

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 1/2026

Data: 3 febbraio 2026

Vilipendio della bandiera e libertà di espressione negli Stati Uniti d’America nell’era di Donald Trump*

di **Daniele Camoni** – *Ricercatore in Diritto pubblico comparato nell’Università degli Studi di Milano*

TITLE: Flag desecration and freedom of expression in the United States in the era of Donald Trump

ABSTRACT: Il presente saggio intende commentare i recenti sviluppi in materia di vilipendio della bandiera negli Stati Uniti, prendendo spunto dall’*Executive Order* “Prosecuting Burning of the American Flag”, adottato il 25 agosto 2025 dal Presidente Donald Trump. Dopo averne ripercorso i contenuti e confrontati questi con la giurisprudenza della Corte Suprema, soprattutto con il precedente di *Texas v. Johnson* (1989), si cercherà di comprendere se questo *Executive Order* è compatibile con il diritto costituzionale alla libertà di espressione di cui al Primo Emendamento e se la stessa Corte Suprema – a fronte di una specifica strategia politica dell’Amministrazione federale – potrebbe eventualmente mutare la propria interpretazione in materia.

The present essay deals with the recent developments regarding flag desecration in the United States after the adoption of the Executive Order “Prosecuting Burning of the American Flag” on August 25, 2025 by President Donald Trump. After reviewing its contents and comparing them

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

Contributo soggetto alla licenza “CC BY-NC-ND” Attribuzione – Non Commerciale – Non Opere Derivate 4.0 Internazionale; <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

with the doctrine of the Supreme Court, especially with the precedent in *Texas v. Johnson* (1989), it will attempt to understand whether this Executive Order is compatible with the constitutional right to freedom of expression under the First Amendment and whether the current Supreme Court – which is facing a specific political strategy of the federal Administration – could possibly change its interpretation on the matter.

KEYWORDS: Vilipendio della bandiera; Donald Trump; libertà di espressione; Stati Uniti; Corte Suprema; Flag desecration; Donald Trump; freedom of speech; United States; Supreme Court

SOMMARIO: 1. Premessa. La libertà di espressione negli Stati Uniti d’America ai tempi di Donald Trump – 2. I contenuti dell’*Executive Order* “Prosecuting Burning of the American Flag”: *much ado about nothing?* – 3. Il precedente della Corte Suprema in *Texas v. Johnson* (1989) e non solo – 4. Una disobbedienza voluta a *Texas v. Johnson*? L’*Executive Order* sul vilipendio della bandiera come “spia” di una strategia politica più ampia – 5. Alcune conclusioni. Il vilipendio della bandiera (ancora) come libertà di espressione o un cambio giurisprudenziale all’orizzonte?

«Fear of serious injury cannot alone justify
suppression of free speech and assembly.
Men feared witches and burnt women.
It is the function of speech to free men
from the bondage of irrational fears».
Whitney v. California, 274 U.S. 357, 376 (1927),
BRANDEIS, J., concurring.

1. Premessa. La libertà di espressione negli Stati Uniti d’America ai tempi di Donald Trump

Alcune vicende politico-mediatiche negli Stati Uniti della seconda Presidenza di Donald Trump – inaugurata il 20 gennaio 2025 – hanno riproposto all’attenzione pubblica (e dei giuristi) il sempre affascinante e spigoloso dibattito sui confini della libertà di espressione e, in particolare,

sull'individuazione di limiti compatibili con la Costituzione¹. Tra le più rilevanti, si possono menzionare: il controllo dell'Amministrazione federale sui finanziamenti esteri ricevuti dalle Università – con la minaccia di sospensione dei relativi fondi² – anche nell'ambito delle proteste nei campus in relazione al conflitto israelo-palestinese³; l'arresto (e possibile deportazione, ancora *sub iudice*) dell'attivista palestinese Mahmoud Khalil, in relazione a questi ultimi fatti⁴; la cancellazione del *late show* televisivo di Stephen Colbert su CBS e la sospensione (poi revocata) di quello di Jimmy Kimmel su ABC, entrambi molto critici contro Trump; le frequenti minacce del Presidente di revocare le licenze delle emittenti televisive critiche nei suoi confronti; le azioni disciplinari e i licenziamenti posti in essere nei confronti di numerosi dipendenti pubblici a seguito di commenti negativi nei confronti dell'attivista e sostenitore di Trump Charlie Kirk, assassinato durante un comizio presso la Utah Valley University il 10 settembre 2025.

A questa successione di episodi, già sufficienti per una ricostruzione sul presente e futuro della *freedom of speech* di cui al Primo Emendamento, si somma l'adozione di un *Executive Order* (EO) presidenziale avente ad oggetto il perseguimento e la punizione di fatti di vilipendio della bandiera statunitense sotto forma di *flag burning*⁵. La questione – che tocca il simbolo nazionale per eccellenza e uno dei pochi elementi che, al giorno d'oggi, forse ancora unisce tutti gli americani senza distinzione di alcun tipo⁶ – merita particolare attenzione quantomeno in relazione a tre

¹ Con riferimento al primo mandato di Trump, T. ZICK, *The First Amendment in the Trump Era*, Oxford University Press, Oxford, 2019 e, in relazione all'interpretazione “trumpiana” della libertà di espressione, E. BERTOLINI, *Alternative Facts, Political Lies and Freedom of Expression: A Paradigm of Trump's Administration*, in *DPCE online*, n. 1, 2021, 1271 ss.

² A livello giudiziario, cfr. *President & Fellows of Harvard College v. United States Department of Health & Human Services, et al.*, 25-cv-11048 (D. Mass. April 21, 2025) e *American Association of University Professors – Harvard Faculty Chapter et al. v. United States Department of Justice, et al.*, 25-cv-10910 (D. Mass. April 11, 2025), che hanno sospeso il congelamento di \$2.2 miliardi in favore dell'Università di Harvard da parte dell'Amministrazione federale. In dottrina, S. BENVENUTI, *La libertà accademica alla prova della seconda presidenza Trump: Harvard v. Department of Health and Human Services, et al.* (D. Mass. 2025), in *Osservatorio costituzionale*, n. 6, 2025, 145 ss.

³ Si vedano in questo senso l'*Executive Order* 14282, “Transparency Regarding Foreign Influence at American Universities” (23 aprile 2025), che impone un obbligo stringente di *disclosure* sui finanziamenti ricevuti da enti stranieri, l'*Executive Order* 14188, “Additional Measures to Combat Anti-Semitism” (29 gennaio 2025), che comporta una raccolta di tutti gli episodi denunciati di antisemitismo all'interno di Università e centri scolastici e l'apertura delle indagini corrispondenti da parte dell'Amministrazione federale o la cancellazione di 400 milioni di dollari in sovvenzioni e contratti federali alla Columbia University a causa della continua inazione della scuola di fronte alle persistenti molestie nei confronti degli studenti ebrei (7 marzo 2025).

⁴ Cfr. E. BECHTOLD, *The Death Knell for American Free Speech Tradition*, in *Verfassungsblog*, 25th March 2025.

⁵ Si tratta dell'[EO 14341, “Prosecuting Burning of the American Flag”](#) (25 August 2025).

⁶ In questo senso, il Congresso degli Stati Uniti ha riconosciuto nel 1931 “*The Star-Spangled Banner*” come inno ufficiale, dichiarato nel 1949 il 14 giugno quale “*Flag Day*” e regolato nel 1987 il giuramento di fedeltà alla bandiera (*Pledge of Allegiance*).

aspetti: i contenuti specifici dell'EO in questione; il precedente “ostativo” rappresentato dalla sentenza *Texas v. Johnson* della Corte Suprema⁷; la strategia giuridico-giurisdizionale messa in atto dall'Amministrazione Trump, di cui il presente EO probabilmente rappresenta solo un tassello di un disegno ben più ampio⁸.

Sullo sfondo, nello Stato che da sempre rivendica la più ampia tutela possibile della libertà di espressione anche a fronte di condotte oltremodo odiose⁹, a differenza di quanto invece non accadrebbe altrove – come ha affermato, in relazione all'Europa e con parole che oggi suonano quasi paradossali, il Vicepresidente J.D. Vance alla Conferenza di Monaco sulla sicurezza del 14-16 febbraio 2025¹⁰ – il pendolo di tale diritto oscilla tra una polarizzazione sempre più marcata e la parallela volontà (ancor più pericolosa se proveniente dalle istituzioni pubbliche) di apporre limiti ad esso per contingenti interessi politici¹¹.

2. I contenuti dell'*Executive Order* “Prosecuting Burning of the American Flag”: *much ado about nothing*?¹²

L'EO sopra menzionato merita una prima analisi descrittiva a partire dalle formule giuridico-letterali impiegate. A titolo di premessa, va sottolineato che esso utilizza – in modo abbastanza indistinto e pur non apparendo il dato testuale decisivo rispetto alle ricadute della questione di fondo – le espressioni di *flag burning* (già nel titolo) e *flag desecration*: la seconda condotta

⁷ Cfr. 491 U.S. 397 (1989).

⁸ Sull'uso “strategico” degli *Executive Orders* da parte di Trump (soprattutto durante il suo secondo mandato), vedi A. BARAGGIA, D. CAMONI, *Gli Executive Orders nella seconda Presidenza Trump: verso un nuovo equilibrio nella separazione dei poteri?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, 2025, 241 ss. e M. BASSINI, *Executive Orders e ruolo presidenziale: la sfida di Trump alla separazione dei poteri*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2025.

⁹ Valga qui il riferimento a *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 391 (1992), nel quale la Corte Suprema ha ritenuto costituzionalmente illegittima una legge del Minnesota che sanzionava l'esposizione di simboli in grado di suscitare timore o risentimento per ragioni di razza, credo o genere, in quanto «displays containing abusive invective, no matter how vicious or severe, are permissible unless they are addressed to one of the specified disfavored topic». Oggetto della controversia era un inquietante episodio di *cross burning* (tipico dell'organizzazione suprematista bianca del Ku Klux Klan) davanti all'abitazione di una famiglia afroamericana in Minnesota: si tornerà sul tema *infra*, nel testo, §4.

¹⁰ «[A]cross Europe, free speech, I fear, is in retreat» (*Speech by JD Vance*, in B. FRANKE (ed.), [Munich Security Conference 2025 Speech by JD Vance and Selected Reactions](#), 18).

¹¹ Cfr. R. POST, *Falling Far and Fast. The Turn Against Free Speech in America*, in *Verfassungsblog*, 21st September 2025.

¹² Il riferimento letterario è all'omonima commedia shakespeariana (1598-1599).

contiene la prima ma non si esaurisce nelle sole condotte di incendio della bandiera, ben potendo l'atto di vilipendio realizzarsi anche in altre forme (ad esempio, calpestandola o arricchendola di ulteriori simboli che, con l'obiettivo di trasmettere un determinato messaggio critico, ne modifichino *in peius* il significato).

In relazione allo scopo perseguito, l'attività di persecuzione penale e l'attivazione di forme di responsabilità giuridica rispetto a condotte di *flag desecration* sono legate alla possibilità che possano provocare violenze e disordini, nonché rappresentare atti dolosi di intimidazione e violenza nei confronti di altri cittadini¹³: in questo senso, secondo l'EO tali comportamenti integrerebbero una *imminent lawless action* ovvero un insieme di *fighting words* non riconducibili, alla luce della giurisprudenza "storica" della Corte Suprema, entro il perimetro della libertà espressiva del Primo Emendamento¹⁴. Il tenore della disposizione appare però ambiguo poiché, come si vedrà tra poco, un conto è la sanzione (legittima sul piano costituzionale) di condotte espressive dirette a provocare gli effetti menzionati e un altro è punire (in termini contrari al Primo Emendamento) i medesimi comportamenti in quanto ritenuti intrinsecamente – e sulla base di una mera presunzione – "portatori" di tali conseguenze: l'EO non sembra infatti escludere quest'ultima possibilità¹⁵.

A specificazione di tale principio, è dato mandato all'*Attorney General* di porre in essere tutte le azioni giudiziarie possibili qualora i fatti segnalati violino «applicable, content-neutral laws, while causing harm unrelated to expression»¹⁶: tra queste, è fatto riferimento (invero non esaustivo) ai reati d'odio, alla discriminazione nei confronti di cittadini americani o altre violazioni dei diritti civili degli stessi¹⁷, ai reati contro la proprietà e la pubblica tranquillità, nonché agli atti di

¹³ Cfr. Section 1: «Burning this representation of America may incite violence and riot. American Flag burning is also used by groups of foreign nationals as a calculated act to intimidate and threaten violence against Americans because of their nationality and place of birth».

¹⁴ Per una ricostruzione, M.J. MANNHEIMER, *The Fighting Words Doctrine*, in 93 *Columbia Law Review* 1527 (1993).

¹⁵ Come è stato ricordato, «there's obviously a fundamental difference between engaging in speech to directly advocate for a lawless action and burning the American flag, the latter of which is not a specific call for violence and lawlessness but *could* inspire others to commit lawlessness and violence» (R. SOAVE, *Trump's Executive Order Prohibiting Flag Burning Is Unconstitutional*, in *The Volokh Conspiracy*, 25 August 2025).

¹⁶ Section 2(a). Nell'attualità, è pendente un procedimento penale (federale) nei confronti di Jan Carey ([United States v. Carey, 1:25-cr-00251](#)), veterano di guerra che ha volutamente dato fuoco davanti alla Casa Bianca ad una bandiera degli Stati Uniti per protestare contro l'EO in questione. Le accuse riguardano i fatti di aver «lit and maintained a fire, not in a designated area and receptable and under conditions established by the superintendent» e «lit, tended, and used a fire in a manner that threatened, caused damage to, and resulted in the burning of property, real property, and park resources, and created a public safety hazard».

¹⁷ Sul caso americano come «modello della libertà» – attraverso la giurisprudenza della Corte Suprema – cfr. I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Giuffrè, Milano, 2018, 57 ss.

conspirazione e tentativi di violare tali leggi, favoreggiamento e istigazione alla violazione delle stesse. Inoltre, nei casi in cui il Dipartimento di Giustizia o un altro Dipartimento ritenga che tali atti di vilipendio della bandiera possano violare una legge statale – ad esempio in materia di restrizioni sull'accensione di fuochi in aree all'aperto, disturbo della quiete pubblica o danneggiamento della proprietà altrui – esso dovrà deferire la questione alle autorità statali competenti. Infine, è previsto che il Segretario di Stato, l'*Attorney General* e il Segretario della Sicurezza Interna, nell'ambito delle rispettive competenze, possano negare, vietare, revocare o annullare visti, permessi di soggiorno, procedimenti di naturalizzazione e altri benefici in materia di immigrazione, oppure richiedere l'allontanamento dagli Stati Uniti di cittadini stranieri che hanno compiuto atti di vilipendio della bandiera in circostanze che consentono l'esercizio di tali rimedi ai sensi della legge federale¹⁸.

In definitiva, rispetto alle condotte di vilipendio della bandiera l'EO sembrerebbe non innovare in nulla lo scenario normativo e giurisprudenziale oggi vigente, proponendosi piuttosto un duplice obiettivo: da un lato, provare a “rintracciare” alcune possibili aree di punibilità al di fuori dei confini protettivi tracciati da *Johnson* (che, come si vedrà, ammette in casi eccezionali la sanzione del *flag burning*), quindi a giurisprudenza invariata; dall'altro, provocare indirettamente l'instaurazione di una controversia giudiziaria *ad hoc* che, arrivando da ultimo davanti ad una Corte Suprema ben diversa da quella che si pronunciò nel 1989, possa determinare un *overruling* di tale precedente, di fatto escludendo *tout court* il carattere espressivo della condotta in esame e, quindi, qualsiasi forma di protezione giuridica. È allora doverosa una prima ricognizione delle linee interpretative tracciate da *Johnson* e delle posizioni di minoranza ivi contenute per comprendere se davvero questo EO possa inserirsi, come legittima eccezione punitiva, entro le pieghe così disegnate o, al contrario, abbia una natura meramente “oppositiva” per ragioni di *strategic litigation*.

¹⁸ Section 2(d).

3. Il precedente della Corte Suprema in *Texas v. Johnson* (1989) e non solo

Pur non trattandosi della prima sentenza avente ad oggetto un uso controverso della bandiera americana¹⁹, *Johnson* rappresenta il caso inaugurale nel quale la Corte Suprema ha interpretato, attraverso l'applicazione della sua precedente giurisprudenza in materia di *free speech*, l'atto materiale del vilipendio della bandiera alla luce di un possibile esercizio del diritto alla libertà di espressione²⁰. Chiamata a valutare il ricorso dello Stato del Texas contro l'assoluzione in appello di Gregory Johnson²¹ – condannato in primo grado²² per aver dato fuoco, nel 1984, ad una bandiera degli Stati Uniti davanti al municipio di Dallas in protesta contro le scelte politiche dell'Amministrazione Reagan – la Corte riteneva che la condotta in esame poteva essere considerata «sufficiently imbued with elements of communication»²³ (e, come tale, degna di essere analizzata alla luce del Primo Emendamento) laddove «an intent to convey a particularized message [is] present, and in the surrounding circumstances the likelihood was great that the message would be understood by those who view[ed] it»²⁴. L'azione di protesta di Johnson soddisfaceva tale parametro, sia sul piano oggettivo – avendo l'obiettivo di comunicare un messaggio ben definito –

¹⁹ Si vedano *Halter v. Nebraska*, 205 U.S. 34 (1907) – non incostituzionalità di una legge statale che vietava l'uso della *star-spangled banner* per promuovere la pubblicità di prodotti commerciali (bevande alcoliche) – *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969) – annullamento di una condanna per *flag desecration*, in quanto ambigua circa il comportamento sanzionato (mera espressione o anche condotte materiali?) – *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974) – incostituzionalità di una legge statale in materia di *flag desecration*, poiché troppo ampia ed indefinita in ordine alle condotte penalmente sanzionabili – e *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974), la quale dichiarò incostituzionale (per violazione del Primo Emendamento) una legge statale che vietava l'esibizione della bandiera americana con l'aggiunta di ulteriori simboli (pacifisti) non previsti dalla stessa. Ripercorre in sintesi questa giurisprudenza W.C. BIRKETT, *Flag desecration statutes after Texas v. Johnson—A legislative solution to a political problem*, in 14(3) *Southern Illinois University Law Journal* 625 (1990).

²⁰ La letteratura in materia è particolarmente copiosa. Senza pretesa di esaustività e a livello monografico, cfr. R.J. GOLDSTEIN, *Flag burning and free speech: the case of Texas v. Johnson*, University press of Kansas, Lawrence, 2001; *Desecrating the American Flag: Key Documents of the Controversy from the Civil War to 1995*, Syracuse University Press, Syracuse, 1996; *Burning the Flag: The Great 1989-90 American Flag Desecration Controversy*, Kent State University Press, Kent, 1996; *Saving "Old Glory": The History of the American Flag Desecration Controversy*, Westview Press, Boulder, 1995 e M.K. CURTIS, *The Constitution and the Flag. Volume 1: The Flag burning Cases*, Garland Publishing, New York, 1993.

²¹ 755 S.W.2d 92 (1988).

²² In particolare, Johnson era stato condannato in applicazione di Tex. Penal Code Ann. §42.09(a)(3) (1989), che puniva gli atti di vilipendio materiale della bandiera, i quali implicavano un danneggiamento «in a way that the actor knows will seriously offend one or more persons likely to observe or discover his action» (Tex. Penal Code Ann. §42.09(b)).

²³ *Spence v. Washington*, cit., 409.

²⁴ *Ivi*, 410-411.

sia su quello soggettivo, essendo facilmente percepibile a livello pubblico/sociale (anche alla luce del contesto di fondo) il significato del messaggio così veicolato.

A seguire, è stato ritenuto necessario esaminare se la limitazione all'esercizio di tale condotta potesse essere fatta rientrare entro i confini di una normativa conforme a Costituzione, sulla scorta del parametro enunciato in *United States v. O'Brien*²⁵. Esso prevede che, laddove nella stessa attività materiale si sommino elementi verbali (*pure speech*) e non-verbali (*symbolic speech*), la presenza di restrizioni all'azione espressiva è ammissibile solo alla triplice condizione che «it furthers an important or substantial governmental interest; [...] the governmental interest is unrelated to the suppression of free expression, and [...] the incidental restriction on alleged First Amendment freedoms is no greater than is essential to the furtherance of that interest»²⁶.

Secondo la Corte, la possibilità di ricondurre o meno tale restrizione alla libertà di espressione integra una sorta di *tertium genus*: in particolare, si tratta di un parametro di valutazione che si colloca a metà strada tra lo stringente criterio dello *strict scrutiny* – il quale impone una “presunzione relativa” di incostituzionalità in materia di limitazioni ai diritti fondamentali, salvo contraria dimostrazione della necessità di perseguire un interesse governativo in modo selettivo e con il mezzo meno afflittivo possibile²⁷ – e la regola ordinaria della *rational basis review*²⁸. Ne deriva che, nel caso in cui una limitazione all'esercizio del Primo Emendamento non sia in concreto assistita dall'interesse pubblico invocato ovvero vada ad incidere direttamente sulla libera

²⁵ 391 U.S. 367 (1968).

²⁶ *Ivi*, 377. L'importanza di questa sentenza è stata sottolineata da D.A. FISHMAN, *United States v. O'Brien*, in R.A. PARKER (ed.), *Free Speech On Trial: Communication Perspectives on Landmark Supreme Court Decisions*, University of Alabama Press, Tuscaloosa-London, 2003, 142, secondo cui «*O'Brien* legitimized nonverbal communication as a component of First Amendment thinking. Although there were symbolic speech cases before and after *O'Brien*, no other decision has provided such a durable test to apply to issues where speech and conduct are commingled».

²⁷ Cfr. E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law: Principles and Policies*, Wolters Kluwer, New York, 2011, 695: «Under strict scrutiny a law is upheld if it is proved necessary to achieve a compelling government interest. The government [...] must show that it cannot achieve its objective through any less discriminatory alternative». È noto che tale criterio interpretativo è stato introdotto per la prima volta da Justice Harlan Fiske Stone nella celeberrima nota a piè di pagina n. 4 (*Footnote 4*) in *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144, 152 (1938): «There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten Amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth».

²⁸ Cfr. *Heller v. Doe*, 509 U.S. 312, 320 (1993): «A classification must be upheld [under minimum rationality review] if there is any reasonably conceivable state of facts that could provide a rational basis for the classification». Sui diversi criteri applicati dalla Corte Suprema in materia, cfr. R. RANDALL KELSO, *The Structure of Modern Free Speech Doctrine: Strict Scrutiny, Intermediate Review, and Reasonableness Balancing*, in 8 *Elon Law Review* 291 (2016).

espressione del pensiero, il criterio introdotto in *O'Brien* non può essere impiegato, dovendo invece applicarsi the «most exacting scrutiny»²⁹.

L'applicazione del test di *O'Brien* era quindi subordinata all'accertamento che il Texas avesse fatto valere un giusto interesse a sostegno della condanna di Johnson non correlato alla limitazione della sua libertà di espressione. In questo senso, lo Stato offriva due motivi distinti per giustificare la condanna: prevenire violazioni dell'ordine pubblico e preservare la bandiera come simbolo dell'unità nazionale. Secondo la Corte, tuttavia, da un lato la condotta oggetto di giudizio non poteva essere ricondotta all'esigenza delle autorità texane di prevenire un'alterazione della pubblica tranquillità (*breach of the peace*), essendosi questa sviluppata in un contesto del tutto pacifico e in assenza di reazioni pericolose o di allarme tali da implicare un intervento delle forze di pubblica sicurezza. Dall'altro, era pacifico che la manifestazione, da parte di Johnson, di un determinato pensiero politico era stata limitata proprio in ragione del contenuto intrinseco del messaggio che egli intendeva comunicare attraverso il mezzo espressivo censurato (l'incendio della bandiera)³⁰. Le pubbliche autorità non potevano quindi proibire la manifestazione di un'idea per il solo fatto che essa risultasse offensiva o sgradevole, giacché tale condotta restrittiva rappresenta l'esatta negazione delle libertà consacrate dal Primo Emendamento e simboleggiate da quella bandiera che, pur data alle fiamme, protegge anche coloro che la disprezzano.

A margine del contenuto della sentenza – adottata di stretta misura, per cinque voti a quattro – è interessante evidenziare la trasversalità ideologica della decisione rispetto al tradizionale paradigma che contrappone giudici “conservatori” vs. “liberali”³¹, quest'ultimo abbastanza frequente (soprattutto in tempi moderni) su controversie relative all'esercizio di diritti fondamentali e così pregnanti a livello politico-sociale: in tal senso, la maggioranza era costituita dai Giudici *liberal* William Brennan (estensore)³², Thurgood Marshall³³ e Harry Blackmun³⁴ e dai conservatori

²⁹ *Texas v. Johnson*, cit., 412.

³⁰ Sulla bandiera come elemento espressivo, cfr. *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 632 (1943): «Symbolism is a primitive but effective way of communicating ideas. The use of an emblem or flag to symbolize some system, idea, institution, or personality is a short-cut from mind to mind».

³¹ Cfr. A. FELDMAN, *Charting the Justices Decisions Cutting Across Ideological Lines*, in *Empirical SCOTUS*, 1st April 2024.

³² È da tutti riconosciuto l'importante lascito di Brennan nella giurisprudenza della Corte Suprema in materia di *free speech*: cfr. G.R. STONE, *Justice Brennan and the Freedom of Speech: A First Amendment Odyssey*, in 139 *University of Pennsylvania Law Review* 1333 (1991) e E.V. HECK, *Justice Brennan and Freedom of Expression Doctrine in the Burger Court*, in 24 *San Diego Law Review* 1153 (1987).

³³ Autore di *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 564, 565 (1969), secondo cui il mero possesso di materiale osceno non è sanzionabile poiché, a fronte di un diritto «to receive information and ideas [...], if the First Amendment means

Antonin Scalia e Anthony Kennedy, mentre la minoranza era integrata dai conservatori William Rehnquist e Sandra Day O'Connor, dal "centrista" Byron White³⁵ e da John Paul Stevens, quest'ultimo nominato dal Presidente repubblicano Gerald Ford nel 1975 ma poco a poco evolutosi verso posizioni sempre più progressiste³⁶.

Guardando in particolare alle posizioni di due giudici conservatori, *Justice* Scalia è ritornato in alcune occasioni sulle ragioni del suo voto in *Johnson*, confermando di non aver affatto cambiato idea e ribadendo la necessità di interpretare il Primo Emendamento in una prospettiva originalista che impone di preservare – per quanto deprecabili nei contenuti – le critiche al potere pubblico/politico, con qualsiasi mezzo siano espresse³⁷. In antitesi, in *Johnson* il *Chief Justice* Rehnquist pronunciava una dura opinione dissenziente, nella quale contestava la natura espressiva del *flag burning*, ritenendola «the equivalent of an inarticulate grunt or roar that, it seems fair to say, is most likely to be indulged in not to express any particular idea, but to antagonize others»³⁸. Di conseguenza, a suo avviso la sanzione irrogata a Johnson dalle autorità texane aveva ad oggetto una semplice condotta materiale (vietata dalla legge) e non una legittima manifestazione di pensiero, ferma restando la possibilità di esprimere la medesima opinione ricorrendo ad altri simboli ed espressioni: «It was Johnson's use of this particular symbol, and not the idea that he sought to convey by it or by his many other expressions, for which he was punished»³⁹.

anything, it means that a State has no business telling a man, sitting alone in his own house, what books he may read or what films he may watch. Our whole constitutional heritage rebels at the thought of giving government the power to control men's minds».

³⁴ Già estensore di *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), che ha costituzionalizzato – prima dell'*overruling* ad opera di *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022) – l'esistenza di un diritto federale all'aborto ed elaborato la c.d. "teoria dei trimestri".

³⁵ Sulla difficile ascrivibilità di White ad una specifica filosofia interpretativa, cfr. M. HERZ, *Nearest to Legitimacy: Justice White and Strict Rational Basis Scrutiny*, in 74 *University of Colorado Law Review* 1329 (2003).

³⁶ Cfr. G.P. MAGARIAN, *The Pragmatic Populism of Justice Stevens's Free Speech Jurisprudence*, in 74 *Fordham Law Review* 2201 (2005).

³⁷ Valgano le parole da lui pronunciate nel 2015 presso il *National Constitution Centre* («If it were up to me, I would put in jail every sandal-wearing, scruffy-bearded weirdo who burns the American flag. But I am not king») e, in precedenza, quelle di un'intervista resa nel 2012 alla CNN: «If I were king, I would not allow people to go about burning the American flag. However, we have a First Amendment which says that the right of free speech shall not be abridged. And it is addressed, in particular, to speech critical of the government [...] That was the main kind of speech that tyrants would seek to suppress. Burning a flag is a form of expression. Speech doesn't just mean written words or oral words».

³⁸ *Texas v. Johnson*, cit., 432 (REHNQUIST, CJ, dissenting).

³⁹ *Ibid.* In senso critico, D.R. FINE, *Symbolic Expression and the Rehnquist Court: The Lessons of the Peculiar Passions of Flag Burning*, in 22 *University of Toledo Law Review* 777, 790 (1991): «What is most noteworthy about the dissents in the *Johnson* case is that they barely clash with the *O'Brien*/First Amendment analysis. Rather, Chief Justice

In termini affini, per *Justice Stevens* nel caso di specie era sanzionato il metodo impiegato per manifestare una determinata opinione – peraltro nei confronti di un bene considerato intangibile (la bandiera come simbolo nazionale capace di trascendere la sua dimensione materiale) – e non quest’ultima: così come nessuno metterebbe mai in discussione l’assenza di libertà espressiva laddove qualcuno dovesse decidere di imbrattare il Monumento a Washington o il Lincoln Memorial (anche per manifestare idee degne della massima considerazione), lo stesso ragionamento doveva a suo avviso estendersi nei confronti della bandiera americana⁴⁰.

4. Una disobbedienza voluta a *Texas v. Johnson*? L’*Executive Order* sul vilipendio della bandiera come “spia” di una strategia politica più ampia

Il riferimento alla inedita contrapposizione, tutta interna ad una filosofia interpretativo-giurisdizionale conservatrice, tra Scalia e Rehnquist è forse utile per provare a comprendere alcune pieghe dell’approccio dell’attuale Amministrazione Trump rispetto all’esito di *Johnson*. A titolo di inciso, è doveroso ricordare come, all’indomani della pubblicazione di questa sentenza, non siano mancate veementi reazioni politiche *bipartisan* e tentativi normativi di riforma, addirittura di rango costituzionale. In prima battuta, il Congresso adottò a larghissima maggioranza quale risposta a tale decisione il *Flag Protection Act 1989*, in forza del quale era sanzionato il vilipendio materiale della bandiera americana a prescindere dal messaggio espressivo veicolato: tuttavia, anche tale legge è stata dichiarata incostituzionale dalla stessa maggioranza di *Johnson*, poiché sebbene disegnato in termini apparentemente più ampi e non *content-based* rispetto alla legge texana, «the Act still suffers from the same fundamental flaw: it suppresses expression out of concern for its likely communicative impact»⁴¹.

A seguire, in diverse occasioni è stata tentata anche la strada dell’introduzione di un apposito *Flag Desecration Amendment* in Costituzione: l’ultima proposta oggetto di un ampio dibattito

William Rehnquist cited patriotic poetry in his effort to demonstrate that the flag is a unique symbol in the United States, worthy of protection not afforded other symbols».

⁴⁰ *Texas v. Johnson*, cit., 436-439 (STEVENS, J., dissenting).

⁴¹ *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310, 317 (1990). Vedi anche *ivi*, 315: «Although the Flag Protection Act contains no explicit content-based limitation on the scope of prohibited conduct, it is nevertheless clear that the Government’s asserted interest is ‘related to the suppression of free expression, [...] and concerned with the content of such expression’».

parlamentare e conseguente votazione – formulata nel 2006 e attivamente sostenuta dal Partito Repubblicano – non è stata approvata per uno scarto minimo, essendosi arenata ad un solo voto dal raggiungimento della maggioranza dei due terzi necessaria in Senato, in particolare a causa di tre senatori repubblicani “dissenzienti”⁴² (ferma comunque restando la necessità, ai sensi dell’art. 5 Cost., di una posteriore ratifica da parte di almeno tre quarti degli Stati membri della Federazione).

Tornando al contesto attuale, è stato sopra ricordato come nell’EO adottato da Trump si alluda alla possibilità di sanzionare comunque il *flag burning* laddove esso integri la fattispecie coperta dalla dottrina delle *fighting words* – «those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace»⁴³ – ovvero qualora esso si possa tradurre in concreto in una *imminent lawless action*⁴⁴. Tuttavia, è necessario rilevare quanto segue. Se l’EO facesse effettivamente riferimento a tali ipotesi – e, dal linguaggio impiegato, non è del tutto chiaro che sia (solo) così – l’adozione di questa fonte normativa sarebbe del tutto superflua, limitandosi a ribadire qualcosa che già oggi è possibile e in nulla viola la libertà di espressione, vale a dire la possibilità di perseguire, anche penalmente, fatti riconducibili a tali circostanze: come è stato evidenziato, infatti, qualora un atto di vilipendio dovesse dare luogo a situazioni imminenti di alterazione dell’ordine pubblico o di violenza «the fire-setter could be punished—not for desecration but for either incitement or ‘fighting words’»⁴⁵.

Con riferimento agli atti di *flag burning* che violino «applicable, content-neutral laws, while causing harm unrelated to expression», questi potrebbero essere puniti solo laddove la legislazione in vigore proibisca, ad esempio e in termini generali, la possibilità di accendere fuochi in determinate zone pubbliche: in questo caso, si andrebbe a sanzionare l’accensione del fuoco, a prescindere dal fatto che esso sia stato appiccato ad una bandiera o ad un altro oggetto e con

⁴² Cfr. https://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_votes/vote1092/vote_109_2_00189.htm: si trattava dei Senatori Bennett (Utah), Chafee (Rhode Island) e McConnell (Kentucky), quest’ultimo *Senate Majority Whip*.

⁴³ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942).

⁴⁴ Si tratta del c.d. *Brandenburg test*, enunciato in *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969): «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». Criticamente, sulla creazione, interpretazione ed applicazione di questo parametro, M. ROHR, *Grand Illusion? The Brandenburg Test and Speech that Encourages or Facilitates Criminal Acts*, in 38 *Willamette L. Rev.* 1 (2002).

⁴⁵ D. COLE, *Trump Just Made Burning the Flag a Little Easier*, in *The Atlantic*, 30 August 2025.

qualsivoglia finalità, più o meno nobile che sia⁴⁶. Al contrario, laddove il Governo «targets flag desecration precisely based on the content (and indeed based on the viewpoint) of the message that people are expressing»⁴⁷, la lesione del Primo Emendamento sarebbe evidente, in quanto si tratterebbe di una regolazione *content-based* – come tale illegittima – e non *content-neutral*.

Ove, invece, la prospettiva dell'Amministrazione sia quella di “reinterpretare” in senso estensivo il significato degli atti illeciti di *flag burning*, attribuendo ad essi un'intrinseca connotazione di pericolosità sociale o una natura *per se* violenta, la violazione del diritto costituzionale alla libertà di espressione apparirebbe ancor più lampante⁴⁸, proprio sulla base di quanto affermato in *Johnson*. Da un lato, infatti, la Corte ha escluso a più riprese che il Governo possa presumere in astratto «that every expression of a provocative idea will incite a riot»⁴⁹, avendo al contrario imposto «[a] careful consideration of the actual circumstances surrounding such expression»⁵⁰; dall'altro, la presunzione che «every flag burning necessarily possesses that potential» – leggibile tra le righe dell'EO quando allude al fatto che «burning this representation of America *may* incite violence and riot» – «would eviscerate our holding in *Brandenburg*»⁵¹, annullando una delle più rilevanti garanzie della libertà di espressione. In caso contrario, si andrebbe infatti a punire un potenziale effetto violento non ancora concretizzatosi in atti di pericolo immediato.

Non è però da escludere che l'obiettivo dell'Amministrazione Trump sia addirittura più ambizioso: come è già accaduto in relazione ad altre questioni altrettanto sensibili e di profonda attualità⁵², l'adozione di questo EO potrebbe sottendere il tentativo di dar corso ad una peculiare

⁴⁶ Cfr. *R.A.V. v. City of St. Paul*, cit., 385: «nonverbal expressive activity can be banned because of the action it entails, but not because of the ideas it expresses-so that burning a flag in violation of an ordinance against outdoor fires could be punishable, whereas burning a flag in violation of an ordinance against dishonoring the flag is not».

⁴⁷ E. VOLOKH, *Prosecutions Under New “Prosecuting Burning of the American Flag” Executive Order Would Violate First Amendment*, in *The Volokh Conspiracy*, 25 August 2025.

⁴⁸ Per K.E. WHITTINGTON, *Trump's Flag-Burning Executive Order*, in *The Volokh Conspiracy*, 26 August 2025, «burning a flag cannot in itself be taken as a form of fighting words even if it is likely to arouse anger in observers. Similarly, burning an American flag as such cannot, consistent with precedent, be understood as incitement».

⁴⁹ *Texas v. Johnson*, cit., 398.

⁵⁰ *Ivi*, 409.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Si pensi all'EO 14160, “Protecting the Meaning and Value of American Citizenship” (20 gennaio 2025), che esclude dall'accesso alla cittadinanza i nati da madre irregolare o residente in modo temporaneo negli Stati Uniti, da un lato e padre non americano o non residente in modo permanente, dall'altro (in contraddizione con il XIV Emendamento) – sfociato nella sentenza *Trump v. CASA*, 606 U.S. ____ (2025), che ha limitato l'efficacia *erga omnes* delle c.d. *nationwide injunctions* e destinato ad essere valutato nel merito in *Trump v. Barbara* – o ai numerosi licenziamenti di funzionari federali, diretti a provocare l'instaurazione di controversie che permettano alla Corte Suprema di addivenire a un *overruling* dei limiti imposti a tale potere presidenziale a partire da *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935).

strategic litigation in materia, con l'obiettivo di provocare una revisione di tale "dottrina" da parte dell'attuale Corte Suprema. Non si tratterebbe, infatti, di una *strategic litigation* "tradizionale" – con un ricorrente che agisce in sede giudiziaria per determinare un cambio giurisprudenziale attraverso la "creazione" di una controversia – bensì di uno schema opposto, con l'Amministrazione federale che "lancia un'esca" attraverso un EO volutamente contrario alla legislazione o giurisprudenza in vigore, affinché qualcuno lo impugni davanti ad un giudice: a quel punto, eventualmente sospeso l'EO da parte di un giudice federale e "creato" *ad hoc* il caso⁵³, l'Amministrazione stessa avrebbe buon gioco nell'impugnare a sua volta quest'ultimo atto, fino al definitivo *redde rationem* davanti alla Corte Suprema e all'auspicato *overruling*.

Un *tweet* del Vicepresidente Vance del 26 agosto 2025 sembrerebbe forse alludere sottotraccia a tale ipotesi, laddove giustificava l'adozione dell'EO e faceva esplicito riferimento al fatto che la maggioranza di *Johnson* aveva sbagliato e, al contrario, Rehnquist aveva ragione nel dissentire⁵⁴. In ogni caso, la possibile instaurazione di una controversia davanti alla Corte Suprema – con un confronto sugli argomenti di merito – riposa sulla presenza di una latente strategia politica diretta a influenzare il sentimento di una certa base elettorale/popolare e nella quale «dietro l'apparente follia, si nascond[e] una coerenza lucida»⁵⁵.

5. Alcune conclusioni. Il vilipendio della bandiera (ancora) come libertà di espressione o un cambio giurisprudenziale all'orizzonte?

In conclusione, nel gioco delle ipotesi (giuridiche) suscitate dall'adozione di questo EO, sorge quindi spontanea una domanda: qualora la questione dovesse mai essere sottoposta in un prossimo futuro all'attenzione della Corte Suprema e questa decidesse di voler entrare nel merito del caso⁵⁶, è

⁵³ Ad oggi, non risulta incardinata alcuna controversia giudiziaria in questo senso.

⁵⁴ Questo il testo completo del *tweet*: «Few things: 1) Antonin Scalia was a great Supreme Court Justice and a genuinely kind and decent person. 2) The President's EO is consistent with *Texas v. Johnson*. 3) *Texas v. Johnson* was wrong and William Rehnquist was right».

⁵⁵ O. CAPPELLI, *Trump e la rivoluzione americana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2026, 18.

⁵⁶ È noto che la discrezionalità della Corte Suprema nella selezione dei ricorsi da decidere – oggi assoluta e non bisognosa di motivazione alcuna, potendo la Corte dichiararne l'ammissibilità o meno senza doverne affatto spiegare i motivi – è stata progressivamente incrementata attraverso il *Judiciary Act* del 1891, il *Judiciary Act* del 1925 e il *Supreme Court Case Selections Act* del 1988. L'art. 10 delle Regole interne di funzionamento della Corte (*Rules of the*

ragionevole attendersi che possa cambiare idea e confermare la costituzionalità delle leggi che sanzionano il vilipendio della bandiera? Si è detto in dottrina che, in fondo, *Johnson* ha rappresentato un paradigmatico caso di scuola e di facile soluzione – «as right and easy a case in modern constitutional law as any I know»⁵⁷ – ferma sempre restando l'astratta possibilità di un cambio (o parziale rivisitazione) di giurisprudenza. Eppure, fare previsioni circa il possibile approccio futuro di singoli giudici è indubbiamente complesso, a maggior ragione se la problematica di fondo è quella relativa alla espressività o meno delle condotte di vilipendio della bandiera (prima ancora che l'interpretazione di ciò che si considera "espressione").

Allargando a fini esplicativi il ragionamento, valga un primo riferimento alla filosofia interpretativa di *Justice* Hugo Black, uno dei grandi "campioni" della storia della Corte Suprema (1939-1971) in materia di libertà di espressione⁵⁸. Probabilmente mai nessun giudice di questa Corte ha interpretato il testo del Primo Emendamento⁵⁹ in termini così stringenti, sul piano testuale, da essere riassunti nella celebre massima a lui attribuita secondo cui «no Law means no Law»⁶⁰: in questo senso, a suo avviso il *free speech* proteggeva anche espressioni a tutti gli effetti diffamatorie e oscene⁶¹. Ciononostante, in *Street v. New York* la posizione (dissenziente) di Black era stata favorevole alla legittimità delle leggi contro il vilipendio della bandiera, da lui nient'affatto considerabile quale esercizio della libertà di espressione⁶².

In termini generali, l'attuale Corte Suprema (presieduta dal 2005 dal *Chief Justice* Roberts) ha dimostrato di essere particolarmente sensibile ad un'interpretazione assai estensiva della

Supreme Court) conferma tale impostazione, ricordando che «review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion».

⁵⁷ A.R. AMAR, *The case of the missing amendments: R.A.V. v. City of St. Paul*, in 106 *Harvard Law Review* 124, 125 (1992).

⁵⁸ M. PARIS, K.J. MCMAHON, *Absolutism and Democracy: Hugo L. Black's Free Speech Jurisprudence*, in H.J. KNOWLES, S.B. LICHTMAN (eds.), *Judging Free Speech. First Amendment Jurisprudence of US Supreme Court Justices*, Palgrave Macmillan, New York, 2015, 75-97.

⁵⁹ «Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech».

⁶⁰ Cfr. H. BLACK, *The Bill of Rights*, in 35 *New York University Law Review* 865, 874 (1960): «The phrase 'Congress shall make no law' is composed of plain words, easily understood [...] Neither as offered nor as adopted is the language of this Amendment anything less than absolute». Sull'originalismo di Black, J.B. STAAB, *Limits of Constraint: The Originalist Jurisprudence of Hugo Black, Antonin Scalia, and Clarence Thomas*, University Press of Kansas, Lawrence, 2022, 46-85.

⁶¹ Cfr. H. KALVEN JR., *Upon Rereading Mr. Justice Black on the First Amendment*, in 14 *UCLA Law Review* 428 (1967).

⁶² Cfr. *Street v. New York*, cit., 610: «It passes my belief that anything in the Federal Constitution bars a State from making the deliberate burning of the American flag an offense. It is immaterial to me that words are spoken in connection with the burning. It is the *burning* of the flag that the State has set its face against».

dimensione “espressiva” del Primo Emendamento (soprattutto in un’ottica religiosa)⁶³, come dimostra la recente casistica in *303 Creative LLC v. Elenis*⁶⁴ o in *Kennedy v. Bremerton School District*⁶⁵ ed è ragionevole attendersi un mantenimento di questo orientamento. È vero anche che nessuno dei Giudici oggi in carica faceva parte della Corte che nel 1989 pronunciò la sentenza *Johnson*: tuttavia, può essere interessante una breve analisi della presa di posizione dell’unico Giudice della Corte Roberts (*Justice Thomas*) che ha avuto modo di pronunciarsi su un caso in parte affine, vale a dire *Virginia v. Black*, in materia di *cross burning*⁶⁶. In tale fattispecie, a fronte di una legge statale che puniva quest’ultima condotta laddove avesse una finalità intimidatoria – da ritenersi presunta nel gesto in sé⁶⁷ – la Corte dichiarò che tale legge era conforme a Costituzione solo laddove lo scopo di intimidazione fosse stato concretamente accertato, non potendo invece esso presumersi a fronte di qualsiasi condotta di *cross burning*⁶⁸.

A margine della sentenza, spicca l’opinione dissenziente solitaria su quest’ultimo punto di Thomas: in particolare, richiamando l’idea – già manifestata da Rehnquist nel suo *dissent* in *Johnson* – di simboli e comportamenti intrinsecamente dotati di significato a prescindere dalla loro percezione sociale, secondo Thomas la legge virginiana che proibiva il *cross burning* sanzionava un comportamento e non una mera manifestazione espressiva⁶⁹, trattandosi di una condotta *per se*

⁶³ A conferma, cfr. R.K. COLLINS, D.L. HUDSON JR., *The Roberts Court—Its First Amendment Free Expression Jurisprudence: 2005–2021*, in 87 *Brooklyn Law Review* 5 (2021) e J.M. GORA, *Free Speech Matters: The Roberts Court and the First Amendment*, in 25 *Journal of Law & Policy* 63, 64 (2016), il quale la definisce «the most speech-protective Court in a generation, if not in our history, extending free speech protection on a number of fronts and rebuffing claims by government and its allies to limit such protections».

⁶⁴ 600 U.S. 570 (2023), secondo cui il diritto alla libera espressione non consente ad uno Stato di obbligare il titolare di un pubblico esercizio a manifestare – attraverso un’attività commerciale ritenuta “espressiva” – un’opinione con la quale si trova in disaccordo: nel caso di specie, il titolare di un sito web per l’organizzazione di matrimoni non poteva essere obbligato ad accettare richieste provenienti da coppie dello stesso sesso. A commento, volendo, D. CAMONI, *La sentenza 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema degli Stati Uniti, tra public accommodation laws e Primo Emendamento: una slippery slope in materia antidiscriminatoria*, in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, 2, 2024, 192-207.

⁶⁵ 597 U.S. 507 (2022), secondo cui le clausole sulla libertà di culto e la libertà di parola del Primo Emendamento proteggono un individuo che pratica un culto religioso dalle possibili ritorsioni del Governo (in concreto, lo svolgimento di una preghiera sul campo da *football* di un *college* da parte di un allenatore).

⁶⁶ 538 U.S. 343 (2003).

⁶⁷ Cfr. Va. Code Ann. § 18.2-423: «It shall be unlawful for any person or persons, with the intent of intimidating any person or group of persons, to burn, or cause to be burned, a cross on the property of another, a highway or other public place [...] Any such burning of a cross shall be *prima facie* evidence of an intent to intimidate a person or group of persons».

⁶⁸ Cfr. E.J. NIES, *The Fiery Cross: Virginia v. Black, History, and the First Amendment*, in 50(1) *South Dakota Law Review* 182 (2005).

⁶⁹ «I believe that the majority errs in imputing an expressive component to the activity in question [...]. In my view, whatever expressive value cross burning has, the legislature simply wrote it out by banning only intimidating conduct

violenta e riconducibile alla storia di terrore e morte riconducibile al Ku Klux Klan (a maggior ragione in certi territori e nei confronti di certe persone)⁷⁰.

Valga anche un riferimento – in materia di libertà di espressione – al caso *Snyder v. Phelps* e all'opinione dissenziente di Justice Alito⁷¹. Secondo la Corte Suprema (per otto voti a uno), l'attività di picchettaggio da parte dei membri di una congregazione religiosa (Westboro Baptist Church) in prossimità di un funerale e sviluppatasi attraverso manifestazioni espressive su questioni ritenute di pubblico interesse doveva ritenersi garantita dal Primo Emendamento, non potendo dar luogo ad un risarcimento per *emotional distress* in favore dei parenti del defunto. Al contrario, per Alito la condotta descritta non poteva considerarsi una forma legittima di libertà di espressione, trattandosi di un «vicious verbal assault» e in quanto «neither classic 'fighting words' nor defamatory statements are immunized when they occur in a public place»⁷².

I dissensi menzionati in *Virginia v. Black* e *Snyder v. Phelps* rivelano l'esistenza di alcune voci (conservatrici) dissenzienti che, come tutte le opinioni di minoranza, rimangono sempre latenti in quanto tali all'interno della Corte. Il dato – soprattutto considerando l'ipotesi di ricercare, attraverso il dissenso, una qualche affinità con il caso *Black*, ricostruendo così il *flag burning* come condotta intrinsecamente pericolosa – di per sé non è decisivo, ma potrebbe in astratto rappresentare un appiglio per una potenziale diffusione di tale posizione (oggi ancora molto minoritaria) dentro la Corte e per eventuali cambi giurisprudenziali sul punto che, tuttavia, non sembrano probabili nel prossimo futuro. In parallelo, guardando alle opinioni dissenzienti di *Johnson* potrebbe altresì rilevare l'idea della bandiera come «unique position as the symbol of our Nation»⁷³, un'unicità che si riflette in una «intangible dimension that makes [the rules that the Court has developed in its interpretation of the First Amendment in other contexts] inapplicable»⁷⁴.

undertaken by a particular means». In termini ancora più chiari, cfr. le parole di THOMAS in *Virginia v. Black*, *Transcript of oral argument*, December 11, 2002, 23-24: «there was no other purpose to the cross. There was no communication of a particular message. It was intended to cause fear [...] and to terrorize a population».

⁷⁰ Cfr. R.A. KAHN, *Did the Burning Cross Speak? Virginia v. Black and the Debate between Justices O'Connor and Thomas over the History of Cross Burning*, in 39 *Studies in Law, Politics, and Society* 75 (2006). Sulla filosofia interpretativa di Thomas in materia, S.B. LICHTMAN, *Black Like Me: The Free Speech Jurisprudence of Clarence Thomas*, in H.J. KNOWLES, S.B. LICHTMAN (eds.), *Judging Free Speech*, cit., 191-214.

⁷¹ 562 U.S. 443 (2011). Cfr. P.E. SALAMANCA, *Snyder v. Phelps: Hard Case That Did Not Make Bad Law*, in *Cato Supreme Court Review*, 2010, 57-80.

⁷² *Snyder v. Phelps*, cit., 472. *Amplius*, sull'approccio di Alito alla libertà di espressione (compreso *Snyder*), K.E. WHITTINGTON, *Justice Alito's Free Speech Jurisprudence*, in 46 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 893 (2023).

⁷³ *Texas v. Johnson*, cit., 422 (REHNQUIST, CJ, dissenting).

⁷⁴ *Ivi*, 436 (STEVENS, J., dissenting).

In ogni caso, un cambio di giurisprudenza andrebbe letto anche in combinazione con la questione del rapporto tra *stare decisis* e *overruling*, in relazione alla forza vincolante delle sentenze della Corte Suprema rispetto a se stessa. A partire da *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees (AFSCME)*, la Corte Suprema ha deciso da ultimo di darsi cinque parametri interpretativi in forza dei quali poter superare i propri precedenti: «the quality of [the precedent's] reasoning, the workability of the rule it established, its consistency with other related decisions, developments since the decision was handed down, and reliance on the decision»⁷⁵. In questi termini, la realizzazione di un *overruling* così radicale in materia di libertà d'espressione necessiterebbe di una motivazione “rafforzata” sulla base del ricorrere congiunto di tutti i parametri menzionati⁷⁶, non essendo sufficiente una “semplice” diversa interpretazione di merito rispetto al precedente censurato⁷⁷.

In definitiva, valga qui riprendere l'adagio di un noto caso davanti alla Corte Suprema avente sempre ad oggetto i confini espressivi del Primo Emendamento – rispetto ad un atto di protesta verbale contro l'obbligo di coscrizione militare (“Fuck the Draft”) – secondo cui «it is [...] often true that one man's vulgarity is another's lyric»⁷⁸: la “mera” offensività di un determinato pensiero – deprecata anche da coloro che ne hanno sostenuto la compatibilità con il Primo Emendamento (Scalia, su tutti) – non è sufficiente per sancirne l'illegalità giuridica, potendo invece esprimere un fine ritenuto particolarmente nobile per altre persone. Tuttavia, sarebbe forse sufficiente limitarsi a ricordare il principio fondamentale in cui è racchiusa l'essenza di *Johnson*, per il quale «if there is a

⁷⁵ 585 U.S. 878, 917 (2018). Su *Janus* e il principio dello *stare decisis*, cfr. F. SCHAUER, *Stare Decisis—Rhetoric and Reality in the Supreme Court*, in *Supreme Court Review*, 2018, 121 ss.

⁷⁶ Parametri, ad esempio, esplicitamente menzionati ed analizzati nell'*overruling* di *Roe* da parte di *Dobbs*, cit., 268 ss.

⁷⁷ In precedenza, cfr. *Arizona v. Rumsey*, 467 U.S. 203, 212 (1984): «Although adherence to precedent is not rigidly required in constitutional cases, any departure from the doctrine of *stare decisis* demands special justification». *Contra* (in termini generali), *Gamble v. United States*, 587 U.S. 678 (2019) (THOMAS, J., concurring): «In my view, if the Court encounters a decision that is demonstrably erroneous—i.e., one that is not a permissible interpretation of the text—the Court should correct the error, regardless of whether other factors support overruling the precedent». Si tratta, ad oggi, di una posizione minoritaria in seno alla Corte Suprema: sul ruolo (debole) dello *stare decisis* nell'interpretazione di Thomas, sia permesso rinviare a D. CAMONI, *Thirty years on the Supreme Court bench. Ritratto, giurisprudenza e controversie di Clarence Thomas*, in *DPCE online*, 2, 2021, 1485-1493.

⁷⁸ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 25 (1971); in precedenza, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, cit., 633: «what is one man's comfort and inspiration is another's jest and scorn». In dottrina, D.E. EDLIN, “*Another's Lyric*”: *John Marshall Harlan II, Judicial Conservatism, and Free Speech*, in H.J. KNOWLES, S.B. LICHTMAN (eds.), *Judging Free Speech*, cit., 99-122.

bedrock principle underlying the First Amendment, it is that the government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable»⁷⁹.

Al potere – salvo cambi giurisprudenziali – il compito di rispettarlo: in fondo, la libertà di espressione assume proprio le vesti di strumento di tutela delle minoranze in un’ottica contro-maggioritaria che limita i poteri di controllo e censura da parte delle istituzioni pubbliche, in primo luogo del Governo⁸⁰. A una maggior critica espressiva (nei limiti descritti) deve quindi corrispondere una maggior protezione da parte delle fonti normative e dei giudici.

⁷⁹ *Texas v. Johnson*, cit., 414.

⁸⁰ Cfr. *Police Dept. of City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92, 95-96 (1972): «to permit the continued building of our politics and culture, and to assure self-fulfillment for each individual, our people are guaranteed the right to express any thought, free from government censorship. The essence of this forbidden censorship is content control».