

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO**  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

**CORSO DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURICHE**  
**“CESARE BECCARIA”**  
XXIX CICLO



TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

**LIBERTA' DI ESPRESSIONE E DIRITTO PENALE:**  
**L'ESPERIENZA AMERICANA**

(DIRITTO PENALE – IUS/17)

Coordinatore:

**Chiar.mo prof. Claudio LUZZATI**

Tutor:

**Chiar.mo prof. Francesco VIGANO'**

Co-tutor:

**Chiar.mo prof. Emilio DOLCINI**

Candidata:

**Alessandra GALLUCCIO**

Anno accademico 2015-2016

## INDICE

INTRODUZIONE .....	1
--------------------	---

### CAPITOLO I

#### **L'ESPIONAGE ACT DEL 1917, IL SEDITION ACT DEL 1918 E LA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI FEDERALI INFERIORI**

<b>1. Premessa .....</b>	<b>7</b>
<b>2. L'<i>Espionage Act</i> del 1917: il dibattito parlamentare e il compromesso fra le contrastanti esigenze della libertà di espressione e dello sforzo bellico .....</b>	<b>8</b>
<b>3. <i>Masses Publishing Co. v. Patten</i> (1917) e la posizione del giudice Hand .....</b>	<b>14</b>
<b>4. Applicazione dell'<i>Espionage Act</i> da parte del sistema giudiziario americano: il trionfo del <i>Bad Tendency Test</i>.....</b>	<b>23</b>
<b>5. Alcuni (isolati) approcci alternativi: in particolare, la posizione del giudice Bourquin.....</b>	<b>29</b>
<b>6. Una ulteriore svolta in senso repressivo: il Sedition Act del 1918.....</b>	<b>33</b>
<b>7. Il punto della situazione. Il I Emendamento come 'grande assente' nel dibattito precedente alle pronunce della Corte Suprema. ....</b>	<b>36</b>
<b>8. (segue) Le proposte di regolamentazione della libertà di espressione sul tappeto: un test che non funziona e due diversi modelli di intervento</b>	<b>39</b>

## CAPITOLO II

### LE PRIME PRONUNCE DELLA CORTE SUPREMA: SHENK, ABRAMS E IL *CLEAR AND PRESENT DANGER TEST*

<b>1. Introduzione: i primi casi approdano alla Corte Suprema .....</b>	<b>45</b>
<b>2. Una prima impostazione: il giudice Holmes e l'<i>Espionage Act trilogy</i></b>	<b>46</b>
2.1. Schenck v. United States (1919).....	46
2.2. Frohwerk v. United States (1919).....	50
2.3. Debs v. United States (1919).....	53
<b>3. Schenck, Frohwerk e Debs: uno sguardo d'insieme .....</b>	<b>57</b>
3.1. Sotto il profilo penale (e processuale).....	58
3.2. ( <i>segue</i> ) e sotto il profilo costituzionale .....	64
<b>4. Dall'estate del 1918 all'autunno del 1919: la libertà di espressione al centro del dibattito .....</b>	<b>69</b>
4.1. La 'paura dei rossi', Ernst Freund e <i>The New Republic</i> .....	71
4.2. Il ruolo di Learned Hand e Zechariah Chafee .....	76
<b>5. Qualcosa si muove: <i>Abrams v. United States</i> (1919) .....</b>	<b>87</b>
<b>6. Una riflessione su <i>Abrams</i> .....</b>	<b>98</b>
6.1. Sotto il profilo 'penale' (e processuale).....	98
6.2. ( <i>segue</i> ) e sotto il profilo 'costituzionale' .....	105
6.3. Riassumendo .....	109

## CAPITOLO III

### DA ABRAMS AI GIORNI NOSTRI, PASSANDO PER *BRANDENBURG*

<b>1. La prima <i>red scare</i> e l'evoluzione del <i>clear and present danger test</i>...</b>	<b>113</b>
1.1. <i>Gillow v. New York</i> (1925) .....	114
1.2. <i>Whitney v. California</i> (1927).....	123
1.3. Uno sguardo d'insieme: reati di pericolo astratto e <i>clear and present danger test</i> ...	132

<b>2. La Seconda red scare e lo Smith Act .....</b>	<b>135</b>
2.1. <i>Dennis v. United States</i> (1951).....	138
2.2. L'approccio di alcune altre rilevanti sentenze del periodo: i casi <i>Yates, Scales e Noto</i> .....	149
<b>3. <i>Brandenburg v. Ohio</i> (1969) .....</b>	<b>152</b>
<b>4. Il <i>Brandenburg test</i>: le successive applicazioni da parte della Corte suprema.....</b>	<b>159</b>
<b>5. (<i>segue</i>) e alcuni problemi irrisolti.....</b>	<b>162</b>
5.1. Quali espressioni sono 'dirette a istigare'?.....	163
5.2. Quando il danno cui l'istigazione può condurre può definirsi 'probabile'?.....	167
5.3. Quando l'azione illegale (o violenta) oggetto di istigazione può dirsi 'imminente'? .....	168
<b>6. E se il banco di prova ci fosse e la Corte Suprema evitasse deliberatamente di affrontarlo? .....</b>	<b>170</b>

## CAPITOLO IV

### ESISTE UN 'ECCEZIONALISMO AMERICANO'?

<b>1. Premessa: il I Emendamento e l' 'ecceZIONalismo' americano .....</b>	<b>176</b>
<b>2. Il dibattito costituzionale sul ruolo della libera espressione: che cosa, in effetti, stiamo proteggendo?.....</b>	<b>178</b>
<b>3. (<i>segue</i>) Teorie che si concentrano sull'importanza della scoperta del 'vero' .....</b>	<b>180</b>
3.1. Il 'vero' di Milton e la teoria Mill.....	181
3.2. Il 'vero' di Holmes e il mercato delle idee .....	185
<b>4. (<i>segue</i>) Teorie che individuano nella libertà di espressione un aspetto dell'autodeterminazione personale.....</b>	<b>190</b>
4.1. La posizione di Dworkin .....	193
4.2. La variante della teoria proposta da Scanlon.....	198

<b>5. (segue) Teorie che prendono in considerazione il rapporto strumentale che sussiste fra libertà di espressione e partecipazione del cittadino nei sistemi democratici .....</b>	<b>202</b>
5.1. La posizione di Maiklejohn e la sua rilettura in una democrazia costituzionale .....	203
5.2. Una prospettazione (non necessariamente) alternativa: la teoria del <i>checking value</i> .....	206
<b>6. (segue) Teorie che fondano l'estrema tolleranza nei confronti di ogni genere di espressione sulla diffidenza nei confronti del legislatore in questo ambito .....</b>	<b>208</b>

## CAPITOLO V

### CONCLUSIONI

<b>1. Un secolo di giurisprudenza americana in materia di libertà di espressione, con un <i>focus</i> specifico: i reati di istigazione .....</b>	<b>212</b>
1.1. Una prima chiave di lettura: la rilevanza del 'significato costituzionale' della libera espressione (e le sue ripercussioni sulle tecniche di incriminazione) .....	213
1.2. Una seconda chiave di lettura: l'influenza della 'pace' e della 'guerra' sull'ampiezza della tutela riservata alla libera espressione .....	215
<b>2. Per una possibile soluzione .....</b>	<b>218</b>
2.1. Ripensare la tecnica di incriminazione: critica del <i>clear and present danger test</i> ...	218
2.2. (segue) ... e valorizzazione del modello 'concorrente': il <i>direct incitement test</i> di Learned Hand .....	220
2.3. Un po' di Hand, un po' di Brandeis... : le direttrici della futura analisi.....	224
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>228</b>
<b>GIURISPRUDENZA U.S.A.....</b>	<b>238</b>



## INTRODUZIONE

«A questo punto è giunto il momento di raccogliere le fila di tutta l'analisi fin qui svolta, ma senza la pretesa di formulare vere e proprie conclusioni» osservava l'autore di una monografia in tema di aspetti penalistici del discorso pubblico<sup>1</sup>, nelle ultime pagine del suo lavoro; «il tema oggetto della nostra indagine è così complesso e dibattuto», proseguiva, «che è ragionevole cercare soltanto di fornire qualche ulteriore contributo a una riflessione collettiva verosimilmente destinata a non avere mai fine<sup>2</sup>».

Questo brano, fra i primi letti durante la ricerca di materiali per la stesura di questo lavoro, mi ha accompagnato durante tutto il percorso: non come un monito – seppure tante volte, nel corso della ricerca, mi sono sentita intimidita dalla mole delle riflessioni sul punto, e scoraggiata dall'incapacità di individuare una chiave di lettura univoca –, piuttosto come un benevolo consiglio.

Mi piace pensare, dunque, che le conclusioni di quel lavoro siano, anche solo da un punto di vista metodologico, la premessa di questo: l'obiettivo non è mai stato, neppure nell'ingenuità della partenza, quello di 'far quadrare il cerchio'; molto più sommessamente, la ricerca ha sin da subito riguardato l'identificazione di qualche utile contributo da offrire alla riflessione collettiva.

---

<sup>1</sup> C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008.

<sup>2</sup> *Ivi*, 243.

E poiché il tema – come già si è detto – è assai dibattuto e oggetto di frequentazioni assidue<sup>3</sup>, anche recenti<sup>4</sup>, della dottrina italiana, si è cercato di andare altrove a cercare gli spunti necessari. La scelta è ricaduta sugli Stati Uniti, per due ragioni che cercherò brevemente di riassumere.

Una ricerca sui limiti alla potestà punitiva dello stato imposta dal rispetto del diritto alla libera manifestazione del pensiero necessita, innanzi tutto, di una certa multidisciplinarietà dell'approccio: uno dei termini della relazione è, infatti, una norma costituzionale, e dal diritto costituzionale, dunque, un'analisi del tema in oggetto non può prescindere.

Ebbene, è noto come da questo punto di vista la riflessione degli studiosi statunitensi sia fra le più feconde al mondo, tanto da meritare una patente – per vero auto-attribuita<sup>5</sup>, seppur probabilmente motivata<sup>6</sup> – di straordinarietà. Dal punto di vista terminologico, più che di eccezionalità dell'approccio americano al tema della libertà di espressione, dovrebbe forse parlarsi di 'eccezionalismo', come in effetti la

---

<sup>3</sup> Senza pretesa di completezza, e solo per ricordare alcuni dei più significativi contributi in materia si veda, nella dottrina costituzionale, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. sc. soc.*, 1957-58, 49 ss.; S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; G. BOGNETTI, *Vilipendio del governo e principi costituzionali di libertà di espressione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, 959 ss.; ID, *Apologia del delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p., ultimo comma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, 18 ss.; A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967; L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987, 1, 5 ss.; A. DI GIOVINE, *La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza*, in AA. VV., *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005.

Nella dottrina penalistica, anche qui solo a ricordare alcuni degli illustri autori che si sono interessati del tema, si veda P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica logica dell'ordinamento*, in AA.VV., *Legge penale e libertà di pensiero*, Padova, 1966, 349 ss.; G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Legge Penale*, cit., 1 ss.; D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quale giust.*, 1971, 187 ss.; C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972; G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988; M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000.

<sup>4</sup> Si vedano, in particolar modo, i lavori di L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006; A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 688 ss.; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit.

<sup>5</sup> Per il principale contributo sul punto cfr. F. SCHAUER, *The Exceptional First Amendment*, Working Paper Series from Harvard University, 2005.

<sup>6</sup> Cfr. *infra* cap. IV.

dottrina statunitense fa: mutuando una celebre espressione di Alexis de Tocqueville<sup>7</sup> e adattandola allo studio del I Emendamento alla Costituzione.

La tesi, in buona sostanza, è che nel panorama di una cultura occidentale che reprime, spesso indiscriminatamente, espressioni che costituiscono manifestazioni della libertà di pensiero – tutte le volte in cui esse offendano contro-interessi (reali o anche solo ideali) di vario genere (vita, integrità fisica, reputazione e onore, ordine pubblico, sicurezza nazionale, prestigio delle istituzioni) – l’esperienza americana faccia eccezione, accordando una tutela preferenziale al I Emendamento.

Le ragioni di tale approccio sarebbero molteplici<sup>8</sup> – una preferenza per la libertà anche a detrimento dell’uguaglianza, una diffusa sfiducia nell’intervento statale in materia, una cultura di ‘robusto’ dibattito politico, etc. – e non tutte chiaramente identificate. Come avremo modo di vedere, queste caratteristiche – in principio storico-culturali – sono progressivamente filtrate nelle pronunce della Corte suprema e nel ricchissimo panorama dottrinale di *rationes* a fondamento di un’espressione quanto più libera. Il risultato di questo processo è una complessa e articolata rete di giustificazioni – non necessariamente tra loro coordinate e, anzi, spesso divergenti – che costituiscono l’‘ossatura’ dell’attuale discorso costituzionale in materia di libera manifestazione del pensiero in America e che cercheremo, seppur sommariamente, di ricostruire.

In secondo luogo – e a circoscrivere l’ampiezza dell’analisi – l’altro estremo della relazione, il diritto penale; o, più precisamente, per quel che qui interessa, le tecniche normative (e giudiziarie) di diritto penale che, dato un determinato assetto costituzionale del bilanciamento fra libertà di espressione e contro-interesse di volta in volta esaminato, ne consentono il pratico invero. Con un focus specifico: quella dottrina del *clear and present danger test* che tanta fortuna ha riscosso anche nel nostro

---

<sup>7</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America* (1835-1840), Knopf ed., 1972, II, 36 «*The position of the Americans is therefore quite exceptional, and it may be believed that no democratic people will ever be placed in a similar one*».

<sup>8</sup> Rimandiamo ancora *infra*, cap. IV, per approfondimenti sul punto.

ordinamento<sup>9</sup> e che, anche recentemente<sup>10</sup>, è stata posta a fondamento del utilizzo della tecnica del pericolo concreto (imminente) nell'incriminazione dei reati contro l'ordine pubblico. Il *clear and present danger test* ha però anche detrattori molto autorevoli, e numerosi sono i dubbi che si avanzano sulla persistente attualità di un approccio che individua nel pericolo concreto la tecnica di incriminazione più adeguata nei reati contro l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale<sup>11</sup>.

Ebbene, l'analisi della nascita di tale standard giurisprudenziale e della sua evoluzione in quasi un secolo di storia americana ci consentirà, forse, qualche utile riflessione sulle sue origini – che, come vedremo, affondano le radici nel diritto penale, prima che in quello costituzionale –, sulle ragioni che lo hanno condotto a prevalere nella competizione con almeno un modello alternativo, sui suoi limiti e, in definitiva, sulla sua effettiva 'tenuta' nell'ordinamento in cui è nato.

Identificate le ragioni alla base della scelta del 'terreno' per la comparazione e, correlativamente, le direttrici che l'analisi si propone di seguire, qualche parola sulle scansioni in cui è suddiviso il lavoro.

I primi tre capitoli sono dedicati ad una ricostruzione dell'esperienza giurisprudenziale statunitense in materia di rapporti fra libera espressione e contro-interessi dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale. L'arco di tempo ricompreso nell'analisi è quello tradizionalmente preso in considerazione dalla manualistica statunitense sul punto, che fissa – come vedremo – una precisa 'data di nascita' del dibattito sul tema: la primavera del 1917, che vede gli Stati Uniti entrare in guerra a fianco degli alleati e il Congresso varare l'*Espionage Act*, la prima norma limitativa della libera espressione effettivamente sottoposta al vaglio della Corte suprema

---

<sup>9</sup> Cfr., in particolar modo, G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., 158, che commenta l'influenza del modello del *clear and present danger americano*, sostenuto da G. BOGNETTI, *Apologia del delitto punibile*, cit., sull'adozione della tecnica del pericolo concreto nei reati in materia di istigazione.

<sup>10</sup> Cfr. L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., 225 ss.

<sup>11</sup> Si veda ancora G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., 183 ss.; M. PELISSERO, *Reato politico*, cit., 337 ss. e dottrina *ivi* citata.

americana. Snodandosi attraverso quasi cent'anni di storia americana, e soffermandosi su periodi cruciali per l'apprezzamento dell'effettiva portata delle tutele offerte alla libera manifestazione del pensiero – quali, appunto, la prima guerra mondiale, la prima e la seconda *red scare* (meglio conosciuta, in Italia, con il nome di Maccartismo) e, da ultimo, la lotta al terrorismo –, l'osservazione giunge, infine, ai giorni nostri e alle questioni tuttora aperte nella riflessione statunitense.

Dal punto di vista metodologico – oltre ad un andamento rigorosamente cronologico e al costante tentativo di descrivere il contesto storico nel quale gli approdi giurisprudenziali presi in considerazione si inseriscono – si è cercato il più possibile di mantenere viva la separazione fra 'aspetti costituzionali' e 'aspetti penali' del discorso in materia di libera espressione. Facendosi riferimento, con la locuzione 'aspetti costituzionali': al complesso di ragioni per cui la libertà di espressione va tutelata, alla natura assoluta o relativa del diritto, all'assetto del bilanciamento costituzionale fra libertà di espressione e i contro-interessi dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale; e con quella 'aspetti penali': alle tecniche penali concretamente adoperate per inverare, nella legge penale e nella sua interpretazione, l'assetto fra contrapposti interessi sancito a livello costituzionale, con particolare riferimento alla tecnica del pericolo concreto.

All' 'eccezionalismo' americano in materia di libertà di espressione è poi dedicato l'intero quarto capitolo: in esso si cercherà di spiegare perché – almeno dal punto di vista della ricchezza del dibattito costituzionale sul punto – l'approccio americano può effettivamente considerarsi uno dei più vitali e fecondi.

In conclusione, qualche osservazione sul rapporto che sussiste fra 'significato costituzionale' della libera espressione in un dato momento storico e sua effettiva tutela dalla potestà punitiva statale: è sempre vero che al crescere della consapevolezza circa il significato costituzionale che la libera manifestazione del pensiero riveste per l'individuo e per i sistemi democratici, cresce anche la tutela che in concreto si riserva alla libera espressione? O altri fattori, diversi dal 'valore' della libera manifestazione del pensiero, giocano un ruolo fondamentale nel definire il concreto perimetro del diritto in questione? L'elevato grado di procedimenti penali per manifestazioni della

libertà di pensiero che si registrano in alcuni, ben determinati, momenti storici può identificarsi come una torsione dei principi costituzionali addebitabile a forme di diritto penale d'autore, o del nemico? E che ruolo la tecnica di incriminazione – il *clear and present danger*, appunto – svolge in questo contesto?

## CAPITOLO I

### L'ESPIONAGE ACT DEL 1917, IL SEDITION ACT DEL 1918 E LA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI FEDERALI INFERIORI

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. L'*Espionage Act* del 1917: il dibattito parlamentare e il compromesso fra le contrastanti esigenze della libertà di espressione e dello sforzo bellico. – 3. *Masses Publishing Co. v. Patten* (1917) e la posizione del giudice Hand. – 4. Applicazione dell'*Espionage Act* da parte del sistema giudiziario americano: il trionfo del *Bad Tendency Test*. – 5. Alcuni (isolati) approcci alternativi: in particolare, la posizione del giudice Bourquin. – 6. Una ulteriore svolta in senso repressivo: il *Sedition Act* del 1918. – 7. Il punto della situazione. Il I Emendamento come 'grande assente' nel dibattito precedente alle pronunce della Corte Suprema. – 8 (segue) Le proposte di regolamentazione della libertà di espressione sul tappeto: un test che non funziona e due diversi modelli di intervento.

#### 1. Premessa

Con l'obiettivo di ricostruire l'esperienza statunitense in materia di libertà di espressione – con particolare attenzione alle fattispecie di istigazione, che da subito rappresentarono il banco di prova più difficile in materia – ci collochiamo idealmente nei primi mesi del 1917. Il dibattito sulla libera manifestazione del pensiero, sulle ragioni poste a fondamento della previsione – contenuta nel I Emendamento alla Costituzione americana – che «*Congress shall make no law to abridge the freedom of speech ... or of the press*» e sui limiti di tale principio viene, infatti, negli Stati Uniti, tradizionalmente affrontato a partire dall'entrata in vigore dell'*Espionage Act*; una norma che puniva, come vedremo, l'ostruzionismo nei confronti dello sforzo bellico degli Stati Uniti, che proprio allora decidevano di impegnarsi nel primo conflitto mondiale.

## **2. L'Espionage Act del 1917: il dibattito parlamentare e il compromesso fra le contrastanti esigenze della libertà di espressione e dello sforzo bellico**

Meno di tre settimane dopo l'entrata in guerra degli Stati Uniti ebbe inizio – in seno al Congresso – il dibattito relativo all'entrata in vigore della bozza di legge relativa alla repressione delle attività sleali tese a minare l'unità della nazione predisposta, già da alcuni mesi, dall'*Attorney General* Thomas Gregory, su espressa richiesta dell'amministrazione Wilson.

La bozza mirava, in primo luogo, a disciplinare le attività di spionaggio e di protezioni dei segreti militari, ma conteneva tre previsioni direttamente connesse alla libertà di espressione in tempo di guerra: a) la '*press censorship*' provision; b) la '*disaffection*' provision; c) la '*nonmailability*' provision<sup>12</sup>.

La '*press censorship*' provision – nella forma in cui venne presentata al Congresso – prevedeva che costituisse reato la pubblicazione, da parte di chiunque, in tempo di guerra, di qualunque informazione il Presidente avesse ritenuto essere o poter essere utile al nemico; la norma escludeva espressamente, tuttavia, la possibilità che tale previsione fosse adoperata per limitare la possibilità di discutere, commentare o criticare le azioni o le politiche dell'esecutivo<sup>13</sup>.

La '*disaffection*' provision – anch'essa nella sua versione provvisoria – prevedeva che costituisse reato la condotta di chiunque, in tempo di guerra: avesse volontariamente prodotto o riportato false affermazioni o falsi report con l'intento di interferire con le operazioni o il successo dell'esercito americano, o con quello di promuovere il successo dei nemici degli Stati Uniti; avesse volontariamente causato o

---

<sup>12</sup> Le definisce così, STONE J.R., *Perilous Times*, cit., 147.

<sup>13</sup> *Ibidem* «the '*press censorship*' provision would have declared it unlawful for any person in time of war to publish any information that the President had declared to be 'of such character that is or might be useful to the enemy'. The provision added that 'nothing in this section shall be construed to limit or restrict any discussion, comment or criticism of the acts or policies of the Government'»

tentato di causare insoddisfazione nei confronti della marina o dell'esercito degli Stati Uniti<sup>14</sup>.

Infine, la *'nonmailability' provision* – nella versione predisposta dall'*Attorney General* – consentiva al Direttore Generale delle Poste di escludere dalla distribuzione postale: ogni scritto o pubblicazione da lui ritenuto in violazione degli articoli precedenti della legge; ogni scritto o pubblicazione ritenuta traditrice o anarchica<sup>15</sup>.

Ognuna delle norme ora esaminate fu oggetto – in maggiore o minor misura – di dibattito in seno al Congresso.

Quella che da subito si dimostrò maggiormente problematica fu la prima – quella più direttamente relativa alla libertà di stampa – anche a seguito delle feroci proteste dell'*American Newspaper Publishers' Association*<sup>16</sup> e di alcuni dei principali quotidiani del paese<sup>17</sup>. Una norma di tal genere – sosteneva la stampa – avrebbe non solo negato ai cittadini il fondamentale diritto, garantito dal I Emendamento, alla libertà di espressione, ma li avrebbe in radice privati di tutti i mezzi necessari per formarsi una corretta opinione dell'andamento del conflitto in corso e delle politiche del governo.

Quando la *'press censorship' provision* fu finalmente discussa in aula, a nulla valsero le obiezioni dei *congressmen* democratici favorevoli all'entrata in vigore – «in tempo di guerra, quando gli uomini rinunciano ai propri figli e la popolazione ai propri soldi, la stampa dovrebbe volentieri rinunciare al proprio diritto di pubblicare quelle informazioni che il Presidente ritiene dannose per gli Stati Uniti e utili al nemico»<sup>18</sup>;

---

<sup>14</sup> *Ibidem* «the 'disaffection provision' would have declared unlawful for any person in time of war (a) willfully to 'make or convey false reports or false statements with intent to interfere with the operation or success of the military forces of the United States or 'to promote the success of its enemies', or (b) willfully to 'cause or attempt to cause disaffection in the military or naval forces of the United States'».

<sup>15</sup> *Ibidem* «the 'nonmailability' provision would have granted the postmaster general the authority to exclude from the mails any writing or publications that violates 'any of the provisions of this act' or is otherwise 'of a treasonable or anarchistic character'».

<sup>16</sup> La norma, secondo l'associazione, «strikes at the fundamental rights of the people, not only assailing their freedom of speech, but also seeking to deprive them of the means of forming an intelligent opinion». Cfr. *Resolutions of the American Newspaper Publishers' Association*, 65<sup>th</sup> Cong, 1<sup>st</sup> Sess (1917), in 55 Cong Rec S 1861 (May 5, 1917).

<sup>17</sup> Per tutti, *The espionage Bill*, New York Times 12 (13 aprile 1917).

<sup>18</sup> 65<sup>th</sup> Cong, 1<sup>st</sup> Sess (1917), in 55 Cong Rec H 1590-91 (statement of Rep. Webb).

«il bene della società è superiore al diritto della stampa di pubblicare ciò che le aggrada» «se le attività della stampa fossero un pericolo per la prosecuzione della guerra la loro limitazione non sarebbe incostituzionale»<sup>19</sup>. A nulla valse perfino l'appello che lo stesso Presidente Wilson rivolse all'aula, perorando l'assoluta necessità di una censura della stampa per tutelare l'incolumità pubblica<sup>20</sup>. A prevalere nettamente furono le argomentazioni di coloro che si dichiaravano contrari alle limitazioni della libertà di stampa – «in tempo di guerra siamo particolarmente propensi a fare cose che non dovremmo fare»<sup>21</sup>; «preservare la libertà di espressione è di importanza fondamentale e durante i conflitti si perde il giudizio»<sup>22</sup>; «mentre combattiamo per portare la democrazia nel mondo non possiamo fare un gesto che porterebbe l'autocrazia in America»<sup>23</sup> –: all'esito del dibattito, la norma venne rigettata<sup>24</sup> e mai più riproposta nel corso del conflitto.

Un certo disaccordo suscitò pure la terza delle norme sopra esaminate, quella relativa ai poteri del Direttore Generale delle Poste. Sebbene infatti già il *Comstone Act* consentisse al *Postmaster General* di escludere dal servizio postale le pubblicazioni oscene o indecenti<sup>25</sup>, i poteri ora conferiti a tale organo vennero ritenuti dal Congresso sproporzionati ed eccessivamente discrezionali<sup>26</sup>. Particolare preoccupazione destava l'utilizzo, all'interno della seconda parte della norma, di termini generici come *'treasonable'* e *'anarchistic'*<sup>27</sup> che furono – nella versione finalmente approvata dall'Aula –

---

<sup>19</sup> *Ibidem* (statement of Sen. Overman).

<sup>20</sup> *Wilson demands press censorship*, New York Times 1 (23 maggio 1917).

<sup>21</sup> 65<sup>th</sup> Cong, 1<sup>st</sup> Sess (1917), in 55 Cong Rec H 1591 (statement of Rep. Fess).

<sup>22</sup> 65<sup>th</sup> Cong, 1<sup>st</sup> Sess (1917), in 55 Cong Rec S 2097 (statement of Sen. Johnson).

<sup>23</sup> 65<sup>th</sup> Cong, 1<sup>st</sup> Sess (1917), in 55 Cong Rec H 1773 (statement Rep. Madden).

<sup>24</sup> Con 184 voti contrari e 144 favorevoli, 36 Democratici votarono con i Repubblicani perché la norma venisse respinta. Cfr. STONE J.R., *Perilous Times*, cit., 148.

<sup>25</sup> Cfr. RABBAN D.M., *Free Speech in Its Forgotten Years*, cit., 251.

<sup>26</sup> *Ibidem*. «Congressmen protested that these provisions would confer unprecedented and unreviewable 'autocratic power' upon the Postmaster General and could be used to ban 'perfectly inoffensive and harmless' publications on virtually any subject of political, social, and industrial life». Cfr. 65<sup>th</sup> Cong, 1<sup>st</sup> Sess (1917), in 55 Cong. Rec. 1836 (1917) (statement of Rep. Stafford), 3138 (statement of Rep. Crosser), 1871 (statement of Sen. Cummins).

<sup>27</sup> STONE J.R., *Perilous Times*, cit., 150; RABBAN D.M., *Free Speech in Its Forgotten Years*, cit., 252, con particolare riferimento a 65<sup>th</sup> Cong, 1<sup>st</sup> Sess (1917), in 55 Cong. Rec. 2062 (1917) (statement of Sen. Borah) «Senator Borah made this point concretely. He shared Senator Overman's hostility to a publication that called

sostituiti dalla più precisa locuzione «*containing any matter advocating or urging treason, insurrection, or forcible resistance to any law of the United States*»<sup>28</sup>.

Infine, quasi senza dibattito, venne licenziata la seconda delle norme sopra esaminate – la c.d. ‘*disaffection*’ provision – destinata a diventare la più largamente adoperata tra le norme dell’*Espionage Act* negli anni successivi. Anche qui tuttavia il Congresso intervenne e, ritenendo che il termine ‘*disaffection*’ fosse troppo vago, sostituì la locuzione «*cause or attempt to cause disaffection*» con la più precisa «*cause or attempt to cause insubordination, disloyalty, mutiny, or refusal of duty*».

Quando, dopo nove settimane di dibattito, l’*Espionage Act* entrò in vigore esso – nelle parti relative alla libertà di espressione – recitava così<sup>29</sup>:

#### **TITLE I. ESPIONAGE.**

**Section. 3.** Whoever, when the United States is at war, Shall willfully make or convey false reports or false statements with the intent to interfere with the operations or success of the military or naval forces of the United States or to promote the success of its enemies and whoever when the United States is at war, shall willfully cause or attempt to cause insubordination, disloyalty mutiny, or refusal of duty, in the military or naval forces of the United States, or shall willfully obstruct the recruiting or enlistment service of the United States, to the injury of the service or of the United States, shall be punished by a fine of not more than \$ 10,000 or imprisonment for not more than twenty years, or both.

#### **TITLE II. USE OF MAILS.**

---

*every national flag a symbol for bondage and oppression, and characterized a recruitment publication as a device to obtain 'food for the cannon'. But he countered this example with 'another from the opposite extreme', pointing out that a New York official had censored the fourth verse of 'The star-spangled Banner' because it might offend England, an ally during the war. Borah complained that the proposed statute would not force postmasters to distinguish between these very different publications».*

<sup>28</sup> Cfr. *infra* la versione definitiva.

<sup>29</sup> Cfr. VAN ALSTYNE W.W., *The American First Amendment in the Twenty-First Century*, cit., 40.

**Section 1.** Every letter, writing, circular, postal card, picture, print, engraving, photograph, newspaper, pamphlet, book, or other publication, matter or thing of any kind, in violation of any of the provisions of this act is thereby declared to be nonmailable matter and shall not be conveyed in the mails or delivered from any post office or by any letter carrier: provided, that nothing in this act shall be so construed as to authorize any person other than an employé of the dead letter office, duly authorized there to, or other person upon a search warrant authorized by law, to open any letter not addressed to himself.

**Section 2.** Every letter, writing, circular, postal card, picture, print, engraving, photograph, newspaper, pamphlet, book, or other publication, matter or thing of any kind, containing any matter advocating or urging treason, insurrection, or forcible resistance to any law of the United States, is hereby declared to be nonmailable.

Chi si è occupato di analizzare a fondo il dibattito parlamentare relativo all'entrata in vigore dell'*Espionage Act* – che impegnò l'Aula per nove settimane e che fu costellato da prese di posizione anche molto dure nei confronti di quelle che vennero percepite come derive autarchiche da parte dell'amministrazione in carica<sup>30</sup>, oltre che da sostanziali emendamenti del testo proposto dall'amministrazione medesima<sup>31</sup> – non dubita del fatto che il Congresso non volesse sopprimere ogni 'genuina' discussione relativa al conflitto<sup>32</sup>. Quella raggiunta all'esito della discussione in seno all'Aula fu una soluzione

---

<sup>30</sup> Si veda, ad esempio, l'intervento del Senatore Hersey, sdegnato dall'interessamento personale dimostrato dal presidente Wilson con il suo intervento in favore del disegno di legge in discussione: «*we, the Congress of United States [are now] importuned by the executive... to enact unconstitutional laws, to place in the hands of the President unlawful powers, to grant to him... the authority to take away from the citizen the protection of the Constitution*» in 65<sup>th</sup> Cong, 1<sup>st</sup> Sess (1917), in 55 Cong. Rec. 3134 (May 31, 1917).

<sup>31</sup> Cfr. *supra* i relativi testi.

<sup>32</sup> STONE J.R., *Perilous Times*, cit., 151 e s.; l'autore cita a sostegno di questa tesi il rilevante spazio che proprio il tema della libertà di espressione ebbe nei lavori parlamentari e alcune specifiche dichiarazioni di *Congressmen* impegnati in tale dibattito: 65<sup>th</sup> Cong, 1<sup>st</sup> Sess (1917), in 55 Cong. Rec. 1780 (May 3, 1917) (statement of Rep. London) «*if there are some treasonable thoughts in the mind of the American people, I want them expressed; if there is any discontent with the war I want to hear it*»; 65<sup>th</sup> Cong, 1<sup>st</sup> Sess (1917), in 55 Cong. Rec. 2116 (May 11, 1917) (statement of Sen. Sterling) «*there is in this bill no prohibition on criticism... of any of*

compromissoria: non si incriminò ogni affermazione di dissenso rispetto alla guerra in corso – e certamente non ogni affermazione critica rispetto all’operato del Governo – ma solo: le «false affermazioni di fatto o falsi report» che presentassero «l’intento di interferire con il successo delle operazioni militari o di favorire il nemico»; le affermazioni che «dolosamente causano o tentano di causare insubordinazione, slealtà, rivolta o rifiuto di adempiere agli ordini fra i membri dell’esercito e della marina degli Stati Uniti» e quelle che «ostacolano il reclutamento dei soldati o la predisposizione delle liste di coscrizione».

Quanto a lettere, libri, cartoline, foto, immagini, vignette satiriche, giornali e scritti di ogni genere, esclusi dall’uso dei servizi postali furono, come abbiamo visto: quelli considerati in violazione delle tre diverse fattispecie incriminatrici contenute nella sezione terza dell’*Espionage Act* – e dunque contenenti le affermazioni di cui sopra –; quelli contenenti «qualunque materiale che inciti o esorti al tradimento, alla rivolta o alla resistenza violenta nei confronti di una legge degli Stati Uniti».

Osserveremo tuttavia come – al netto di alcuni encomiabili tentativi di interpretare in maniera restrittiva l’*Espionage Act*<sup>33</sup>, al fine di non soffocare qualunque forma di critica politica del conflitto e dell’amministrazione – l’interpretazione giurisprudenziale della legge in questione fu tale da indurre, al termine della guerra, una prima, fondamentale discussione sull’ampiezza delle garanzie costituzionali relative alla libertà di espressione e sulla fondamentale funzione del discorso politico in una società democratica<sup>34</sup>.

---

*the acts or operations or policies of the Government, or any of its representatives»*; 65<sup>th</sup> Cong, 1<sup>st</sup> Sess (1917), in 55 Cong. Rec. 1596 (Apr. 30, 1917) (statement of Rep. Webb) «*it is no crime to call the flag a dirty rag*».

<sup>33</sup> Cfr. *infra* § 5.

<sup>34</sup> Cfr. *infra* II, § 4.

### **3. *Masses Publishing Co. v. Patten* (1917) e la posizione del giudice Hand**

Una fondamentale ‘prima lettura’ delle norme incriminatrici dell’*Espionage Act* – molto rispettosa della libertà di espressione e destinata a suscitare un intenso dibattito negli anni successivi – venne fornita in un caso<sup>35</sup> riguardante la cd. *press censorship provision*, appena un mese dopo l’entrata in vigore della legge in questione.

Nel luglio del 1917, l’ufficio delle poste di New York comunicava alla *Masses Publishing Co.* – società newyorkese editrice di *Masses*, un periodico di idee rivoluzionarie – che non avrebbe più distribuito alcuna copia del mensile da loro edito, sulla base di quanto previsto dal titolo secondo dell’*Espionage Act*. In violazione di tutte e tre le norme incriminatrici della sezione terza di tale legge sarebbero state – a giudizio del direttore generale delle poste – alcune vignette e quattro brani tratti da altrettanti articoli; la maggior parte delle vignette e due dei brani posti a fondamento della decisione di impedire la distribuzione del giornale trattavano, in maniera critica, il tema della coscrizione obbligatoria<sup>36</sup>; altri due brani – un testo dal titolo ‘*Friends of*

---

<sup>35</sup> *Masses Publishing Co. v. Patten*, 244 F. 535 (S.D.N.Y.) (1917).

<sup>36</sup> Due delle vignette incriminate – eseguite dal disegnatore H.J. Glintenkamp e rappresentanti la *liberty bell* a terra in frantumi ed un carro a cui sono legati per essere trascinate via tre figure nude, impersonanti la gioventù, il lavoro e la democrazia – sono riportate da RABBAN D.M., *Free Speech in Its Forgotten Years*, cit., 262. Tutte le pubblicazioni oggetto del capo di imputazione possono leggersi in allegato alla sentenza *Masses Publishing Co. v. Patten*, 245 F. 102 (2nd Circ. 1917), 543 s.

Il primo, intitolato *A Question*, recita «*Often I wish we had a continuing census bureau to which we might apply, and have a census taken with classifications of our own choosing. I would like to know to-day, how many men and women there are in America who admire the self-reliance and sacrifice of those who are resisting the conscription law on the ground that they believe it violates the sacred rights and liberties of man. How many of the American population are in accord with the American press when it speaks of the arrest of these men of genuine courage as a "round-up of slackers"?* Are there none to whom this picture of the American republic adopting towards its citizens the attitude of a rider toward cattle is appalling? I recall the *Essays of Emerson*, the *Poems of Walt Whitman*, which sounded a call never heard before in the world's literature, for erect and insuppressible individuality, the courage of solitary faith and heroic assertion of self. It was America's contribution to the ideals of man. It painted the quality of her culture for those in the old world who loved her. It was a revolt of the aspiring mind against that instinctive running with custom and the support of numbers, which is an hereditary frailty of our nerves. It was a determination to worship and to love, in the living and laughing present, the same heroisms that we love when we look back so seriously over the past. I wonder if the number is few to whom this high resolve was the distinction of our American idealism, and who feel inclined to bow their heads to those who are going to jail under the whip of the state, because they will not do what they do not believe in doing. Perhaps there are enough of us, if we make ourselves heard in voice and letter, to modify this ritual of contempt in the daily press, and induce the American government to undertake the imprisonment of heroic young men with a certain sorrowful dignity that will be new in the world».

*American Freedom*<sup>37</sup> e una poesia intitolata *'A tribute'*<sup>38</sup>— erano invece dedicati a due figure prominenti del movimento anarchico dell'epoca: Alexander Berkman e Emma Goldman, appena arrestati per avere organizzato una serie di raduni di protesta contro la guerra e la leva militare obbligatoria<sup>39</sup>. Il giornale ne elogiava apertamente la dedizione alla causa della libertà e si offriva di raccogliere fondi per pagar loro un avvocato.

La società ricorreva alla Corte federale del distretto (Southern New York) e il caso veniva deciso da un giudice destinato a passare alla storia del I Emendamento: Learned Hand.

---

Il secondo, dal titolo *Conscientious Objectors*, consiste in una raccolta di lettere di alcuni cittadini inglesi imprigionati perché renitenti alla leva militare, corredata da una breve introduzione di questo tenore: «*We publish below a number of letters written last year from English prisons by conscientious objectors. It is as yet uncertain what treatment the United States government will mete out to its thousands of conscientious objectors, but we believe that our protestors against government tyranny will be as steadfast as their English comrades. It is not by any means as certain that they will be as polite to their guards and tormentors, but we hope they will remember that these are acting under official compulsion and not as free men. Some discussion has arisen as to whether those whose objection to participating in war is not embodied in a religious formula, have the right to call their objection a "conscientious" one. We believe that this old-fashioned term is, however, one that fits their case. There are some laws which the individual feels that he cannot obey, and which he will suffer any punishment, even that of death, rather than recognize as having authority over him. This fundamental stubbornness of the free soul, against which all the powers of the state are helpless, constitutes a conscientious objection, whatever its original sources may be in political or social opinion. It remains to be demonstrated that a political disapproval of this war can express itself in the same heroic firmness that has in England upheld the Christian objectors to war as murder. We recommend to all who intend to strick it out to the end, a thorough reading of the cases which follow, so that they may be prepared for what is at least rather likely to happen to them*».

<sup>37</sup>«*Alexander Berkman and Emma Goldman have been arrested, charged with advocating in their paper, Mother Earth, that those liable to the military draft, who do not believe in the war, should refuse to register. That they would be arrested, on some charge, and subjected to bitter prosecution, has been inevitable ever since they appeared as the spokesmen of a working class protest against the plans of American militarism. Whatever you may think of the practicability of such a protest, you must, with their friends, pay tribute of admiration for their courage and devotion. Alexander Berkman is one of the few men whose character and intelligence ever stood firm through a quarter of a lifetime in prison. Emma Goldman has followed her extreme ideal of liberty for 30 years, up and down, in better places and worse than the federal penitentiary. They can both endure what befalls them. They have more resources in their souls, perhaps, as they have the support of a more absolute faith, than we have who admire them. But let us give them every chance for acquittal that the constitution of the times allow. Let us give them every chance to state their faith. The Masses will receive funds for this purpose*».

<sup>38</sup> «*Emma Goldman and Alexander Berkman /Are in prison, /Although the night is tremblingly beautiful /And the sound of water climbs down the rocks /And the breath of the night air moves through multitudes and multitudes of leaves /That love to waste themselves for the sake of the summer. /Emma Goldman and Alexander Berkman /Are in prison tonight, /But they have made themselves elemental forces, /Like the water that climbs down the rocks; /Like the wind in the leaves; /Like the gentle night that holds us; /They are working on our destinies; /They are forging the love of the nations; /Tonight they lie in prison*».

<sup>39</sup> Diffusamente sulla vicenda STONE J.R., *Perilous Times*, cit., 143 e s.

Il giudice Hand, dopo aver ripercorso il capo di imputazione, esordisce individuando l'oggetto della sua pronuncia. Non si tratta – osserva immediatamente – di determinare se il Congresso, durante una guerra che mette a repentaglio la stessa sussistenza dello Stato, possa porre in atto qualunque misura che sacrifichi la libertà di singoli individui per meglio preservare quella di tutti, né si tratta di determinare se nel fare ciò il Congresso goda di poteri illimitati; non è, insomma, una questione che inerisce ai diritti costituzionali del cittadino quella a lui sottoposta. Si tratta piuttosto – sostiene il giudice – di interpretare quale sia l'intenzione del legislatore dell'*Espionage Act*, quanto lontano egli voglia spingersi autorizzando l'esclusione di alcune pubblicazioni dal servizio postale.

Una semplice questione di individuazione della *voluntas legislatoris*, dunque, per la risoluzione della quale Hand analizza partitamente le tre diverse norme incriminatrici contenute nella terza sezione dell'*Espionage Act* e si pone il problema dell'eventuale contrasto delle pubblicazioni indicate nel capo di imputazione con ciascuna di esse.

La prima delle norme in questione incriminava – come si ricorderà – le «false affermazioni di fatto o falsi report» che presentassero «l'intento di interferire con il successo delle operazioni militari o di favorire il nemico». Sul punto il giudice osserva che è sfortunatamente vero ciò che sostiene il Governo, cioè che il violento attacco sferrato dal giornale nei confronti della guerra e delle leggi emanate per consentirne la prosecuzione possa interferire con il successo delle forze armate statunitensi; è ben possibile infatti che pubblicazioni del genere di quelle in oggetto, tali da eccitare il dissenso politico e enfatizzare le divisioni all'interno della nazione, possano favorire il successo del nemico: sul punto, conclude il giudice, non può esservi alcun dubbio. E tuttavia la norma richiede, perché si possa incriminare il soggetto agente, che egli abbia creato o diffuso '*false statements*' o '*false reports*': tali espressioni – afferma Hand – possono riferirsi solo ad affermazioni di fatto che il soggetto agente sa essere false. Di diversa natura sono, invece, le affermazioni pubblicate dal quotidiano *Masses*: si tratta di manifestazioni del pensiero che ricadono nella categoria delle opinioni e della critica; pertanto, sostiene il giudice in un celebre passo:

[...] they fall within the scope of that right to criticize either by temperate reasoning, or by immoderate and indecent invective, which is normally the privilege of the individual in countries dependent upon the free expression of opinion as the ultimate source of authority. The argument may be trivial in substance, and violent and perverse in manner, but so long as it is confined to abuse of existing policies or laws, it is impossible to class it as a false statement of facts of the kind here in question. To modify this provision, so clearly intended to prevent the spreading of false rumors which may embarrass the military, into the prohibition of any kind of propaganda, honest or vicious, is to disregard the meaning of the language, established by legal construction and common use, and to raise it into a means of suppressing intemperate and inflammatory public discussion, which was surely not its purpose<sup>40</sup>.

Secondo la lettura della norma fornita da Hand, l'unico tipo di affermazioni effettivamente punibili sono quelle che diffondono false informazioni in grado di mettere in imbarazzo le forze armate statunitensi. La diffusione di opinioni, non importa quanto veementi o incendiarie, sull'andamento della guerra o sulle politiche del Governo non costituisce invece reato: lo impone lo stretto collegamento che intercorre fra la critica politica e gli ordinamenti democratici, che traggono la loro legittimazione dal consenso popolare. Non è mai stato fra i desideri del legislatore – conclude Hand – privare i cittadini di quel diritto di critica che è comunemente considerato un privilegio del singolo individuo nei regimi democratici.

Dopo avere chiarito questo primo, fondamentale punto, il giudice passa ad analizzare la seconda delle norme contenute nella sezione terza dell'*Espionage Act*, incriminante le affermazioni che «dolosamente causano o tentano di causare insubordinazione, slealtà, rivolta o rifiuto di adempiere agli ordini fra i membri dell'esercito e della marina degli Stati Uniti». Il governo sostiene infatti che gli articoli

---

<sup>40</sup> *Masses Publishing Co v. Patten*, cit., 539.

incriminati siano tali da provocare la disaffezione dei cittadini rispetto alla guerra in corso e, soprattutto, che la critica serrata della leva militare obbligatoria abbia come scopo quello di creare un clima di insubordinazione e scontento fra le truppe.

Anche su questo punto, Learned Hand dimostra di concordare con le premesse del governo: certamente – afferma il giudice – gli uomini convinti che la guerra sia provocata dall’irresponsabile egoismo dei ricchi e portata avanti con tirannico disprezzo del dissenso di quelli che soffrono e muoiono nel conflitto saranno più portati a ribellarsi rispetto a quelli che credono nella causa per cui combattono e hanno fiducia nei loro mezzi.

Tuttavia – continua Hand – un’interpretazione così ampia del termine ‘causare’ comporterebbe come necessaria conseguenza la soppressione di ogni posizione genuinamente critica: diverrebbero lecite solo le manifestazioni di incoraggiamento e supporto e, al massimo, le espressioni di moderato disaccordo. Una tale interpretazione della legge, allora, contraddirebbe quello che per il giudice è un assunto normale in una società democratica: che la soppressione della critica ostile non possa fondarsi sul (la ‘giustizia’ del) contenuto di tale critica né sulla decenza o il decoro delle modalità della sua espressione. Anche ammesso che il Congresso abbia il potere di sovvertire tale principio in una situazione di estremo pericolo per la sopravvivenza dello Stato stesso, un così profondo sovvertimento degli usi e dei desideri del popolo americano dovrebbe evincersi chiaramente dal testo della legge e non può essere semplicemente supposto in via interpretativa. Per tale ragione – conclude il giudice – l’incriminazione delle affermazioni critiche contenute negli articoli in questione non può ritenersi supportata dal tenore letterale della legge.

Resta da determinare, tuttavia, quali siano le ragioni sulle quali può legittimamente fondarsi la limitazione della libertà di espressione, diverse dalla ‘correttezza/giustizia’ del contenuto delle affermazioni e dalle modalità della loro espressione; quali sono, insomma, le affermazioni che il legislatore intendeva limitare attraverso la norma di legge oggetto di scrutinio? Anche a questa domanda Learned Hand tenta di dare risposta:

One may not counsel or advise others to violate the law as it stands. Words are not only the keys of persuasion, but the triggers of action, and those which have no purport but to counsel the violation of law cannot by any latitude of interpretation be a part of that public opinion which is the final source of government in a democratic state. [...] To counsel or advise a man to an act is to urge upon him either that it is his interest or his duty to do it. [...] Political agitation, by the passions it arouses or the convictions it engenders, may in fact stimulate men to the violation of law. Detestation of existing policies is easily transformed into forcible resistance of the authority which puts them in execution, and it would be folly to disregard the causal relation between the two. Yet to assimilate agitation, legitimate as such, with direct incitement to violent resistance, is to disregard the tolerance of all methods of political agitation which in normal times is a safeguard of free government. The distinction is not a scholastic subterfuge, but a hard-bought acquisition in the fight for freedom, and the purpose to disregard it must be evident when the power exists. If one stops short of urging upon others that it is their duty or their interest to resist the law, it seems to me one should not be held to have attempted to cause its violation. If that be not the test, I can see no escape from the conclusion that under this section every political agitation which can be shown to be apt to create a seditious temper is illegal. I am confident that by such language Congress had no such revolutionary purpose in view<sup>41</sup>.

Con un'espressione destinata a diventare celebre, il giudice Hand sottolinea che la parola non è solo «la chiave della persuasione» – e, di conseguenza, un fondamentale strumento politico – ma anche «il grilletto dell'azione». Vi sono parole che non hanno altro scopo se non quello di indurre il destinatario a compiere un'azione vietata dalla legge: tali espressioni, sostiene il giudice, – non potendo essere considerate parte di quel concetto di pubblica opinione che è la fonte ultima del potere di governare in uno stato democratico – possono essere legittimamente incriminate. Dunque, sebbene vi

---

<sup>41</sup> *Ivi*, 540.

sia un diritto di critica anche aspra delle leggi vigenti, esso non si estende fino a rendere lecito il comportamento di chi istiga altri a violare tali leggi.

Insomma, è necessario tracciare una chiara linea di demarcazione fra espressioni che istigano direttamente alla resistenza violenta – e dunque alla violazione delle leggi esistenti – ed espressioni, anche aspramente critiche, tese a fomentare un clima di concitazione e fermento politico; le prime possono e devono giustamente essere vietate e ricadono nell'ambito di applicazione dell'*Espionage Act*, le seconde – per quanto scorrette o scomode – costituiscono un essenziale strumento di salvaguardia della forma di governo e non possono che essere lecite. Non si tratta – sottolinea Learned Hand – di una mera distinzione terminologica, di un sotterfugio dialettico: è piuttosto una fondamentale acquisizione, pagata a caro prezzo, nella lotta dell'individuo per la conquista delle libertà civili.

Dopo avere analizzato le vignette e gli articoli oggetto del capo di imputazione, il giudice conclude che nessuno di essi incita direttamente alla violazione di una o più leggi dello stato; ritiene pertanto che neanche la seconda delle norme contenute nella sezione terza dell'*Espionage Act* sia stata violata.

A questo punto, resta da individuare il corretto significato della terza delle norme contenute nella sezione terza dell'*Espionage Act*, che incrimina coloro che «ostacolano il reclutamento dei soldati o la predisposizione delle liste di coscrizione».

Il giudice non condivide le osservazioni degli avvocati del giornale, i quali sostengono che possano essere puniti solo gli atti di boicottaggio e non anche le affermazioni che tendano a quello scopo; né concorda con la tesi del ricorrente che possano punirsi solo quelle azioni che effettivamente raggiungano lo scopo di boicottare e non anche quelli che rendano più difficoltoso il corretto svolgimento delle procedure di predisposizione delle liste e di arruolamento dei soldati. Si tratta, per Learned Hand, di un reato di pericolo, un pericolo che ben può concretizzarsi nell'incidenza su terzi di opinioni fortemente critiche su conflitto e sull'obbligatorietà del servizio di leva.

Poiché si tratta, però, di manifestazioni del pensiero, il giudice ritiene – coerentemente rispetto a quanto affermato in precedenza – che solo la diretta istigazione alla violazione delle leggi relative alla coscrizione obbligatoria possa integrare il reato in questione. Il tenore delle vignette e soprattutto degli articoli oggetto del capo di imputazione – concede Hand – è tale da suscitare una riflessione critica sulla legittimità dell'obbligatorietà del servizio di leva e una certa ammirazione nei confronti di coloro che si sono opposti ad essa, se non addirittura sentimenti di emulazione. Tuttavia, osserva il giudice:

That such comments have a tendency to arouse emulation in others is clear enough, but that they counsel others to follow these examples is not so plain. Literally at least they do not, and while, as I have said, the words are to be taken not literally, but according to their full import, the literal meaning is the starting point for interpretation. One may admire and approve the course of a hero without feeling any duty to follow him. There is not the least implied intimation in these words that others are under a duty to follow. The most that can be said is that, if others do follow, they will get the same admiration and the same approval. Now, there is surely an appreciable distance between esteem and emulation; and unless there is here some advocacy of such emulation, I cannot see how the passages can be said to fall within the law. [...] When the question is of a statute constituting a crime, it seems to me that there should be more definite evidence of the act. The question before me is quite the same as what would arise upon a motion to dismiss an indictment at the close of the proof: Could any reasonable man say, not that the indirect result of the language might be to arouse a seditious disposition, for that would not be enough, but that the language directly advocated resistance to the draft? I cannot think that upon such language any verdict would stand<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> *Ivi*, 541 s.

Insomma, per quanto sia indubitabile che la tendenza delle affermazioni oggetto del capo di imputazione sia quella di creare un sentimento di ammirazione nei confronti di coloro che si sono opposti alla coscrizione obbligatoria – e, mediamente, quella di far sorgere nei destinatari della comunicazione un sentimento emulativo –, ciò non è sufficiente a giustificare la censura del giornale: non vi è infatti nessuna diretta istigazione a seguire l'esempio di coloro che hanno violato la legge.

Non basta – sostiene Hand – che il messaggio sia stato veicolato nel contesto di un giornale con tendenze 'rivoluzionarie' come *Masses*, poiché è sempre il tenore letterale delle singole affermazioni il punto di partenza per condurre l'analisi relativa alla loro natura di critica protetta o vietata, per quanto poi esse possano essere oggetto di una valutazione complessiva che tenga conto anche di elementi di contesto.

Bisogna dunque considerare, continua il giudice, la differenza che sussiste fra ammirazione ed emulazione: si può ammirare qualcuno senza sentire alcun bisogno di emularne le azioni; la tendenza a suscitare l'ammirazione non è, pertanto, di per sé sufficiente. Non basta infatti, sostiene Hand, chiedersi se – al metro del giudizio di un uomo ragionevole – il risultato indiretto delle affermazioni incriminate possa essere quello di provocare nei destinatari un atteggiamento ostile o di ribellione rispetto al tema della coscrizione obbligatoria: questo è l'esito normale che la critica legittima intende perseguire. Per fondare un giudizio di colpevolezza è necessario, invece, che il linguaggio usato sia tale da incitare direttamente alla violazione delle leggi in materia: solo così esso si configura come espressione non protetta.

Non avendo – per le ragioni appena riportate – riscontrato alcuna violazione dell'*Espionage Act*, il giudice ordina che il giornale venga regolarmente distribuito.

La sentenza di Learned Hand nel caso *Masses* fu da subito oggetto di aspre critiche<sup>43</sup>. Essa venne sospesa in via cautelare lo stesso giorno della sua pubblicazione<sup>44</sup> e bruscamente ribaltata, tre mesi dopo, nel giudizio di appello<sup>45</sup>. I giudici di secondo

---

<sup>43</sup> cfr. J. WEINSTEIN, *The story of Masses Publishing Co. v. Patten*, cit., 73.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> *Masses Publishing Co. v. Patten*, 246 F. 24 (2<sup>d</sup> Cir. 1917).

grado, dopo avere citato l'affermazione di Hand secondo la quale l'unica espressione di opinioni sul conflitto in corso effettivamente punibile è la diretta istigazione a disobbedire alla legge, si dichiararono in disaccordo con tale approccio, motivando scarnamente che «se la naturale e probabile conseguenza di ciò che è stato detto è quella di incoraggiare la violazione di una legge e le parole sono adoperate a tale scopo, è irrilevante il fatto che non si menzioni espressamente il dovere di opporsi alla legge<sup>46</sup>». Si tratta della prima applicazione all'*Espionage Act* di uno standard di giudizio – il cd. *bad tendency test*, le cui caratteristiche avremo modo di approfondire<sup>47</sup> – tutto concentrato sull'analisi della naturale tendenza del linguaggio, senza alcun trattamento di riguardo per l'esposizione di idee aventi contenuto eminentemente politico.

#### **4. Applicazione dell'*Espionage Act* da parte del sistema giudiziario americano: il trionfo del *Bad Tendency Test***

Un esempio emblematico – ancor più dello scarno verdetto della Corte d'appello nel caso *Masses* – dell'orientamento giurisprudenziale formatosi nelle corti federali inferiori all'indomani dell'entrata in vigore dell'*Espionage Act* è fornito da un celebre caso di quel periodo: *Shaffer v. United States*<sup>48</sup>.

Il ricorrente era accusato di avere distribuito copie di un libro – '*The Finished Mystery*' – i cui contenuti violavano l'*Espionage Act*. Il passaggio del volume cui si faceva riferimento nel capo d'imputazione, in particolar modo, recitava:

«Standing opposite to these Satan has placed... a certain delusion which is best described by the word patriotism, but which is in reality murder, the spirit of the very devil. If you say it is a war of defense against wanton and

---

<sup>46</sup> *Ivi*, 38; cfr. anche J. WEINSTEIN, *The story of Masses Publishing Co. v. Patten*, cit., 74.

<sup>47</sup> Cfr. *infra* § 4.

<sup>48</sup> *Shaffer v. United States*, 255 F 886 (9<sup>th</sup> Cir. 1919).

intolerable aggression, I must reply that [...] it has yet to be proved that Germany has any intention or desire of attacking us [...] The war itself is wrong. Its prosecution will be a crime. There is not a question raised, an issue involved, a cause at stake, which is worth the life of one blue-jacket on the sea or one khaki-coat in the trenches»<sup>49</sup>.

Per la diffusione di questa appassionata difesa dell'inutilità della guerra, del suo inaccettabile costo di vite umane a fronte di una minaccia tutt'altro che imminente, Schaffer venne condannato in primo grado. La Corte d'appello confermava la condanna, con la seguente motivazione:

«It is true that disapproval of the war and the advocacy of the peace are not crimes under the Espionage Act; but the question here [...] is whether the natural and probable tendency and effect of the words [...] are such as are calculated to produce the result condemned by the statute. [...] Printed matter may tend to obstruct the service even if it contains no mention of recruiting or enlistment, and no reference to the military service of the United States. [...] To teach that patriotism is murder and the spirit of the devil, and that the war against Germany was wrong and its prosecution a crime, is to weaken patriotism and the purpose to enlist or to render military service in the war.

[...] It is argued that the evidence fails to show that [Shaffer] committed the act willfully and intentionally. But [...] he must be presumed to have intended the natural and probable consequences of what he knowingly did<sup>50</sup>».

La Corte muove dall'affermazione che i discorsi che condannano la guerra e cercano di promuovere la pace non sono – *tout court* – vietati dall'*Espionage Act*. All'interno di questi discorsi, tuttavia, è necessario distinguere quelli leciti dai discorsi «la cui naturale

---

<sup>49</sup> *Ivi*, 887.

<sup>50</sup> *Ivi*, 887 ss.

e probabile tendenza» è quella di provocare una delle conseguenze che la legge considera illegali. In questo novero rientrano – nel caso di specie – le affermazioni dell'imputato: sostenere che la guerra è sbagliata e che costituisce un crimine, che il patriottismo è ispirato dal diavolo ed altro non è che un omicidio, non può avere altro effetto che quello di indebolire il sentimento patriottico dei destinatari del messaggio e la loro volontà di arruolarsi e combattere.

Alla luce della naturale e probabile tendenza del linguaggio adoperato va inoltre valutata – a giudizio della Corte d'appello – la sussistenza nel caso di specie dell'elemento soggettivo. Quale scopo voleva raggiungere l'imputato attraverso la diffusione del libro in questione? Lo scopo che costituisce la probabile conseguenza della condotta da lui volontariamente messa in atto. *Ergo*, una volta qualificato come naturale e probabile un risultato (vietato dalla legge), cui si ritiene tenda la condotta comunicativa dell'imputato, anche il risultato in questione – in quanto naturale conseguenza di una condotta dolosa – si presume dolosamente perseguito.

I due passaggi fondamentali della sentenza appena analizzata – quello relativo alle valutazioni sulla 'naturale e probabile tendenza del linguaggio' e quello concernente la sussistenza dell'elemento soggettivo – sono caratteristici dell'interpretazione maggioritaria che la giurisprudenza statunitense diede dell'*Espionage Act*.

Come già acutamente osservato durante i lavori del Congresso da una voce rimasta inascoltata<sup>51</sup>, poiché la legge in questione incriminava non solo l'istigazione accolta – molto più difficile da provare –, ma anche il tentativo di causare le conseguenze negative indicate dalla legge (che peraltro prevedeva la stessa cornice

---

<sup>51</sup> Gilbert Roe – udito in qualità di rappresentante della *Free Speech League* – fece in quella sede notare che solo punire unicamente l'istigazione accolta avrebbe consentito di presidiare gli interessi della nazione senza sacrificare i diritti dei cittadini. L'incriminazione, invece, del tentativo di causare le conseguenze negative indicate dalla legge, avrebbe seriamente posto in pericolo ogni innocente discussione sui temi del conflitto; la regola generale in materia di tentativo, infatti, – osservò Roe – è che «*you are presumed to intend what are the natural consequences of your acts*»; la valutazione dell'*intent*, aggiunse poi Roe, è una questione demandata alle giurie e questo durante una guerra vuol dire che «*you are going to get a conviction every time United States attorney asks for it*», cfr. RABBAN D.M., *Free Speech in Its Forgotten Years*, cit., 255.

edittale), la maggior parte dei capi di imputazione riguardarono la semplice condotta di istigazione, slegata dalla verifica della sua effettiva efficacia causale. Si trattava, insomma, di reati di pericolo, cui le corti applicarono il *bad tendency (of language) test*: uno standard giurisprudenziale già consolidato, costruito sulla disciplina del tentativo<sup>52</sup>. I giudici federali, nel misurarsi con la nuova fattispecie, riaffermarono compatti la regola invalsa per cui «si presume che un soggetto voglia le conseguenze naturali e probabili dei suoi atti, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto rilevanti nel caso di specie». Quanto all'elemento soggettivo – costituito dall' *intent*, cioè dal dolo diretto o intenzionale – si fece largo uso della dottrina del c.d. *constructive intent*, sulla base della quale si presumeva, come abbiamo avuto modo di osservare in *Shaffer*, che le 'conseguenze naturali e probabili' della condotta volontaria fossero anche esse volute<sup>53</sup>.

Inoltre, tanto l'individuazione della 'naturale tendenza' del linguaggio, quanto la sussistenza dell'elemento soggettivo vennero comunemente ritenute questioni di fatto e demandate al giudizio delle giurie, con una duplice conseguenza: quella di consegnare la soluzione del caso a soggetti non dotati di formazione giuridica, maggiormente impressionati dalle manifestazioni di antipatriottismo e più propensi alla condanna<sup>54</sup>; e quella di rendere – nella maggior parte dei casi – il giudizio sulla 'tendenza' del discorso insindacabile dalle corti di appello, secondo il principio generale per cui «le corti d'appello penali non possono sindacare le decisioni di su elementi di fatto cui sono pervenute le giurie»<sup>55</sup>.

I giudici istruirono i giurati nel senso di valutare pressoché esclusivamente la tendenza del linguaggio<sup>56</sup> senza tener conto di elementi di fatto che indicassero la

---

<sup>52</sup> RABBAN D.M., *Free Speech in Its Forgotten Years*, cit., diffusamente 193 ss. e *passim*.

<sup>53</sup> STONE J.R., *Perilous Times*, cit., 175.

<sup>54</sup> RABBAN D.M., *Free Speech in Its Forgotten Years*, cit., 257.

<sup>55</sup> *Ibidem* «judges in criminal appeals should not overrule jury findings of fact». È comunque possibile sostenere che le giurie siano incorse in un errore sugli elementi da valutare quando questo errore sia determinato dal giudice che le istruisce.

<sup>56</sup> Cfr., fra le tante, *United States v. Nearing*, 16 (S.D.N.Y. 1919) (Interp. of War Stat. Bulletin 192); *United States v. Weist*, 4 s. (E.D. Mo. 1918) (Interp. of War Stat. Bulletin 169); *United States v. Bunyard*, 9 (E.D. Mo. 1918) (Interp. of War Stat. Bulletin 168); *United States v. Prieth*, 12 (N.D.J. 1918) (Interp. of War Stat. Bulletin 156); *United States v. Rhuberg*, 5 (D. Or. 1918) (Interp. of War Stat. Bulletin 94); *United States v. Zittel*, 4 (Wd. Walsh. 1918) (Interp. of War Stat. Bulletin 90).

sussistenza di un pericolo concreto di realizzazione delle conseguenze dannose paventate. Si elise così totalmente il requisito – anch’esso tipico della dottrina del tentativo e recuperato in chiave critica da poche illuminate pronunce coeve<sup>57</sup> – della ‘vicinanza’ del discorso all’oggetto della condotta, come indice della probabilità del raggiungimento dell’obiettivo; prova ne è che in nessuna considerazione venne tenuto il requisito della presenza, tra i soggetti cui le espressioni incriminate erano dirette, di soldati o di giovani in età di leva<sup>58</sup>.

Si giunse a punire, insomma, la generica diffusione di messaggi che avrebbero potuto – anche via mediata e in soggetti non annoverabili fra i diretti ascoltatori delle affermazioni<sup>59</sup> – indurre nella popolazione comportamenti sleali, di opposizione o di boicottaggio dello sforzo bellico. D’altronde, osservò un giudice – in una vivida rappresentazione dei risultati cui si era pervenuti applicando il *bad tendency test* – «un uomo che avveleni un ruscello alla sorgente può forse essere proclamato innocente perché il danno si è verificato alla foce del fiume?»<sup>60</sup>.

Infine, in nessuna considerazione si tenne il tenore letterale della prima delle norme incriminatrici della sezione terza dell’*Espionage Act*, che incriminava – lo ricordiamo – coloro che «affermano o riportano false affermazioni di fatto o falsi report», e che avrebbe comportato l’esclusione dall’area del penalmente rilevante delle semplici opinioni che, per loro natura, non sono né vere né false.

Numerosissimi furono i casi in cui – al pari del caso *Shaffer* – si condannarono scrittori, editori di giornali, politici, sindacalisti, uomini di chiesa, limitatisi ad esprimere una più o meno veemente opinione sul conflitto in corso<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Cfr. *infra* § 4, in particolar modo, l’approccio dei giudici Bourquin e Amidon.

<sup>58</sup> *Goldstein v. United States*, 258 F. 908, 911 (9<sup>th</sup> Cir. 1919); *Coldwell v. United States*, 256 F. 805, 809 (1<sup>st</sup> Cir. 1919); *Kirchner v. United States*, 255 F. 301 ss. (4<sup>th</sup> Cir. 1918).

<sup>59</sup> *United States v. Equi*, 11 (D. Or. 1918) (Interp. of War Stat. Bulletin 172); *United States v. Stephens*, 7 (D. Del. 1918) (Interp. of War Stat. Bulletin 116).

<sup>60</sup> *United States v. Nagler*, 252 F. 217, 222 (W.D. Wis. 1918).

<sup>61</sup> Cfr. STONE G.R., *Civil Liberties v. National Security in the Law’s Open Areas*, cit., 338; RABAN D.M., *Free Speech in Its Forgotten Years*, cit., 257: «Whatever the offending language, surrounding circumstances, or jury instructions, almost all prosecutions led to guilty verdicts».

Rose Pastor Stokes, un'immigrata russa che aveva lavorato per dodici anni in una fabbrica di sigari prima di diventare l'editrice del quotidiano socialista *Jewish Daily News* fu condannata a dieci anni di reclusione per aver affermato – in un discorso contro la guerra al *Women's Dining Club of Kansas City*, i cui contenuti furono successivamente pubblicati dal giornale locale *Kansas City Star* – «Io sono dalla parte della gente e il governo è dalla parte degli speculatori». Il tribunale ritenne che le affermazioni della Stokes avessero come scopo il boicottaggio delle forze armate statunitensi, poiché volte a privare i militari del necessario sostegno di madri, sorelle e fidanzate<sup>62</sup>.

D. T. Blodgett fu condannato a venti anni di reclusione per aver fatto circolare un volantino che invitava gli elettori dello Stato dell'Iowa a non rieleggere otto deputati che avevano votato per la coscrizione obbligatoria<sup>63</sup>.

Il reverendo Clarence H. Waldron fu condannato a quindici anni di reclusione per avere distribuito un volantino il cui testo recitava «se ai cristiani viene impedito di combattere per preservare il loro Signore e Maestro, essi non devono combattere per preservare loro stessi o le città nelle quali vivono», anche nel suo caso il discorso venne giudicato come naturalmente tendente a ostacolare il reclutamento delle forze armate<sup>64</sup>.

Il produttore cinematografico Robert Goldstein venne condannato a quindici anni di reclusione per avere prodotto e proiettato un film sulla rivoluzione americana – *The Spirit of '76* – che includeva immagini relative al massacro della *Wyoming Valley*, in cui i soldati inglesi si accanivano su donne e bambini. Il giudice di primo grado motivò così la condanna: «la storia è storia e i fatti sono fatti, nessun dubbio su questo»

---

<sup>62</sup> STONE G.R., *Judge Learned Hand and the Espionage Act of 1917*, cit., 340.

<sup>63</sup> STONE G.R., *Civil Liberties v. National Security in the Law's Open Areas*, cit., 339.

<sup>64</sup> STONE G.R., *Judge Learned Hand and the Espionage Act of 1917*, cit., 340: «if Christians [are] forbidden to fight to preserve the Person of their Lord and Master, they may not fight to preserve themselves, or any city they should happen to dwell in».

«ma questi non sono tempi per queste cose, che potrebbero avere la tendenza o l'effetto di seminare l'animosità o l'assenza di fiducia fra noi e i nostri alleati»<sup>65</sup>.

Nel clima arroventato di quegli anni il ministero della giustizia subì violentissime pressioni perché si perseguissero penalmente in maniera indiscriminata i comportamenti sleali e si realizzasse una massiccia repressione e limitazione dell'opinione pubblica sui temi del conflitto<sup>66</sup>. In quella che venne definita «una nazione divisa, spaventata e intollerante<sup>67</sup>», il ministero procedette all'incriminazione, sulla base del solo *Espionage Act*, di oltre duemila dissidenti politici, i quali furono, nella stragrande maggioranza dei casi, condannati<sup>68</sup>.

## **5. Alcuni (isolati) approcci alternativi: in particolare, la posizione del giudice Bourquin**

Nel clima di generale isteria che caratterizzò gli anni della guerra, alcuni giudici – pur non impegnandosi in una difesa serrata della critica politica quale tratto caratterizzante dei sistemi democratici paragonabile a quella del giudice Hand – presero fermamente posizione in favore di una maggiore protezione della libertà di espressione, fornendo spunti interessanti, destinati a impegnare il dibattito degli anni successivi.

Il giudice federale George Bourquin del Montana, ad esempio, trovatosi a giudicare il caso di un minatore, accusato di avere violato la sezione terza dell'*Espionage Act* – per avere in più occasioni affermato: «mi auguro che la Germania distrugga gli Stati Uniti» e «gli Stati Uniti sono in guerra per fare gli interessi dei milionari di *Wall*

---

<sup>65</sup> *Ibidem*: «*history is history, and fact is fact. There is no doubt about that. But... this is no time ...for those things that may have the tendency... of creating animosity or want of confidence between us and our allies*».

<sup>66</sup> Come testimoniò pochi anni dopo John Lord O'Brian, allora dirigente della *War Emergency Division* del ministero della giustizia americano, cfr. STONE J.R., *Perilous Times*, cit., 180 ss.

<sup>67</sup> *Ivi*, 153.

<sup>68</sup> Cfr. J. WEINSTEIN, *The story of Masses Publishing Co. v. Patten*, cit., 61.

*Street»* – lo assolse<sup>69</sup> con una motivazione destinata a rimanere celebre<sup>70</sup>. Pur non ponendosi il problema di un eventuale violazione dei diritti costituzionali dell'imputato e riferendosi alla nozione di *intent* 'standard' per quell'epoca, Bourquin ritenne di fornire una interpretazione dell'*Espionage Act* che limitasse la pressoché totale discrezionalità del governo nel perseguire dissidenti politici e, più in generale, la propaganda antibellica.

Il giudice osservava dapprima come molte delle condotte incriminate dall'*Espionage Act* presentassero la forma del tentativo e necessitassero, perciò, del tradizionale requisito della «*proximity to the object of their operation*»<sup>71</sup>. Bourquin sottolinea, tuttavia, che le valutazioni politiche oggetto del capo di imputazione erano state espresse dall'imputato durante un picnic e varie discussioni nel *saloon* di una piccola cittadina del Montana, a sessanta miglia dalla più vicina ferrovia e a centinaia di miglia dalla più vicina base militare. Riscontrare il requisito, caratteristico del tentativo di commettere un delitto, della necessaria 'vicinanza' allo scopo perseguito nel caso di specie – e in tutti i casi che presentassero simili caratteristiche – sarebbe stato, sostiene il giudice, assurdo.

In secondo luogo, afferma chiaramente Bourquin – non dissimilmente da quanto osservato da Learned Hand nel caso *Masses*<sup>72</sup> –, le false affermazioni cui fa riferimento la legge in questione sono false affermazioni di fatto: l'*Espionage Act* non può

---

<sup>69</sup> L'opinione del J. Bourquin in *United States v. Hall* è riportata in 65<sup>th</sup> Cong, 2<sup>nd</sup> Sess (1918), in 56 Cong Rec S 4559-60. Per le parti del testo cui si farà riferimento cfr. nota successiva.

<sup>70</sup> GARRISON A.H., *Supreme Court Jurisdiction in Times of National Crisis, Terrorism, and War (A Historical Perspective)*, Lexington Books, 2011, 100 s. «*the espionage act, according to the judge, "is not intended to suppress criticism or denunciation, truth or slander, oratory or gossip, argument or loose talk, but only facts, willfully put forward as true, and broadly with the specific intent to interfere with army or navy operations" [...] the point being "the defendant beliefs, opinions, and hopes are not within the statute [and] the impossibility of far-distant military and naval forces hearing or being affected by the slanders, and, all else, render the interference [of guilt of violating Section] unjustified, absurd, and without support in the evidence". More importantly to the point of conviction, the inference that this statement interfered with the military or supported insubordination fail because "interference with the operation or success of the military or naval forces is not the natural and ordinary consequence of said slanders, but [a] breach of the peace [charge] and a broken head for the slanderer are" [...] Judge Bourquin concluded that Congress had not made "disloyal utterances, nor any slander or libel of the president or any other officer of the United States" illegal and that "since the sedition law had its share in the overthrow of the Federalists and in the elevation of Jefferson to the Presidency and his party to power, Congress has not ventured to denounce ad crimes slanders and libels of government and its officers"».*

<sup>71</sup> Cfr. RABBAN D.M., *Free Speech in Its Forgotten Years*, cit., 266.

<sup>72</sup> Cfr. *supra* § 3.

essere interpretato in modo da ricomprendere l'incriminazione delle opinioni. È errata dunque – conclude il giudice – l'impressione, diffusasi tra il pubblico, che possano perseguirsi penalmente le mere convinzioni ritenute sleali<sup>73</sup>.

Su posizioni simili a quelle di Bourquin si attestò – in una serie di decisioni fra il 1917 e il 1918 – il giudice federale Charles F. Amidon del North Dakota. Nel caso di un contadino accusato di aver violato la sezione terza dell'*Espionage Act* per avere affermato che «questa è una guerra per ricchi, è tutta una questione di bustarelle e truffe», Amidon pronunciava una sentenza di assoluzione basata sull'assenza di prove del fatto che fra i destinatari della comunicazione vi fossero militari o soggetti in età di leva<sup>74</sup>. In un diverso caso – relativo all'affermazione di un banchiere: «non è sicuro tenere i propri risparmi in banche che detengono una gran quantità di *Liberty Bonds*» – il giudice, nell'istruire la giuria, affermava che l'imputato non potesse essere dichiarato colpevole se non si fosse provato che le sue affermazioni avessero avuto modo di minare le convinzioni di soggetti atti a prestare il servizio militare<sup>75</sup>. Le ragioni a fondamento di un'interpretazione restrittiva dell'*Espionage Act* vennero da Amidon così esplicitate in un ulteriore caso – in cui l'imputato aveva tenuto un discorso appassionato sulle speculazioni a danno dei più deboli cui la guerra aveva, a suo giudizio, dato luogo –: «l'unico modo per produrre il cambiamento di una qualunque situazione politica è che le persone che soffrono della situazione possano dire che coloro che infliggono loro tali sofferenze stanno sbagliando e possano discutere apertamente di questo tema»<sup>76</sup>.

Sempre sul requisito della necessaria 'vicinanza' tra affermazioni e risultati che si intendono produrre si impiegarono alcuni altri, sporadici, tentativi di interpretare restrittivamente l'*Espionage Act*. «Per quanto irrispettoso, ingiusto, antipatriottico o

---

<sup>73</sup> Cfr. RABBAN D.M., *Free Speech in Its Forgotten Years*, cit., 266. Cfr. anche STONE J.R., *Perilous Times*, cit., 160 ss.

<sup>74</sup> *United States v. Schutte*, 252 F. 212 (D.N.D. 1918).

<sup>75</sup> Così istruita, la giuria assolse l'imputato. Cfr. *United States v. Wicheck* (1918), citata in P.L. MURPHY, *World War I and the Origin of Civil Liberties*, cit., 208.

<sup>76</sup> Cfr. STONE J.R., *Perilous Times*, cit., 164 «the only way you can produce a change in any political [...] condition is for the people who suffer of that condition to say that the people who are inflicting the sufferings are doing wrong, and speak right out plainly on that subject».

sleale, un discorso non può essere punito senza che ci sia una prova concreta della sua influenza [su terzi]»<sup>77</sup>, tale influenza può essere inferita dalle circostanze in cui il discorso è tenuto<sup>78</sup>, purché l'analisi di tali concrete circostanze sia svolta con cautela<sup>79</sup>. Facendo leva sulla natura del 'pubblico' del discorso, si pervenne a sentenze di assoluzione – ad esempio – per discorsi sleali pronunciati in privato<sup>80</sup> o non in presenza di militari<sup>81</sup>.

Altre sentenze di assoluzione si basarono sulla distinzione fra fatti e opinioni e sulla punibilità, ai sensi dell'*Espionage Act*, dei soli fatti. Il giudice federale Thomas C. Munger del Nebraska – ad esempio – assolse un imputato accusato di avere dichiarato che il presidente Wilson e i fabbricanti di munizioni dovessero essere ritenuti responsabili dell'entrata in guerra degli Stati Uniti, motivando nel senso dell'impossibilità di individuare un'unica, certa causa della partecipazione al conflitto e dunque di affermare la falsità delle affermazioni dell'imputato<sup>82</sup>.

---

<sup>77</sup> *United States v. Mills* (D.N.D. 1919) (Interp. of War Stat. Bulletin 204), citata da RABBAN D.M., *Free Speech in Its Forgotten Years*, cit., 268.

<sup>78</sup> Alcuni giudici ritennero invece, più radicalmente, che, in assenza di una esplicita indicazione legislativa circa il contesto in cui le affermazioni avrebbero dovuto essere calate per costituire una violazione dell'*Espionage Act*, non si potesse procedere a una condanna. Cfr. *Grubl v. United States*, 264 F.44, 46 (8th Circ. 1920); *Fontana v. United States*, 262 F. 283, 286 (8th Circ. 1919); *Shilter v. United States* 257 F. 274, 725 (9th Circ. 1919).

<sup>79</sup> Cfr. ancora RABBAN D.M., *Free Speech in Its Forgotten Years*, cit., 268. Tra le sentenze espressive di tale orientamento l'Autore individua: *United States v. Mills*, cit.; *United States v. Henning* (E.D. Wis. 1919) (Interp. of War Stat. Bulletin 184); *United States v. Koenig* (E.D. Mo. 1918) (Interp. of War Stat. Bulletin 166), oltre che la già citata *United States v. Schutte*.

<sup>80</sup> *Fontana v. United States*, cit.; *Harshfield v. United States*, 260 F. 659 (8th Circ. 1919). Cfr. anche *Wolf v. United States*, 259 F. 388 (8th Circ. 1919) e la lucida descrizione del clima giudiziario di quegli anni: «it is natural, in time of war, when patriotic sentiment is high, that is particularly difficult to secure a fair trial for men accused of crimes connected with the war. At such times the task of the court become especially difficult and requires great care to prevent miscarriage of justice. These are practical considerations, which must be constantly borne in mind, or the verdicts of juries in such cases will mistakenly become expressions of their hatred for unpatriotic acts in general, instead of their careful judgment on the facts shown by the evidence in the particular case. Patriotism must not become, even innocently, a cloak for injustice. The right of an accused in the courts of this nation to a fair trial must not vary with the character of the crime» in GARRISON A.H., *Supreme Court Jurisdiction in Times of National Crisis, Terrorism, and War*, cit., 99.

<sup>81</sup> *Grubl v. United States*, 264 F. 44 (8th Circ. 1920); *Kamman v. United States*, 259 F. 192 (7th Circ. 1919).

<sup>82</sup> Cfr. RABBAN D.M., *Free Speech in Its Forgotten Years*, cit., 267 «[T]o charge a man with making a false statement because he undertakes to single out one thing as the cause of the war...is placing a construction upon the law that was not contemplated» *United States v. Koenig*, (E.D. Mo. 1918) (Interp. of War Stat. Bulletin 166).

## 6. Una ulteriore svolta in senso repressivo: il Sedition Act del 1918

Nonostante il numero sempre crescente di condanne ai sensi dell'*Espionage Act*, nella primavera del 1918 l'*Attorney General* Thomas Gregory presentò davanti al Congresso una proposta di emendamento della legge in questione, volta a correggerne alcuni profili di pretesa inefficienza<sup>83</sup>. Tali nodi problematici furono identificati dal ministero della giustizia: nella necessità di chiarificare, una volta per tutte, come fosse possibile punire anche l'istigazione non accolta; nell'esigenza di estendere il numero delle finalità cui l'istigazione illegale dovesse tendere, aggiungendo al novero di quelle già esistenti anche il boicottaggio delle campagne di raccolta fondi per la guerra<sup>84</sup>. La necessità di un rinnovato intervento dello Stato nella lotta ai dissidenti venne inoltre motivata dall'esecutivo con la necessità di porre fine a una serie di aggressioni da parte della popolazione nei confronti di soggetti di origine tedesca, sospettati di tradimento. Una risposta 'più drastica' al fenomeno della slealtà nei confronti della nazione avrebbe – a giudizio del governo – mitigato l'ira dei cittadini nei confronti dei presunti traditori<sup>85</sup>.

Nonostante l'evidente paradosso – «la condanna a venti anni di reclusione costituisce senz'altro un curioso modo di proteggere i dissidenti dalle ire della folla», osservò qualcuno<sup>86</sup> – le lievi modifiche proposte dal governo non furono ritenute sufficienti dal Congresso, e il *Judiciary Committee* predispose immediatamente un nuovo disegno di legge per fronteggiare il fenomeno.

Il relatore di tale nuovo disegno di legge – il senatore Welsh del Montana – fece presente che, dal momento che sentenze 'famose' come quella resa da Bourquin nel caso *Hall* avevano certamente incoraggiato la diffusione di affermazioni sleali e sediziose, si imponeva un tempestivo intervento del Congresso per assicurare che ai

---

<sup>83</sup> Cfr. STONE J.R., *Perilous Times*, cit., 184.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> *Ivi*, 185 ss.

<sup>86</sup> Z. CHAFEE, *Free Speech in the United States*, Harvard, 1941; l'aneddoto è riportato da H. KALVEN JR., *A Worthy Tradition*, cit., 89 s.

dissidenti politici non fosse più consentito di sfuggire alla giusta punizione prevista dalla legge<sup>87</sup>.

Quando poi venne affrontato il tema della legittimità costituzionale di quello che sarebbe diventato il *Sedition Act*, i pochi che osarono palesare il proprio scetticismo, correndo personalmente il rischio di essere bollati come traditori, furono tacitati dalla perentoria affermazione che «se [i nostri soldati] rischiano la vita per proteggere la nostra forma di governo, la nostra Costituzione e la nostra bandiera [allora] non è troppo chiedere a coloro che restano a casa la più totale devozione nei confronti di ciò per cui i nostri ragazzi combattono e muoiono sul fronte occidentale»<sup>88</sup>.

La nuova legge – il cui testo riportiamo *infra* – fu approvata sostanzialmente senza dibattito.

### **SEDITION ACT**

**Section 3.** Whoever, when the United States is at war, shall willfully make or convey false reports or false statements with intent to interfere with the operation or success of the military or naval forces of the United States, or to promote the success of its enemies, or shall willfully make or convey false reports or false statements, or say or do anything except by way of *bona fide* and not disloyal advice to an investor or investors, with intent to obstruct the sale by the United States of bonds or other securities of the United States or the making of loans by or to the United States, and whoever when the United States is at war, shall willfully cause or attempt to cause, or incite or attempt to incite, insubordination, disloyalty, mutiny, or refusal of duty, in the military or naval forces of the United States, or shall willfully obstruct or attempt to obstruct the recruiting or enlistment services of the United States, and whoever, when the United States is at war, shall willfully utter, print, write or publish any disloyal, profane, scurrilous, or abusive language about the form of government of the United States or the Constitution of the United States,

---

<sup>87</sup> 65<sup>th</sup> Cong, 2<sup>nd</sup> Sess (1917), in 56 Cong Rec S 4559 s.

<sup>88</sup> 65<sup>th</sup> Cong, 2<sup>nd</sup> Sess (1917), in 56 Cong Rec S 4633 (statement of Sen. Borah).

or the military or naval forces of the United States, or the flag of the United States, or the uniform of the Army or Navy of the United States into contempt, scorn, contumely, or disrepute, or shall willfully utter, print, write, or publish any language intended to incite, provoke, or encourage resistance to the United States, or to promote the cause of its enemies, or shall willfully display the flag of any foreign enemy, or shall willfully by utterance, writing, printing, publication, or language spoken, urge, incite, or advocate any curtailment of production in this country of any thing or things, product or products, necessary or essential to the prosecution of the war in which the United States may be engaged, with intent by such curtailment to cripple or hinder the United States in the prosecution of war, and whoever shall willfully advocate, teach, defend, or suggest the doing of any of the acts or things in this section enumerated, and whoever shall by word or act support or favor the cause of any country with which the United States is at war or by word or act oppose the cause of the United States therein, shall be punished by a fine of not more than \$10,000 or the imprisonment for not more than twenty years, or both [...]

Dunque, ai sensi del *Sedition Act*, divenne inoltre reato:

a) affermare, stampare, scrivere o pubblicare volontariamente qualunque affermazione sleale, oscena, volgare o offensiva nei confronti della forma di governo, della Costituzione, dell'esercito o della marina, della bandiera o dell'uniforme dell'esercito o della marina degli Stati Uniti;

b) usare un linguaggio inteso a rendere oggetto di disprezzo o scherno o comunque inteso a screditare la forma di governo, la Costituzione, l'esercito o la marina, la bandiera o l'uniforme dell'esercito o della marina degli Stati Uniti;

c) spiegare volontariamente la bandiera di uno dei nemici degli Stati Uniti; incoraggiare o istigare volontariamente il boicottaggio della produzione o di qualunque altro settore essenziale per la prosecuzione della guerra; istigare, insegnare, difendere o suggerire volontariamente il compimento di uno degli atti di cui alle lettere

a) e b) o comunque supportare con parole o atti la causa di uno degli Stati con cui gli Stati Uniti sono in guerra o di uno degli Stati che si oppongono ad essi.

Pochi mesi dopo, il Congresso varò l'*Aliens Act* del 1918<sup>89</sup>, che consentiva l'espulsione – mediante un procedimento che venne etichettato come amministrativo, sottratto alla giurisdizione dei giudici comuni e condotto prevalentemente in segreto – degli stranieri che fossero sospettati di essere membri del movimento anarchico. Prima della fine dell'anno il governo procedette a espellere quasi dodicimila persone<sup>90</sup>.

## **7. Il punto della situazione. Il I Emendamento come 'grande assente' nel dibattito precedente alle pronunce della Corte Suprema.**

Ci siamo soffermati ad analizzare il dibattito parlamentare relativo alla *press censorship provision* e la *nonmailability provision* – prive, ovviamente, di rilevanza penale in quanto riguardanti mere misure atte a limitare la pubblicazione o la circolazione di materiale 'sovversivo' – perché una illustrazione delle posizioni relative a queste due clausole, più che a quelle più strettamente penalistiche contenute nella sezione terza della legge in questione, ci consente di apprezzare l'idea di libertà di espressione diffusa negli anni della prima guerra mondiale e l'ampiezza dei diritti riconosciuti al cittadino sulla base del I Emendamento.

Come avremo modo di osservare a breve<sup>91</sup> – analizzando la motivazione del primo dei casi decisi dalla Corte suprema: *Shenk v. United States* – prima dell'entrata in

---

<sup>89</sup> 40 Stat 1012 (1918). Si tratta del secondo *Aliens Act* della storia degli Stati Uniti: il primo fu varato dal presidente Lincoln nel 1798. Il problema della fedeltà di coloro che non godono della cittadinanza statunitense è stato definito un *topos* della storia americana, destinato a ripresentarsi ciclicamente: la deportazione dei francesi nel 1789, quella dei tedeschi nel 1918, ancora i tedeschi e i giapponesi durante la seconda guerra mondiale e, in anni più recenti, i musulmani durante la 'lotta al terrorismo'. Cfr. STONE J.R., *Perilous Times*, cit., 29 ss. e *passim*.

<sup>90</sup> *Ivi*, 181.

<sup>91</sup> Cfr. *infra* II, §2.1.

vigore dell'*Espionage Act* nessuna seria riflessione sul significato del I Emendamento era stata svolta, quantomeno in terra americana<sup>92</sup>. Largamente inesplorato era dunque il terreno dei limiti alla libertà di espressione e della correlativa ampiezza delle garanzie fornite al cittadino, a fronte di un testo dalla formulazione estremamente generica.

Opinione comune, condivisa dai giuristi dell'epoca, era che i padri costituenti, nella redazione del I emendamento alla Costituzione, si fossero ispirati alla madrepatria e avessero inteso fare riferimento quel nucleo di diritti di libertà già riconosciuti e tutelati dal *common law* britannico<sup>93</sup>. Era dunque alla massima autorità in materia – i Commentari di Blackstone – che la dottrina americana di inizio secolo faceva riferimento<sup>94</sup> per tracciare una linea di demarcazione fra espressione protetta ed espressione legittimamente vietata<sup>95</sup>.

La tesi sostenuta da Blackstone sul punto – in un'opera che, lo ricordiamo, risale alla seconda metà del '700 – è, tuttavia, estremamente restrittiva; l'unico intervento dello Stato certamente illecito è rappresentato dalle cd. *prior restraints*: interventi di censura preventiva (tipicamente licenze) su scritti, giornali, immagini ect.

Il nucleo fondamentale della libera espressione, secondo questa impostazione, si identifica con l'incompatibilità del controllo preventivo, che non esclude – si badi

---

<sup>92</sup> Vedi RABBAN D.M., *Free Speech in Its Forgotten Years*, cit., *passim*.

<sup>93</sup>Cfr. G. ANASTAPLO, *The Constitutionalist*, cit., 93, l'autore ricorda, a riprova dell'estrema influenza del *common law* britannico soprattutto nei primi decenni dopo la secessione, l'ammonimento di E. Boudinot durante le riunioni del cd. 'Primo Congresso': «*if we are to have the measures of the Parliament of Great Britain hung above our necks in all our public proceedings, and observation of their practices perpetually sounding in our ears, that practices ought to be defined and established*».

<sup>94</sup> *Ibidem*, 95 ss., per un'analisi accurata delle posizioni sul punto degli *scholars* del diciannovesimo secolo, con particolare riferimento ai contributi di THOMAS M. COOLEY, *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Powers of the States of the American Union*, VIII ed., Boston, Little, Brown & Co., 1927 e ALBERT V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londra, Macmillan & Co., 1897.

<sup>95</sup> Si vedano, nella manualistica, W.W. VAN ALSTYNE, *The American First Amendment in the Twenty-First Century*, cit., 12 ss.; W. COHEN, *The First Amendment*, cit., 6; T. BARTON CARTER - M.A. FRANKLIN-J.B. WRIGHT, *The First Amendment and the Fifth Estate*, cit., 12 s. A riprova dell'influenza di Blackstone, soprattutto sul giudice Holmes, si veda parte della motivazione di *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907), in cui lo stesso giudice Holmes – pur occupandosi del diverso problema dell'estensione delle garanzie del I Emendamento alla legislazione Statale – nel definire il contenuto del diritto alla libertà di espressione rimanda espressamente al libro quarto dei Commentari di Blackstone e, in particolar modo, al brano riportato nella nota che segue.

bene – la punizione successiva. Come chiaramente affermato in un celebre passo del quarto libro dei Commentari: «la libertà di stampa è certamente essenziale perché uno stato sia libero: ma tale libertà consiste nell'assenza di *previous restraints* delle pubblicazioni, e non nell'impossibilità di essere puniti quando il materiale è già stato pubblicato. Ogni uomo libero ha certamente il diritto di esprimere ciò che desidera di fronte a un pubblico: vietare ciò equivale a distruggere la libertà di stampa: ma se i materiali pubblicati sono inappropriati, dannosi o illegali, egli dovrà pagare le conseguenze della propria temerarietà<sup>96</sup>».

Muovendo da una tale impostazione, non stupisce che il Congresso si fosse rifiutato di approvare una norma – la '*press-censorship provision*' – che imponeva un pesante controllo preventivo sulla libertà di stampa e che il dibattito parlamentare si fosse successivamente polarizzato sulla '*nonmailability provision*': una disposizione che non impediva, *tour court*, la circolazione della stampa dissidente ma che ostruiva il principale canale attraverso il quale questa circolazione era comunemente assicurata.

Non stupisce, infine, che quella che nasceva come '*disaffection provision*' e che sarebbe poi diventata la sezione terza dell'*Espionage Act* – destinata, come abbiamo visto, a giocare un ruolo cruciale nella repressione del dissenso durante l'intera durata

---

<sup>96</sup> Cfr. W. BLACKSTONE, *IV Commentaries on the Laws of England* (1769), 151 s. «*in this, and the other instances which we have lately considered, where blasphemous, immoral, treasonable, schismatical, seditious, or scandalous libels are punished by the English law, some with a greater, others with a less degree of severity; the liberty of the press, properly understood, is by no means infringed or violated. The liberty of the press is indeed essential to the nature of a free state: but this consists in laying no previous restraints upon publications, and not in freedom from censure for criminal matter when published. Every freeman has an undoubted right to lay what sentiments he pleases before the public: to forbid this, is to destroy the freedom of the press: but if he publishes what is improper, mischievous, or illegal, he must take the consequence of his own temerity. To subject the press to the restrictive power of a licenser, as was formerly done, both before and since the revolution, is to subject all freedom of sentiment to the prejudices of one man, and make him the arbitrary and infallible judge of all controverted points in learning, religion, and government. But to punish (as the law does at present) any dangerous or offensive writings, which, when published, shall on a fair and impartial trial be adjudged of a pernicious tendency, is necessary for the preservation of peace and good order, of government and religion, the only solid foundations of civil liberty. Thus the will of individuals is still left free; the abuse only of that free will is the object of legal punishment. Neither is any restraint hereby laid upon freedom of thought or enquiry: liberty of private sentiment is still left; the disseminating, or making public, of bad sentiments, destructive of the ends of society, is the crime which society corrects. A man (says a fine writer on this subject) may be allowed to keep poisons in his closet, but not publicly to vend them as cordials. And to this we may add, that the only plausible argument heretofore used for restraining the just freedom of the press, "that it was necessary to prevent the daily abuse of it," will entirely lose it's force, when it is shewn (by a seasonable exertion of the laws) that the press cannot be abused to any bad purpose, without incurring a suitable punishment: whereas it never can be used to any good one, when under the control of an inspector. So true will it be found, that to censure the licentiousness, is to maintain the liberty, of the press».*

della guerra – venisse approvata sostanzialmente senza dibattito e, inoltre, senza che ci si soffermasse particolarmente sulle pesanti sanzioni (fino a venti anni di reclusione) con le quali si presidiavano comportamenti comunicativi costituenti manifestazioni della libertà di espressione dei cittadini. Un discorso analogo può essere fatto per il *Sedition Act*.

All'epoca, in effetti, nessuno dei membri del Congresso, né dei commentatori della riforma, né dei giudici chiamati ad applicarla – con l'eccezione forse del solo Learned Hand, che pure fece mostra di non considerare la questione a lui sottoposta come una questione di diritto costituzionale – si pose seriamente il problema di un eventuale contrasto fra i provvedimenti legislativi appena varati e il I Emendamento.

Come osservò il più eminente studioso della materia dell'epoca<sup>97</sup>, pochi anni dopo – quando a seguito delle massicce condanne e con l'avvento delle prime pronunce della Corte Suprema la questione venne prepotentemente alla ribalta –, durante gli anni della guerra la possibilità di ricorrere al I Emendamento, semplicemente, non faceva alcuna presa nella mente delle persone.

## **8. (segue) Le proposte di regolamentazione della libertà di espressione sul tappeto: un test che non funziona e due diversi modelli di intervento**

Abbiamo osservato come – pur nell'ambito della stretta interpretazione del testo normativo e non dalla visione prospettica del diritto costituzionale – all'atto di applicare al caso concreto l'*Espionage Act* emersero, nella giurisprudenza dell'epoca, almeno tre diversi approcci.

---

<sup>97</sup> Ci riferiamo a Zechariah Chafee, la cui opera avremo modo di commentare *infra* II, § 4.2.; Il commento è riportato da G. STONE, *Perilous Times*, cit., 178.

Una prima corrente giurisprudenziale – di gran lunga prevalente dal punto di vista numerico – applicò un test esclusivamente basato sulla tendenza del linguaggio. Come plasticamente emerso in nel caso *Shaffer*, i giudici aderenti a questa corrente si limitarono ad identificare – tramite massime di esperienza – la naturale e probabile tendenza del linguaggio e a presumere che il fine così identificato fosse oggetto del dolo del soggetto agente. Un approccio di tale genere si rivelò ben poco protettivo nei confronti della libertà di espressione, stante l'impressionante numero di condanne durante gli anni della guerra, e assolutamente incapace di fornire una chiara linea di demarcazione fra discorso protetto e discorso vietato. Una tale impossibilità di determinare chiaramente i confini del penalmente rilevante si tradusse, in breve tempo, in un generale *chilling effect* di ogni critica, anche costruttiva, nei confronti del conflitto in corso e delle politiche del governo.

Un diverso approccio è quello adottato nella sentenza *Hall* e in alcune (altre) sentenze dei giudici *Bourquin* e *Amidon*. È un'impostazione che, come abbiamo avuto modo di osservare, tramite l'applicazione di un principio generale in materia di tentativo – quello della *proximity*, che svolge un ruolo simile rispetto dell'idoneità degli atti in Italia<sup>98</sup> –, consente di espungere dal novero dei comportamenti astrattamente punibili ai sensi delle norme incriminatrici in materia di istigazione i comportamenti concretamente inoffensivi. Si tratta, dunque, in buona sostanza, di un metodo che valorizza il pericolo concreto della lesione del bene giuridico – nella specie, sicurezza nazionale – che le norme in questione mirano a prevenire.

Per svolgere tale analisi, i giudici tengono in grande considerazione il contesto nel quale le espressioni potenzialmente pericolose vengono affermate: la 'somma' fra il tenore letterale dell'espressione e la concreta situazione in cui essa è pronunciata, dà come 'risultato' la sua concreta pericolosità. Si tratta di un'opzione in un certo senso

---

<sup>98</sup> Si veda G. STONE, *Perilous Times*, cit., 177, che nell'illustrare il principio afferma «an individual who specifically intend to cause a criminal act is not guilty of an 'attempt' under the criminal law unless the speech is likely direct to cause (as opposed to in a roundabout or distant manner, with many intermediate steps) the unlawful act to occur. This is so because bad intentions are not, in and of themselves, the concern of criminal law. As professor Joseph Bale observed more than a century ago in a seminal article on this subject 'human laws are made not to punish sin, but to prevent crime'».

intermedia: non totalmente rimessa alla soggettività del giudice e neppure integralmente polarizzata sull'oggettività del dato letterale; gli elementi di contesto fondamentali per pronunciarsi sulla effettiva pericolosità – in un'indagine fondata, comunque, su massime di esperienza – vengono parzialmente controbilanciati da un'analisi che tiene in considerazione solo gli effetti immediati della condotta, cioè la sua efficacia causale diretta sui soggetti cui il messaggio è effettivamente rivolto. Anche questa è un'idea mutuata dal requisito della *proximity*, in un'accezione, questa volta, più simile a quella che il lettore italiano assimilerebbe all'atto esecutivo. L'idea di fondo è che il soggetto che pronuncia un determinato discorso, pubblica un giornale, stampa una vignetta etc. e può individuare il novero (o quantomeno il numero) dei destinatari della sua espressione è anche in grado – sulla base delle stesse massime di esperienza che varranno poi adoperate per giudicarlo – di immaginare le probabili conseguenze dei suoi gesti.

Infine, una terza e ultima impostazione – estremamente protettiva della libertà di espressione e tesa a tracciare una chiara linea di demarcazione fra istigazione punibile e critica politica nei regimi democratici – è quella adottata dal giudice Hand in *Masses*. Si tratta di una soluzione, se si vuole, estrema: è punibile solo la diretta istigazione a violare una legge in vigore, quando il tenore letterale delle affermazioni sia inequivoco e con una limitata (ma mai determinante) possibilità di prendere in considerazione anche elementi di contesto.

È un test che certamente esclude la possibilità che siano altri ad individuare la tendenza delle affermazioni pronunciate dal soggetto agente basandosi su dati diversi – e meno dominabili da quest'ultimo – dalle espressioni effettivamente usate per veicolare il messaggio; esso presta il fianco, però, ad una critica radicale, rappresentata da quello che viene definito il c.d. *Marc Anthony problem*<sup>99</sup>. Il riferimento è qui al Marco Antonio shakespeariano e alla sua orazione sul corpo del defunto Cesare, un esempio lampante dell'ambiguità delle parole e dei loro significati reconditi: «perché Bruto è uomo d'onore», ripete continuamente Marco Antonio – dando chiaramente a

---

<sup>99</sup> Cfr. G. GUNTHER, *Learned Hand and the Origins of First Amendment Doctrine*, cit., 773; E. BARENDT, *Incitement to, and Glorification of, Terrorism*, cit., 455 s.

intendere il contrario – fino a sollevare la folla inferocita contro gli assassini dell'amico senza aver apparentemente pronunciato una sola parola di biasimo nei loro confronti. È lo stesso giudice Hand a riconoscere, in una diversa sentenza, che «possono esservi parole che, come nell'orazione funebre di Marco Antonio, possono di fatto istigare alla violenza pur parlando apertamente contro di essa<sup>100</sup>».

Merita poi osservare che, per quanto Hand affermi il contrario, i risultati cui perviene la sentenza *Masses* sono frutto di una interpretazione che potremmo definire costituzionalmente orientata. La ricerca di un test rigorosamente oggettivo – basato sul tenore letterale delle affermazioni piuttosto che sul risultato che tali affermazioni potrebbero provocare o, peggio, sul fine (presuntivamente) perseguito dal soggetto agente – risponde, nella sentenza *Masses*, ad una sottaciuta ma evidente ragione: quella della rilevanza costituzionale della libertà di pensiero.

Vi è uno stretto collegamento – intuisce Hand – fra la possibilità di esprimere senza timore opinioni anche aspramente critiche, soprattutto quando esse concernono temi politici, ed il corretto funzionamento dei sistemi democratici. Tale assunto comporta – nella lucida visione del giudice – una serie conseguenze, che ci limitiamo scheletricamente ad elencare e sulle quali avremo modo di tornare a tempo debito; per il momento basti osservare che, se la libertà di parola è essenziale per i sistemi democratici, allora:

a) per preservare il funzionamento di tali sistemi è necessaria una chiara linea di demarcazione fra ciò che è possibile dire in democrazia e ciò che invece costituisce reato, un'istigazione a delinquere. Solo tale accorgimento, infatti, evita il *chilling effect*;

b) la linea di demarcazione fra espressione lecita ed espressione vietata deve essere tracciata avendo riguardo a criteri diversi rispetto alla continenza formale e, soprattutto, a qualunque considerazione relativa alla 'correttezza/giustizia' delle opinioni altrui. Fa qui per la prima volta capolino il divieto di criminalizzare sulla base

---

<sup>100</sup> Cfr. *United States v. Nearing*, 252 F 223, 228 (SDNY 1917). Su punto si vedano anche V. BLASI, *Reading Holmes through the Lens of Schauer*, cit., 499 ss.; G. STONE, *Perilous Times*, cit., 177.

di una *viewpoint discrimination*, fondato sull'esigenza di proteggere non il pensiero dominante, quello della maggioranza, ma il pensiero 'controcorrente';

c) la fondamentale funzione svolta dalla libertà di espressione può giustificare anche la compressione di contrapposti interessi individuali o collettivi. In altre parole, la libertà di pensiero può essere tutelata anche quando essa si traduca in comportamenti dannosi o pericolosi.



## CAPITOLO II

### LE PRIME PRONUNCE DELLA CORTE SUPREMA: SHENK, ABRAMS E IL *CLEAR AND PRESENT DANGER TEST*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione: i primi casi approdano alla Corte Suprema. – 2. Una prima impostazione: il giudice Holmes e l'*Espionage Act trilogy*. – 2.1. *Schenck v. United States* (1919). – 2.2. *Frohwerk v. United States* (1919). – 2.3. *Debs v. United States* (1919). – 3. *Shenck*, *Frohwerk* e *Debs*: uno sguardo d'insieme. – 3.1. Sotto il profilo penale (e processuale) – 3.2. (*segue*) e sotto il profilo costituzionale. – 4. Dall'estate del 1918 all'autunno del 1919: la libertà di espressione al centro del dibattito. – 4.1. La 'paura dei rossi', Ernst Freund e *The New Republic*. – 4.2. Il ruolo di Learned Hand e Zechariah Chafee. – 5. Qualcosa si muove: *Abrams v. United States* (1919). – 6. Una riflessione su *Abrams*. – 6.1. Sotto il profilo penale (e processuale). – 6.2. (*segue*) sotto il profilo costituzionale. – 7. Riassumendo.

#### 1. Introduzione: i primi casi approdano alla Corte Suprema

Nel maggio del 1919 la Corte suprema decise i primi quattro casi relativi a condanne inflitte ai sensi dell'*Espionage Act*. Il primo dei quattro, *Sugarman v. United States*<sup>101</sup>, si concluse con una pronuncia di inammissibilità per difetto di giurisdizione: una Corte unanime, estensore il giudice Brandeis, ritenne che la questione – come sostenuto dal Governo – non presentasse alcun rilevante profilo di natura costituzionale<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> *Sugarman v. United States*, 249 U.S. 182 (1919).

<sup>102</sup> Ivi, 185.

I rimanenti tre casi – *Schenck*<sup>103</sup>, *Frohwerk*<sup>104</sup> e *Debs*<sup>105</sup> – furono, invece, ritenuti ammissibili e decisi a distanza di pochi giorni l'uno dall'altro: risolti con approccio simile, da una Corte unanime e per mano del medesimo estensore, il giudice Holmes, essi sono noti con il nome di *Schenck trilogy*<sup>106</sup> o *Espionage Act trilogy*<sup>107</sup>.

Nei paragrafi che seguono ci occuperemo scarnamente delle concrete vicende oggetto di scrutinio e in seguito, più approfonditamente, delle posizioni assunte dalla Corte suprema, sotto il duplice profilo dell'osservanza della legge penale (e processuale) delle norme *dell'Espionage* (e del *Sedition*) *Act* e dei principi di diritto costituzionale sottesi alla limitazione della libertà di espressione.

## **2. Una prima impostazione: il giudice Holmes e l'*Espionage Act trilogy***

### **2.1. Schenck v. United States (1919)**

Con risoluzione del 13 agosto 1917, il Comitato esecutivo del partito socialista americano deliberava la stampa di quindicimila copie di un volantino<sup>108</sup> da spedire ai coscritti.

La prima facciata del volantino riproduceva *l'incipit* del XIII Emendamento – che vieta ogni forma di schiavitù o servitù – affermando la contrarietà del servizio militare obbligatorio rispetto a tale fondamentale garanzia costituzionale e assimilando

---

<sup>103</sup> *Schenck v. United States*, 249 US 47 (1919).

<sup>104</sup> *Frohwerk v. United States*, 249 US 204 (1919).

<sup>105</sup> *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919).

<sup>106</sup> Cfr. SHIFFRIN S.H.-CHOPER J.H., *The First Amendment*, cit., 23.

<sup>107</sup> Vedi G.E. WHITE, *Justice Holmes and the Modernization*, cit. 412.

<sup>108</sup> La citazione di quanto affermato all'interno del volantino è tratta dalla ricostruzione dei suoi contenuti svolta dal giudice Holmes all'interno della sentenza, su cui v. *infra*, nota successiva; il testo completo, non allegato alla sentenza, può essere letto in G. ANASTAPLO, *Reflections on Freedom of Speech*, cit., 241 ss.

la condizione del coscritto a quella di un detenuto. In un linguaggio appassionato si affermava che la leva militare obbligatoria costituisce una bieca forma di dispotismo oltreché un mostruoso male nei confronti dell'umanità e si esortavano i coscritti a non cedere alle intimidazioni e a recarsi presso la sede del Partito per la firma di una petizione in favore dell'abolizione della coscrizione obbligatoria.

L'altra facciata del volantino recitava: «fai valere i tuoi diritti», riportava le ragioni per ritenere che violasse la Costituzione chiunque si rifiutasse di riconoscere «il tuo diritto di affermare la tua opposizione alla leva militare obbligatoria» e sosteneva che «se tu non fai valere e sostieni i tuoi diritti, aiuti a denigrare e disprezzare quei diritti che è solenne dovere di ogni cittadino preservare».

Gli argomenti a sostegno della coscrizione venivano presentati come provenienti da politici subdoli e da una stampa capitalista e mercenaria e il silenzio dei cittadini rispetto a tale stato di cose veniva stigmatizzato come un modo di alimentare la congiura. Il volantino, infine, negava che il Governo avesse «il potere di mandare i nostri cittadini all'estero a sparare agli abitanti di paesi stranieri» e si concludeva affermando il dovere di dare il proprio contributo «per mantenere, difendere e sostenere i diritti di questo paese»<sup>109</sup>.

Charles T. Schenck – Segretario generale del Partito socialista americano – era stato ritenuto diretto responsabile della campagna di volantinaggio, che avrebbe avuto lo scopo di ostacolare il servizio di reclutamento dell'esercito degli Stati Uniti mentre

---

<sup>109</sup> *Shenck v. United States*, cit., 51 «The document in question upon its first printed side recited the first section of the Thirteenth Amendment, said that the idea embodied in it was violated by the Conscription Act and that a conscript is little better than a convict. In impassioned language it intimated that conscription was despotism in its worst form and a monstrous wrong against humanity in the interest of Wall Street's chosen few. It said "Do not submit to intimidation," but in form at least confined itself to peaceful measures such as a petition for the repeal of the act. The other and later printed side of the sheet was headed "Assert Your Rights." It stated reasons for alleging that any one violated the Constitution when he refused to recognize "your right to assert your opposition to the draft," and went on "If you do not assert and support your rights, you are helping to deny or disparage rights which it is the solemn duty of all citizens and residents of the United States to retain." It described the arguments on the other side as coming from cunning politicians and a mercenary capitalist press, and even silent consent to the conscription law as helping to support an infamous conspiracy. It denied the power to send our citizens away to foreign shores to shoot up the people of other lands, and added that words could not express the condemnation such cold-blooded ruthlessness deserves, &c., &c., winding up "You must do your share to maintain, support and uphold the rights of the people of this country"».

la nazione era impegnata nello sforzo bellico, ed era stato pertanto – sulla base della terza delle norme della terza sezione dell'*Espionage Act* – condannato.

Schenck ricorreva alla Corte suprema, affermando che l'espressione delle idee politiche contenute nel volantino costituiva discorso protetto ai sensi del I Emendamento e che, pertanto, la sua condanna dovesse essere annullata.

Una Corte suprema unanime, tuttavia, conferma la condanna, estensore il giudice Holmes. La motivazione è, invero, piuttosto scarna:

Of course the documents would not have been sent unless it had been intended to have some effect, and we do not see what effect it could be expected to have upon persons subject to the draft except to influence them to obstruct the carrying of it out.

[...] But it is said, suppose that that was the tendency of this circular, it is protected by the First Amendment to the Constitution. [...] We admit that in many places and in ordinary times the defendants in saying all that was said in the circular would have been within their constitutional rights. But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done [...]. The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force.

[...] The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree. When a nation is at war many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight and that no Court could regard them as protected by any constitutional right. It seems to be admitted that if an actual obstruction of the recruiting service were proved, liability for words that produced that effect might be enforced. The statute of 1917 in § 4 punishes conspiracies to obstruct as well as actual

obstruction. If the act, (speaking, or circulating a paper), its tendency and the intent with which it is done are the same, we perceive no ground for saying that success alone warrants making the act a crime<sup>110</sup>.

La Corte suprema esordisce seguendo uno schema che abbiamo ormai imparato a riconoscere: *a)* si chiede quale sia la naturale e probabile tendenza delle espressioni contenute all'interno del volantino; *b)* identifica l'obiettivo al quale tali espressioni naturalmente tendono nel boicottaggio del servizio di leva dell'esercito degli Stati Uniti; *c)* presume che il fine così identificato sia dolosamente perseguito dal soggetto agente.

Poiché l'*Espionage Act* protegge tanto l'effettivo boicottaggio nei confronti della leva, quanto il semplice tentativo di raggiungere tale scopo – aggiunge il giudice Holmes – in presenza di un'azione (parlare, stampare uno scritto), della naturale tendenza di tale azione verso lo scopo e del necessario elemento soggettivo, non si vede perché non si debba condannare: non c'è ragione per ritenere, infatti, che l'atto compiuto dall'agente divenga un crimine solo se i suoi sforzi sono coronati dal successo.

Fin qui, insomma, nulla di nuovo: *bad tendency test*, *constructive intent*, punibilità del tentativo e non solo del reato consumato.

A questo punto la Corte passa ad occuparsi della compatibilità della condanna inflitta a Schenck con le garanzie fornite dal I Emendamento.

Il discorso con cui Schenk intende dolosamente realizzare il suo scopo – ammette la Corte – sarebbe stato costituzionalmente protetto «in molti luoghi e in tempi normali»; le caratteristiche di ogni azione, tuttavia, dipendono dalle circostanze in cui essa è messa in atto: anche la più stringente protezione della libertà di espressione – sostiene Holmes, con esempio destinato a diventare celebre<sup>111</sup> – non proteggerebbe un uomo che spargesse il panico in un teatro gridando falsamente al fuoco.

---

<sup>110</sup> Ivi, 51 ss.

<sup>111</sup> Cfr. A. DERSHOWITZ, *Taking the Stand*, Crown Publishers, 2013, 114 «Justice Oliver Wendell Holmes's statement that freedom of speech does not protect someone who falsely shouts fire in a theater has been invoked so often, by so many people, in such diverse context, that it has become part of our national folk language. It has even appeared – most

Come individuare, allora, la linea di demarcazione fra discorso protetto e discorso proibito? Si tratta, per il giudice Holmes, di una questione di vicinanza e di grado: bisognerà chiedersi se le espressioni in questione siano utilizzate in circostanze tali e siano di tale natura da creare un pericolo chiaro e attuale – un *clear and present danger* – che l’offesa che il Congresso mira a prevenire possa effettivamente realizzarsi.

Del tutto evidente appare, allora, come il confine fra espressione costituzionalmente protetta e istigazione punibile sia mobile, e come in tempo di guerra il novero delle espressioni costituzionalmente protette debba essere limitato in favore dei contro-interessi della sicurezza e della difesa nazionale: nessuna Corte – chiosa Holmes – si comporterebbe diversamente.

## 2.2. Frohwerk v. United States (1919)

Del tutto simili a quelle di *Schenk* le circostanze del caso *Frohwerk*, deciso appena una settimana dopo: ancora una questione di legittimità al metro del I emendamento traente origine da una condanna ai sensi dell’*Espionage Act*; ancora una conferma della condanna inflitta in primo grado; ancora il giudice Holmes estensore della sentenza per una Corte unanime.

Si trattava, questa volta, dell’ideazione e della pubblicazione di un giornale – il *Missouri Staats Zeitung* – che con dodici diversi articoli, nel periodo compreso fra il 6 luglio e il 7 dicembre 1917, avrebbe istigato le milizie americane alla slealtà e all’ammutinamento. Gli articoli in questione: affermavano che fosse stato un monumentale errore quello di spedire le truppe americane in Francia, un gesto che non avrebbe fatto altro che provocare un inutile massacro; inneggiavano alla potenza della Germania con un linguaggio di chiaro ammonimento nei confronti del popolo

---

*appropriately – in theater: In Tom Stoppard’s play Rosencrantz and Guildenstern Are Dead, a character shouts at the audience, “Fire!” He then quickly explains, “I’m demonstrating the misuse of free speech”». Sull’esempio in questione si ritornerà *infra* § 3.1.*

americano; criticavano – con espressioni tese, tuttavia, a far percepire al lettore una nascosta approvazione – le rivolte contro la leva militare obbligatoria in Oklahoma e altrove, affermando che la necessità di passare per le vie legali in questi casi è tipica di chi ha superato l'età della coscrizione e non ha figli in età adeguata; statuivano che nessuno può biasimare un uomo che segue il più basilare dei suoi istinti: quello di autoconservazione<sup>112</sup>.

La Corte – come anticipato – conferma la condanna, ribadendo e precisando quanto già affermato nella sentenza *Schenck*:

With regard to that argument we think it necessary to add to what has been said in *Schenck v. United States*, ante, 47, only that the First Amendment while prohibiting legislation against free speech as such cannot have been, and obviously was not, intended to give immunity for every possible use of language. [...] We venture to believe that neither Hamilton nor Madison, nor

---

<sup>112</sup> *Frohwerk v. United States*, cit., 207 s. Più precisamente, gli articoli incriminati, come riportati dalla Corte Suprema, erano del seguente tenore: «*The first begins by declaring it a monumental and inexcusable mistake to send our soldiers to France, says that it comes no doubt from the great trusts, and later that it appears to be outright murder without serving anything practical; speaks of the unconquerable spirit and undiminished strength of the German nation, and characterizes its own discourse as words of warning to the American people. Then comes a letter from one of the counsel who argued here, stating that the present force is a part of the regular army raised illegally; a matter discussed at length in his voluminous brief, on the ground that before its decision to the contrary the Solicitor General misled this Court as to the law. Later, on August 3, came discussion of the causes of the war, laying it to the administration and saying "that a few men and corporations might amass unprecedented fortunes we sold our honor, our very soul," with the usual repetition that we went to war to protect the loans of Wall Street. Later, after more similar discourse, comes "We say therefore, cease firing." Next, on August 10, after deploring "the draft riots in Oklahoma and elsewhere" in language that might be taken to convey an innuendo of a different sort, it is said that the previous talk about legal remedies is all very well for those who are past the draft age and have no boys to be drafted, and the paper goes on to give a picture, made as moving as the writer was able to make it, of the sufferings of a drafted man, of his then recognizing that this country is not in danger and that he is being sent to a foreign land to fight in a cause that neither he nor any one else knows anything of, and reaching the conviction that this is but a war to protect some rich men's money. Who then, it is asked, will pronounce a verdict of guilty upon him if he stops reasoning and follows the first impulse of nature: self-preservation; and further, whether, while technically he is wrong in his resistance, he is not more sinned against than sinning; and yet again whether the guilt of those who voted the unnatural sacrifice is not greater than the wrong of those who now seek to escape by ill-advised resistance. On August 17 there is quoted and applied to our own situation a remark to the effect that when rulers scheme to use it for their own aggrandizement loyalty serves to perpetuate wrong. On August 31, with more of the usual discourse, it is said that the sooner the public wakes up to the fact that we are led and ruled by England, the better; that our sons, our taxes and our sacrifices are only in the interest of England. On September 28 there is a sneering contrast between Lord Northcliffe and other Englishmen spending many hundreds of thousands of dollars here to drag us into the war and Count Bernstorff spending a few thousand to maintain peace between his own country and us. Later follow some compliments to Germany and a statement that the Central Powers are carrying on a defensive war».*

any other competent person then or later, ever supposed that to make criminal the counselling of a murder within the jurisdiction of Congress would be an unconstitutional interference with free speech. Whatever might be thought of the other counts on the evidence, if it were before us, we have decided in *Schenck v. United States*, that a person may be convicted of a conspiracy to obstruct recruiting by words of persuasion.

[...] It may be that all this might be said or written even in time of war in circumstances that would not make it a crime. We do not lose our right to condemn either measures or men because the Country is at war.

It does not appear that there was any special effort to reach men who were subject to the draft; and if the evidence should show that the defendant was a poor man, turning out copy for Gleeser, his employer, at less than a day laborer's pay, for Gleeser to use or reject as he saw fit, in a newspaper of small circulation, there would be a natural inclination to test every question of law to be found in the record very thoroughly before upholding the very severe penalty imposed. But we must take the case on the record as it is, and on that record it is impossible to say that it might not have been found that the circulation of the paper was in quarters where a little breath would be enough to kindle a flame and that the fact was known and relied upon by those who sent the paper out<sup>113</sup>.

Innanzitutto, il principio generale. Il I Emendamento – chiarisce la Corte – non si applica ad ogni tipo di affermazione: sarebbe assurdo ritenere che i padri costituenti abbiano inteso proibire la criminalizzazione, ad esempio, dell'istigazione a commettere un omicidio, ritenendola incompatibile con il diritto alla libertà di espressione. A tal proposito, la Corte ha già stabilito – nella sentenza *Schenck* – che un uomo può essere condannato per avere istigato altri ad opporsi alla leva militare obbligatoria.

Inoltre, neppure in tempo di guerra – continua Holmes – si perde ogni diritto di criticare persone o misure politiche; pertanto, può darsi che espressioni come quelle

---

<sup>113</sup> *Ibidem*, 206 ss.

oggetto del capo di imputazione possano rientrare fra quelle protette, anche durante un conflitto.

Tuttavia, sebbene dall'istruzione probatoria emerga che non fu fatto, dal giornale, alcun particolare sforzo per disseminare le proprie pubblicazioni fra i soggetti in età di leva e che l'imputato fosse 'un pover'uomo', sottopagato e autore di contributi per un giornale dalla tiratura molto limitata, la Corte ritiene comunque di confermare la pesante condanna nei suoi confronti. Ciò sulla base della singolare affermazione che non emerge dagli atti – e quindi non può essere escluso – che le copie del giornale (per quanto esigue di numero) circolassero in ambienti in cui anche una scintilla può accendere la fiamma della rivolta e proprio su questo circostanza contassero gli autori delle pubblicazioni.

Ancora una volta, dunque: *bad tendency test*, *constructive intent* e nessuna prova del pericolo concreto. Si noti, inoltre, che la locuzione *clear and present danger* (o espressioni equivalenti) è qui assente dalla motivazione della sentenza: la Corte non si domanda se il pericolo corso dalla sicurezza nazionale nel caso di specie sia stato 'chiaro ed attuale'.

### 2.3. Debs v. United States (1919)

Una settimana dopo *Schenck* fu deciso anche il più famoso e discusso fra i casi concernenti l'*Espionage Act*, che vede come protagonista, ancora una volta, un leader del Partito socialista americano: Eugene Debs – frequente candidato alla presidenza degli Stati Uniti –, che aveva ottenuto più di novecentomila voti alle presidenziali del 1912 (circa il 6% del totale).

Durante un comizio tenuto il 16 giugno 1918 a Canton, in Ohio, il leader politico – in un più ampio discorso relativo al socialismo, al suo sviluppo e alla previsione del suo successo finale – aveva inserito alcuni passaggi che avrebbero incitato alla renitenza alla leva: elogio dell'eroismo di alcuni compagni di partito

condannati per avere istigato ed aiutato un potenziale coscritto a non iscriversi al registro di leva, a suo dire condannati per avere tentato di ottenere migliori condizioni di vita per tutto il genere umano; critica del militarismo prussiano in modo da celare una critica del *modus operandi* degli Stati Uniti; elogio dell'eroismo di una compagna di partito – accusata di avere tentato di causare l'insubordinazione di alcuni militari degli Stati Uniti e pertanto condannata a dieci anni di reclusione –, accompagnato dall'affermazione che quest'ultima non aveva affermato niente di più rispetto a quanto sostenuto da *Debs* stesso durante il comizio e che egli non sarebbe stato così codardo da proclamarsi innocente; l'affermazione, rivolta agli ascoltatori: «dovete sapere che non siete fatti per la schiavitù o per diventare carne da cannone» e quella, a conclusione del discorso: «non temete l'accusa di tradire i vostri padroni, temete piuttosto di tradire voi stessi»<sup>114</sup>.

---

<sup>114</sup> *Debs v. United States*, cit., 213 s., Più precisamente, le espressioni incriminate, come riportati dalla Corte Suprema, erano del seguente tenore: «*The main theme of the speech was socialism, its growth, and a prophecy of its ultimate success. With that we have nothing to do, but if a part of the manifest intent of the more general utterances was to encourage those present to obstruct the recruiting service and if in passages such encouragement was directly given, the immunity of the general theme may not be enough to protect the speech. The speaker began by saying that he had just returned from a visit to the workhouse in the neighborhood where three of their most loyal comrades were paying the penalty for their devotion to the working class -- these being Wagenknecht, Baker and Ruthenberg, who had been convicted of aiding and abetting another in failing to register for the draft. Ruthenberg v. United States, 245 U.S. 480. He said that he had to be prudent and might not be able to say all that he thought, thus intimating to his hearers that they might infer that he meant more, but he did say that those persons were paying the penalty for standing erect and for seeking to pave the way to better conditions for all mankind. Later he added further eulogies and said that he was proud of them. He then expressed opposition to Prussian militarism in a way that naturally might have been thought to be intended to include the mode of proceeding in the United States. After considerable discourse that it is unnecessary to follow, he took up the case of Kate Richards O'Hare, convicted of obstructing the enlistment service, praised her for her loyalty to socialism and otherwise, and said that she was convicted on false testimony, under a ruling that would seem incredible to him if he had not had some experience with a Federal Court. We mention this passage simply for its connection with evidence put in at the trial. The defendant spoke of other cases, and then, after dealing with Russia, said that the master class has always declared the war and the subject class has always fought the battles -- that the subject class has had nothing to gain and all to lose, including their lives; that the working class, who furnish the corpses, have never yet had a voice in declaring war and have never yet had a voice in declaring peace. "You have your lives to lose; you certainly ought to have the right to declare war if you consider a war necessary." The defendant next mentioned Rose Pastor Stokes, convicted of attempting to cause insubordination and refusal of duty in the military forces of the United States and obstructing the recruiting service. He said that she went out to render her service to the cause in this day of crises, and they sent her to the penitentiary for ten years; that she had said no more than the speaker had said that afternoon; that if she was guilty so was he, and that he would not be cowardly enough to plead his innocence; but that her message that opened the eyes of the people must be suppressed, and so, after a mock trial before a packed jury and a corporation tool on the bench, she was sent to the penitentiary for ten years. There followed personal experiences and illustrations of the growth of socialism, a glorification of minorities, and a prophecy of the success of the international socialist crusade, with the interjection that "you need to know that you are fit for something better than slavery and cannon fodder." The rest of the discourse had only the indirect though not necessarily ineffective bearing on the offences alleged that is to be found in the usual contrasts between capitalists and laboring men, sneers at the advice to cultivate war gardens, attribution to plutocrats of the high price of coal, &c., with the implication running through*

Alcuni testimoni avevano riferito inoltre come, poche ore prima di tenere il discorso incriminato, Debs avesse preso visione e dichiarato di sottoscrivere integralmente un documento intitolato *'Anti-war Proclamation Program'*. In tale documento si sosteneva che l'entrata in guerra da parte degli Stati Uniti altro non fosse che il risultato delle pressioni dei capitalisti e che pertanto la guerra doveva essere ostacolata, ricorrendo a manifestazioni, petizioni di massa, etc. L'imputato stesso, parlando alla giuria nel processo di primo grado, aveva affermato: «Sono stato accusato di avere ostacolato la guerra. Lo ammetto, signori, io odio la guerra. Mi opporrei ad essa se dipendesse solo da me»<sup>115</sup>.

Debs, condannato a dieci anni di reclusione, ricorreva alla Corte suprema lamentando, anche nel suo caso, una violazione del I Emendamento. La Corte, conformemente alla sua giurisprudenza precedente, conferma la condanna. La motivazione, anche questa volta, è estremamente breve e sbrigativa. Scrive il giudice Holmes:

The statement [«Signori, io odio la guerra...»] was not necessary to warrant the jury in finding that one purpose of the speech, whether incidental or not does not matter, was to oppose not only war in general but this war, and that the opposition was so expressed that its natural and intended effect would be to obstruct recruiting. It that was intended and if, in all the circumstances, that would be its probable effect, it would not be protected by reason of its being part of a general program and expressions of a general and conscientious belief.

[...] The most important question that remains is raised by the admission in evidence of the record of the conviction of Ruthenberg, Wagenknecht and Baker, Rose Paster Stokes, and Kate Richards O'Hare. The defendant purported to understand the grounds on which these persons were

---

*it all that the working men are not concerned in the war, and a final exhortation "Don't worry about the charge of treason to your masters; but be concerned about the treason that involves yourselves"».*

<sup>115</sup> *Ivi*, 214, «The defendant addressed the jury himself, and while contending that his speech did not warrant the charges said "I have been accused of obstructing the war. I admit it. Gentlemen, I abhor war. I would oppose the war if I stood alone"».

imprisoned and it was proper to show what those grounds were in order to show what he was talking about, to explain the true import of his expression of sympathy and to throw light on the intent of the address, so far as the present matter is concerned.

There was introduced also an "Anti-war Proclamation and Program" adopted at St. Louis in April, 1917, coupled with testimony that about an hour before his speech the defendant had stated that he approved of that platform in spirit and in substance. [...] This document contained the usual suggestion that capitalism was the cause of the war and that our entrance into it "was instigated by the predatory capitalists in the United States." [...] Evidence that the defendant accepted this view and this declaration of his duties at the time that he made his speech is evidence that if in that speech he used words tending to obstruct the recruiting service he meant that they should have that effect. [...] We should add that the jury were most carefully instructed that they could not find the defendant guilty for advocacy of any of his opinions unless the words used had as their natural tendency and reasonably probable effect to obstruct the recruiting service, &c., and unless the defendant had the specific intent to do so in his mind.

Without going into further particulars we are of opinion that the verdict on the fourth count, for obstructing and attempting to obstruct the recruiting service of the United States, must be sustained<sup>116</sup>.

Ancora una volta, il *focus* dell'analisi è sulla tendenza del linguaggio. Il giudice Holmes si limita a constatare che: il discorso del ricorrente può senza dubbio rientrare fra quelli che mirano a ostacolare lo sforzo bellico e, in particolar modo, a promuovere la renitenza alla leva (lo si deduce dagli esempi di eroismo prescelti e dai contenuti dell' *Anti-war Proclamation and Program*); la giuria era stata chiaramente avvertita del fatto di non potere ritenere colpevole il ricorrente a meno che le parole da lui pronunciate «avessero come naturale tendenza e come probabile effetto» quello di ostacolare il

---

<sup>116</sup> *Ivi*, 214 ss.

servizio di leva e Debs «agisse con quello specifico intento». Tanto basta alla Corte per confermare la sentenza, senza qui affrontare direttamente alcuna istanza relativa alle garanzie fornite dal I Emendamento: in nessun rilievo viene tenuto, ad esempio, l'incontestabile contenuto politico del discorso. Assente poi, ancora una volta, il *clear and present danger*; il giudice Holmes, infatti, non si perita di motivare rispetto alla sussistenza di un pericolo 'chiaro e attuale' per il bene giuridico tutelato dalla norma: si tratta, di nuovo, di un giudizio interamente polarizzato sulla asserita *bad tendency* del linguaggio.

### **3. Schenck, Frohwerk e Debs: uno sguardo d'insieme**

Una rilettura delle tre sentenze appena esaminate nel loro complesso consente di affacciare qualche considerazione sull'iniziale approccio della Corte Suprema ai casi concernenti l'*Espionage Act* e, più in generale, al tema rapporti fra libertà di espressione e diritto penale.

Abbiamo avuto modo di osservare come la Corte affronti due ordini di problemi, su diversi 'livelli': in primo luogo, problemi di diritto penale, inerenti essenzialmente la corretta interpretazione delle norme dell'*Espionage Act* oggetto di scrutinio; in secondo luogo, problemi di diritto costituzionale, concernenti invece la portata delle garanzie offerte al cittadino dal I Emendamento (e, specularmente, i limiti che lo Stato incontra nel criminalizzare l'espressione).

Cominciamo sin da subito a segnalare l'esistenza di questo doppio livello di analisi poiché la 'duplicità' delle questioni analizzate dalla Corte suprema – appena evidente, forse, nei casi della *trilogy* – si apprezzerà con chiarezza nella successiva giurisprudenza della Corte (già da subito, come avremo modo di vedere<sup>117</sup>) e diventerà un tratto fondamentale di tutta la giurisprudenza in materia. La cosa non stupisce, se

---

<sup>117</sup> cfr. *infra* § 5.

si riflette sul fatto che – con qualche semplificazione – la Corte suprema americana è al contempo una ‘Corte di Cassazione’ e una ‘Corte costituzionale’: è deputata da un lato alla funzione nomofilattica, dall’altro all’interpretazione e alla corretta applicazione della Costituzione americana. Cominciamo dunque, fin da subito, a separare i due profili che (seppur intimamente collegati) presentano una loro propria specificità.

### 3.1. Sotto il profilo penale (e processuale)

Dal punto di vista dell’interpretazione della legge penale, la Corte suprema pare allinearsi, senza particolari accorgimenti, alle soluzioni affermatesi nelle corti inferiori. Per quanto le sentenze paiano concentrarsi (prevalentemente *Schenck* e *Frohwerk*, esclusivamente *Debs*) su questioni di diritto penale, nessun reale profilo di novità appare dal punto di vista dell’approccio del giudice Holmes ai casi da lui decisi; la Corte, infatti, accetta *in toto* le prospettazioni del Governo, conferma le condanne inflitte applicando il *bad tendency test* e mantiene una pressoché assoluta deferenza rispetto alle valutazioni di merito svolte dalle giurie (alle quali, lo ricordiamo, spettava individuare la ‘normale e probabile tendenza del linguaggio’ nei singoli casi di specie)<sup>118</sup>.

L’utilizzo da parte del giudice Holmes, nella sentenza *Schenck*, di dell’espressione *clear and present danger* sembrerebbe invero suggerire un’analisi della concreta condotta oggetto di scrutinio più concentrata sul pericolo immediato della realizzazione di un danno: di un test, cioè, tale da proteggere maggiormente la libertà di espressione del singolo rispetto a quanto non si riuscisse a fare in precedenza, adottando il *bad tendency test*.

---

<sup>118</sup> RABBAN D.M., *Free Speech in Its Forgotten Years*, cit., 279 s.

Una simile lettura è, tuttavia, brutalmente smentita – oltre che (ma sarebbe banale) dal concreto risultato cui la Corte perviene: tre sentenze che confermano altrettante condanne – dall’approccio e dalle espressioni adoperate (o non adoperate) dallo stesso giudice Holmes all’interno delle sentenze appena analizzate.

Si pensi, ad esempio, al riferimento – nella parte finale della sentenza *Schenck* – a «*the act, [its] tendency and the intent*». Cosa c’entra l’elemento soggettivo con il pericolo, chiaro ed attuale, che si produca un danno? Il giudice sta qui, semplicemente, riassumendo le caratteristiche necessarie a giustificare una condanna al metro del *bad tendency test*. Si pensi ancora all’approccio della Corte nella sentenza *Frohwerk*: risolutiva, per la condanna, risulta l’identificazione delle espressioni adoperate dal ricorrente come «*language that might be taken to convey an innuendo of a different sort*», «*a little breath [that] can kindle a flame*». Il riferimento è qui evidentemente non alle immediate possibilità del linguaggio, alle sue conseguenze imminenti: tutto il ragionamento si fonda sull’impossibilità di escludere un decorso causale del tipo di quello incriminato dall’*Espionage Act*. Identiche considerazioni possono essere svolte in relazione alla sentenza *Debs*: più che sufficiente è, qui, per la Corte, che vi sia una «*natural tendency*» e un «*reasonably probable effect*» che gli ascoltatori del comizio possano inferire determinati significati (tali da causare un pericolo per lo sforzo bellico) dalle affermazioni del ricorrente, concentrate sul generale tema dell’apologia del movimento socialista.

Estremamente significativo è poi il fatto che la Corte suprema, dopo avere adoperato la locuzione *clear and present danger* nella sentenza *Schenck*, non utilizzi più tale espressione (o espressioni dal significato equivalente) nelle sentenze successive.

Pare di potere affermare, allora, che l’espressione *clear and present danger* non individui, almeno al momento della sua formulazione, un vero e proprio test riferito alle peculiarità della libertà di espressione: una formula, cioè, nata per garantire alle manifestazioni del pensiero una maggior tutela rispetto a quella – invero quasi inesistente – fornita dalle corti inferiori durante gli anni della guerra. La Corte suprema – lo abbiamo già osservato – adopera in realtà, in questi primi casi, lo stesso schema prescelto dalle corti inferiori: il *bad tendency test*.

A cosa si riferisce, allora, la Corte suprema quando parla della necessità di un *clear and present danger*?

Ebbene, per la dottrina di gran lunga maggioritaria<sup>119</sup>, tale locuzione costituisce semplicemente – per lo meno, lo ripetiamo, al momento della sua formulazione nella sentenza *Schenck* – una rielaborazione, nel linguaggio fiorito del giudice Holmes, del requisito della *proximity* nel tentativo, sulla base di un parallelismo – quello tra delitto tentato e reati di pericolo – già noto all’esperienza delle corti inferiori.

Per convincersi della plausibilità di questa ricostruzione, è sufficiente ripercorrere alcune delle pronunce aventi ad oggetto un tentativo di commettere un reato già rese da Holmes nel corso della sua esperienza professionale.

Quando sedeva alla Corte suprema nazionale del *Massachussets*, ad esempio – nel decidere un caso<sup>120</sup> riguardante un soggetto che aveva accumulato una grande quantità di materiale infiammabile senza, tuttavia, procedere a darvi fuoco – il giudice Holmes, estensore della sentenza, aveva enucleato un concetto simile: «la questione concerne la prova del fatto che l’azione dell’imputato sia giunta sufficientemente ‘vicino’ alla realizzazione dell’offesa da poter essere punita. Si tratta di una questione di grado. Il grado di vicinanza sufficiente può variare al variare delle circostanze<sup>121</sup>».

---

<sup>119</sup> Si veda l’accurata analisi di G.E. WHITE, *Justice Holmes and the Modernization*, cit. 394, e i contributi dottrinali riportati alle note 17, 18 e 19. L’autore osserva, in particolar modo, che «*the evolution of Holmes’ theories of free speech has been subject to debate among scholars. Widespread agreement does exist, however, on several issues. The overwhelming majority of commentators agree that when Holmes began to treat free speech issues seriously after 1918, his approach emerged from his experience with the common-law view of criminal attempts. Moreover, the overwhelming majority of commentators find Holmes’ later Supreme Court decisions more speech protective than his earlier ones, although there is disagreement as to whether the successive results he reached are consistent with one another or illustrate a change in Holmes’ views*». Cfr., inoltre, R. POST, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, in BOLLINGER L.C.-STONE G.R. (a cura di), *Eternally Vigilant (Free Speech in the Modern Era)*, University of Chicago Press, 2002, 155; E.J. BLOUNSTEIN, *Criminal Attempts and the ‘Clear and Present Danger’ Theory of the First Amendment*, 74 *Cornell L. Rev.* 1118 (1989); COHEN J., *Congress Shall Make no Law*, Iowa State University Press, 1989, 107 ss.

<sup>120</sup> *Commonwealth v. Peaslee*, 59 N.E. 55 (Mass. 1901).

<sup>121</sup> *Ibidem*, «*the question on the evidence is whether the defendant’s acts come near enough to the accomplishment of the substantive offense to be punishable. [It] is a question of degree. [The] degree of proximity held sufficient may vary with [circumstances]*».

In almeno un altro caso – relativo al fallito tentativo di avvelenare un parente<sup>122</sup> – egli aveva poi considerato le nozioni di *attempt* e *tendency* come implicanti i concetti di *proximity* e *degree*, evidenziando come il tanto l'elemento soggettivo richiesto quanto la tendenza di una determinata azione rispetto alla lesione del bene giuridico protetto dall'ordinamento dovessero essere inferiti dalle concrete circostanze del caso di specie. La medesima tesi fu sostenuta da Holmes, già in veste di giudice della Corte suprema, nel pronunciarsi su un caso in materia di *criminal conspiracy*<sup>123</sup>: il giudice, infatti, affermò, ancora una volta, come la distinzione fra atti meramente preparatori e tentativo di commettere un reato fosse una questione di «vicinanza e di grado»<sup>124</sup>.

Come osservato dallo stesso Holmes in una lettera all'amico Harold Laski<sup>125</sup> nel luglio del 1918, «l'espressione non è diversa da un qualunque altro atto esecutivo<sup>126</sup>» e allora, almeno sulla base del *common law* in materia di tentativo, essa – pur richiedendo una *proximity* nel senso di potenziale offensività della condotta e di sussistenza di un principio di esecuzione – non necessita del requisito dell'imminenza della realizzazione del pericolo o del danno.

---

<sup>122</sup> *Commonwealth v. Kennedy*, 48 N.E. 770 (Mass. 1897).

<sup>123</sup> Per la corretta definizione di quello che, da ora in avanti, per brevità, tradurremo come accordo per commettere un delitto cfr. B. A. GARNER (*Editor in Chief*), *Black's Law Dictionary*, IX ed., Thompson Reuters, 2009, 351 «*An agreement by two or more persons to commit an unlawful act, coupled with an intent to achieve the agreement's objective, and (in most states) action or conduct that furthers the agreement; a combination for an unlawful purpose.* 18 USCA § 371. *Conspiracy is a separate offense from the crime that is the object of conspiracy. A conspiracy ends when the unlawful act has been committed or (in some states) when the agreement has been abandoned. A conspiracy does not automatically end if the conspiracy's object is defeated.* See *Model Penal Code* § 5.03(7); *United States v. Jiminez Recio*, 357 U.S. 270, 123 (2003)».

<sup>124</sup> *Swift & Co. v. United States*, 196 U.S. 375 (1905).

<sup>125</sup> Harold Joseph Laski, (30 giugno 1893, Manchester — 24 maggio, 1950, Londra), fu uno scienziato politico, professore e membro di spicco del partito laburista britannico. Dopo la laurea ad Oxford e una collaborazione con *Daily Herald*, Laski lasciò l'Inghilterra per insegnare scienze politiche alla *McGill University* di Montreal (1914–16). Due anni dopo ottenne una cattedra alla *Harvard University*, dove insegnò fino al 1920 e strinse amicizia con alcuni dei più celebri giuristi dell'epoca: i giudici della Corte Suprema Oliver Wendell Holmes e Louis Brandeis, e un giovane Felix Frankfurter, che sarebbe anche esso divenuto un giudice della medesima Corte. Rientrò in Inghilterra nel 1920 e partecipò attivamente alla campagna elettorale laburista per le elezioni del 1923. Dal 1926 alla sua morte insegnò scienze politiche alla *London School of Economics and Political Science*. Per una biografia completa cfr. la relativa voce sul sito dell'Enciclopedia Britannica ([www.britannica.com](http://www.britannica.com)).

<sup>126</sup> Cfr. *Holmes-Laski Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski 1916-1935*, Mark DeWolfe Howe, *Harvard University Press*, Cambridge, 1953, 161 (July 7, 1918).

Insomma, tutto lascerebbe supporre che, ben lungi dall'affermare un principio innovativo, alludendo alla necessità di un *clear and present danger* il giudice ribadisse un principio consolidato.

Il che, però – è stato osservato – implica che le espressioni che incitano alla resistenza alla guerra fossero considerate, dal giudice Holmes, «allo stesso modo del fallito tentativo di avvelenare un parente, come nella sentenza *Kennedy*, o di dar fuoco ad un edificio, come in *Peaslee*<sup>127</sup>»; se ciò è vero, il fatto che le concrete questioni sottoposte a giudizio avessero ad oggetto una condotta di tipo comunicativo, una peculiare forma di azione, non fu in alcun modo tenuto in considerazione – almeno in queste prime pronunce – dalla Corte suprema<sup>128</sup>.

Insomma, la formula evocata da Holmes nella sentenza *Schenck* è, verosimilmente, niente più che una riaffermazione da parte del giudice stesso delle regole del *common law* in materia di delitto tentato; una semplice *evidentiary rule*<sup>129</sup>, che sottolinea ciò che va provato perché la condotta sia punibile a titolo di tentativo: che essa – lo ripetiamo – sia potenzialmente idonea ad offendere il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice e che essa presenti, sulla base di un'analisi da svolgersi caso per caso, il requisito del principio di esecuzione (costituisca, nel linguaggio della dottrina statunitense, un *overt act*).

Emblematico di questa lettura è poi, a ben vedere, l'esempio prescelto da Holmes: l'uomo che grida «al fuoco!» in un teatro affollato, pur sapendo che non vi è un incendio in corso. Tale esempio – talmente celebre negli Stati Uniti da essere definito la 'madre' di tutte le eccezioni alla protezione, generalmente molto ampia, fornita dal I Emendamento<sup>130</sup>, e magnificato da alcuni come «la più brillante e

---

<sup>127</sup> G.E. WHITE, *Justice Holmes and the Modernization*, cit., 415.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

<sup>129</sup> K.M. SULLIVAN-G. GUNTHER, *First Amendment Law*, cit., 16; F.R. STRONG, *Fifty Years of Clear and Present Danger: from Schenck to Brandenburg – and Beyond, 1969 Supreme Court Review* (1969), in D.E. LIVELY-D.E. ROBERTS-R.L. WEAVER, *First Amendment Anthology*, Anderson Publishing Co., 1994, 106.

<sup>130</sup> Utilizza tale espressione A. DERSHOWITZ, *Taking the Stand*, cit., 113. Cfr. anche K. Greenawalt, 'Clear and Present Danger' and Criminal Speech, in in BOLLINGER L.C.-STONE G.R. (a cura di), *Eternally Vigilant (Free Speech in the Modern Era)*, University of Chicago Press, 2002, 97 «If you ask an American when the government is allowed to step in and punish speech, he or she is likely to say 'you can't shout fire in a crowded theater'».

persuasiva espressione mai uscita dalla penna di Holmes<sup>131</sup>» – pare tuttavia mal attagliarsi alle circostanze del caso di specie.

Per quanto in entrambi i casi si tratti di condotte di tipo comunicativo – dell’efficacia causale, dunque, delle parole – i due tipi di affermazioni presi in considerazione sono infatti, all’evidenza, molto diversi: nella sentenza *Schenck* ad essere incriminata è l’espressione di opinioni (né vere né false) aventi, per di più, contenuto politico; l’esempio di Holmes si riferisce, invece, alla semplice affermazione di un fatto falso.

Inoltre, se il volantino stampato da Schenck costituisce l’espressione di una serie di idee ed argomenti, che ‘parlano’ alla mente e alla coscienza degli interlocutori al fine di stimolare una loro riflessione su un tema rilevante per la società nella quale vivono, lo stesso non può dirsi del grido «al fuoco!» in un ambiente affollato; esso – è stato notato<sup>132</sup> –, piuttosto che rivolgersi alla mente degli interlocutori, alla loro coscienza critica, si rivolge alla loro adrenalina e alle loro gambe, né più e né meno di quanto avverrebbe se – ad esempio – si attivasse l’allarme antincendio.

Si tratta, insomma, di uno stimolo a compiere un’azione immediata, più che uno stimolo alla riflessione o al dibattito, che potrebbe ottenersi, in modo pressoché identico, con l’ausilio di mezzi (come l’allarme) che nulla hanno a che vedere con la parola e che, con tutta probabilità, realizzano un effetto più sicuro e dirompente rispetto a quello, pur possibile, che consegue alla comunicazione di opinioni.

Per queste ragioni le voci più critiche nei confronti dell’esempio in questione – tuttora frequentemente utilizzato dagli avvocati, attraverso la tecnica del *distinguishing*, per giustificare la legittimità delle affermazioni dei loro assistiti al metro del I Emendamento – lo definiscono *tout court* come una forma di *intellectual cheating*<sup>133</sup>, di

---

<sup>131</sup> R. POLENBERG, *Fighting Faiths: the Abrams Case, the Supreme Court and Free Speech*, New York, Viking Press, 1987, 213.

<sup>132</sup> A. DERSHOWITZ, *Taking the Stand*, cit., 115

<sup>133</sup> *Ivi*, 116.

mistificazione intellettuale, scientemente messa in atto dalla Corte per consentire la condanna di quelli che venivano tuttora percepiti come pericolosi agitatori.

Senza la necessità di dubitare dell'onestà intellettuale di Holmes, ci pare tuttavia di poter affermare che il giudice, a questo stadio della sua riflessione, non coglie – o comunque, non fa mostra di cogliere – alcuna differenza fra l'espressione di opinioni e qualunque altro tipo di azione; né, di conseguenza, persegue l'obiettivo di fornire all'espressione un trattamento diversificato rispetto ad ogni altro atto (materiale) idoneo e diretto in modo non equivoco a cagionare un reato.

### 3.2. (*segue*) e sotto il profilo costituzionale

Se, dunque, dal punto di vista delle tecniche di incriminazione delle manifestazioni del pensiero nessuna rilevante novità è fornita dalle prime pronunce sul tema da parte della Corte Suprema, uno straordinario sviluppo va invece segnalato per quanto riguarda quei profili che abbiamo definito di natura costituzionale. Anche solo una prima lettura delle sentenze della *trilogy* dimostra, infatti, come il giudice Holmes non faccia più riferimento alla nozione di libertà di espressione mutuata dai Commentari di Blackstone, alla quale pure aveva fatto mostra di aderire in precedenza<sup>134</sup>: lo dimostra chiaramente il passo di *Schenck* nel quale egli – riferendosi alle affermazioni del ricorrente – sostiene che «un discorso di questo genere sarebbe protetto in molti tempi e luoghi...».

Per la prima volta nella storia costituzionale americana, allora, la nozione di libertà di espressione sembrerebbe riferirsi espressamente a qualcosa in più rispetto alla semplice assenza di *previous restraints* – di ostacoli, cioè, alla possibilità di esprimersi – e ricomprendere anche una, non meglio ancora identificata, protezione del discorso

---

<sup>134</sup> Fra le sentenze già esaminate si vedano, in particolar modo, *Patterson v. Colorado*, cit. e *Commonwealth v. Kennedy*, cit.

dall'incriminazione successiva: in altri termini, una qualche forma di 'immunità' dalla punizione conseguente all'aver già affermato qualcosa.

Si tratta di un 'cambio di passo' notevole, verosimilmente determinatosi nei mesi immediatamente precedenti alla pronuncia, da parte della Corte, della sentenza *Schenk*. Nella fase di discussione preventiva (*briefing*) dei casi, infatti, la questione dell'inaccettabilità di una visione così restrittiva della portata del I Emendamento era prepotentemente venuta alla ribalta, soprattutto in relazione al caso *Debs* – quello cui si dedicò, in assoluto, la maggiore attenzione<sup>135</sup>, probabilmente perché riguardante la più eminente delle personalità condannate ai sensi dell'*Espionage Act*.

Nei loro *briefs*, i sostenitori della posizione Debs affermarono come gli scritti di Blackstone riflettessero la concezione di libertà di espressione invalsa nella generazione di giuristi precedente a quella di coloro che scrissero il I Emendamento e sostennero con forza la posizione che i padri costituenti – diversamente dagli inglesi – avessero proprio con tale emendamento rigettato la possibilità, pacificamente ammessa dal *common law*, di criminalizzare atti di c.d. *sedition libel*, la propaganda sediziosa<sup>136</sup>.

A questo argomento storico, i sostenitori di Debs affiancarono considerazioni di tipo politico; venne sostenuto, ad esempio: che una nozione di I Emendamento comprendente la possibilità di analizzare accuratamente e criticare gli atti dei pubblici ufficiali avrebbe promosso l'esercizio di una cittadinanza responsabile, oltreché

---

<sup>135</sup> D.M. RABBAN, *The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*, *University of Chicago Law Review*, 50, 4, 2, 1983, 1247 «Probably because Eugene V. Debs, the Socialist Party's perennial candidate for president, was the most prominent defendant in an Espionage Act prosecution, his case was the most thoroughly briefed. Seymour Stedman, who defended many socialists in Espionage Act cases and who represented Sugarman and Debs, devoted his main effort to the Debs case, as did Alfred Bettman and John Lord O'Brian, who wrote the government's briefs in all four of the Espionage Act cases. And Gilbert Roe selected Debs as the Espionage Act case in which to file an amicus brief».

<sup>136</sup> Cfr. D.M. RABBAN, *Free Speech in Its Forgotten Years*, 274; sulla consolidata storia di criminalizzazione della propaganda sediziosa in Inghilterra vedi anche D.A. STRAUSS, *Freedom of Speech and the Common-Law Constitution*, in BOLLINGER L.C.-STONE G.R. (a cura di), *Eternally Vigilant (Free Speech in the Modern Era)*, University of Chicago Press, 2002, 43 «There was a robust tradition in England of punishing political dissent – 'seditious libel' as it was called. As Justice Holt explained in 1704: 'if people should not be called to account for possessing the people with an ill opinion of the government, no government can subsist. For it is very necessary for all governments that the people should have a good opinion of it'; CURTIS M.K., *Free Speech, "The People's Darling Privilege"* (*Struggles for Freedom of Expression in American History*), Duke University Press, 2000, 23 ss.; L.W.LEVY, *Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History*, 1960; Id, *Emergence of a Free Press*, 1985; W.T. MAYTON, *Seditious Libel and the Lost Guarantee of a Freedom of Expression*, 84 Colum. L. Rev. 91 (1984).

favorire la stabilità in una Repubblica; che è di fondamentale importanza incoraggiare la critica ‘onesta’ della minoranza rispetto all’operato della maggioranza e che comunque il grado di tolleranza nei confronti delle opinioni delle minoranze è, da sempre, uno dei test più importanti per la verifica dell’effettiva democraticità di una nazione; che spazzare via la doverosa protezione del discorso pubblico, come se si trattasse niente più che di un semplice intralcio alla prosecuzione del conflitto, avrebbe consentito al governo di sopprimere qualunque opinione dissenziente in spregio agli ideali di democrazia che avrebbero dovuto guidare la nazione<sup>137</sup>.

La sentenza *Masses* fu, da più parti, citata come prova della centralità dei temi affrontati nei giudizi ora sottoposti alla Corte Suprema e, soprattutto, della loro rilevanza costituzionale<sup>138</sup>.

Le argomentazioni sopra ricordate – come abbiamo anticipato – sono parzialmente rinvenibili, seppur dotate di minor enfasi, anche in taluni *briefs* ai casi *Schenk* e *Frohwerk*; esse sono, tuttavia, così veementi nelle opinioni relative al caso *Debs* che – in relazione proprio a quel caso – neppure i rappresentanti del governo negarono la rilevanza costituzionale, *sub specie* libertà di espressione, della questione; nei *reply briefs* relativi al caso *Debs*, infatti, perfino il governo si limitò a replicare nel merito all’argomento della violazione del I Emendamento da parte dell’*Espionage Act*, senza mettere in discussione l’effettiva rilevanza costituzionale della concreta vicenda sottoposta a giudizio<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> *Ivi*, 275; cfr. anche D.M. RABBAN, *The Emergence of Modern First Amendment*, cit., 1255: «[O’Brian and Bettman] characterized Stedman’s brief as advocating, contrary to history and precedent, a “field of immunity from Federal interference for all exercise of the vocal organs” and “all products of the printing press.” They agreed that the first amendment protects “legitimate political agitation” and “hostile criticism of the war,” but stressed that the speeches and articles for which the defendants in the Espionage Act cases were prosecuted and convicted went well beyond these bounds. Though they conceded, despite Holmes’s decision in *Patterson v. Attorney General*, that the first amendment might be broader than Blackstone’s rule against prior restraint and might restrict legislative power over speech to traditional common law crimes, they insisted, contrary to the conclusions of the legal and historical scholars cited in the defendants’ briefs, that seditious speech could be punished at common law»

<sup>138</sup> D.M. RABBAN, *Free Speech in Its Forgotten Years*, 272 s.

<sup>139</sup> D.M. RABBAN, *The Emergence of Modern First Amendment*, cit., 1253: «Stedman and Roe raised first amendment issues so explicitly, O’Brian and Bettman did not, as they had in the government’s other Espionage Act briefs, belittle the constitutional dimensions of the case. Although they suggested that no constitutional question was “necessarily involved in *Debs*, O’Brian and Bettman did respond to their adversaries’ first amendment claims. Even Stedman, they observed, accepted “intentional incitement to violations of law” as beyond the constitutional protection for free speech, and they insisted that

Quando la Corte Suprema si occupò di decidere *Debs*, quindi, tra accusa e difesa vi era accordo circa il fatto che il I Emendamento proteggesse i cittadini da qualcosa in più rispetto alla mera interferenza dello Stato con la loro possibilità di esprimersi: era pacifico, insomma, che esistessero discorsi che – dopo essere stati pronunciati – non potessero essere puniti perché protetti dal I Emendamento; l'unica questione aperta era, in definitiva, se in tale novero rientrasse il discorso pronunciato da *Debs*<sup>140</sup>.

Riconosciuta questa possibilità nel caso *Debs* la Corte Suprema ritenne, a questo punto, che anche i casi *Schenck* e *Frohwerk* presentassero il medesimo problema di natura costituzionale.

Da un lato, si trattò di una conseguenza obbligata, vista l'apertura ad una nuova nozione di libertà di espressione; e non è un caso che essa si realizzò in relazione alla questione che più prepotentemente presentava il problema della tolleranza del discorso politico e della sua centralità, inserendosi dunque nel solco già tracciato dalla riflessione di Learned Hand.

Dall'altro, fu evidentemente anche una scelta di opportunità: proprio il caso *Debs*, infatti, costituiva per le ragioni appena esposte un *hard case* in materia e, dunque, si prestava meno degli altri all'enunciazione del principio di diritto che la Corte avrebbe, per mano del giudice Holmes, affermato.

Molto più congeniale all'affermazione del *clear and present danger* test si presentava, senza dubbio, il caso *Schenck*, per una serie di circostanze fattuali favorevoli: si trattava dell'unico caso fra quelli pervenuti alla Corte suprema nel quale si erano stampati volantini in una quantità notevole; vi era un progetto di distribuzione su vasta scala; i volantini erano effettivamente indirizzati a soggetti in età di leva, le personalità

---

*this was just the standard under which Debs had been charged and convicted. [...] O'Brian and Bettman responded to most of the defendants' additional first amendment arguments, especially in their main brief in Debs».*

<sup>140</sup> D.M. RABBAN, *Free Speech in Its Forgotten Years*, 276.

politiche coinvolte non erano esponenti di primo piano, conosciuti e rispettati come Debs<sup>141</sup>.

Verosimilmente, dunque, non fu un caso che la Corte decise di trattare proprio questo caso per primo, destinandolo a diventare il *leading case* in materia. Questo perché proprio la *regula iuris* che la Corte intendeva affermare avrebbe reso l'innovativo principio per cui il I Emendamento può applicarsi anche in un momento successivo rispetto all'espressione di un determinato fatto o opinione, nulla più che un'affermazione teorica<sup>142</sup>. Infatti – per quanto il giudice Holmes sostenga che il discorso di *Schenck* «sarebbe protetto in molti luoghi e tempi» e sottolinei nella sentenza *Frohwerk* «che non solo perché la nazione è in guerra perdiamo il diritto di esprimere le nostre opinioni» – lo stato di guerra, e le correlative esigenze di sicurezza nazionale e ordine pubblico, sono sempre ritenute, dalla Corte, prevalenti rispetto alla possibilità del cittadino di esprimere il proprio dissenso.

L'unica verifica svolta dalla Corte, con le modalità che abbiamo già esaminato, è relativa ai requisiti necessari per l'incriminazione a titolo di tentativo: che le espressioni adoperate – sulla base di un'analisi fondata anche (esclusivamente, forse, in *Frohwerk*) su elementi di contesto – siano cioè idonee e dirette in modo non equivoco verso il fine dell'opposizione alla leva militare obbligatoria, al boicottaggio del conflitto o, comunque, alla resistenza nei confronti della guerra. Una volta ritenuti sussistenti i requisiti necessari per punire qualunque atto idoneo esecutivo, dunque, nessuna autonoma rilevanza veniva conferita alle peculiarità dell'espressione.

Per quanto sia, insomma, evidente che il grido «al fuoco!» in un teatro sia un esempio totalmente fuorviante per descrivere la condotta di tutti gli imputati dalla *trilogy* – e, in particolar modo, di Eugene Debs, che addirittura esprimeva la propria visione politica nella veste di candidato alle elezioni presidenziali, in un contesto nel

---

<sup>141</sup> Ivi, 280 «*Although Debs was the most thoroughly briefed of the three cases, Holmes chose Schenck as the vehicle for discussing first amendment issues, perhaps because the defendants in Schenck, unlike those in Frohwerk or Debs, had sent antiwar circulars to men accepted for military service, a somewhat more sympathetic factual context for affirmance*».

<sup>142</sup> Cfr. R. COVER, *The Left, the Right and the First Amendment: 1918-1928*, 40 Md. L. Rev. 349 (1981), 372, il quale afferma emblematicamente che il *clear and present danger test* «*was born, thus, as an apology for repression*».

quale egli chiaramente faceva l'apologia di una determinata ideologia politica – Holmes liquida bruscamente i profili costituzionali della condotta, con poca o nessuna attenzione a temi che pure erano già a pieno titolo entrati a far parte del 'discorso giuridico' sulla libertà di espressione e che erano, peraltro, certamente stati portati all'attenzione della Corte. Ci riferiamo, in primo luogo e maggiormente, alla sentenza *Masses*: le posizioni difese da Learned Hand, la straordinaria eloquenza della sua motivazione, le sue intuizioni sui rischi della censura delle opinioni delle minoranze e sul fondamentale rapporto esistente fra libertà di espressione e democrazia fanno impallidire la sensibilità mostrata da Holmes nella trattazione dei casi della *clear and present danger trilogy*<sup>143</sup>.

Un passo avanti – e non di poco momento – era dunque stato fatto, ma altre questioni andavano affrontate, sebbene il mutamento del modo di pensare di una intera generazione di giuristi cominciasse a intravedersi all'orizzonte.

#### **4. Dall'estate del 1918 all'autunno del 1919: la libertà di espressione al centro del dibattito**

Abbiamo osservato come i primi casi approdati alla Corte Suprema in materia di istigazione e protezione della libertà di espressione avallarono – nella sostanza – l'approccio seguito dalle corti inferiori per tutta la durata della prima guerra mondiale; un approccio – lo ricordiamo – estremamente deferente nei confronti della potestà statale, tendente a reprimere aspramente le manifestazioni di dissenso nei confronti delle politiche del governo, soprattutto in tempo di guerra. L'unico rilevante passo avanti si registrò con l'affermazione – rimasta tuttavia una mera possibilità teorica –

---

<sup>143</sup> Cfr. G. GUNTHER, *Learned Hand: the Man and the Judge*, cit., 151 ss. e 168 s.; cfr. anche T. EMERSON, *The system of Freedom of Expression*, New York: Random House, 1970, 64, che definisce il trattamento riservato da Holmes ai casi della *trilogy* come «*abrupt and begrudging*»; F.M. LAWRENCE, *Violence-Conducive Speech: Punishable or Protected*, in D. KRETZMER-F. KERSCHMAN HAZAN-F.E. STIFLUNG (a cura di), *Freedom of Speech and Incitement against Democracy*, Martinus Nijhoff Publishers, 14.

che il I Emendamento potesse effettivamente fornire copertura costituzionale a (in)determinate manifestazioni del pensiero.

L'ondata di condanne precedenti la guerra, sommate all'approccio tenuto dalla Corte suprema nella *trilogy* (e soprattutto in relazione al caso *Debs*), avevano tuttavia preparato la strada a un radicale mutamento di percezione della società tutta in relazione alla possibilità delle autorità statali di reprimere – e reprimere ricorrendo allo strumento penale – le manifestazioni del pensiero dei cittadini, soprattutto su temi politici.

In particolar modo, nei mesi immediatamente successivi alla sentenza *Debs* maturarono una serie di circostanze che avrebbero condotto, nell'autunno del 1919, ad un radicale mutamento delle posizioni del giudice Holmes, nella celebre *dissenting opinion* da lui firmata (e cui aderì anche il giudice Brandeis) nella sentenza *Abrams*<sup>144</sup>.

Il mutamento di prospettiva fu fortemente influenzato da una serie di fattori, che converrà qui prendere brevemente in considerazione.

Bisogna tener conto, innanzi tutto, del fatto che prima della *trilogy* la Corte suprema si fosse solo in pochi casi occupata di questioni relative al I Emendamento, in vicende che, comparate rispetto a quelle che ebbe poi a decidere alla fine della guerra, possono considerarsi di rilevanza del tutto marginale, tanto sul piano dei principi di diritto affermati, quanto su quello della rilevanza mediatica delle decisioni. *Schenck*, *Frohwerk* e, soprattutto, *Debs*, furono invece casi seguiti e commentati dalla stampa e capaci di concentrare l'attenzione della politica sul 'nuovo' tema della libertà di pensiero; anche i giuristi furono di conseguenza attratti da una tematica prima poco frequentata, se non negletta, e ben presto i commenti specialistici sulla materia iniziarono a fiorire<sup>145</sup>. In secondo luogo, un ruolo fondamentale, almeno nell'influenzare l'opinione del giudice Holmes, ebbero uno sparuto numero di suoi corrispondenti (abituali e non), di vedute liberali, che esercitarono una sorta di

---

<sup>144</sup> *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

<sup>145</sup> Il principale autore che si occuperà della materia, come vedremo tra breve (cfr. *infra* § 4.2.) sarà il già citato Zechariah Chafee; analizzeremo anche il contributo di Ernst Freund sul tema (cfr. *infra* § 4.1.).

‘pressione’ su di lui, tesa a fargli riconsiderare la posizione – ortodossa, ma, in tesi, superata – da lui sostenuta nella sentenza *Schenck*.

#### 4.1. La ‘paura dei rossi’, Ernst Freund e *The New Republic*

Nella primavera del 1919, dopo che la Corte suprema ebbe deciso i casi della *trilogy*, un coro di critiche si levò da parte degli intellettuali ‘progressisti’ dell’epoca; le ragioni di questa presa di coscienza in senso critico furono, probabilmente, molteplici.

In primo luogo, ovviamente, la fine della guerra, e la conseguente fine di una certa retorica del sacrificio per la patria che certamente contribuì ad una visione più distaccata di tutte le tematiche collegate al conflitto<sup>146</sup>.

In secondo luogo, verosimilmente, la straordinaria esposizione mediatica che in quegli anni conobbero le ideologie collettiviste di matrice europea, fra tutte il comunismo, il socialismo e il sindacalismo militante<sup>147</sup>; la nascita della terza internazionale comunista nel marzo del 1919, gli attacchi dinamitardi registrati durante il mese di maggio e attribuiti a sospetti di radicalismo politico, gli scioperi generali dei lavoratori dell’acciaio e del carbone nell’autunno dello stesso anno<sup>148</sup>, sono

---

<sup>146</sup> Cfr. G.E. WHITE, *Justice Holmes and the Modernization*, cit. 419 ss.; cfr. anche D.M. RABBAN, *The Emergence of Modern First Amendment*, cit., 1313 «The national debate over the Versailles Peace Treaty, which reached its peak in the summer and early fall of 1919, convinced many, perhaps including Holmes, that their enthusiasm for the war had been misplaced. Retrospective doubts about the wisdom of the war might have made the opposition voiced earlier by defendants in Espionage Act cases seem less threatening to the national interest».

<sup>147</sup> G.E. WHITE, *Justice Holmes and the Modernization*, cit. 419 ss.

<sup>148</sup> D.M. RABBAN, *The Emergence of Modern First Amendment*, cit., 1313 s. «the popular mood of repression that contributed to the convictions of the Espionage Act defendants had culminated in the hysteria of the "Red Scare" in the months between Schenck and Abrams. The creation of the Communist Third International in March 1919, designed to encourage worldwide proletarian revolutions, intensified the preexisting domestic fear of radicals and greatly assisted the efforts of American business interests and patriotic societies to identify postwar labor conflicts with communist activity. Widespread industrial unrest, which began in January 1919 with a general strike in Seattle, culminated in the Boston Police Strike in September, the nationwide steel strike, also in September, and the nationwide coal strike in November. The violence that accompanied these strikes was exaggerated and sensationally reported by the national news media. The strikes and the publicity they generated further identified labor with radicalism. A series of unsuccessful attempted bombings around May Day, 1919, an apparently coordinated effort directed at a variety of prominent Americans, including Justice Holmes, and explosions within an hour of each other in eight different cities about a month later, also encouraged popular alarm

solo alcuni fra gli avvenimenti che minacciarono di precipitare la nazione in un nuovo periodo di isteria: si tratta delle fasi iniziali della cd. ‘prima *Red Scare*’<sup>149</sup>, in cui le autorità statali e federali, per limitare l’influenza delle ideologie ‘rosse’, cominciarono a imporre nuove restrizioni alla libertà di parola di quelli che, ancora una volta, venivano percepiti come radicali ed estremisti<sup>150</sup>. Un periodo buio della storia americana – caratterizzato da vere e proprie persecuzioni politiche e indelebilmente legato, nella memoria collettiva non sono degli italiani<sup>151</sup>, alla triste vicenda dell’esecuzione di Nicola Sacco e Bartolomeo Vanzetti – era alle porte<sup>152</sup>.

Di fronte ai germi di questa nuova aggressione alla libertà di pensiero del popolo americano, allora, un gran numero di intellettuali – memori delle conseguenze che una simile politica legislativa aveva comportato appena pochi anni prima – cominciarono a far sentire la loro voce.

Il mezzo prescelto fu un giornale, *The New Republic*, i cui articoli denunciarono il clima di intolleranza che stava nuovamente diffondendosi<sup>153</sup> e chiesero a gran voce che si riaffermasse quella protezione della libertà di espressione che è connaturata ad

---

*about radicals. By the fall of 1919, virtually anyone who did not succumb to the prevailing hysteria ran the risk of being labeled a radical».*

<sup>149</sup> In particolare sul fenomeno della ‘paura dei rossi’ si veda K. MURRAY, *Red Scare: A Study in National Hysteria, 1919-1920*, University of Minnesota Press, 1955, 92 ss., 121 s. e passim.

<sup>150</sup> Cfr. ancora G.E. WHITE, *Justice Holmes and the Modernization*, cit. 419 «*The apparent emergence of this radical ideology as a moving force in American industrial life precipitated a "Red Scare," in which federal and state law enforcement authorities sought to expose the activities of radicals and to curb their influence by restricting their opportunities to speak. Those reacting to the Red Scare saw the suppression of radical doctrines allegedly designed to foster industrial unrest as comparable to the suppression of "enemy" actions in wartime*» D.A. FARBER, *The First Amendment*, II ed., Foundation Press, 2003, 63.

<sup>151</sup> La vicenda di Sacco e Vanzetti è, anche negli Stati Uniti, una delle più gravi del periodo. Si veda, per tutti, di recente, M. TEMKIN, *The Sacco-Vanzetti Affair: America on Trial*, Yale University Press, 2009.

<sup>152</sup> G. STONE, *Perilous Time*, cit., 240 ss., per un’attenta disamina dei principali eventi del periodo in questione.

<sup>153</sup> D.M. RABBAN, *The Emergence of Modern First Amendment*, cit., 1314 «*The excesses of the postwar hysteria produced a libertarian counterreaction. Many who had been unconcerned with civil liberties now recognized their importance. For example, as the "Red Scare" grew in 1919, The New Republic increasingly emphasized the value of free speech. By the end of the year, Roger Baldwin, after more than two years of failure, finally was able to convince significant numbers of nonpacifist liberals to join the civil liberties movement and form the ACLU. Even Alfred Bettman, while he defended his briefs for the government in Schenck and Debs, concluded his letter to Chafee in September 1919 by complimenting him on his defense of free speech during the postwar repression*».

una società democratica<sup>154</sup>. Il giornale ebbe un buon successo, ed è certo che il giudice Holmes lo leggesse e ne commentasse regolarmente gli editoriali con alcuni dei suoi corrispondenti abituali, Harold J. Laski e Felix Frankfurter<sup>155</sup>.

Nel maggio del 1919, *The New Republic* pubblicò un articolo dal titolo ‘*The Debs Case and Freedom of Speech*’, a firma di Ernst Freund, professore della Chicago University<sup>156</sup>. Tale articolo era, prevedibilmente, estremamente critico rispetto alle posizioni assunte dalla Corte suprema in materia di libertà di espressione; Freund affermava, in particolar modo, che, nella sentenza *Debs*, il giudice Holmes avesse «dato per scontato il punto essenziale dell’intera faccenda<sup>157</sup>», consentendo alle giurie di inferire il dolo e la tendenza del discorso al boicottaggio della leva militare obbligatoria in circostanze in cui non vi erano elementi che potessero indicare l’effettivo boicottaggio o, comunque, un tentativo di interferire con le procedure di arruolamento. «Concedere a qualcuno la possibilità di esprimere le proprie idee a proprio rischio e pericolo», affermava icasticamente Freund, «lasciando l’agente alla mercé di una giuria che individua le ragioni alla base del discorso, il fine verso cui le espressioni tendono e i possibili effetti della condotta, rende la possibilità di esprimersi liberamente un dono estremamente precario»<sup>158</sup>.

Anche l’incapacità di descrivere correttamente gli interessi in gioco, denunciata dell’esempio evocato da Holmes in *Schenck*, venne da Freund rilevata e stigmatizzata: l’analogia fra l’uomo che grida al fuoco in un teatro affollato e i reati ‘politici’ è – osservò l’autore – palesemente inadeguata: solo una tesi poco felice può fondare la

---

<sup>154</sup> G.E. WHITE, *Justice Holmes and the Modernization*, cit., 419 ss.

<sup>155</sup> Felix Frankfurter, (15 novembre 1882, Vienna —22 febbraio,1965, Washington D.C.) fu un giudice della Corte suprema americana. Giurista estremamente dotato, prima di essere nominato dal presidente Roosevelt nel 1939, contribuì alla fondazione dell’ACLU (*American Civil Liberties Union*). Per una biografia completa cfr. la relativa voce sul sito dell’Enciclopedia Britannica ([www.britannica.com](http://www.britannica.com)).

<sup>156</sup> E. FREUND, *The Debs Case and Freedom of Speech*, *The New Republic*, May 3 1919, 13 s., ristampato in 40 *University of Chicago Law Review* 239, 1973.

<sup>157</sup> *Ivi*, 13.

<sup>158</sup> *Ivi*, 14.

propria plausibilità su un esempio così manifestamente inappropriato rispetto alla categoria di condotte che intende descrivere<sup>159</sup>.

Holmes lesse l'articolo e scrisse una lettera di risposta indirizzata a Herbert Croly, editore del giornale, lettera che decise poi di non spedire per ragioni di opportunità ma di allegare ad una missiva indirizzata all'amico Harold Laski<sup>160</sup>; si tratta di una lettura particolarmente interessante, perché in essa Holmes esprime molto chiaramente il suo punto di vista sulla questione.

Nessun dubbio ragionevole – scrive il giudice – può sorgere in relazione alla correttezza della condanna inflitta nel caso *Debs*: il problema concernente la costituzionalità dell'*Espionage Act* era, infatti, già stato affrontato e risolto (negativamente) in *Schenck* e il verdetto della giuria sulle questioni di fatto relative alla condotta concretamente posta in essere da Debs non lascia spazio, a giudizio di Holmes, per considerazioni diverse rispetto a quelle cui la Corte suprema è effettivamente pervenuta. «Ho detestato il fatto di dover motivare il caso Debs e, ancor più, quelli dei poveri diavoli che abbiamo giudicato nello stesso giorno e nella settimana precedente», confessa ancora Holmes: «non capisco l'utilità di richiedere l'intervento della Corte suprema, soprattutto a guerra finita, e credo che, se mi fossi trovato tra i giurati, avrei votato per un'assoluzione, ma non posso dubitare del fatto che ci fossero le prove necessarie per sostenere una condanna»<sup>161</sup>.

Il giudice fa poi espresso riferimento all'articolo di Freund, liquidandone la principale obiezione con l'affermazione che «essere in disaccordo rispetto al potere della giuria di 'stabilire il movente, la tendenza ed i possibili effetti' vuol dire essere in disaccordo con la maggior parte delle regole del sistema giuridico»<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> *Ibidem*.

<sup>160</sup> Cfr. *Holmes-Laski Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski 1916-1935*, Mark DeWolfe Howe, *Harvard University Press*, Cambridge, 1953, 202 (May 13, 1919), in cui Holmes afferma di avere deciso di non spedire la lettera «perché alcuni temi possono diventare scottanti».

<sup>161</sup> *Holmes-Laski Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes*, cit., 203 s. (May 12, 1919); il testo completo della lettera è inoltre riportato da G.E. WHITE, *Justice Holmes and the Modernization*, cit., 422.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

Sebbene nella lettera emerga il disagio di Holmes rispetto alle condanne inflitte, sulle base dell'*Espionage Act*, a quelli che non esita a definire come 'poveri diavoli', il giudice pare fermo nelle sue considerazioni circa la correttezza dell'interpretazione da lui fornita delle norme in questione, come anche della conformità a Costituzione dei risultati cui la Corte suprema era pervenuta. In un'altra missiva a Laski dello stesso periodo<sup>163</sup> – sempre riferendosi alla pesante condanna inflitta a Debs – Holmes confesserà di avere sperato che a tutti i condannati venisse accordata la grazia presidenziale, ma nuovamente ribadirà che la Corte non avrebbe potuto decidere diversamente, per quanto «gli asini e i furfanti ci dipingano come complici nella condanna di Debs<sup>164</sup>».

Per quanto concerne, poi, la specifica critica rivoltagli da Freund, il giudice Holmes pare non cogliere perfettamente il punto della questione: l'obiezione di Freund è infatti, chiaramente, non una professione di scetticismo rispetto all'astratta possibilità per le giurie di pronunciarsi circa movente, tendenza e possibili effetti di ogni genere di atto – o forse, meglio, di ogni genere di atto costituente un tentativo: del veleno versato nel bicchiere, ad esempio, o delle fascine ammassate alla base di una costruzione di legno – ma, specificamente, dell'applicazione di tale genere di test a un novero di condotte umane peculiari: quelle caratterizzate dall'uso della parola. Il fatto che il giudice Holmes ritenga il ragionamento di Freund privo di pregio, perché astrattamente estendibile a quasi tutte le fattispecie dell'ordinamento giuridico, denuncia – a ben vedere – l'errore di prospettiva del giudice, non del suo critico: è Holmes, infatti, ancora una volta, a non cogliere alcuna differenza fra la parola e ogni altro genere di azione, fra condotte di tipo comunicativo e atti materiali.

---

<sup>163</sup> *Holmes-Laski Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes*, cit., 190 (Mar. 16, 1919).

<sup>164</sup> *Ibidem*.

## 4.2. Il ruolo di Learned Hand e Zechariah Chafee

Nello stesso periodo in cui si svolgeva lo scambio di lettere di cui abbiamo dato conto fra Holmes e Laski, il giudice era in contatto con un altro personaggio che abbiamo già imparato a conoscere: il giudice distrettuale Learned Hand<sup>165</sup>.

In quella che è stata definita come una delle coincidenze più memorabili del diritto costituzionale americano<sup>166</sup>, Hand and Holmes si incontrarono casualmente su un treno, nel giugno del 1918; proprio in quell'occasione i due cominciarono a scambiarsi alcune opinioni su quello che era destinato a diventare il tema del momento: la libertà di espressione.

È evidente – mettendo a confronto la sentenza *Schenck* con il caso *Masses* – come i due giudici avessero, sul punto, un approccio totalmente diverso. Ancor più ed ancor meglio che nelle sentenze citate, tuttavia, una tale differenza di approccio è

---

<sup>165</sup> Pur essendo considerato dai posteri uno dei giudici più abili della sua generazione, Learned Hand terminerà la sua carriera come giudice delle corti inferiori: l'ostracismo dei colleghi dopo la sentenza *Masses*, infatti, non lo abbandonerà mai. Si veda, sul punto, J. WEINSTEIN, *The story of Masses Publishing Co. v. Patten*, cit., 77: «*Though the immediate impact of Hand's Masses opinion on the law was insignificant, the same cannot be said for its short-term impact on Hand's career. The ruling scuttled his chances for promotion to the Court of Appeals for the Second Circuit, for which Hand was being considered at the time of the case, a position which he very much desired. Hand was aware that vindicating the free speech rights of a radical, antiwar magazine might well have negative repercussions for him. Shortly after being assigned the case, Hand wrote to his wife that if the case were not quickly settled, he would have to decide against the government and "then whoop-la your little man is in the mud." He added, however, that "[t]here are times when the old bunk about an independent judiciary means a great deal." A few months after the decision, Hand wrote to a friend that "I am getting convinced that that I must be out of [the running for the Second Circuit vacancy]; perhaps The Masses was enough." Three years later he wrote that "[t]he case cost me something, at least at the time." But Hand was apparently quite willing to bear this cost. Shortly after issuing his opinion, Hand told a prominent New York attorney who was sponsoring him for the promotion that "I never was better satisfied with any piece of work I did in my life I have been very happy to do what I believe was some service to temperateness and sanity"». Come Hand, anche altri giudici 'virtuosi' come Bourquin e Amidon subirono pesanti conseguenze per le sentenze da loro pronunciate, anche a guerra finita, *Ibidem*, nota 78: «*Reacting to Judge Bourquin's acquittal of the defendant in the Hall case, the editor of the Helena Independent wrote an open letter to United States Senator Henry L. Myers asking him to look into having Bourquin removed from Montana during the duration of the war, declaring that Montanans want to rid the state of "Wobblies, slackers, disloyalists and traitors". Similarly, Judge Amidon paid a price for dismissing the prosecution in the Shutte case (and for instructing a jury in another case about the legitimacy of socialist critique). In addition to receiving threatening letters and phone calls, Amidon was ostracized by former friends and associates who "crossed the street in order to avoid speaking to him"».**

<sup>166</sup> Così G. STONE, *Perilous Times*, cit., 108.

chiaramente percepibile scorrendo il testo delle lettere, in tema libertà di espressione, che essi si scambiarono dopo quel famoso incontro in treno<sup>167</sup>.

Nell'estate del 1918, ad esempio, Hand scrisse ad Holmes<sup>168</sup> – facendo riferimento ad una loro precedente conversazione (verosimilmente quella che si svolse sul treno) relativa al ruolo che la tolleranza delle opinioni altrui riveste nella dottrina del I Emendamento – come quello che Holmes aveva definito come il ‘diritto naturale’ di censurare i dissidenti, dovesse, a suo giudizio, essere tenuto a freno dalla legge nell’interesse della democrazia. Le opinioni, afferma Hand, non sono altro che le migliori ipotesi che ciascuno è in grado di formulare rispetto ad un determinato tema; esse sono pertanto sempre provvisorie perché mai completamente verificate: «dobbiamo essere tolleranti rispetto alle opinioni altrui, proprio in virtù del fatto che non siamo sicuri della bontà delle nostre». Holmes replicò<sup>169</sup> a questa affermazione

---

<sup>167</sup> Pur non potendo commentarle tutte diffusamente, cercheremo il più possibile di riportarne il testo nelle note a seguire e di valorizzarne i passaggi più significativi.

<sup>168</sup> Il testo completo della lettera – che può leggersi, assieme all’intera corrispondenza del giudice Hand in quel periodo, in C. JORDAN, *Reason and Imagination: The Selected Correspondence of Learned Hand*, 68 s. – recita: «[9 gennaio 1918] *Dear Mr. Justice: I gave up rather more easily than I now feel disposed about Tolerance on Wednesday. Here I take my stand. Opinions are at best provisional hypothesis, incompletely tested. The more they are tested, after the tests are well scrutinized, the more assurance we may assume, but they are never absolutes. So we must be tolerant of opposite opinions or varying opinions by the very fact of our incredulity of our own. [...] You say that I strike at the sacred right to kill the other fellow when he disagrees. The horrible possibility silenced me when you said it. Now I say, “Not at all, kill him for the love of Christ and in the name of Good, but always realize that he may be the saint and you the devil. Go your way with a strong right arm and a swift shining sword, in full consciousness that what you kill for, and what you may die for, some smart chap like [Harold] Laski may write a book, and prove is all nonsense”. I agree that in practical application there may arise some difficulty, but I am a philosopher, and if man is so poor a creature as not to endure the truth, it is no concern of mine. I didn’t ask him: let the Galled Jade wince, speaking reverently of course. I sat under the Bo Tree, and these truths were revealed unto me. Tolerance is the twin of incredulity, but there is no inconsistency in cutting of the heads of as many as you please; that is a natural right. Only, and here we may differ, I do say that you may not cuff heads (except for limited periods and then only when you want to very much indeed), because the victims insist upon saying things which look against Provisional Hypothesis Number Twenty-Six, the verification of which to date may be found in its proper place in the card catalogue. Generally, I insist, you must allow the possibility that if the heads are spared, others cards may be added under that sub-title which will have, perhaps, an important modification. All this seems to me so perfectly self-evident, self-explanatory, and rigidly applicable to the most complicated situation that I hesitate to linger upon it, lest I should seem tolerant of any difference of opinion concerning it. I greatly enjoyed my good fortune in meeting you on the train. Faithfully yours, Learned Hand.*

<sup>169</sup> C. JORDAN, *Reason and Imagination*, cit., 69 s. «[24 giugno 1918] *Dear Hand: Rarely does a letter hit me so exactly where I live as yours, and unless you are spoiling for a fight I agree with it throughout. My only qualification, if any, would be that free speech stands no differently than freedom from vaccination. The occasions would be rare when you care enough to stop it, but if for any reason you did care enough, you wouldn’t care a damn for the suggestion that you were acting on a provisional hypothesis, and might be wrong. This is the condition of every act. You tempt me to repeat an apologue that I got off to my wife in front of the statue of Garrison on Commonwealth Avenue, Boston, many years ago. I said – If I were an official person I should say nothing shall induce me to do honor to a man who broke the fundamental condition of social life by bidding the very structure of society perish rather than he not have his way – Expressed in terms*

difendendo una posizione assai meno tollerante: la libertà di espressione è sì un diritto della minoranza, ma uno di quei diritti che la maggioranza può legittimamente limitare; la libertà di manifestazione del pensiero – sostiene emblematicamente Holmes – non differisce, ad esempio, dal diritto a non subire una vaccinazione obbligatoria: si tratta in entrambi i casi di situazioni nelle quali il diritto del singolo è recessivo rispetto all'interesse della maggioranza dei consociati<sup>170</sup>.

In una successiva lettera del febbraio del 1919, Holmes scrisse al suo giovane collega di essere finalmente riuscito a leggere la sentenza *Masses* (verosimilmente nell'ambito dello studio dei casi della *trilogy*, che avrebbe deciso pochi mesi dopo): nella lettera egli si complimenta per la straordinaria eloquenza della motivazione, affermando che pochi giudici sarebbero riusciti a esprimere le loro idee in modo tanto ammirevole, e tuttavia lascia intendere che egli sarebbe giunto a una diversa conclusione<sup>171</sup>.

Così fa, in effetti, nelle sentenze che abbiamo appena esaminato, ricevendo un'ulteriore lettera dal giovane Hand, fermo nel sostenere la sua idea iniziale: che la responsabilità penale per le affermazioni non debba dipendere da supposizioni

---

*of morals, to be sure, but still, his way. If I were a son of Garrison I should reply – Fool, not to see that every great reform has seemed to threaten the structure of society, – but that society has not perished, because man is a social animal, and with every turn falls into a new pattern like the Kaleidoscope. If I were a philosopher I should say – Fools both, not to see that you are the two blades (conservative and radical) of the shears that cut out the future. But if I were the ironical man in the back of the philosopher's head I should conclude – Greatest fool of all, Thou – not to see that man's destiny is to fight. Therefore take thy place on the one side or the other, if with the added grace of knowing that the Enemy is as good a man as thou, so much the better, but kill him if thou canst. All of which seems in accord with you. If I may repeat another chestnut of ancient date and printed in later years – When I say a thing is true I mean that I can't help believing it – and nothing more. But as I observe that the Cosmos is not always limited by my Cant Helps I don't bother about absolute truth or even inquire whether there is such that the Cosmos is not always limited by my Cant Helps, I don't bother about absolute truths or even inquire whether there is such a thing, but define the Truth as the system of my limitations. I may add that as other men are subject to a certain number, not all, of my Cant Helps, intercourse is possible. When I was young I used to define the truth as the majority vote of that nation that can lick all others. So we may define the present war as an inquiry concerning truth. Of course you won't suspect me of thinking with levity on that subject because of my levitical speech. I enjoyed our meeting as much as you possibly could have and should have tried to prolong it to Boston but that I feared my wife would worry. Sincerely Yours, O.W. Holmes».*

<sup>170</sup> L'esempio è tratto da Holmes da un caso che la Corte Suprema aveva deciso alcuni anni prima, *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905).

<sup>171</sup> C. JORDAN, *Reason and Imagination*, cit., 72 «Dear Judge Hand: Instead of the letter I intended to write to you some new work makes it necessary that I should confine myself to a word. I read your *Masses* decision. I haven't the details in my mind and will assume for the present purposes that I should come to a different result, but I did want to tell you after reading it that I thought that few judges indeed could have put their view with such force or in such admirable form. Sincerely yours, O. W. Holmes» [25 febbraio 1919].

sull’impatto futuro di queste ultime (tema, invece, centrale nell’impostazione di Holmes); Hand motiva così la sua convinzione:

April 1, 1919

Dear Mr. Justice:

I have read *Debs v. U.S.* and the other case (i.e. *Frohwerk v. U.S.*) and this is positively my last appearance in the role of liberator. [...]

The thing against which the statute aims is positive impediments to raising an army. Speech may create such by its influence on others’ conduct. In nature the causal sequence is perfect, but responsibility doesn’t go *pari passu*. I do not understand that the rule of responsibility for speech has ever been that the result is known as likely to follow. It is not – I agree it might have been – a question of responsibility dependent upon reasonable forecast, with an excuse when the words had another possible effect. The responsibility only began when the words were directly an incitement. If I am wrong about that, it is a mere matter of history. I confess I have no present access to the history. Assuming that I am not wrong, then it was a question of intending the responsibility, and that was fairly a matter of better and worse.

All I say is that since the cases actually occur when men are excited, and since juries are especially clannish groups – are they *societates perfectae*? – it is very questionable whether the test of motive is not a dangerous test. Juries wont much regard the difference between the probable result of the words and the purposes of the utterer. In any case, unless one is rather not in conformity, it will serve to intimidate – throw a scare into – many a man who might moderate the storms of popular feeling. I know it did in 1918. The rule coupled with [Albert S.] Burleson<sup>172</sup>’s legal irresponsibility certainly terrorized some of the press whose voices were much needed.

---

<sup>172</sup> Albert S. Bourleson, politico conservatore americano, aveva ricoperto, per tutti gli anni della guerra il ruolo di *Postmaster General*, facendo largo uso della *nonmailability provision* (cfr. *supra* I § 2).

There, that is all! Absolutely and irrevocably all *in saecula saeculorum!* I bid a long farewell to my little toy ship which set out quite bravely in the shortest voyage ever made [...] <sup>173</sup>.

La lettera – l’ultima, assicura Hand, che lo vedrà nel ruolo del patrono della libertà di espressione – è un compendio, oltre che delle ragioni che fin da subito spinsero Hand a dare dell’*Espionage Act* l’interpretazione che abbiamo già esaminato <sup>174</sup>, delle perplessità cui l’applicazione del *bad tendency test* nel corso della guerra aveva dato luogo.

Per quanto nessuno dubiti che l’espressione di opinioni o fatti possa influenzare la condotta degli ascoltatori del messaggio comunicativo – sostiene Hand – causalità in senso naturalistico e responsabilità penale costituiscono due piani diversi; la responsabilità penale per le affermazioni, afferma il giudice – dichiarandosi ancora una volta favorevole ad un test fondato sul significato letterale delle affermazioni del soggetto agente: «la responsabilità penale inizia solo con la diretta istigazione» –, non può e non deve dipendere dalla probabilità che determinate affermazioni producano un determinato risultato: non deve, insomma, essere fondata su ‘ragionevoli previsioni’.

Ciò perché, in pratica, tali previsioni non sono mai ragionevoli. Su di esse influiscono, inevitabilmente, due fattori: il fatto che la repressione della libertà di manifestazione del pensiero sia caratteristica di periodi storici contrassegnati da una certa ‘isteria’ di massa nei confronti di gruppi di persone o ideologie particolari; e la circostanza che le valutazioni sulle conseguenze del linguaggio – sulla ‘ragionevole probabilità’ di ottenere il risultato lesivo – siano svolte da gruppi di persone (le giurie) ‘chiusi’, cioè selezionati sulla base di criteri che tendono ad escludere la probabilità che rappresentanti del gruppo o dell’idea *target* vi prendano parte.

---

<sup>173</sup> C. JORDAN, *Reason and Imagination*, 72 s.

<sup>174</sup> Cfr. *supra* I § 3.

La presenza di queste due condizioni rende il test, nella lucida analisi di Hand, troppo pericoloso: le giurie difficilmente distingueranno, in presenza di queste condizioni, fra il presunto oggetto del dolo del soggetto agente e le effettive probabili conseguenze delle affermazioni di quest'ultimo in termini di pericolo concreto per i beni giuridici tutelati; e, comunque, l'eccessiva imprevedibilità correlata ad un test di tal genere certamente creerebbe un *chilling effect* delle opinioni (anche moderatamente) dissenzienti, esattamente come avvenuto in relazione all'*Espionage Act* negli anni della guerra.

La risposta di Holmes ad una lettera che dimostra, ancora una volta, la profondità di analisi di un 'semplice' giudice distrettuale, è emblematica – è stato affermato<sup>175</sup> – di quanto fosse primitiva, all'epoca della *trilogy*, la comprensione delle problematiche sottese all'incriminazione di atti costituenti manifestazioni della libertà di pensiero.

April 3, 1919

Dear Judge Hand:

Since your letter came I have been so busy propagating new sophistries etc. that I haven't had time to defend the old ones, and now I'm afraid that I don't quite get your point. As to the intent under the Espionage Act: I believe I have said nothing except to note that under the instruction of the jury must be taken to have found that Debs' speech was intended to obstruct and tended to obstruct – and except further that evidence was held admissible as bearing on intent. Even if absence of intent might not be a defense, I suppose that the presence of it might be material. Leaving that on one side, you say «the responsibility only began when the words were directly an incitement». I am afraid I do not know exactly what history you have in mind – I don't see how you differ from the test stated by me [in] *Schenck v. United States* (March 3, 1919): «The question in every case is whether the words used are used in such

---

<sup>175</sup> G. GUNTHER, *Learned Hand, the Man and the Judge*, cit., 167 ss.; K.M. SULLIVAN-G. GUNTHER, *First Amendment Law*, cit. 29.

circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent». I haven't time even now to recur to your decision but I take in that you agree that words may constitute an obstruction within the statute, even without proof that the obstruction was successful to the point of preventing recruiting. That I least think plain. So I don't know what the matter is, or how we differ so far as your letter goes. With which I send you my blessing and don't hold you bound by your *adieu* to this stage<sup>176</sup>.

Holmes si dichiara perfettamente d'accordo con Hand e anzi afferma di non capire in che cosa consistano le differenze fra i loro approcci al problema della libertà di espressione. In fondo – osserva Holmes – anche il suo interlocutore ha ritenuto che fosse possibile punire determinate manifestazioni del pensiero prima che esse producano un danno effettivo (anche per Hand, infatti, le fattispecie *dell'Espionage Act* costituiscono reati di pericolo) e, dunque, sulla base della tendenza espressa dalle affermazioni incriminate.

Eppure – come è stato da più parti rilevato<sup>177</sup> – la possibilità di punire un discorso che ha creato un pericolo per i beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice è solo la premessa del discorso di Hand, che nella sentenza *Masses* realizza, però, un passo avanti notevole rispetto a questa impostazione: egli comprende che la vera sfida consiste nel trovare un meccanismo capace di punire alcune espressioni particolarmente pericolose (nella sua versione: quelle che incitano direttamente a violare la legge), senza tuttavia incriminare la maggior parte delle

---

<sup>176</sup> C. JORDAN, *Reason and Imagination*, cit., 73 s.

<sup>177</sup> Vedi, per tutti, molto chiaramente, G.E. WHITE, *Justice Holmes and the Modernization*, cit. 426, oltre che G. GUNTHER, *Learned Hand, the Man and the Judge*, cit., 167 ss.; K.M. SULLIVAN-G. GUNTHER, *First Amendment Law*, cit. 29. Vedi inoltre G. GUNTHER, *Learned Hand and the Origins*, cit. 741 «that Holmes was [at the time of *Schenck*] quite insensitive to any claim for special judicial protection of free speech; that the *Schenck* standard was not truly speech-protective; and that it was not until the fall of 1919, with its famous dissent in *Abrams*, that Holmes put teeth into the clear and present danger formula, at least partly as a result of probing criticism by acquaintances such as *Learned Hand*».

affermazioni di dissenso rispetto ad una legge in vigore, o alle politiche messe in atto dall'amministrazione.

Insomma, per Hand sono perseguibili solo le espressioni che incitano direttamente a compiere un'attività illegale, indipendentemente dal fatto che l'istigazione sia stata accolta; per Holmes, invece, sono perseguibili le affermazioni che manifestano una 'tendenza' a istigare al compimento di attività illegali, anche quando in soggetto agente non abbia adoperato espressioni inequivocabilmente atte ad incitare. Si tratta di una difformità di approccio tutt'altro che banale: «il fatto che Holmes non riesca a cogliere alcuna effettiva differenza mi sconcerta un po'» affermerà Hand in una lettera di poco tempo dopo a Ernst Freund, nella quale si complimenta per la sensibilità dimostrata dell'articolo e ammette, a malincuore, di aver tentato di convincere il giudice Holmes a «schiarsi con noi», ma di non esserci riuscito<sup>178</sup>.

Nonostante gli iniziali insuccessi, i tentativi di convincere il giudice Holmes della necessità di un test più protettivo della libertà di espressione non si arrestarono. Alla fine di luglio del 1919, Laski invitò Holmes – che villeggiava in Massachusetts – a partecipare ad una merenda all'università di Cambridge, allo scopo di presentargli un altro giovane studioso: Zechariah Chafee, allora *assistant professor* alla *Harvard Law School*<sup>179</sup>.

Prima che i due si incontrassero, Laski aveva inviato al giudice un articolo dello stesso Chafee, pubblicato il mese precedente, dall'emblematico titolo di *Freedom of Speech in War Time*<sup>180</sup>. L'articolo in questione, in effetti, aveva tutte le caratteristiche per attirare l'attenzione di Holmes: esso forniva una lettura piuttosto scaltra dell'approccio

---

<sup>178</sup> C. JORDAN, *Reason and Imagination*, 74 «[7 maggio 1919] *Dear Professor Freund: your article in last week's New Republic was a great comfort to me. I had supposed that in holding such views about the Espionage Act I was in the minority of one in the profession, and that is rather too slim a party to carry a banner. You expressed my own opinion much better than I could myself and in your distinguished company I shall take heart of grace to believe I am right, even with the whole Supreme Court the other way. If you are interested in sports of judicial opinion you can find the judicial variant with which I tried to stop the way in Masses Publishing Co. v. Patten, 244 Fed. R. 535. I own I was chagrined that Justice Holmes did not line up on our side; indeed, I have so far been unable to make him see that he and we have any real differences and that puzzles me a little. Sincerely yours, [Learned Hand]*».

<sup>179</sup> Cfr. G.E. WHITE, *Justice Holmes and the Modernization*, cit. 428.

<sup>180</sup> Z. CHAFEE JR., *Freedom of Speech in War Time*, 32 *Harv. L. Rev.* 932 (1919).

fornito dalla Corte suprema nei tre casi della *trilogy* unitamente ad una riformulazione (coerente con quella a suo tempo suggerita nel caso *Masses*) dei presupposti filosofici alla base della protezione della libertà di espressione<sup>181</sup>.

In primo luogo, l'articolo enfatizzava 'l'interesse sociale' nella protezione della libertà di manifestazione del pensiero e rappresentava la tutela della libera espressione come un mezzo per incrementare «la scoperta e la diffusione del 'vero' su argomenti di interesse generale<sup>182</sup>» in una società democratica. Chafee identificava poi, nell'espressione *clear and present danger*, non una semplice riaffermazione delle regole del *common law* sul tentativo, bensì un vero e proprio nuovo test al metro del quale valutare la punibilità delle manifestazioni del pensiero. In particolar modo – dopo avere affermato che il test corretto non possa essere identificato nel *bad tendency test* ma vada piuttosto ricercato nel *direct incitement test* proposto da Learned Hand – Chafee sostenne che l'espressione *clear and present danger* coniata da Holmes sostanzialmente si accordasse con l'approccio di Hand e ne condividesse il fondamento nella storia e nella forma di governo degli Stati Uniti<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Vedi la passionata analisi di D.M. RABBAN, *The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*, cit., 1285 «Chafee had good strategic reasons to look beyond the law. *Freedom of Speech in War Time* was not a work of dispassionate scholarship. Horrified by the repression of free speech during World War I, Chafee had become a committed civil libertarian before he wrote this article. Not surprisingly, his published conclusions about the policy and purpose of the first amendment reflected his new-found libertarian ideology. But Chafee also allowed this ideology to distort his discussion of history and judicial precedent. Unlike Ernst Freund, who directly attacked Holmes's decision in *Debs* as inconsistent with a proper understanding of the policies embodied in the first amendment, and unlike several prewar scholars who vociferously criticized restrictive decisions by their judicial contemporaries, "Chafee tried within the limits of plausibility to conform history and precedent to his own interpretation of what the first amendment should mean. To do so, he often had to sacrifice scholarly accuracy to libertarian ideology"». Sul punto cfr. anche M. A. GRABER, *Transforming free speech (The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism)*, University of California Press, 1991, 150 ss.

<sup>182</sup> Ivi, 956 s.; l'autore ribadirà poi questo concetto nella monografia sulla libertà di espressione che pubblicherà nell'anno successivo: Z. CHAFEE JR., *Freedom of Speech*, 1920, 67. Sull'evoluzione del pensiero di Chafee sul punto e sulle ragioni a fondamento delle sue teorie in materia di libertà di espressione si veda anche M. A. GRABER, *Transforming free speech*, cit., 155 «In the 1920s and 1930s, Chafee's writings occasionally intimated that sociological jurisprudence's insistence on democratic governance might similarly justify special judicial solicitude for expression rights. Those in power, he contended, should not be allowed to ensure their reelection by muting criticism of their policies. "A freedom which does not yet extend to a minority," his 1920 analysis of *Abrams v. United States* noted, "would be a very partial affair, enabling the majority to dig themselves in for an indefinite future." Although he recognized that "the vote of the majority of the electorate or the legislature is the best way to decide what beliefs shall be translated into immediate action," Chafee maintained that it was "inadvisable for the government to seek to end a contest of ideas by imprisoning or exiling its intellectual adversaries". In 1931 he suggested that those justices who typically voted to sustain economic regulations and strike down expression regulations wished to give "much of the control [of business] to the elected representatives of the multitude who are virtually affected by business".

<sup>183</sup> Z. CHAFEE JR., *Freedom of Speech in War Time*, cit., 968 ss.

Per fare ciò, l'autore dovette pesantemente rimodellare il test, muovendo dalla sua applicazione nella sentenza *Schenk*; il 'nuovo' test coniato da Holmes, sostenne Chafee – così come espresso nella sentenza *Schenk* –, chiaramente proibisce la punizione delle affermazioni per la loro *bad tendency*. Senza poi analizzare *Frohwerk* – sentenza in relazione alla quale sarebbe stato invero piuttosto difficile riscontrare l'applicazione di un *clear and present danger test* – l'autore si soffermava a lungo sulla sentenza *Debs*, sostenendo che in tale sentenza il 'liberalismo' di Holmes (asseritamente presente in *Schenk*) fosse stato 'lasciato in sospeso'; se Holmes avesse applicato il neonato test in *Debs* – afferma Chafee – è difficile immaginare che Eugene Debs potesse essere ritenuto colpevole: la Corte suprema aveva, invece, permesso che la giuria condannasse quest'ultimo «semplicemente perché riteneva che le sue espressioni presentassero la tendenza di far sorgere propositi di resistenza alla leva militare obbligatoria»; ma perché il *clear and present danger test* costituisca una vera garanzia per l'imputato, afferma l'autore, «esso deve essere utilizzato per rigettare le condanne relative a manifestazioni della libertà di pensiero quando il giudice di merito non abbia motivato circa la creazione, da parte della condotta di quest'ultimo, di un pericolo chiaro ed attuale della verifica di un atto esecutivo [del reato oggetto di istigazione]<sup>184</sup>».

Insomma, conclude Chafee – censurando l'esito cui la Corte suprema era pervenuta nella sentenza *Debs* –, solo quando il test propugnato da Holmes è 'preso sul serio' esso è in grado di funzionare come dovrebbe: come un meccanismo, cioè, che enfatizzi l'interesse sociale sotteso alla libertà di espressione, bilanciandolo con gli altri interessi in gioco, anche in tempo di guerra; solo così interpretato, infatti, quello del *clear and present danger* è un test realmente protettivo della libertà di espressione e funzionale al raggiungimento di uno dei più importanti obiettivi della società: la ricerca del 'vero'<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> *Ivi*, 969.

<sup>185</sup> *Ibidem*.

Mediante quella che viene, senza mezzi termini, definita la «creazione del mito liberale del *clear and present danger*<sup>186</sup>» e attraverso il sacrificio dell'accuratezza dell'analisi sull'altare della passione civile, ad Holmes venne inviato un messaggio piuttosto chiaro: ci sono margini per una rilettura del *clear and present danger* test, in modo tale che esso sia in grado di intercettare le istanze espresse dagli intellettuali del dopoguerra.

Insomma, l'espressione *clear and present danger* può prestarsi a diventare il nuovo test per la libertà di espressione; a condizione, però, che essa sia interpretata non come mera rielaborazione del requisito della *proximity*, nelle sue varie accezioni, ma come vero e proprio bilanciamento di natura costituzionale fra i (fino ad allora correttamente identificati) contro-interessi della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico e la ricerca del 'vero', cui tende ogni regime democratico attraverso la libera espressione dei suoi cittadini.

La formula *clear and present danger*, così interpretata, segna allora il confine non fra atto preparatorio e atto esecutivo, né fra tentativo idoneo ed inidoneo, bensì fra espressione costituzionalmente tutelata e istigazione punibile: un confine identificato nel pericolo chiaro ed attuale per il contro-interesse protetto dalla norma incriminatrice.

Sappiamo con certezza che Holmes partecipò a quella famosa merenda a Cambridge; sappiamo anche<sup>187</sup> che effettivamente si discusse di libertà di espressione, ma che il giudice Holmes – pur ribadendo che se si fosse trovato nella giuria del caso Debs avrebbe votato per l'assoluzione – si mantenne sul vago e dimostrò, ancora una volta, un atteggiamento di deferenza nei confronti delle scelte del governo in materia di politica criminale. Non sappiamo, invece, per certo, che Holmes lesse l'articolo di Chafee, perché non pare che lo abbia mai commentato con nessuno, né per iscritto né

---

<sup>186</sup> D.M. RABBAN, *The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*, cit., 1294 e, ancora, 1285 «Written under the guise of scholarship, *Freedom of Speech in War Time* was essentially a work of propaganda. Chafee's libertarian misconstruction of "clear and present danger" was but one example of his sacrifice of scholarship to ideology." Holmes, who in *The Common Law* had himself strained history to serve very different personal views on law and society, soon found it convenient to rely on Chafee's misconstruction of his own language in *Schenck*».

<sup>187</sup> Da una lettera che Chafee inviò al giudice Amidon poco dopo, cfr. G.E. WHITE, *Justice Holmes and the Modernization*, cit. 430.

oralmente. E tuttavia, la famosa *dissenting opinion* dell'autunno del 1919, nel caso *Abrams*, lascia supporre che questa volta il volenteroso gruppo di giovani liberali impegnato nel cambiare la visione dei giuristi americani sul cruciale tema della libertà di espressione avesse colpito nel segno.

## 5. Qualcosa si muove: *Abrams v. United States* (1919)

Il 12 agosto del 1918, Hyman Rosansky fu arrestato mentre gettava dei volantini dalla finestra di una fabbrica di Manhattan, New York. I volantini – scritti in due lingue: inglese e yiddish – esortavano i lavoratori impiegati nell'industria bellica ad indire uno sciopero generale al fine di bloccare la produzione dei fucili che sarebbero stati utilizzati, a giudizio degli autori del volantino, per sovvertire gli esiti della rivoluzione russa<sup>188</sup>.

Il primo di questi volantini esordiva con l'affermazione che il silenzio dell'amministrazione Wilson rispetto alla missione dei soldati americani in Russia costituisse una prova dell'ipocrisia della casta di plutocrati di Washington e recitava: «il militarismo tedesco si è alleato con il capitalismo per sovvertire la rivoluzione in Russia», «è assurdo dichiarare che siamo filo-tedeschi. Noi disprezziamo il militarismo tedesco ben più di voi, tiranni ipocriti. Abbiamo più ragioni noi di criticare il militarismo tedesco, di quelle che hanno i codardi della casa bianca»<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> Si era nel periodo immediatamente successivo alla firma, da parte degli Stati Uniti, del trattato di *Brest-Litovsk* e l'amministrazione Wilson aveva inviato un contingente di truppe americane nord della Russia (la c.d. *Polar Bear Expedition*), verosimilmente per rendere più difficoltosa la presa del potere da parte dei rivoluzionari.

<sup>189</sup> *Abrams v. United States*, cit., 620 «*The first of the two articles attached to the indictment is conspicuously headed, "The Hypocrisy of the United States and her Allies." After denouncing President Wilson as a hypocrite and a coward because troops were sent into Russia, it proceeds to assail our Government in general, saying: "His [the President's] shameful, cowardly silence about the intervention in Russia reveals the hypocrisy of the plutocratic gang in Washington and vicinity." It continues: "He [the President] is too much of a coward to come out openly and say: "We capitalistic nations cannot afford to have a proletarian republic in Russia." Among the capitalistic nations Abrams testified the United States was included. Growing more inflammatory as it proceeds, the circular culminates in: "The Russian Revolution cries: Workers of the World! Awake! Rise! Put down your enemy and mine! "Yes! friends, there is only one enemy of the workers*

Il secondo volantino, invece, recitava: «Sveglia, lavoratori! produrranno munizioni da usare non solo contro i tedeschi ma anche contro i lavoratori dei Sovieti russi»; «lavoratori nelle fabbriche di munizioni, state producendo proiettili, baionette, cannoni per uccidere non solo i tedeschi, ma anche coloro che vi sono cari, i migliori di voi, quelli come voi che sono in Russia e combattono per la rivoluzione». Dopo avere sottolineato come soprattutto gli immigrati russi dovessero attivarsi per impedire l'intervento degli Stati Uniti, gli autori del volantino concludevano: «lavoratori, la nostra risposta a questo barbaro intervento deve essere uno sciopero generale» «guai a coloro che ci sbarrano la via del progresso<sup>190</sup>».

Rosansky aveva ricevuto i volantini la sera prima, in una riunione di anarchici russi tenutasi in una cantina presa in affitto da Jacob Abrams. Grazie alla confessione

---

*of the world and that is CAPITALISM." This is clearly an appeal to the "workers" of this country to arise and put down by force the Government of the United States which they characterize as their "hypocritical," "cowardly" and "capitalistic" enemy. It concludes: "Awake! Awake, you Workers of the World! "REVOLUTIONISTS."».*

<sup>190</sup> Ivi, 620 ss. «The second of the articles was printed in the Yiddish language and in the translation is headed, "Workers -- Wake up." After referring to "his Majesty, Mr. Wilson, and the rest of the gang; dogs of all colors!", it continues: "Workers, Russian emigrants, you who had the least belief in the honesty of our Government," which defendants admitted referred to the United States Government, "must now throw away all confidence, must spit in the face the false, hypocritic, military propaganda which has fooled you so relentlessly, calling forth your sympathy, your help, to the prosecution of the war." The purpose of this obviously was to persuade the persons to whom it was addressed to turn a deaf ear to patriotic appeals in behalf of the Government of the United States, and to cease to render it assistance in the prosecution of the war. It goes on: "With the money which you have loaned, or are going to loan them, they will make bullets not only for the Germans, but also for the Workers Soviets of Russia. Workers in the ammunition factories, you are producing bullets, bayonets, cannon, to murder not only the Germans, but also your dearest, best, who are in Russia and are fighting for freedom." It will not do to say, as is now argued, that the only intent of these defendants was to prevent injury to the Russian cause. Men must be held to have intended, and to be accountable for, the effects which their acts were likely to produce. Even if their primary purpose and intent was to aid the cause of the Russian Revolution, the plan of action which they adopted necessarily involved, before it could be realized, defeat of the war program of the United States, for the obvious effect of this appeal, if it should become effective, as they, hoped it might, would be to persuade persons of character such as those whom they regarded themselves as addressing, not to aid government loans and not to work in ammunition factories, where their work would produce "bullets, bayonets, cannon" and other munitions of war, the use of which would cause the "murder" of Germans and Russians. Again, the spirit becomes more bitter as it proceeds to declare that "America and her Allies have betrayed (the Workers). Their robberish aims are clear to all men. The destruction of the Russian Revolution, that is the politics of the march to Russia. Workers, our reply to the barbaric intervention has to be a general strike! An open challenge only will let the Government know that not only the Russian Worker fights for freedom, but also here in America lives the spirit of Revolution." This is not an attempt to bring about a change of administration by candid discussion, for no matter what may have incited the outbreak on the part of the defendant anarchists, the manifest purpose of such a publication was to create an attempt to defeat the war plans of the Government of the United States, by bringing upon the country the paralysis of a general strike, thereby arresting the production of all munitions and other things essential to the conduct of the war. This purpose is emphasized in the next paragraph, which reads: "Do not let the Government scare you with their wild punishment in prisons, hanging and shooting. We must not and will not betray the splendid fighters of Russia. Workers, up to fight." After more of the same kind, the circular concludes: "Woe unto those who will be in the way of progress. Let solidarity live!" It is signed, "The Rebels"».

di Rosansky, la polizia arrestò altri sei partecipanti alla riunione, fra cui lo stesso Abrams: tutti ebrei russi, fortemente critici rispetto alla politica estera dell'amministrazione Wilson. I membri del gruppo vennero condannati a pene comprese fra i quindici e i venti anni di reclusione (soli tre anni di reclusione, invece, per Rosansky che aveva collaborato) per violazione del *Sedition Act* del 1918, per avere «tentato di incitare, provocare e incoraggiare la resistenza contro le forze armate degli Stati Uniti» e per avere cospirato al fine di «suggerire, incitare e istigare al boicottaggio della produzione di armamenti e munizioni, necessari per la prosecuzione della guerra».

Tutti i condannati lamentavano l'incostituzionalità della loro condanna al metro della libertà di espressione garantita dal I emendamento e ricorrevano alla Corte Suprema.

È – come già annunciato, per la prima volta in tema di istigazione punibile – una Corte divisa quella che conferma la condanna dei ricorrenti. Estensore della sentenza per la maggioranza è, questa volta, il giudice Clarke:

It will not do to say, as is now argued, that the only intent of these defendants was to prevent injury to the Russian cause. Men must be held to have intended, and to be accountable for, the effects which their acts were likely to produce. Even if their primary purpose and intent was to aid the cause of the Russian Revolution, the plan of action which they adopted necessarily involved, before it could be realized, defeat of the war program of the United States, for the obvious effect of this appeal, if it should become effective, as they, hoped it might, would be to persuade persons of character such as those whom they regarded themselves as addressing, not to aid government loans and not to work in ammunition factories, where their work would produce "bullets, bayonets, cannon" and other munitions of war, the use of which would cause the "murder" of Germans and Russians<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> *Ivi*, 621.

[...] These excerpts sufficiently show, that while the immediate occasion for this particular outbreak of lawlessness, on the part of the defendant alien anarchists, may have been resentment caused by our Government sending troops into Russia as a strategic operation against the Germans on the eastern battle front, yet the plain purpose of their propaganda was to excite, at the supreme crisis of the war, disaffection, sedition, riots, and, as they hoped, revolution, in this country for the purpose of embarrassing and if possible defeating the military plans of the Government in Europe<sup>192</sup>.

Clarke esordisce, come di consueto, enunciando il principio per il quale ciascuno deve essere ritenuto consapevole e responsabile degli effetti che probabilmente discenderanno dalla sua condotta. Anche se lo scopo principale perseguito dagli autori del volantino – continua il giudice – fosse stato quello di prevenire possibili danni per la causa russa, il piano da questi predisposto avrebbe necessariamente comportato, quale mezzo per il raggiungimento di tale fine, il boicottaggio dello sforzo bellico degli Stati Uniti. La maggioranza, d'altronde – osserva il giudice – non dubita del fatto che la propaganda di 'questi immigrati anarchici' miri a provocare, proprio nel momento di massima crisi del conflitto, disaffezione se non aperta ribellione nei confronti della causa della guerra, in modo da ostacolare i progetti del governo in Europa e, addirittura, di agevolarne la definitiva sconfitta.

Per quanto il boicottaggio del conflitto sia, dunque, solo il risultato 'mediato' o secondario delle affermazioni dei ricorrenti – il cui scopo immediato è quello di impedire che si vanifichino gli effetti della rivoluzione in Russia – esso costituisce comunque una delle naturali e probabili conseguenze delle opinioni diffuse mediante i volantini e, pertanto, le affermazioni dei ricorrenti sono punibili ai sensi della consolidata interpretazione dell'*Espionage Act* (di cui il *Sedition Act* costituisce una modificazione) fornita dalla stessa Corte suprema nei casi *Schenck*, *Frohwerk* e *Debs*.

---

<sup>192</sup> *Ivi*, 623 s.

Sorprendente è, invece, la posizione assunta dal giudice Holmes, che firma una delle più famose *dissenting opinion* della storia del I Emendamento, cui aderirà anche il giudice Brandeis.

It seems to plain to be denied that the suggestion to workers in the ammunition factories that they are producing bullets to murder their dearest, and the further advocacy of a general strike, both in the second leaflet, do urge curtailment of production of things necessary to the prosecution of the war within the meaning of [the 1918 amendments of the] Act of 1917. But to make the conduct criminal that stature requires that it should be ‘with intent by such curtailment to cripple or hinder the United States in the prosecution of the war’. It seems to me that no such intent is proved.

I am aware of course that the word intent as vaguely used in ordinary legal discussion means no more than knowledge at the time of the act that the consequences said to be intended will ensue. Even less than that will satisfy the general principle of civil and criminal liability. A man may have to pay damages, may be sent to prison, at common law might be hanged, if at the time of his act he knew facts from which common experience showed that the consequences would follow, whether he individually could foresee them or not. But, when words are used exactly, a deed is not done with intent to produce a consequence unless that consequence is the aim of the deed. It may be obvious, and obvious to the actor, that the consequence will follow, and he may be liable for it even if he regrets it, but he does not do the act with intent to produce it unless the aim to produce it is the proximate motive of the specific act, although there may be some deeper motive behind.

It seems to me that this statute must be taken to use its words in a strict and accurate sense. They would be absurd in any other. A patriot might think that we were wasting money on aeroplanes, or making more cannon of a certain kind than we needed, and might advocate curtailment with success, yet even if it turned out that the curtailment hindered and was thought by other minds to have been obviously likely to hinder the United States in the prosecution of the war, no one would hold such conduct a crime.

I admit that my illustration does not answer all that might be said but it is enough to show what I think and to let me pass to a more important aspect of the case. I refer to the First Amendment to the Constitution that Congress shall make no law abridging the freedom of speech<sup>193</sup>.

Ciò che appare subito chiaro è che il giudice Holmes, in questo primo passo della *dissenting opinion*, si dedica alla risoluzione di un problema di diritto penale – la natura dell'elemento soggettivo necessario ad integrare la violazione del *Sedition Act* –, separandolo nettamente dalle ragioni di diritto costituzionale che occuperanno la seconda parte della motivazione.

Il giudice esordisce individuando quelle che certamente sono le più problematiche fra le affermazioni dei ricorrenti: quelle concernenti la diretta istigazione ad uno sciopero generale, comportamento oggettivamente in grado di boicottare la produzione di munizioni e, dunque, in definitiva, lo sforzo bellico della nazione – una condotta, concede Holmes, certamente rientrante fra quelle incriminate ai sensi del *Sedition Act*.

Tuttavia – osserva il giudice – perché tale condotta possa essere punita, è necessario che essa sia compiuta con l'elemento soggettivo previsto dalla legge: il dolo rispetto al risultato da perseguire (un dolo, diremmo dunque, specifico rispetto al fine di boicottare il conflitto). Ebbene, afferma Holmes, – pur considerando che il termine *intent*, utilizzato in modo vago nel discorso giuridico, significa niente più che la consapevolezza al momento dell'azione che le conseguenze che si assume si vogliono realizzare seguiranno a tale azione (questo è, infatti, il risultato cui conduce l'applicazione di *bad tendency test* e *constructive intent*), e che anche un requisito meno stringente di questo soddisferebbe i principi generali in tema di responsabilità civile e penale – quando le parole sono utilizzate con proprietà, un'azione volontaria non è fatta con l'intenzione di produrre una determinata conseguenza se quella conseguenza non costituisce lo scopo dell'azione. Potrà essere ovvio, e ovvio per l'agente – continua

---

<sup>193</sup> Ivi, 626 s.

il giudice – che una determinata conseguenza seguirà ad una determinata azione, ed egli potrà essere responsabile anche se rimpiange di averla messa in atto, ma egli non agisce con l'intenzione di produrre una conseguenza se quella conseguenza non è la più vicina fra le possibili conseguenze dell'azione concretamente compiuta dall'agente, e ciò indipendentemente dal fatto che ci siano dietro moventi più profondi.

Quella enucleata da Holmes è, in definitiva, una regola probatoria: qual è la domanda che il giudice deve porsi (o, come nel nostro caso, deve porre alle giurie) per determinare la sussistenza, nei singoli casi concreti concernenti il *Sedition Act* dell'elemento soggettivo richiesto? La risposta, per Holmes, è diversa da quella che ci si sarebbe attesi, sulla base di quanto da lui sostenuto in precedenza: non più ogni conseguenza probabile, mediata o immediata, delle affermazioni incriminate – soluzione prescelta, invece, dalla maggioranza – ma solo quella più 'vicina' alla condotta comunicativa dell'agente, quella che ne costituisce la conseguenza immediata.

Insomma, la sussistenza dell'*intent* richiesto dalla legge (del dolo specifico, cioè, di realizzare il boicottaggio del conflitto) può essere desunta solo avendo riguardo a quella che, fra le possibili conseguenze di una determinata affermazione, costituisca l'esito più probabile ed immediato dell'affermazione in questione – con l'esclusione, dunque, di quell'effetto 'a cascata' tipico della lettura fornita dalle corti inferiori in materia di *bad tendency test*.

Gli esempi prescelti dal giudice Holmes per esplicitare il suo pensiero sono in linea con questa interpretazione del testo: il patriota che ritenga che si stiano sprecando risorse nella costruzione di cannoni o aeroplani può esprimere un'opinione tesa a far limitare la produzione di questi beni, pure essenziali alla prosecuzione del conflitto, senza tuttavia proporsi minimamente come scopo quello di boicottare lo sforzo bellico (in quanto patriota, infatti, il soggetto agente di questo esempio ha, per definizione, a cuore la vittoria degli Stati Uniti); in un caso simile – conclude Holmes – nessuno riterrebbe che egli abbia commesso un crimine.

A questo punto il giudice si concentra su un diverso problema – quello della protezione costituzionale del discorso – che afferma essere il profilo più importante della sentenza in questione.

Holmes esordisce, comprensibilmente, giustificando i precedenti giurisprudenziali in materia che egli stesso aveva, in maniera determinante, contribuito a formare: il giudice afferma, infatti, di non aver mai avuto ragione di ritenere che le questioni giuridiche affrontate dalla Corte Suprema nei casi *Schenck*, *Frohwerk* e *Debs* non siano state correttamente decise; né di aver mai dubitato, neppure per un momento, che sulla base del medesimo ragionamento che giustifica la punibilità dell'istigazione a commettere un omicidio gli Stati Uniti possano, conformemente a Costituzione, punire quei discorsi che causano o tentano di causare, in maniera chiara ed attuale, un pericolo per beni giuridici che sono stati legittimamente protetti da aggressioni.

Un tale potere – continua Holmes – è evidentemente maggiore in tempo di guerra, perché la guerra stessa espone a pericoli inesistenti quando la nazione è in pace. Eppure, sostiene il giudice, tanto in tempo di guerra quanto in tempo di pace, il principio che governa la libertà di espressione è il medesimo:

It is only the present danger of immediate evil or an intent to bring it about that warrants Congress in setting a limit to the expression of opinion where private rights are not concerned. Congress certainly cannot forbid all effort to change the mind of the country. Now nobody can suppose that the surreptitious publishing of a silly leaflet by an unknown man, without more, would present any immediate danger that its opinions would hinder the success of the government arms or have any appreciable tendency to do so.

[...] In this case sentences of twenty years imprisonment have been imposed for the publishing of two leaflets that I believe the defendants had as much

right to publish as the Government has to publish the Constitution of the United States now vainly invoked by them<sup>194</sup>.

La regola, per Holmes, è chiara: l'unica circostanza che giustifica un intervento del legislatore volto a limitare la libertà di espressione (quando non sono in discussione i diritti di soggetti privati) è il pericolo attuale di un danno imminente, o il tentativo di causare un tale pericolo.

Ebbene – continua il giudice – nulla fa supporre che la pubblicazione clandestina di uno sciocco volantino da parte di uno sconosciuto sia in grado, senza ulteriori elementi, di costituire un pericolo immediato per lo sforzo bellico o manifesti una apprezzabile inclinazione verso tale scopo. Insomma, a giudizio di Holmes, nel caso di specie sono stati condannati ad una pena di venti anni di reclusione dei soggetti che avevano tutto il diritto di esprimere le opinioni veicolate dai volantini da loro pubblicati, un diritto – afferma qui il giudice, con qualche enfasi – paragonabile a quello del Governo di pubblicare quella Costituzione degli Stati Uniti che adesso i ricorrenti vanamente invocano.

Le successive affermazioni del giudice Holmes sono notorie, e memorabili:

[...] Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power and want a certain result with all your heart you naturally express your wishes in law and sweep away all opposition. To allow opposition by speech seems to indicate that you think the speech impotent, as when a man says that he has squared the circle, or that you do not care whole-heartedly for the result, or that you doubt either your power or your premises.

But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in

---

<sup>194</sup> *Ivi*, 627.

ideas – that 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.

That at any rate is the theory of our Constitution. It is 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. While that experiment is part of our system I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country.

I wholly disagree with the argument of the Government that the First Amendment left the common law as to seditious libel in force. History seems to me against the notion. I had conceived that the United States through many years had shown its repentance for the Sedition Act of 1798, by repaying fines that it imposed. Only the emergency that makes it immediately dangerous to leave the correction of evil counsels to time warrants making any exception to the sweeping command, "Congress shall make no law... abridging the freedom of speech".

Of course I am speaking only of expressions of opinion and exhortations, which were all that were uttered here, but I regret that I cannot put into more impressive words my belief that in their conviction upon this indictment the defendants were deprived of their rights under the Constitution of the United States<sup>195</sup>.

La possibilità di essere penalmente perseguiti per l'espressione di opinioni sembra ad Holmes perfettamente logica; egli muove dalla considerazione della grande potenza del linguaggio, una potenza che si manifesta con pienezza quando i soggetti che esprimono la propria opinione non dubitano delle premesse del loro ragionamento

---

<sup>195</sup> *Ivi*, 630.

e della correttezza delle loro idee e intendono, con tutto il cuore, perseguire un determinato risultato: in questi casi, osserva il giudice, non è raro che idee espresse con tale convinzione spazzino via ogni resistenza.

Consentire l'espressione dell'idea che si oppone alla propria può voler dire, allora, che non si crede fino in fondo al potere persuasivo delle parole, che non si tiene particolarmente alle proprie idee o che si ha una forma di sfiducia rispetto alla fondatezza dei propri argomenti. Tuttavia, quando, con il passare del tempo, gli uomini hanno visto pian piano scomparire molte idee prima propugnate con forza, essi hanno cominciato a credere sempre più – anche più di quanto non credano alla correttezza delle idee che muovono le loro azioni – che il miglior test per raggiungere il 'vero' è il potere del pensiero di essere accettato nella competizione con altre idee realizzata nel 'mercato', e che tale vero è l'unica base sulla quale i loro desideri possono essere sicuramente realizzati.

Questa, in ogni caso, – chiosa Holmes – è la teoria della nostra Costituzione: si tratta di un esperimento, come tutta la vita è un esperimento. Tutti gli anni se non tutti i giorni dobbiamo scommettere la nostra salvezza sulla base di previsioni fondate su conoscenze imperfette. Poiché tale esperimento è parte del nostro sistema, penso che dovremo vigilare eternamente contro i tentativi di controllare quelle espressioni di opinioni che aborriamo e che riteniamo essere cariche di morte, fino a che tali espressioni non minaccino così da vicino i giusti e pressanti scopi perseguiti dal diritto che un controllo immediato si renda necessario al fine di salvare il paese.

Il I Emendamento contiene, dunque, per il giudice Holmes, l'esplicito rigetto della possibilità – prevista dal *common law*, sperimentata dal popolo americano con il *Sedition Act* del 1798 e, a seguito di tale esperienza, rigettata – di punire la propaganda sediziosa; solo quelle situazioni di emergenza che presentino un immediato pericolo della realizzazione di mali che la legge può prevenire consentono, allora, che si possa eccezionalmente deflettere da quanto il tenore letterale del I Emendamento chiaramente esprime: il Congresso non può limitare la libertà di espressione.

Contrariamente a quanto – con una certa falsa modestia, osservano alcuni<sup>196</sup> – Holmes afferma a chiusura della motivazione: «mi dispiace di non riuscire ad esprimere con espressioni più eloquenti la mia convinzione che i ricorrenti siano stati privati dei diritti che la Costituzione gli riconosce», proprio questa parte della *dissenting opinion* nel caso *Abrams* è, per molti<sup>197</sup>, la più toccante difesa della libertà di espressione in terra americana.

## 6. Una riflessione su Abrams

### 6.1. Sotto il profilo ‘penale’ (e processuale)

Come di consueto, cominciamo la nostra analisi della sentenza in questione approcciandoci al problema ‘di diritto penale’ affrontato dal giudice Holmes nella prima parte della *dissenting opinion*; iniziamo col dire che, se si vuole, i problemi sono due, intimamente correlati: a) qual è l’elemento soggettivo (minimo) richiesto dalla fattispecie incriminatrice in questione; b) come il giudice (o la giuria) possono raggiungere la prova in ordine alla sussistenza di tale elemento soggettivo.

Le considerazioni del giudice Holmes sul punto sono estremamente interessanti, perché – come cercheremo di dimostrare – egli già qui, in questa prima parte della sentenza, dimostra di avere interiorizzato una delle critiche a lui mosse in relazione alle sue precedenti opinioni in materia di libertà di espressione; si tratta dell’osservazione – affacciata prima da Freund, poi esplicitamente da Hand – della ontologica differenza fra atti materiali e affermazioni.

---

<sup>196</sup> Ironicamente V. BLASI, *Reading Holmes through the Lens of Schauer*, cit., 1344.

<sup>197</sup> Cfr., per le reazioni dell’epoca, M. A. GRABER, *Transforming free speech*, cit., 108 «*Early civil libertarians cheered this burst of eloquence. Chafee stated that it was a "magnificent exposition of the philosophic basis" of constitutional protection for free speech. Max Lerner and others have described this passage as "the greatest utterance on intellectual freedom by an American, ranking in the English tongue with Milton and Mill"*».

Abbiamo in precedenza osservato come alla base delle condanne degli imputati della *trilogy* ci fosse un'equiparazione tra i requisiti necessari per la punizione ai sensi dell'*Espionage Act* e quelli necessari per la punizione di un qualunque delitto tentato; questi requisiti si compendiarono nella *proximity*, intesa nel suo doppio significato di idoneità e non equivocità degli atti, (dal punto di vista oggettivo) e nel necessario *intent* (dal punto di vista soggettivo). Esattamente come avviene nel nostro ordinamento, infatti, l'elemento oggettivo – costituito dall'idoneità degli atti e dal principio di esecuzione – deve negli Stati Uniti<sup>198</sup> accompagnarsi a quello soggettivo e, in particolar modo, ad un dolo di particolare intensità rispetto al risultato da perseguire. «Non è possibile tentare di compiere un atto» – viene affermato<sup>199</sup> – «senza volere il compimento di tale atto», «un soggetto che crea un pericolo per colpa o perfino a titolo di dolo eventuale (*recklessly*) non risponde di tentativo<sup>200</sup>».

Per poter pronunciare una sentenza di condanna, si rendeva dunque necessario raggiungere la prova che i soggetti incriminati ai sensi dell'*Espionage Act* perseguissero con dolo diretto o intenzionale il fine proibito dalla norma (il boicottaggio dello sforzo bellico). Come fare allora – in assenza di affermazioni che costituiscano delle vere e proprie confessioni quanto all'obiettivo perseguito – a dimostrare la sussistenza di un tale elemento soggettivo? Il problema si poneva, ovviamente, solo nei casi in cui i

---

<sup>198</sup> Nelle note successive esporremo la posizione di dottrina e giurisprudenza coeve o precedenti alla sentenza *Abrams*, che tuttavia non sono dissimili da quelle attuali; si veda G. STONE, *Perilous Times*, cit., 176 (in particolare la nota 157) per una approfondita disamina sul punto.

<sup>199</sup> *Ivi*, 175 e la giurisprudenza e la dottrina dell'epoca citata alla nota 152; si veda, in particolar modo, *Glover v. Commonwealth*, 86 Va 382 (1885), 385 s. «*an attempt in criminal law requires both the 'intent to commit a crime' and 'a direct act done towards its commission'*»; *People v. Mills*, 178 NY 274 (1904), 284 «*an attempt requires both an 'intent to commit a crime' and 'an overt act ... such as would naturally affect that result'*»; *State v. Thompson*, 31 Nev 209 (1909), 216 «*an attempt requires 'intent to commit the crime' and 'performance of some act towards its commission'*». J.P. BISHOP, *Criminal Law*, Little Brown, V ed., 1872, 1, § 728 «*an attempt is ... an intent to do a thing combined with an act which falls short of thing intended*»; W.L. CLARK-W.L. MARSHALL, *A treatise on the law of crimes*, Callaghan, II ed., 1912, §119 «*to constitute an indictable attempt to commit a crime, there must be... an intent to commit that particular crime*» e «*an act done in pursuance of such intent; which falls short of the actual commission of the crime*».

<sup>200</sup> *Ibidem*. Cfr. anche la dottrina dell'epoca citata a supporto di tale tesi: J.H. BEALE JR., *Criminal Attempts*, 16 Harv L Rev 491 (1902) «*no one can attempt a crime without an intention to have it done*»; J.P. BISHOP, *Criminal Law*, cit., 731 «*the intent in attempt must be specific*»; Blackstone, 4 Commentaries, cit., 36 «*no one can attempt a crime without the intention to have it done*»; nella giurisprudenza vedi *Simpson v. State*, 59 Ala 1 (1877) «*recklessness does not establish attempt*»; *Scott v. State*, 49 Ark 156 (1886); *Pruitt v. State* 20 Tx Ct App 129 (1886).

soggetti non realizzassero una vera e propria istigazione diretta al compimento di un atto vietato dalla legge: l'istigazione diretta, infatti, dal punto di vista della prova, equivale sostanzialmente a una confessione quanto all'esistenza dell'elemento soggettivo e non richiede, pertanto, che si ricorra alla prova indiziaria.

Come abbiamo avuto modo di osservare<sup>201</sup>, già le corti inferiori, per risolvere tale problema, ricorsero al test comunemente usato per raggiungere la prova del dolo nella generalità dei casi concernenti il tentativo di commettere un delitto: la dottrina del *constructive intent*<sup>202</sup>; essa prevedeva – come si ricorderà – che il giudice proceda, in primo luogo, all'individuazione del fine cui tende la condotta; proprio tale fine, infatti, sarà poi identificato come quello voluto dall'agente con la particolare intensità necessaria perché sia identificabile un delitto tentato: il dolo, cioè, diretto o intenzionale.

Tale *test* – a ben vedere – rappresenta il metodo comunemente usato per inferire la presenza del dolo in tutti i casi in cui una determinata condotta di tipo materiale risulti inequivocabilmente finalizzata a commettere un determinato delitto, in assenza di 'spiegazioni' alternative.

Il giudice che dovrà valutare la sussistenza del dolo (intenzionale) in capo a un soggetto che ha versato un ingente quantitativo di veleno nel bicchiere della moglie – ad esempio – non avrà particolari problemi, pur in assenza di una confessione, a ritenere che tale atto sia doloso; ciò sulla base del ragionamento che l'unica finalità compatibile con la condotta incriminata – l'unico obiettivo cui una condotta di tal genere può ragionevolmente tendere – è quello di provocare la morte della vittima per avvelenamento. Pertanto, esclusa la possibilità di un errore o di un gesto involontario – possibili spiegazioni alternative, che escludono che il comportamento messo in atto sia volontariamente rivolto verso il fine cui naturalmente conduce –, risulterà del tutto

---

<sup>201</sup> Cfr. *infra* I, § 4.

<sup>202</sup> Cfr. inoltre la definizione, molto chiara, fornita da B. A. GARNER (*Editor in Chief*), *Black's Law Dictionary*, cit., 881 «A legal principle that actual intent will be presumed when an act leading to the result could have been reasonably expected to cause that result. "Constructive intent is a fiction which permits to lip service to the notion that intention is essential to criminality, while recognizing that unintended consequences of an act may sometimes be sufficient for guilt of some offenses" ROLLIN M. PERKINS & RONALD N. BOYCE, *Criminal Law*, 835 (3d ed. 1982)».

logico ritenere che, con coscienza e con una volontà di intensità notevole, il soggetto agente di questo esempio volesse cagionare la morte della moglie. L'identico ragionamento può essere fatto, ad esempio, per il soggetto che ammassi delle fascine alla base di una costruzione di legno e le cosparga di benzina; o per quello che, puntata l'arma contro il rivale in amore, si accinga a premere il grilletto.

In tutti questi casi è la condotta materialmente tenuta dal soggetto agente – anche in assenza di qualsivoglia ulteriore elemento di prova – a denunciare, in maniera pressoché univoca: a) in primo luogo, la finalità cui gli atti oggettivamente tendono: l'evento, cioè, che in maniera pressoché univoca discenderà dalla condotta messa in atto direzione degli atti; b) in via mediata, la presenza dell'elemento soggettivo richiesto: il dolo (almeno diretto) in relazione all'evento così identificato.

Nei casi osservati, insomma, è ragionevole attribuire al soggetto agente un particolare coefficiente psicologico – anche in assenza di una specifica prova dell'elemento soggettivo (la confessione, resa in qualunque forma) – perché si è in grado di identificare univocamente l'evento alla cui verifica tali condotte sono preordinate; si può, di conseguenza, ragionevolmente inferire che il fine perseguito dall'agente sia quello al quale la condotta da lui messa in atto naturalmente tendeva, e che dunque proprio tale evento il soggetto si sia rappresentato e abbia voluto.

Prendiamo tuttavia in considerazione un'altra serie di esempi, caratterizzati questa volta dalla presenza di un'azione che si identifica non in un atto materiale ma nell'espressione di un pensiero. Possiamo indentificare – con la stessa sicurezza con cui abbiamo in precedenza compiuto questa affermazione – la direzione univoca delle affermazioni, il fine verso il quale esse tendono?

Si pensi all'affermazione di Rose Pastor Strokes<sup>203</sup> rivolta alle donne del *Women's Dining Club* di Kansas City: «io sono dalla parte della gente e il governo è dalla parte degli speculatori»; possiamo ritenere – con i giudici che la condannarono a dieci anni di reclusione – che il fine verso cui inequivocabilmente tendeva la sua affermazione fosse quello di boicottare le forze armate statunitensi, privando i militari

---

<sup>203</sup> Il caso è già stato affrontato *supra* I § 4.

del necessario sostegno di madri, sorelle e fidanzate, e che dunque essa si fosse rappresentata e avesse voluto (almeno a titolo di dolo diretto) perseguire un tale fine? Possiamo, sulla base dello stesso ragionamento, affermare che Robert Goldstein<sup>204</sup> – producendo un film in cui si mostravano i soldati inglesi accanirsi sui civili durante il massacro della *Wyoming Valley* – si fosse rappresentato e avesse voluto (almeno a titolo di dolo diretto) perseguire la finalità di instillare sentimenti negativi nei confronti degli alleati nel conflitto e, mediatamente, dunque, di boicottare lo sforzo bellico?

Verosimilmente no. E ciò in virtù di una caratteristica che è particolarmente spiccata nelle affermazioni (più di quanto non lo sia nei gesti): la loro equivocità.

I risultati che le parole possono produrre sono, nel novero e nella probabilità, meno facilmente intuibili rispetto a quelli che derivano dalla messa in atto di comportamenti che si caratterizzano per la loro materialità. Basta rammentare il discorso già affrontato<sup>205</sup> in relazione al c.d. *Marc Anthony problem*: le parole raramente producono risultati univoci, e anche quando dal punto di vista testuale esse sono certamente dirette al perseguimento di un obiettivo esse hanno, addirittura, la capacità di realizzare l'obiettivo opposto.

Insomma, le parole possono certamente essere utilizzate ‘per fare cose’<sup>206</sup> – come ci rammenta un classico in materia – ma il rapporto che esiste fra parola e azione è meno sicuro, meno astrattamente prevedibile, di quello che esiste fra gli atti materiali e le loro conseguenze.

Una tale criticità si apprezza in modo particolarmente evidente, poi, quando le fattispecie incriminatrici siano congegnate nella forma del reato di pericolo (o del tentativo): si tratta qui, infatti, non di indagare la relazione tra una determinata espressione e un determinato evento materiale che da tale espressione si presume cagionato (difficile, ma probabilmente non impossibile); bensì di stabilire se, e con quale probabilità, una determinata affermazione sia idonea a produrre una

---

<sup>204</sup> Il caso è già stato affrontato *supra* I § 4.

<sup>205</sup> Cfr. *supra* I § 8.

<sup>206</sup> J.L. AUSTIN, *How to do things with words*, Harvard University Press, 1975.

determinata conseguenza negativa (quella che la norma incriminatrice mira a prevenire).

Di fronte al giudice si presenterà dunque, verosimilmente, un ventaglio di possibili effetti dell'affermazione la cui pericolosità è chiamato a valutare; un ventaglio presumibilmente più ampio di quello che gli si presenterebbe se fosse chiamato, ad esempio, a valutare la tendenza dell'azione di versare del veleno in un bicchiere o di premere il grilletto.

È questo, allora, il problema.

Abbiamo infatti osservato che la relativa affidabilità del ragionamento su cui si basa il test del *constructive intent* riposa sulla possibilità di individuare, in maniera univoca, l'evento verso cui – dal punto di vista oggettivo – la condotta presa in esame tende. È l'individuazione 'sicura' di tale evento finale (derivante dall'impossibilità o, comunque, dall'estrema difficoltà di immaginare un decorso causale alternativo) a rendere ragionevole ritenere che proprio l'evento in questione costituisca l'oggetto del dolo del soggetto agente.

Il ragionamento – lo ripetiamo ancora una volta – è il seguente: poiché la condotta presa in esame non può che condurre a un risultato, allora è proprio tale risultato che il soggetto agente si è rappresentato e ha voluto.

Cosa accade, allora, quando si applica la dottrina del *constructive intent* a condotte equivoche – condotte, cioè, dalle quali può derivare non una singola conseguenza (con un elevato grado di probabilità) ma una serie di conseguenze eterogenee (con gradi di probabilità diversificati)? In questi casi, il giudice può scegliere quale delle conseguenze che si generano dalla parola è quella più probabile e, dunque – secondo il meccanismo illustrato – quella oggetto del dolo del soggetto agente. Non più, però, con quell'elevato grado di plausibilità logica che deriva dall'univocità dei risultati cui l'azione presa in considerazione è in grado di pervenire, bensì sulla base del proprio 'intuito' (meglio, della massima di esperienza che ritiene, volta per volta, applicabile al caso di specie).

La differenza, in termini di tenuta logica della presunzione, è notevole.

Se nessuno di noi si sentirebbe di protestare per il fatto che il protagonista del nostro primo esempio – quello che versa un ingente quantità di veleno nel bicchiere della moglie – venga condannato a titolo di tentato omicidio volontario, molti di noi – ritengo – avrebbero da obiettare sulle condanne di Rose Pastor Stokes o Robert Goldstein.

L'obiettivo perseguito (con la particolare intensità richiesta) è nel loro caso identificato nel boicottaggio dello sforzo bellico sulla base della selezione, operata dal giudice, di una (pur possibile) conseguenza delle loro affermazione; tale conseguenza, tuttavia, costituisce un esito verosimilmente secondario e poco probabile delle manifestazioni del pensiero in questione.

Se, infatti, il boicottaggio dello sforzo bellico può costituire una conseguenza mediata dell'affermazione «io sono dalla parte della gente e il governo è dalla parte degli speculatori», – rivolta, tra l'altro, ad un'assemblea di donne – pare assai poco plausibile che ne costituisca la conseguenza principale, la più probabile, quella che plausibilmente si potrebbe ritenere oggetto del dolo dell'agente. Un discorso simile può farsi per il caso di Robert Goldstein: anche qui il boicottaggio dello sforzo bellico può astrattamente rientrare fra le conseguenze mediate del messaggio comunicativo veicolato ma, con tutta probabilità, non ne costituisce lo sviluppo univoco e, dunque, appare irragionevole ritenere che proprio tale finalità fosse quella oggetto del dolo del soggetto agente.

Torniamo dunque alle domande che il giudice Holmes si pone nella parte 'penale' della sua *dissenting*: a) qual è l'elemento soggettivo (minimo) richiesto dalla fattispecie incriminatrice in questione; b) come il giudice (o la giuria) possono raggiungere la prova in ordine alla sussistenza di tale elemento soggettivo.

Posto che alla domanda *sub a)* deve darsi la risposta che abbiamo già fornito: che la lesione del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice debba essere oggetto di un dolo di particolare intensità (anche qualora dovesse trattarsi di un dolo specifico), resta da chiedersi come fare ad inferire, nei singoli casi concreti, la sussistenza dell'elemento soggettivo richiesto.

Ebbene, la risposta fornita al giudice Holmes nella sentenza in oggetto è illuminante e dimostra la sensibilità di chi ha compreso il problema e cerca di trovare una soluzione: la sussistenza dell'*intent* – nella lettura fornita dal giudice – può essere desunta solo avendo riguardo a quella che, fra le possibili conseguenze di una determinata affermazione, costituisca l'esito più probabile ed immediato dell'affermazione in questione. Non più – come abbiamo già sottolineato – ogni conseguenza probabile, mediata o immediata, delle affermazioni incriminate ma solo quella più prossima, dal punto di vista causale alla condotta comunicativa dell'agente.

Si tratta di un'affermazione di notevole momento e di una regola probatoria che, se applicata in maniera rigorosa, può effettivamente costituire un argine alla discrezionalità del giudice e, di conseguenza, all'indiscriminata punizione delle manifestazioni del pensiero dissenziente.

## 6.2. (segue) e sotto il profilo 'costituzionale'

Innumerevoli sono gli spunti di riflessione che la sentenza *Abrams* presenta sotto il profilo costituzionale.

Essa è famosa, soprattutto, per avere portato alla ribalta una espressione – quella del 'mercato delle idee' – destinata a riscuotere in dottrina e giurisprudenza un enorme successo. Accantoniamo, per il momento, tale tema: ce ne occuperemo più diffusamente tra non molto, quando ci focalizzeremo specificamente sulle *rationes* sottese alla libertà di espressione: del perché (*rectius*, dei perché), in altre parole, essa vada il più possibile tutelata<sup>207</sup>.

Quello che qui ci interessa analizzare è la posizione tenuta Holmes nella *dissenting opinion* in questione concentrandoci, in particolar modo, sulla 'riformulazione', dal giudice operata, del *clear and present danger* test. Proprio tale

---

<sup>207</sup> Cfr. *infra* cap. IV.

*dissenting*, infatti, costituisce lo spartiacque a partire dal quale il giudice Holmes abbondona la visione ‘ortodossa’ in materia di libertà di espressione per abbracciarne una maggiormente liberale<sup>208</sup>, che poi adotterà costantemente nei successivi casi in materia<sup>209</sup>.

Il *clear and present danger test* proposto per la prima volta da Holmes in *Schenck*, applicato da una Corte unanime a *Frohwerk* e *Debs* e dalla maggioranza in *Abrams* è – viene affermato<sup>210</sup> – sospeso fra due estremi.

Un primo estremo è costituito dalla teoria per la quale le limitazioni alla libertà di espressione – almeno nei casi in cui si tratti di espressione politica – siano sempre illegittime, anche se esse mirano a prevenire atti violenti o di rivolta; secondo questa prima impostazione, l’unico comportamento che lo Stato può legittimamente punire è l’atto contrario alla legge che è causato dall’espressione di una determinata opinione, anche se tale opinione è espressa in forma di diretta istigazione a delinquere. Punizione per gli atti, dunque, e mai per le parole: punizione per l’istigato e mai per l’istigatore<sup>211</sup>.

All’estremo opposto sta la teoria sostenuta da chi ritiene che qualunque discorso che inciti a violare una legge in vigore sia privo, per questa sola ragione, di ogni protezione costituzionale. L’argomento utilizzato per legittimare una tale impostazione è che non vi è alcuna ragione, per una democrazia, di tollerare quelle manifestazioni del pensiero che trasgrediscono ad alcuni suoi principi fondamentali: *in primis*, la regola per la quale il metodo corretto per ‘opporsi’ ad una legge che si ritiene ingiusta è quello rappresentato dal procedimento democratico che consente alla maggioranza dei cittadini di modificarla; l’istigazione a opporsi a una legge ritenuta

---

<sup>208</sup> D.M. RABBAN, *The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*, cit., 1317; R. POLEMBERG, *Fighting Faiths*, cit., 213 e *passim*; P.L. MURPHY-P. GARRY, *Opening up the Marketplace to Free Trade in Ideas*, 14 *Law & Soc. Inquiry* 415, 1989, 418.

<sup>209</sup> G.E. WHITE, *Justice Holmes and the Modernization*, cit. 442.

<sup>210</sup> K.M. SULLIVAN-G. GUNTHER, *First Amendment Law*, cit. 22 s.

<sup>211</sup> Una tale posizione è tuttavia rigettata anche dai più accesi liberali, cfr. L. ALEXANDER, *Incitement and Freedom of Speech*, in D. KRETZMER-F. KERSHMAN HAZAN, *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, The Hague: Kluwer Law International, 101 ss., ristampato in *The international library of essays in law and legal theory, Freedom of Speech* (a cura di L. ALEXANDER), II, 511, l’autore prende in particolare modo in considerazione la posizione di R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, 1975, 129; Cfr. anche J. FAINBERG, *Harm to Others*, Oxford University Press, 1984, 232 ss. e in particolare 240.

ingiusta attraverso la violazione dei precetti in essa contenuti, invece, rappresenta una intollerabile minaccia per il sistema democratico<sup>212</sup>.

Il tentativo di tracciare una linea di demarcazione fra discorso lecito e discorso vietato – così come espressa dalla formula *clear and present danger* – si situa indubbiamente in mezzo a tali due opposte soluzioni<sup>213</sup>.

Nel dettare una regola che individua il giusto bilanciamento fra libertà di espressione e ordine pubblico/sicurezza nazionale nella possibilità per lo Stato di punire non tutti i comportamenti pericolosi, ma solo quelli che diano origine ad un pericolo caratterizzato dall'imminenza, il giudice Holmes rigetta – tuttavia – almeno altri due possibili approcci intermedi; ci riferiamo ovviamente al *bad tendency test*, da un lato, e al *direct incitement test* proposto da Learned Hand, dall'altro.

Quel 'bad tendency test' largamente applicato dalle corti inferiori – che postulava che «qualunque tendenza del linguaggio a provocare una azione dannosa, non importa quanto remota, è sufficiente a rendere costituzionalmente conforme una legge tesa a reprimere la manifestazione del pensiero<sup>214</sup>» e che costituiva, a ben vedere, il test tuttora applicato dalla maggioranza – è, anche esso, in teoria, un test intermedio; la sua applicazione nella prassi, tuttavia, lo rendeva totalmente incapace di funzionare come test realmente selettivo delle condotte punibili, per le ragioni che abbiamo finora cercato di esplicitare<sup>215</sup>.

L'unica effettiva alternativa sul tappeto era, allora, rappresentata dal *direct incitement test* proposto da Hand.

Anche dopo la riformulazione del *clear and present danger* fornita da Holmes nella sentenza *Abrams*, infatti, sostanziali differenze permangono fra l'approccio del giudice Holmes e quello propugnato da Learned Hand. Sostanzialmente diverso resta, infatti,

---

<sup>212</sup> La tesi è sostenuta in un classico articolo di R.H. BORK, *Neutral principle and Some First Amendment Problems*, 47 Ind. L. J. 1 (1971).

<sup>213</sup> Per tale ragione esso è definito da K.M. SULLIVAN-G. GUNTHER, *First Amendment Law*, cit. 22 «*an intermediate consequentialist approach*».

<sup>214</sup> Z. CHAFEE, *Book Review*, 62 Harv. L. Rev. 891 (1949).

<sup>215</sup> Cfr. in particolar modo *supra* I § 4 e 8.

il focus dell'analisi: quello proposto da Holmes è un test che si concentra sui (presunti) effetti di una determinata condotta, sui risultati dannosi cui una determinata affermazione poteva pervenire (indipendentemente dal fatto che, con la riformulazione del test si tenga conto solo di alcune possibili conseguenze dannose: quelle imminenti) e, in definitiva, sul grado del pericolo; quello di Hand è, lo ripetiamo, focalizzato sul contenuto comunicativo delle affermazioni usate dal soggetto agente, indipendentemente da ogni proiezione futura sulla probabilità del verificarsi di un danno.

Così – pur affermando di avere letto con piacere la *dissenting opinion* della sentenza *Abrams*, e dichiarandosi soddisfatto della nascita di un test potenzialmente in grado di limitare l'estrema discrezionalità del legislatore in materia di libertà di espressione – il giudice Hand non cessò di manifestare delle perplessità sulla natura del test prescelto da Holmes. «Da parte mia» scriverà, a più riprese, a Chafee<sup>216</sup> «credo che sarebbe stata maggiormente utile e adeguata una distinzione che si fondasse su significato letterale del linguaggio. Sarà pure ostinazione, ma continuo a preferire il test che ho tentato di affermare nel caso *Masses*, piuttosto che un test fondato sulla diretta ed immediata connessione tra le espressioni usate e il male perseguito<sup>217</sup>» dal soggetto agente. Un tale test – evidenzia il giudice – si espone ad una critica fondamentale: se non si ritengono lecite tutte le affermazioni diverse dalla diretta istigazione a commettere un reato, si lascia nelle mani della giuria la valutazione più delicata in assoluto, quella relativa alla tendenza del linguaggio. Ed è proprio quando si ha più bisogno di proteggere la libertà di pensiero che la protezione offerta dalle giurie è maggiormente illusoria<sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup> Per una ricostruzione dei rapporti fra Chafee e Hand cfr. G. GUNTHER, *Learned Hand: the Man and the Judge*, cit., 140 ss.

<sup>217</sup> C. JORDAN, *Reason and Imagination*, cit., 81 «[3 dicembre 1919] I do not altogether like the way Justice Holmes put the limitation. I myself think is a little more manageable and quite adequate a distinction to say that there is an absolute and objective test of language. I daresay that it is obstinacy, but I still prefer which I attempted to state in my first 'Masses' opinion, rather than to say that the connection between the words used and the evil aimed at should be immediate and direct», cfr. anche R. POLEMBERG, *Fighting Faiths*, cit., 241 s.

<sup>218</sup> C. JORDAN, *Reason and Imagination*, cit., 83 s. «[8 gennaio 1920] I prefer a test based upon the nature of the utterance itself. If, taken in its setting, the effect upon the hearers is only to counsel them to violate the law, it is unconditionally illegal. [As] to other utterances, it appears to me that regardless of their tendency they should be permitted [...] I think is

«Nel momento in cui ammetti che si tratta di una questione di ‘grado’» afferma, infatti, Hand «concedi al giudice ‘Tal dei Tali’ una discrezionalità così vasta che il gioco è fatto»; perfino la Corte suprema, a ben vedere, non è stata immune dal seguire il gregge, e quello che oggi sembra rappresentare un pericolo chiaro e diretto potrebbe essere visto come un pericolo assai remoto il prossimo anno, anche nelle medesime circostanze. «Ammetto che preferirei un test fondato sulla qualità delle affermazioni, un test rigido, più convenzionale e più difficile da aggirare<sup>219</sup>».

Il test di Hand – abbiamo avuto modo di osservare, ripercorrendo gli avvenimenti di quegli anni – indipendentemente dalla sua ‘bontà’, non ebbe mai una concreta possibilità di affermarsi. Per quanto, infatti, fosse proprio quest’ultimo test il più protettivo – e quello che aveva suscitato il maggiore apprezzamento<sup>220</sup> – la sua adozione era, tuttavia, sostanzialmente preclusa al giudice Holmes, a meno di sconfessare clamorosamente le opinioni da lui stesso espresse nella *trilogy*, per una Corte unanime, meno di sei mesi prima.

### 6.3. Riassumendo

Tentando un breve riassunto e qualche provvisoria osservazione.

---

*precisely at those times when alone the freedom of speech becomes important as an institution, that the protection of a jury on such an issue is illusory».*

<sup>219</sup> C. JORDAN, *Reason and Imagination*, cit., 103 s. «[2 gennaio 1921] *I’m not wholly in love with Holmesy’s test and the reason is this. Once you admit that the matter in one of degree [...] you give to Tomdickandharry, D.J., so much latitude that the jig is at once up. Besides even their Ineffabilities, the Nine Elder Statesmen have not showed them wholly immune from the ‘herd instinct’ and what seem ‘immediate and direct’ today may seem very remote next year even though the circumstances surrounding the utterance be unchanged. I own I should prefer a qualitative formula, hard, conventional, difficult to evade».*

<sup>220</sup> Lo stesso Chafee – che pur propendeva, per ragioni di opportunità, per una riformulazione del *clear and present danger test* – lo identificava, in effetti, come il test migliore. Cfr. *supra* § 4.2.

La ‘scelta’ operata da Holmes nella sentenza *Abrams* risponde bene ad alcune delle criticità che si erano evidenziate durante gli anni dalla guerra, e che la Corte suprema non era stata in grado di indirizzare nei primi casi da essa affrontati.

A) Dal punto di vista dell’elemento soggettivo, l’estrema discrezionalità riservata all’interprete dal *bad tendency test* viene temperata da una riformulazione della dottrina del *constructive intent* nelle fattispecie dell’*Espionage Act*; affermando che solo il più probabile dei risultati cui una condotta comunicativa tende può essere considerato oggetto del dolo del soggetto agente – che dunque, andrà assolto in tutti gli altri casi per carenza (non della possibilità/probabilità che l’espressione incriminata raggiunga il risultato proibito dalla norma, ma) dell’elemento soggettivo richiesto – il giudice Holmes dimostra di avere individuato una delle principali criticità del *bad tendency test* e propone una soluzione che, se correttamente applicata, diminuisce notevolmente la discrezionalità giudiziaria.

B) Dal punto di vista oggettivo, la riformulazione del *clear and present danger* – come un test genuinamente focalizzato sull’imminenza del pericolo minacciato quale discrimine tra condotte lecite ed illecite – costituisce anch’essa una regola che, se presa sul serio, è in grado di punire solo le condotte che esprimano una pericolosità spiccata, con la correlativa esclusione di quelle solo remotamente collegate alla possibilità di un danno.

Le ragioni a fondamento di questo cambiamento sono – a questo punto del nostro percorso – dichiaratamente di natura costituzionale.

L’individuazione di una precisa *ratio* sottesa alla fondamentale garanzia rappresentata dalla libertà di espressione – la libera competizione nel mercato delle idee che conduce alla scoperta del ‘vero’ per la società nel suo complesso – fornisce la possibilità di apprezzare, per la prima volta, l’effettiva portata degli interessi in gioco. Tale chiara individuazione del significato di quella che prima era una vuota formula consente, allora, di realizzare un bilanciamento ‘consapevole’, che valorizzi finalmente, su un piano non puramente teorico, la libertà di manifestazione del pensiero.

Non più unicamente il divieto della censura preventiva, non più solo l'indeterminata affermazione che esistono espressioni – non solo inoffensive ma anche pericolose – protette dal I Emendamento; finalmente un *test* preciso, in cui il discrimine fra affermazione pericolosa ma lecita e istigazione punibile è chiaramente identificato dallo spartiacque dell'imminenza del pericolo.

Se, tuttavia, dal punto di vista costituzionale, il test adottato consente di identificare chiaramente il discrimine fra condotta costituzionalmente protetta e istigazione criminale – sulla base, peraltro, un condivisibile assetto del bilanciamento dei diritti in gioco – lo stesso, forse, non può dirsi dal punto di vista delle tecniche (di diritto penale) messe in atto per garantire l'effettività di tale assetto di interessi.

Il dubbio è quello già più volte espresso da Learned Hand: un test che lascia al giudice la decisione ultima sulla «grado» del pericolo non è strutturalmente troppo debole per costituire un reale argine all'indiscriminata criminalizzazione in quei momenti in cui – per le particolari contingenze politiche – chi è al potere esercita (sovente tramite l'opinione pubblica) una notevole pressione perché si puniscano atti che la libertà di manifestazione del pensiero dovrebbe tutelare? E, nel dubbio, un test siffatto non produce un inaccettabile *chilling effect* di ogni intervento critico, anche costruttivo, proprio in quei momenti storici in cui la libera espressione e la libera stampa costituiscono gli anticorpi più potenti di una democrazia?



## CAPITOLO III

### DA *ABRAMS* AI GIORNI NOSTRI, PASSANDO PER *BRANDENBURG*

**SOMMARIO:** 1. La prima *red scare* e l'evoluzione del *clear and present danger test*. – 1.1. *Gillow v. New York* (1925). – 1.2. *Whitney v. California* (1927). – 1.3. Uno sguardo d'insieme: reti di pericolo astratto e *clear and present danger test*. – 2. La seconda *red scare* e lo *Smith Act*. – 2.1. *Dennis v. United States* (1951). – 2.2. L'approccio di alcune altre sentenze rilevanti del periodo: i casi *Yates*, *Scales* e *Noto*. – 3. *Brandenburg v. Ohio* (1969). – 4. Il *Brandenburg test*: le successive applicazioni da parte della Corte Suprema. – 5. (*segue*) e alcuni problemi irrisolti. – 5.1. Quali espressioni sono 'dirette a istigare'? – 5.2. Quando il danno cui l'istigazione può condurre può dirsi 'probabile'? – 5.3. Quando l'azione illegale (o violenta) oggetto di istigazione può dirsi imminente? – 6. E se il banco di prova ci fosse e la Corte suprema evitasse deliberatamente di affrontarlo?

#### **1. La prima *red scare* e l'evoluzione del *clear and present danger test***

Alla fine della prima guerra mondiale e con lo stabilizzarsi degli esiti della rivoluzione russa, gli Stati Uniti vissero – almeno nelle corti inferiori – un ritorno al *bad tendency test* in una serie di casi denominati *red scare cases*. Il 'terrore dei rossi', del comunismo 'dilagante' fu – come abbiamo in parte anticipato – il tratto distintivo degli anni venti e trenta del ventesimo secolo<sup>221</sup>.

---

<sup>221</sup> Per una descrizione dettagliata degli eventi del periodo, oltre alla bibliografia già citata *infra* II § 4, cfr. G. STONE, *Perilous Times*, 220 ss.

Le fattispecie incriminatrici delle manifestazioni del pensiero adoperate in questo periodo furono, in larga parte, di matrice statale (e non più federale). A partire dagli anni venti, infatti, i due terzi degli Stati federali – assieme a leggi che consentirono una nuova ondata di espulsione di massa degli *aliens* – misero in atto una serie di norme volte a proibire l’istigazione dell’anarchia e del sindacalismo ‘criminale’<sup>222</sup>. Ben presto, dunque, tali leggi ed i relativi casi arrivarono di fronte alla Corte Suprema.

Due sono le sentenze maggiormente rilevanti del periodo: *Gitlow v. New York*<sup>223</sup> e *Whitney v. California*<sup>224</sup>, che affrontarono il tema dell’applicabilità del *clear and present danger test* – che sempre più si faceva strada nella giurisprudenza della Corte – a leggi statali formulate con la tecnica del pericolo astratto. Tratto fondamentale, inoltre, della giurisprudenza di questi anni fu – come vedremo – il contributo all’evoluzione del *clear and present danger test* prestato soprattutto del secondo dei ‘padri’ di tale standard giurisprudenziale: il giudice Luis Brandeis.

### 1.1. *Gitlow v. New York* (1925)

Oggetto di questa prima, importante sentenza è la vicenda di Benjamin Gitlow, esponente della *Left Wing Section of the Socialist*, una corrente politica di estrema sinistra che si opponeva al socialismo moderato. Gitlow era stato condannato ad una pena compresa fra i cinque e i dieci anni di reclusione sulla base dell’applicazione dei paragrafi 161 e 162 del codice penale dello Stato di New York<sup>225</sup>, che punivano – qualificandola come *criminal anarchy* – l’apologia del rovesciamento delle istituzioni

---

<sup>222</sup> K.M. SULLIVAN-G. GUNTHER, *First Amendment Law*, cit., 29.

<sup>223</sup> *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

<sup>224</sup> *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

<sup>225</sup> Le norme in questione, in questo caso, non erano di recentissima introduzione: esse erano entrate in vigore nel 1902, sull’onda dell’emozione provocata dall’assassinio – il 14 settembre del 1901 – del presidente McKilney ad opera di un anarchico, Cfr. K.M. SULLIVAN-G. GUNTHER, *First Amendment Law*, cit., 31.

dello Stato, perpetrata attraverso la forza o la violenza, l'assassinio di un pubblico ufficiale o comunque attraverso ogni altro mezzo illegale.

Gli articoli in questione, più precisamente, recitavano:

**160. *Criminal anarchy defined.***

Criminal anarchy is the doctrine that organized government should be overthrown by force or violence, or by assassination of the executive head or of any of the executive officials of government, or by any unlawful means. The advocacy of such doctrine either by word of mouth or writing is a felony<sup>226</sup>.

**161. *Advocacy of criminal anarchy.***

Any person who:

1. By word of mouth or writing advocates, advises or teaches the duty, necessity or propriety of overthrowing or overturning organized government by force or violence, or by assassination of the executive head or of any of the executive officials of government, or by any unlawful means; or,
2. Prints, publishes, edits, issues or knowingly circulates, sells, distributes or publicly displays any book, paper, document, or written or printed matter in any form, containing or advocating, advising or teaching the doctrine that organized government should be overthrown by force, violence or any unlawful means,

is guilty of a felony and punishable by imprisonment or fine, or both<sup>227</sup>.

Due erano i capi in relazione ai quali Benjamin Gitlow era stato ritenuto colpevole dalla Corte suprema dello Stato di New York: in primo luogo, egli si era

---

<sup>226</sup> Gitlow v. New York, cit., 654 s.

<sup>227</sup> *Ibidem.*

incaricato della stampa di sedicimila copie del ‘Manifesto’ della corrente di estrema sinistra del partito socialista di cui era parte; in secondo luogo, Gitlow aveva riprodotto il contenuto di tale ‘Manifesto’ all’interno del giornale che dirigeva – *The Revolutionary Age* – principale mezzo adibito alla propagazione delle idee del movimento.

Nello scritto incriminato si affermava – con espressioni univoche, secondo la ricostruzione della Corte suprema<sup>228</sup> – la necessità di portare a termine la ‘Rivoluzione Comunista’ attraverso l’intervento del socialismo rivoluzionario basato sulla lotta di classe e sul potere del proletariato in azione, per mezzo di rivolte nelle fabbriche che si sarebbero trasformate in scioperi di massa e, infine, in azioni rivoluzionarie di massa con il proposito di distruggere lo Stato parlamentare e di sostituirlo con la dittatura rivoluzionaria del proletariato<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup> *Ivi*, 657.

<sup>229</sup> *Ivi*, 656, nota 2. Ne riportiamo solo alcuni estratti: «*The Left Wing Manifesto (Issued on Authority of the Conference by the National Council of the Left Wing). The world is in crisis. Capitalism, the prevailing system of society, is in process of disintegration and collapse [...] Humanity can be saved from its last excesses only by the Communist Revolution. There can now be only the Socialism which is one in temper and purpose with the proletarian revolutionary struggle [...] The class struggle is the heart of Socialism. Without strict conformity to the class struggle, in its revolutionary implications, Socialism becomes either sheer Utopianism, or a method of reaction [...] The dominant Socialism united with the capitalist governments to prevent a revolution. [...] Moderate Socialism affirms that the bourgeois, democratic parliamentary state is the necessary basis for the introduction of Socialism [...] Revolutionary Socialism, on the contrary, insists that the democratic parliamentary state can never be the basis for the introduction of Socialism; that it is necessary to destroy the parliamentary state, and construct a new state of the organized producers, which will deprive the bourgeoisie of political power, and function as a revolutionary dictatorship of the proletariat. [...] Revolutionary Socialism alone is capable of mobilizing the proletariat for Socialism, for the conquest of the power of the state, by means of revolutionary mass action and proletarian dictatorship [...] Revolutionary Socialism must base itself on the mass struggles of the proletariat, engage directly in these struggles while emphasizing the revolutionary purposes of Socialism and the proletarian movement. The mass strikes of the American proletariat provide the material basis out of which to develop the concepts and action of revolutionary Socialism [...] Revolutionary Socialism adheres to the class struggle because through the class struggle alone – the mass struggle – can the industrial proletariat secure immediate concessions and finally conquer power by organizing the industrial government of the working class. The class struggle is a political struggle [...] in the sense that its objective is political – the overthrow of the political organization upon which capitalistic exploitation depends, and the introduction of a new social system. The direct objective is the conquest by the proletariat of the power of the state. Revolutionary Socialism does not propose to ‘capture’ the bourgeois parliamentary state, but to conquer and destroy it. Revolutionary Socialism, accordingly, repudiates the policy of introducing Socialism by means of legislative measures on the basis of the bourgeois state [...] It proposes to conquer by means of political action [...] in the revolutionary Marxian sense, which does not simply mean parliamentarism, but the class action of the proletariat in any form having as its objective the conquest of the power of the state. [...] Parliamentary action which emphasizes the implacable character of the class struggle is an indispensable means of agitation. [...] But parliamentarism cannot conquer the power of the state for the proletariat. [...] The revolution starts with strikes of protest, developing into mass political strikes and then into revolutionary mass action for the conquest of the power of the state. [...] The bourgeois parliamentary state is the organ of the bourgeoisie for the coercion of the proletariat. The revolutionary proletariat must, accordingly, destroy this state. [...] It is therefore necessary that the proletariat organize its own state for the coercion and suppression of the bourgeoisie. [...] Proletarian dictatorship is a recognition of the necessity for a revolutionary state to coerce and suppress the bourgeoisie; it is equally a recognition of*

Gitlow ricorreva alla Corte Suprema, sostenendo che egli si fosse limitato ad fornire un'analisi storica, sociale ed economica del momento storico in cui gli Stati Uniti versavano, senza una vera e propria apologia della rivoluzione violenta e senza che, comunque, i suoi atti presentassero la necessaria immediatezza rispetto al danno per i beni giuridici tutelati dalla norma, come avrebbe richiesto una stretta applicazione del *clear and present danger test*, nella rilettura fornita dalla sentenza *Abrams*. Tale standard, infatti – come vedremo – da opinione di minoranza si era ben presto fatto strada nella giurisprudenza della Corte, che lo aveva sovente citato, seppur non in casi di istigazione penalmente rilevante.

Lo Corte suprema, estensore il giudice Sanford, conferma la condanna.

La legge oggetto di scrutinio – esordisce la Corte – non incrimina la comunicazione, con parole o scritti, di dottrine astratte o di discussioni accademiche che non presentino il carattere dell'istigazione al compimento di specifiche azioni; essa non è pensata per reprimere la propalazione di pubblicazioni a carattere saggistico aventi ad oggetto, ad esempio, la mera ricostruzione di temi storici o filosofici e – per di più – essa non punisce l'istigazione al cambio di forma di governo attraverso mezzi legali e costituzionalmente legittimi. Quello che norme in questione si propongono di incriminare è, specificamente, l'istigazione a rovesciare il governo attraverso mezzi illegali.

Senza ombra di dubbio – continua Sanford – il 'Manifesto' non costituisce né l'esposizione di una dottrina astratta né una mera previsione del fatto che azioni di disturbo nei confronti dell'industria e gli scioperi di massa siano la naturale e inevitabile conseguenza dell'evoluzione del sistema economico. Tale scritto invece incita chiaramente, con un linguaggio appassionato, al compimento di azioni di massa al fine di realizzare una rivoluzione; e si propone di raggiungere tale obiettivo attraverso mezzi che necessariamente implicano l'uso della violenza e che sono per loro natura incostituzionali in un ordinamento fondato sulla legge e sull'ordine.

---

*the fact that, in the Communist reconstruction of society, the proletariat as a class alone counts. [...] The old machinery of the state cannot be used by the revolutionary proletariat. It must be destroyed [...]».*

Non si tratta, insomma, di astratte affermazioni di carattere filosofico o di mere previsioni degli eventi a venire: il Manifesto – sostiene la Corte – incita direttamente a violare la legge.

Ebbene, prosegue Sanford, che lo Stato, nell'esercizio dei propri poteri di ordine pubblico, possa punire coloro che abusano della propria libertà espressione con condotte che danneggiano il bene comune – affermazioni che, ad esempio, siano contrarie al buon costume, disturbino la quiete pubblica o istighino alla commissione di delitti – è fuori discussione. A maggior ragione, dunque, lo Stato può punire quelle affermazioni che mirano a minare le sue stesse fondamenta, istigando alla rivoluzione con mezzi illegali. La salvaguardia e lo sviluppo di istituzioni libere e in armonia con la Costituzione – afferma la Corte, citando la sua precedente giurisprudenza<sup>230</sup> – è la base e il presupposto sul quale riposa la libertà di espressione; questa libertà, pertanto, non può e non deve essere intesa come il diritto di distruggere tali istituzioni.

La scelta, manifestata dallo Stato di New York attraverso il suo parlamento, di incriminare le condotte che ritiene così contrarie ai principi della civile convivenza da costituire una minaccia per lo stesso ordine costituito va allora tenuta – conclude Sanford – nella più grande considerazione.

Insomma, le espressioni che incitano alla rivoluzione violenta, o comunque attuata con mezzi illegali, presentano un grado di pericolosità tale che la loro disciplina deve essere lasciata alla discrezionalità del legislatore, verso la quale la Corte suprema mostra, in questo ambito, una notevole deferenza. L'immediato pericolo per le istituzioni democratiche rappresentato da tali condotte – continua poi il giudice Sanford – non può essere sminuito per il solo fatto che gli effetti di affermazioni di tal genere non possono essere oggetto di previsioni accurate:

---

<sup>230</sup> *Toledo Newspaper Co. v. United States*, 247 U.S. 402, 419 «*The safeguarding and fructification of free and constitutional institutions is the very basis and mainstay upon which the freedom of the press rests, and that freedom, therefore, does not and cannot be held to include the right virtually to destroy such institutions*».

[...] the immediate danger is none the less real and substantial, because the effect of a given utterance cannot be accurately foreseen. The State cannot reasonably be required to measure the danger from every such utterance in the nice balance of a jeweler's scale. A single revolutionary spark may kindle a fire that, smouldering for a time, may burst into a sweeping and destructive conflagration. It cannot be said that the State is acting arbitrarily or unreasonably when in the exercise of its judgment as to the measures necessary to protect the public peace and safety, it seeks to extinguish the spark without waiting until it has enkindled the flame or blazed into the conflagration. It cannot reasonably be required to defer the adoption of measures for its own peace and safety until the revolutionary utterances lead to actual disturbances of the public peace or imminent and immediate danger of its own destruction; but it may, in the exercise of its judgment, suppress the threatened danger in its incipiency. [...] We cannot hold that the present statute is an arbitrary or unreasonable exercise of the police power of the State unwarrantably infringing the freedom of speech or press; and we must and do sustain its constitutionality. [...] When the legislative body has determined generally, in the constitutional exercise of its discretion, that utterances of a certain kind involve such danger of substantive evil that they may be punished, the question whether any specific utterance coming within the prohibited class is likely, in and of itself, to bring about the substantive evil, is not open to consideration. It is sufficient that the statute itself be constitutional and that the use of the language comes within its prohibition<sup>231</sup>.

Non si può pretendere – afferma chiaramente la Corte – che il legislatore, disciplinando fattispecie così complesse e delicate, misuri il pericolo per l'ordinamento democratico 'con una bilancia da gioielliere'. Si tratta, infatti, di situazioni in cui una piccola scintilla può dar vita ad una fiamma e la fiamma ad una esplosione mortale per la democrazia; il legislatore, allora, deve poter punire anche quelle espressioni che sono

---

<sup>231</sup> *Gitlow v. New York*, cit., 670 ss.

in grado di dar vita alla scintilla della rivoluzione: non è tenuto ad attendere che essa si trasformi in un'attuale minaccia per l'ordinamento democratico.

Insomma, quando uno Stato, nell'esercizio dei suoi poteri costituzionali, decide di proibire determinate affermazioni perché esse, a suo giudizio, costituiscono una minaccia per le istituzioni democratiche – conclude la Corte – tale giudizio è insindacabile quanto alla effettiva probabilità che le affermazioni selezionate producano il risultato atteso. Casi come questi infatti – casi nei quali, cioè, il legislatore determina chiaramente il novero delle affermazioni proibite (quelle che istigano al rovesciamento delle istituzioni democratiche mediante l'uso di forza o violenza, l'assassinio di pubblici ufficiali o altri mezzi illegali) – si distinguono chiaramente da quelli nei quali le espressioni proibite non sono chiaramente indicate dalla legge, come nelle fattispecie incriminatrici dell'*Espionage Act*:

It is clear that the question in such cases is entirely different from that involved in those cases where the statute merely prohibits certain acts involving the danger of substantive evil, without any reference to language itself, and it is sought to apply its provisions to used by the defendant for the purpose of bringing about the prohibited results. There, if it be contended that the statute cannot be applied to the language used by the defendant because of its protection by the freedom of speech or press, it must necessarily be found, as an original question, without any previous determination by the legislative body, whether the specific language used involved such likelihood of bringing about the substantive evil as to deprive it of the constitutional protection. In such cases it has been held that the general provisions of the statute may be constitutionally applied to the specific utterance of the defendant if its natural tendency and probable effect was to bring about the substantive evil which the legislative body might prevent. [...] And the general statement in the *Schenck Case* that the "question in every case is whether the words are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils," – upon which great reliance is placed in the defendant's argument – was manifestly intended, as

shown by the context, to apply only in cases of this class, and has no application to those like the present, where the legislative body itself has previously determined the danger of substantive evil arising from utterances of a specified character.

[...] It was not necessary, within the meaning of the statute, that the defendant should have advocated "some definite or immediate act or acts" of force, violence or unlawfulness. It was sufficient if such acts were advocated in general terms; and it was not essential that their immediate execution should have been advocated.<sup>232</sup>.

L'immediato pericolo di un danno – il *clear and present danger* come riformulato nella sentenza *Abrams* – è un test che si applica solo quando la legge proibisce il raggiungimento di un determinato risultato senza indicare le modalità che rendono il perseguimento di un tale obiettivo illegale. Si applica, cioè, quando il reato sia a forma libera e non a forma vincolata, non individui cioè espressamente: *a)* la modalità comunicativa (parole, scritti etc.); *b)* gli specifici contenuti della comunicazione (istigazione a violare la legge con mezzi violenti etc.).

Nel primo caso, infatti, sarà possibile punire solo quando vi sia la prova di un imminente pericolo concreto per il bene giuridico oggetto di tutela; nel secondo caso, invece, si tratterà semplicemente di provare che determinate affermazioni del tipo di quelle proibite siano state effettivamente proferite dal soggetto agente, senza la necessità porsi alcuna domanda circa la loro potenziale lesività. Si tratterà, in definitiva, di reati di pericolo astratto, sui quali non solo (come d'ordinario) non sarà necessaria l'effettiva verifica del pericolo nel caso concreto, da parte del giudice procedente ma – afferma la Corte – non sarà neppure ammesso un controllo costituzionale di 'ragionevolezza' della massima di esperienza posta a fondamento della presunzione di offensività stabilita dal legislatore; ciò a motivo della delicatezza

---

<sup>232</sup> *Ibidem*.

dei temi trattati e della correlativa deferenza rispetto alle scelte dei vari organi legislativi nazionali espressa dalla Corte suprema.

Di diverso avviso il giudice Holmes, che nella sua breve ma densa *dissenting opinion* – cui aderisce anche il giudice Brandeis – si schiererà a favore dell'applicabilità del *clear and present danger* (e dunque del pericolo concreto imminente) anche a fattispecie così costruite:

Mr. Justice Brandeis and I are of opinion that this judgment should be reversed. [...] If I am right, then I think that the criterion sanctioned by the full Court in *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52, applies. «The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that [the State] has a right to prevent». [...] If what I think the correct test is applied, it is manifest that there was no present danger of an attempt to overthrow the government by force on the part of the admittedly small minority who shared the defendant's views. It is said that this manifesto was more than a theory, that it was an incitement. Every idea is an incitement. It offers itself for belief and if believed it is acted on unless some other belief outweighs it or some failure of energy stifles the movement at its birth. The only difference between the expression of an opinion and an incitement in the narrower sense is the speaker's enthusiasm for the result. Eloquence may set fire to reason. But whatever may be thought of the redundant discourse before us it had no chance of starting a present conflagration. If in the long run the beliefs expressed in proletarian dictatorship are destined to be accepted by the dominant forces of the community, the only meaning of free speech is that they should be given their chance and have their way<sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup> *Ivi*, 672 s.

Premessa l'applicabilità, alla fattispecie in questione, del *clear and present danger test*, è evidente – esordisce il giudice Holmes – come, nel caso di specie, non vi sia alcun pericolo imminente di rovesciamento del governo con la forza da parte della piccola minoranza di persone che condivide le opinioni dell'imputato; qualunque cosa si pensi, infatti, del ridondante discorso in esame – continua Holmes – esso non ha alcuna *chance* di provocare imminenti conseguenze deflagranti. Ma vi è di più: se nel lungo periodo le opinioni espresse circa la dittatura del proletariato saranno accettate dalla maggior parte della società – se, dunque, vi è un pericolo, seppur remoto, che queste affermazioni facciano presa – ciò che impone il I Emendamento in questo caso è che a tali idee sia concessa la possibilità di affermarsi e fare il loro percorso.

La maggioranza afferma inoltre – osserva Holmes – che il 'Manifesto' non costituisce l'esposizione di una semplice teoria, bensì una vera e propria istigazione. Ebbene – afferma il giudice, coniando un'altra espressione destinata a diventare celeberrima – «ogni idea è una istigazione»: ogni idea vuole essere condivisa e, se condivisa, ogni idea è messa in atto, a meno che non vi sia un'altra idea che abbia un maggior peso o che la mancanza dell'energia necessaria a metterla in atto soffochi questo processo sul nascere. L'unica differenza fra l'espressione di un'opinione e quella che in senso stretto viene definita un'istigazione è, per il giudice, l'entusiasmo per il risultato da raggiungere: quell'eloquenza che, 'incendiando la ragione', rende l'ascoltatore più convinto della bontà delle idee espresse e più propenso a mettere in atto quanto ascoltato o letto.

## 1.2. *Whitney v. California* (1927)

Ci soffermiamo per un attimo anche su un'altra famosa sentenza di questo periodo, *Whitney v. California*<sup>234</sup>, della quale è celebre soprattutto la *concurring opinion*

---

<sup>234</sup> *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

firmata, questa volta, dal giudice Brandeis, e alla quale aderisce anche il giudice Holmes.

Il caso è molto simile a quello della sentenza *Gitlow*: protagonista del caso è un'aderente al partito socialista, Anita Whitney, che incarna la visione radicale del partito e che partecipa alla *convention* che vedrà la nascita del *Communist Labor Party*, fondato su idee simili rispetto a quelle espresse dal movimento di estrema sinistra di cui faceva parte Benjamin Gitlow; la legge violata è poi, anche in questo caso, statale – il *Criminal Syndicalism Act* dello Stato della California – e costruita in maniera molto simile all'omologa norma dello Stato di New York.

La legge in questione prevedeva, infatti:

**Section 1.** The term 'criminal syndicalism' as used in this act is hereby defined as any doctrine or precept advocating, teaching, or aiding and abetting the commission of crime, sabotage, [or] unlawful acts of force and violence or unlawful methods of terrorism as a means of accomplishing a change in industrial ownership or control or effecting any political change.

**Section 2.** Any person who:

[...] 4. Organizes or assists in organizing, or who knowingly becomes a member of, any organization, society, group or assemblage of persons organized or assembled to advocate, teach, or abet [criminal syndicalism]<sup>235</sup>.

Più precisamente, Anita Whitney era stata condannata per avere organizzato o comunque collaborato ad organizzare la *convention* nella quale si sarebbe proceduto a diffondere le dottrine del *Communist labor party*. La ricorrente si doleva di fronte alla Corte Suprema del mancato rispetto della *due process clause* di cui al XIV Emendamento e non, invece, di una violazione del I Emendamento; di qui, l'insindacabilità delle

---

<sup>235</sup> Cfr. SHIFFRIN S.H.-CHOPER J.H., *The First Amendment*, cit., 33, nota 1.

scelte operate dalle corti inferiori in materia di libertà di espressione. Tale preclusione, tuttavia, non impedisce ai giudici più sensibili a questo tema, Holmes e Brandeis, di criticare – seppur *obiter* e in una decisione che per le suddette ragioni processuali non può che essere *concurring* – degli altri membri della Corte suprema.

Estensore della sentenza è, per la maggioranza, il giudice Sanford:

[...] that a State in the exercise of its police power may punish those who abuse this freedom by utterances inimical to the public welfare, tending to incite to crime, disturb the public peace, or endanger the foundations of organized government and threaten its overthrow by unlawful means, is not open to question. [*Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 666-668, and cases cited]. By enacting the provisions of the Syndicalism Act the State has declared, through its legislative body, that to knowingly be or become a member of or assist in organizing an association to advocate, teach or aid and abet the commission of crimes or unlawful acts of force, violence or terrorism as a means of accomplishing industrial or political changes, involves such danger to the public peace and the security of the State, that these acts should be penalized in the exercise of its police power. [HN9] That determination must be given great weight. Every presumption is to be indulged in favor of the validity of the statute.

[...] The essence of the offense denounced by the Act is the combining with others in an association for the accomplishment of the desired ends through the advocacy and use of criminal and unlawful methods. It partakes of the nature of a criminal conspiracy. That such united and joint action involves even greater danger to the public peace and security than the isolated utterances and acts of individuals, is clear. We cannot hold that, as here applied, the Act is an unreasonable or arbitrary exercise of the police power of the State, unwarrantably infringing any right of free speech, assembly or association, or that those persons are protected from punishment by the due

process clause who abuse such rights by joining and furthering an organization thus menacing the peace and welfare of the State<sup>236</sup>.

La Corte – come abbiamo avuto modo di osservare – si limita qui a ribadire alcuni dei concetti chiave già espressi nella sentenza *Gitlow*: l'indiscutibile possibilità di punire quei comportamenti che, pur concretizzandosi in manifestazioni della libertà di pensiero, siano tali da mettere in pericolo la pacifica convivenza; la possibilità per lo Stato di punire anche affermazioni che non creano un pericolo immediato per le istituzioni democratiche; la necessaria deferenza, in questa materia, per le scelte del legislatore.

Una tesi radicalmente diversa è sostenuta dal giudice Brandeis nella sua *concurring opinion*, sottoscritta, come anticipato, dal giudice Holmes.

La libertà di espressione è un diritto fondamentale – esordisce il giudice – ma non un diritto assoluto: esso può essere soggetto a restrizioni per proteggere l'integrità dello Stato di diritto e la società da gravi danni politici, economici o morali. Tuttavia, continua Brandeis, questa Corte ha già stabilito (nella sentenza *Schenck*) che, perché si possa punire una manifestazione della libertà di espressione, le affermazioni in questione devono costituire una minaccia di un danno imminente al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice; è stato inoltre affermato (nella sentenza *Gitlow*) che spetta allo Stato identificare le espressioni che presentano questa potenzialità lesiva e selezionare le misure idonee a fronteggiarne la minaccia.

Ebbene – afferma Brandeis – se non vi è dubbio che spetti allo Stato, in prima battuta, determinare quali siano tali fattispecie concrete, lo Stato stesso non può, da solo, essere giudice della ragionevolezza di una tale decisione, che spetta in ultima analisi alla Corte suprema. Questa Corte – continua il giudice – non si è ancora pronunciata circa i requisiti necessari per qualificare un determinato pericolo come 'chiaro' o per definire quanto remoto possa essere un pericolo considerato 'attuale' o,

---

<sup>236</sup> *Whitney v. California*, cit., 371.

ancora, quale debba essere la gravità del danno sufficiente perché – per scongiurarlo il pericolo – si limiti la libertà di espressione o di associazione dei cittadini.

Per raggiungere una conclusione condivisibile su questi punti è necessario – osserva Brandeis – domandarsi quali sono le ragioni per le quali, comunemente, è proibito allo Stato limitare la circolazione di idee su temi sociali, politici o economici anche quando la maggior parte dei suoi cittadini ritengano che tali idee siano fallaci e potenzialmente foriere di conseguenze negative per i singoli o la società nel suo complesso.

Tali ragioni sono dal giudice tratteggiate con straordinaria eloquenza:

Those who won our independence believed that the final end of the State was to make men free to develop their faculties; and that in its government the deliberative forces should prevail over the arbitrary. They valued liberty both as an end and as a means. They believed liberty to be the secret of happiness and courage to be the secret of liberty. They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth; that without free speech and assembly discussion would be futile; that with them, discussion affords ordinarily adequate protection against the dissemination of noxious doctrine; that the greatest menace to freedom is an inert people; that public discussion is a political duty; and that this should be a fundamental principle of the American government. They recognized the risks to which all human institutions are subject.

But they knew that order cannot be secured merely through fear of punishment for its infraction; that it is hazardous to discourage thought, hope and imagination; that fear breeds repression; that repression breeds hate; that hate menaces stable government; that the path of safety lies in the opportunity to discuss freely supposed grievances and proposed remedies; and that the fitting remedy for evil counsels is good ones. Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law – the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies

of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed<sup>237</sup>.

Le ragioni per cui uno Stato non può, normalmente, limitare la libertà di espressione dei suoi cittadini sono identificate, da Brandeis, negli ideali dei padri costituenti. Coloro che ci hanno guadagnato l'indipendenza – afferma il giudice – credevano che il fine ultimo dello Stato fosse quello di rendere tutti gli uomini liberi di esprimere le proprie capacità ed essi istituirono, pertanto, un sistema di governo nel quale le deliberazioni fossero comuni e non arbitrarie.

Per questi uomini – continua Brandeis – la libertà costituiva, contemporaneamente, un mezzo e un fine. Essi credevano che libertà fosse il segreto della felicità e il coraggio il segreto della libertà e stabilirono che gli americani potessero pensare quello che volevano e dire le cose che pensavano, perché la libertà di espressione è un mezzo indispensabile per l'individuazione e la diffusione delle 'verità' politiche. Senza libertà di espressione non c'è vera discussione, non c'è dunque quell'ambiente di confronto indispensabile per proteggere la società dalla diffusione di idee nocive; pertanto, la possibilità di discutere in pubblico le proprie idee divenne un principio fondamentale nella forma di governo americana e un dovere politico dei cittadini, perché il più grande male è costituito da una società inerte.

I padri costituenti erano, ovviamente, consci dei rischi cui ogni istituzione umana è esposta, ma credevano: che l'ordine non possa essere mantenuto semplicemente attraverso la paura della punizione conseguente alle infrazioni; che sia pericoloso scoraggiare le manifestazioni del pensiero, la speranza, la fantasia; che la paura conduca alla repressione e la repressione all'odio; che l'odio minacci la stabilità dei governi e che dunque la via da seguire sia quella della libera discussione di ogni motivo di lamento e dei possibili rimedi; e che il giusto rimedio per i cattivi consigli sia costituito dai buoni consigli.

---

<sup>237</sup> *Ivi*, 375 s.

Perché, dunque, i costituenti credevano al potere della ragione come emergente dalla pubblica discussione delle proprie idee – continua Brandeis – essi ripudiarono il silenzio imposto per legge, l'argomento della forza nella sua forma peggiore.

È proprio per tale ragione, allora, che la paura di conseguenze dannose derivanti dall'espressione non può, da sola, giustificare la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero. Perché tale fondamentale libertà possa essere soppressa – sottolinea il giudice – sono necessari alcuni specifici requisiti: devono esserci motivi ragionevoli per supporre che dall'espressione di determinate idee possa derivare un danno grave; e devono esserci motivi ragionevoli per ritenere che un tale danno sia imminente. Bisogna sempre tenere bene a mente la notevole differenza che esiste fra mere affermazioni e istigazione, tra atti preparatori e tentativo, tra semplici riunioni e accordi per commettere un delitto (*conspiracy*).

Infatti, continua ancora Brandeis:

Those who won our independence by revolution were not cowards. They did not fear political change. They did not exalt order at the cost of liberty. To courageous, self-reliant men, with confidence in the power of free and fearless reasoning applied through the processes of popular government, no danger flowing from speech can be deemed clear and present, unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence. Only an emergency can justify repression. Such must be the rule if authority is to be reconciled with freedom. Such, in my opinion, is the command of the Constitution. It is therefore always open to Americans to challenge a law abridging free speech and assembly by showing that there was no emergency justifying it.

Moreover, even imminent danger cannot justify resort to prohibition of these functions essential to effective democracy, unless the evil apprehended is relatively serious. Prohibition of free speech and assembly is a measure so stringent that it would be inappropriate as the means for averting a relatively trivial harm to society. A police measure may be unconstitutional merely because the remedy, although effective as means of protection, is unduly harsh or oppressive. [...] The fact that speech is likely to result in some violence or in destruction of property is not enough to justify its suppression. There must be the probability of serious injury to the State. Among free men, the deterrents ordinarily to be applied to prevent crime are education and punishment for violations of the law, not abridgment of the rights of free speech and assembly<sup>238</sup>.

Coloro che ci guadagnarono l'indipendenza – sottolinea il giudice – non erano dei codardi: non privilegiarono l'ordine sacrificando la libertà e professarono sempre una limpida fiducia nella discussione delle idee in pubblico come metodo funzionale all'attuazione del governo del popolo. Proprio per tale ragione, allora, perché possa ammettersi che vi è un pericolo chiaro ed attuale e dunque che la libertà di espressione può essere limitata, è necessario che il male minacciato dalle affermazioni incriminate sia così imminente da potersi manifestare prima che esse possano essere 'disinnescate' da una seria discussione pubblica. Il rimedio corretto da applicare in questi casi è infatti – sostiene Brandeis – non il silenzio imposto con la forza, ma '*more speech*': più possibilità di discutere del tema.

Solo un'autentica emergenza – conclude il giudice – può giustificare la repressione: questo è l'unico modo di conciliare le esigenze dell'ordine e della libertà e questo è, a giudizio di Brandeis, ciò che la Costituzione impone di fare.

Vi è ancora, però, un requisito necessario per la criminalizzazione di espressioni della libertà di manifestazione del pensiero dei cittadini: esso è – nella lucida ricostruzione del giudice Brandeis – la gravità del danno minacciato.

---

<sup>238</sup> *Ivi*, 377 s.

Anche il pericolo più imminente, sostiene il giudice, non giustificerebbe la repressione di un diritto così fondamentale per il funzionamento della democrazia se il male minacciato non fosse grave in maniera comparabile; la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero è una misura così estrema, infatti, da risultare inappropriata quando ad essere a rischio sono beni giuridici di scarso valore. Deve esserci, allora, una seria probabilità che l'espressione incriminata causi un grave danno allo Stato. Tra uomini liberi – conclude Brandeis – i metodi per prevenire il crimine devono essere l'educazione e la giusta punizione per coloro che violano la legge, non la soppressione della libertà di riunione e di quella di manifestare liberamente il proprio pensiero.

Così affermati i principi generali in materia, il giudice passa all'analisi della legge in questione. Il fatto che tale legge rispetti i requisiti della Costituzione dello Stato della California quanto alla legislazione di emergenza, non preclude – sostiene il giudice – l'ulteriore analisi relativa al rispetto di quanto previsto dalla Costituzione degli Stati Uniti; questo perché una legge, anche se non incostituzionale in sé e per sé (*void on its face*), può condurre a risultati applicativi che siano incostituzionali (*void as applied*) e che vanno apprezzati in relazione ai singoli casi di specie.

Al cittadino americano, dunque, deve sempre restare aperta la possibilità che la Corte suprema giudichi se, nel suo caso, vi sia stata una violazione dei diritti fondamentali garantiti dal I Emendamento. Alla Corte spetterà, nei singoli casi concreti, valutare: se effettivamente sussistesse un pericolo 'chiaro'; se tale pericolo fosse anche imminente; e se il danno minacciato fosse così grave da giustificare la limitazione di un diritto di fondamentale importanza, quale è la libertà di espressione.

In questa materia – conclude Brandeis – la legge statale crea una presunzione semplice di sussistenza di tutte queste condizioni, una presunzione che può dunque essere rigettata dalla Corte suprema.

### 1.3. Uno sguardo d'insieme: reati di pericolo astratto e *clear and present danger test*

Dell'analisi delle sentenze *Gitlow* e *Whitney* emerge con chiarezza almeno un punto fermo: tanto la maggioranza della Corte, quanto i giudici dissenzienti concordano sulla netta differenza che sussiste fra *expressions of philosophical abstraction* e *the language of direct incitement*<sup>239</sup>. La mera esposizione di una teoria, indipendentemente dal suo contenuto, non può essere oggetto di repressione; al contrario, le espressioni che istigano direttamente a violare la legge possono essere legittimamente criminalizzate, in ragione della tendenza che tali manifestazioni della libertà di espressione esprimono verso la commissione di delitti e la messa in pericolo della sopravvivenza della comunità stessa.

La questione problematica oggetto dello scontro fra la maggioranza e i giudici Holmes e Brandeis è questa volta, invece, la corretta qualificazione della natura delle norme oggetto di scrutinio: si tratta di reati di pericolo concreto o astratto? Per la maggioranza, infatti, il *clear and present danger test* è applicabile solo ai reati a forma libera, quelli nei quali il legislatore si limita ad indentificare un determinato risultato vietato; viene in questo caso in considerazione il fatto che, nei singoli casi concreti, la modalità con la quale tale risultato potrebbe raggiungersi è tutelata dalla Costituzione e, pertanto, la condotta è punibile solo qualora essa crei un pericolo 'qualificato' (chiaro e attuale) per il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, da verificarsi caso per caso. Tale test tuttavia non si applica – sostiene la maggioranza – alle fattispecie nelle quali è il legislatore (statale) stesso ad identificare quelle espressioni che – sulla base di una presunzione assoluta rientrando nell'ambito della discrezionalità legislativa e dunque insindacabile dalla Corte – sono in grado di condurre alla lesione di quei beni giuridici che lo Stato ha il potere di preservare, anche a fronte di attacchi che costituiscono estrinsecazioni della libera manifestazione del pensiero<sup>240</sup>.

---

<sup>239</sup> *Gitlow v. New York*, cit., 664.

<sup>240</sup> Sviluppa molto chiaramente il punto E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 165.

La posizione della maggioranza della Corte, in entrambe le sentenze, rivela, dunque, una estrema deferenza nei confronti degli organi legislativi dei singoli stati; la metafora di un pericolo per le istituzioni democratiche che non può misurarsi «con la bilancia di un gioielliere» restituisce inoltre, con vividezza, il clima politico in cui le valutazioni della Corte suprema venivano svolte: un clima dominato dalla percezione sociale di una grave minaccia imminente sulle istituzioni democratiche.

Di diverso avviso i giudici dissenzienti, con una motivazione che meglio si apprezza, forse, nella sentenza *Whitney*.

Il *clear and present danger test*, sostengono Holmes e Brandeis, si applica anche ai reati a forma (doppiamente) vincolata: quelli in cui il legislatore seleziona *a*) una modalità espressiva tutelata dal I Emendamento (discorso pubblico o privato, libro, articolo di giornale, vignetta satirica etc.), *b*) lo specifico contenuto dell'espressione vietato perché pericoloso (ad esempio, frasi che inneggiano alla violenza nei confronti dei pubblici ufficiali). Anche in questi casi, infatti, la libertà di espressione del cittadino può essere limitata solo a fronte di una minaccia imminente e sufficientemente grave.

Imminente, perché come afferma, in alcuni celeberrimi passaggi della sentenza *Whitney*, Brandeis: il giusto rimedio per i cattivi consigli è costituito dai buoni consigli. La *dissenting opinion*, nell'esaltare il valore della discussione sulla cosa pubblica, parafrasa in maniera evidente alcune celebri affermazioni dei *framers*, e in particolar modo di Jefferson<sup>241</sup>: la discussione, il *'more speech'*, e non la repressione sono i mezzi con cui si preserva la democrazia fra uomini liberi; il silenzio imposto per legge costituisce l'argomento della forza nella sua forma peggiore.

Gli unici casi in cui tale fondamentale principio è derogabile, allora, sono i casi in cui la minaccia rappresentata da un'idea potenzialmente deflagrante è troppo vicina

---

<sup>241</sup> Cfr. *The Papers of Thomas Jefferson*, Volume 34: 1 May to 31 July 1801, Princeton University Press, 2007, 493-4 – Lettera ad Elijah Bordman, 3 luglio 1801] «*But we have nothing to fear from the demoralizing reasonings of some, if others are left free to demonstrate their errors. And especially when the law stands ready to punish the first criminal act produced by the false reasoning, these are safer correctives than the conscience of a judge*»; cfr. anche questo brano del *First Inaugural Address, March 4, 1801* «*If there be any among us who would wish to dissolve this Union, or to change its republican form, let them stand undisturbed as monuments of the safety with which error of opinion may be tolerated, where reason is left free to combat it*» su cui vedi M.B. NIMMER, *Nimmer on Freedom of Speech*, cit., 1.02[G], 1-42.

nel tempo per potere essere fronteggiata con il mezzo che dovrebbe d'ordinario adoperarsi a tale scopo: il *more speech*<sup>242</sup>. Se la minaccia non è imminente, l'espressione è protetta dal I Emendamento.

La minaccia deve poi essere grave – e questa è, a ben vedere, una novità: un nuovo requisito che si aggiunge al *clear and present danger test* –, perché la compressione di un diritto fondamentale, qual è la libera espressione, richiede che il bene giuridico protetto a prezzo di una tale limitazione non sia, al confronto, di scarsa rilevanza. A fronte di un contro-interesse di poco valore, la limitazione della libertà di espressione non è giustificabile.

Ebbene – sostengono i giudici dissenzienti – la valutazione in ordine a tali fondamentali requisiti non può essere lasciata all'arbitrio del legislatore: poiché, infatti, la selezione delle condotte incriminate è potenzialmente in grado di incidere su diritti di rilevanza costituzionale, alla Corte suprema deve essere dato il potere di intervenire:

a) per dichiarare invalida la norma *on its face*: per ritenere, cioè, che le presunzioni alla base della formulazione della norma incriminatrice – già nella sua formulazione astratta – non rispettino i requisiti del *clear and present danger test* (non individuino, cioè, classi di condotte in grado di esprimere il pericolo di un danno grave e probabile come conseguenza di un'azione imminente);

b) per dichiarare contraria al primo emendamento l'applicazione della norma nel caso concreto: per ritenere, cioè, che uno dei requisiti necessari per l'incriminazione fosse assente nella concreta applicazione nella norma al caso di specie.

Volendo tentare una sintesi.

Dalle sentenze esaminate emerge come, anche durante gli anni della prima *red scare*, la maggioranza della Corte suprema, pur riconoscendo nel *clear and present danger*

---

<sup>242</sup> Ulteriori sentenze nelle quali si evidenzia il ruolo del *more speech* nella giurisprudenza della Corte Suprema in materia di I Emendamento sono, ad esempio: *Thornill v. Alabama*, 310 U.S. 88, 104 s. (1940): «*Abridgment of the liberty of such discussion can be justified only when the clear danger of substantive evils arises under circumstances affording no opportunities to test the merits of ideas by competition for acceptance in the market of public opinion*»; *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350, 375 (1927) (Brandeis, J., concurring); *Linmark Associates, Inc. v. Willingboro*, 431 U.S. 85, 97 (1977).

*test* il vero ‘banco di prova’ delle leggi incriminanti manifestazioni della libertà di pensiero, cercò nella pratica di applicare tale test il meno possibile. Alla pressione politica e all’isteria generale, la Corte trovò difficile opporre regole chiare che consentissero una effettiva tutela delle manifestazioni del pensiero dissenziente.

In questi anni, tuttavia, il *clear and present danger test* non fu mai formalmente *overruled*, e anzi la Corte mantenne sempre nei confronti di tale standard un atteggiamento di deferenza, limitandone l’applicazione con la tecnica del *distinguishing* senza in alcun modo intaccarne la struttura.

Se mai, il test si rafforzò. Ciò grazie a una nuova e autorevole sottolineatura – da parte di Brandeis – del profondo legame sussistente fra libertà di espressione e democrazia; e grazie alla specificazione di un ulteriore elemento necessario per giustificare la criminalizzazione dell’espressione: il pericolo grave, nel senso di incidente su un bene giuridico di rilevante valore.

## **2. La Seconda *red scare* e lo *Smith Act***

Tra la fine degli anni Quaranta e la metà degli anni Cinquanta, una nuova e più violenta *red scare* monopolizzò l’attenzione politica e generò il panico nell’opinione pubblica. La presa d’acciaio di Stalin sull’Europa dell’Est, la rivoluzione comunista in Cina, lo scontento per le condizioni politiche ed economiche nell’Europa occidentale e la corsa agli armamenti nucleari da parte della Russia, risvegliarono prepotentemente la paura di un’aggressione comunista<sup>243</sup>.

Durante la grande depressione, molti intellettuali di idee liberali e *leader* sindacalisti erano stati attratti dalle idee del socialismo divenendo talvolta membri del partito comunista. All’inizio della Guerra Fredda divenne facile dipingere questi soggetti come spie dei comunisti che vendevano i segreti delle istituzioni americane al

---

<sup>243</sup> D.A. FARBER, *The First Amendment*, cit., 63.

nemico<sup>244</sup>. La nuova campagna di repressione della libertà di pensiero in funzione anti-comunista fu provocata anche da alcuni importanti fatti di cronaca: fra tutti, il processo ad Alger Hiss, ex ufficiale del Dipartimento di Stato, accusato di *perjury* nell'inchiesta che lo vedeva imputato quale spia dell'Unione Sovietica<sup>245</sup>.

Si tratta di un periodo della storia statunitense definito, in Europa, come 'maccartismo', dal nome del senatore J.R. McCarthy, che diresse una commissione per la repressione delle attività antiamericane, sottoponendo a vigilanza centinaia di persone e operando attacchi personali – che raramente trovarono poi riscontro nei tribunali – nei confronti di funzionari governativi, uomini dello spettacolo e della cultura.

Tanto fu esasperato il clima di sospetto e tali furono i comportamenti persecutori messi in atto nei confronti di singoli o gruppi di persone, accusate di comportamenti 'antiamericani', che il termine 'maccartismo' è, nel vocabolario italiano, considerato un sinonimo di 'caccia alle streghe'<sup>246</sup>.

Le massicce incriminazioni che caratterizzarono questi anni furono rese possibili dall'entrata in vigore, alcuni anni prima, di nuova legge federale incriminante manifestazioni della libertà di pensiero: lo *Smith Act* del 1940, la cui portata è molto simile a quella del *Criminal Anarchy Statute* già esaminato dalla Corte suprema nella sentenza *Gitlow*. In particolar modo, tale legge prevedeva:

**Section 2.** (a) It shall be unlawful for any person:

---

<sup>244</sup> Ivi, 63 s.; cfr. diffusamente G. STONE, *Perilous Times*, 318 ss.

<sup>245</sup> M.H. REDISH, *Robert S. Marx Lecture: Unlawful Advocacy and Free Speech Theory: Rethinking the Lesson of the McCarthy Era*, 73 *University of Cincinnati Law Review*, 9 (2004), 11 s. «*Those who vigorously opposed Communism during the McCarthy era did so for a variety of reasons: fear on the part of American business people that communism would undermine well-established principles of American capitalism; antagonism on the part of religious Catholic Eastern European immigrants who had themselves witnessed the viciousness of Communist suppression first hand; and concern by American liberals about the totalitarian threat to human rights and democracy that communism presented. From the revisionist perspective, then, all of the seemingly wild allegations of American Communist espionage or attempted overthrow made during the 1940s and 1950s were, for the most part, unsupported or even concocted means of discrediting American Communists, designed to justify the suppression by both public and private levels of American society*».

<sup>246</sup> Così, ad esempio, la voce 'maccartismo' nel vocabolario *Treccani*.

(1) to knowingly or willfully advocate, abet, advice, or teach the duty, necessity, desirability, or propriety of overthrowing or destroying any government in the United States by force or violence, or by the assassination of any officer of any such [government];

(2) [...]

(3) to organize or help to organize any society, group, or assembly of persons who teach, advocate, or encourage the overthrow or destruction of any government in the United States by force or violence; or to be or become a member of, or affiliate with, any such society, group, assembly of persons, knowing the purpose [thereof].

**Section 3.** It shall be unlawful for any person to attempt to commit, or to conspire to commit, any of the acts prohibited [by] this title <sup>247</sup>.

Sulla base dello *Smith Act* era dunque reato: a) consapevolmente e volontariamente istigare, suggerire o istruire circa la doverosità, necessità, desiderabilità o correttezza del rovesciamento o della distruzione di ogni governo negli Stati Uniti attraverso la forza o la violenza, o l'assassinio di un pubblico ufficiale di tale governo; b) organizzare o aiutare ad organizzare ogni associazione, gruppo o raduno di persone che istruiscono, istigano o incoraggiano il rovesciamento o la distruzione di ogni governo negli Stati Uniti attraverso la forza o la violenza; c) essere o diventare un membro o un affiliato di ognuno di questi gruppi conoscendone i propositi; d) Tentare o accordarsi per tentare uno degli atti di cui alle lettere precedenti.

Per capire come la legge in questione fu concretamente applicata, prendiamo in considerazione la più significativa sentenza del periodo – *Dennis v. United States*<sup>248</sup> – e in seguito, brevemente, alcuni altri casi.

---

<sup>247</sup> Cfr. SHIFFRIN S.H.-CHOPER J.H., *The First Amendment*, cit., 39 nota 1.

<sup>248</sup> *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

## 2.1. *Dennis v. United States* (1951)

I ricorrenti, tutti esponenti politici di spicco, erano stati condannati per avere consapevolmente e volontariamente cospirato per organizzare il Partito Comunista americano: un gruppo di persone asseritamente dedite ad istigare al rovesciamento del governo degli Stati Uniti mediante forza e la violenza. In particolar modo, la Corte d'appello per il Secondo circuito aveva ritenuto: che il partito comunista fosse un gruppo molto organizzato, in grado di infiltrarsi in posizioni strategiche, utilizzando pseudonimi e linguaggi in codice; che esso fosse sottoposto ad un controllo rigido; che gli appartenenti al partito comunista, a differenza di quelli degli altri partiti politici, eseguissero gli ordini provenienti dai superiori senza discuterli; che l'obiettivo perseguito dal partito fosse – e gli ordini fosse dunque finalizzati a – giungere ad un rovesciamento dell'ordine costituito attuato mediante atti di violenza.

Sulla base di questi presupposti, i ricorrenti erano stati condannati dalla Corte d'appello – presieduta, per un curioso scherzo del destino, proprio da quel giudice Learned Hand che era stato fra i più accesi sostenitori della libertà di espressione in terra americana<sup>249</sup> – che aveva nel caso di specie mantenuto una posizione molto deferente nei confronti dei precedenti giurisprudenziali in materia e, ritenendo l'insegnamento propalato non la mera enunciazione di una dottrina astratta ma un vera e propria istigazione, aveva condannato i ricorrenti<sup>250</sup>.

La Corte suprema, chiamata a pronunciarsi sulla conformità a Costituzione della legge in questione, conferma la condanna con il voto di sei giudici contro due. Non vi è, in questo caso, una vera e propria maggioranza dei membri della Corte a sostenere una determinata motivazione. L'*opinion* del giudice Vinson è quella cui il più alto numero di giudici (Reed, Burton e Minton) aderisce; vi sono due *concurring opinion*

---

<sup>249</sup> La circostanza è rilevata da K.M. SULLIVAN-G. GUNTHER, *First Amendment Law*, cit., 44 s.; G. Gunther, *Learned Hand the man and the judge*, cit., 600, la giustifica affermando, appunto, la deferenza mostrata dal giudice Hand rispetto ai precedenti della Corte Suprema e inoltre rilevando come il test della sentenza *Masses* fosse stato 'dimenticato' negli anni fra le due guerre mondiali, a cagione della nascita del *clear and present danger test*.

<sup>250</sup> *United States v. Dennis*, 183 F.2d 201 (2d Cir.) (1950).

(giudici Frankfurter e Jackson), due *dissenting opinion* (giudici Black e Douglas) e un giudice (Clarke) che non partecipa alla definizione del caso.

Il proposito che la legge in questione certamente persegue – esordisce Vinson, per conto della *plurality* – è quello di tutelare il governo esistente non da ogni forma di cambiamento attuato con mezzi pacifici, legali e costituzionalmente tutelati, ma solo dai cambiamenti attuati con il mezzo della violenza, della rivoluzione e del terrorismo. Che fra i poteri del Congresso rientri quello di proteggere l’assetto dei poteri politici da un’eventuale colpo di stato è – afferma il giudice – fuori di dubbio; la questione che è necessario affrontare concerne unicamente, dunque, l’adeguatezza e la conformità a Costituzione dei mezzi usati per raggiungere un fine certamente lecito. Infatti, per quanto lo *Smith Act* sia evidentemente inapplicabile a studi e discussioni aventi carattere pacifico e alla semplice esortazione ad abbracciare idee astratte, tale legge non di meno punisce atti che costituiscono manifestazioni del pensiero.

Il focus dell’analisi – continua il giudice Vinson – deve allora essere la compatibilità della legge in questione con il *clear and present danger test*. Per quanto, infatti, l’opinione della maggioranza nelle sentenze *Gitlow* e *Whitney* non sia mai stata formalmente *overruled*, non vi è alcun dubbio – osserva la Corte – che la posizione affermata nelle pronunce successive si sia confrontata con il test proposto da Holmes e Brandeis<sup>251</sup>; un test che trova il suo fulcro proprio nella possibilità dello Stato di punire l’espressione solo quando essa comporti un pericolo chiaro ed attuale per la società nel suo complesso, per un contro-interesse, cioè, sufficientemente grave per giustificare una tale limitazione.

---

<sup>251</sup> La Corte Suprema, in effetti, già dalla sentenza *Hemon v. Lowry*, 301 U.S. 242 (1937) aveva cominciato a evocare il *clear and present danger test* come test protettivo della libertà di espressione anche in opinioni redatte da una maggioranza, sebbene non citando il precedente costituito dalla sentenza *Schenk*.

Il giudice cita qui una serie di pronunce<sup>252</sup> e si sofferma, in particolare, ad analizzarne una – *American Communications Assn. v. Douds*<sup>253</sup>, concernente la conformità a Costituzione di una legge sulla funzione pubblica che subordinava alcuni privilegi (tra cui la possibilità di essere eletti nelle rappresentanze sindacali) all’obbligo di giurare di non appartenere al partito comunista – nella quale la Corte suprema espressamente adottava il *clear and present danger test*.

Nella sentenza in questione, più precisamente, la Corte affermava che «il I Emendamento richiede che a ciascuno sia consentito di credere in quello che vuole e di incitare al compimento di quel che vuole, purché non vi sia un *clear and present danger* che, dalle sue affermazioni, derivi un pubblico male considerevole<sup>254</sup>»; i giudici aggiungevano immediatamente dopo, tuttavia, di ritenere che né Holmes né Brandeis avessero inteso – con la formula proposta – indicare un test rigido, da applicarsi inflessibilmente indipendentemente dalle circostanze dei singoli casi concreti: «quello alla libertà di espressione non è un diritto assoluto, superiore e sottratto al potere del legislatore, quando quest’ultimo ritenga (e questa Corte possa sindacare il suo giudizio) che certe espressioni siano così sgradite da meritare una sanzione penale. Nulla è più certo, in una società moderna, del fatto che i principi assoluti non esistano, che un nome, una locuzione, uno standard abbiano un senso solo se messi in relazione con le circostanze che vi hanno dato vita»<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup>*Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939); *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88, 104-106 (1940); *Carlson v. California*, 310 U.S. 106, 113 (1940); *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 308, 311 (1940); *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 260-263 (1941); *Taylor v. Mississippi*, 319 U.S. 583, 589-590 (1943); *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 639 (1943); *Martin v. Struthers*, 319 U.S. 141 (1943); *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516, 530 (1945); *Pennekamp v. Florida*, 328 U.S. 331, 333-336 (1946); *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946); *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367, 373 (1947).

<sup>253</sup> *American Communications Assn. v. Douds*, 339 U.S. 382, 407 (1950).

<sup>254</sup> *Ivi*, 412.

<sup>255</sup> *Dennis v. United States*, cit., 508, nella parte in cui si riassume il principio di diritto espresso in *American Communications Assn. v. Douds*, cit., 397 «*But we further suggested that neither Justice Holmes nor Justice Brandeis ever envisioned that a shorthand phrase should be crystallized into a rigid rule to be applied inflexibly without regard to the circumstances of each case. Speech is not an absolute, above and beyond control by the legislature when its judgment, subject to review here, is that certain kinds of speech are so undesirable as to warrant criminal sanction. Nothing is more certain in modern society than the principle that there are no absolutes, that a name, a phrase, a standard has meaning only when associated with the considerations which gave birth to the nomenclature.*».

Insomma, afferma il giudice, la Corte è ben conscia di doversi confrontare con il *clear and present danger test* ma deve decidere cosa questa locuzione effettivamente significhi:

Obviously, the words cannot mean that before the Government may act, it must wait until the *putsch* is about to be executed, the plans have been laid and the signal is awaited. If Government is aware that a group aiming at its overthrow is attempting to indoctrinate its members and to commit them to a course whereby they will strike when the leaders feel the circumstances permit, action by the Government is required. The argument that there is no need for Government to concern itself, for Government is strong, it possesses ample powers to put down a rebellion, it may defeat the revolution with ease needs no answer. For that is not the question. Certainly an attempt to overthrow the Government by force, even though doomed from the outset because of inadequate numbers or power of the revolutionists, is a sufficient evil for Congress to prevent<sup>256</sup>.

Certamente – afferma Vinson – la locuzione *clear and present danger* non può significare che, perché lo Stato possa agire, si debba attendere che la rivolta sia sul punto di scoppiare, il piano sia stato predisposto e gli agenti siano in attesa del segnale; in casi nei quali si sia a conoscenza che un manipolo di rivoluzionari ne sta indottrinando altri di modo che tutto sia pronto per l'azione quando si presenteranno le circostanze propizie, si impone che lo Stato intervenga.

A nulla varrebbe obiettare che il governo non corre alcun serio pericolo perché esso è, tipicamente, molto più forte del gruppo di rivoluzionari che mira a rovesciarlo: la semplice minaccia che ciò accada costituisce una ragione che giustifica l'azione preventiva da parte dello Stato. Ciò a cagione, continua il giudice, dell'enorme danno che il successo di una tale operazione causerebbe – tanto in termini politici che in relazione al costo di vite umane – alla nazione nel suo complesso; senza perciò che

---

<sup>256</sup> *Dennis v. United States*, cit., 510.

possa misurarsi la validità dell'azione preventiva messa in atto dallo Stato in termini di probabilità o immediatezza del successo della cospirazione che si mira a sventare.

Nel caso di specie, osserva ancora Vinson, i giudici di appello hanno istruito la giuria nel senso che si potesse condannare solamente ove fosse ritenuto che gli imputati avessero maturato il piano di procedere nel loro intento rivoluzionario «il prima possibile». Gli imputati, insomma, si sarebbero mossi appena avessero ritenuto i tempi maturi per un'azione, e ciò rende impossibile – a parere del giudice – ricorrere alla probabilità di successo o all'immediatezza di tale successo come criteri per valutare la validità della legge in questione.

Il concreto caso oggetto di giudizio nella sentenza *Gitlow*, infatti, concerneva una minaccia che potremmo definire isolata e che, pertanto, non parve a Holmes e Brandeis in grado di costituire un reale pericolo per la comunità; nulla a che vedere – afferma il giudice – con la minaccia che ci troviamo ora a fronteggiare: un apparato di persone e mezzi creato e sviluppato per rovesciare le istituzioni democratiche.

Come interpretare, allora, alla luce dei fenomeni recenti, l'espressione *clear and present danger*?

Chief Judge Learned Hand, writing for the majority below, interpreted the phrase as follows: "In each case [courts] must ask whether the gravity of the 'evil,' discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger.<sup>257</sup>". We adopt this statement of the rule. As articulated by Chief Judge Hand, it is as succinct and inclusive as any other we might devise at this time. It takes into consideration those factors which we deem relevant, and relates their significances. More we cannot expect from words.

Likewise, we are in accord with the court below, which affirmed the trial court's finding that the requisite danger existed. The mere fact that from the period 1945 to 1948 petitioners' activities did not result in an attempt to

---

<sup>257</sup> *United States v. Dennis*, 183 F.2d 201 (2d Cir.) (1950), 212.

overthrow the Government by force and violence is of course no answer to the fact that there was a group that was ready to make the attempt. The formation by petitioners of such a highly organized conspiracy, with rigidly disciplined members subject to call when the leaders, these petitioners, felt that the time had come for action, coupled with the inflammable nature of world conditions, similar uprisings in other countries, and the touch-and-go nature of our relations with countries with whom petitioners were in the very least ideologically attuned, convince us that their convictions were justified on this score. And this analysis disposes of the contention that a conspiracy to advocate, as distinguished from the advocacy itself, cannot be constitutionally restrained, because it comprises only the preparation. It is the existence of the conspiracy which creates the danger. [...] If the ingredients of the reaction are present, we cannot bind the Government to wait until the catalyst is added<sup>258</sup>.

Ebbene, la corretta interpretazione cui il giudice Vinson e la *plurality* che aderisce alla sua motivazione ritengono di rifarsi è quella già individuata dalla Corte d'appello: «in ognuno dei casi loro sottoposti, [le corti] devono domandarsi se la gravità del 'male', al netto della sua probabilità, giustifichi la limitazione della libertà di espressione [in questione] in quanto necessaria per scongiurarne il pericolo». Proprio questa formulazione del test – afferma il giudice – deve costituire la regola in materia: non se ne potrebbe escogitare una più concisa e, al contempo, funzionale (*inclusive*<sup>259</sup>).

Oltre che sulla corretta formulazione del test in astratto, il giudice concorda anche con l'applicazione al caso concreto fornita dalla Corte d'appello.

In particolar modo, il fatto che le attività degli imputati, nel periodo compreso fra il 1945 e 1948, non diedero vita a una rivoluzione violenta non significa, ovviamente, che essi non fossero pronti a procedervi; inoltre, la circostanza che gli

---

<sup>258</sup> *Dennis v. United States*, cit., 510 e s.

<sup>259</sup> Nel senso di: capace di intercettare correttamente le classi di condotte (in questo caso: comportamenti pericolosi) che la norma mira a disciplinare (in questo caso: prevenire).

imputati avessero creato una *conspiracy* così ben organizzata – con gruppi di individui pronti ad agire non appena essi avessero ritenuto i tempi maturi per l'azione e dato il via libera – considerata assieme ad altri fattori (le particolari condizioni del mondo intero, che rendono le persone maggiormente 'infiammabili', come già avvenuto in altre nazioni; e l'instabilità delle relazioni con la Russia, governo al quale le ideologie dei ricorrenti si rifanno), rende le conclusioni della Corte d'appello, sotto questo punto di vista, pienamente condivisibili.

Il giudice Vinson, infine, respinge nettamente l'obiezione dell'impossibilità di ritenere costituzionalmente conforme una norma che punisca non l'istigazione al compimento degli atti incriminati, ma il mero accordo (*conspiracy*) per procedere a tale istigazione. È l'esistenza di un tale accordo – afferma il giudice – a creare il pericolo per i beni giuridici tutelati; se gli ingredienti per la 'reazione chimica' sono presenti – conclude il giudice, adoperando una metafora tratta dalle scienze naturali – non si può esigere che il governo attenda che venga aggiunto il 'catalizzatore'. Non si può, in buona sostanza, aspettare fino al momento in cui il pericolo di un danno di estrema gravità diventi estremamente probabile e immediato.

I giudici Frankfurter e Jackson scrissero due (*separate*) *concurring opinion*.

Frankfurter, esaminando i precedenti in materia, ritenne che la giurisprudenza della Corte suprema – chiamata a confrontarsi con le limitazioni alla libertà di espressione in funzione del contro-interesse della sicurezza nazionale – si fosse attestata, nel suo complesso, su posizioni di *self-restraint*. «I casi in materia di libertà di espressione» afferma il giudice «non costituiscono un'eccezione al principio che non siamo dei legislatori, che la politica criminale non è questione di nostra competenza. Il modo migliore di conciliare interessi in competizione è affare del legislatore, e il bilanciamento individuato dal legislatore non può essere sostituito dal nostro, se non nei casi nei quali esso sia manifestamente irragionevole<sup>260</sup>».

---

<sup>260</sup> *Dennis v. United States*, cit., 540 (*concurring, Frankfurter J.*) «Free-speech cases are not an exception to the principle that we are not legislators, that direct policy-making is not our province. How best to reconcile competing interests is the business of legislatures, and the balance they strike is a judgment not to be displaced by ours, but to be respected unless outside the pale of fair judgment».

Jackson, invece, sostenne che il *clear and present danger test* fosse inapplicabile nel caso di specie, dal momento che si trattava della criminalizzazione di atti preparatori (*conspiracy*) e comunque, di circostanze molto diverse da quelle affrontate dalla Corte in *Gitlow* e *Whitney* e nei casi precedenti. «Lo manterrei [il *clear and present danger test*, n.d.r.], senza modificarlo, per applicarlo a casi simili a quelli per i quali è stato pensato. Quando il problema è l'illegalità di un discorso sovversivo nella pubblica via, o la circolazione di una manciata di volantini dai contenuti incendiari, o la sfilata dietro una bandiera rossa di qualche fanatico, o un gruppetto di bambini che si rifiutano di fare il saluto alla nostra bandiera, credo sia possibile, attraverso il processo giudiziario, raccogliere, analizzare e valutare gli elementi necessari per decidere se vi sia il *clear and present danger* di un'offesa rilevante o solo un'inoffensiva manifestazione di rabbia<sup>261</sup>». «Gli autori del *clear and present danger test*» continua però Jackson «non lo avrebbero mai applicato a un caso come questo, e neanche io lo farò. Se [il test] venisse applicato così come è stato formulato in questo caso, dall'applicazione di esso risulterebbe: che il complotto comunista è protetto durante il periodo della sua 'incubazione'; che i primi stadi della sua organizzazione e predisposizione sono immuni dall'intervento della legge; che il governo potrà agire solo quando è manifesto che l'azione è imminente, quando sarà, ovviamente, troppo tardi<sup>262</sup>». Il giudice conclude osservando come, per quanto ritenga che la criminalizzazione degli atti preparatori – mezzo prescelto dal governo per difendersi dalla minaccia comunista – sia un metodo inefficace, tuttavia tale mezzo non è incostituzionale e, dunque, non si vede alcuna ragione per privare lo Stato di una tale arma<sup>263</sup>.

---

<sup>261</sup> *Ivi*, 568 (concurring, Jackson J.) «I would save it, unmodified, [...] in the kind of case for which it was devised. When the issue is criminality of a hot-headed speech on a street corner, or circulation of a few incendiary pamphlets, or parading by some zealots behind a red flag, or refusal of a handful of school children to salute our flag, it is not beyond the capacity of the judicial process to gather, comprehend, and weigh the necessary materials for decision whether it is a clear and present danger of substantive evil or a harmless letting off of steam».

<sup>262</sup> *Ivi*, 570 «The authors of the clear and present danger test never applied it to a case like this, nor would I. If applied as it is proposed here, it means that the Communist plotting is protected during its period of incubation; its preliminary stages of organization and preparation are immune from the law; the Government can move only after imminent action is manifest, when it would, of course, be too late».

<sup>263</sup> *Ivi*, 577 «The law of conspiracy has been the chief means at the Government's disposal to deal with the growing problems created by such organizations. I happen to think it is an awkward and inept remedy, but I find no constitutional authority for taking this weapon from the Government».

I giudici Black e Douglas, invece, scrissero due (*separate*) *dissenting opinion*.

Il giudice Douglas, in particolar modo, ritenne la norma incostituzionale, facendo proprie e riaffermando le motivazioni alla base della *dissenting opinion* del giudice Brandeis in *Whitney*. «Ci sono situazioni» osserva il giudice «nelle quali anche l'espressione perde la sua tutela costituzionale. Un discorso ritenuto, in un determinato momento, innocuo, può rivelarsi in un periodo diverso in grado di generare una fiamma così distruttiva da dovere essere soffocato nell'interesse della Repubblica. Questo è il significato del *clear and present danger test*. Quando la situazione è così critica che non vi sarebbe tempo per scongiurare il danno minacciato da determinate espressioni, quello è il momento nel quale esse devono essere proibite. Agendo diversamente, la libertà di espressione, che è la forza della nazione, si trasformerebbe nella causa della sua rovina<sup>264</sup>». «E tuttavia» continua Douglas «la libertà di espressione è la regola, non l'eccezione. Perché la limitazione sia costituzionalmente conforme, essa deve basarsi su qualcosa in più della paura, dell'appassionata opposizione o addirittura del disgusto rispetto al contenuto del messaggio. Deve esserci la probabilità di un danno immediato alla società se quella determinata espressione viene consentita<sup>265</sup>».

La più penetrante delle critiche alla maggioranza fu, tuttavia, indirizzata dal giudice Black, la cui posizione in ordine alla manifesta incostituzionalità dello *Smith Act* e, conseguentemente, della condanna è espressa in modo chiarissimo.

Il giudice, infatti, muove dalla considerazione che il capo di imputazione formulato nei confronti dei ricorrenti facesse riferimento a nulla più che l'essersi riuniti per discutere determinate idee e l'aver deciso che, in un momento successivo, tali idee sarebbero state oggetto di pubblicazione; i ricorrenti, dunque, non erano accusati del

---

<sup>264</sup> *Dennis v. United States*, cit., 585 (*dissenting, Douglas J.*) «*There comes a time when even speech loses its constitutional immunity. Speech innocuous one year may at another time fan such destructive flames that it must be halted in the interests of the safety of the Republic. That is the meaning of the clear and present danger test. When conditions are so critical that there will be no time to avoid the evil that the speech threatens, it is time to call a halt. Otherwise, free speech which is the strength of the Nation will be the cause of its destruction*».

<sup>265</sup> *Ibidem*, «*Yet free speech is the rule, not the exception. The restraint to be constitutional must be based on more than fear, on more than passionate opposition against the speech, on more than a revolted dislike for its contents. There must be some immediate injury to society that is likely if speech is allowed*».

tentativo di sovvertire l'ordinamento (con atti costituenti un principio di esecuzione in tal senso: la diffusione idee o scritti che creassero un pericolo per le istituzioni democratiche) bensì del semplice accordo in tale senso. Pertanto, continua Black, la violenta forma di censura preventiva della libertà di pensiero e di quella di stampa cui lo Smith Act consente di pervenire – anticipando al momento dell'accordo la punibilità delle condotte – rende la norma incostituzionale tanto nella sua astratta formulazione (*on its face*), quanto nella concreta applicazione che ne ha fatto la Corte d'appello (*as applied*).

Anche volendo assumere, tuttavia, che il comportamento degli imputati abbia costituito una vera e propria istigazione (immaginando dunque che essi fossero giunti ad una fase più avanzata del piano ordito: quella della propalazione di idee o scritti inneggianti al comunismo rivoluzionario), le *concurring opinion* relative a questo caso dimostrano chiaramente – osserva Black – come non sia possibile pervenire ad una condanna se non ripudiando, direttamente o indirettamente, la regola del *clear and present danger*. Questo, in effetti, fa ora la Corte, limitando notevolmente la protezione fornita dal I Emendamento<sup>266</sup>. Infatti, continua il giudice:

The opinions for affirmance indicate that the chief reason for jettisoning the rule is the expressed fear that advocacy of Communist doctrine endangers the safety of the Republic. Undoubtedly, a governmental policy of unfettered communication of ideas does entail dangers. To the Founders of this Nation, however, the benefits derived from free expression were worth the risk. They embodied this philosophy in the First Amendment's command that "Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech, or of the press...".

I have always believed that the First Amendment is the keystone of our Government, that the freedoms it guarantees provide the best insurance against destruction of all freedom. [...] So long as this Court exercises the power of judicial review of legislation, I cannot agree that the First Amendment permits us to sustain laws suppressing freedom of speech and

---

<sup>266</sup> *Dennis v. United States*, cit., 580 (*dissenting, Black J.*).

press on the basis of Congress' or our own notions of mere "reasonableness." Such a doctrine waters down the First Amendment so that it amounts to little more than an admonition to Congress. The Amendment as so construed is not likely to protect any but those "safe" or orthodox views which rarely need its protection. I must also express my objection to the holding because [...] it sanctions the determination of a crucial issue of fact by the judge rather than by the jury.

[...] Public opinion being what it now is, few will protest the conviction of these Communist petitioners. There is hope, however, that in calmer times, when present pressures, passions and fears subside, this or some later Court will restore the First Amendment liberties to the high preferred place where they belong in a free society<sup>267</sup>.

In breve: la ragione che, nelle *concurring opinion*, è posta a fondamento dell'abbandono del *clear and present danger test* è la paura che la propalazione delle idee del comunismo metta a repentaglio la sicurezza della Repubblica.

Una politica legislativa che non tolleri alcuna repressione della libertà di espressione è – conviene il giudice Black – pericolosa; nell'assetto degli interessi della nozione compiuto dai padri fondatori e incarnato dalla lettera del I Emendamento, tuttavia, i rischi per la repubblica sono controbilanciati dai benefici che la libera espressione comporta.

La libera manifestazione del pensiero – continua Black – è la pietra angolare del sistema democratico: garantire una libera espressione vuol dire, infatti, proteggere da attacchi distruttivi tutte le altre libertà garantite dalla Costituzione. Per questa ragione, conclude il giudice, non si può che dissentire dalla posizione di chi ritiene che il I Emendamento sia compatibile con leggi che reprimono la libertà di espressione dei cittadini sulla base dell'idea di 'ragionevolezza' espressa dal Congresso o di quella propugnata dalla Corte suprema. Una tale teoria, infatti, spazza via l'effettività della

---

<sup>267</sup> *Ivi*, 580 s.

previsione contenuta nel I Emendamento, rendendola poco più che un monito per il Congresso: essa non si applica che a quelle manifestazioni del pensiero ‘ortodosse’ e sicure che, tipicamente, non necessitano di alcuna protezione.

## 2.2. L’approccio di alcune altre rilevanti sentenze del periodo: i casi *Yates*, *Scales e Noto*

Abbiamo osservato come – seppure ad opera di una Corte divisa e con la ferma opposizione di alcuni giudici – la sentenza *Dennis*, di fatto, modificò in maniera sostanziale *il clear and present danger test*<sup>268</sup>, fornendone una versione molto meno protettiva e tutta polarizzata sulla gravità del danno minacciato; il requisito della probabilità del danno scolora, quello dell’immediatezza sparisce e il semplice fatto di tenere una condotta potenzialmente in grado di ledere la sicurezza nazionale – bene giuridico di estrema rilevanza – è sufficiente a giustificare l’incriminazione di una manifestazione del pensiero.

Si tratta di un test, inutile dirlo, a misura di minaccia comunista, in cui l’istigazione a rovesciare l’ordinamento democratico è, di per sé, illegale; prova ne è il fatto che, man mano che gli anni passano e l’isteria sfuma, la Corte suprema tenta lentamente di ritornare su i suoi passi.

Un primo segnale di ripensamento può cogliersi qualche anno dopo, nella sentenza *Yates v. United States*<sup>269</sup>, in cui la Corte suprema fu chiamata a giudicare la vicenda di Oleta Yates, *leader* del partito comunista californiano, anche lei accusata di aver propagandato le idee del marxismo-leninismo.

---

<sup>268</sup> Anche se qualcuno sostiene che il test non fu modificato ma, in effetti, semplicemente non applicato, cfr. T. HENTOFF, *Speech, harm, and Self-government: Understanding the Ambit of Clear and Present Danger Test*, 91 Colum. L. Rev. 1453 (1991), 1459 «Because Dennis abandoned the key imminence requirement, a strong case can be made that the Dennis formulation was a clear and present danger test in name only».

<sup>269</sup> *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957).

Facendo riferimento alla sentenza *Dennis*, l'accusa aveva nel processo di primo grado sostenuto la posizione che qualunque istigazione di un rovesciamento delle istituzioni da commettersi con la forza fosse di per sé illegale; lo *Smith Act* avrebbe consentito unicamente – secondo il governo – «la semplice discussione o esposizione della rivoluzione violenta come teoria astratta<sup>270</sup>». Il giudice di primo grado accettò questa impostazione; egli fece riferimento al linguaggio operato dalla suprema Corte nella sentenza *Dennis* nella parte in cui la Corte affermava che «l'istigazione a commettere azioni violente in un futuro indefinito fosse sufficiente» per giustificare una condanna, purché ad essa si accompagnasse il dolo di rovesciare il governo<sup>271</sup>.

Nell'impostazione adottata dal giudice, dunque, la sentenza *Dennis* aveva in qualche modo cancellato la linea di demarcazione prima chiaramente sussistente fra l'istigazione di una dottrina/teoria e l'istigazione al compimento di un'azione. Una tale lettura, tuttavia, fu smentita dalla Corte Suprema. Il giudice Harlan, relatore della sentenza per la maggioranza della Corte, affermò di non condividere la posizione del governo e definì in maniera più stringente la classe di condotte punibili ai sensi dello *Smith Act*.

Il giudice di primo grado – sostenne Harlan – ha male interpretato il principio di diritto affermato nella sentenza *Dennis* che invece può riferirsi unicamente a quella istigazione diretta a preparare i membri di un gruppo ad una futura azione violenta. Anche in casi come questo – aggiunse poi Harlan – le espressioni adoperate possono essere evitate unicamente «quando il gruppo presenta una dimensione e una coesione interna sufficiente, risulta sufficientemente deciso a intraprendere l'azione e altre circostanze sono in grado di dimostrare che la paura che l'azione venga messa in atto è ragionevole». Pertanto – sottolineò il giudice Harlan – perché la legge in questione possa applicarsi «coloro ai quali l'istigazione diretta devono essere istigati a fare qualcosa piuttosto che, semplicemente, a credere in qualcosa<sup>272</sup>». Il giudice, pertanto,

---

<sup>270</sup> *Ivi*, 320.

<sup>271</sup> *Ibidem*.

<sup>272</sup> *Ivi*, 325.

dopo aver proceduto ad esaminare il caso concreto, ritenne che le prove che ci fosse un'istigazione a compiere un'azione violenta in un futuro indefinito fossero troppo scarse e i ricorrenti furono assolti.

Nella successiva sentenza *Scales v. United States*<sup>273</sup> il giudice Harlan, ancora una volta relatore per la maggioranza, fornì anche della *membership clause* – ovvero di quella previsione dello *Smith Act* che puniva la semplice partecipazione ad un'associazione con propositi rivoluzionari – una lettura restrittiva.

In particolar modo, la Corte affermò che il semplice fatto di essere un membro del partito comunista potesse essere penalmente perseguito solo ove fosse dimostrato che: l'agente fosse effettivamente attivo all'interno del partito; fosse a conoscenza degli scopi illegali del partito; e volontariamente promuovesse questi scopi. Una tale lettura della norma rese notevolmente più gravoso l'onere probatorio dell'accusa. La legge, infatti, si riferiva a un qualunque partito con propositi rivoluzionari e non, specificamente, al partito comunista; in assenza di una presunzione legale, dunque, il governo doveva – in relazione ad ognuno dei soggetti incriminati – raggiungere la prova che il partito svolgeva attività illegali.

Nel caso *Scales*, la prova fu raggiunta; già nella successiva sentenza *Noto v. United States*<sup>274</sup>, però, la Corte annullò la condanna per l'assenza di prove in ordine alle finalità illegali del partito. «Il mero insegnamento teorico» affermò la Corte «della correttezza da un punto di vista morale o persino della necessità morale del ricorso alla forza e alla violenza, differisce dal preparare un gruppo a compiere azioni violente e dal renderlo risoluto nel compimento di tali azioni»<sup>275</sup>.

L'elevato standard probatorio fissato dalla Corte Suprema nei casi *Scales* e *Noto* mise fine alle incriminazioni di presunti esponenti del partito comunista ai sensi dello *Smith Act*. Nel frattempo, tuttavia, il periodo maccartista era ormai tramontato e nuovi problemi sociali piuttosto che la repressione del comunismo avevano impegnato

---

<sup>273</sup> *Scales v. United States*, 367 U.S. 203 (1961).

<sup>274</sup> *Noto v. United States*, 367 U.S. 290 (1961).

<sup>275</sup> *Ivi*, 297 s.

l'agenda politica. Un periodo storico caratterizzato da un'intensa battaglia per i diritti civili che trovò nella composizione della Corte di quell'epoca<sup>276</sup> un interlocutore ricettivo, anche in relazione alle istanze in materia di libera espressione.

### **3. *Brandenburg v. Ohio* (1969)**

Nell'estate del 1964, Clarence Brandenburg telefonò ad un reporter dell'emittente televisiva locale di Cincinnati per invitarlo ad un raduno del Ku Klux Klan che si sarebbe tenuto in una fattoria di *Hamilton County*. Con l'aiuto degli organizzatori, il reporter ed un cameraman parteciparono tale raduno e filmarono gli eventi. Parti delle scene riprese vennero poi trasmesse dall'emittente locale e da una televisione nazionale.

Un primo filmato mostrava dodici persone incappucciate, alcune delle quali munite di armi da fuoco, radunate attorno ad una grande croce di legno, alla quale veniva appiccato il fuoco. Nessun altro era presente oltre agli incappucciati ed agli operatori televisivi. La maggior parte delle parole pronunciate durante il rito risultarono incomprensibili quando il filmato fu proiettato, ma da alcune frasi spezzettate si comprende che si trattava di frasi dispregiative nei confronti dei neri e, in un caso, degli ebrei<sup>277</sup>.

---

<sup>276</sup> Ci riferiamo, ovviamente, alla cd. *Warren Court* (dal nome del suo presidente Earl Warren), celebre per avere pronunciato sentenze del calibro di *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), che diede inizio al riconoscimento giudiziario dei diritti dei cittadini di colore, e *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) che per la prima volta ricomprese nel *right to privacy* della donna il diritto ad abortire. Sul punto cfr. N.E. SCHEIBER (a cura di), *Earl Warren and the Warren Court: The Legacy in American and Foreign Law*, Lexington Books, 2007; M.V. TUSHNET, *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, Constitutionalism & Democracy series, University of Virginia Press, 1993.

<sup>277</sup> *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), 446, nota 1, «*The significant portions that could be understood were: "How far is the nigger going to -- yeah". "This is what we are going to do to the niggers". "A dirty nigger". "Send the Jews back to Israel". "Let's give them back to the dark garden". "Save America". "Let's go back to constitutional betterment". "Bury the niggers". "We intend to do our part". "Give us our state rights". "Freedom for the whites.". "Nigger will have to fight for every inch he gets from now on"».*

In un'altra scena del medesimo filmato si vedeva il ricorrente, con il vestito del Klan, pronunciare un discorso di questo tenore: «questo è un raduno di organizzatori. Oggi ci sono qui relativamente poche persone che sono, appunto, organizzatori ma abbiamo centinaia, centinaia di membri in tutto l'Ohio. Cito un da ritaglio di giornale [...] "Il Klan ha più membri nello stato dell'Ohio che qualunque altra associazione". Non siamo un'organizzazione rivoluzionaria, ma se il nostro Presidente, il nostro Congresso, la nostra Corte suprema continueranno a inibire [i diritti] dei bianchi di razza caucasica è possibile che ci siano alcuni atti di rivolta<sup>278</sup>».

Un secondo filmato mostrava sei persone incappucciate, una delle quali – in seguito identificata come Clarence Brandenburg – ripeteva un discorso molto simile rispetto a quello del primo filmato; in questo secondo discorso il riferimento ad una possibile vendetta era stato omissis e era stata aggiunta una frase: «personalmente, ritengo che i negri andrebbero rimandati in Africa e gli ebrei rimandati in Israele<sup>279</sup>».

Brandenburg, ritenuto il *leader* del gruppo, era stato perseguito penalmente sulla base dell'*Ohio Criminal Syndicalism statute*. Si trattava di una legge risalente al 1919, al periodo, dunque, della prima *Red Scare*, quando l'Ohio fu tra gli oltre venti stati che adottarono una legislazione anti-comunista; tale legge era molto simile, nelle sue previsioni, al *California Syndicalism Act*, la cui legittimità costituzionale era già stata oggetto di scrutinio da parte della Corte suprema nella sentenza *Whitney*.

La legge in questione, più precisamente, puniva: a) chiunque istigasse o esortasse all'utilizzo della violenza come mezzo necessario, giusto o doveroso per realizzare riforme del sistema industriale o politico; b) chiunque pubblicasse, esibisse o facesse circolare qualunque libro o scritto contenente il messaggio *sub a*); c) chiunque

---

<sup>278</sup> *Ibidem*, il testo completo del discorso è così ricostruito dalla Corte suprema: «"This is an organizers' meeting. We have had quite a few members here today which are -- we have hundreds, hundreds of members throughout the State of Ohio. I can quote from a newspaper clipping from the Columbus, Ohio Dispatch, five weeks ago Sunday morning. The Klan has more members in the State of Ohio than does any other organization. We're not a revengent organization, but if our President, our Congress, our Supreme Court, continues to suppress the white, Caucasian race, it's possible that there might have to be some revengeance taken. We are marching on Congress July the Fourth, four hundred thousand strong. From there we are dividing into two groups, one group to march on St. Augustine, Florida, the other group to march into Mississippi. Thank you"».

<sup>279</sup> Ivi, 447: «Personally, I believe the nigger should be returned to Africa, the Jew returned to Israels».

legittimasse la commissione di atti violenti con l'intento di esemplificare, diffondere o giustificare le idee del 'sindacalismo criminale'; d) chiunque volontariamente si riunisse assieme a un gruppo creato con la scopo di insegnare o istigare alle idee del 'sindacalismo criminale'<sup>280</sup>.

Ai sensi delle previsioni *sub a)* (istigazione alla violenza come mezzo per ottenere un cambiamento politico) e *d)* (riunione con un gruppo di persone dedito a tale scopo) il ricorrente era stato condannato dalla Corte territoriale alla pena della reclusione da uno a dieci anni.

La Corte suprema, tuttavia, ribalterà tale verdetto, in una sentenza destinata a diventare il *leading case* in materia di istigazione a commettere un delitto.

I giudici, *per curiam*<sup>281</sup>, prendono le mosse dal precedente che più si attaglia al caso di specie, quello costituito dalla già citata sentenza *Whitney*; in essa – come ricorderemo – la maggioranza della Corte aveva ritenuto costituzionalmente conforme il *California's Criminal Syndicalism Act*, statuendo che la semplice istigazione alla violenza quale mezzo per ottenere il cambiamento politico – anche in assenza di ulteriori elementi, quali la probabilità del danno e la sua imminenza – costituisse un comportamento sufficientemente pericoloso per le istituzioni democratiche da giustificare la criminalizzazione di tali espressioni da parte dello Stato.

Ebbene, confrontandosi con una legge in tutto simile quarantadue anni dopo, i giudici della Corte suprema pervengono a conclusioni completamente diverse.

Viene sottolineato, innanzi tutto, come dal 1927 in poi la giurisprudenza in materia istigazione abbia completamente disatteso le conclusioni raggiunte in *Whitney* e come essa si sia attestata su un diverso e più corretto test:

---

<sup>280</sup> Ivi, «*The Act punishes persons who "advocate or teach the duty, necessity, or propriety" of violence "as a means of accomplishing industrial or political reform"; or who publish or circulate or display any book or paper containing such advocacy; or who "justify" the commission of violent acts "with intent to exemplify, spread or advocate the propriety of the doctrines of criminal syndicalism"; or who "voluntarily assemble" with a group formed "to teach or advocate the doctrines of criminal syndicalism"».*

<sup>281</sup> Probabilmente la sentenza fu materialmente redatta dal giudice Fortas, che tuttavia rassegnò le sue dimissioni prima che la sentenza fosse pubblicata. Per questo essa è resa *per curiam* pur non trattandosi, evidentemente, di un caso semplice e ripetitivo. Cfr. T. HEALY, *Brandenburg in a Time of Terror*, 84 *Notre Dame Law Review* 2009, 664.

[...] *Whitney* has been thoroughly discredited by later decisions. See *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, at 507 (1951).

These later decisions have fashioned the principle that the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.

Il primo precedente citato dalla Corte per sostenere il tacito *overruling* del precedente in materia costituito da *Whitney* è, curiosamente, la sentenza *Dennis*: un caso che – come abbiamo avuto modo di osservare – non costituisce certo uno dei momenti più alti della tutela della libertà di espressione negli Stati Uniti. I giudici, tuttavia, proprio in questo precedente ritengono di poter leggere la regola per la quale i diritti costituzionali della libertà di espressione e della libertà di stampa non consentono ad uno Stato di vietare un’espressione che istighi a violare una legge o all’uso della forza se non nei casi in cui tale espressione: *a*) sia diretta a istigare al compimento di una azione illegale imminente; *b*) esprima un’effettiva probabilità (e dunque manifesti l’effettivo pericolo) che una tale azione si verifichi.

Un test di tale genere – un giudizio che tenesse conto, cioè, non solo della semplice istigazione, ma anche dell’effettiva probabilità del verificarsi di un danno e della sua imminenza – sarebbe stato implicito nel ragionamento che aveva condotto i giudici del caso *Dennis* a ritenere che lo *Smith Act* fosse stato, in quel caso, applicato conformemente a costituzione e non lo fosse stato, ad esempio, nella sentenza *Yates*, nella quale invece la giuria era stata istruita nel senso di verificare la sussistenza della semplice istigazione, slegata da qualunque verifica circa la probabilità del raggiungimento del risultato cui tale espressione mirava.

Ancora, la Corte suprema avrebbe enfatizzato la necessità di tale ulteriore verifica in una serie di altri casi<sup>282</sup> e, soprattutto, nel caso *Noto*, nella parte in cui essa statuiva – come abbiamo già osservato – che: «il mero insegnamento teorico [...] della correttezza da un punto di vista morale o persino della necessità morale del ricorso alla forza e alla violenza, differisce dal preparare un gruppo a compiere azioni violente e dal renderlo risoluto nel compimento di tali azioni».

Una legge che non coglie tale distinzione – continua la Corte – si ingerisce in maniera inammissibile nelle libertà garantite dal I Emendamento, poiché ricade nell'ambito di quel *condamnation speech* che la nostra Costituzione ha protetto dal controllo del governo.

Sulla base di questo test, concludono i giudici, *l'Ohio Criminal Syndicalism Act* non può essere ritenuto costituzionalmente conforme: né come concretamente applicato (*as applied*) dalle Corti, che non si interrogano, nei singoli casi di specie, sulla probabilità e l'imminenza del danno; né per come astrattamente formulato (*on its face*), dal momento che non tiene conto della differenza tra mere esortazioni e vere e proprie istigazioni punibili. Tale legge è dunque dichiarata dalla Corte suprema incostituzionale, e il principio stabilito dalla sentenza *Whitney* è espressamente *overruled*.

I giudici Black e Douglas firmarono due (*separate*) *concurring opinion*.

Black si limita brevemente ad osservare che concordava con la maggioranza solo a patto che la citazione del caso *Dennis* – identificato, come abbiamo visto, fra i precedenti da seguire – non esprima alcun effettivo apprezzamento per i principi di diritto in esso espressi. Quanto al *clear and present danger test*, il giudice affermò di condividere le idee del collega Douglas, la cui *concurring opinion* è decisamente più articolata.

Douglas, in particolar modo, muove da un'accurata analisi dei precedenti giurisprudenziali della Corte suprema in materia, criticando apertamente le

---

<sup>282</sup> *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242, 259-261 (1937); *Bond v. Floyd*, 385 U.S. 116, 134 (1966) *DeJonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937); *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931); *United States v. Robel*, 389 U.S. 258 (1967); *Keyishian v. Board of Regents*, 385 U.S. 589 (1967); *Elfbrandt v. Russell*, 384 U.S. 11 (1966); *Aptheker v. Secretary of State*, 378 U.S. 500 (1964); *Baggett v. Bullitt*, 377 U.S. 360 (1964).

conclusioni raggiunte in *Whitney* e ricostruendo – con maggiore obiettività rispetto a quella dimostrata dalla maggioranza – il test adottato nella sentenza *Dennis*: un *not improbable danger test*, come lo definisce il giudice, che – ben lungi dall’anticipare le conclusioni della maggioranza in *Brandenburg* e il test ‘esigente’ ivi stabilito – si accontenta di una semplice prognosi sulla non improbabilità del danno.

Quanto al *clear and present danger test*, il giudice afferma chiaramente come – per quanto non escluda radicalmente la sua applicabilità in tempo di guerra – tale test non sia, a suo giudizio, applicabile in tempo di pace:

Though I doubt if the "clear and present danger" test is congenial to the First Amendment in time of a declared war, I am certain it is not reconcilable with the First Amendment in days of peace. [...] I see no place in the regime of the First Amendment for any "clear and present danger" test, whether strict and tight as some would make it, or free-wheeling as the Court in *Dennis* rephrased it.

When one reads the opinions closely and sees when and how the "clear and present danger" test has been applied, great misgivings are aroused. First, the threats were often loud but always puny and made serious only by judges so wedded to the *status quo* that critical analysis made them nervous. Second, the test was so twisted and perverted in *Dennis* as to make the trial of those teachers of Marxism an all-out political trial which was part and parcel of the cold war that has eroded substantial parts of the First Amendment<sup>283</sup>.

Nella dottrina del I Emendamento non c’è alcun posto – sostiene il giudice – per il *clear and present danger test*, né nella sua versione più seria e rigorosa, né tantomeno in quella più ampia proposta nella sentenza *Dennis*. Basta infatti leggere le sentenze in cui un tale test è stato applicato e verificare i risultati cui si è pervenuti per capire come esso dia adito a grandi timori. In primo luogo – osserva Douglas – le minacce prese in

---

<sup>283</sup> *Ivi*, 456.

considerazione, per quanto eclatanti, si sono sempre dimostrate inconsistenti, e pertanto tali casi vengono presi sul serio solo da quei giudici così fedeli allo *status quo* che l'analisi critica non può che rendere nervosi; in secondo luogo – continua il giudice – il *clear and present danger test* è stato completamente stravolto nella sentenza *Dennis* al fine di processare coloro che propagandavano il marxismo, in processi aventi esclusive finalità politiche, e che contribuirono, durante la guerra fredda, ad erodere notevolmente le garanzie del I Emendamento.

The line between what is permissible and not subject to control and what may be made impermissible and subject to regulation is the line between ideas and overt acts.

The example usually given by those who would punish speech is the case of one who falsely shouts fire in a crowded theatre.

This is, however, a classic case where speech is brigaded with action. They are indeed inseparable and a prosecution can be launched for the overt acts actually caused. Apart from rare instances of that kind, speech is, I think, immune from prosecution<sup>284</sup>.

Pertanto, conclude il giudice, il confine fra ciò che è permesso e non può essere soggetto a controllo e quello che può, invece, legittimamente essere sottoposto a controllo e vietato, deve essere identificato con il confine che corre fra idee e atti esecutivi. L'esempio generalmente usato da quelli che vogliono criminalizzare l'espressione è quello di chi grida falsamente al fuoco in un teatro affollato. Ma questo è un classico caso in cui il discorso è associato ad una azione (*rectius*: l'azione di parlare è, essa stessa, un atto esecutivo). A parte rari casi di questo genere – conclude il giudice – l'espressione non può essere perseguita penalmente.

---

<sup>284</sup> *Ivi*, 457.

#### **4. Il *Brandenburg test*: le successive applicazioni da parte della Corte suprema**

Abbiamo osservato come la Corte suprema, nella sentenza *Brandenburg*, – pur facendo mostra di inserirsi nel solco delle precedenti pronunce sul tema – abbia in realtà coniato un test molto più protettivo del *clear and present danger test*, almeno nel significato che tale test aveva assunto dalla sentenza *Dennis* in poi, sotto la spinta della psicosi generata dalla minaccia comunista.

Più precisamente, il *Brandenburg test* richiede che le espressioni, per poter essere legittimamente criminalizzate:

- a) siano dirette a istigare o produrre un'imminente azione illegale;
- b) siano probabilmente in grado di istigare o produrre tale azione.

Per quanto la dottrina concordi sul fatto che il *Brandenburg test* sia lo standard attualmente applicabile ai casi di istigazione a commettere un delitto<sup>285</sup>, in molti hanno rilevato come sia curioso che il *leading case* in materia tragga origine da un caso concreto in cui, verosimilmente, la condotta dell'agente non costituisce neppure una istigazione. Clarence Brandenburg infatti, a ben vedere, non aveva mai chiaramente istigato al compimento di una condotta vietata dalla legge; in effetti, egli aveva al massimo suggerito che il Ku Klux Klan potesse creare qualche problema se il governo avesse ignorato le lamentele di cui si faceva portavoce. Pertanto – è stato osservato<sup>286</sup> – la Corte avrebbe potuto limitarsi ad annullare la condanna del ricorrente sulla base della banale considerazione che egli non aveva incitato al compimento di alcun atto, né immediatamente, né in un futuro indefinito.

---

<sup>285</sup> Cfr., oltre che nella manulistica, H. KALVEN JR., *A Whorty Tradition*, cit., 232; T. HEALY, *Brandenburg in a Time of Terror*, cit., 655; D.M. RABBAN, *The Emergence of Modern First Amendment*, cit., 1351.

<sup>286</sup> Cfr. M. ROHR, *Grand Illusion? The Brandenburg Test and Speech that Encourages or Facilitates Criminal Acts*, 38 *Willamette Law Review* 1, 2002, 14; T. HEALY, *Brandenburg in a Time of Terror*, cit., 665.

Il test utilizzato dalla Corte Suprema è dunque molto più articolato rispetto a quello che sarebbe stato necessario per la risoluzione del concreto caso sottoposto al suo giudizio e dimostrerebbe, secondo alcuni, una precisa volontà di assumere una posizione maggiormente liberale in materia di libertà di espressione, in un periodo storico che si caratterizzava per le proteste (non di rado sfociate in violazioni di legge in vigore) da parte di movimenti – come quello guidato da Martin Luther King – che lottavano per il riconoscimento dei diritti civili<sup>287</sup>.

Quanto tale test sia maggiormente protettivo della libertà di espressione è, tuttavia, poco chiaro. È necessario osservare sin da subito, infatti, che il corretto significato – e di conseguenza, l'effettiva portata – del *Brandenburg test* sono tuttora oggetto di profonde incertezze dottrinali e giurisprudenziali<sup>288</sup>. Ciò soprattutto perché la Corte suprema, negli oltre quarant'anni trascorsi dalla sentenza in questione, ha applicato il test in sole due ulteriori occasioni, peraltro non particolarmente significative, sulle quali ci soffermiamo brevemente.

La prima di tali occasioni è fornita alla Corte, appena quattro anni dopo *Brandenburg*, dal caso *Hess v. Indiana*<sup>289</sup>.

Il ricorrente era uno studente, arrestato durante una delle tante manifestazioni contro la guerra di quegli anni; in quell'occasione, un centinaio di manifestanti avevano occupato una strada e bloccato il traffico, rifiutandosi di sgomberare nonostante ne avessero ricevuto l'ordine dalla polizia. Quando le forze dell'ordine riuscirono finalmente a spingere la folla sul marciapiede, Hess gridò: «ci impadroniremo di questa dannata strada più tardi<sup>290</sup>». Tale condotta venne qualificata come istigazione a delinquere e lo studente fu arrestato e condannato tanto in primo grado, quanto dalla Corte suprema dello Stato dell'Indiana; le espressioni da lui

---

<sup>287</sup> D.M. RABBAN, *Free Speech in Its Forgotten Years*, cit., 379.

<sup>288</sup> Cfr. D.M. RABBAN, *The Emergence of Modern First Amendment*, cit., 1351 «subsequent decisions by Burger court have reaffirmed the Brandenburg test [but] the Brandenburg standard still remains uncertain»; T. HEALY, *Brandenburg in a Time of Terror*, cit., 664;

<sup>289</sup> *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105 (1963).

<sup>290</sup> *Ivi*, 107 «We'll take the fucking street later [or again]».

adoperate vennero, infatti, ritenute: dirette a istigare successive azioni illegali da parte della folla; probabilmente in grado di raggiungere un tale risultato<sup>291</sup>.

La Corte Suprema – cui l'imputato ricorse in ultima istanza – annullò la condanna; i giudici affermarono che le espressioni adoperate dall'imputato potessero costituire, nella peggiore delle ipotesi, un'istigazione a compiere un'azione illegale in un futuro indefinito<sup>292</sup>; difettava, dunque, il requisito dell'*imminence*, necessario per la giustificazione della condanna al metro della sentenza *Brandenburg*, esplicitamente identificata come *leading case* in materia<sup>293</sup>.

La seconda esplicita applicazione del *Brandenburg test*, da parte della Corte suprema, si registrò nella sentenza *NAACP (National Association for the Advancement of Colored People) v. Claiborne Hardware Co.*<sup>294</sup>, concernente il boicottaggio da parte dei ricorrenti, di colore, di alcuni commercianti bianchi in Mississippi. Uno dei ricorrenti, che ricopriva la carica di segretario del NAACP, aveva minacciato rappresaglie nei confronti dei cittadini di colore che non avessero aderito al boicottaggio e pertanto era stato condannato per aver istigato alla violenza nei loro confronti.

Anche il questo caso la Corte suprema annulla la condanna. «Questa Corte ha chiarito» affermano i giudici «che la semplice istigazione all'uso della forza o della violenza non è sufficiente a privare l'espressione della protezione offerta dal I Emendamento»; poiché le azioni violente asseritamente oggetto di istigazione non si sarebbero comunque verificate per «settimane o mesi», la Corte nega ancora una volta – citando testualmente il *Brandenburg test* – la sussistenza di un pericolo imminente.

Entrambe le sentenze analizzate, a ben vedere, rappresentano un ottimo esempio dei casi nei quali il *Brandenburg test* dovrebbe, secondo la Corte operare: per tutelare la protesta 'di valore', quella dal profondo contenuto ideologico o politico,

---

<sup>291</sup> Per la motivazione completa della sentenza della Corte suprema dello Stato dell'Indiana cfr. *Hess v. State*, 297 N.E.2d 413 (1973), 415.

<sup>292</sup> *Hess v. Indiana*, cit., 108 «At best, the statement could be taken as counsel for present moderation; at worst it amounted to nothing more than advocacy of illegal action at some indefinite future time».

<sup>293</sup> *Ibidem*.

<sup>294</sup> *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886 (1982).

quella preordinata al cambiamento del modo di vivere di una società. La Corte, da questo punto di vista, ha scelto bene i suoi casi.

Tuttavia, al di là della ‘meritevolezza’ dei fini che muovono i protagonisti di questi casi alla protesta – e che costituisce senz’altro una chiave di lettura della visione del I Emendamento che la Corte suprema intende veicolare – i concreti casi oggetto di scrutinio offrono ben pochi spunti per una riflessione.

Quasi nessuno la sentenza *NAACP*, in cui, ancora una volta, è dubbio che la condotta del ricorrente costituisca una vera e propria istigazione: si tratterebbe piuttosto, è stato convincentemente osservato<sup>295</sup>, di una minaccia. Qualcuno in più il caso *Hess*, sul quale si è tentato di fondare – come vedremo tra breve – una concezione restrittiva del requisito dell’imminenza dell’azione istigata, di per sé piuttosto impreciso<sup>296</sup>.

## **5. (segue) e alcuni problemi irrisolti**

Abbiamo già fatto cenno alle difficoltà insite nell’interpretazione di alcuni dei requisiti che la Corte si limita scheletricamente a tratteggiare nella formulazione del *Brandenburg test* e a come tali difficoltà siano enfatizzate dalla pressoché assoluta assenza di giurisprudenza sul punto, che rende l’interpretazione della corretta portata dello standard in vigore ancor più ardua. Sebbene la dottrina tenti – come vedremo – di colmare alcune lacune, ancora problematica resta la definizione della concreta portata di requisiti come: *a)* la direzione degli atti; *b)* la probabilità del danno; *c)* l’imminenza dell’azione istigata.

---

<sup>295</sup> T. HEALY, *Brandenburg in a Time of Terror*, cit., 668.

<sup>296</sup> Cfr. *infra* § 5.3.

## 5.1. Quali espressioni sono ‘dirette a istigare’?

Non vi è dubbio che nella nuova formulazione del test rilevante in materia di istigazione cui la Corte suprema perviene nella sentenza *Brandenburg* vi sia una chiara impronta del ‘genuino’ *clear and present danger test* come risultante dagli sforzi congiunti di Holmes e Brandeis<sup>297</sup>; di quel test, cioè, che individuava, perché la libertà di espressione potesse legittimamente essere limitata dallo Stato, tre condizioni: *i*) che il danno fosse probabile; *ii*) che l’azione fosse imminente; *iii*) che il danno fosse di gravità tale da giustificare la compressione di un diritto fondamentale, per quanto non assoluto.

Meno chiaro, invece, il significato da attribuirsi al requisito della ‘direzione’ degli atti che, per la sua formulazione, si presta a diverse letture. Si tratta di un requisito oggettivo, volto a selezionare, nel novero delle possibili espressioni adoperate, solo quelle che sono espressamente e inequivocabilmente rivolte a produrre il risultato vietato dalla norma incriminatrice? O tale requisito deve piuttosto essere interpretato in senso soggettivo, come indicante, cioè, il grado particolarmente elevato di dolo richiesto perché il soggetto agente sia punibile?

La prima possibile interpretazione del requisito – quella che ne sottolinea la natura oggettiva – è fortemente sostenuta dai ‘campioni’ del *direct incitement test* proposto nella sentenza *Masses*; nel *Brandenburg test* i sostenitori di un giudizio basato sul significato letterale delle affermazioni pronunciate e sulla esclusiva punibilità della diretta istigazione vedono, infatti, un tardivo riconoscimento, da parte della Corte suprema, della correttezza dell’approccio del ‘primo’ Learned Hand.

Viene osservato, in particolar modo, come la sentenza *Brandenburg* combini, in un certo senso, gli elementi maggiormente protettivi della sentenza *Masses* con quelli più utili ereditati dal *clear and present danger test*; «l’attenzione alla diretta istigazione è [parte della riflessione] di Hand; il riferimento all’ ‘imminente’ riflette una limitata

---

<sup>297</sup> Per tutti, T. HEALY, *Brandenburg in a Time of Terror*, cit., 665.

influenza di Holmes, assieme alle esperienze successive; e l'aggiunta della 'probabilità di istigare o produrre una tale azione' nello *standard* espresso da *Brandenburg* è l'unico riferimento alla necessità di prevedere i risultati dell'espressione, così centrale nell'approccio della sentenza *Schenck*<sup>298</sup>». Pertanto, la probabilità del danno cesserebbe, da *Brandenburg* in poi, di essere il criterio centrale su cui improntare il giudizio sulla liceità dell'espressione, sostituito dal linguaggio adoperato, che deve essere quello della diretta istigazione; il ruolo della probabilità del danno, in tale nuovo schema, sarebbe semplicemente quello di impedire che siano sanzionate espressioni che – pur presentando il carattere della diretta istigazione – siano da reputarsi, in concreto, inoffensive<sup>299</sup>.

Altra parte della dottrina, tuttavia, si dimostra piuttosto critica nei confronti della lettura appena esposta<sup>300</sup>. Viene osservato, infatti, che la sentenza *Brandenburg* non accoglie una delle caratteristiche principali del *direct incitement test* di Hand, quella che si accompagna all'identificazione di un novero 'limitato' di espressioni punibili (solo quelle il cui linguaggio oggettivamente istiga): l'irrilevanza delle conseguenze dell'espressione ai fini della punibilità della condotta dell'istigatore<sup>301</sup>. La costruzione dell'*Espionage Act* fornita nella sentenza *Masses*, in altri termini, faceva delle norme in questione altrettante ipotesi di reati di pericolo astratto; quello che una lettura oggettiva del requisito dalla 'direzione' degli atti nel *Brandenburg test* comporta è, invece, la compatibilità con la Costituzione americana delle sole fattispecie che incriminino

---

<sup>298</sup> G. GUNTHER, *Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine*, cit., 754 «*The incitement emphasis is Hand's; the reference to "imminent" reflects a limited influence of Holmes, combined with later experience; and the "likely to incite or produce such action" addition in the Brandenburg standard is the only reference to the need to guess about future speech, so central in the Schenk approach*»; S. LYND, *Brandenburg v. Ohio: A Speech Test for All Season*, 43 U. Chi. L. Rev. 515, 1975, 159 s. «*the importance of Brandenburg lies precisely in the fact that is neither an incitement test, nor a clear and present danger test, but a combination of the two, requiring both elements [incitement and clear and present danger] before speech may be forbidden or proscribed*»; H. LINDE, *Clear and Present Danger Re-Examined: Dissonance in the Brandenburg Concerto*, 22 Stan. L. Rev. 1163 (1970).

<sup>299</sup> *Ibidem*; in questo senso, autorevolmente, anche L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, II ed., 1988, 848.

<sup>300</sup> Si veda, in particolar modo, R.A. POSNER, *The Hand Biography and the Question of Judicial Greatness (reviewing Gerald Gunther, Learned Hand: The Man and the Judge (1994))*, 104 Yale Law Journal 511 (1994), 516 s.

<sup>301</sup> *Ivi*, 517.

una condotta di diretta istigazione che crei, però, il pericolo concreto di un danno ( e in cui, dunque, la verifica circa i requisiti della probabilità, imminenza e gravità andrebbe dal giudice effettuata caso per caso).

Insomma, si tratta forse di un test iperprotettivo, ma certamente non del test a suo tempo proposto da Learned Hand.

È ben curioso, inoltre – viene sostenuto – che nessuno citi la sentenza *Masses*: né la Corte suprema che ne avrebbe asseritamente adottato l'insegnamento; né gli autori dei *briefs* preliminari alla discussione del caso *Brandenburg*. Non vi è neppure certezza del fatto che i giudici – dopo tanti anni e un deciso cambio di approccio da parte del giudice Hand – conoscessero o si ricordassero del *direct incitement test*<sup>302</sup>.

Più plausibile<sup>303</sup> appare, quindi, l'attribuzione di un significato soggettivo al requisito della direzione: si tratterebbe di un *mens rea requirement*, che escluderebbe la punibilità del soggetto agente in tutti i casi in cui l'istigazione a commettere un atto vietato dalla legge non costituisca l'oggetto del suo dolo diretto o intenzionale; indipendentemente, dunque, dalla prevedibilità, dalla previsione e persino dall'accettazione del rischio che un risultato quale quello vietato dalla norma incriminatrice (la verifica di un danno grave, probabile e imminente) possa verificarsi, come conseguenza dell'espressione in concreto adoperata.

Accedendo ad una tale interpretazione, il requisito si dimostra in linea, come abbiamo avuto modo di osservare, con le regole ordinarie che disciplinano la punibilità del tentativo e – sulla base di un parallelismo che abbiamo visto essere una costante dell'esperienza statunitense – anche di quella dei reati di pericolo.

Dubbio è, invece, se la scelta di punire solo quei soggetti che dimostrino di perseguire l'istigazione a violare la legge come scopo principale della propria condotta

---

<sup>302</sup> *Ibidem*.

<sup>303</sup> Cfr. L. ALEXANDER, *Incitement and Freedom of Speech*, cit., 106. L'a., pur dando conto del contrasto dottrinale sul punto, propende per la tesi dell'implausibilità di un riferimento a *Masses* nella sentenza *Brandenburg*; S. SHIFFRIN, *Defamatory Non-Media Speech and First Amendment Methodology*, 25 *UCLA L. Rev.* 915 (1978), 947.

possa rivestire un qualche significato anche dal punto di vista delle scelte costituzionali, oltre che ricalcare una consolidata regola penalistica.

Una prima posizione dottrinale fornisce una risposta positiva a tale interrogativo, sulla base dell'asserzione che il I Emendamento offra tutela solo o, comunque, in maniera preponderante all'espressione 'onesta' delle proprie idee, non a quella criminosa; il dolo diretto di istigare a commettere un'azione illegale, allora, priverebbe il discorso (almeno di parte) della sua protezione<sup>304</sup>.

Altri<sup>305</sup> obiettano che, da un punto di vista squisitamente costituzionale, non vi è alcuna ragione di distinguere fra due soggetti che propalino la medesima idea – ad esempio, la necessità di azzerare alcune diseguglianze sociali –: rappresentandosi e volendo come diretta conseguenza di tale propalazione una rivoluzione; immaginando una rivoluzione come una delle possibili conseguenze del proprio discorso e tuttavia accettandone il rischio; potendo prevedere ma in concreto non immaginando che il discorso conduca ad una rivoluzione; non potendo prevedere la possibilità che dal discorso scaturisca una rivoluzione.

Ciò che, nella visione prospettica del diritto costituzionale alla libera manifestazione del pensiero, viene in considerazione è il 'valore' dell'idea espressa e, al limite, il prezzo da pagare per la sua espressione. Tutte le considerazioni in ordine all'elemento soggettivo dell'agente, nel momento in cui egli si esprime, assumono rilevanza ai sensi di altri principi costituzionali (quello di colpevolezza, innanzi tutto) e delle regole generali in materia di diritto penale.

Insomma, il requisito della 'direzione' degli atti andrebbe inteso come requisito soggettivo, indicante la necessità di un dolo particolarmente intenso perché il soggetto

---

<sup>304</sup> Si veda in particolar modo K. GREENAWALT, *Speech, Crime and the Uses of Language*, 1989, 123; *Id.*, *Speech and Crime*, American Bar Foundation Research Journal, 4, 1980, 667 ss.

<sup>305</sup> L. ALEXANDER, *Incitement and Freedom of Speech*, cit., 107 s. L'a. osserva, inoltre, che, se il requisito del dolo almeno diretto fosse in ragione dello specifico ambito di applicazione della libertà di espressione, esso dovrebbe essere la regola in tutti gli ambiti di applicazione del I Emendamento, e non solo in materia di istigazione; sul punto si veda, diffusamente, L. ALEXANDER, *Free Speech and Speaker's Intent*, 12 Const. Comm. 21(1995).

agente possa essere punito, come risultato dell'applicazione di norme e principi diversi da quelli contenuti nel I Emendamento.

## 5.2. Quando il danno cui l'istigazione può condurre può definirsi 'probabile'?

Quella della probabilità di verifica del danno (al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice) correlata all'istigazione è una questione estremamente complessa e, in gran parte, inesplorata. Non vi sono sentenze, né della Corte suprema, né – parrebbe<sup>306</sup> – delle corti inferiori che possano illuminarci su questo punto. Il tema, tuttavia, è cruciale: lo Stato può proibire anche manifestazioni della libertà del pensiero che presentino una bassissima probabilità di produrre un danno? E come si misura questa probabilità, in assenza di leggi scientifiche? Il requisito della probabilità è, in qualche modo, collegato all'imminenza del danno? E alla sua gravità?

Alcuni autori<sup>307</sup>, in assenza di fonti normative o giurisprudenziali, tentano di applicare al *Brandenburg test* ragionamenti svolti dalla Corte suprema in casi simili: casi nei quali, cioè, possono legittimamente venire compressi diritti costituzionalmente tutelati sulla base di un probabile pericolo per uno o più beni giuridici. Viene osservato, ad esempio, che il *leading case* in materia di arresto di un soggetto sospettato di avere commesso o di stare per commettere un delitto – la sentenza *United States v. Wattson*<sup>308</sup> – consente l'applicazione di tale misura in presenza di una «*probable cause to believe he has committed or is committing a crime*<sup>309</sup>». È stato in seguito precisato che «*probable cause*» è considerato sinonimo di «*substantial chance*» o «*fair probability*»: un requisito che richiederebbe più che un mero sospetto, ma meno del cinquantuno per cento di

---

<sup>306</sup> Cfr. T. HEALY, *Brandenburg in a Time of Terror*, cit., 713.

<sup>307</sup> *Ivi*, 714.

<sup>308</sup> *United States v. Wattson*, 423 U.S. 411 (1976).

<sup>309</sup> *Ivi*, 421.

probabilità (del ‘più probabile che non’)<sup>310</sup>. Si tratta di una formula sufficientemente precisa? Si può pensare di adoperarla anche in materia di libertà di espressione?

In assenza di giurisprudenza sul punto è molto difficile immaginare come il requisito in questione possa venire, in concreto, applicato; dubbio è che un requisito così vago possa, in qualche modo, fungere da argine alla discrezionalità giudiziaria e garantire una effettiva tutela di quelle espressioni che – per il loro porsi in controtendenza rispetto al pensiero dominante – più necessitano regole precise e standard poco flessibili di tutela.

### 5.3. Quando l’azione illegale (o violenta) oggetto di istigazione può dirsi ‘imminente’?

Altra questione fondamentale per una corretta comprensione e applicazione del *Brandenburg test* è quantificazione del lasso di tempo massimo intercorrente fra l’atto di istigare a compiere un’azione illegale e l’azione stessa, perché quest’ultima possa essere qualificata come ‘imminente’. In altri termini: quando un’azione può definirsi imminente? Quando verrà posta in essere entro pochi minuti, alcune ore, uno o più giorni, settimane o mesi?

La terminologia piuttosto vaga adoperata dalla Corte suprema nel caso *Branderburg* è, in parte – come abbiamo osservato – precisata dalla stessa Corte suprema nelle sentenze successive: in *NACCP* i giudici escludono che possa definirsi immediata un’azione che si sarebbe svolta in un lasso di tempo di «settimane o mesi»; in *Hess* il lasso di tempo che giustifica la criminalizzazione dell’espressione sembrerebbe ancora più breve, potrebbe trattarsi di pochi giorni, addirittura di ore. Proprio la sentenza *Hess* è, allora, presa ad esempio da coloro che ritengono che l’interpretazione del requisito

---

<sup>310</sup> *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 238 (1983).

dell'imminenza nel *Brandenburg test* debba essere considerato restrittivamente<sup>311</sup>. Altri<sup>312</sup>, tuttavia, osservano che esistono altre possibile letture del verdetto della Corte suprema nel caso di specie: i giudici potrebbero, ad esempio, essere stati influenzati dall'indeterminatezza del tempo futuro in cui l'azione oggetto di istigazione avrebbe dovuto essere messa in atto; o, ancora, la Corte potrebbe essere stata influenzata dalla scarso valore dei beni giuridici messi a repentaglio dal comportamento dei manifestanti.

Un altro nodo cruciale è, in effetti, rappresentato dall'influenza del requisito della gravità dell'offesa minacciata (intesa come valore dei beni giuridici messi a repentaglio dalla condotta dell'agente) su quello dell'imminenza dell'azione minacciata. Alcuni sostengono, infatti, che la gravità dell'offesa debba, di regola, essere inversamente proporzionale all'imminenza dell'azione: più serio è il danno minacciato, meno stringente dovrebbe essere il requisito della sua imminenza.

Si tratta, in effetti, di un ragionamento niente affatto nuovo; esattamente questo fu l'orientamento che condusse la Corte, negli anni Cinquanta, a stravolgere totalmente il *clear and present danger test* nella già più volte citata sentenza *Dennis*, e che conduce alcuni autori contemporanei a ritenere che proprio il test adoperato dalla sentenza *Dennis* e non il *Brandenburg test* sia lo standard da prendere in considerazione in materia di istigazione a compiere reati particolarmente gravi, quali quelli nei confronti dell'incolumità pubblica<sup>313</sup>.

Questa soluzione, pur ponendo alcuni seri interrogativi – è ragionevole che l'istigazione diretta a compiere, ad esempio, gravi atti di terrorismo possa essere punita solo se si raggiunge la prova che l'azione terroristica vera e propria avrà luogo entro poche ore, qualche giorno al massimo? – presta il fianco alla medesima, radicale obiezioni cui si esponeva la sentenza *Dennis*: la storia insegna che la gravità 'percepita'

---

<sup>311</sup> Cfr. M. ROHR, *Grand Illusion? The Brandenburg Test and Speech*, cit., 12; K. GREENAWALT, *Speech, Crime and the Uses of Language*, cit., 267.

<sup>312</sup> T. HEALY, *Brandenburg in a Time of Terror*, cit., 667.

<sup>313</sup> Cfr., fra tanti, E. VOLOKH, *Crime-Facilitating Speech*, 57 *Stan. L. Rev.* 1095 (2005), 1209 ss. Si veda anche il controverso lavoro di R.A POSNER., *Not a Suicide Pact (the Constitution in a Time of National Emergency)*, Oxford University Press, 2006, 123.

di una minaccia, in un determinato momento storico, è spesso cosa ben diversa dalla gravità effettiva<sup>314</sup>. In momenti di isteria – determinati da una guerra vera e propria o, ad esempio, la paura del terrorismo internazionale della diffusione di idee politiche radicali, contrarie all’idea di democrazia cara all’occidente – la protezione della libertà di espressione può essere fondata sulla fragile base del buon senso e dell’equilibrio collettivo nella valutazione sull’effettiva esistenza e consistenza dei mali minacciati<sup>315</sup>?

## **6. E se il banco di prova ci fosse e la Corte Suprema evitasse deliberatamente di affrontarlo?**

È opinione comune, nella dottrina americana, che i consistenti *gap* nella comprensione del *Brandenburg* test derivanti dalla sua sporadicissima applicazione siano una conseguenza dei quarant’anni di relativa pace e prosperità che gli Stati Uniti hanno vissuto dagli anni Settanta in poi<sup>316</sup>. La situazione è, però, innegabilmente mutata dopo l’undici settembre del 2001, data a partire dalla quale gli Stati Uniti hanno ingaggiato quella che è stata definita una vera e propria ‘guerra’ al terrorismo.

Indipendentemente dalla correttezza dell’uso del termine guerra per definire la lotta contro una serie di associazioni terroristiche straniere che ha caratterizzato gli

---

<sup>314</sup> D.M. RABBAN, *Free Speech in Its Forgotten Years*, cit., 379.

<sup>315</sup> Per dirlo con le limpide parole di L.C. BOLLINGER, *Epilogue*, in L.C. BOLLINGER L.C.-STONE G.R. (a cura di), *Eternally Vigilant (Free Speech in the Modern Era)*, University of Chicago Press, 2002, 312 s. «*The question for the future, I think, is whether the scope of First Amendment rights articulated in the Brandenburg era reflects the distilled wisdom of historical experience, which makes it more likely to survive in future periods of social upheaval, or whether the Brandenburg era will turn out to be just one era among many, in which the freedom of speech varies widely and more or less according to the sense of security and tolerance prevailing in the nation at the time*». Cfr. anche L.K. DONOHUE, *Terrorist Speech and the Future of Free Expression*, 27 *Cardozo L. Rev.* 233, 240 (2005) «*[Brandenburg’s] strength in the face of modern terrorism remains less than clear*».

<sup>316</sup> Cfr., per tutti, L.C. BOLLINGER, *Epilogue*, in L.C. BOLLINGER L.C.-STONE G.R. (a cura di), *Eternally Vigilant (Free Speech in the Modern Era)*, University of Chicago Press, 2002, 312 «*The fact that the last thirty years since Brandenburg have been remarkably peaceful and prosperous means that the understandings we now have about the meaning of free speech have not really been tested. By the standards we now apply (that is, through the eyes of Brandenburg), just about every time the country has felt seriously threatened the First Amendment has retreated*».

ultimi quindici anni della storia statunitense, tale fenomeno ha certamente contribuito, nuovamente, ad innescare quel processo di tensione fra libertà e sicurezza che contraddistingue lo stato di guerra vero e proprio: una situazione in cui, tipicamente, il prezzo dei diritti costituzionali (e, fra di loro, della libera espressione) tende ad apparire troppo alto ed incapace di garantire un accettabile livello di sicurezza per le istituzioni e i cittadini<sup>317</sup>. In tale contesto, alcuni autori hanno denunciato l'uso strumentale di alcune norme – non specificamente dirette, al momento della loro formulazione, a criminalizzare forme di manifestazione del pensiero – per punire condotte che, applicando il *Brandenburg test*, sarebbero protette dal I Emendamento.

Il riferimento è, generalmente, al delitto di *material support* di una associazione terroristica, perseguito e punito dal § 2339B del titolo 18 dell'*U.S. Code*. Più precisamente, la norma stabilisce che chiunque volontariamente fornisca, tenti di fornire o si accordi per fornire un *material support* o, comunque, delle risorse ad una organizzazione terroristica straniera (fra quelle ricomprese in un catalogo tassativo<sup>318</sup>) è punito con una multa o con la pena della reclusione non superiore a venti anni o – se il reato è aggravato dall'evento morte di una o più persone – anche con la pena perpetua dell'ergastolo senza liberazione condizionale<sup>319</sup>; il legislatore si premura di specificare, poi, che perché la fattispecie sia integrata non basta la coscienza e volontà di contribuire all'attività dell'associazione terroristica, ma anche la conoscenza: della sua appartenenza alla lista delle *Foreign Terrorist Organization*; del fatto che l'associazione

---

<sup>317</sup> Sul punto vedi, in particolar modo, D. COLE – J.X. DEMPSEY, *Terrorism and the Constitution (Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security)*, The First Amendment Foundation, 2006, IX, 25 ss. e *passim*.

<sup>318</sup> L'elenco delle FTO (*Foreign Terrorist Organization*) è gestito da un apposito ufficio del Dipartimento di Stato, il *Bureau of Counterterrorism*, cfr. W.E. SAID, *Humanitarian Law Project and the Supreme Court's Construction of Terrorism*, 2011 *BYU L. Rev.* 1455, 1488 «*The power to designate an FTO lies with the Secretary of State, who, in consultation with the Attorney General and the Secretary of the Treasury, may designate a group provided it (1) is foreign; (2) has engaged in 'terrorism' or 'terrorist activity'; and (3) 'threatens the security of United States Nationals or the national security of the United States'*».

<sup>319</sup> 18 U.S. Code § 2339B – *Providing material support or resources to designated foreign terrorist organizations*: [(a)(1)] *Whoever knowingly provides material support or resources to a foreign terrorist organization, or attempts or conspires to do so, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both, and, if the death of any person results, shall be imprisoned for any term of years or for life. To violate this paragraph, a person must have knowledge that the organization is a designated terrorist organization (as defined in subsection (g)(6)), that the organization has engaged or engages in terrorist activity (as defined in section 212(a)(3)(B) of the Immigration and Nationality Act), or that the organization has engaged or engages in terrorism (as defined in section 140(d)(2) of the Foreign Relations Authorization Act, Fiscal Years 1988 and 1989).*

compia, o abbia compiuto azioni qualificabili come attività terroristiche. Irrilevante è, invece, che la collaborazione con la *FTO* sia volta a realizzare attività che in alcun modo possano definirsi collegate alle azioni di terrorismo svolte da quest'ultima, interpretazione della norma che ha consentito l'incriminazione anche di 'contributi' apportati nell'ambito della assistenza fornita a tali gruppi da organizzazioni umanitarie aventi finalità pacifiche<sup>320</sup>.

La fattispecie è poi, di per sé, piuttosto imprecisa, per la difficoltà di individuare cosa, in concreto, possa costituire un *material support*: la formulazione letterale della norma, tuttavia, non consente di dubitare che un supporto del tipo richiesto dalla norma possa essere costituito anche da un contributo espresso in forma verbale (e, dunque, potenzialmente coperto del I Emendamento). Proprio per tale ragione la fattispecie incriminatrice in questione è stata oggetto di un ricorso per *vagueness*<sup>321</sup> risolto in senso negativo<sup>322</sup> dalla Corte suprema in una discussa sentenza del 2010: *Holder v. Humanitarian Law Project*. I giudici hanno, in particolar modo, affermato che la

---

<sup>320</sup> È il caso di *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010) che si analizzerà più nel dettaglio; cfr. poi, nelle corti inferiori, *Holy Land Foundation for Relief and Development v. Ashcroft*, 219 F. Supp. 2<sup>d</sup> 57 (2002).

<sup>321</sup> Si tratta di un difetto di precisione della norma: «*A speech restriction may be unconstitutionally vague if it fails to provide an ascertainable standard of conduct*» *Baggett v. Bullitt*, 377 U.S. 360, 372 (1964); «*what renders a statute vague is not the possibility that it will sometimes be difficult to determine whether the incriminating fact it establishes has been proved; but rather the indeterminacy of precisely what that fact is. Thus, we have struck down statutes that tied criminal culpability to whether the defendant's conduct was 'annoying' or 'indecent'- wholly subjective judgements without statutory definitions, narrowing context, or settled legal meanings*» *United States v. Williams*, 553 U.S. 285 (2008). Il significato di una norma, nell'ordinamento statunitense, è determinato non solo dal suo tenore letterale, ma anche da come le corti la hanno interpretata. Lo stesso vale per la questione di costituzionalità per *vagueness*. Se le corti hanno interpretato una norma imprecisa nel senso di renderla meno vaga (cd. *clarifying construction*), allora la Corte assumerà come parametro per determinare se la legge è legittima o meno proprio il significato che le è stato dato in giurisprudenza. Inoltre, la Corte che si trova a giudicare una norma imprecisa può essa stessa fornirne una *clarifying construction* e di salvare così la norma imprecisa, ciò perlomeno finché l'interpretazione fornita non è "unexpected" o "unforeseeable", cfr. *Marks v. United States*, 430 U.S. 188 (1977). Normalmente una questione di costituzionalità deve dimostrare che la norma è troppo vaga per descrivere la condotta oggetto del processo, non in generale (con riferimento a una serie di altre condotte) «*plaintiff whose speech is clearly proscribed cannot raise a successful vagueness claim... for lack of notice. And he certainly cannot do so based on the speech of others*» *Holder v. Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. 2705 (2010).

<sup>322</sup> *Holder v. Humanitarian Law Project*, cit., 8 «*Plaintiffs claim that they seek to facilitate only the lawful, nonviolent purposes of those groups, and that applying the material-support law to prevent them from doing so violates the Constitution. In particular, they claim that the statute is too vague, in violation of the Fifth Amendment, and that it infringes their rights to freedom of speech and association, in violation of the First Amendment*».

norma non viola, in sé e per sé (*on its face*), il I Emendamento<sup>323</sup>: essa è, infatti, costituzionalmente legittima, tutte le volte in cui la sua concreta applicazione consenta di rinvenire una qualche forma di collegamento fra il soggetto agente e l'associazione terroristica.

Più precisamente, la tesi sostenuta alla maggioranza dei giudici nella sentenza *Holder v. Humanitarian Law Project* è quella che il I Emendamento offra protezione solo all'*independent advocacy*: a quella espressione di idee – cioè – svincolata da una finalità di aiuto o supporto a un gruppo terroristico. L'idea veicolata dalla Corte suprema in questa pronuncia è, insomma, che incriminare manifestazioni del pensiero del cittadino coincidenti, ad esempio, con quelle espresse da *Hamas*, *Al Qaeda* o dal *PKK* costituisce una violazione del I Emendamento; e così pure punire la propaganda di tali idee. Diversa è la situazione, però, se il cittadino in questione ha un qualche legame con l'associazione di cui diffonde le idee o per la quale fa propaganda: in tal caso, infatti, non si tratterebbe di una 'libera' manifestazione del pensiero ma di una istigazione punibile – e dunque non protetta dal I Emendamento – perché volta ad agevolare i terroristi<sup>324</sup>.

Non sono mancate voci fortemente critiche nei confronti di *Holder v. Humanitarian Law Project*<sup>325</sup>, perché la Corte in questa sentenza evidentemente evita di misurarsi con il *Brandenburg test* che – se applicato in un caso simile – richiederebbe requisiti molto più stringenti per la criminalizzazione di manifestazioni del pensiero, anche di quelle messe in atto da soggetti collegati all'organizzazione terroristica: che le

---

<sup>323</sup> *Ibidem*, «We conclude that the material-support statute is constitutional as applied to the particular activities plaintiffs have told us they wish to pursue. We do not, however, address the resolution of more difficult cases that may arise under the statute in the future».

<sup>324</sup> *Ivi*, 25 s. «Plaintiffs claim that Congress has banned their 'pure political speech'. It has not. Under the material-support statute, plaintiffs may say anything they wish on any topic. They may speak and write freely about the *PKK* and *LTTE*, the Governments of Turkey and Sri Lanka, human rights, and international law. They may advocate before the United Nations. As the Government states: "The statute does not prohibit independent advocacy or expression of any kind." [...] Congress has not, therefore, sought to suppress ideas or opinions in the form of "pure political speech." Rather, Congress has prohibited "material support," which most often does not take the form of speech at all. And when it does, the statute is carefully drawn to cover only a narrow category of speech to, under the direction of, or in coordination with foreign groups that the speaker knows to be terrorist organizations».

<sup>325</sup> W.E. SAID, *Humanitarian Law Project*, cit.; D. COLE, *The First Amendment's Borders: The Place of Holder v. Humanitarian Law Project in First Amendment Doctrine*, 6 *Harvard Law & Policy Review*, 147.

affermazioni in questione, cioè, siano in grado di causare un imminente attacco terroristico che sfoci in una probabile lesione di beni di notevole rilevanza, quali la vita e l'incolumità fisica o le istituzioni dello Stato.

Dunque, per quanto la Corte abbia escluso una violazione del I Emendamento della norma *as applied* – senza escludere, cioè, che in casi diversi da quello concretamente sottoposto a giudizio, la fattispecie di *material support* possa esporsi a censure di costituzionalità – e, potremmo dire, *obiter* – perché, nel caso di specie, erano state contestate ai ricorrenti una serie di condotte materiali diverse dalla mera espressione – la posizione sostenuta non è rassicurante. E il quadro appare ancor più fosco se si pensa che, dal 2010 a oggi, grazie ad un sapiente uso del meccanismo del *writ of certiorari*<sup>326</sup> la Corte si è ben guardata dall'intervenire nuovamente sul punto, anche a fronte di vicende che hanno infiammato l'opinione pubblica e che, indubbiamente, avrebbero necessitato qualche forma di chiarificazione: si pensi, ad esempio, al recente caso di Tarek Mehanna, condannato in appello<sup>327</sup> quasi diciotto anni di reclusione per avere tradotto in inglese e inviato a un sito internet collegato ad *Al Qaeda* una serie di discorsi inneggianti alla figura di Osama Bin Laden, alla guerra santa e alla lotta contro i soldati americani<sup>328</sup>, cui nell'ottobre del 2014 la Corte suprema ha negato il *certiorari*.

Il terrorismo è, dunque, il comunismo dei nostri giorni: la minaccia di fronte alla quale qualunque test a tutela della libera espressione perde di significato?

---

<sup>326</sup> Il *writ of certiorari* è lo strumento tradizionalmente usato dalla Corte suprema per selezionare i ricorsi: si tratta di una scelta discrezionale sovente ispirata, tra l'altro, a criteri di opportunità politica; si veda, per tutti, P. LINZER, *The Meaning of Certiorari Denials*, 79 *Colu. L. Rev.* 1979, 1227.

<sup>327</sup> *United States v. Mehanna*, 735 F.3d 32 (2013).

<sup>328</sup> Sul punto cfr. N. ABEL, *United States vs. Mehanna, the First Amendment, and Material Support in the War on Terror*, *Boston College L. Rev.* 54 (2013), 711; G.D. BROWN, *Notes on a Terrorism Trial – Preventive Prosecution, 'Material Support' and The Role of The Judge after United States v. Mehanna*, 4 *Harvard National Security Journal* 1 (2012), 23.



## CAPITOLO IV

### ESISTE UN ‘ECCEZIONALISMO AMERICANO’?

**SOMMARIO:** 1. Premessa: il I Emendamento e l’‘eccezionalismo’ americano. – 2. Il dibattito costituzionale sul ruolo della libera espressione (che cosa, in effetti, proteggiamo)? – 3. (*segue*) Teorie che si concentrano sull’importanza della scoperta del ‘vero’. – 3.1. Il ‘vero’ di Milton e la teoria di Mill. – 3.2. Il ‘vero’ di Holmes e il mercato delle idee. – 4. (*segue*) Teorie che individuano nella libertà di espressione un aspetto dell’autodeterminazione personale. – 4.1. La posizione di Dworkin. – 4.2. La variante della teoria proposta da Scanlon. – 5. (*segue*) Teorie che prendono in considerazione il rapporto strumentale che sussiste fra libertà di espressione e partecipazione del cittadino nei sistemi democratici. – 5.1. La posizione di Meiklejohn e la sua rilettura in una democrazia costituzionale. – 5.2. Una prospettiva (non necessariamente) alternativa: il *checking value*. – (*segue*) 6. Teorie che fondano l’estrema tolleranza nei confronti di ogni genere di espressione sulla diffidenza nei confronti del legislatore in questo ambito.

#### 1. Premessa: il I Emendamento e l’‘eccezionalismo’ americano

Abbiamo premesso, all’inizio della nostra analisi, che la scelta della comparazione con il diritto statunitense è, essenzialmente, motivata da due fattori: *a)* il c.d. ‘eccezionalismo americano’ in materia di I Emendamento: il ruolo, cioè, straordinario che – a detta degli americani – la libera espressione, in tutte le sue sfaccettature, riveste negli Stati Uniti; *b)* la nascita, proprio negli Stati Uniti, del *clear and present danger test*: un modello estremamente influente anche in Italia, che ha, a suo tempo, fortemente contribuito al consolidamento della tecnica del pericolo concreto nei reati contro l’ordine pubblico.

Ebbene, se dovessimo – alla luce dell’analisi finora svolta – esprimere un’opinione sull’esistenza o meno di tale ‘eccezionalismo’ non potremmo che dirci delusi.

Dall’analisi della giurisprudenza in materia di istigazione finora affrontata, infatti, emergono numerose criticità: esse concernono soprattutto – ma su questo torneremo – le tecniche di incriminazione dei comportamenti costituenti manifestazioni del pensiero e, in particolar modo, quella del pericolo concreto. La principale critica mossa al *clear and present danger test* – come anche alla sua più tarda evoluzione: il *Brandenburg test* – è quella di essere eccessivamente ‘flessibile’ e, dunque, facilmente aggirabile dai singoli giudici nei periodi storici in cui le istanze di sicurezza sono maggiormente sentite.

Eppure l’esperienza americana presenta – questa la tesi di chi scrive – delle caratteristiche eccezionali, almeno da un punto di vista costituzionale. Esse si manifestano nella centralità che il dibattito sul I Emendamento riveste negli Stati Uniti, nel numero impressionante di contributi dottrinali che si occupano dell’argomento, nella profondità della riflessione sulle *rationes* a fondamento della libertà di manifestazione del pensiero.

A dimostrazione di questa affermazione, vorremmo limitarci ad abbozzare l’enorme dibattito costituzionale che in America investe il tema della libera espressione, concentrandoci sulle ragioni per cui il diritto alla libera manifestazione del pensiero dovrebbe essere tutelato.

Abbiamo in parte già affrontato il tema nell’analizzare alcuni approdi della Corte Suprema in materia – la *dissenting opinion* del giudice Holmes in *Abrams*, ad esempio, o quella del giudice Brandeis in *Whitney* –; ma vorremmo soffermarci ancora per qualche istante, dando spazio anche ad alcuni fondamentali apporti dottrinali, sul significato costituzionale della libera espressione in terra americana.

## 2. Il dibattito costituzionale sul ruolo della libera espressione: che cosa, in effetti, stiamo proteggendo?

Qual è la natura del *free speech principle*? Cosa, in effetti, protegge? La risposta a tale quesito è quanto mai controversa.

Se, infatti, praticamente tutte le carte costituzionali del mondo tutelano la libertà di espressione da indebite interferenze statali, le ragioni di questa protezione sono tutt'altro che univoche e, anzi, è frequente riscontrare divergenze nelle impostazioni di politici, giuristi e filosofi sul punto. Come osservato da uno degli studiosi che più autorevolmente si sono occupati del tema in anni recenti: «*freedom of expression is a liberal puzzle. It is prized by liberals for reasons they may not understand*»<sup>329</sup>.

Ciò accade, innanzi tutto, perché la formulazione delle carte costituzionali è, sul punto, invariabilmente piuttosto generica: estremamente generica, diremmo, se ci riferiamo – ad esempio – al I Emendamento alla Costituzione americana, o all'art. 21 della Costituzione italiana; un po' più precisa – ma comunque riservante all'interprete un ampio margine di discrezionalità – se facciamo, invece, riferimento all'art. 10 CEDU.

Accade poi – ed è un problema particolarmente sentito in terra americana, ove imperversa un ormai secolare dibattito fra c.d. 'originalisti' e fautori di un'interpretazione evolutiva<sup>330</sup> – perché il criterio interpretativo della *voluntas legislatoris* è, nel caso delle carte costituzionali (o convenzionali), maggiormente difficile da applicare: si tratta sovente di formulazioni che riflettono un compromesso fra

---

<sup>329</sup> E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 2. L'espressione 'liberal puzzle' è tratta da J. RAZ, *Free expression and personal identification*, 11 OJLS 303, 1991.

<sup>330</sup> Per una esauriente trattazione dei metodi di interpretazione costituzionale della Corte suprema americana, si veda S.M. GRIFFIN, *American Constitutionalism (From Theory to Politics)*, Princeton University Press, 1996, traduzione italiana, *Il costituzionalismo americano (Dalla teoria alla politica)*, Bologna, 2003, 245 ss.; per un'autorevole presa di posizione a favore dell'interpretazione evolutiva della Costituzione americana cfr., invece, TRIBE L.H.-DORF M.C., *On Reading the Constitution*, Harvard University Press, 1991, traduzione italiana *Leggere la Costituzione* (Una lezione americana), Bologna, 2005, 7 ss. e *passim*; per una posizione 'estrema' in materia di interpretazione evolutiva del testo costituzionale, volta sempre a disegnare la 'migliore costituzione possibile', si veda un classico lavoro di R. DWORKIN, *Law's Empire*, Oxford University Press, 1986.

impostazioni anche radicalmente opposte (non solo fra partiti politici all'interno di una stessa compagine statale, ma addirittura fra Stati diversi quando ci si riferisce a norme come l'art. 10 CEDU); può trattarsi di testi normativi risalenti nel tempo, facenti riferimento ad una visione della società non più attuale o condivisa; può trattarsi, ancora, della difficoltà di adoperare il testo normativo per decidere situazioni diverse da quelle che, presumibilmente, si intendevano disciplinare al momento della sua entrata in vigore; situazioni addirittura inimmaginabili per quei padri costituenti che contribuirono alla sua scrittura.

Spostiamoci allora nel cuore del dibattito sul punto e chiediamoci – con gli studiosi americani – perché vi è necessità di un *free speech principle*: di un principio, cioè, sulla base del quale la libertà di espressione deve essere, nella maggior parte dei casi, tollerata, anche quando essa produce un danno a beni giuridici che lo Stato ha il diritto di proteggere; ciò anche quando la protezione di questi beni potrebbe essere efficacemente garantita limitando o censurando l'espressione dannosa in questione.

Ebbene, alla domanda che ci siamo posti si può rispondere – raggruppando le diverse teorie in materia – in almeno quattro diversi modi:

- a) perché la libertà di espressione è fondamentale per la ricerca della 'verità';
- b) perché la libertà di espressione è fondamentale per l'autodeterminazione del singolo essere umano;
- c) perché la libertà di espressione è fondamentale per il funzionamento dei sistemi democratici;
- d) perché la regolamentazione della libertà di espressione è un ambito nel quale non possiamo fidarci del legislatore.

Come avremo modo di osservare, i primi tre gruppi di risposte costituiscono un impianto, più o meno organico, di ragioni a favore della protezione della libera manifestazione del pensiero; esse vengono in considerazione, dunque – insieme o separatamente – per predicare l'insopprimibilità dell'espressione umana in ragione delle sue caratteristiche intrinseche o del ruolo che essa svolge all'interno di una società

(democratica o meno). L'ultimo gruppo raccoglie considerazioni e punti di vista che, piuttosto che parlare in favore della libera espressione, parlano contro la sua criminalizzazione; si tratta, dunque, di ragioni 'negative', sovente adoperate *ad adiuvandum* rispetto a quelle 'positive'.

### **3. (segue) Teorie che si concentrano sull'importanza della scoperta del 'vero'**

Quella della necessità di una discussione il più possibile aperta, finalizzata alla scoperta del 'vero', è la giustificazione alla base della libera espressione storicamente più risalente: l'idea di fondo è che, tutte le volte in cui si esercita una forma di censura sull'espressione, la società perde l'occasione di fruire di opinioni potenzialmente degne di valore o di esposizioni dei fatti maggiormente accurate rispetto a quelle che già possiede. La prima esposizione di una tale idea viene fatta risalire a un passo dell'*Areopagitica* di John Milton<sup>331</sup>, per quanto la teoria in questione sia stata coerentemente sviluppata, per la prima volta, da John Stuart Mill, nel suo celebre *On liberty*<sup>332</sup>.

Analizziamo brevemente soprattutto la teoria di Mill, proprio perché le radici concettuali della prima esposizione giudiziaria della *ratio* a fondamento della tutela della libera manifestazione del pensiero – la *dissenting opinion* del giudice Holmes nella sentenza *Abrams* – trae da tale impostazione la propria linfa vitale, sebbene, come vedremo, se ne differenzi in alcuni punti fondamentali.

---

<sup>331</sup> J. MILTON, *Areopagitica: a Speech for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England*, 1644, in V. BLASI, *Ideas of the First Amendment*, Thomson West, 2006, 56.

<sup>332</sup> J.S. MILL, *Of the liberty of Thought and Discussion*, in *On liberty and Others Essays*; Oxford University Press, 1991.

### 3.1. Il ‘vero’ di Milton e la teoria Mill

Nel 1644, John Milton – celebre scrittore e poeta inglese – compone la sua *Areopagitica*: una sorta di orazione<sup>333</sup> rivolta al Parlamento inglese per denunciare i mali della censura preventiva su libri e giornali<sup>334</sup>. Fra le argomentazioni adoperate dell'autore, ve n'è una destinata a rimanere celebre: «se tutte le idee fossero libere di misurarsi sulla terra in modo che quella vera sia sul campo» afferma Milton «la insulteremmo negando licenze e proibendo discorsi, perché dubiteremmo della sua forza. Lasciamo che l'idea vera e la falsità combattano, chi ha mai visto il vero soccombere in uno scontro libero e diretto?»<sup>335</sup>.

Ebbene, l'idea di un ‘vero’ trionfante nell'agone con tutte le ‘false’ dottrine del mondo è destinata a colpire la fantasia dei liberali in materia di espressione<sup>336</sup> e costituirà il fondamento della più accorata difesa della libertà di manifestazione del pensiero in lingua inglese: il trattato *On Liberty* di John Stuart Mill.

Mill, infatti, condivide con Milton l'idea che possa ricercarsi un ‘vero’ inteso come concetto coerente<sup>337</sup>: come un qualcosa che può effettivamente scoprirsi e

---

<sup>333</sup> Egli infatti si ispira al retore ateniese Isocrate e al suo celebre *Areopagitico*: l'orazione rivolta all'Areopago, appunto, per la salvezza della democrazia e delle istituzioni della *polis*; per approfondimenti confronta B.K. LEWALSKY, *The Life of John Milton: a Critical Biography*, 2000, ristampata in V. BLASI, *Ideas of the First Amendment*, Thomson West, 2006, 96.

<sup>334</sup> Nel 1643 il Parlamento inglese aveva, infatti, varato il *Licensing Order*, che – sostanzialmente – sostituiva alla censura regia quella operata dal Parlamento, lasciando profondamente delusi i liberali dell'epoca che, dopo l'abolizione dello *Star Act* avevano salutato con favore la fine di ogni licenza preventiva per la pubblicazione di libri e giornali.

<sup>335</sup> J. MILTON, *Areopagitica*, cit., 88 s. «*Though all winds of doctrine were let loose to play upon the earth, so truth be in the field, we do injuriously by licensing and prohibiting to misdoubt her strength. Let her and falsehood grapple, who ever knew truth put to the worse, in a free and open encounter?*».

<sup>336</sup> Sull'influenza (anche esagerata) che le idee di Milton esercitarono nei secoli a seguire cfr. S. FISH, *Driving from the Letter: Truth and Indeterminacy in Milton's Areopagitica*, in *Re-Membering Milton, 1988*, ristampato in V. BLASI, *Ideas of the First Amendment*, Thomson West, 2006, 107;

<sup>337</sup> Anche se probabilmente il vero cui si riferisce Milton è di tipo teologico: Dio o la divina provvidenza, cfr. V. BLASI, *The Elliot Lecture: Milton's Areopagitica and the Modern First Amendment*, Yale Law School Occasional Papers: Series Two (1996) in V. BLASI, *Ideas of the First Amendment*, Thomson West, 2006, 102 «*we must realize that Milton's sweeping generalization about the strength of truth was not offered in the spirit of empirical demonstration, not even of didactic history. Milton was simply affirming, once again, his faith in divine providence*»; cfr. anche SCHAUER F., *Melville B. Nimmer Memorial Lecture, Facts and the First Amendment*, 57 *UCLA Law Review*, 897 (2010), 902 «*Milton appears to have expressed great confidence in the power of truth, but it is possible he*

riconoscersi per effetto dell'espressione in un dato momento storico; proprio per questa ragione i concetti di 'vero' e 'falso' sono attribuibili – nell'impostazione dell'autore – indifferentemente a fatti o a opinioni<sup>338</sup>.

In particolar modo, Mill distingue due tipi di affermazioni: quelle potenzialmente vere e quelle quasi certamente false. La censura delle affermazioni del primo tipo – quelle potenzialmente vere – è indesiderabile perché lo Stato, nello scegliere quali fra di esse censurare, adotta una inaccettabile presunzione di infallibilità<sup>339</sup>.

La proibizione delle affermazioni del secondo tipo – quelle quasi certamente false – è parimenti indesiderabile, ma per una ragione diversa: se si censura questo tipo di espressioni, coloro che sostengono l'idea opposta (quella vera) smetteranno di confrontarsi su di essa e di combattere per essa; tale affermazione, allora, «per quanto possa essere vera, se non è approfonditamente, frequentemente ed adeguatamente discussa, verrà considerata un dogma, non una verità 'vivente'»<sup>340</sup>.

Una prima, radicale obiezione a questa impostazione – quella relativista, che nega l'esistenza di un vero oggettivo – sarà corretta, come vedremo, dalla versione 'giudiziarica' della teoria: quel mercato delle idee evocato per la prima volta dalla sentenza *Abrams* e destinato a diventare un *topos* in materia di libertà di espressione<sup>341</sup>.

Diverse altre critiche possono essere mosse, tuttavia, alla teoria di Mill.

---

*was expressing only confidence in God to reveal the truth to us, and in that sense what Milton said almost four hundred years ago may be less separable from his theology than many now believe».*

<sup>338</sup> E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 10.

<sup>339</sup> J.S. MILL *On Liberty*, cit., capitolo II; adesivamente M.B. NIMMER, *Nimmer on Freedom of Speech*, cit., 1.02[A] 1-9; critico sul punto, invece, K. GREENAWALT, *Speech and Crime*, 645 A.B.F. Res. J., 671 (1980) «When Mill asserts that governmental suppression of ideas rests necessarily on a false assumption of infallibility he overstates his case; suppression may be based on a cynical skepticism about the truth of any ideas, or on a calculation that, fallible as it is, the government's assessment of truth is likely to be more accurate than that of a dissident minority, or on the belief that, whatever their truth, certain ideas that are destructive of social order should be silenced».

<sup>340</sup> J.S. MILL *On Liberty*, cit., 40 «however truth may be, if it is not fully, frequently, and fearlessly discussed, it will be held as a dead dogma, not a living truth».

<sup>341</sup> Cfr. *infra* § 3.2.

L'affermazione – che sintetizza l'idea di Mill – che in ogni possibile circostanza il massimo bene per la società è rappresentato dalla possibilità di affermare liberamente qualunque fatto o opinione – e che dunque la libertà di espressione deve sempre essere protetta –, presta il fianco ad un'obiezione decisamente imbarazzante: ci sono situazioni in cui gli ordinamenti giuridici preferiscono garantire una maggiore protezione ad altri beni/interessi, sulla base di scelte certamente difendibili; si pensi, ad esempio, alla censura dei discorsi d'odio o dei discorsi sessualmente espliciti<sup>342</sup>.

È proprio l'assunto di fondo della teoria di Mill – che l'utilità (e dunque il livello di tutela) di un'affermazione non possa essere separata dal suo contenuto di verità – che qui non convince: si può censurare una determinata espressione a motivo che la sua affermazione, pubblicazione, diffusione danneggerebbe gravemente la società, e ciò indipendentemente dal fatto che l'affermazione in questione sia 'falsa' o 'vera'.

A nulla servirebbe, inoltre, controbattere che la censura – per qualunque ragione e dunque indipendentemente dalla sua condivisibilità – ha due necessarie conseguenze, senz'altro negative: quella di creare una forma di 'sospetto' nei confronti dell'autorità che tale censura dispone<sup>343</sup> e quella di distruggere la tolleranza<sup>344</sup>. E neppure servirebbe osservare che la censura può condurre a conseguenze imprevedibili<sup>345</sup>: perfino quella di rafforzare, in effetti, idee (spesso estreme) che se liberamente circolanti morirebbero in fretta. Si tratta di affermazioni – in principio – certamente condivisibili, ma che sono indipendenti dalla 'ricerca del vero' e si presentano tutte le volte in cui si limita la libertà di espressione, indipendentemente dalla ragione per cui si opera una tale limitazione.

---

<sup>342</sup> Cfr. R.J. KROTOSZYNSKI JR., *The First Amendment in Cross-Cultural Perspective (A Comparative Legal Analysis of the Freedom of Speech)*, New York University Press, 2006, 15; E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 42.

<sup>343</sup> Cfr. più approfonditamente *infra* § 6.

<sup>344</sup> Sul punto si veda il celebre contributo di R. POST., *Constitutional Domains (Democracy, Community, Management)*, Harvard University Press, 1995; cfr. anche ID, *Democracy, Expertise, and Academic Freedom (A First Amendment Jurisprudence for the Modern State)*, Yale University Press, 2012; ID., *Symposium on Law in the Twentieth Century: Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, 88 *California Law Review*, 2353 (2000).

<sup>345</sup> Cfr. meglio *infra* § 6.

Un'altra frequente critica mossa all'impostazione di Mill è quella di sopravvalutare l'importanza del dibattito fra le opinioni, soprattutto nel caso di espressioni che classificheremmo come quasi certamente false che dovessero dimostrarsi, tra l'altro, potenzialmente pericolose<sup>346</sup>. La soluzione più razionale, in questi casi, appare proprio la censura di quelle idee che potrebbero, nell'immediatezza, creare un danno, piuttosto che aspettare che esse si stemperino nei tempi medio-lunghi del dibattito fra diverse opinioni, correndo il rischio che nel frattempo producano danno. E per ottenere quale beneficio, poi? Solo per consentire all'opinione che già individuiamo come vera di rafforzarsi attraverso il confronto? Il sacrificio di beni pur dotati di notevole importanza (ordine pubblico, se non addirittura vita e incolumità fisica), quando le espressioni sono prive di valore (cioè, nel linguaggio di Mill, 'false') non può che apparire sproporzionato.

Infine, forse la più radicale delle obiezioni alla teoria di Mill: quella che individua il punto debole di tale idea proprio nella convinzione che una libera discussione conduca necessariamente alla scoperta del 'vero' e, mediamente, all'affermazione di opinioni sempre migliori per lo sviluppo del singolo e della società.

Siamo sicuri che basti il dialogo fra le diverse impostazioni a far prevalere quella migliore, più utile a tutti, più favorevole al progresso della società (quella, cioè, che nel linguaggio di Mill identificheremmo come 'vera')? L'ascesa del nazismo in una Germania tendenzialmente liberale in materia di libertà di espressione è l'esempio che più spesso si scomoda per dimostrare il contrario<sup>347</sup>, o quantomeno per negare una diretta correlazione fra la libertà di esprimere ogni opinione il trionfo di quella migliore.

Si obietta poi che, anche volendo ammettere l'esistenza di una correlazione fra libertà di espressione e trionfo del vero, il ragionamento di Mill è strettamente riferito

---

<sup>346</sup> E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 16;

<sup>347</sup> *Ivi*, 16 s.; cfr. anche M.B. NIMMER, *Nimmer on Freedom of Speech*, cit., 1.02 [B] 1-10 «*Children of the age that produced the Holocaust and the Gulag are not prepared easily to accept the invariable triumph of the truth. Granted that neither Nazi Germany nor Stalinist Russia permitted "a free and open encounter" between truth and falsity, can it be said that truth always prevails even where freedom of speech is accorded in a generous manner of recognition?*».

ad alcuni tipi di espressione – segnatamente alle opinioni in materia politica, sociale, etica, morale, estetica etc. – e ne ignora altri: si pensi, ad esempio, alla pubblicazione di atti coperti dal segreto di stato, o alla divulgazione di informazioni coperte dalla *privacy*. Si tratta di casi in cui – per quanto sia possibile arguire, ad esempio, che la divulgazione di tale informazioni possa essere funzionale alla creazione o al supporto di opinioni del tipo già visto – non si percepisce un immediato legame fra la ricerca del vero la circolazione di tali forme di espressione. È più agevole, in questi casi, tracciare un collegamento fra la libertà di espressione e l'autogoverno dei cittadini in una società democratica, ad esempio, che è la *ratio* che generalmente meglio si applica – come vedremo – alla circolazione di espressioni riguardanti fatti piuttosto che opinioni: una distinzione che – come abbiamo avuto modo di osservare – Mill non prende in considerazione.

### 3.2. Il 'vero' di Holmes e il mercato delle idee

Dell'apporto della teoria di Mill non si può tuttavia non tenere conto, non fosse altro che perché alcuni dei punti fondamentali di tale teoria echeggiano nella sua più moderna formulazione, quella che abbiamo definito – ispirandoci al giudice Holmes<sup>348</sup> – il *marketplace of ideas*.

Innanzitutto, lo scetticismo nei confronti del Governo come regolatore delle idee che possono effettivamente circolare: tanto nella versione di Mill quanto in quella di Holmes, l'intervento statale in materia di libertà di espressione è visto con sospetto e preoccupazione; le autorità statali, infatti, potrebbero essere mosse da fini diversi rispetto al raggiungimento del massimo benessere per la società nel momento in cui censurano determinate espressioni: fini maggiormente contingenti, correlati al

---

<sup>348</sup> Solo ispirandoci e non citando il giudice Holmes, perché egli, in effetti, parla solo di *'market'*, mai di *'marketplace of ideas'*: l'espressione è stata coniata in seguito. Cfr. *Abrams v. United States*, cit.; V. BLASI, *Reading Holmes through the Lens of Schauer: The Abrams Dissent*, 72 *Notre D. L. Rev.* 1343, 1344 (1997).

mantenimento del potere o di un determinato *status quo* in un dato momento storico<sup>349</sup>. Da qui l'idea, riecheggiante il modello economico del libero mercato<sup>350</sup>, di un *marketplace of ideas* che – se protetto da indebite interferenze esterne – è in grado di trovare da solo il suo punto di equilibrio.

Si tratta, tuttavia, di un punto di equilibrio ben diverso rispetto al 'vero' di Milton e Mill: di quel vero come concetto coerente e immutabile che, nell'agone con tutte le false credenze della storia, non può che infine trionfare. L'idea di Holmes in *Abrams* e quella dei giudici americani che nel corso di quasi un secolo riecheggeranno questo modello è – come avevamo anticipato – molto più sensibile alle istanze del relativismo<sup>351</sup>.

Nella presa di posizione del giudice Holmes, infatti, gli studiosi hanno letto la contrapposizione fra due diverse correnti di pensiero grandemente influenti nei primi anni del Novecento: la prima – incarnata da Zechariah Chafee e sostanzialmente accolta, come vedremo, dal giudice Brandeis – tutta concentrata sul valore sociale 'oggettivo' della libera espressione, come mezzo capace di formare una pubblica opinione più informata e illuminata; la seconda – impersonata invece dal 'tardo' giudice Holmes, quello della *dissenting opinion* in *Abrams* – molto più 'relativista': il 'vero' del giudice altro non è che – come lo stesso Holmes esplicitò in una lettera a Learned Hand – «il voto della maggioranza della nazione, che può sconfiggere tutti gli altri»<sup>352</sup>.

---

<sup>349</sup> E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 12 s.

<sup>350</sup> Sul punto vedi BLASI V., *Holmes and the Marketplace of Ideas*, in V. BLASI (a cura di), *Ideas of the First Amendment*, Thomson West, 2006, 643 ss.; critica L.R. BEVIER, *The Invisible Hand of the Marketplace of Ideas*, in L.C. BOLLINGER L.C.-STONE G.R. (a cura di), *Eternally Vigilant (Free Speech in the Modern Era)*, University of Chicago Press, 2002, 232 ss.

<sup>351</sup> V. BLASI, *Reading Holmes through the Lens of Schauer*, cit., 1344-45 «Once the eloquence has been savored (and the false modesty noted), the reader wonders whether Holmes can possibly mean what he seems to be saying about 'the best test of truth'. Is he really so cynical or fatalistic? Is he asserting a Chicago-school level of faith in markets combined with a willingness both to commodify truth and to ignore the various sources of market failure that operate in the flesh-and-blood society he is supposedly discussing? And even if Holmes wishes to embrace such a mundane conception of truth, how then does truth become 'the only ground' of social organization and aspiration?».

<sup>352</sup> G. EDWARD WHITE, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, 1993, 435 «for Chafee and those who emphasized the social interest in free speech, the search for the truth was part of a process in which public opinion could become more informed and enlightened. For Holmes, 'truth' was the equivalent of majoritarian prejudice at any point in time. [...] He defined it to Learned Hand as 'the majority vote of that nation that can lick all others'. The optimistic, democratic vision of Chafee and his progressive contemporaries had resonated with Holmes' skeptical

Il mercato non tende dunque ad un ‘vero’ (o meglio, ad un giusto) ideale, bensì ad un ‘vero’ attuale: un ‘vero’ che riecheggia, in ogni momento storico, l’opinione della maggioranza della popolazione in uno stato di diritto. Non ciò che è sempre, immutabilmente giusto, dunque, ma ciò che in un momento preciso della storia di un popolo appare, alla maggioranza di tale popolo, come giusto<sup>353</sup>.

Niente di così elegante e poco plausibile come una società che determina da sola, autocorreggendosi, il proprio equilibrio cognitivo, per riprendere alcune acute osservazioni sul punto<sup>354</sup>; il riferimento al mercato va invece letto come una metafora del modo in cui gli esseri umani comprendono le cose: seguendo un andamento sempre fluttuante, mai definitivo e sempre bisognoso di nuove energie da dedicare alla ricerca di risposte, esattamente come il mercato necessita sempre di nuove energie imprenditoriali. Il successivo riferimento alle ‘forze darwiniane’ e la famosa asserzione che la vita è un esperimento, suggerirebbe poi l’adozione da parte del giudice Holmes di un metodo *lato sensu* scientifico: un metodo, cioè, che identificherebbe – cristallizzato nel I Emendamento – una sorta di impegno costante della società americana ad una continua verifica delle verità raggiunte e a un loro regolare aggiornamento.

Proprio per questa ragione, alcuni preferiscono riferirsi alla *ratio* della ‘ricerca del vero’ con una locuzione che non implichi l’uso della parola *truth* – problematica, appunto, per il suo implicito riferimento a una qualche forma di verità oggettiva – e

---

*resignation about the primacy of majoritarian sentiment. The ‘search for the truth’ metaphor, embodying both of those perspectives, had arrived in American free speech jurisprudence».*

<sup>353</sup> Cfr. M.B. NIMMER, *Nimmer on Freedom of Speech*, cit., 1.02[B] 1-12 «the ‘power of the thought to get itself accepted in the market’ merely proves what a majority believes, not that the majority is correct»; *Id.*, 1-13 «Ultimate power is reposed in the people because to place it elsewhere is too dangerous. From this it is not necessary to pretend that ‘the people’ also possess ultimate wisdom».

<sup>354</sup> V. BLASI, *Reading Holmes through the Lens of Schauer*, cit., 1344-45 «a possible response is to read Holmes as neither a borderline cynic nor a model-building neoclassical economist but rather a pragmatist impressed by how free speech can foster a culture of productive adaptation. In this view, the reference to ‘the market’ [...] is not meant to evoke anything so elegant and implausible as a fair procedure for determining society’s finely calibrated, self-correcting cognitive equilibrium. Rather the claim is simply that the human understanding is eternally fluctuating and incomplete, and constantly in need of inquisitive energy much the way commercial prosperity depends on entrepreneurial energy. In addition, Holmes’ allusion to Darwinian forces and his assertion that life is an experiment suggests his embrace of the scientific method, with the implication that the First Amendment represents a commitment by this society to test its truths continually and revise them regularly».

pertanto prediligono la definizione di *enlightenment function*, che restituisce, anche dal punto di vista letterale, l'idea della ricerca e della progressiva comprensione<sup>355</sup>.

Il modello del mercato delle idee ha un innegabile pregio, che mutua dall'impostazione di Mill: quello di essere completamente *content-neutral*<sup>356</sup>; l'adozione di tale modello impedisce allo Stato di determinare quali espressioni possono liberamente circolare e quali, invece, devono essere messe a tacere sulla base di una *viewpoint discrimination*<sup>357</sup>: di punto di vista, cioè, sgradito a chi, in un determinato momento storico detiene il potere, anche un potere democraticamente conseguito.

Anche nei confronti del modello di ricerca della verità tramite la aperta espressione di ciascuna opinione nel libero mercato delle idee sono state avanzate alcune convincenti critiche; esse sono in gran parte coincidenti con quelle rivolte al modello di Mill, in tutto simile se non nell'individuazione del concetto di 'vero'.

Qualunque sia la nozione di 'vero' adottata – il vero assoluto degli 'antichi' o quello relativo dei 'moderni' – cosa ci fa pensare che il metodo migliore per raggiungerlo sia la massima protezione della libertà di espressione? In altre parole, anche in relazione ad un modello teoricamente affascinante come quello del mercato delle idee – che ha come presupposto l'assenza di regolazione – si pone il problema di capire se esso sia in grado, nella pratica e senza alcun correttivo, di svolgere una funzione di selezione<sup>358</sup>; dove oggetto della selezione è adesso il modello

---

<sup>355</sup> M.B. NIMMER, *Nimmer on Freedom of Speech*, cit., 1.02[B] 1-14 «*It may be concluded, then, that freedom of speech does not produce absolute 'truth', it is nevertheless a necessary condition to an enlightenment which will direct us towards as close an approximation for truth as nonomniscient humanity can reach. For that reason, it is more accurate to regard this as the 'enlightenment' rather than the 'truth' function of freedom of speech*».

<sup>356</sup> Cfr. R.J. KROTOSZYNSKI JR., *The First Amendment in Cross-Cultural Perspective*, cit. 15 «*the theory has an intrinsic appeal because it is completely viewpoint neutral: the marketplace metaphor denies government the power to pick and choose which speakers should be heard and which shall be silenced*

<sup>357</sup> R.J. KROTOSZYNSKI JR., *Dissent, Free Speech, and the Continuing Search for the 'Central Meaning' of the First Amendment*, 98 Mich. L. Rev. 1613 (2000), 1625 ss.

<sup>358</sup> Sull'importanza della verifica di tale modello si veda C. LINDBLOM, *Politics and Markets*, 1977, 207, citato da SHIFFRIN S.H.-CHOPER J.H., *The First Amendment*, cit., 14 «*Early, persuasive, unconscious conditioning – [to] believe in the fundamental politico-economic institutions of one's society is ubiquitous in every society. These institutions come to be taken for granted. Many people grew up to regard them not as institutions to be tested but as standards against which the correctness of new policies and institutions can be tested. When that happens, as is common, processes of critical judgement are short-circuited*».

‘relativamente’ migliore, che pure deve avere modo di farsi strada fra gli altri per trionfare nell’unica battaglia che qui conta: quella combattuta nelle urne.

Un presupposto per il buon funzionamento del mercato, e quindi del meccanismo mediante il quale una determinata opinione diventa maggioritaria, è – viene autorevolmente affermato<sup>359</sup> – la possibilità che le condizioni di accesso a tale mercato siano uguali per tutti<sup>360</sup>.

Questa condizione di partenza, tuttavia, non è rispettata tutte le volte in cui i ricchi abbiano la possibilità di servirsi di mezzi di comunicazione<sup>361</sup> preclusi ai poveri; si pensi all’esempio della ‘società consumista’, in cui ogni anno si spendono in pubblicità milioni di dollari: coloro che volessero opporsi al messaggio consumista e materialista veicolato dalla pubblicità si troverebbero a scontrarsi con forze che presentano un vantaggio economico notevolissimo e ogni tentativo di vedere emergere ciò che è ‘vero’ da uno scontro simile sarebbe inevitabilmente frustrato<sup>362</sup>.

Ma – è stato ribattuto – esiste la possibilità di una prospettazione alternativa? L’unica vera alternativa al modello nel quale la maggioranza sceglie l’idea migliore è una qualche forma di oligarchia: un modello nel quale una cerchia di persone, necessariamente costituente una minoranza, sceglie per tutti; così, «parafrasando la definizione di democrazia fornita da Winston Churchill, si potrebbe concludere che la competizione nel mercato delle idee è il mezzo più frustrante, meno accurato e più pericoloso per determinare ciò che è vero, fatta eccezione per tutti gli altri»<sup>363</sup>.

---

<sup>359</sup> L. TRIBE, II ed., 786 citato da Shiffrin-Choper, 14 «*Especially when the wealthy have more access to the most potent media of communication than the poor, how sure can we be that ‘free trade in ideas’ is likely to generate the truth?*». Cfr. anche K.M. SULLIVAN, *Free Speech and Unfree Markets*, in V. BLASI, *Ideas of First Amendment*, cit., 597 ss.

<sup>360</sup> Negano recisamente l’esistenza di questa precondizione, ad esempio, i sostenitori della criminalizzazione dell’ *hate speech*; cfr., ad esempio, tra i contributi più famosi, M.J. MATSUDA- C.R. LAWRENCE III-R. DELGADO – K.WILLIAMS CRENSHAW, *Words that Wound (Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment)*, Westview Press, 1993; C. MACKINNON, *Only words*, HarperCollins, 2005.

<sup>361</sup> Attira l’attenzione sul problema della rilevanza dei *media* e dei loro ‘padroni’ C.E. BAKER, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, 25 *UCLA L. Rev.* 964 (1978), 967 ss.

<sup>362</sup> S. H. SHIFFRIN, *The First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment*, 78 *Nw.U.L.Rev.* 1212, (1983), 1281.

<sup>363</sup> M.B. NIMMER, *Nimmer on Freedom of Speech*, cit., 1.02[B] 1-12 «*If acceptance of an idea by some individual or group narrower than that of the public at large. Thus, the alternative to competition in the market must be some form of*

Eppure la dottrina è largamente concorde nell'affermare che un minimo di regolamentazione statale è imprescindibile<sup>364</sup> per il funzionamento del mercato delle idee: per garantire che una pluralità di voci diverse vi si esprimano, ad esempio, fornendo i mezzi per evitare che le diseguaglianze economiche fra i propalatori di idee concorrenti rendano la competizione sul mercato niente più che un artificio retorico; per tutelare chi ascolta dalla diffusione di idee ingannevoli o fraudolente (il tema è particolarmente sentito in materia di regolamentazione della pubblicità e, più in generale, di *commercial speech*).

È innegabile, tuttavia, che aprire alla regolamentazione del mercato delle idee rischia di trasformarne irrimediabilmente la natura e prepara la via a tutte quelle considerazioni sull'inopportunità di un intervento statale in materia, che abbiamo già parzialmente esplorato e che torneremo ad approfondire.

#### **4. (segue) Teorie che individuano nella libertà di espressione un aspetto dell'autodeterminazione personale.**

Una diversa impostazione, anch'essa autorevolmente sostenuta, è quella che ritiene la libertà di espressione un diritto individuale assoluto – svincolato cioè da qualunque relazione con la ricerca del 'vero' o il concetto di democrazia – in quanto aspetto integrante della realizzazione personale di ognuno.

Vi sono almeno due diverse versioni della teoria, come vedremo, ma entrambe si impernano sull'idea che la libertà di espressione serva a colmare un bisogno individuale profondo (dello *speaker* o della sua *audience*), variamente identificato dalla

---

*elitism. It seems hardly necessary to enlarge on the dangers of that path. One may paraphrase Winston Churchill's description of democracy in concluding that truth determination by the competition in the market is the most frustrating, least accurate and most dangerous method, except for every other». L'A. cita poi un brano della sentenza American Communications Ass'n v. Douds, 339 U.S. 382, 442-3 (1950) (Jackson, J., concurring and dissenting) «Is not the function of our Government to keep the citizen from falling into error. We could justify any censorship only when the censors are better shielded against error than the censored».*

<sup>364</sup> *Ibidem*, lo stesso Nimmer, in effetti, lo ammette.

dottrina; si è parlato, ad esempio: del «raggiungimento della realizzazione personale<sup>365</sup>»; del «bisogno, condiviso da molti uomini, di poter esprimere una loro opinione su temi di importanza cruciale, in modo che la vita sia degna di essere vissuta<sup>366</sup>»; del «ruolo del primo Emendamento nel promuovere l'espressione individuale<sup>367</sup>».

L'idea di fondo è che le limitazioni a ciò che un uomo può dire, leggere o ascoltare, all'espressione di convincimenti personali e all'agire politico, ne inibiscano la crescita e la personalità, deprivandolo di alcune caratteristiche essenziali della sua natura di essere umano. La libertà di espressione, allora, sarebbe protetta non in quanto mezzo per il raggiungimento (*rectius*, per la massimizzazione) del bene per la società nel suo complesso, ma per il valore che la comunicazione riveste per il singolo uomo<sup>368</sup>: per la sua crescita e maturazione, per la sua realizzazione personale, per la sua individuazione come individuo le cui idee sono degne di rispetto e considerazione.

Si tratta di un'impostazione che descrive la libertà di espressione in termini di diritti fondamentali e che dunque attribuisce a tale libertà una funzione genuinamente *counter-majoritarian*<sup>369</sup>: il I Emendamento è – sulla base di questa tesi – lo strumento in

---

<sup>365</sup> T. EMERSON, *The system of Freedom of Expression*, 1970, 6 «*achievement of self-realization*».

<sup>366</sup> Z. CHAFEE, *Free Speech in the United States* (1941), 33 «*the need of many men to express their opinion on matters vital to them if life is to be worth living*».

<sup>367</sup> La Corte suprema, in *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978); cfr. anche *Consolidated Edison Co. v. Public Service Comm'n*, 447 U.S. 530 (1980); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 24 (1971) «*[no approach, other than freedom of speech] would comport with the premise of individual dignity and choice upon our political system rests*»; *Roe v. Wade* 410 U.S. 113, 211 (1973) (J. Douglas concurring) «*the autonomous control over the development and expression of one's intellect, interests, tastes, and personality [is a] right protected by the First Amendment*»; *Herbert v. Lando*, 441 U.S. 153, 183 (1979) (J. Brennan dissenting).

<sup>368</sup> BAKER C.E., *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, cit., 966, che parla di «*human liberty*»; M.H. REDISH, *The Value of Free Speech*, 130 U. Pa. Law. R. 591 (1982), che parla, invece, di «*individual self-realization*», e che propugna tale tesi anche nei suoi suggestivi lavori, ID, *Freedom of Expression (A Critical Analysis)*, The Michie Company Law Publishers, 1984; ID, *The Adversary First Amendment (Free Expression and the Foundations of American Democracy)*, Stanford University Press, 2013; in questo senso anche HEYMAN S.J., *Free Speech & Human Dignity*, Yale University Press, 2008; per la nozione di libertà di espressione come strumento per il raggiungimento del «*self-fulfillment*» si veda poi *City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92, 96 (1972) e l'eloquente opinione del giudice Marshall in *Procunier v. Martinez*, 408 U.S.92, 96 (1972) «*The First Amendment serves not only the needs of the polity but also those of human spirit – a spirit that demands self-expression. Such expression is an integral part of the development of ideas and a sense of identity. To suppress expression is to reject the basic human desire for recognition and affront the individual's worth and dignity*».

<sup>369</sup> Adoperiamo il popolarissimo aggettivo coniato da A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, 1962, 16 e *passim*, adoperato dall'autore (sovente nelle locuzioni *counter-majoritarian difficulty* o *counter-majoritarian*

grado di mettere al riparo il diritto alla libera manifestazione del pensiero da ogni rischio di soppressione sulla base dei desideri espressi dalla maggioranza dei cittadini in un dato momento storico. Poiché tale diritto non è, poi, strumentale al raggiungimento di alcun fine se non, appunto, la realizzazione personale dell'individuo, ecco che la libertà di manifestazione del pensiero conferisce protezione anche alle idee rivoluzionarie, a quelle antisociali e a quelle che non hanno alcuna possibilità di affermarsi concretamente nel mercato delle idee.

Tuttavia, la tesi, così formulata, presenta anche degli svantaggi rispetto a quella che vede nella libera espressione il mezzo migliore per il raggiungimento del bene collettivo della società: primo fra tutti l'«indebolimento» del diritto stesso, nel bilanciamento con i contro-interessi che vengono volta per volta presi in considerazione (l'ordine pubblico, fra tutti) o con i diritti di altri (l'onore, la reputazione, addirittura la dignità)<sup>370</sup>. Proprio per questa ragione, come vedremo, il principale sostenitore di questa impostazione ritiene che la libertà di espressione, oltre ad essere considerata alla stregua di un diritto umano individuale, debba inoltre costituire un diritto assoluto<sup>371</sup>.

---

*dilemma*) per descrivere il problema della riconciliazione della *judicial review* con la volontà popolare in un sistema democratico; l'espressione nasce per descrivere la straordinaria 'libertà' di decidere conferita, soprattutto alla Corte suprema americana, in un sistema non dominato dal principio di legalità, ma si attaglia bene per descrivere tutte le occasioni in cui una corte, sulla base di un determinato principio o diritto considerato 'superiore' (e dunque, soprattutto, in sistemi caratterizzati da una costituzione rigida), assume una posizione contrastante con quella espressa dalla maggioranza dei cittadini. Cfr. *infra* la nozione di diritti umani come *trumps* e la posizione di Ronald Dworkin sul punto.

<sup>370</sup> Sul punto cfr. M.B. NIMMER, *Nimmer on Freedom of Speech*, cit., 1.03 1-50 ss. «*In balancing speech and anti-speech interests, the speech interest may often be found subordinated to the anti-speech interest where only the self-fulfillment, and not the enlightenment function, is served by the speech*».

<sup>371</sup> Cfr. *infra* § 4.1.

#### 4.1. La posizione di Dworkin

Nell'ambito delle teorie che enfatizzano l'importanza della libertà di espressione come aspetto dell'autodeterminazione, una posizione di assoluta centralità riveste l'impostazione di Ronald Dworkin, recentemente ribadita in termini nettissimi<sup>372</sup>.

Le tesi sostenute dall'illustre autore possono essere così sintetizzate: *a)* la libertà di espressione non è solamente uno strumento al servizio della democrazia, ma un elemento costitutivo della democrazia stessa; *b)* la libertà di espressione è un diritto umano assoluto, in ragione della sua indivisibilità: ammettere delle eccezioni equivale, in sostanza, a negarlo; *c)* anche al di là del suo rapporto con la democrazia, la libertà di espressione costituisce un diritto umano internazionale, che deve essere pertanto garantito anche da ordinamenti autoritari.

Per pervenire a queste conclusioni, Dworkin muove da una radicale contestazione del più antico fra gli argomenti in favore della strumentalità della libertà di espressione, quello della ricerca del 'vero' Mill. Tale teoria è, per l'Autore, manifestamente inadeguata per il numero ristretto di manifestazioni del pensiero che riesce a spiegare convincentemente: è improbabile ritenere – sostiene Dworkin – che un integralista religioso trovi la verità nel libero confronto delle idee piuttosto che nella sua Bibbia, ad esempio, o che la pornografia costituisca un contributo di valore nel dibattito sulla scoperta del vero; la storia ci offre inoltre poche speranze rispetto al fatto che la propalazione di discorsi razzisti sia utile alla loro eliminazione<sup>373</sup>.

Eppure tutte queste esternazioni – le affermazioni dell'integralista religioso, i video aventi contenuto pornografico, i discorsi razzisti – meritano, secondo l'Autore, protezione; e ciò perché non esiste un modo sicuro per restringere il novero delle

---

<sup>372</sup> R. DWORKIN, *Foreword*, in I. HARE – J. WEINSTEIN, (a cura di) *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, V ss., l'introduzione in questione costituisce, afferma lo stesso autore, lo sviluppo di due lavori precedenti: R. DWORKIN, *A new map of Censorship*, in *Index on Censorship*, 1, 2, 1994 e ID, *The Right to Ridicule*, in *The New York Review of Books*, 53, 5, 23 maggio 2006.

<sup>373</sup> R. DWORKIN, *Foreword*, cit., VII.

affermazioni protette: restringendo l'ambito di applicazione della libertà di espressione, in sostanza, la si nega.

Infatti, per quanto sia 'comodo' pensare che la libertà di espressione – anche considerata come un diritto fondamentale – sia un diritto non assoluto e che dunque le forme di espressione pericolose, contrarie alla morale o alla religione possano essere repressi, tuttavia – questa la ferma posizione di Dworkin sul punto – una tale restrizione finirebbe per negare il principio: lascerebbe spazio solo per l'inutile tutela delle espressioni, delle idee o dei gusti che chi è al potere condivide o, quantomeno, non teme<sup>374</sup>.

Insomma, la libertà di espressione – in quanto diritto fondamentale assoluto – non può fondarsi su argomenti che valorizzino le sue conseguenze, deve essere protetta per ragioni di principio, perché costituisce una delle condizioni che contribuiscono alla dignità umana.

Essa merita assoluta protezione – sostiene l'autore – indipendentemente dal fatto che le restrizioni in questa materia possano essere espressione del volere della maggioranza dei cittadini. Ciò perché un sistema è democratico quando possiede quello che Dworkin chiama un *democratic background*: la possibilità, cioè, di valorizzare la voce di ogni singolo soggetto nel dibattito che conduce all'approvazione delle norme che governeranno, poi, l'intera comunità. Perché tale preconditione sia effettivamente rispettata, allora, ogni cittadino deve avere non solo un voto ma anche una voce: una voce che risuona non solo (e non necessariamente) per convincere gli altri, ma (non fosse altro che) per confermarlo nella sua posizione di agente responsabile, e non di mera vittima, delle azioni collettive<sup>375</sup>.

Pertanto, sostiene l'autore, è illegittimo per un governo imporre una decisione ufficiale che coinvolga la collettività – e dunque che obblighi anche coloro che dissentono rispetto al provvedimento votato dalla maggioranza – se tale decisione non è stata assunta dando ad ogni cittadino la possibilità di esprimersi: in modo, cioè, da

---

<sup>374</sup> *Ibidem*.

<sup>375</sup> *Ibidem*.

rispettare lo status, proprio di ogni individuo, di membro libero e uguale di una comunità.

In definitiva, la maggioranza non ha il potere di imporre il suo volere su un soggetto al quale è stato proibito di dar voce alle proprie obiezioni o proteste prima che la decisione fosse presa: «se ci arrogassimo il potere di silenziare coloro che disprezziamo», chiosa Dworkin, «sacrificheremmo la legittimazione politica delle nostre azioni, che è più importante di costoro<sup>376</sup>».

Proprio per tale motivo, allora, per quanto la tentazione di proibire forme di manifestazione del pensiero pericolose – l'esempio qui è la lotta al terrorismo – o ritenute assolutamente immeritevoli di tutela – si pensi al caso degli ebrei di Skokie<sup>377</sup> o all'introduzione di *speech codes* nei campus universitari<sup>378</sup>, che impediscano gli insulti a sfondo razziale, etnico, sessuale etc.– possa essere a tratti irrefrenabile, essa va saldamente respinta.

Bisogna proteggere – continua l'autore – donne e omosessuali da specifiche e dannose conseguenze del sessismo, dell'intolleranza, del razzismo; bisogna proteggerli da discriminazioni sul posto di lavoro, nell'assegnazione della casa o nel processo penale, adottando se del caso leggi *ad hoc*; ma se si interviene troppo presto – se si interviene, cioè, al momento della mera espressione – si perde l'unica giustificazione democratica che ci consente di affermare tali leggi anche nei confronti di coloro che non le condividono.

Lo stesso discorso vale per la religione, alla quale non può essere offerto alcun particolare trattamento: anche i principi religiosi (pregiudizi contro l'omosessualità etc.) possono ledere la società civile, non solo il contrario. Per questa ragione la

---

<sup>376</sup> Ivi, IX.

<sup>377</sup> *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977). Si tratta del celebre caso della marcia antisemita degli esponenti del partito nazista americano nel sobborgo di Skokie, nel quale vivevano centinaia di ebrei sopravvissuti all'olocausto. Per approfondimenti vedi D.A. DOWNS, *Nazis in Skokie (Freedom, Community, and the First Amendment)*, University of Notre Dame Press, 1985; P. STRUM, *When the Nazi Came to Skokie (Freedom for Speech We Hate)*, Kansas University Press, 1999.

<sup>378</sup> Altro problema molto dibattuto negli Stati Uniti, su cui si veda, per tutti, SHIELL T.C., *Campus Hate Speech on Trial (second edition, revised)*, University Press of Kansas, 2009.

religione deve osservare i principi della democrazia, non viceversa. Ne consegue, conclude l'autore, che «in una democrazia nessuno, forte o debole che sia, può vantare un diritto a non essere insultato o offeso<sup>379</sup>».

Alla teoria di Dworkin – così come appena riassunta – potrebbe immediatamente obiettarsi<sup>380</sup> che quello che l'autore descrive non è un diritto assoluto, perché è anche esso legato – seppur meno strettamente di altri modelli – al concetto di democrazia; essendo la giustificazione per la libertà di espressione fornita dall'Autore comunque correlata al concetto di democrazia, non potrebbe affermarsi, di conseguenza, che quello alla libera espressione è un diritto umano universale, perché esso sarebbe essenziale solo per l'esistenza delle democrazie.

È lo stesso Dworkin a figurarsi queste obiezioni e a tentare di formulare una risposta. Si deve distinguere – afferma l'Autore – fra la democrazia e quel basilare obbligo che grava su ogni forma di governo di trattare tutti i soggetti sottoposti al suo dominio con la medesima cura, come soggetti le cui esistenze hanno importanza.

Si tratta di una garanzia minima – dal contenuto molto più ristretto rispetto a quelle fornite nei regimi democratici ai cittadini ed in altri lavori<sup>381</sup> identificata dall'autore come 'dignità umana' o 'diritto all'uguale importanza e rispetto' – che costituisce essa stessa un diritto fondamentale. Molti altri diritti umani – sostiene Dworkin – discendono da questo nucleo fondamentale, fra i quali, appunto, il diritto alla libera espressione; anche in uno stato governato da profeti o generali in cui il cittadino non ha un reale diritto di voto, ogni soggetto deve avere il diritto di esprimersi: per attirare l'attenzione di chi comanda, per convincerlo a prestare orecchio a una richiesta o al limite per affermare, anche solo come una forma di rispetto per sé stesso, il proprio dissenso rispetto a quello che si percepisce come un male o un'ingiustizia<sup>382</sup>.

---

<sup>379</sup> *Ivi*, VIII, «*So in a democracy, no one, however powerful or impotent, can have a right not to be insulted or offended*».

<sup>380</sup> A prefigurarsi questa obiezione è lo stesso autore, *ivi*, IX.

<sup>381</sup> R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1977, 266-78; 364-8.

<sup>382</sup> *Ibidem*.

Un'altra obiezione alla teoria di Dworkin potrebbe essere, ad esempio, che essa è pensata e si attaglia esclusivamente alle idee politiche.

Questo possibile *handicap* è in parte rimediato dallo stesso Autore quando professa di accogliere l'idea – già sostenuta da altri<sup>383</sup> – che la protezione assoluta da qualunque genere di interferenza debba essere fornita anche a chi non professi idee strettamente politiche ma, più latamente, qualunque opinione che contribuisca, in qualunque modo, a formare i gusti della società; è tramite questo accorgimento che Dworkin 'estende' l'ambito di applicabilità della sua teoria anche ad ambiti che con la politica hanno poco a che vedere, come, ad esempio, la pornografia<sup>384</sup>.

La teoria, inoltre, non pare attagliarsi a ricomprendere – oltre all'affermazione delle opinioni dell'agente – anche la comunicazione di fatti (quantomeno quelli che non coinvolgano personalmente o emotivamente lo *speaker*), notizie o istruzioni. La realizzazione individuale può coerentemente essere posta a fondamento del diritto, ad esempio, di affermare che un uomo politico è corrotto? O di quello di diffondere documenti coperti dal segreto militare? È difficile che azioni simili siano riconducibili alla sola finalità di autodeterminarsi, slegata dal raggiungimento di un obiettivo collettivo (sia esso 'il bene comune' o, come vedremo, il corretto funzionamento delle istituzioni democratiche). Come giustificare, inoltre, la posizione della libertà di espressione come diritto individuale assoluto nei casi in cui – ad esempio – si forniscano a terzi informazioni potenzialmente lesive della vita e dell'integrità fisica di un numero indefinito di persone, come nel caso delle istruzioni per costruire un ordigno bellico? Dobbiamo rassegnarci al fatto che l'oggettiva sproporzione degli interessi in gioco non possa, qui, in alcun modo essere fatta valere, pena la negazione del principio?

---

<sup>383</sup> Cfr. E. BARENDT, *Free Speech*, cit., 17.

<sup>384</sup> Che il I emendamento debba applicarsi anche alla pornografia è una tesi espressamente sostenuta dall'autore in R. DWORKIN, *Is there a Right to Pornography?*, *Oxford Journal of Legal Studies* 1, 2, 1981, 177 ss.

## 4.2. La variante della teoria proposta da Scanlon

Una formulazione alternativa della teoria dell' 'autodeterminazione', avente l'obiettivo di superare alcune delle più penetranti obiezioni mosse a Dworkin, è quella costituente l'oggetto di un famoso saggio di Thomas Scanlon<sup>385</sup>.

Il diverso punto di vista dal quale Scanlon analizza il problema è immediatamente percepibile riflettendo sulla premessa dalla quale muove il suo ragionamento: i poteri di uno Stato – esordisce l'autore – sono limitati a quelle azioni che siano rispettose dei cittadini, quali soggetti uguali, autonomi e razionali. Ma a quali condizioni – si chiede Scanlon – un soggetto può dirsi veramente autonomo? Solo quando – si risponde – esso sia in grado di valutare da sé, in autonomia appunto, i pro e i contro delle varie opzioni che altri gli propongono.

Ebbene, se il limite al potere statale è rappresentato – come osservato dall'autore – dall'autonomia che deve necessariamente riconoscersi al cittadino, allora lo Stato non può legittimamente fondare una restrizione della libertà di espressione: né sulla base dell'argomento che, venuti a contatto con una certa opinione, i cittadini potrebbero formarsi un'idea 'sbagliata'; né sulla considerazione che, convinti dall'idea sbagliata veicolata dall'espressione altrui, essi possano porre in essere comportamenti dannosi<sup>386</sup>.

---

<sup>385</sup> T. SCANLON, *A Theory of Freedom of Expression*, in *Phil & Pub. Aff.*, 204 ss.(1972), ristampato in R.M. DWORKIN (a cura di), *The Philosophy of Law*, Oxford, 1977, 153 ss.; esprime una posizione simile a quella di Scanlon anche A. STRAUSS, *Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression*, 91 *Colum. L. Rev.* 334 (1991), per una comparazione dei due approcci vedi L. ALEXANDER, *Is There a Right of Freedom of Expression?*, cit., 68 ss.

<sup>386</sup> T. SCANLON, *A Theory of Freedom of Expression*, cit., 203, «*There are certain harms which, although they would not occur but for certain acts of expression, nonetheless cannot be taken as part of a justification for legal restrictions on these acts. These harms are: (a) harms to certain individuals which consist in their coming to have false beliefs as a result of those acts of expression; (b) harmful consequences of acts performed as a result of those acts of expression, where the connection between the acts of expression and the subsequent harmful act consists merely in the fact that the act of expression led the agents to believe (or increased their tendency to believe) these acts to be worth performing*».

Fin qui – seppur con l’esclusione di qualunque riferimento al raggiungimento del ‘vero’ – la tesi di Scanlon appare molto simile a quella ‘tradizionale’ di Mill<sup>387</sup> (e alla versione di quest’ultima rappresentata dal mercato delle idee): al cittadino deve essere data la possibilità di scegliere fra tutto il ventaglio delle opzioni possibili e lo Stato non può in alcun modo influenzare tale scelta.

Bisogna però subito precisare che – come è stato osservato<sup>388</sup> – le due teorie differiscono con riguardo a un profilo fondamentale: se la tesi della ricerca del ‘vero’ è evidentemente consequenzialista – protegge l’espressione perché solo il confronto delle opinioni è in grado di far emergere la tesi migliore, quella in grado di massimizzare l’utilità della società nel suo complesso (o della maggioranza dei cittadini, nella versione di Holmes) – la teoria di Scanlon è invece chiaramente *right-based*; il cittadino – sostiene l’autore – ha diritto di formarsi una propria idea e di agire di conseguenza: ciò indipendentemente dal fatto che le sue azioni producano un beneficio per la comunità e, anzi, perfino se tali azioni dovessero poi risultare dannose per la società nel suo complesso<sup>389</sup>.

L’approccio *right-based*, allora, fa di diritto rientrare la teoria di Scanlon fra quelle fondate sulla *ratio* dell’‘autodeterminazione’, accanto a quella di Ronald Dworkin, dalla quale pure però differisce sotto un profilo fondamentale: la prospettiva dalla quale si osserva l’interazione umana.

Il *focus* della tesi di Dworkin è sui diritti di chi parla: chi sente di dover affermare qualcosa deve poterlo fare, perché solo così egli può considerarsi un membro libero e uguale della comunità, e non un passivo bersaglio di regole dettate da altri alla formazione della quali non ha potuto contribuire; il *focus* della teoria di Scanlon è, invece, sui diritti di chi ascolta: chi fruisce della comunicazione altrui deve essere

---

<sup>387</sup> Lo stesso Scanlon, in effetti, si riferisce a questa parte della teoria come ricalcante il ‘*Millian Principle*’, *ivi*, 213.

<sup>388</sup> BARENDT E., *Freedom of Speech*, cit., 16 s.

<sup>389</sup> Anche se l’autore fa più volte riferimento alla possibilità di limitare l’espressione qualora essa generi comportamenti dannosi per la società se si è in presenza di un’emergenza.

destinatario di tutte le informazioni che potrebbero, in ogni modo, contribuire a formare le sue convinzioni.

Questo cambio di prospettiva consente a Scanlon di evitare alcune fra le più penetranti critiche al modello dell' 'autodeterminazione'; la sua tesi, infatti: *a)* non si applica solo al discorso politico ma a tutti i discorsi utili alla formazione delle opinioni dell'ascoltatore (meglio della tesi di Dworkin, che si attaglia perfettamente al discorso politico e meno bene agli altri tipi di discorso che pure, secondo l'autore, andrebbero protetti); *b)* consente di distinguere fra la comunicazione di informazioni rilevanti alla formazione di opinioni in materia politica o sociale (la cui comunicazione sarebbe lecita) e informazioni che semplicemente costituiscono strumenti per la realizzazione di una condotta offensiva e la cui espressione, pertanto, si potrebbero legittimamente sopprimere (si pensi alla diffusione, ed esempio, di segreti militari o scientifici).

Una prima obiezione alla tesi dell'autore è quella che – costruita la libertà di espressione come funzionale alla fruizione di opinioni che consentano ai soggetti passivi della comunicazione di formarsi un'opinione – tale impostazione finirebbe per proteggere energicamente solo l'espressione di opinioni 'nuove': è evidente, infatti, che il semplice ribadire informazioni notorie non arricchisce in alcun modo il ventaglio di opinioni fra le quali l'interlocutore fa la sua scelta<sup>390</sup>.

Una seconda critica all'impostazione di Scanlon fa leva sulla presunta 'debolezza' della nozione di autonomia sulla quale si fonda la sua teoria. Se l'autonomia – viene osservato<sup>391</sup> – è una qualità che dipende dall'uso che gli uomini concretamente ne fanno, all'autore potrebbe infatti obiettarsi che i cittadini, in realtà, sono generalmente incapaci di esercitare una reale ed effettiva autonomia: raccogliendo tutte le informazioni possibili, considerando razionalmente gli argomenti proposti e decidendo di conseguenza.

La nozione di autonomia alla quale Scanlon fa riferimento, tuttavia, è diversa: si tratta, per l'autore, di un attributo della natura degli uomini, di un elemento che

---

<sup>390</sup> BARENDT E., *Freedom of Speech*, cit., 17.

<sup>391</sup> *Ibidem*.

contribuisce a descrivere la dignità umana e che, come tale, è indipendente dall'uso che se ne fa nella pratica. In altre parole, all'obiezione suddetta si potrebbe replicare che i cittadini devono necessariamente vedere loro stessi come soggetti autonomi, a meno che essi non siano pronti a sacrificare la possibilità di giudicare liberamente per cederla allo stato: una persona dotata di autonomia, infatti, non può accettare che altri giudichino, senza che le sia concesso di esprimersi liberamente, rispetto a quello che deve fare o pensare<sup>392</sup>.

Molto più difficile tuttavia, per Scanlon, replicare ad un secondo argomento: se i cittadini sono autonomi e auto-responsabili, essi possono liberamente scegliere – dopo accurata valutazione dei pro e i contro di tale decisione – di consentire alle autorità statali di sopprimere determinate manifestazioni della libertà di espressione considerate troppo pericolose per essere tollerate.

A ben vedere, infatti, non si può ridurre la discussione alla minuziosa enunciazione dei diritti di chi parla e di quelli di chi ascolta, dimenticando il fatto che – in molti casi – l'interazione fra due esseri umani si ripercuote su terzi; dove sono – viene allora osservato<sup>393</sup> – i diritti delle vittime delle condotte espressive estreme (degli *hate speech*, dell'istigazione alla violenza)? I loro diritti non meritano forse di essere presi in considerazione?

È questo il ragionamento che legittima la censura (o, comunque, la restrizione) di espressioni ritenute dai più (*rectius* dalla maggioranza dei cittadini) intollerabili proprio per le conseguenze dannose cui potrebbero condurre. I cittadini, insomma, nel consentire che lo Stato regoli, ad esempio, i discorsi d'odio fondati su discriminazioni razziali, religiose, di genere etc., compiono una scelta razionale e consapevole che non li priva in alcun modo della loro autonomia (sempreché, ovviamente, essi non rinuncino alla possibilità di ridiscutere l'opportunità di mantenere le restrizioni a tali tipi di espressione e purché si sia nell'ambito di un sistema

---

<sup>392</sup> BARENDT E., *Freedom of Speech*, cit., 17

<sup>393</sup> Cfr., in particolar modo, R. AMDUR, *Scanlon of Freedom of Expression*, in 9 *Phil. & Pub. Aff.* 287 (1980).

che affidi a giudici terzi ed imparziali la valutazione della sussistenza di un illecito nel caso concreto).

Lo stesso Scanlon tornerà in seguito sulla sua posizione<sup>394</sup>, chiedendosi nuovamente se la libertà di espressione, priva di qualunque condizionamento, sia sempre il mezzo migliore per raggiungere l'obiettivo dell'autonomia dell'ascoltatore; la risposta a tale interrogativo appare – in questo suo più tardo contributo – molto più problematica ed egli ammette che in alcuni casi un filtro statale all'espressione – seppur giustificato da intenti paternalistici – possa rivelarsi necessaria<sup>395</sup>.

## **5. (segue) Teorie che prendono in considerazione il rapporto strumentale che sussiste fra libertà di espressione e partecipazione del cittadino nei sistemi democratici**

L'argomento che valorizza la partecipazione del cittadino ai sistemi democratici è emblematicamente descritta – come abbiamo avuto modo di osservare – da uno dei più famosi brani dell'opinione del giudice Brandeis in *Whitney v. California*. Nella sentenza in questione, Brandeis raccoglie – e consegna alla storia costituzionale americana – l'idea a suo tempo suggerita da Learned Hand, nella sentenza *Masses*. Il tema è poi stato sviluppato, dalla dottrina, in vari modi.

---

<sup>394</sup> T. SCANLON, *Freedom of Expression and Categories of Expression*, 40 *U. Pitt. L. Rev.* 519 (1979).

<sup>395</sup> *Ibidem* (Ad esempio in materia di effetti del fumo di sigaretta); cfr. anche E. BARENDT, *Incitement to, and Glorification of, Terrorism*, in HARE I.-WEINSTEIN J., (a cura di) *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, 451.

## 5.1. La posizione di Meiklejohn e la sua rilettura in una democrazia costituzionale

Dal punto di vista dottrinale, la teoria che collega la libertà di espressione alla partecipazione dei cittadini nei sistemi democratici è associata, soprattutto<sup>396</sup>, agli scritti di Alexander Meiklejohn<sup>397</sup>. L'autore sostiene, in particolar modo, che il ruolo fondamentale da attribuirsi alla libertà di manifestazione del pensiero sia quello di promuovere la comprensione dei temi politici e sociali in modo da consentire, a tutti i cittadini, una partecipazione informata ai meccanismi della democrazia: si tratterebbe, insomma, di una norma che tutela l'autogoverno democratico da parte del popolo<sup>398</sup>.

Gran parte dell'*appeal* di una teoria siffatta – viene sostenuto – risiede nella sua relativa semplicità e nella facilità con cui essa si collega ad altri principi fondamentali (come il governo del popolo, appunto) espressamente tutelati dalla maggior parte delle costituzioni democratiche – e dunque presenti in quasi tutte le specifiche carte costituzionali – o, comunque, connaturati al concetto filosofico di democrazia<sup>399</sup>.

Anche in questo caso, tuttavia, la teoria, per essere in grado di fornire una copertura ad ampio raggio della libertà di espressione, necessita di alcune precisazioni.

Innanzitutto, il semplice collegamento fra libertà di espressione e partecipazione, in senso stretto, al meccanismo democratico, sembrerebbe prendere in considerazione solo la libera espressione relativa a quei temi che sono o saranno oggetto del diritto di voto del cittadino: temi essenzialmente politici, dunque. La teoria, così formulata, allora, non si presterebbe a fornire adeguata protezione a una serie di

---

<sup>396</sup> Ma non esclusivamente, si veda in particolar modo C. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, 1993.

<sup>397</sup> In particolar modo, A. MEIKLEJOHN, *Free Speech and its Relation to Self-Government*, Harper, 1948 e la sua versione rimaneggiata ed estesa *Political Freedom: the Constitutional Powers of the People*, Oxford University Press, 1960; *Id.*, *The First Amendment is an Absolute*, *Supreme Court Rev* 245 (1961).

<sup>398</sup> A. MEIKLEJOHN, *Political Freedom*, cit., 75 «*The First Amendment is not primarily a device for the winning of a new truth, though that is very important. It is a device for the sharing of whatever truth has been won. Its purpose is to give to every voting member of the body politic the fullest possible participation in the understanding of those problems with which the citizen of a self-governing society must deal.*».

<sup>399</sup> BARENDT E., *Freedom of Speech*, cit., 18.

manifestazioni del pensiero che pure sono ritenute meritevoli di tutela nella totalità degli stati democratici: si pensi, ad esempio, all'espressione in campo artistico o letterario<sup>400</sup>.

Difficoltoso sarebbe inoltre ammettere che siano degni di protezione quei discorsi che, pur presentando una chiara natura politica, siano espressione di idee di cambiamento radicale: se la *ratio* che giustifica la libera espressione è rappresentata, infatti, dal buon funzionamento delle istituzioni democratiche, sembra paradossale che possano ritenersi tutelati dal diritto alla libera manifestazione del pensiero i discorsi che criticano aspramente tali istituzioni o che, addirittura, inneggiano alla rivoluzione<sup>401</sup>.

Un altro problema di una tale impostazione, almeno nella sua forma più semplice – quella che collega la libertà di espressione alla corretta formazione di una maggioranza politica – è che essa si presenta come totalmente consequenzialista o utilitarista: il fine ultimo della libertà di manifestazione del pensiero è costituito dalla conservazione delle caratteristiche della democrazia. Di conseguenza, del tutto ragionevole potrebbe apparire la soppressione della libertà di manifestazione del pensiero, anche per periodi medio-lunghi, quando tale soppressione dovesse apparire utile a preservare quel sistema democratico la cui tutela costituisce il fine ultimo della tutela costituzionale fornita all'espressione.

I fautori della teoria in questione potrebbero ribattere a questa obiezione sostenendo che – nel lungo periodo – il modo migliore di preservare il sistema democratico è sempre quello di tutelare, in ogni circostanza, la libertà di espressione: perché la limitazione della possibilità di manifestare liberamente il proprio pensiero potrebbe essere foriera di instabilità politica, ad esempio; o perché l'assenza della possibilità di discutere apertamente ogni aspetto delle opzioni politiche sul tappeto si

---

<sup>400</sup> *Ibidem*.

<sup>401</sup> Questa è esattamente l'idea sostenuta da BORK R.H., *Neutral principle and Some First Amendment Problems*, cit., 2 e *passim*.

tradurrebbe, sostanzialmente, in un indebolimento del meccanismo di formazione delle leggi, e correlativamente della percezione della loro legittimazione e cogenza<sup>402</sup>.

L'argomento risulta poco persuasivo, però, se si pensa che la stessa nozione di sovranità popolare – che è alla base della teoria – parla nel senso di una impossibilità di contravvenire alle deliberazioni della maggioranza in un dato momento storico e, dunque, dell'irrealizzabilità della sottrazione di alcune materia – quale quella della criminalizzazione della libertà di espressione – alle valutazioni legittimamente svolte dai cittadini<sup>403</sup>.

Un buon modo per uscire da questa apparente *impasse* è – viene osservato<sup>404</sup> – quello di riferirsi ad una diversa nozione di democrazia: non più quella tradizionale di *majority rule* ma quella di *constitutional democracy* proposta da Ronald Dworkin.

Abbiamo già avuto modo di sottolineare come caratteristica principale di tale 'visione' della democrazia sia il rispetto delle istituzioni politiche per il diritto di tutti i cittadini ad essere trattati come membri uguali di una comunità. Tale caratteristica si traduce, in materia di libertà di espressione, nel diritto di ogni cittadino a far sentire la propria voce su i temi oggetto del discorso pubblico: un diritto non rinunciabile, pena la perdita di legittimazione dell'intero sistema democratico<sup>405</sup>.

Insomma, una democrazia 'costituzionale' non può che essere tollerante<sup>406</sup>, e questa apertura nei confronti di idee diverse da quella maggioritaria comporta la

---

<sup>402</sup>BARENDT E., *Freedom of Speech*, cit., 19;

<sup>403</sup> SCHAUER F., *Free speech: a philosophical enquiry*, Cambridge University Press, 1982, 41;

<sup>404</sup> BARENDT E., *Freedom of Speech*, cit., 19;

<sup>405</sup> Cfr. *supra* §4.1.

<sup>406</sup> Questa la tesi sostenuta nel celebre lavoro di L.C. BOLLINGER, *The Tolerant Society (Freedom of Speech and Extremist Speech in America)*, Oxford University Press, 1986; l'autore sottolinea come uno degli scopi della libera espressione in una società 'tollerante' sia quello di forgiare una particolare caratteristica del carattere dei suoi membri: la capacità di gestire i sentimenti negativi (l'intolleranza, appunto) che è naturale provare quando il comportamento di qualcuno minaccia l'identità individuale del membro stesso o quella del suo gruppo di appartenenza. Anche V. BLASI, *Free Speech and Good Character*, in L.C. BOLLINGER L.C.-STONE G.R. (a cura di), *Eternally Vigilant (Free Speech in the Modern Era)*, University of Chicago Press, 2002, sostiene che la libertà di espressione abbia fra i suoi scopi quello di 'nutrire' alcune caratteristiche caratteriali dell'essere umano, che lo renderanno poi idoneo a svolgere una funzione di controllo sui meccanismi della democrazia, cfr. più approfonditamente *infra* § 4.2. Degna di nota anche la tesi di S.H. SHIFFRIN, *The First Amendment, Democracy, and Romance*, Harvard University Press, 1990, 86 ss. e *passim*, il quale individua fra le fondamentali funzioni del I Emendamento quella di proteggere la

sostanziale impossibilità – da parte del governo – di delimitare i confini del discorso pubblico.

Questa ultima formulazione della *ratio* del fondamentale ruolo della libertà di espressione all'interno di una democrazia presenta, a ben vedere, molti tratti comuni con le altre *policies* già osservate in materia di espressione: essa coniuga l'argomento funzionalista – l'idea del buon funzionamento della società<sup>407</sup> – con l'impostazione *right based* (anche qualora la concreta possibilità di contribuire al buon funzionamento della società non esistesse, la maggioranza non può comunque limitare la libera espressione del singolo) e, probabilmente per questo, costituisce la giustificazione più frequentemente<sup>408</sup> fornita dalla Corte suprema americana<sup>409</sup>, che pur non disdegna di servirsi delle altre<sup>410</sup>.

## 5.2. Una prospettazione (non necessariamente) alternativa: la teoria del *checking value*

La teoria dell'autogoverno politico – oltre che nella sua versione 'base' e in quella 'costituzionale', che abbiamo già osservato – è stata poi declinata in un'altra

---

figura del 'dissenziente' e, mediamente, il dissenso come possibilità (e non come minaccia) per l'intera società.

<sup>407</sup> Cfr. R. POST, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, cit. 167 «Both theories focus primarily on maintaining the integrity of processes of collective thinking. The Meiklejohnian approach seeks to safeguard the dialogue necessary to vote wise decisions; the theory of the marketplace of ideas seeks to protect the dialogue necessary for advancing truth».

<sup>408</sup> BARENDT E., *Freedom of Speech*, cit., 20; M.B. NIMMER, *Nimmer on Freedom of Speech*, cit., 1.02[H] 1-44.

<sup>409</sup> *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), 14 «The First Amendment affords the broadest protection to such political expression»; *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966), 218 «a major purpose of [the First] Amendment was to protect the free discussion of governmental affairs»; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), 484 «the protection given to speech and the press was fashioned to assure unfettered interchange of ideas for the bringing about of political and social changes desired by the people»; *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980), 596 «the First Amendment embodies more than a commitment to free expression and communicative interchange for their own sakes, it has a structural role to play in securing and fostering our republican system of self-government». Vedi poi *City of Chicago v. Mosley*, cit., 95; *Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969), 390.

<sup>410</sup> Cfr. *supra* (in particolar modo § 3.2) e *infra* §§ 5.2. e 6.

forma: quella che individua il significato politico della libera manifestazione del pensiero non tanto (o, comunque, non solo) nella partecipazione informata del cittadino ai meccanismi di voto, quanto nel c.d. *checking value*<sup>411</sup>.

In primo piano viene posto, in sostanza, il fondamentale ruolo di controllo che i cittadini rivestono rispetto all'abuso del potere pubblico da parte dei pubblici ufficiali. «Il ruolo del cittadino comune non è tanto quello di contribuire stabilmente alla formazione dell'indirizzo politico [...] quanto piuttosto la possibilità di imporre un veto sulle decisioni dei pubblici ufficiali, quando tali decisioni travalichino certi limiti<sup>412</sup>». Per svolgere tale compito la possibilità di esprimere liberamente il proprio pensiero è fondamentale da due punti di vista: essa, evidentemente, consente che il tema dei limiti al potere dei pubblici ufficiali faccia effettivamente parte del discorso pubblico; ma non solo: un ambiente in cui tutti possano discutere liberamente le proprie idee forgia il carattere degli appartenenti ad una società democratica che – proprio perché si percepiscono come uomini liberi e auto-responsabili – sono in grado di porre in essere un controllo effettivo<sup>413</sup>.

Anche in tale versione, la teoria ha, talvolta, incontrato il favore della Corte suprema<sup>414</sup>, per quanto a tale impostazione sia generalmente negata una propria

---

<sup>411</sup> V. BLASI, *The Checking Value in First Amendment Theory*, A.B.F. Res. J., 1977, 521.

<sup>412</sup> *Ivi*, 542 «*The role of the ordinary citizen is not so much to contribute on a continuing basis to the formation of public policy as to retain a veto power to be employed when the decisions of officials pass certain bounds*». Cfr. poi M.B. NIMMER, *Nimmer on Freedom of Speech*, cit., 1.02[I] 1-47 s., che riconosce il valore di una tale impostazione e la sua autonomia concettuale rispetto alla versione di Meiklejohn e che, tuttavia, ritiene che anche *ratio* possa ricondursi alla *enlightenment function* «*Rather the checking value must be seen as another subset of the enlightenment function. Freedom of speech and the press performs an enlightenment function whether the enlightenment comes to bear upon the operation of a democratic process under the self-governing people rationale, or provides a ground for public opposition to official action under the checking value, or serves any one of a number of functions for which enlightenment as to external facts or opinions may be relevant*».

<sup>413</sup> V. BLASI, *Free Speech and Good Character*, cit., 94 s., a sua volta citando – a conclusione del ragionamento – il celebre passaggio della sentenza *Withney* in cui il giudice Brandeis afferma che «la più grande minaccia per la libertà è costituita da un popolo inerte».

<sup>414</sup> Cfr., in particolar modo, *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, cit., 596 (J. Brennan, *concurring*) «*public access to trials acts an important check, akin in purpose to the other checks and balances that infuse our system of government*»;

autonomia, ed essa sia vista, piuttosto, come un corollario dell'autodeterminazione popolare<sup>415</sup> o della ricerca del vero<sup>416</sup>.

## **6. (segue) Teorie che fondano l'estrema tolleranza nei confronti di ogni genere di espressione sulla diffidenza nei confronti del legislatore in questo ambito**

L'argomento che parla a favore della libertà di espressione adducendo, come principale motivazione a sostegno, la sfiducia nei confronti di qualunque regolamentazione statale in materia è autorevolmente sostenuta da un'autorità in materia di libertà di espressione come Frederick Schauer.

Muovendo dalla constatazione dell'inesistenza di una singola, chiara *ratio* per la protezione della libertà di manifestazione del pensiero<sup>417</sup>, l'autore ha a più riprese sostenuto come la giustificazione più persuasiva alla base di una norma come quella contenuta nel I Emendamento risiede in quella che egli definisce la cultura della sfiducia<sup>418</sup>: un forte atteggiamento di sospetto nei confronti della regolamentazione

---

<sup>415</sup> *Herbert v. Lando*, cit., 185 (J. Powell, *concurring*).

<sup>416</sup> Cfr. M.B. NIMMER, *Nimmer on Freedom of Speech*, cit., 1.02[I] 1-47 s., che riconosce il valore di una tale impostazione e la sua autonomia concettuale rispetto alla versione di Meiklejohn e che, tuttavia, ritiene che anche *ratio* possa ricondursi alla *enlightenment function* «*Rather the checking value must be seen as another subset of the enlightenment function. Freedom of speech and the press performs an enlightenment function whether the enlightenment comes to bear upon the operation of a democratic process under the self-governing people rationale, or provides a ground for public opposition to official action under the checking value, or serves any one of a number of functions for which enlightenment as to external facts or opinions may be relevant*».

<sup>417</sup> F. SCHAUER, *Free Speech: a Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, 1982; *Id*, *The Phenomenology of Speech and Harm*, 103 *Ethics* 635 (1993). Cfr. anche F. SCHAUER, *First Amendment Opportunism*, in BOLLINGER L.C.-STONE G.R. (a cura di), *Eternally Vigilant (Free Speech in the Modern Era)*, University of Chicago Press, 2002, 175, in cui l'autore attribuisce le ragioni dell'uso strumentale che si fa del I Emendamento in casi che certamente non sono riferibili al 'core' del principio, proprio in ragione della confusione che regna in dottrina circa la *ratio* alla base della protezione della manifestazione del pensiero.

<sup>418</sup> F. SCHAUER, *The Exceptional First Amendment*, Working Paper Series from Harvard University, 2005, 23 s. «*it is well-documented that for many years the degree of citizen distrust of government in the United States has been greater than that in a vast number of other developed and developing nations, including some number of countries whose citizens have considerably more reason to distrust their governments than Americans have to distrust theirs. Again, it is unclear whether this culture of distrust contributes to American libertarianism, or whether American libertarianism is itself*

statale (del quale si apprezzano le tracce nella teoria del mercato delle idee, come in quella della ‘mano invisibile’), che induce i cittadini a ritenere preferibile che soprattutto alcuni enti che svolgono ruoli di interesse sociale o culturale (la stampa, le biblioteche, le università etc.) necessitino di una speciale protezione costituzionale per potere compiere da soli le scelte relative ai contenuti che vogliono esprimere<sup>419</sup>. Una sfiducia che avrebbe origini storiche e la cui fondatezza sarebbe, in effetti, dimostrata dalla storia<sup>420</sup>: il governo (e più in generale, ogni tipo di autorità), infatti, ha ottime ragioni per temere la diffusione di certi generi di idee – quelle sovversive, ovviamente, ma anche quelle semplicemente dissenzienti rispetto alle idee politiche o ai gusti della maggioranza in un dato momento storico – e la naturale tendenza a impedirne la circolazione. Il primo Emendamento, allora, servirebbe a controbilanciare questo meccanismo: la protezione della libertà di manifestazione del pensiero – sostiene Schauer – trova la sua principale giustificazione nella sfiducia che i cittadini hanno nei confronti della capacità di chi comanda di selezionare i contenuti del discorso pubblico<sup>421</sup>.

Un'altra ragione ‘negativa’ per proteggere la libertà di espressione è, poi, quella che identifica nella possibilità dei cittadini di manifestare liberamente il proprio pensiero una *safety valve*<sup>422</sup>, una valvola di sfogo in grado di confinare le espressioni di dissenso alla parola e non farle sfociare nella violenza. L'idea di fondo è quella che, in

---

*the deeper cause with distrust of government being merely one of the consequences. Yet regardless of the causes of that distrust in government, it seems apparent that American distrust of government is a contributing factor to a strongly libertarian approach to constitutional rights. [...] And while the libertarian culture that such attitudes of distrust engender is hardly restricted to freedom of communication, this skepticism about the ability of any governmental institution reliably to distinguish the good from the bad, the true from the false, and the sound from the unsound finds its most comfortable home in the First Amendment».*

<sup>419</sup> Vedi, in particolare modo, F. SCHAUER, *Principles, Institutions, and the First Amendment*, 112 Harv. L. Rev. 84, 1998; Id., *First Amendment Opportunism*, cit., 195.

<sup>420</sup> F. SCHAUER, *Free Speech: a Philosophical Enquiry*, cit., 80; E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 21.

<sup>421</sup> *Ivi*, 86 «Freedom of speech is based on large part on a distrust of the ability of government to make the necessary distinctions, a distrust of governmental determinations of truth and falsity, an appreciation of the fallibility of political leaders, and a somewhat deeper distrust of governmental power in a more general sense».

<sup>422</sup> Cfr. T. EMERSON, *Toward a General Theory of the First Amendment*, The Yale Law Journal 72 (1963), 885; K. GREENAWALT, *Speech and Crime*, cit., 672-3 «Those who are resentful because their interests are not accorded fair weight, and who may be doubly resentful because they have not even a chance to present those interests, may seek to attain the radical change in existing institutions what to have failed to get from the institution themselves. Thus, liberty of expression, though often productive of divisiveness, may contribute to social stability».

generale, gli uomini sono meno inclini a ricorrere alla forza per raggiungere determinati fini, quando questi fini possono essere raggiunti attraverso la persuasione di altri attraverso un libero confronto di idee.

Per tacere del fatto che qualunque iniziativa nel senso di censurare l'espressione è sempre pericolosa: tutte le volte in cui si silenzia una determinata informazione o opinione perché si ritiene che essa ponga in pericolo beni che, nell'immediato, si ritengono prevalenti, si rischia di scoprire che chi trae vantaggio dal compromesso sono proprio le espressioni e i soggetti censurati<sup>423</sup>.

---

<sup>423</sup> R. DWORKIN, *Introduction*, cit., IX.



## CAPITOLO V

### CONCLUSIONI

**SOMMARIO:** 1. Un secolo di giurisprudenza americana in materia di libertà di espressione, con un *focus* specifico: i reati di istigazione. – 1.1. Una prima chiave di lettura: la rilevanza del ‘significato costituzionale’ della libera espressione (e le sue ripercussioni sulle tecniche di istigazione). – 1.2. Una seconda chiave di lettura: l’influenza della ‘pace’ e della ‘guerra’ sull’ampiezza della tutela riservata alla libera espressione. – 2. Ripensare la tecnica di incriminazione. – 2.1. Critica del *clear and present danger test*... – 2.2. (*segue*)... e valorizzazione del modello ‘concorrente’: il *direct incitement test* di Learned Hand. – 2.3. Un po’ di Hand, un po’ di Brandeis...le direttrici della futura analisi.

#### **1. Un secolo di giurisprudenza americana in materia di libertà di espressione, con un *focus* specifico: i reati di istigazione**

Abbiamo analizzato quasi un secolo di giurisprudenza americana in materia di rapporti fra libertà di espressione e contro-interessi dell’ordine pubblico e della sicurezza nazionale: un secolo di tensioni fra slanci libertari e istanze di sicurezza.

Il riepilogo di quanto esposto sinora vorrebbe evidenziare due percorsi di analisi, che costituiscono altrettante chiavi di lettura di quanto finora esposto e che ci consentiranno di formulare qualche riflessione conclusiva.

### 1.1. Una prima chiave di lettura: la rilevanza del ‘significato costituzionale’ della libera espressione (e le sue ripercussioni sulle tecniche di incriminazione)

Innanzitutto, la separazione – che si è cercato, per quanto possibile, di rendere – fra aspetti costituzionali del discorso sulla libera espressione – concernenti, cioè: le ragioni per cui la libertà di espressione va tutelata, la natura assoluta o relativa del diritto, l’assetto del bilanciamento costituzionale fra libertà di espressione e i contro-interessi dell’ordine pubblico e della sicurezza nazionale – e tecniche penali, concretamente adoperate per invero, nella legge penale e nella sua interpretazione, l’assetto fra contrapposti interessi sancito a livello costituzionale, con particolare riferimento alla tecnica del pericolo concreto.

Non perché fra i due aspetti non sussista una relazione, bensì perché questa relazione non è – come tenteremo di dimostrare – risolutiva.

È evidente, infatti, che la risposta alla domanda ‘perché la Costituzione protegge la libera espressione?’ – l’individuazione, potremmo dire, del significato costituzionale della norma – è in grado di influenzare il bilanciamento fra libertà di manifestazione del pensiero e interessi confliggenti e dunque, mediamente, l’inveramento di tale bilanciamento nelle norme (anche) penali che disciplinano la libera espressione.

La plastica rappresentazione di tale meccanismo è rappresentata dal tormentato percorso seguito dal giudice Holmes, da relatore per una Corte suprema unanime delle sentenze della *clear and present danger trilogy* ad autore, sei mesi dopo, della prima *dissenting opinion* in materia di istigazione a delinquere, nella sentenza *Abrams*.

La riformulazione del *clear and present danger*, da rielaborazione e applicazione alle fattispecie di pericolo di una consolidata giurisprudenza in materia di tentativo – quella che identificava nel requisito della *proximity* i necessari requisiti oggettivi di idoneità e direzione univoca degli atti – a vero e proprio *standard* di tutela costituzionale è certamente mediata da una riflessione sulla *ratio* alla base della protezione delle manifestazioni del pensiero e dalla nascita del modello teorico del ‘mercato delle idee’.

È il mercato delle idee e i benefici che esso apporta alla società nel suo complesso a giustificare un bilanciamento con il contro-interesse della sicurezza nazionale che vede prevalente quest'ultima solo nel caso in cui essa corra un pericolo 'chiaro e attuale'. Ed è in virtù di tale bilanciamento che la tecnica adoperata non è più quella del pericolo concreto *tout court* – quella, cioè, che si applica a qualunque comportamento materiale, indipendentemente dal fatto che esso costituisca una forma di espressione – ma quella del pericolo 'chiaro ed attuale', che idealmente rappresenta una progressione rispetto all'evento lesivo che le norme incriminatrici in materia intendono tutelare, e che trova la sua giustificazione (adesso sì) nella tutela costituzionale fornita all'espressione.

Anche la *dissenting opinion* del giudice Brandeis nella sentenza *Whitney* costituisce, a ben vedere, un buon esempio dell'operare di tale meccanismo. Il giudice, in quella occasione, infatti, identifica una nuova 'buona ragione' per tutelare l'espressione – il fondamentale ruolo che essa svolge nell'assicurare il buon funzionamento dei sistemi democratici – e pertanto sposta ancora in là l'asticella del bilanciamento, richiedendo perché l'espressione possa essere legittimamente limitata un elemento ulteriore rispetto al pericolo chiaro ed attuale: la 'gravità' del contro-interesse minacciato, nel senso del suo 'valore' comparabile rispetto a quello, molto elevato, della libera manifestazione del pensiero. Anche questo ulteriore requisito, dunque, 'filtra' nella tecnica penale di attuazione del bilanciamento costituzionale e fornisce al giudice un nuovo elemento da valutare, in concreto, nello stabilire se l'istigazione sia o meno punibile.

E, d'altronde, anche la pressoché inesistente tutela della libera espressione che caratterizzò gli anni della prima guerra mondiale può forse annoverare fra le sue ragioni una superficiale analisi del ruolo che la libera espressione riveste nei sistemi democratici e non solo: una sostanziale 'immaturità' della comprensione del ruolo centrale rivestito dal I Emendamento.

Pare di potere affermare, dunque, che l'individuazione di 'significati costituzionali' profondi alle radici della norma che tutela la libera manifestazione del pensiero comporti, di regola, una migliore focalizzazione della reale portata dell'interesse che si intende bilanciare con altri e, di conseguenza, una maggior tutela.

Se ciò fosse, però, sempre vero, si dovrebbe inferire che tanto più una società tiene in considerazione – dal punto di vista costituzionale – la rilevanza della libera espressione, tanto più la protegge nel bilanciamento con i contro-interessi confliggenti. Gli Stati Uniti d’America, allora, che più di tutti<sup>424</sup>, forse, tengono in considerazione il fondamentale ruolo della libera manifestazione del pensiero, dovrebbero fornire alla libera espressione dei cittadini delle garanzie sensibilmente maggiori rispetto a quelle fornite dalle altre democrazie, che pure riconoscono tale principio fondamentale. Al netto, dunque, dei primi anni di ‘comprensione incompleta’ della centralità del I Emendamento, almeno dalla seconda guerra mondiale in poi la libertà di espressione dovrebbe risultare, in America, eccezionalmente protetta.

Così non è, però, come denuncia chiaramente l’analisi effettuata, che vede – anche a partire dalla seconda guerra mondiale e fino a giorni nostri – un andamento ondivago della tutela accordata alla libera espressione, quando i contro-interessi presi in considerazione sono quelli dell’ordine pubblico e della sicurezza nazionale.

## 1.2. Una seconda chiave di lettura: l’influenza della ‘pace’ e della ‘guerra’ sull’ampiezza della tutela riservata alla libera espressione

Fallito il tentativo di attribuire la maggiore o minore tutela della libera espressione alla comprensione, in un dato momento storico, del suo valore costituzionale, proviamo ora a esaminare diacronicamente la giurisprudenza analizzata, suddividendola in periodi storici e accomunando periodi di ‘crisi’ del principio – caratterizzati da un alto numero di incriminazioni per condotte costituenti manifestazioni della libertà del pensiero e da una flessione delle garanzie offerte – e periodi, invece, di distensione – periodi nei quali, cioè, si ripristina la tutela della libera espressione e si ripristina la tolleranza dell’opinione dissenziente.

---

<sup>424</sup> Cfr. *supra* cap. IV.

Ebbene, possiamo fin da subito identificare quattro periodi di crisi dell'assetto delle esigenze della sicurezza e quelle della libertà, tali da mettere in discussione gli equilibri fino ad allora vigenti e di modificarli al ribasso: *i)* la prima guerra mondiale; *ii)* la prima *red scare*; *iii)* la seconda *red scare* (o maccartismo); *iv)* la lotta al terrorismo. Tratto comune dei periodi in questione è la 'guerra', intesa in senso lato: guerra contro uno stato straniero, nel primo caso, ma anche guerra ad una ideologia percepita come una minaccia radicale alle istituzioni dello Stato, all'incolumità dei cittadini e – ultimo ma non meno importante – all'insieme di norme sociali e giuridiche che individuano la comunità (statunitense, in questo caso) in un determinato momento storico (ci riferiamo alla lotta al socialismo, al comunismo e, oggi, al terrorismo internazionale).

A intervallare i momenti di crisi appena esaminati possiamo poi individuare tre periodi di convergenza fra i sostenitori delle contrapposte istanze della libertà di espressione e della sicurezza, che si traducono nell'adozione di modelli maggiormente liberali in materia di libera manifestazione del pensiero, sovente proprio sulla scorta dell'ammissione degli eccessi repressivi perpetrati negli anni di crisi. Appartengono a questo novero: gli anni immediatamente successivi alla prima guerra mondiale e caratterizzati dagli 'albori' della prima *red scare*, che indussero la prima seria riflessione sul valore della libera espressione e sulle *rationes* che fondano la protezione costituzionale ad essa accordata; gli anni fra la prima e la seconda *red scare*, soprattutto dopo la fine della seconda guerra mondiale, quando il *clear and present danger test* silenziosamente ma efficacemente si affermò nella giurisprudenza della Corte suprema; la fine degli anni 'Sessanta, caratterizzata dal movimento per i diritti civili e da una serie di conquiste liberali, tra cui può annoverarsi il *Brandenburg test*.

Ogni volta che ad un periodo di 'guerra' succede un periodo di 'pace' si riapre il dibattito sulla libera espressione: si constata che gravi errori sono stati compiuti e si tenta di rafforzare la tutela del principio (operazione che spesso, come abbiamo già osservato, ha delle ripercussioni sulle tecniche di incriminazione). Ogni volta che ad un periodo di 'pace' succede un periodo di 'guerra' si ricomincia da capo.

La conclusione – invero difficile da contestare, dati alla mano – è che l'alternanza guerra/pace è una chiave di lettura migliore rispetto a quella costituita dal

livello di tutela costituzionale accordato alla libera espressione. Anche a fronte del riconoscimento alla libera manifestazione del pensiero di un ruolo che non ha eguali nelle democrazie occidentali, i periodi di tensione sociale sono in grado di vanificare ogni petizione di principio e di porre nel nulla il bilanciamento – in teoria, estremamente favorevole – fra libera manifestazione del pensiero e contro-interessi dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale.

Ciò perché la sensibilità alle crisi politiche dimostrata dalla fattispecie incriminatrici in materia di libera espressione – tanto *in the books*, quanto *in action* – evidenzia i tratti tipici del diritto penale d'autore o, addirittura, del nemico; e di tale controversa esperienza presenta le caratteristiche fondamentali: una 'minaccia' percepita come assolutamente eccezionale e la sensazione che tale minaccia non possa essere fronteggiata rimanendo fedeli al quadro delle garanzie costituzionali che, d'ordinario, regolano la materia penale.

In tale contesto, allora, all'elevato livello delle garanzie costituzionali offerte al 'cittadino' (a fronte di minacce percepite come non particolarmente preoccupanti) si contrappone l'arretramento delle tutele tipico del trattamento da riservarsi al 'nemico', che si colloca in uno spazio diverso, insensibile o, comunque, meno sensibile alle istanze della Costituzione.

Quel che è più preoccupante, però – e che costituirà l'oggetto della nostra ultima riflessione sul punto – è che, sovente, la torsione dei principi costituzionali cui si faceva riferimento è frutto dell'applicazione giudiziaria di leggi che, all'origine, erano certamente armonizzabili con il livello di tutela garantito dalla Corte suprema; e che tale torsione è dunque frutto dell'interpretazione che una prassi 'impressionabile' (per non dire isterica, termine che abbiamo visto ricorrere nell'analisi degli studiosi americani) fornisce in un dato momento storico, giovandosi della 'flessibilità' della tecnica di incriminazione adoperata: il *clear and present danger*, appunto.

## **2. Per una possibile soluzione**

### **2.1. Ripensare la tecnica di incriminazione: critica del *clear and present danger test*...**

Alla evoluzione del discorso costituzionale (cos'è che, in effetti, protegge il I Emendamento?) si accompagna, come osservato, un incremento del novero di manifestazioni del pensiero che – pur essendo, in concreto, offensive – risultano, negli Stati Uniti, tutelate in quanto costituenti estrinsecazioni della libertà di espressione. L'affermarsi del I Emendamento come diritto fra i più importanti nella Costituzione (materiale) americana ha, dunque, certamente contribuito a restringere il novero delle fattispecie concrete in cui la semplice espressione (svincolata da qualunque azione materiale) può essere penalmente perseguita. 'Valore' costituzionale dell'espressione e repressione penale di quest'ultima sono dunque – e non è una sorpresa – inversamente proporzionali. Questa relazione, tuttavia, non riesce compiutamente a spiegare l'esperienza americana sul punto, per come è stata esaminata nelle pagine che precedono.

Ciò perché, nonostante gli Stati Uniti abbiano nel corso degli anni sviluppato il più poderoso prontuario di ragioni per la protezione della libera espressione, comunque nella pratica essi sono soggetti a ciclici vuoti di tutela, coincidenti con i momenti di crisi. Vi è una costante 'crescita' nella comprensione del valore costituzionale e delle *rationes* sottese alla tutela del I Emendamento, ma le affermazioni solenni proferite in questo senso non impediscono, comunque, che la libertà di espressione venga indebitamente compressa tutte le volte in cui i propalatori appartengano alla classe dei 'nemici'; tutte le volte cioè in cui anche la semplice espressione sia percepita come una minaccia radicale allo stile di vita e al modo di pensare maggioritario; obliterando, dunque, la distinzione che esiste fra un'idea rivoluzionaria e un'idea in grado, in concreto e in un lasso di tempo ragionevolmente breve, di provocare la rivoluzione.

Abbiamo inoltre osservato che – se già il ricorso a un diritto penale d'autore o del nemico costituisce un'opzione problematica – tanto più problematica è la modalità con cui si giunge a fare 'due pesi e due misure', due diversi 'livelli' di garanzie costituzionali a seconda della categoria d'autore. L'esperienza americana in materia di libertà di espressione è, in questo senso, univoca: sono i tribunali le sedi privilegiate nelle quali nascono e si affermano questi modelli, magari recuperando fattispecie in disuso, o modificando radicalmente la loro dimensione 'vivente'.

Il *clear and present danger test*, il pericolo concreto, investe il giudice di enormi poteri nel determinare cosa sia affettivamente pericoloso, a fronte di requisiti normativi spesso inesistenti e di test giurisprudenziali radicalmente imprecisi. La storia del diritto americano in materia è, a ben vedere, la storia della ricerca di un test sempre più affidabile e prevedibile: un progressivo 'affinamento' della tecnica di incriminazione che dal vituperato *bad tendency test*, passando per le varie versioni del *clear and present danger test*, arriva al *Brandenburg test*; lo stesso *Brandenburg test* è, in effetti, un tentativo di rendere il *clear and present danger test* più stringente, esplicitando i requisiti di gravità del contro-interesse minacciato e immediatezza dell'azione pericolosa necessari per la punibilità dell'espressione.

Anche all'esito dell'evoluzione sopra descritta, tuttavia, amplissimi sono i margini di discrezionalità riservati al giudice, stante l'assenza di indicazioni circa gli elementi che dovrebbero essere considerati nell'analisi della condotta concretamente tenuta dal soggetto agente. Quando un pericolo è probabile? Quando un'azione è imminente? Che importanza riveste, nella valutazione della sussistenza dei requisiti per punire, la gravità del danno minacciato?

Si tratta di incertezze – ci pare – connaturate alla tecnica di incriminazione, ineliminabili tutte volte in cui la fattispecie incriminatrice della libera espressione costituisca un reato di pericolo concreto; e di incertezze tanto più gravi quando, in assenza di leggi scientifiche (almeno delle c.d. scienze dure), un giudice si trovi a prevedere l'efficacia offensiva di manifestazioni della libertà di pensiero rispetto a beni giuridici di rilevante ampiezza, come l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale.

Ebbene, l'esperienza americana dimostra che fattispecie così congegnate non hanno, alla prova dei fatti, mai costituito un efficace argine ai periodi di crisi politica: il diritto alla libera espressione è stato puntualmente calpestato tutte le volte in cui la manifestazione di un determinato pensiero sia stata considerata, in ragione della temperie politica, inaccettabilmente contro-corrente; e ciò sulla base di prognosi circa la lesione dei beni giuridici tutelati assolutamente fantasiose, soprattutto se considerate con lo sguardo non più annebbiato della posterità.

L'eccessiva discrezionalità giudiziaria e la conseguente imprevedibilità circa le conseguenze della propalazione di idee – ed è la seconda lezione che abbiamo imparato – conducono, in materia di libertà di espressione, al *chilling effect*; non solo, dunque, all'incriminazione delle opinioni fortemente critiche rispetto all'assetto delle istituzioni dello Stato in un dato momento storico, ma anche all'autocensura (per paura di essere puniti) da parte dei critici moderati: proprio di quelle figure, cioè, di cui nei momenti di crisi si ha più bisogno, per mettere in discussione le decisioni di chi governa e per intavolare il fondamentale dibattito sulle garanzie.

Il 'fallimento' dell'esperienza americana sul punto non è dunque – a giudizio di chi scrive – un problema di rilevanza costituzionale della libera manifestazione del pensiero, né un problema di assetto costituzionale del bilanciamento con i contro-interessi coinvolti: è un problema di tecnica di incriminazione. È il *clear and present danger test*, il pericolo concreto, a non funzionare.

## 2.2. (segue) ... e valorizzazione del modello 'concorrente': il *direct incitement test* di Learned Hand

Abbiamo a suo tempo osservato, commentando la sentenza *Abrams* e la nascita del 'vero' *clear and present danger test*, come la scelta operata dal giudice Holmes potesse qualificarsi come sospesa fra due estremi.

Da un lato, l'assoluta impunità per l'espressione – almeno nei casi di espressione politica – anche qualora il soggetto inciti al compimento di atti violenti o di rivolta; adottando questa impostazione, l'unico comportamento penalmente perseguibile sarebbe costituito dall'atto contrario alla legge che è causato dall'espressione di una determinata opinione, anche se tale opinione è espressa in forma di diretta istigazione a delinquere.

Dall'altro, la punibilità di qualunque discorso che possa condurre a violare un legge in vigore, perché totalmente sprovvisto di una tutela costituzionale: tutela che sarebbe garantita solo a quelle manifestazioni del pensiero che propugnino il cambiamento attraverso i legittimi strumenti che la democrazia predispone in tal senso. Alla stregua di questa impostazione, l'esortazione ad opporsi ad una legge attraverso qualunque sistema diverso da una votazione rappresenterebbe una intollerabile (e per questo, punibile) minaccia per il sistema democratico.

Entrambe le posizioni estreme qui ricordate sono dal giudice Holmes – correttamente, a nostro giudizio – rigettate. La prima, perché fornirebbe protezione a manifestazioni del pensiero che pure, in ogni democrazia, sono punite, perché pacificamente ritenute prive di qualunque pregio costituzionale: si pensi, ad esempio, al concorso morale (*sub specie* istigazione) in un omicidio; la seconda, perché troppo facilmente si trasformerebbe nella negazione di ogni critica, anche costruttiva o moderata, del sistema vigente.

Tuttavia – come forse il lettore ricorderà – quando Oliver Wendell Holmes coniò il 'vero' *clear and present danger test* – lo standard che, pur con la sua 'evoluzione' nella sentenza *Brandenburg* ha mantenuto intatti, per quasi un secolo, i suoi connotati genetici – almeno un'altra soluzione 'intermedia' si candidava a diventare il nuovo standard costituzionale in materia di libertà di espressione: il *direct incitement test* propugnato dal giudice Hand nella sentenza *Masses*.

Si trattava – lo ricordiamo – di un test focalizzato sul contenuto comunicativo delle espressioni adoperate dal soggetto agente, indipendentemente da ogni proiezione futura sulla probabilità del verificarsi di un danno. Ciò che, a giudizio di Hand,

costituiva un'istigazione punibile (e non la lecita manifestazione di un'opinione dissenziente rispetto a quella maggioritaria, concretizzatasi nel precetto legislativo) era solo la diretta istigazione, formulata con linguaggio inequivoco, alla violazione di una legge in vigore. Un test – come più volte sottolineato dal suo creatore – rigorosamente oggettivo, che vincolasse strettamente il giudice e che impedisse derive del tipo di quelle verificatesi durante anni della prima guerra mondiale: nel primo, vero, banco di prova della libertà di pensiero negli Stati Uniti.

La principale caratteristica di tale approccio era costituita dalla netta separazione che deve sussistere fra causalità in senso naturalistico e causalità penale in materia di libertà di espressione: la responsabilità penale per le affermazioni – questa la tesi di Hand – non può e non deve dipendere dalla probabilità che determinate espressioni producano un dato risultato: non deve, insomma, essere fondata su 'ragionevoli previsioni'.

E questo perché, in pratica, le previsioni in quest'ambito non sono mai ragionevoli.

Su di esse influisce, inevitabilmente, il fatto che la repressione della libertà di manifestazione del pensiero sia caratteristica di periodi storici contrassegnati da una certa 'isteria' di massa nei confronti di gruppi di persone o ideologie particolari. La presenza di questa condizione rendeva – a giudizio di Hand – il *clear and present danger test* troppo pericoloso: i giudici difficilmente avrebbero distinto, in questi casi, fra il presunto oggetto del dolo del soggetto agente e le effettive probabili conseguenze delle affermazioni di quest'ultimo in termini di pericolo concreto per i beni giuridici tutelati; e, comunque, l'eccessiva imprevedibilità correlata ad un test di tal genere avrebbe certamente creato un *chilling effect* delle opinioni (anche moderatamente) dissenzienti, esattamente come avvenuto in relazione all'*Espionage Act* negli anni della guerra.

La responsabilità penale, allora, avrebbe dovuto affrancarsi da qualunque considerazione relativa ai probabili effetti delle affermazioni provalate, e radicarsi sul dato oggettivo dell'effettivo tenore letterale delle espressioni concretamente adoperate dal soggetto agente.

Se non si ritengono lecite tutte le affermazioni diverse dalla diretta istigazione a commettere un reato – sosteneva Hand – si lascia nelle mani della giuria la valutazione più delicata in assoluto, quella relativa alla tendenza del linguaggio. Ed è proprio quando si ha più bisogno di proteggere la libertà di pensiero che la protezione offerta dalle giurie è maggiormente illusoria.

Il test di Hand – come abbiamo avuto modo di osservare, ripercorrendo gli avvenimenti di quegli anni – indipendentemente dalla sua ‘bontà’, non ebbe mai una concreta possibilità di affermarsi. In un primo momento, infatti, la voce del giudice si levò sostanzialmente inascoltata dai suoi contemporanei, ancora riluttanti a riconoscere piena copertura costituzionale all’espressione di idee pericolose, e le tesi di Hand vennero bruscamente ribaltate in appello. Quando poi cominciò a farsi strada, anche nei contemporanei, la consapevolezza della necessità di un test maggiormente protettivo della libera espressione – e quando il contributo di Hand in tal senso venne, di conseguenza, rivalutato – era ormai troppo tardi. La Corte suprema si era già occupata della questione nell’ *Espionage Act trilogy* e il giudice Holmes aveva già – pur senza fornire alla locuzione un preciso significato costituzionale – coniato l’espressione *clear and present danger*; i concetti di ‘vicinanza’ e di ‘grado’ erano, dunque, già stati strettamente correlati alla nozione di istigazione punibile: rompere questa equazione – proponendo un modello svincolato dalle conseguenze dell’espressione – non era più possibile, se non procedendo ad un clamoroso *overruling* dell’orientamento giurisprudenziale appena stabilito.

Avallando un test fondato sul pericolo ‘chiaro e attuale’, tuttavia, la Corte suprema – e il giudice Holmes, in prima persona – creava uno standard le cui debolezze, confermate dall’evoluzione storica che abbiamo ripercorso, furono quelle correttamente identificate e stigmatizzate – con una lucidità che a distanza di un secolo impressiona – da Learned Hand.

### 2.3. Un po' di Hand, un po' di Brandeis... : le direttrici della futura analisi

Proprio dall'approccio – prima minoritario, poi dimenticato – di Learned Hand, allora, l'analisi vorrebbe ripartire per fornire qualche utile spunto di riforma della legislazione italiana in materia di libera espressione e ordine pubblico, attraverso un approccio comparato. I problemi di 'funzionamento' della tecnica del pericolo concreto infatti – proprio perché problemi della tecnica di incriminazione, non della formulazione di una singola norma – non sono solo problemi americani e, anzi, sembrano affliggere anche la disciplina italiana, che di tale modello si serve.

Vorremmo, in particolar modo, raccogliere la prima delle intuizioni del giudice Hand circa la necessaria separazione che deve sussistere – in materia di espressione – fra causalità in senso naturalistico e responsabilità penale; abbandonando, di conseguenza, la tecnica di accertamento fondata sul pericolo concreto di un'imminente azione offensiva.

Sul punto, ci pare che l'esperienza statunitense – non fosse altro che per il lasso di tempo considerevole che offre all'osservatore – possa servire di lezione: sulla base di parametri così vaghi (cosa vuol dire probabile? cosa vuol dire imminente? sulla base di quale criterio il giudice valuta la probabilità del danno? e l'imminenza dell'azione?) non esiste 'ragionevole previsione' o 'prudente apprezzamento' che tenga; in presenza di una grave minaccia (percepita) per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale, la tecnica del pericolo concreto è 'buona' quanto è 'buono' il giudice che la adopera. E questo, in materia di comportamenti assistiti da una garanzia costituzionale (per risicata che la si voglia immaginare), non è accettabile.

Si tenterà, allora, di procedere in due sensi:

a) svincolando il discrimine fra espressione legittima e istigazione punibile dal crinale delle (asserite) probabili conseguenze delle affermazioni, e di ancorare la punibilità delle manifestazioni del pensiero a dati che presentino una maggiore verificabilità concreta e riservino, pertanto, al giudice una minore discrezionalità. Ci riferiamo – seguendo ancora la via indicata da Hand – al *tenore letterale* delle

affermazioni concretamente adoperate dal soggetto agente, che devono direttamente incitare alla violazione di una legge. E ciò nella convinzione della maggiore efficienza, in quest'ambito, della tecnica di incriminazione del pericolo astratto: perché il pericolo concreto non è, alla stregua dei criteri forniti e dell'ontologica natura della relazione che la legge intende disciplinare, concretamente verificabile dal giudice del caso concreto; e perché l'imprevedibilità del giudizio si traduce nel 'raggelare' ogni critica e, in definitiva, nella negazione del diritto alla libera manifestazione del pensiero;

b) selezionando ulteriormente il novero delle condotte punibili sulla base del 'valore' del contro-interesse messo a repentaglio dall'espressione. Prendendo spunto dalla fondamentale affermazione del giudice Brandeis nella sentenza *Whitney* – che mette in evidenza come la limitazione di un diritto fondamentale come la libera espressione necessiti, per poter essere costituzionalmente legittima, della messa in pericolo di contro-interessi di valore comparabile – si tenterà, cioè, di restringere ulteriormente il campo delle istigazioni punibili: a quelle manifestazioni della libera espressione che incitano direttamente alla violazione di una legge che preservi beni giuridici di rilevante valore; o a quelle espressioni che, comunque, istighino all'uso della forza o della violenza sulle persone. Sposando l'idea che rientrano nel novero delle manifestazioni del pensiero coperte dalla garanzia costituzionale le espressioni di natura politica e quelle che, più in generale, contribuiscono al dibattito circa le 'preferenze' e le 'abitudini' di una società in un dato momento storico, si sosterrà – ad esempio – che la diretta istigazione a compiere atti di violenza sulle cose debba ritenersi lecita, stante la prevalenza del diritto ad una libera espressione rispetto alla pur possibile lesione del bene giuridico patrimonio che ne deriverebbe.

Si tratta per il momento – ce ne rendiamo conto – di semplici direttrici per una riflessione che necessiterà di approfondimenti ulteriori e di misurarsi *funditus* con l'esperienza italiana in materia.

Per un percorso che finisce, insomma, ce n'è un altro che comincia.

A noi resta la speranza che il viaggio, appena concluso, nell'ordinamento statunitense possa, in qualche modo, aver fornito qualche utile spunto ad una riflessione – quella relativa alla natura e ai limiti del diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero – che è, per sua natura, in continuo divenire.



## BIBLIOGRAFIA

ABEL N., *United States vs. Mehanna, the First Amendment, and Material Support in the War on Terror*, Boston College L. Rev. 54 (2013), 711;

ALESIANI L., *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006;

ALEXANDER L., *Free Speech and Speaker's Intent*, 12 Const. Comm. 21(1995);

ALEXANDER L., *Incitement and Freedom of Speech*, in D. KRETZMER-F. KERSHMAN HAZAN, *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, The Hague: Kluwer Law International, 101, ristampato in *The international library of essays in law and legal theory, Freedom of Speech* (a cura di L. ALEXANDER), II, 511.

ALEXANDER L., *Is There a Right of Freedom of Expression?*, Cambridge University Press, 2005;

AMDUR, *Scanlon of Freedom of Expression*, in 9 *Phil. & Pubb. Aff.* 287 (1980);

ANASTAPLO G., *Reflections on Freedom of Speech and the First Amendment*, University Press of Kentucky, 2007;

ANASTAPLO G., *The Constitutionalist (Notes on the First Amendment)*, Lexington Books, 2005;

AUSTIN J.L., *How to Do Things with Words*, Harvard University Press, 1975;

BAKER C.E., *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, 25 UCLA L. Rev. 964 (1978);

BARENDT E., *Incitement to, and Glorification of, Terrorism*, in HARE I.-WEINSTEIN J., (a cura di) *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009;

BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975;

BARTON CARTER T.-FRANKLIN M.A.-WRIGHT J.B., *The First Amendment and the Fifth Estate (Regulation of Electronic Mass Media)*, VII ed., Foundation Press, New York, 2008;

BEALE J.H. JR., *Criminal Attempts*, 16 Harv. L. Rev. 491 (1902);

BETTIOL G., *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Legge Penale*, cit., I;

BEVIER L.R., *The Invisible Hand of the Marketplace of Ideas*, in L.C. BOLLINGER L.C.-STONE G.R. (a cura di), *Eternally Vigilant (Free Speech in the Modern Era)*, University of Chicago Press, 2002, 232.

BICKEL A., *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, 1962;

BISHOP J.P., *Criminal Law*, Little Brown, V ed., 1872.

BLACKSTONE W., *IV Commentaries on the Laws of England* (1769);

BLASI V., *Free Speech and Good Character*, in L.C. BOLLINGER L.C.-STONE G.R. (a cura di), *Eternally Vigilant (Free Speech in the Modern Era)*, University of Chicago Press, 2002;

BLASI V., *Holmes and the Marketplace of Ideas*, in V. BLASI (a cura di), *Ideas of the First Amendment*, Thomson West, 2006, 643;

BLASI V., *Ideas of the First Amendment*, Thomson West, 2006;

BLASI V., *Reading Holmes through the Lens of Schauer*, 72 Notre Dame L. Rev. 1343 (1997);

BLASI V., *The Checking Value in First Amendment Theory*, A.B.F. Res. J., 1977, 521;

BLASI V., *The Elliot Lecture: Milton's Areopagitica and the Modern First Amendment*, Yale Law School Occasional Papers: Series Two (1996) in V. BLASI, *Ideas of the First Amendment*, Thomson West, 2006, 102;

BLASI V., *The First Amendment and the Ideal of Civic Courage: the Brandeis Opinion in Whitney v. California*, 29 *William & Mary Law Review*, 653 (1988);

BLOUNSTEIN E.J., *Criminal Attempts and the 'Clear and Present Danger' Theory of the First Amendment*, 74 *Cornell L. Rev.* 1118 (1989);

BOGNETTI G., *Apologia del delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p., ultimo comma*, in in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, 18;

BOGNETTI G., *Vilipendio del governo e principi costituzionali di libertà di espressione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, 959;

BOLLINGER L.C., *Epilogue*, in L.C. BOLLINGER L.C.-STONE G.R. (a cura di), *Eternally Vigilant (Free Speech in the Modern Era)*, University of Chicago Press, 2002, 312;

BOLLINGER L.C., *The Tolerant Society (Freedom of Speech and Extremist Speech in America)*, Oxford University Press, 1986;

- BORK R.H., *Neutral principle and Some First Amendment Problems*, 47 Ind. L. J. 1 (1971);
- BROWN G.D., *Notes on a Terrorism Trial – Preventive Prosecution, ‘Material Support’ and The Role of The Judge after United States v. Mehanna*, 4 Harvard National Security Journal 1 (2012), 23;
- CHAFEE Z. JR., *Book Review*, 62 Harv. L. Rev. 891 (1949).
- CHAFEE Z. JR., *Free Speech in the United States*, Harvard University Press, 1941;
- CHAFEE Z. JR., *Freedom of Speech in War Time*, 32 Harv. L. Rev. 932 (1919);
- CHAFEE Z. JR., *Freedom of Speech*, Harcourt, Brace and Howe, 1920;
- CLARK W.L.-MARSHALL W.L., *A treatise on the law of crimes*, Callaghan, II ed., 1912;
- COHEN J., *Congress Shall Make no Law*, Iowa State University Press, 1989;
- COHEN J., *The First Amendment (Constitutional Protection of Expression and Conscience)*, Foundation Press, New York, 2003;
- COLE D.-DEMPSEY J. X., *Terrorism and the Constitution (Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security)*, The First Amendment Foundation, 2006;
- COLE D., *The First Amendment's Borders: The Place of Holder v. Humanitarian Law Project in First Amendment Doctrine*, 6 Harvard Law & Policy Review, 147;
- COOLEY T.M., *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Powers of the States of the American Union*, VIII ed., Little, Brown & Co., 1927;
- COVER R., *The Left, the Right and the First Amendment: 1918-1928*, 40 Md. L. Rev. 349 (1981)
- CURTIS M.K., *Free Speech, “The People’s Darling Privilege” (Struggles for Freedom of Expression in American History)*, Duke University Press, 2000;
- DE VERO G., *Tutela penale dell’ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988;
- DERSHOWITZ A., *Taking the Stand*, Crown Publishers, 2013;
- DI GIOVINE A., *La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza*, in AA. VV., *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005;
- DICEY A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan & Co., 1897;

DONOHUE L.K., *Terrorist Speech and the Future of Free Expression*, 27 *Cardozo L. Rev.* 233 (2005);

DOWNS D.A., *Nazis in Skokie (Freedom, Community, and the First Amendment)*, University of Notre Dame Press, 1985;

DWORKIN R., *Foreword*, in I. HARE –J. WEINSTEIN, (a cura di) *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, V.

DWORKIN R., *Is there a Right to Pornography?*, *Oxford Journal of Legal Studies* 1, 2, 1981, 177;

DWORKIN R., *Law's Empire*, Oxford University Press, 1986;

DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977;

EDWARD WHITE G., *Justice Holmes and the Modernization of Free Speech Jurisprudence: The Human Dimension*, 80 *California Law Review*, 391 (1992);

EDWARD WHITE G., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, 1993;

EDWARD WHITE G., *The First Amendment Comes of Age: the Emergence of Free Speech in Twentieth-Century America*, 95 *Michigan Law Review*, 299 (1996);

EMERSON T., *The system of Freedom of Expression*, New York: Random House, 1970;

EMERSON T., *Toward a General Theory of the First Amendment*, *The Yale Law Journal* 72 (1963);

ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. sc. soc.*, 1957-58, 49;

FAINBERG J., *Harm to Others*, Oxford University Press, 1984;

FARBER D.A., *The First Amendment*, II ed., Foundation Press, 2003;

FISH S., *Driving from the Letter: Truth and Indeterminacy in Milton's Areopagitica*, in *Re-Membering Milton, 1988*, ristampato in V. BLASI, *Ideas of the First Amendment*, Thomson West, 2006, 107;

FOIS S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957;

FREUND E., *The Debs Case and Freedom of Speech*, *The New Republic*, May 3 1919, 13 s., ristampato in 40 *University of Chicago Law Review* 239 (1973);

GARNER B.A. (*Editor in Chief*), *Black's Law Dictionary*, IX ed., Thompson Reuters, 2009;

GARRISON A.H., *Supreme Court Jurisdiction in Times of National Crisis, Terrorism, and War (A Historical Perspective)*, Lexington Books, 2011.

GRABER M.A., *Transforming free speech (The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism)*, University of California Press, 1991.

GREENAWALT K., *Speech and Crime*, American Bar Foundation Research Journal, 4, 1980, 667;

GREENAWALT K., *Speech, Crime and the Uses of Language*, Oxford University Press, 1989;

GRIFFIN S.M., *American Constitutionalism (From Theory to Politics)*, Princeton University Press, 1996, traduzione italiana, *Il costituzionalismo americano (Dalla teoria alla politica)*, Bologna, 2003;

GUNTHER G., *Learned Hand and the Origins of First Amendment Doctrine*, 27 Stanford Law Review 719 (1975);

GUNTHER G., *Learned Hand: the Man and the Judge*, Oxford University Press, II ed., 2011;

HARE I.-WEINSTEIN J., (*a cura di*) *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009;

HEALY T., *Brandenburg in a Time of Terror*, 84 Notre Dame Law Review 2009, 664;

HENTOFF T., *Speech, Harm, and Self-Government: Understanding the Ambit of the Clear and Present Danger Test*, 91 Columbia Law Review, 1453 (1991);

HEYMAN S.J., *Free Speech & Human Dignity*, Yale University Press, 2008;

*Holmes-Laski Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski 1916-1935*, Mark DeWolfe Howe, Harvard University Press, Cambridge, 1953;

JORDAN C., *Reason and Imagination: The Selected Correspondence of Learned Hand*, Oxford University Press, 213;

KALVEN H.JR., *A Worthy Tradition (Freedom of Speech in America)*, Harper & Row Publishers, 1988;

KROTOSZYNSKI R.JJR., *The First Amendment in Cross-Cultural Perspective (A Comparative Legal Analysis of the Freedom of Speech)*, New York University Press, 2006;

KROTOSZYNSKI R.J. JR., *Dissent, Free Speech, and the Continuing Search for the 'Central Meaning' of the First Amendment*, 98 Mich. L. Rev. 1613 (2000);

LAWRENCE F.M., *Violence-Conducive Speech: Punishable or Protected*, in D. KRETZMER-F. KERSCHMAN HAZAN-F.E. STIFLUNG (a cura di), *Freedom of Speech and Incitement against Democracy*, Martinus Nijhoff Publishers, 14;

LEVY L.W., *Emergence of a Free Press*, Ivan R. Dee, 1985;

LEVY L.W., *Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History*, 1960;

LEWALSKY B.K., *The Life of John Milton: a Critical Biography*, 2000, ristampata in V. BLASI, *Ideas of the First Amendment*, Thomson West, 2006, 96;

LINDBLOM C., *Politics and Markets*, 1977;

LINDE H., *Clear and Present Danger Re-Examined: Dissonance in the Brandenburg Concerto*, 22 Stan. L. Rev. 1163 (1970);

LINZER P., *The Meaning of Certiorari Denials*, 79 Colu. L. Rev. 1227, 1979;

LYND S., *Brandenburg v. Ohio: A Speech Test for All Season*, 43 U. Chi. L. Rev. 515, 1975;

MACKINNON C., *Only words*, HarperCollins, 2005;

MATSUDA M.J.-LAWRENCE C.R. III-DELGADO R.-WILLIAMS CRENSHAW K., *Words that Wound (Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment)*, Westview Press, 1993;

MAYTON, *Seditious Libel and the Lost Guarantee of a Freedom of Expression*, 84 Colum. L. Rev. 91 (1984);

MEIKLEJOHN A., *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, Harper, 1948;

MEIKLEJOHN A., *Political Freedom: the Constitutional Powers of the People*, Oxford University Press, 1965;

MEIKLEJOHN A., *The First Amendment is an Absolute*, Supreme Court Rev 245 (1961);

MILL J.S., *Of the liberty of Thought and Discussion*, in *On liberty and Others Essays*; Oxford University Press, 1991;

MILTON J., *Areopagitica: a Speech for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England*, 1644, in V. BLASI, *Ideas of the First Amendment*, Thomson West, 2006, 56;

MURPHY P.L.-GARRY P., *Opening up the Marketplace to Free Trade in Ideas*, 14 *Law & Soc. Inquiry* 415, 1989

MURPHY P.L., *World War I and the Origin of Civil Liberties in the United States*, W.W. Norton, New York, 1979;

MURRAY K., *Red Scare: A Study in National Hysteria, 1919-1920*, University of Minnesota Press, 1955;

NIMMER M.B., *Nimmer on Freedom of Speech (A Treatise on the Theory of the First Amendment)*, Matthew Bender, 1984;

NOZICK R., *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, 1975;

NUVOLONE P., *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica logica dell'ordinamento*, in AA.VV., *Legge penale e libertà di pensiero*, Padova, 1966, 349;

PACE A., *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967;

PALADIN L., *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987, 1, 5;

PELISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000;

PERKINS R.M. & BOYCE R.N., *Criminal Law*, III ed., 1982;

POLENBERG R., *Fighting Faiths: the Abrams Case, the Supreme Court and Free Speech*, New York, Viking Press, 1987;

POSNER R.A., *Not a Suicide Pact (the Constitution in a Time of National Emergency)*, Oxford University Press, 2006;

POSNER R.A., *The Hand Biography and the Question of Judicial Greatness (reviewing Gerald Gunther, Learned Hand: The Man and the Judge (1994))*, 104 *Yale Law Journal* 511 (1994)

POST R., *Constitutional Domains (Democracy, Community, Management)*, Harvard University Press, 1995;

POST R., *Democracy, Expertise, and Academic Freedom (A First Amendment Jurisprudence for the Modern State)*, Yale University Press, 2012;

POST R., *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, in BOLLINGER L.C.-STONE G.R. (a cura di), *Eternally Vigilant (Free Speech in the Modern Era)*, University of Chicago Press, 2002, 155.

POST R., *Symposium on Law in the Twentieth Century: Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, 88 *California Law Review*, 2353 (2000);

- PULITANÒ D., *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quale giust.*, 1971, 187; C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972;
- RABBAN D.M., *Free Speech in Its Forgotten Years*, Cambridge University Press, 1997;
- RABBAN D.M., *The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*, *University of Chicago Law Review*, 50: Iss. 4, Article 2, 1983;
- RAZ J., *Free expression and personal identification*, 11 *OJLS* 303, 1991;
- REDISH M.H., *Freedom of Expression (A Critical Analysis)*, The Michie Company Law Publishers, 1984;
- REDISH M.H., *Robert S. Marx Lecture: Unlawful Advocacy and Free Speech Theory: Rethinking the Lesson of the McCarthy Era*, 73 *University of Cincinnati Law Review*, 9 (2004);
- REDISH M.H., *The Adversary First Amendment (Free Expression and the Foundation of American Democracy)*, Stanford University Press, 2013;
- REDISH M.H., *The Value of Free Speech*, 130 *U. Pa Law. R.* 591 (1982);
- ROHR M., *Grand Illusion: the Brandenburg Test and Speech that Encourages or Facilitates Criminal Acts*, 38 *Willamette Law Review*, 1 (2002);
- SAID W.E., *Humanitarian Law Project and the Supreme Court's Construction of Terrorism*, 2011 *BYU L. Rev.* 1455;
- SCANLON T., *A Theory of Freedom of Expression*, in *Phil & Pub. Aff.*, 204 ss.(1972), ristampato in R.M. DWORKIN (a cura di), *The Philosophy of Law*, Oxford, 1977;
- SCANLON T., *Freedom of Expression and Categories of Expression*, 40 *U. Pitt. L. Rev.* 519 (1979);
- SCHAUER F., *First Amendment Opportunism*, in BOLLINGER L.C.-STONE G.R. (a cura di), *Eternally Vigilant (Free Speech in the Modern Era)*, University of Chicago Press, 2002, 175;
- SCHAUER F., *Free speech: a philosophical enquiry*, Cambridge University Press, 1982;
- SCHAUER F., *Melville B. Nimmer Memorial Lecture: Facts and the First Amendment*, 57 *UCLA Law Review*, 897 (2010);
- SCHAUER F., *Principles, Institutions, and the First Amendment*, 112 *Harv. L. Rev.* 84, 1998;
- SCHAUER F., *The Exceptional First Amendment*, Working Paper Series from Harvard University, 2005;

- SCHAUER F., *The Fenomenology of Speech and Harm*, 103 *Ethics* 635 (1993);
- SCHEIBER N.E. (a cura di), *Earl Warren and the Warren Court: The Legacy in American and Foreign Law*, Lexington Books, 2007;
- SHIELL T.C., *Campus Hate Speech on Trial (second edition, revised)*, University Press of Kansas, 2009;
- SHIFFRIN S.H.-CHOPER J.H., *The First Amendment (Cases-Comments-Questions)*, IV ed., Thomson West, 2006;
- SHIFFRIN S.H., *Defamatory Non-Media Speech and First Amendment Methodology*, 25 *UCLA L. Rev.* 915 (1978);
- SHIFFRIN S.H., *The First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment*, 78 *Nw.U.L.Rev.* 1212 (1983);
- SHIFFRIN S.H., *The First Amendment, Democracy, and Romance*, Harvard University Press, 1990;
- SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 688;
- STONE G.R., *Civil Liberties v. National Security in the Law's Open Areas*, 86 *Boston University Law Review* 1315 (2006);
- STONE G.R., *Judge Learned Hand and the Espionage Act of 1917: A Mystery Unraveled*, 70 *University of Chicago Law Review*, 335 (2003);
- STONE G.R., *Perilous Times (Free Speech in Wartime – from the Sedition Act of 1798 to the War on Terror)*, W.W. Norton & Company, 2004;
- STRAUSS A., *Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression*, 91 *Colum. L. Rev.* 334 (1991);
- STRAUSS D.A., *Freedom of Speech and the Common-Law Constitution*, in BOLLINGER L.C.-STONE G.R. (a cura di), *Eternally Vigilant (Free Speech in the Modern Era)*, University of Chicago Press, 2002, 43;
- STRONG F.R., *Fifty Years of Clear and Present Danger: from Schenck to Brandenburg – and Beyond, 1969 Supreme Court Review* (1969), in D.E. LIVELY-D.E. ROBERTS-R.L. WEAVER, *First Amendment Anthology*, Anderson Publishing Co., 1994;
- STRUM P., *When the Nazi Came to Skokie (Freedom for Speech We Hate)*, Kansas University Press, 1999;

SULLIVAN K.M.-GUNTHER G., *First Amendment Law*, IV ed., Foundation Press, 2010;

SULLIVAN K.M., *Free Speech and Unfree Markets*, in V. BLASI, *Ideas of First Amendment*, Thomson West, 2006, 597;

SUNSTEIN C., *Democracy and the Problem of Free Speech*, 1993;

TEMKIN M., *The Sacco-Vanzetti Affair: America on Trial*, Yale University Press, 2009;

TRIBE L.H.-DORF M.C., *On Reading the Constitution*, Harvard University Press, 1991, traduzione italiana *Leggere la Costituzione* (Una lezione americana), Bologna, 2005;

TRIBE L.H., *American Constitutional Law*, II ed., 1988;

TUSHNET M.V., *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, Constitutionalism & Democracy series, University of Virginia Press, 1993

VAN ALSTYNE W.W., *The American First Amendment in the Twenty-First Century (Cases and Materials)*, III ed., Foundation Press, 2002 - Supplement 2007;

VISCONTI C., *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008;

VOLOKH E., *Crime-Facilitating Speech*, 57 *Stanford Law Review*, 1095 (2005);

VOLOKH E., *The First Amendment and Related Statutes (Problems, Cases and Policy Arguments)*, V ed., Foundation Press, 2014;

WEAVER R.L.-HANCOCK C.-LIVELY D.E.-KNECHTLE J.C., *The First Amendment: Cases, Problems, and Materials*, Lexis Nexis, 2006;

WEINSTEIN J., *The story of Masses Publishing Co. v. Patten: Judge Learned Hand, First Amendment Prophet*, in R. GARNETT-A. KOPPELMAN, *First Amendment Stories*, Foundation Press, 2011.

## GIURISPRUDENZA U.S.A.

### A

*Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919);

*American Communications Ass'n v. Douds*, 339 U.S. 382 (1950);

*Aptheker v. Secretary of State*, 378 U.S. 500 (1964);

### B

*Baggett v. Bullitt*, 377 U.S. 360 (1964)

*Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1927);

*Bond v. Floyd*, 385 U.S. 116 (1966);

*Brendenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)

*Bridges v. California*, 314 U.S. 252 (1941);

*Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954);

### C

*Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940);

*Carlson v. California*, 310 U.S. 106 (1940);

*City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972);

*Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971);

*Coldwell v. United States*, 256 F. 805, 809 (1<sup>st</sup> Cir. 1919);

*Commonwealth v. Kennedy*, 48 N.E. 770 (Mass. 1897);

*Commonwealth v. Peaslee*, 59 N.E. 55 (Mass. 1901);

*Consolidated Edison Co. v. Public Service Comm'n*, 447 U.S. 530 (1980);

*Craig v. Harney*, 331 U.S. 367, (1947);

## **D**

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

*DeFonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937);

*Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951);

## **E**

*Elfbrandt v. Russell*, 384 U.S. 11 (1966);

## **F**

*Fontana v. United States*, 262 F. 283, 286 (8th Circ. 1919);

*Frohwerk v. United States*, 249 US 204 (1919);

## **G**

*Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925);

*Glover v. Commonwealth*, 86 Va 382 (1885);

*Goldstein v. United States*, 258 F. 908, 911 (9<sup>th</sup> Cir. 1919);

*Grubl v. United States*, 264 F. 44 (8th Circ. 1920);

## **H**

*Harshfield v. United States*, 260 F. 659 (8th Circ. 1919);

*Herbert v. Lando*, 441 U.S. 153 (1979);

*Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242 (1937);

*Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105 (1963);

*Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010);

*Holy Land Foundation for Relief and Development v. Ashcroft*, 219 F. Supp. 2<sup>d</sup> 57 (2002);

## **I**

*Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983);

## **J**

*Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905);

## **K**

*Kamman v. United States*, 259 F. 192 (7th Cir. 1919);

*Keyishian v. Board of Regents*, 385 U.S. 589 (1967);

*Kirchner v. United States*, 255 F. 301 ss. (4<sup>th</sup> Cir. 1918);

## **L**

*Linmark Associates, Inc. v. Willingboro*, 431 U.S. 85 (1977);

## **M**

*Marks v. United States*, 430 U.S. 188 (1977);

*Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946);

*Martin v. Struthers*, 319 U.S. 141 (1943);

*Masses Publishing Co v. Patten*, 244 F. 535 (S.D.N.Y.) (1917);

*Masses Publishing Co. v. Patten*, 246 F. 24 (2<sup>d</sup> Cir. 1917);

## **N**

*NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886 (1982)

*Noto v. United States*, 367 U.S. 290 (1961);

## **P**

*Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907);

*Pennekamp v. Florida*, 328 U.S. 331 (1946);

*People v. Mills*, 178 NY 274 (1904);

*Procurier v. Martinez*, 408 U.S.92 (1972);

*Pruitt v. State* 20 Tx Ct App 129 (1886);

## **R**

*Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973);

## **S**

*Scales v. United States*, 367 U.S. 203 (1961);

*Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939);

*Scott v. State*, 49 Ark 156 (1886);

*Shaffer v. United States*, 255 F 886 (9<sup>th</sup> Cir. 1919);

*Shenck v. United States*, 249 US 47 (1919);

*Shilter v. United States* 257 F. 274, 725 (9<sup>th</sup> Circ. 1919);

*Simpson v. State*, 59 Ala 1 (1877);

*State v. Thompson*, 31 Nev 209 (1909);

*Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931);

*Sugarman v. United States*, 249 U.S. 182 (1919);

## **T**

*Taylor v. Mississippi*, 319 U.S. 583 (1943);

*Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945);

*Thornill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940);

*Toledo Newspaper Co. v. United States*, 247 U.S. 402;

## **U**

*United States v. Jiminez Recio*, 357 U.S. 270 (2003);

*United States v. Bunyard*, 9 (E.D. Mo. 1918) (Interp. of War Stat. Bulletin 168);

*United States v. Dennis*, 183 F.2d 201 (2d Cir.) (1950);

*United States v. Equi*, 11 (D. Or. 1918) (Interp. of War Stat. Bulletin 172);

*United States v. Henning* (E.D. Wis. 1919) (Interp. of War Stat. Bulletin 184);

*United States v. Koenig* (E.D. Mo. 1918) (Interp. of War Stat. Bulletin 166);

*United States v. Mehanna*, 735 F.3d 32 (2013);

*United States v. Nagler*, 252 F. 217, 222 (W.D. Wis. 1918);

*United States v. Nearing*, 252 F 223, 228 (SDNY 1917);

*United States v. Prieth*, 12 (N.D.J. 1918) (Interp. of War Stat. Bulletin 156);

*United States v. Rhuberg*, 5 (D. Or. 1918) (Interp. of War Stat. Bulletin 94);

*United States v. Robel*, 389 U.S. 258 (1967);

*United States v. Schutte*, 252 F. 212 (D.N.D. 1918);

*United States v. Stephens*, 7 (D. Del. 1918) (Interp. of War Stat. Bulletin 116);

*United States v. Wattson*, 423 U.S. 411 (1976);

*United States v. Weist*, 4 s. (E.D. Mo. 1918) (Interp. of War Stat. Bulletin 169);

*United States v. Williams*, 553 U.S. 285 (2008);

*United States v. Zittel*, 4 (Wd. Walsh. 1918) (Interp. of War Stat. Bulletin 90);

*United States v. Mills* (D.N.D. 1919) (Interp. of War Stat. Bulletin 204);

## **W**

*West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943);

*Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927);

*Wolf v. United States*, 259 F. 388 (8th Circ. 1919);

## **Y**

*Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957).