* si sostituisce uno scrutinio intermedio, che appresta tutela costituzionale all'informazione commerciale a condizione che non sia falsa, che il contro-interesse abbia comunque un rilievo sostanziale (*substantial*), e che non sia provato che quel medesimo fine potesse essere raggiunto con altri mezzi meno invasivi (e, dunque, più proporzionati)¹²⁴. In tal senso, le regole costitutive si arricchiscono fino a modulare la stessa dottrina seguita dalla Corte: la linea definitoria non solo distingue tra forme espressive costituzionalmente privilegiate e categorie sprovviste di protezione costituzionale, ma arricchisce il panorama concettuale con sotto-categorie che si collocano nell'area grigia del costituzionalmente rilevante.

6.1. La dottrina dei "fori pubblici" e il divieto di regolazioni content based

Un chiaro esempio di formalizzazione delle tecniche di bilanciamento lungo i binari della categorizzazione si ha con riferimento alla dottrina del *public forum*; originariamente formulata per sottolineare la funzione degli spazi pubblici nel consolidamento di una teoria democratica della libertà di manifestazione del pensiero¹²⁵, essa attiene, generalmente, ai limiti opponibili alla disciplina dei luoghi di proprietà pubblica. In origine, alla fine degli anni '30 dello scorso secolo, lo scrutinio giudiziale si è tradotto in un bilanciamento *case by case* tendenzialmente favorevole alla libertà di manifestazione del pensiero: così, in *Hague v. CIO*¹²⁶, la Corte Suprema ha annullato un'ordinanza municipale che vietava qualsiasi manifestazione sul territorio comunale senza la preventiva autorizzazione del sindaco. In una famosa *plurality opinion* redatta dal Justice Roberts, la Corte rilevò come le strade e i parchi fossero destinati "da tempo immemore" all'uso pubblico per "assemblee" e "pubbliche discussioni, da tempo parte dei "privileges, immunities, rights and liberties of the citizens"¹²⁷.

Entrata ufficialmente nel lessico della Corte a partire da *Police Department of Chicago*

122 *Virginia State Board of Pharmacy*, cit., p. 765.

123 *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980), p. 563.

124 *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, cit., pp. 563-564. La giurisprudenza della Corte è sul punto oscillante: mentre in *Central Hudson Gas* si fa esplicito riferimento, quale *standard* di tutela, al controllo sulla adeguatezza dell'intervento quale *least restrictive alternative*, a partire da *Board of Trustees of the State University of New York v. Fox* 492 U.S. 469 (1989) la Corte sembra richiedere allo Stato la prova meno onerosa dell'intervento *narrowly tailored* (cfr. più recentemente, *Lorillard Tobacco v. Reilly*, 533 U.S. 625 [2001]).

125 Cfr. H. Kalven Jr., *The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana*, 1965 *Sup. Ct. Rev.*, 1, pp. 11-12: "(...) [i]n una aperta società democratica le strade, i parchi, e altri spazi pubblici rappresentano un importante mezzo per facilitare la discussione pubblica e il processo politico: ci sono (...) fori pubblici in cui il cittadino *can commandeer* (...)". Il grado di apertura di questi fori è esso stesso "indice di libertà".

126 *Hague v. CIO*, 307 U.S. 496 (1939). Con questa decisione la Corte superò, implicitamente, quanto affermato in *Davis v. Commonwealth of Massachusetts*, 167 U.S. 43 (1897), che riconobbe una discrezionalità pressoché assoluta al pubblico potere nella gestione degli spazi di sua proprietà.

127 *Hague v. CIO*, cit., p. 515. Nello stesso senso, v. anche la contestuale decisione *Schneider v. State of New Jersey*, 308 U.S. 147 (1939), che annullò un'ordinanza comunale che vietava la distribuzione di volantini sulla "pubblica proprietà".

v. *Mosley*, la semantica dei “fori pubblici” si riferisce a spazi fondamentali per il processo di integrazione democratica, che non possono essere disciplinati attraverso divieti generici e assoluti, o tramite prescrizioni comunque legate al contenuto espressivo¹²⁸. In questo senso, *Mosley* concettualizza la distinzione, che diventerà cardine nella giurisprudenza successiva del Primo Emendamento, tra regolazioni dirette al contenuto (*content based*) e discipline contenutisticamente neutre (*content neutral*): la liceità della condotta non può essere determinata con riguardo all’orientamento contenutistico incorporato nella forma espressiva¹²⁹. Il divieto non vale, però, solo con riferimento al possibile contenuto da esprimere, ma anche con riguardo al particolare punto di vista (*viewpoint*) espresso¹³⁰: più in generale, l’incostituzionalità delle limitazione *content* e *viewpoint based* (che tra loro stanno in un rapporto di genere a specie)¹³¹ può essere desunto dalla necessità di evitare una scelta qualitativa da parte del potere politico sulle forme espressive da ammettere nel *marketplace of ideas*: dietro a quest’opzione concettuale la Corte Suprema sente la necessità di garantire l’eguaglianza formale dei contenuti espressivi¹³², conservando la neutralità dello spazio pubblico rispetto ai molteplici punti di vista emergenti dal corpo sociale¹³³.

Secondo un percorso argomentativo già accennato *supra*, alla categorizzazione segue l’enunciazione del livello di scrutinio: gli interventi *content based* sono “(...) *presumptively invalid*”¹³⁴ e devono incontrare il più stretto (*the most exacting*) tra i livelli di scrutinio¹³⁵. Viceversa, le regolazioni che non sono connesse (*unrelated*) al contenuto dello *speech* sono soggette ad un livello intermedio di scrutinio¹³⁶ (su cui *infra*).

Eppure, proprio come già si è detto *supra* in relazione alle categorie espressive

128 E’, quindi, manifestamente illegittima l’ordinanza che vietava nelle vicinanze degli edifici scolastici attività di picchettaggio per ragioni non attinenti a questioni sindacali. Cfr. *Police Department of Chicago v. Mosley* 408 U.S. 92 (1972), nonché per una questione simile sorta sulla base di un’analoga legge dello Stato dell’Illinois, cfr. *Carey v. Brown*, 447 U.S. 455 (1980).

129 Sul punto cfr. G. Stone, *Content Regulation and the First Amendment*, 26 *Wi. & M. L. Rev.* 189 (1983), *Id.*, *Content Neutral Restrictions*, 54 *U. Chi. L. Rev.* 46 (1987), M. H. Redish, *The Content Distinction in First Amendment Analysis*, 34 *Stan. L. Rev.* 113 (1981-1982), E. Chemerinsky, *Content Neutrality as A Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court’s Application*, 74 *S. Cal. L. Rev.* 49 (2000-2001).

130 Per un esempio, cfr. *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988) e la *majority opinion* redatta dal giudice O’Connor, con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale, perché *content based*, il divieto di mostrare nelle prossimità delle ambasciate (entro i cinquecento piedi) particolari simboli che potessero incitare all’ “odio pubblico” o al “pubblico discredito” di governi stranieri. La legge, infatti, non vietava tutte le manifestazioni vicine alle ambasciate, ma solo quelle di orientamento “critico”.

131 Così, per tornare a *Boos v. Barry*, cit., la limitazione è *content based* ma non *viewpoint neutral*, perché non individua, quali elementi rilevanti per la punibilità della condotta, le ragioni della critica ai governi stranieri.

132 Non è un caso che nelle prime sentenze che espressamente richiamano il *content based approach* (*Police Department v. Mosley*, cit.) le norme in oggetto siano dichiarate incostituzionali anche per contrasto con l’*equality clause* del XIV Emendamento: “there is an ‘equality of status in the field of ideas’, and government must afford all points of view an equal opportunity to be heard” (*Police Department*, cit., p. 96). L’eguale opportunità di entrare nel *marketplace of ideas* è principio-guida di tale tecnica decisoria: sul punto cfr. anche K. L. Karst, *Equality As a Central Principle in the First Amendment*, 43 *U. Chi. L. Rev.* 20 (1975).

133 In tal senso, consentire all’autorità la scelta dei “(...) permissible subjects for public debates would be to allow that government control over the search for political truth”. Così, in *Consol. Edison Co. v. Pub. Serv. Comm’n.* 447 U.S. 530, p. 538 (1980), che ha annullato un provvedimento della *New York Public Commission* che vietava l’inserimento da parte di alcune compagnie di *public utilities* di inserire nella bolletta mensile inserti informativi relativi a determinate politiche pubbliche.

134 V. *R.A.V. v. City of St. Paul*, cit., p. 382.

135 Cfr. *Turner Broadcasting System Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994), p. 642 che ha ritenuto *content neutral* quella parte (sez. 4 e 5) del *Cable Television Consumer Protection and Competition Act* (1992) che, per evitare la scomparsa di alcune *public and commercial companies* che trasmettevano via etere, permetteva ai relativi programmi di essere ospitati in alcuni canali delle imprese radiotelevisive operanti via cavo (*must carry rules*).

136 *Turner Broadcasting System Inc. v. FCC*, cit., p. 642.

privilegiate, anche in questo caso la distinzione *content based/content neutral restrictions* presuppone una preliminare definizione degli spazi che possono assurgere al rango di “foro pubblico”. Il criterio utilizzato definitivamente avallato in *Perry Education Association v. Perry Local Educators’ Association*¹³⁷, è un criterio apparentemente flessibile, ma che in realtà tende a restringere i luoghi di integrazione democratica. Ciò che rileva, infatti, è la “natura della proprietà” pubblica: nei luoghi che, per “lunga tradizione”, sono al servizio del pubblico dibattito, il potere di intervento dello stato è molto circoscritto, e non può mai tradursi in una limitazione *content based* a meno che non vi sia un *compelling interest* da soddisfare. Accanto ai tradizionali “fori pubblici” vi sono spazi pubblici “limitati”, che non possono essere tradizionalmente considerati fori “aperti”, ma che pure sono destinati ad accogliere attività comunicative: in queste ipotesi, sebbene l’autorità possa in qualsiasi momento restringere “*the open character of the facility*” le eventuali regolazioni sono sottoposte, finché la destinazione dello spazio non cambi, allo stesso *standard* applicabile ai fori tradizionali¹³⁸. Infine, vi è una terza categoria, di natura residuale, e perciò molto ampia, dei “*non-public forums*”, che si riferiscono a quelle proprietà pubbliche che si collocano al di fuori dei processi di creazione del discorso pubblico; in questi contesti, si applica uno scrutinio debole che presume costituzionale, sino a prova contraria, la regolazione. Quest’ultima deve risultare ragionevole rispetto alla destinazione dello spazio e non deve comunque mirare alla soppressione dei contenuti espressivi semplicemente perché contrari al “punto di vista” della pubblica autorità.

Questa triplice categorizzazione non è esente da aspetti critici: anzitutto, i confini degli *standards* applicabili ai *limited public forums* e ai *non-public forum* sono incerti. Non è sempre chiara, infatti, la distinzione tra limitazioni *content* o *viewpoint based*, dicotomia che pecca, forse, di un eccesso di “costruttivismo analitico”; in questo senso, tanto più è debole la linea di confine, tanto più vi è il rischio di sovrapporre lo scrutinio lasco delle *non-public forums restrictions* ai *limited public forums*¹³⁹. D’altro canto, il criterio della “destinazione tradizionale”, che richiama, implicitamente, il criterio di destinazione storicamente prescelto dalla pubblica autorità, non rischia solo di essere particolarmente deferente rispetto alle scelte amministrative, ma è anche un criterio che rischia di ingessare le decisioni della Corte, impedendo, di fatto, l’accesso incondizionato a nuovi spazi di aggregazione strumentali alla più ampia diffusione delle idee¹⁴⁰. La categorizzazione degli spazi pubblici in *public forums*, *limited public forums*, *non-public forums*, e la conseguente fioritura di micro-regole e frammentazione degli *standards* giudiziali si mostrano, quindi, incongruenti rispetto alla precettività forte riconosciuta in altri casi alla libertà di espressione¹⁴¹. Invece di concentrarsi sulla natura della proprietà

137 *Perry Education Association v. Perry Local Educators’ Association*, 460 U.S. 37 (1983), spec. pp. 44-46.

138 In questo senso, v. *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981), *Lamb’s Chapel v. Center Moriches Union Free School Dist.*, 508 U.S. 384, (1993), *Good News Club v. Milford Central School*, 533 U.S. 98, (2001), tutte pronunce che hanno respinto *policies* di scuole pubbliche che vietavano l’accesso alle *facilities* scolastiche a gruppi di ispirazione religiosa.

139 Cfr., ad esempio, *Good News Club v. Milford Central School*, cit.

140 Cfr. ad esempio, *Greer v. Spock*, 424 U.S. 828 (1976), che ha ritenuto non illegittimo il divieto di manifestazioni o di *political speech* in una vasta area militare abitualmente aperta al pubblico. Nello stesso senso, cfr. *International Society for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992), che ha assimilato gli aeroporti ai *nonpublic forums*, avallando, quindi, il regolamento dell’autorità aeroportuale che vietava le questue all’interno dell’aerostazione.

141 Per una critica radicale alla tassonomia dei *forums* cfr. R. C. Post, *Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum*, 34 *UCLA L. Rev.* 1713 (1987). A parere dell’A., l’individuazione giudiziale di una serie micro-regole sarebbe incoerente con la struttura istituzionale postulata dal Primo Emendamento, che definisce uno spazio pubblico di discussione, condizione procedurale di legittimazione della democrazia costituzionale. Per un approccio diverso, che vede nella categorizzazione degli spazi di proprietà pubblica (e il predicato di certezza che ad essa consegue) la tecnica più idonea a implementare i valori incardinati nel Primo Emendamento, L. R. BeVier, *Rehabilitating Public Forum Doctrine: In Defense of Categories*, 1992 *Sup. Ct. Rev.*, 79, spec. pp. 113 e ss.

pubblica, la Corte avrebbe potuto rivolgere l'attenzione al rapporto di congruenza tra le regolazioni e i fini istituzionali perseguiti dall'amministrazione, attraverso un'analisi su due livelli con un diverso livello di scrutinio a seconda che la regolazione del *public forum* rappresenti un limite generale al godimento del foro pubblico da parte della generalità dei consociati o, viceversa, sia congruente rispetto al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente¹⁴². Posto, in entrambi i casi, l'onere argomentativo di dimostrare la legittimità della disciplina sul pubblico potere, solo nell'ipotesi di una regolazione "autoritaria" quale limite generale al godimento di un foro pubblico, dovrebbe applicarsi lo scrutinio stretto tipico del Primo Emendamento.

6.2. Regolazioni content neutral e scrutinio intermedio

L'*intermediate scrutiny*, accennato per la prima volta in *O'Brien v. United States* in relazione a condotte a prevalenza "non comunicativa" (poi utilizzato anche in relazione al *commercial speech*), è il protocollo decisivo cui rimandano le regolazioni *content neutral*. L'*O'Brien test* richiede, affinché possa trarsi la legittimità dell'atto regolativo, che quest'ultimo persegua un interesse di importanza sostanziale ("an important or substantial governmental interest"), non implichi una diretta limitazione della libertà di espressione ("unrelated to the suppression of free expression") e che, comunque, l'eventuale e indiretta restrizione della forma espressiva sia essenziale al perseguimento del *countervalue* ("no greater than is essential to that interest")¹⁴³.

In questo senso, la dicotomia content based/content neutral può essere concettualizzata seguendo un'analisi su "due binari" ("two tracks analysis"), che valuti l'impatto comunicativo della pubblica regolazione: mentre il primo binario ("track one" - regolazione con finalità di incidere sul contenuto comunicativo della condotta) apre le porte per uno scrutinio stretto che pone una presunzione di incostituzionalità dell'intervento, il secondo binario ("track two") presume la costituzionalità della disciplina, a meno che non vi sia una restrizione eccessiva al libero flusso di informazioni.

Il *test* sulle regolazioni *content neutral* è stato affinato proprio con riguardo a discipline neutrali dei fori pubblici, le uniche ammissibili sotto l'ombrello del Primo Emendamento¹⁴⁴: così in *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, la Corte per la prima volta riconduce alle *content neutral restrictions* gli interventi volti a disciplinare il tempo, il luogo e le modalità di esercizio delle forme espressive (*time, place and manner*). L'evoluzione dell'*O'Brien test* porta la Corte ad enunciare gli *standards* delle regolazioni *content neutral*, che sono da ritenersi sempre legittime qualora: a) non siano connesse al contenuto dell'espressione ("justified without reference"); b) siano strettamente proporzionate

142 Questa riconcettualizzazione delle tecniche di scrutinio presuppone la distinzione tra *governance* e *management*: mentre la *governance* rimanda alla classica contrapposizione individuo/autorità, e quindi, alla dialettica conflittuale tra amministrazione e *quisque de populo*, la seconda attiene principalmente al rapporto gerarchicamente ordinato, strumentale all'esercizio delle funzioni pubbliche, intercorrente tra l'amministrazione e i suoi funzionari.

143 Cfr. *O'Brien v. United States*, cit., p. 377.

144 Cfr. *ex plurimis Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984), *Renton v. Playtime Theatres Inc.*, 475 U.S. 41 (1986), *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 791 (1989). Questo tipo di regolazione viene in rilievo soprattutto con riguardo a quelle manifestazioni che nel nostro ordinamento ricadrebbero nell'art. 17 Cost. Di contro negli Stati Uniti, proprio per l'omogeneità della disciplina costituzionale e per la scarsa attenzione alla definizione dei confini dogmatici delle situazioni soggettive, libertà di riunione e libertà di espressione si confondono tra loro e vengono indistintamente ricompresi sotto l'ombrello del Primo Emendamento. Il primo accenno all'ammissibilità di una regolazione *time, place, manner oriented* si ha in un *obiter dictum* di *Buckley v. Valeo*, cit. p. 18: "(...) government may adopt reasonable time, place and manner regulations which do not discriminate among speakers or ideas, in order to further an important governmental interest unrelated to the restriction of communication".

all'interesse che si vuole perseguire ("narrowly tailored to serve a significant governmental interest"); c) lascino aperti altri canali per la comunicazione delle informazioni ("open, ample and alternative channels for communication of the information").¹⁴⁵

Tuttavia, nonostante i criteri *sub b)* e *sub c)* richiama un bilanciamento caso per caso legato alle concrete circostanze, nella prassi lo scrutinio si arresta all'astratta verifica dell'idoneità del *countervalue* a limitare situazioni soggettive riconducibili al Primo Emendamento. In ogni caso, lo scrutinio di tempo, luogo e modo sembra celare una rinnovata forma di *ad hoc balancing*, che interrompe il processo di astrazione generalizzatrice e riporta "verso il basso, a livello applicativo" le "first amendment considerations", che assurgono a criterio sostanziale per selezionare i fatti rilevanti¹⁴⁶.

Il giudizio sulla proporzionalità dell'intervento (*sub b)* e la verifica sull'esistenza di canali di comunicazione alternativi (*sub c)* si sono, così, rilevati sostanzialmente deferenti rispetto alla scelta limitativa dell'autorità: quanto al primo criterio, infatti, la Corte ha trasformato il giudizio in una presunzione di proporzionalità dell'intervento legislativo¹⁴⁷; per quanto concerne, invece, l'analisi sulle possibilità alternative di diffusione del contenuto espressivo, i giudici hanno sottolineato a più riprese come l'ampia possibilità di canali espressivi debba soddisfare una semplice, ragionevole opportunità (*reasonable opportunity*) di comunicazione alternativa¹⁴⁸, trasformando il concreto requisito dell'esistenza di ulteriori mezzi in una condizione astratta e meramente putativa¹⁴⁹.

Per altro, il rilievo del caso concreto assume importanza decisiva in quella giurisprudenza che richiama, nell'ambito dei giudizi sulle *time, place and manner regulations*, i cd. *secondary effects* della forma espressiva. In questi casi, la Corte autorizza l'intervento regolativo per gli effetti "secondari" che possono causare determinate forme espressive: così, è legittimo il piano regolatore che relega ai margini della zona residenziale i cinema a luci rosse, perché finalizzato a limitare l'effetto che questa può creare sulla qualità della vita cittadina¹⁵⁰. Nonostante l'attenzione sui *secondary effects* possa costituire un espediente argomentativo per sottrarre allo *strict scrutiny* malcelate regolazioni *content based*, appare evidente l'influenza del caso concreto e l'indagine sulle *policies* perseguite dall'autorità pubblica.

7. Overbreadth doctrine, sindacato astratto e primazia della libertà di espressione

Se la distinzione *content based/content neutral* risente delle circostanze concrete, muovendosi per un verso sul livello fattuale del caso individuale e, per un altro, sul piano teleologico dell'individuazione dei fini perseguiti dalla normativa, l'enunciazione del vizio di *overbreadth* si concentra, almeno in apparenza, sull'enunciato linguistico, sul testo della

145 *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, cit. p. 293, in cui, in relazione ad una manifestazione di protesta da parte di associazioni di *homeless* da tenersi in un parco pubblico in prossimità del Campidoglio, la Corte ha ritenuto legittimo il divieto di pernottamento emanato dalla direzione del Parco.

146 F. Schauer, *Categories*, cit. p. 301, che riporta, come esempi sintomatici della dicotomia categorizzazione/bilanciamento, la regola definitoria di *New York Times v. Sullivan* da un lato, e lo scrutinio *time, place, manner* dall'altro.

147 Cfr. *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 791 cit., p. 800, che ha dichiarato legittime alcune normative municipali che regolavano l'acustica dei concerti in alcuni parchi cittadini: "[s]o long as the means chosen are not substantially broader than necessary to achieve the government interest could be adequately served by some less-speech-restrictive alternative".

148 Cfr. *Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41 cit., p. 54.

149 Cfr. sul punto R. C. Post, *Recuperating*, cit. pp. 1262-1263, ma considerazioni simili anche in G. Stone, *Content neutral*, cit., pp. 50-51.

150 Lo scrutinio sui *secondary effects*, accennato in *Young v. American Mini Theatres* 427 U.S. 50 (1976), è stato poi definitivamente affermato in *Renton v. Playtime Theaters, Inc.*, cit. pp. 48-49. V. anche per un caso più recente su un'ordinanza municipale di divieto del *nude dancing*, *Erie v. Pap's A&NBSPM*, 529 U.S. 277 (2000).

disposizione che, per come formulata, risulta così ampia da poter incidere su forme espressive potenzialmente protette dalla tutela costituzionale¹⁵¹. Dietro alla teorizzazione dell'*overbreadth doctrine* vi è sempre un presupposto sostanziale da inverare: così come la regolazione orientata al contenuto incide sul postulato di neutralità della sfera pubblica, l'"indeterminatezza" della disciplina mina la più ampia diffusione di informazioni nel *marketplace of ideas*, "raggelando" espressioni costituzionalmente tutelate¹⁵².

Così, il giudizio sull'eccessiva ampiezza dell'enunciato normativo, oltrepassa le posizioni delle parti nella controversia per tradursi in giudizio sull'astratta compatibilità della disposizione con il dettato costituzionale. In tutti questi casi, c'è una dissociazione tra la parte processuale che sostiene l'incostituzionalità della legge e le forme espressive protette: la norma viene dichiarata incostituzionale per gli effetti che può avere nei confronti di soggetti terzi. In tal senso, l'*overbreadth doctrine* costituisce una deroga al divieto della *three part standing*, secondo cui nessuna parte può chiedere l'illegittimità di una norma perché suscettibile di avere applicazioni incostituzionali nei confronti di soggetti non coinvolti nel giudizio¹⁵³. La necessità di tutelare la "primazia" della libertà di manifestazione del pensiero sovverte la struttura stessa del *judicial review of legislation* che tradizionalmente, almeno con riferimento alla violazione delle libertà costituzionali, richiede una lesione *concreta* delle prerogative individuali. Di regola, infatti, la disposizione viene impugnata così come applicata (*as applied*)¹⁵⁴. L'*as applied challenge* rappresenta il *building block*¹⁵⁵ del *judicial review*: come la Corte Suprema ha avuto modo di precisare, consentire indiscriminatamente una impugnativa "frontale" della disposizione inciderebbe sulla stessa concretezza del giudizio di costituzionalità; il giudice infatti non deve essere chiamato a pronunciarsi su *hypothetical cases*¹⁵⁶ proprio perché la questione di costituzionalità deve essere intesa come un "(...) incident to determining the rights of a particular individuals"¹⁵⁷. È evidente che, in un sistema dove vige il principio del precedente vincolante, anche la pronuncia di incostituzionalità di una disposizione *as applied* avrà effetti *erga omnes* in relazione a tutte quelle questioni dotate di identiche

151 Per un primo utilizzo della *overbreadth doctrine* v. *Tornhill v. Alabama* 310 U.S. 88 (1940), pp. 100-101, con cui la Corte dichiarò incostituzionale una legge dell'Alabama che sanzionava chiunque "senza una giusta causa o una legittima giustificazione" picchettasse o distribuisse volantini presso luoghi commercio e fabbriche, per indurre al boicottaggio dei relativi prodotti.

152 Sul vizio di *overbreadth* quale *prophylactic doctrine* volta ad evitare l'effetto raggelante (*chilling effect*) della sanzione su condotte protette dal Primo Emendamento v. R. Fallon Jr. *Making Sense of Overbreadth*, 100 *Yale L. J.* 853 (1990-1991), p. 855.

153 Cfr. sul punto *Virginia v. American Booksellers Assn., Inc.*, 484 U.S. 383 [1988], 392-392). Il vizio di *overbreadth* deve essere distinto dal vizio di *vagueness*, occasionalmente applicato a situazioni coperte dal Primo Emendamento, che trova la propria base normativa nella *due process clause* e che trova la propria *ratio* nella necessità di rendere conoscibile la condotta proibita attraverso un precetto sufficientemente determinato. Per una applicazione, solitamente rara, della *vagueness doctrine* alla libertà di espressione cfr. *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), che ha dichiarato illegittimo quella parte del *Communication Decency Act* del 1996 che vietata la trasmissione via web di messaggi "indecenti" a minori di 18 anni.

154 Nella dottrina statunitense manca ovviamente una distinzione analoga a quella tra disposizione norma. Ciò nonostante, fin da tempi risalenti (cfr. R. L. Stern, *Separability and Separability Clauses* 51 *Harv. L. Rev.* 76 (1937)), è stata introdotto il concetto di *separability*, che consente alle Corti e agli interpreti di salvare una delle possibili norme desumibili da una disposizione (*rule*), specificando (*specifying*) i significati costituzionalmente ammissibili (*sub-rules*) e separandoli (*separating*) da quelli costituzionalmente illegittimi. Sul punto cfr. anche R. H. Fallon Jr., *As Applied and Facial Challenges and Third Part Standing*, in 113 *Harv. L. Rev.* 1321 (2000).

155 Così R. H. Fallon Jr., *As Applied and Facial Challenges*, cit., p. 1328.

156 *U.S. v. Raines* 362 U.S. 17 (1960), p. 22.

157 R. Fallon Jr., cit. ult., p. 1330, ma sul punto, per una generale descrizione del sindacato diffuso quale giudizio concreto, retto dal principio del contraddittorio cfr. P. Bianchi, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di soluzione dei casi*, Torino, 2000, pp. 63-95. L'estrema concretezza del *judicial review of legislation* trova conferma anche nella cd. *mootness doctrine*: qualsiasi evento che coinvolge una delle parti della controversia e che renderebbe la pronuncia della Corte Suprema *inutiliter data* o comunque irrilevante (*moot*) conduce all'estinzione del procedimento (*dismissal*).

proprietà rilevanti rispetto al caso già deciso.

Tuttavia, possono aversi delle eccezioni a tale regola generale ogni qualvolta non possano essere desunti dall'atto normativo significati costituzionalmente conformi o, meglio, valide applicazioni (*valid applications*) della disposizione in esame. Qualora la parte ricorrente soddisfi l'onere argomentativo e dimostri l'impossibilità assoluta di una legittima applicazione del precetto impugnato¹⁵⁸, la questione *as applied* si converte in una *facial challenge*, suscettibile di espungere non solo la norma da applicare al caso concreto ma l'intero enunciato prescrittivo. Se così è, la distinzione *as applied/facial* risulterà rilevante quanto ad effetti ablatori (relativi nella prima ipotesi, assoluti nella seconda) e a struttura del controllo (dotato di maggiore concretezza nel primo caso, più astratto nel secondo).

Se il sindacato "frontale" rappresenta uno scrutinio inconsueto, l'eccezionalità si giustifica proprio alla luce del particolare presupposto assiologico da inverare: l'*overbreadth doctrine* consente l'*overprotection*¹⁵⁹ della *freedom of speech* (e degli interessi ad essa sottesi) e, quindi, di convertire una questione *as applied* in una *facial challenge*.

Quando viene rilevato un vizio di *overbreadth*, non importa che la condotta in questione si collochi al di fuori del *core* del Primo Emendamento: tale dottrina, infatti, svolge un ruolo di profilassi rispetto a future applicazioni incostituzionali. Così, il divieto federale di detenzione, possesso o vendita di immagini in cui siano consapevolmente inferte sevizie agli animali è incostituzionale non per il valore della condotta in sé per sé considerata, ma per le possibili, future applicazioni della legge¹⁶⁰; l'ordinanza municipale che vieta tutti gli spettacoli *live* nel perimetro cittadino, impugnata da una libreria per adulti che offriva *nude dancers*, è illegittima perché, in futuro, è suscettibile di essere applicata non solo agli spettacoli osceni ma a qualsiasi spettacolo di intrattenimento¹⁶¹.

In ogni caso, l'incostituzionalità per *overbreadth* è considerata, dalla stessa Corte Suprema una *strong medicine*¹⁶²: la dichiarazione di incostituzionalità, che riguarda la formulazione semantica della disposizione e che si traduce in una *facial challenge*, impedisce alle Corti inferiori di applicare in futuro la norma, trasformando, come si è visto, un giudizio concreto in una valutazione astratta sulla compatibilità costituzionale della fattispecie. In tal senso, anche per evitare conflitti di competenza con le Corti statali, la Corte adotta un certo *self-restraint* nel dichiarare incostituzionale una disposizione perché *overbroad*, almeno nei casi in cui i giudici inferiori abbiano offerto una interpretazione *narrowly defined* (e, dunque, costituzionalmente orientata) della norma: ad esempio, in *Osborne v. Ohio*, in relazione ad una legge statale che sanzionava la detenzione di immagini ritraenti nudità di bambini, la Corte Suprema non ha pronunciato l'incostituzionalità del precetto perché soddisfatta dalla interpretazione restrittiva della Corte Suprema dell'Ohio¹⁶³.

158 Cfr. *U.S. v. Salerno* 481 U.S. 739 (1987), p. 746 ove, in relazione al *Bail Reform Act* (1984) che prevedeva la possibilità, in una serie predeterminata di casi, di procedere alla detenzione in carcere prima della conclusione del processo, la Corte enuncia le due regole, di natura sostanziale e processuale, che legittimano l'invocazione della *facial question*. In primo luogo, è necessario che, al di fuori dei giudizi che coinvolgono il Primo Emendamento, "(...) no set of circumstances exists under which the Act would be valid"; inoltre l'assenza di valide "circostanze applicative" dovrà essere provata dal ricorrente, su cui graverà il gravoso onere (*heavy burden*) di dimostrare l'assoluta incostituzionalità dell'atto.

159 Cfr. in tal senso R. H. Fallon, op. cit., p. 884 nt. 36, nonché D. H. Gans, *Strategic Facial Challenges*, 85 *Boston Univ. L. Rev.* 1333 (2005), p. 1347.

160 Nel caso concreto, il divieto avrebbe potuto estendersi fino a vietare semplici immagini che ritraggono scene di caccia. Cfr. *United States v. Stevens* 552 U.S. 442 (2010), pp. 453-357.

161 *Schad v. Borough of Mt Emphrain*, 452 U.S. 61 (1981).

162 Cfr. *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973), p. 610.

163 Cfr. *Osborne v. Ohio* 495 U.S. 103 (1990), p. 113. La detenzione di immagini può essere punita solo laddove la nudità ritratta "(...) constitutes a lewd exhibition or involves a graphic focus on the genitals, and

Questo *self-restraint* che si manifesta ogni qualvolta la Corte delega ai giudici inferiori la possibilità di un'interpretazione *as applied* in tutti quei casi in cui, pur accertando un possibile vizio di *overbreadth*, un'analisi caso per caso (*case by case*) consenta alle Corti di restringere l'ambito di applicazione della norma¹⁶⁴.

8. Neutralità del discorso pubblico e ideologia della libertà di espressione

Nella giurisprudenza della Corte Suprema manca, come si è visto, una dottrina unitaria sulla *freedom of speech*, che anzi assume le sembianze di un *patchwork* multiforme, di cui i giudici si servono per salvaguardare alcuni valori ritenuti prevalenti nel caso di specie. Vero è che, rispetto al bilanciamento "caso per caso", il *definitional balancing*, e il progressivo ingresso nell'*adjudication* costituzionale dell'argomentare per categorizzazioni hanno proceduralizzato le tecniche argomentative, canalizzando entro confini meno flessibili la "libera" comparazione di interessi. Eppure, l'ampia discrezionalità che i giudici hanno mostrato nel dosaggio delle singole dottrine smentisce l'idea che il processo interpretativo di concettualizzazione porti, sempre e comunque, ad una maggiore prevedibilità delle decisioni inverando, quindi, il postulato della certezza del diritto¹⁶⁵. E' vero, invece, il contrario: poiché il giudizio sulle proprietà rilevanti del caso può variare di contesto in contesto, l'eccesso di inferenze induttive e la creazione di micro-regole e di sotto-categorie possono portare l'interprete a smarrire il vincolo precettivo della singola dottrina.

La panoplia di dottrine, di categorie, di *test* di scrutinio, non deve portare tuttavia a concludere che la Corte Suprema non abbia costruito una strutturata teoria della libertà di manifestazione del pensiero: anzi, si è venuta a creare, negli anni, una progressiva distonia tra dottrine (deboli) e teoria (forte) della libertà di pensiero, percepita come una condizione di legittimità del sistema democratico. La Corte Suprema ha accolto l'idea che la libertà di espressione individui uno spazio di interazione comunicativa da mantenersi contenutisticamente neutrale e necessariamente aperto al libero *flow of information*, anche quando le opinioni espresse siano consapevolmente false¹⁶⁶. Se si esclude una (parziale) tutela offerta al pubblico rispetto alla pubblicità ingannevole¹⁶⁷, il punto di vista rilevante, negli Stati Uniti, è sempre quello dello *speaker*, che deve poter dare il suo contributo alla creazione del discorso pubblico senza restrizioni. Non deve quindi sorprendere la "tolleranza militante" con cui la Corte ha giustificato il suo marcato interventismo in tutti i casi in cui non fosse rispettato il paradigma di neutralità imposto dal Primo Emendamento. In quest'ambito devono collocarsi, ad esempio, la progressiva erosione dei confini delle categorie di pensiero eccezionalmente sprovviste di tutela costituzionale e, contestualmente, l'inclusione del *symbolic speech* nel *core* della libertà di espressione. Come si è visto, piena tutela costituzionale è stata data ad alcune manifestazioni estreme, tra cui l'esposizione di croci fiammeggianti o le manifestazioni tenute da alcune sette religiose, in occasione di funerali di caduti in guerra, che considerano gli eventi luttuosi alla stregua di una punizione di Dio per i "peccati omosessuali" consumati all'interno delle forze armate¹⁶⁸.

where the person depicted is neither the child nor the ward of the person charged".

164 *Broadrick v. Oklahoma*, cit., pp. 616-617, nell'ambito di un procedimento in cui la parte sosteneva l'illegittimità di una legge che vietava qualsiasi attività politica degli impiegati pubblici.

165 Come ritiene, ad esempio, F. Schauer, *Categories*, cit., pp. 299 e ss.

166 Cfr., ad esempio, *United States v. Alvarez*, 517 U.S. (), (2012) che ha dichiarato illegittima la norma che puniva la falsa affermazione di aver ricevuto onorificenze militari. La falsità, anche consapevole, non è di per sé sufficiente a derogare all'ampia protezione del Primo Emendamento.

167 *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, cit.

168 Cfr. *Snyder v. Phelps*, cit.

Nonostante il conflitto coinvolgente la libertà di espressione sia sempre collocato, argomentativamente, nella dialettica verticale “individuo-autorità”, le controversie appena ricordate vedono soccombere contro-interessi di natura privata, come la reputazione o la dignità sociale delle minoranze o della singola persona. E’ questa, forse, una conseguenza della particolare origine del *judicial review*, istituzione originariamente contro-maggioritaria che trova, storicamente, la propria ragion d’essere nella funzione di *defensor libertatis* che i giudici hanno storicamente svolto nel sistema statunitense.¹⁶⁹

Così, per tornare a *Phleps v. Snyder*, è insussistente la pretesa, avanzata dai familiari del militare ucciso, di risarcimento dei danni subiti per lo stress psico-fisico causato dalla manifestazione, perché non possono considerarsi “oltraggiose” opinioni che attengono, comunque, a temi di pubblico interesse. Non basta, infatti, che la società ritenga un’espressione offensiva o un picchettaggio oltraggioso affinché questo sia bandito dal pubblico discorso: il concetto stesso di “oltraggio” rimanda a uno standard “altamente malleabile” che implica una intrinseca soggettività di giudizio che può portare a restringere il “breathing space” di cui necessitano le libertà protette dal Primo Emendamento¹⁷⁰.

In questo senso, sarebbe riduttivo ritenere che il paradigma di neutralità del discorso pubblico accolto dalla Corte sia esclusivamente legato alla necessità di implementare la libera diffusione di idee e informazioni necessarie ad assicurare l’autogoverno (*self-government*). Certo, l’apertura del discorso pubblico consente, come già affermava James Madison nel *Report* di accompagnamento alle *Virginia Resolutions* approvate all’indomani dell’*Alien and Sedition Act* (1798)¹⁷¹, l’“absolute sovereignty” del popolo. Secondo questa prospettiva, l’essenza del *free-government* risiede nel *right of electing*, la cui effettività dipende dall’eguale libertà (*equal freedom*) di esaminare e discutere collettivamente i meriti di chi si propone di ricoprire incarichi pubblici. In una sfera pubblica aperta solo ad alcune opinioni, la competizione elettorale sarebbe irrimediabilmente falsata perché alcuni concorrenti partirebbero da posizioni avvantaggiate, e il voto non sarebbe materialmente libero, perché frutto di una scelta poco consapevole¹⁷².

Questa concezione del rapporto tra libertà di espressione e sistema rappresentativo si avvicina ad un modello di democrazia deliberativa¹⁷³, fondato sul dibattito piuttosto che sulla mera negoziazione di interessi dati¹⁷⁴, ma non riesce, tuttavia, a spiegare l’estensione

169 Così G. Amato, *Libertà*, cit., p. 281.

170 *Snyder v. Phelps*, che riprende quanto già affermato in *Hustler Magazine Inc. v. Falwell*, cit.

171 Approvato durante l’amministrazione Adams alla vigilia della guerra navale con la Francia, diretto a colpire soprattutto l’opposizione democratico-repubblicana, il *Sedition Act* puniva le critiche dirette al Governo che avessero l’intento di “diffamare”. A seguito della promulgazione dell’atto, diversi stati risposero con risoluzioni che diffidavano il Governo federale a darne esecuzione. In questo contesto si collocano le *Virginia Resolutions* e, soprattutto, il *Report* di accompagnamento a firma di James Madison, ora pubblicato in J. Madison, *Selected Writings*, Indianapolis-Cambridge MA, 2006, pp. 241 e ss.

172 “Should there happen (...) to be competitions between those who are, and those who are not, members of the government; what will be the situations of the competitors? Not equal (...). What will be the situation of the people? Not free; because they will be compelled to make their election between competitors, whose pretensions they are not permitted (...) equally to examine, to discuss, and to ascertain.” Così Madison, cit. ult., p. 263.

173 In questo senso sia C. R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free speech*, cit., p. XVI, sia O. M. Fiss, *The Irony of Free Speech*, cit. *passim*, che sviluppano una tesi già presente in A. Meiklejohn, *Political Freedom*, cit., pp. 24 e ss.

174 C. R. Sunstein, *Democracy*, cit., p. 242. Nel processo decisionale basato sul compromesso e sulla mera aggregazione di interessi le parti mirano a raggiungere un accordo vantaggioso con reciproche concessioni a partire da preferenze statiche, che non evolvono nel corso della discussione; viceversa, nella deliberazione basata sul dibattito, le preferenze individuali si definiscono durante il libero confronto, perché gli “individui muovono verso un esito consensuale interrogandosi sulla natura e sul valore di tali idee”. Così P. Petit, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government* (1997), trad. it. *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, Milano, 2000, pp. 224-225. Per una critica alla concezione “repubblicana” di democrazia, pur da una prospettiva deliberativa, cfr. J. Habermas, *Tre modelli di democrazia*, in *Id.*, *Die Einbeziehung des anderen. Studien zur politischen Theorie* (1996), trad. it. *L’inclusione dell’altro. Studi di*

della copertura costituzionale alle critiche che non riguardano esclusivamente *public officials* o ai discorsi “oltraggiosi” per gli individui o le minoranze. In realtà, dietro l’insistenza sul divieto di interventi *content* o *viewpoint-based* si cela l’assunto che attribuisce al Primo Emendamento la funzione di uniformare l’eterogeneità culturale della società, in vista di un processo di omogeneizzazione politica in nome di un comune sentire democratico¹⁷⁵. La “volontà democratica” innesca, infatti, un processo collettivo di auto-definizione, che integra una sintesi dialettica della frammentazione culturale creata dalla coesistenza di comunità sociali diverse. Il discorso pubblico deve mantenersi neutrale perché rappresenta uno spazio minimo di condivisione che dà forma alla stessa comunità politica, fornendo, d’altro canto, una comune identità pubblica capace di assorbire i contrasti sociali.

D’altro canto, una concezione deliberativa del processo democratico richiederebbe una regolazione penetrante (in senso egualitario) delle modalità di accesso alla sfera pubblica. Secondo La neutralità postulerebbe, comunque, una simmetria delle posizioni di partenza, irrimediabilmente compromessa dall’ingresso nella sfera pubblica di soggetti che sfruttano particolari posizioni di forza per orientare il *decision-making* democratico¹⁷⁶.

Eppure, la giurisprudenza della Corte Suprema non sembra essersi mossa lungo questa direzione; l’approccio libertario si arricchisce, così, di sfumature marcatamente liberiste, magari attraverso una generalizzata applicazione dello scrutinio stretto. L’iniziale preoccupazione espressa dalla Corte del *Chief Justice* Warren per un corretto sviluppo del dibattito pubblico¹⁷⁷ ha presto lasciato il campo all’opposta pretesa della riduzione degli ostacoli formali all’accesso alla sfera pubblica. La metafora del *free marketplace of ideas*, originariamente coniata dal proto-realista Holmes per ammettere le opinioni di minoranza nella cornice costituzionale, ha subito una torsione concettuale fino ad esprimere una presunzione di incostituzionalità per ogni disciplina che, in senso egualitario, regolasse l’incidenza di ragguardevoli capitali economici (“immense aggregations of wealth”¹⁷⁸) sul sistema della libertà di espressione¹⁷⁹. Quest’approccio ha trovato riscontro in diverse tappe giurisprudenziali alternatesi dagli anni ’70 dello scorso secolo: nonostante la *fairness doctrine* sia stata superata dalla *Federal Communication Commission* durante l’amministrazione Regan, in *CBS v. DNC* la Corte aveva già provveduto a delimitarne rigorosamente i confini, escludendo che l’obbligo di completezza informativa su temi di pubblico interesse, gravante sulle emittenti radiotelevisive, implicasse un generalizzato diritto di accesso al mezzo di diffusione¹⁸⁰. In coerenza con l’approccio liberista, la Corte

teoria politica, Milano, 2002, p. 241. Secondo l’A., il concetto di politica deliberativa non può ridursi a una reciproca comprensione etica ma deve includere il compromesso sugli interessi concreti e la verifica sulla coerenza giuridica delle scelte politiche.

175 R. C. Post, *Constitutional Domains. Democracy, Community, Management*, Cambridge MA, 1995, p. 166.

176 Cfr. O. M. Fiss, *State Activism and State Censorship*, 100 *Yale L. J.*, 2087 (1991), p. 2100.

177 Cfr., ad esempio, il sostegno offerto dalla Corte in *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*, cit., alla *fairness doctrine* espressa dalla Agenzia Federale delle Comunicazioni.

178 Per tale definizione v. *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990) p. 684, con cui la Corte Suprema ha salvato la legge dello Stato del Michigan che vietava l’utilizzo da parte di *media corporations* di fondi a favori di candidati alle elezioni statali. La decisione è stata ora *overruled* da *Citizens United v. FEC*, cit.

179 Un orientamento coerente con la tradizionale diffidenza liberale verso l’intromissione politica dello Stato nella sfera individuale. L’approccio è condiviso, tra gli altri, da R. Coase, *The Economics of the First Amendment: The Market for Goods and the Market for Ideas*, in 64 *American Economic Review* 384 (1974), criticato da O. M. Fiss, *Free Speech and Social Structure*, in 71 *Iowa Law Review* 1405 (1986).

180 Cfr. *CBS v. Democratic National Committee* 412 U.S. 94 (1973). Il caso ha trovato origine dal rifiuto della CBS di trasmettere uno spot finanziato da un gruppo di interesse contrario alla guerra in Vietnam. Tuttavia, almeno prima del definitivo abbandono nel 1987, non sono mancate oscillazioni sulla concreta estensione della *fairness doctrine*: in *Columbia Broadcasting System v. FCC* 453 U.S. 367 (1981), la Corte si è pronunciata per la non illegittimità costituzionale di quella parte del *Communication Act* (1934) (poi interamente so-

ha poi incluso nell'orbita del Primo Emendamento il rifiuto delle emittenti via-cavo di offrire parte dei propri canali ai programmi trasmessi via-etero (*must-carry rule*), secondo quando disposto dal *Cable Act* (1992)¹⁸¹, o il diritto di finanziare, per società e sindacati, messaggi elettorali in concomitanza delle elezioni federali (primarie e generali)¹⁸². La stessa giurisprudenza sul *commercial speech* ha sostituito all'iniziale orientamento di chiusura¹⁸³, una progressiva estensione della tutela offerta dal Primo Emendamento¹⁸⁴, e non mancano attualmente alcune oscillazioni, emerse soprattutto in *opinions* redatte da giudici conservatori, dirette ad offrire una tutela assoluta al *truthful commercial speech*¹⁸⁵.

Questa deferenza nei confronti dei rapporti di forza presenti nella società, ricorrente anche nella dottrina dei *public forums*¹⁸⁶, si mostra diffidente rispetto all'idea di una *responsive democracy*, ove ciascun individuo agisce come soggetto autonomo e indipendente contribuendo, così, all'autogoverno collettivo¹⁸⁷; la libertà di espressione sembra essere concepita come un "assoluto costituzionale", una sorta di "ideologia"¹⁸⁸, cui mostrare fedeltà non solo nei casi difficili, ma anche nelle ipotesi ordinarie di conflitto tra libertà di manifestazione del pensiero ed eventuali contro-interessi. Un afflato ideologico da intendersi almeno in senso "debole"¹⁸⁹, e che emerge in tutte quelle decisioni che forniscono alla libertà una presunzione di prevalenza a prescindere dalle circostanze di fatto e da un'analisi pragmatica delle proprietà rilevanti del caso concreto¹⁹⁰. In queste

stituito dal *Telecommunication Act* del 1996), che vietava alle emittenti radiotelevisive via etere di rifiutare l'acquisto di spazi pubblicitari da parte di candidati a cariche federali.

181 Cfr. *Turner Broadcasting System Inc. v. Federal Communication Commission*, cit., nonché *Turner Broadcasting System Inc. v. Federal Communication Commission* 520 U.S. 180 (1997). Nel primo caso la Corte ha espressamente rifiutato di applicare la *fairness doctrine*, invocabile solo per quelle emittenti che utilizzassero il bene pubblico "etero" e, pur considerando coperto dal Primo Em. il diritto di trasmettere delle emittenti via cavo, ha rimandato la valutazione alle Corti inferiori, con l'obbligo di giudicare secondo l'*intermediate scrutiny* una disciplina considerata *content neutral*. Nel secondo caso invece la Corte si è pronunciata, a seguito del successivo vaglio della Corte inferiore, nel senso di ritenere la *must-carry rule* legittima, perché strumentale alla libera diffusione dei programmi via etere.

182 *Citizens United v Federal Election Commission*, cit.

183 Così *Valentine v. Chrestensen*, cit. Con una decisione assai brevemente motivata, la Corte ebbe buon gioco a dichiarare che "[w]e are equally clear that the Constitution imposes such no restraint on government as respects purely commercial advertising."

184 Cfr. *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, cit.

185 Cfr., ad esempio, le *concurring opinions* dei giudici Thomas e Scalia in *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island* 517 U.S. 484 (1996), rispettivamente pp. 518-529 e pp. 517-518, con cui la Corte ha dichiarato illegittima una legge statale che vietava la pubblicità dei prezzi di bevande alcoliche.

186 Sintomatica è, ad esempio, *Arkansas Educational Television Commission v. Forbes*, 523 U.S. 666 (1998), che ha incluso la tribuna politica programmata da una televisione statale tra i *non-public forums*, considerando ragionevole l'esclusione dal dibattito per le elezioni presidenziali del candidato espressione di un partito minoritario.

187 Cfr., in particolare, R. C. Post, *Constitutional Domains*, cit., pp. 179 e ss.

188 F. Schauer, *The First Amendment as Ideology*, 33 *Wm&Mary L. Rev.*, 853 e ss. (1992).

189 N. Bobbio, *L'ideologia in Pareto e in Marx*, in *Id.*, *Saggi sulla scienza politica in Italia* (1969), Roma-Bari, 1996, pp. 95 e ss. Nel dibattito politico-filosofico, un sistema di credenze o di valori è debolmente ideologico quando viene utilizzato per orientare il comportamento dei consociati e fondare la legittimità del potere attraverso il ricorso a indimostrabili postulati dogmatici; viceversa, le teorie risultano ideologicamente orientate in senso forte quando, marxianamente, sono il risultato dei rapporti di potere tra classi sociali e producono, contestualmente, una falsa rappresentazione della realtà. L'accusa di ideologismo "forte" alla giurisprudenza delle Corti statunitensi è stata comunque sostenuta dagli esponenti della *Critical Race Theory*, che considerano l'ampia protezione giurisdizionale offerta al discorso razzista un mezzo per perpetuare i rapporti di subordinazione razziale che contraddistinguono la società americana. Su tale dibattito, se si vuole, C. Caruso, *La libertà di espressione in azione*, cit., pp. 102 e ss.

190 Si pensi, ad esempio, all'assiomatica parificazione delle persone giuridiche alle persone fisiche quanto a titolarità dei diritti fondamentali, compiuta dalla Corte a partire da *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978), e successivamente sviluppata in *Citizens United*, cit. Come gli individui, anche le società di diritto privato godono di una piena libertà di espressione, che giustifica lo scrutinio stretto sulle regolazioni volte a disciplinare l'incidenza di *immense aggregations of wealth* sulla sfera pubblica.

ipotesi, la pre-comprensione morale della libertà di espressione si colora di un rigido dogmatismo che rifiuta, in un paradossale rovesciamento della natura casistica del *judicial review*, un approccio particolarista legato alle risultanze della situazione di fatto¹⁹¹.

** Assegnista di ricerca in diritto costituzionale – Università di Bologna

191 Solo l'interesse alla sicurezza esterna della nazione sembra rovesciare i termini della questione, come già rilevava G. Amato, *Libertà*, cit., p. 281. Negli Stati Uniti, infatti, "lo scontro, (...), fra la 'tirannia' della maggioranza e la libertà-non conformismo trova, grazie al giudice, soluzioni favorevoli a quest'ultima in misura sconosciuta altrove. (...) Ma non appena il dissenso cessa di essere avvertito come stravaganza ed appare come minaccia di un sia pur potenziale contro-potere - minaccia quindi non all'intolleranza della maggioranza, ma alla sua stessa esistenza - allora la sua difesa viene meno". Si spiegano così non solo le decisioni del periodo maccartista, ma anche la più recente *Holder v. Humanitarian Law Project* 130 S. Ct. Rev., 2705, che ha ritenuto legittima la norma federale che punisce chi fornisce "supporto materiale" alle organizzazioni classificate come terroristiche dal Dipartimento di Stato. Poiché nella nozione di "supporto materiale" la disposizione include anche l'assistenza legale o gli *expert advices*, i ricorrenti hanno sostenuto la lesione del loro diritto a fare propaganda politica a favore di alcune associazioni etichettate come illegali (nella specie il PKK curdo). La Corte, con un *iter* argomentativo piuttosto discutibile (su cui v. D. Cole, *Lotta al terrorismo e libertà di opinione: la Corte Suprema sul caso Holder v. Humanitarian Law Project*, in *Quad. cost.*, 2010, pp. 852-858), ha sì ritenuto che l'intervento legislativo in contrasto con forme di *speech* riconducibili al Primo Emendamento, ma ha tuttavia escluso l'incostituzionalità della misura per l'interesse del governo alla tutela della sicurezza nazionale e alla lotta al terrorismo.