

I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura

di Elisabetta Grande

Il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero fa parte del DNA delle istituzioni statunitensi, ricevendo esplicita protezione sin dal 1791. Tuttavia – osserva l’Autrice in questo contributo – occorre considerare che, ove non ne venga garantita l’effettività, la proclamazione di un diritto può rivestire una funzione puramente retorica e, dunque, di dubbia conclusione. E, così, in questo contributo, si passano in rassegna tanto le decisioni della Corte Suprema che hanno effettivamente garantito un ampio spazio all’espressione del dissenso, quanto le decisioni che, con diversi strumenti interpretativi, hanno infine compresso la formazione ed espressione di opinioni minoritarie. E l’Autrice ci consegna questa riflessione attraverso una lettura degli orientamenti giurisprudenziali condotta in parallelo con gli eventi della storia.

Introduzione

Fin dalla stesura del *Bill of Rights* nel 1791, il diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero, tutelato significativamente proprio dal primo dei dieci emendamenti della Costituzione federale, ha rappresentato un principio caratterizzante e fondamentalissimo del sistema democratico liberale statunitense. Nell’immaginario collettivo, così come di ogni singolo americano, nessun diritto rappresenta meglio l’essenza della società di uomini liberi, incarnata nella nazione statunitense, della possibilità accordata a ciascun individuo della cd «*land of the free*» di criticare il potere politico, i suoi simboli, i suoi uomini, le fedi altrui e perfino di esprimere a piacimento apprezzamenti volgari, apertamente razzisti o discriminatori. Quanto, tuttavia, la libertà di esprimere la propria opinione e il proprio dissenso è stata, ed è, davvero garantita in pratica nel sistema americano? Si tratta di un gigante dai piedi di argilla pronto a crollare di fronte alla prima scossa oppure di un reale baluardo contro ogni tentativo di censura delle opinioni scomode e controcorrente? Sono queste le domande cui si vorrebbe in questa sede dar brevemente risposta.

La vera estensione negli Stati Uniti del diritto al *free speech*, che a livello retorico e di percezione collettiva è pressoché sconfinata, è infatti l’oggetto della presente indagine, con la quale miro a illustrare quanto in realtà sia stato facile limitare quel diritto proprio tutte le volte che sarebbe stato davvero importante farlo rispettare.

1. Il dissenso rispettato

La diffusa convinzione che il sistema statunitense tuteli efficacemente la libera manifestazione del pensiero di ciascuno, anche quando ciò risulti fortemente problematico o politicamente inopportuno, non è certamente sprovvista di basi. Essa trova, infatti, riscontro in precise garanzie accordate in terra nord-americana a chi esprime la propria opinione in situazioni e circostanze in cui altri sistemi limiterebbero viceversa quella libertà.

1.1 Il dito impudico

Così, fin dal caso *Lewis v. City of New Orleans*

del 1972¹, è per esempio assodato che negli Stati Uniti insultare un pubblico ufficiale rappresenta un'attività protetta dal primo emendamento della Costituzione federale. In quell'occasione la Corte Suprema degli Stati Uniti, di fronte al pesantissimo insulto di una donna («*you god damn mother fucker police*»), diretto a un poliziotto che ne stava arrestando il figlio, dichiarò incostituzionale un'ordinanza cittadina che puniva la donna per il suo comportamento. In quello stesso anno la medesima Corte, in *Goadin v. Wilson*², rovesciò anche la condanna di un uomo che, durante una manifestazione contro la guerra, aveva apostrofato un agente dicendogli «bianco figlio di puttana, ti ucciderò» e ancora «figlio di puttana, ti soffocherò fino a farti morire». La legge in base alla quale l'uomo era stato punito, che proibiva «chiunque facesse uso di un linguaggio scurrile o offensivo nei confronti di altri ed in loro presenza, che tendesse a turbare l'ordine pubblico» fu infatti dichiarata incostituzionale perché eccessivamente indeterminata. In una successiva pronuncia del 1987, *City of Houston v. Hill*, la Corte chiarì poi definitivamente come il primo emendamento consenta «un notevole tasso di critica e di contestazione verbale nei confronti dei poliziotti» ritenendo non censurabile l'atteggiamento di ingiuriosa sfida alla polizia di Houston da parte di un attivista gay³. Il primo emendamento non protegge i cd «*fighting words*», notò la Corte (richiamando il limite apposto alla libertà di espressione con il caso *Chaplinsky v. New Hampshire* del 1942 -dopo di allora mai rovesciato, ma neppure più applicato perché sempre variamente aggirato come si dirà), ma il diritto di critica, anche quando espresso in maniera verbalmente aggressiva, è protetto. In particolare Justice Brennan, esprimendo al meglio il sentimento che fa della libera manifestazione del pensiero un principio cardine del sistema liberale nord-americano, fece presente come «la libertà degli individui di opporsi o mettere in discussione i comportamenti della polizia,

senza per questo rischiare di essere arrestati» rappresenti «una delle principali caratteristiche che distinguono una nazione libera da uno stato di polizia»⁴.

Negli Stati Uniti il diritto di criticare la polizia è così garantito anche quando si sostanzia in gesti scurrili, come testimoniato dai tanti casi in cui il «mostrare il dito» a un poliziotto non solo non comporta una punizione per l'offensore, ma al contrario dà luogo al risarcimento del danno a favore dell'ingiuriante e a una sanzione disciplinare a carico dei poliziotti tutte le volte che questi ultimi arrestano o cercano di arrestare chi li insulta⁵.

1.2 La bandiera vilipesa

Con il primo emendamento «dobbiamo proteggere le idee che detestiamo, altrimenti presto o tardi ci proibiranno di esprimere quelle che amiamo» scrisse nel 1961, in un'opinione dissenziente, Hugo Black, giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti⁶. Seguendone l'ispirazione, nel 1969, in *Street v. New York*⁷, una esigua maggioranza di quella stessa Corte dovette finalmente riconoscere il diritto costituzionale a vilipendere la bandiera americana. «È un principio consolidato che in base alla nostra Costituzione la pubblica espressione delle idee non può essere proibita semplicemente perché risulta offensiva per qualcuno» ebbe a dire infatti la Corte Suprema, di fronte a un caso in cui si discuteva della punibilità di chi aveva offeso la bandiera a stelle e strisce con la frase: «*we don't need no damn flag*». La decisione fece da apripista a una serie di pronunce che, equiparando la condotta con la quale si comunica il dissenso all'espressione verbale, consentirono di disegnare un segno di pace sulla bandiera o di cucire quest'ultima sul proprio fondoschiena in segno di protesta contro la guerra in Vietnam⁸ o ancora di appenderla al contrario ai vetri del proprio negozio e di calpestarla per comunicare il proprio dissenso rispetto all'invasione

1. 408 U.S. 913 (1972).

2. 405 U.S. 518, 520 (1972).

3. Il primo emendamento permette un «*significant amount of verbal criticism and challenge directed at police officers*», così *City of Houston, Tex. v. Hill*, 482 U.S. 451, 461 (1987).

4. Così Justice Brennan, *ivi*, pp. 462-63.

5. ⁵ Cfr. Ira P. Robbins, *Digitus Impudicus: The Middle Finger and the Law*, American University - Washington College of Law, American University, WCL Research Paper No. 08-05, UC Davis Law Review, Vol. 41, 2008; Daniel Denvir, *Everyone Has the Right to Mouth Off to Cops*, 24 luglio 2015: <http://www.citylab.com/crime/2015/07/everyone-has-the-right-to-mouth-off-to-cops/399548>.

6. *Communist Party of U.S. v. Subversive Activities Control Bd*, 81 S.Ct. 1357, 1431 (1961).

7. 349 U.S. 576 (1969).

8. Cfr. rispettivamente *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974) e *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974).

dell'Iraq da parte degli Stati Uniti⁹. Altre pronunce, a cominciare da *Texas v. Johnson*¹⁰, dichiararono poi costituzionalmente legittimo bruciare la bandiera statunitense.

1.3 L'intolleranza tollerata. *Hate speech e fighting words*: il diritto di insultare e deridere gli altri per il colore della pelle, la fede religiosa o l'orientamento sessuale

Negli Stati Uniti, così come una condotta può essere equiparata a un'espressione verbale per la sua forza comunicativa e ricevere conseguentemente la protezione del primo emendamento, allo stesso modo, e per converso, un'espressione verbale che sia equiparata a una condotta non ottiene la tutela accordata al *free speech*. È questa la teorica che sta alla base della punibilità delle cd *fighting words*, ossia di quelle parole che per la loro aggressività possono essere considerate non diverse da un pugno. Inaugurata nel 1942 con il caso *Chaplinsky v. New Hampshire*¹¹, in cui la Corte Suprema dichiarò non protetto dal primo emendamento l'insulto di un testimone di Geova diretto ad un astante durante un suo discorso pubblico ("You are a God damned racketeer"), la teorica delle *fighting words* è tuttavia da allora rimasta sostanzialmente inapplicata. La ferma convinzione, infatti, che in terra nord-americana la libertà di espressione debba ricevere la massima tutela, anche quando si concreti in parole o atti gravemente offensivi dei sentimenti altrui, ha nel tempo indotto le Corti federali ad aggirare, pur senza mai rovesciarla esplicitamente, la decisione di cui sopra. A questo scopo la Corte Suprema ha, per esempio, limitato la categoria delle

fighting words ai soli insulti, diretti a una specifica persona, idonei a provocare una reazione violenta¹², senza peraltro quasi mai riscontrare nei fatti la presenza di quelle circostanze nei casi sottoposti al suo giudizio. Alternativamente le Corti federali hanno fatto ricorso al XIV emendamento della Costituzione americana per dichiarare incostituzionali - in quanto eccessivamente indeterminate, se troppo poco dettagliate¹³, oppure discriminatorie, qualora troppo dettagliate¹⁴ - le normative (statali o cittadine) che punivano parole o atti capaci di offendere gli altri per la loro razza, il loro genere, il loro credo religioso o il loro orientamento sessuale. A una teorica affermazione della punibilità delle *fighting words* si è così accompagnata un'effettiva vanificazione della relativa categoria, che soltanto in via puramente declamatoria è rimasta fuori dalla protezione del primo emendamento.

Negli Stati Uniti, pertanto, è protetto dal primo emendamento non soltanto chi nell'aula di un tribunale veste una giacca con la scritta «*Fuck the draft*», giacché non si tratta di un insulto diretto a una specifica persona¹⁵, ma lo è (e per la stessa ragione) anche colui che brucia la croce in segno di odio e disprezzo nei confronti dei neri e degli ebrei, salvo laddove ciò integri (soggettivamente e oggettivamente) una vera e propria minaccia nei confronti di singole specifiche persone, come quando la croce venga bruciata nel prato di fronte alla casa di una famiglia di neri¹⁶. Tutelare la libertà di esprimere odio e disprezzo nei confronti di altri per ciò che questi ultimi rappresentano, sono o pensano, significa poi tollerare l'intolleranza di chi per esempio insulta la memoria dei morti ai loro funerali o mette in atto comportamenti

9. Per questo caso - del 2003 - risolto, con l'intervento dell'organizzazione americana per le libertà civili (ACLU), a favore di colui che aveva dissacrato la bandiera, cfr. David K. Shipler, *Rights at Risk. The Limits of Liberty in Modern America*, New York, 2012, pp. 198 ss.

10. 491 U.S. 397 (1989).

11. 315 U.S. 568 (1942).

12. Così *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

13. Cfr. supra *Goadin v. Wilson* oppure *City of Houston, Tex. V. Hill*.

14. Cfr. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), in cui la Corte Suprema dichiara incostituzionale un'ordinanza della città di St. Paul, Minnesota, che vietava di occupare il suolo pubblico o privato con simboli, oggetti, graffiti o altro «*including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender*» perchè discriminatoria nei confronti degli atteggiamenti ostili che coinvolgono altre sensibilità, come per esempio l'orientamento sessuale, non incluse nel divieto («*The ordinance applies only to 'fighting words' that insult, or provoke violence, 'on the basis of race, color, creed, religion, or gender.'* Displays containing abuse invective, no matter how vicious or severe, are permissible unless they are addressed to one of the specified disfavored topics. Those who wish to use 'fighting words' in connection with other ideas - to express hostility, for example, on the basis of political affiliation, union membership, or homosexuality - are not covered», spiega infatti Anthony Scalia a sostegno della incostituzionalità del divieto, *ivi*, p. 391.)

15. Cfr. *Cohen v. California*, *op. cit.*

16. Cfr. *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

pesantemente contrari alla cd *politically correctness*, generando sofferenze e tensioni sociali. Significa per esempio, proteggere chi -come gli appartenenti alla Chiesa battista Westboro, un gruppo cristiano del Kansas che si batte per la morigeratezza dei costumi - presenza ai funerali di ragazzi gay, morti per Aids o perché uccisi a botte da qualche omofobo, con cartelli che rimproverano i morti per il loro orientamento sessuale e inneggiano a un Dio che si vendica contro di loro con frasi del tipo: «Dio odia i froci». O ancora che, per manifestare contro un'America troppo lassista nei costumi, durante i funerali dei soldati uccisi in guerra espone striscioni che recitano: «Grazie a Dio per i soldati morti» e celebra i prossimi militari che torneranno a casa in sacchi neri (*body bags*). Nel 2011, infatti, la Corte Suprema americana si pronunciò quasi all'unanimità (8 a 1) a favore dei battisti del gruppo ecclesiastico Westboro, dichiarando tutelato dal primo emendamento il loro diritto di critica alla politica sessuale permissiva degli Stati Uniti, espresso attraverso pesanti apprezzamenti al funerale di un giovane marine morto in Iraq, i cui genitori avevano chiesto di essere risarciti per il grave danno morale subito¹⁷.

Tollerare l'intolleranza significa anche permettere a uno studente di sedici anni, subito dopo l'attacco alle torri gemelle dell'11 settembre 2001, di disegnare e appendere nella sua scuola di Cleveland, frequentata tra l'altro da compagni i cui parenti si trovavano in quel momento in quel Paese, dei poster rappresentanti aeroplani in procinto di bombardare l'Afghanistan, su cui il ragazzo aveva scritto «Possa Dio aver pietà di voi, perché noi non ne avremo»¹⁸. Oppure significa accordare tutela costituzionale all'iniziativa di alcuni studenti bianchi di una *fraternity* universitaria, che organizzano un «ghetto party» per deridere, con tanto di travestimenti e parrucche afro, i loro compagni neri¹⁹; o che, per prendere in giro le loro compagne «brutte», danno vita a un «*ugly woman contest*», colorandosi fra l'altro la faccia di nero²⁰.

I cd *hate speech codes*, ossia quei regolamenti dei *colleges* universitari che, per garantire distensione sociale e protezione alle minoranze, proibiscono e sanzionano le espressioni verbali offensive all'interno del campus, sono infatti stati giudicati incostituzionali (spesso sotto il profilo della carenza di tassatività) dalle Corti federali tutte le volte che queste ultime sono state investite della questione. Il risultato è che non soltanto le università pubbliche, le uniche tenute a rispettare il diritto degli studenti al *free speech*, ma anche quelle private, consentono - le une perché obbligate, le altre perché credono nella libertà di manifestare il proprio pensiero per quanto ostile e ingiurioso esso sia - atteggiamenti e parole pesantemente offensivi nei confronti di donne, neri, religiosi o orientamenti sessuali minoritari. Le università (pubbliche) non possono così censurare programmi radiofonici studenteschi pieni di battute razziste, o impedire agli studenti di appendere alle finestre del campus una tunica bianca simbolo del Ku Klux Klan, o vietare volantini anonimi che prendono in giro caricaturizzando i neri chiamandoli «labbra grosse», «musi neri» o «negri» e che dichiarano «aperta la stagione di caccia» ai neri²¹. Quando l'università del Michigan ci provò, cercando di applicare il suo *hate speech code* contro simili manifestazioni ingiuriose di pensiero, trovò infatti un ostacolo insormontabile nell'interpretazione data da una Corte federale di distretto al primo emendamento della costituzione, che la obbligò a disapplicare in via permanente il suo censorio regolamento interno²².

2. Il dissenso censurato

Non è però oro tutto quello che luccica. Il sistema statunitense, pur apparentemente estremamente rispettoso della libertà di pensiero e di parola -ossia di qualunque opinione espressa, non importa se politicamente inopportuna, scomoda o lesiva dei senti-

17. *Snyder v. Phelps*, No. 09-751 (2011).

18. Sospeso per i suoi poster il ragazzo trovò infatti soddisfazione contro il dirigente scolastico presso una Corte federale che gli diede ragione, costringendo la scuola a risarcirgli il danno morale. Cfr. *Student, School District Settles Law Suit Over War Posters*, AP, 30 nov. 2001, disponibile al sito: <http://www.firstamendmentcenter.org/student-school-district-settle-lawsuit-over-war-posters>.

19. Cfr. Shipler, *op. cit.*, p. 276.

20. «L'università (di George Mason)», aveva detto la corte d'appello federale del quarto circuito sancendo l'illegittimità costituzionale dell'*hate speech code* che prevedeva una sanzione disciplinare per quei comportamenti «deve raggiungere [il fine di mantenere un'atmosfera tollerante e non razzista] in un modo diverso dal porre dei limiti alla libertà di espressione». Cfr. *Iota Xi Chapter of Sigma Chi Fraternity v. George Mason University*, 993 F.2d 386 (4th Cir. 1993).

21. Cfr. Shipler, *op.cit.*, a p. 277.

22. *John Doe v. University of Michigan*, 721F. Supp. 852 (E.D. Mich. 1989).

menti altrui - ha infatti, in verità, sempre saputo limitare (e anche molto pesantemente) quella libertà tutte le volte che ciò è stato ritenuto politicamente necessario. La retorica dominante non ha però mai registrato quelle compressioni e, nonostante il principio del *free speech* sia stato sovente violato proprio quando l'effettività della sua tutela ne avrebbe dovuto mostrare il vero spessore e capacità di resistenza, la narrazione degli Stati Uniti come il Paese più attento alla tutela del libero pensiero non è mai stata posta in discussione.

Le vie attraverso cui la compressione del *free speech* si è realizzata, e tuttora si realizza, passano tanto per un piano tecnico-formale, quanto per un piano più informale e nascosto. Entrambi consentono di mascherare la reale censura del dissenso messa in atto da quel sistema giuridico.

2.1. Definizioni e distinzioni: le vie formali di censura del dissenso

2.1.1. Normative *content-based* e *content-neutral*

Innanzitutto, infatti, le Corti federali hanno da tempo chiarito come sia il contenuto del messaggio veicolato dalla manifestazione del pensiero, e non il modo, i tempi e i luoghi della manifestazione stessa, a ricevere piena tutela costituzionale. Lo Stato non può, cioè, censurare l'espressione di un pensiero per via del suo contenuto o richiedere che venga espressa un'idea piuttosto che un'altra (perché la restrizione sarebbe *content-based*), può tuttavia regolamentare, purché non in maniera discriminatoria, la manifestazione del pensiero attraverso normative che non riguardano il contenuto del pensiero la cui manifestazione viene regolata (si tratterebbe, infatti, in questo caso di normative *content-neutral*). Così chi protesta pubblicamente non può essere punito per le idee che esprime attraverso la protesta, però può essere punito per non aver rispettato le norme che regolamentano i modi attraverso cui qualunque protesta deve essere posta in essere. Chi dà fuoco alla bandiera non può essere punito per il dissenso che esprime nei confronti delle politiche governative, ma può essere punito se viola le norme che stabiliscono quando, dove e come

si può in generale appiccare un incendio. E così via. È evidente allora come le due categorie di norme (*content-based* e *content-neutral*) non siano sempre impermeabili e distinguibili l'una dall'altra e come limitare il modo in cui un pensiero si manifesta può, in alcuni casi, significare limitare di fatto l'espressione stessa del pensiero.

Per capire la portata dello scivolamento di una categoria sull'altra, e la restrizione della libertà di manifestare il proprio dissenso che ne deriva, è sufficiente prendere in considerazione le tante proteste di piazza che vengono legittimamente repressi, insieme al messaggio politico che le anima, sol che i manifestanti violino qualcuna delle innumerevoli e banali norme che regolano le modalità della protesta, che la polizia decida di far rispettare. A differenza di quel che accade in altri sistemi, quello americano consente, infatti, l'arresto anche laddove venga integrato un illecito bagatellare (che spesso noi definiremmo amministrativo, ma che in quel sistema è un *crime*)²³, col risultato che la vera o presunta violazione di una qualsiasi norma, relativa per esempio all'uso delle strade cittadine durante la manifestazione, può dare luogo ad arresti di massa e al facile sabotaggio della dimostrazione, se la polizia così decide²⁴.

Fin dal 1941 la Corte Suprema ha, infatti, giudicato legittimi i "ragionevoli" limiti (penalmente sanzionati) di tempo, modo o luogo posti negli Stati Uniti alle dimostrazioni di piazza, anche quando essi finiscono per tradursi in una censura del dissenso. Il caso riguardava alcuni testimoni di Geova che camminavano in fila indiana lungo il marciapiede in gruppi di 15 persone distribuendo volantini e mostrando dei cartelli. Il fatto che non avessero chiesto l'autorizzazione alla città giustificò il loro arresto e la loro condanna per l'illecito corrispondente²⁵. Da allora i tanti divieti statali, variamente integrati e interpretati dalle diverse ordinanze comunali, suscettibili di violazione da parte dei dimostranti, rendono questi ultimi facili destinatari di arresti sol che la polizia decida di farli rispettare. Così chiunque, durante una manifestazione a New York, vada in bicicletta sul marciapiede e abbia più di 14 anni o una bicicletta con le ruote di un diametro superiore ai 26 pollici, oppure sia senza certe luci speciali, commet-

23. Con il caso *Atwater v. City of Lago Vista* (532 U.S. 318, 2001) la corte Suprema degli Stati Uniti chiarì infatti definitivamente che la polizia può, a sua discrezione, procedere a un arresto anche nel caso di un violazione di poco conto, laddove vi sia una *probable cause* per credere che sia stata commessa. L'opinione dissenziente (O'Connor, pp. 365-67) riteneva invece che la libertà personale potesse essere limitata, e l'arresto possibile, solo in caso di illecito di una certa gravità.

24. La polizia, infatti, particolarmente quando assiste alla commissione di reati minori, ha totale facoltà di scegliere fra le seguenti opzioni: può voltarsi dall'altra parte, diffidare l'autore dalla sua ripetizione, citarlo in tribunale oppure procedere a un vero e proprio arresto. Cfr. Alicia A. D'Addario, *Policing Protest: Protecting Dissent and Preventing Violence Through First and Fourth Amendment Law*, in 31 *N.Y.U. Review of Law and Social Change* 97 (2006-2007), a p. 105.

25. *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569 (1941).

te il reato di *reckless operation on sidewalk* previsto dall'art. 33 della *Vehicle and Traffic Law* di New York. Chi, pur avendo l'autorizzazione a manifestare, non obbedisca a un ordine della polizia di spostarsi, può essere arrestato (se teoricamente ostruisce il traffico delle macchine o dei pedoni) e risponde dell'onnicomprensivo reato di *disorderly conduct*²⁶. Si tratta di divieti rispetto ai quali spesso la discrezionalità lasciata alla polizia non investe soltanto l'*an*, ma anche il come devono essere rispettati. Così, per esempio, dei ben 1.827 arresti effettuati durante la manifestazione contro la Convention repubblicana del 2004 (particolarmente osteggiata dopo l'elezione presidenziale "rubata" del 2000), la grandissima parte (1.342) riguardava la violazione di divieti di tipo amministrativo liberamente interpretati dalla polizia. Fra questi, di cui hanno più recentemente fatto le spese le centinaia di manifestanti di *Occupy Wall Street* arrestati nell'ottobre del 2011, quello - integrante l'illecito di *disorderly conduct* - di scendere, anche solo per un momento, dal marciapiede!²⁷ D'altronde le linee guida del dipartimento di polizia di New York (il più importante per numeri e finanze di tutti gli Stati Uniti), relative al comportamento da tenere durante le manifestazioni, spiegano ai poliziotti come i manifestanti possano mostrare cartelli, ma non tenere aste per sorreggerli, perché sarebbero in quel caso suscettibili di arresto per aver commesso il reato di «*criminal possession of a weapon*» (possesso criminale di un'arma) in base all'art. 265 della NY. Penal Law (giacché le aste potrebbero essere usate come bastoni); e per lo stesso reato sono perseguibili e quindi arrestabili anche coloro che detengono cavi elettrici (cd «*sleeping dragons*») per legarsi fra di loro in modo da rendere più difficoltoso un eventuale arresto. D'altronde perfino la resistenza passiva ai pubblici ufficiali può essere perseguita come ostruzione dell'amministrazione pubblica secondo l'interpretazione data dalla polizia di N.Y.. Se

poi è vero che un manifestante può insultare senza conseguenze un poliziotto, qualora tuttavia «le parole siano parte di un disegno volto a dar fastidio» o siano accompagnate da «un contatto fisico, per quanto solo accennato» allora, sempre secondo le linee guida della polizia di N.Y. (non smentite peraltro dalle Corti di giustizia e con buona pace del diritto di insulto ai poliziotti) gli agenti sono legittimati ad arrestare i manifestanti e accusarli di *harassment* in base alla sezione 240 della legge penale di New York.

Tra le maglie della distinzione astratta fra norme *content-based* e norme *content-neutral* si nasconde perciò una possibile commistione di categorie, che può portare in concreto la seconda a scivolare sulla prima, con una conseguente pesante restrizione nei fatti di quella libertà di manifestare il proprio pensiero che, a livello declamatorio, rimane invece un principio inviolato. La stessa distinzione poi, nel suo uso distorto, ma pur sempre efficace dal punto di vista di chi aspira a censurare il dissenso, permette alla polizia di arrestare selettivamente i dimostranti scomodi o invisibili per le idee che manifestano²⁸. E se questi ultimi, all'udienza in cui si discute la legalità del loro arresto (cd *hearing of first appearance*, da tenersi entro 48 ore) riusciranno a dimostrarne l'infondatezza²⁹, l'obiettivo di impedirne l'espressione del pensiero sarà comunque stato raggiunto e i costi dell'eventuale transazione sul risarcimento dei danni saranno sopportati dai contribuenti e quindi dalla collettività tutta. In ogni caso è la collettività che sopporta i diversi e più importanti costi del cd *chilling effect* (autocensura) sulla libertà di manifestare il proprio pensiero che l'ampia discrezionalità del potere di arresto di cui gode la polizia produce. Tanto il manifestante arrestato, quanto coloro che hanno assistito all'arresto, saranno infatti scoraggiati dal partecipare a future manifestazioni di piazza, laddove i confini non solo della libertà di parola, ma anche della libertà personale, appariranno loro incerti.

26. New York Penal Law section 240.20, punito con la detenzione fino a 15 giorni e con una pena pecuniaria.

27. Cfr. *700 Arrested After Wall Street Protest on Brooklyn Bridge*, Fox News, October 02, 2011: «'Multiple warnings by police were given to protesters to stay on the pedestrian walkway and that if they took roadway they would be arrested,' said Paul Browne, the chief spokesman of the New York Police Department.», reperibile al sito: <http://www.foxnews.com/us/2011/10/01/500-arrested-after-wall-street-protest-on-nys-brooklyn-bridge>. Per ragguagli sulla causa intentata (e recentemente persa) dai manifestanti per il risarcimento dei danni per questi ed altri comportamenti ritenuti scorretti da parte della polizia newyorkese, cfr. *Court Dismisses Occupy Wall Street's Brooklyn Bridge Lawsuit*, 24 Feb 2015, The Huffington Post – Cfr. il sito <http://www.ooyuz.com/geturl?aid=4276464#sthash.meFFW-la3.dpuf>.

28. E che l'arresto sia sovente pretestuoso è testimoniato dai tanti casi in cui esso risulta fine a se stesso, risolvendosi in una rapida archiviazione dell'accusa. Cfr. per esempio Shipler, *op. cit.*, 246.

29. Ciò che non è mai facile in quanto, secondo il quarto emendamento della Costituzione federale, l'arresto deve basarsi sulla *probable cause* che la persona stesse commettendo un reato. Il criterio per stabilire se vi fosse una *probable cause* è però impreciso e fortemente dipendente dall'interpretazione data alla situazione concreta. Si tratta, infatti, di valutare la totalità delle circostanze in cui l'arresto è avvenuto e capire se le informazioni che la polizia aveva a sua disposizione facessero supporre con una «*fair probability*» che il reato fosse stato posto in essere.

Le corti statunitensi, inoltre, si sono trovate spesso ad annacquare e sfumare già in astratto la distinzione che esse stesse hanno formulato, come quando hanno considerato *content-neutral* le normative, che pur sopprimevano direttamente l'espressione del pensiero (e quindi erano in verità *content-based*), tutte le volte che la loro *ratio* non era di reprimere la libertà di opinione, ma di evitare gli effetti secondari dannosi che discendessero dalla sua espressione³⁰. Una simile sovrapposizione di categorie è stata poi realizzata con maggiore disinibizione a fronte di condotte (in quanto tali meno tutelate della pura espressione verbale) dotate di forza comunicativa e ha costituito lo strumento di censura del dissenso politico, quando questo appariva pericoloso per il sistema. Così mentre, come si è visto, chi brucia la bandiera è degno di protezione da parte del primo emendamento, non lo è invece chi brucia la cartolina di chiamata alle armi per dimostrare la propria contrarietà alla guerra. Il secondo comportamento, infatti, a differenza del primo, allorquando venne preso in considerazione dalla Corte Suprema costituiva l'espressione di un dissenso politico, la cui diffusione ai danni della linea di governo - per il momento storico in cui era stato posto in essere: quello della guerra in Vietnam - era particolarmente temuta. Proprio per questa ragione esso aveva trovato censura ed era stato sanzionato con il beneplacito della Corte Suprema, che aveva dichiarato costituzionalmente legittima la legge federale che puniva chiunque dolosamente distruggesse il «*draft*». Lo strumento tecnico-formale, che aveva mascherato quella motivazione e consentito la pesante limitazione alla libertà di critica politica, era stata per l'appunto la considerazione che la legge perseguiva (in questo caso addirittura oggettivamente, perfino cioè nonostante l'esplicita intenzione del legislatore di impedire che la cartolina fosse bruciata in segno di protesta³¹) interessi diversi da quello di sopprimere il *free speech*. È infatti possibile, disse la Corte, proibire - entro i limiti della proporzionalità - le condotte attraverso cui si comunicano le idee, quando ciò

è giustificato da ragioni indipendenti e diverse dalla censura delle idee. Nel caso di specie i giudici ritennero che tali ragioni coincidessero con la necessità di facilitare una rapida mobilitazione militare in caso di emergenza, di ricordare ai destinatari della cartolina di chiamata alle armi di notificare il cambio di indirizzo alle autorità competenti e di comunicare più rapidamente con le stesse autorità per via dell'indirizzo scritto sulla cartolina. Si trattava, infatti, secondo la Suprema Corte, di esigenze che solo l'esistenza fisica della *draft card* permetteva di soddisfare!³²

Ciò che le costruzioni e le distinzioni giuridiche delle Corti statunitensi nascondono, dunque, è un *free speech* la cui tutela, al di là degli enunciati, presenta dei confini mobili, i cui spostamenti sono spesso determinati dagli interessi in gioco e dal timore, non importa quanto fondato, che le idee espresse possano costituire un pericolo per le politiche governative e l'ordine costituito. È perciò proprio quando dovrebbe essere maggiormente tutelato - perché idoneo a competere con la prospettiva dominante e quindi ad entrare in quel *marketplace of ideas* che in base a una visione liberale conduce a raggiungere la verità³³ - che il pensiero dissenziente viene soffocato. Che oggi come ieri sia la paura a determinare l'ampiezza del *free speech* nel sistema statunitense è poi certamente testimoniato da ciò che accade ed è accaduto in relazione al tema dell'istigazione a commettere un reato.

2.1.2. *Protected e unprotected speech*: il caso dell'istigazione a commettere un reato

«La Costituzione americana non è un patto suicida», si dice avesse dichiarato Abraham Lincoln quando soppresse la garanzia dell'*habeas corpus* durante la guerra civile. La frase, ripresa dal giudice Robert H. Jackson in una *dissenting opinion* relativa a un caso di *free speech* che egli avrebbe voluto limitare³⁴, è stata recentemente fatta propria da Richard Posner per giustificare le pesanti restrizioni dei diritti civili e della libertà di espressione che negli Stati Uniti la ca-

30. Così una normativa cittadina che vietava l'apertura di locali per soli adulti in alcune zone di una località americana (Renton, Washington) e che quindi colpiva solo certe espressioni del pensiero (quelle che avevano un contenuto sessuale) e non altre (ed era quindi ovviamente *content-based*), fu considerata *content-neutral* e ritenuta costituzionalmente legittima in base al primo emendamento, in quanto secondo i giudici mirava non a sopprimere la libertà di mostrare e vedere materiale per adulti, ma a tutelare gli abitanti della cittadina dalle persone poco raccomandabili che quei locali avrebbero attirato. Cfr. *Renton v. Playtime Theaters, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986).

31. Cfr. Erwin Chemerinsky, *The Constitution in Authoritarian Institutions*, 32 *Suffolk University Law Review* 441, 449 (1999).

32. Cfr. *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

33. Risalente nei suoi fondamenti a John Stuart Mill (in *On Liberty* del 1859), il concetto di *market place of ideas* è per la prima volta articolato da Oliver Wendell Holmes nella sua *dissenting opinion* in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919) ed è poi esplicitamente ripreso da William O. Douglas in *United States v. Rumley*, 345 U.S. 41, nel 1953.

34. *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).

duta delle torri gemelle e la paura del terrorismo hanno portato con sé³⁵. In momenti particolari, è questo il senso della frase, quando i timori per la sicurezza collettiva sono forti, le garanzie costituzionali possono essere ridotte o pretermesse. Si tratta del principio che, esplicitamente o più spesso implicitamente, le Corti statunitensi hanno seguito nel tempo per stabilire i confini della libertà di espressione. In tempi pericolosi, infatti, il dissenso è sempre stato soppresso e la paura, per quanto irrazionale, continua ancora oggi a dettare l'ambito del diritto di esprimere le proprie idee.

Ancora una volta le costruzioni giuridiche e le distinzioni fra ciò che è punibile e ciò che non lo è, insieme ai criteri apprestati per operare le distinzioni medesime, costituiscono la via per mascherare la soppressione del dissenso. Da sempre, infatti, le Corti nord-americane hanno chiarito come il primo emendamento non protegga tutte le manifestazioni del pensiero e come accanto ai *protected speeches* vi siano anche gli *unprotected speeches*. Fra questi ultimi ha trovato indiscutibilmente posto la determinazione alla commissione di un reato (consistente nella condotta di chi fa sorgere *ex novo* in soggetti specifici il proposito criminoso, che prende il nome di *soliciting* e che riveste problematiche che qui non affronterò), ma è stata variamente inclusa anche l'istigazione alla commissione di un illecito - ossia l'espressione di convinzioni personali che incitano in via generale alla commissione di un reato - secondo criteri differenti a seconda del periodo storico e delle paure del potere politico del momento.

Che sotto le spoglie dell'istigazione a commettere un reato possa nascondersi una facile censura del dissenso politico è un dato con cui le Corti nord-americane hanno fatto presto i conti, enunciando criteri volti, almeno in apparenza, a bilanciare il desiderio di proteggere tanto la libertà di espressione quanto l'ordine sociale. Si è, tuttavia, trattato di criteri mobili, che nei momenti cruciali hanno assecondato la paura e privilegiato il timore per la sicurezza collettiva sul *free speech*, o perché si presentavano sufficientemente vaghi da costituire una mera protezione di facciata per la libertà di espressione del dissenso, oppure perché si modulavano diversamente a seconda del mo-

mento storico-politico in cui trovavano applicazione. E ciò è vero ancora oggi, come il diritto penale successivo all'11 settembre 2001 sta a dimostrare³⁶.

2.1.2. a) Le paure di ieri

Già il criterio del «*clear and present danger*», elaborato nel 1919 dalla Corte Suprema per stabilire quali istigazioni a commettere un reato fossero costituzionalmente punibili e quali no, si dimostrò talmente vago da consentire di mandare in prigione il segretario generale del partito socialista, Charles Schenck, per aver fatto circolare dei volantini che sostenevano che la chiamata alle armi durante la prima guerra mondiale violasse il tredicesimo emendamento, in quanto avrebbe costituito una forma di schiavitù. Per giustificare l'avvenuta limitazione della libera manifestazione del pensiero, Oliver Wendell Holmes spiegò in quell'occasione come la sua protezione non potesse che essere diversa in tempi di guerra rispetto ai tempi di pace. Nonostante, pertanto, non vi fosse alcuna prova che i volantini avessero convinto o avessero avuto la capacità di convincere alla resistenza alle armi anche una sola persona, Schenck e altri furono condannati in base all'*Espionage Act* del 1917, che puniva chiunque ostacolasse gli sforzi di reclutamento bellico della nazione con pene che arrivavano fino a 20 anni di reclusione³⁷. La stessa sorte toccò a chi, come Frohwerk, in quel periodo aveva scritto articoli di giornali critici nei confronti della guerra, senza che fosse in alcun modo provata una qualche efficacia prognostica in termini di convinzione sui disertori³⁸; o a chi come Eugene Debs, leader del partito socialista, in un discorso pubblico aveva blandamente e marginalmente criticato la chiamata alle armi³⁹. In tutti questi casi il criterio del *clear and present danger*, nonostante le declamazioni, non servì per proteggere l'espressione del dissenso, ma soltanto per giustificare la soppressione in un momento in cui la paura di non riuscire a costituire un esercito era fortissima. Quello stesso criterio, almeno nella mente di chi lo aveva elaborato, ossia il giudice Holmes, avrebbe però dovuto servire per escludere la punibilità di chi aveva fatto circolare dei volantini contro l'invio di truppe in Europa dell'est a seguito della rivoluzione

35. Richard A. Posner, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, OUP, 2006.

36. Sulle trasformazioni in senso autoritario del diritto statunitense dopo l'11 settembre 2001, cfr. Ugo Mattei, *Il modello di common law*, già 3 ed., Giappichelli, Torino, 2010, pp. 132 ss.

37. Cfr. *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

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

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

rusa, giacché quella questione politica gli pareva assai meno preoccupante⁴⁰.

Né meno adattabile alle paure del momento fu il criterio della *reasonableness* (che permetteva la punizione dell'istigazione a commettere un reato tutte le volte che ciò sembrasse ragionevole), utilizzato dalla Corte Suprema negli anni del primo cd *red scare* per giudicare costituzionalmente legittima la condanna (per il reato di «istigazione al sovvertimento dello Stato con la forza, la violenza e tramite mezzi illegali») di chi, come Benjamin Gitlow, aveva pubblicato il *Left Wing Manifesto*, senza che fosse provato che il suo scritto avrebbe potuto minimamente influenzare chicchessia⁴¹. «Per giustificare la soppressione del *free speech* deve essere ragionevole temere che alla manifestazione del pensiero consegua un grave pregiudizio; quest'ultimo deve apparire ragionevolmente prossimo e sembrare ragionevolmente davvero molto grave» aveva detto in quello stesso periodo storico il giudice Brandeis ritenendo costituzionalmente legittima la condanna di Anita Withney⁴². La donna in verità non aveva fatto altro che partecipare a una riunione sindacale del costituendo partito comunista, ma la Corte ritenne che la valutazione del legislatore che il sindacalismo rappresentava un pericolo per la sicurezza collettiva rendesse *ragionevole* presumere che un grave danno sarebbe immediatamente disceso dall'attività sindacale di Anita Whitney.

Più tardi durante il maccartismo e il terrore dell'avvento del comunismo, nel giudicare legittima la condanna a venti anni di prigione per istigazione al violento sovvertimento dello Stato (in base allo *Smith Act* del 1940) di chi aveva semplicemente letto e insegnato quattro libri scritti da Stalin, Marx, Engels e Lenin, la Corte in *Dennis v. United States*⁴³ rimodulò esplicitamente il criterio del *present and clear danger* alla stregua di un criterio di pericolo astratto. Elaborando una nuova teorica del rischio presunto destinata a fare scuola nel futuro diritto penale «pre-

pressivo»⁴⁴, il giudice Learned Hand disse infatti che se il pregiudizio che si mira a evitare è davvero grave, perché l'istigazione alla sua realizzazione sia punibile non c'è bisogno che essa si riveli idonea a indurre qualcuno, in un intervallo temporale ristretto, alla sua commissione. Quando l'offesa che si mira a prevenire è particolarmente seria, qualunque istigazione (non importa se efficace o meno in base a un giudizio prognostico o quanto prossima all'offesa che si vuole evitare) andrebbe perciò punita. Siccome in base a quel criterio i confini della libertà di critica risultavano di fatto determinati dalla paura, la quale si rifletteva direttamente sul giudizio di gravità dell'offesa, non appena il clima politico mutò e il timore (immotivato) dell'avvento del comunismo in Usa svanì, gli stessi comportamenti prima puniti come istigazione alla rivoluzione proletaria violenta furono dichiarati protetti dal primo emendamento. Nel 1957, infatti, quando Stalin, ormai morto, era stato sostituito in Unione Sovietica dal più moderato Nikita Khrushchev e negli Stati Uniti la tensione anti-comunista si era dissolta e il senatore anti-comunista McCarthy era ormai marginalizzato, la Corte Suprema in *Yates v. United States* dichiarò costituzionalmente protetta l'attività di Oleta Yates, leader (donna) del partito comunista, che aveva sposato e propagandato il marxismo-leninismo⁴⁵. Per non rinnegare il principio espresso in *Dennis*, ma neppure ammettere che fosse il mutevole sentimento di paura a guidare le sue decisioni, la Corte, anticipando velatamente la costruzione di un nuovo criterio punitivo, distinse il caso di fronte a sé rispetto a *Dennis* ricorrendo alla differenza che esiste fra istigare a *credere* in qualcosa e istigare a *fare* qualcosa⁴⁶.

Nel 1969, ai tempi di *Brandenburg v. Ohio*⁴⁷, finalmente l'elaborazione di un diverso principio in tema di istigazione a commettere un illecito sembrò chiudere la stagione del diritto penale della paura. A partire da quella decisione, infatti, la punibilità di quella condotta parve calibrata sulla sua pericolosità

40. Cfr. l'opinione dissenziente di Holmes, in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

41. Cfr. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

42. «*Evil*» è il termine utilizzato da Brandeis nell'opinione concorrente per indicare il pregiudizio grave: cfr. *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), a p. 376.

43. 341 U.S. 494 (1951).

44. Per il significato di questo neologismo e per un'analisi della recente diffusione globale della giustizia penale «prepressiva», mi permetto di rinviare a Elisabetta Grande, *Il dispositivo penale della paura. Diffusione di un'ideologia*, in *Democrazia e Diritto*, 3, 2014, pp. 17 e ss.

45. *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957).

46. *Ivi*, pp. 324-5.

47. 395 U.S. 444 (1969).

concreta rispetto all'offesa finale. Il caso riguardava la condanna per il reato di «istigazione a un illecito penale o alla violenza» (previsto dal legislatore dell'Ohio) di un leader del Ku Klux Klan, che aveva organizzato una manifestazione razzista in cui aveva paventato il ricorso alla vendetta nei confronti delle istituzioni politico-giuridiche degli Stati Uniti (Presidente, Congresso e Corte Suprema), che a suo giudizio non avrebbero tutelato abbastanza i bianchi nei confronti dei neri e degli ebrei. Alla manifestazione, cui molti parteciparono armati, il leader dell'organizzazione razzista aveva invitato un cameramen della televisione per farsi filmare e quando il servizio fu trasmesso egli fu processato e condannato. La Corte Suprema recuperando la necessaria carica di offensività della fattispecie di istigazione rovesciò però la condanna e dichiarò protetto dal primo emendamento «qualunque incitamento a usare la forza o a violare la legge a meno che non sia diretto soggettivamente a produrre un'azione illegale imminente e sia idoneo a quello scopo»⁴⁸. I criteri oggettivi e soggettivi necessari per ritenere costituzionalmente legittima la punizione di un'istigazione a commettere un reato sembravano così definitivamente stabiliti e la protezione del *free speech* garantita una volta per sempre dalla rimodulazione, effettuata dalla Corte, della manifestazione del pensiero punibile in termini di pericolosità concreta dolosa per il bene giuridico finale. L'*idoneità* dell'istigazione a causare un'azione illegale *imminente* da parte di chi sia consapevole della carica di offensività della propria manifestazione del pensiero, quali requisiti necessari per togliere all'istigatore la protezione del primo emendamento furono successivamente affinati in *Hess v. Indiana*⁴⁹ e in *NAACP v. Claiborne Hardware Co*⁵⁰. Dopo di allora i tempi bui della persecuzione penale di un dissenso che non si concretizzò nella reale messa in pericolo del bene giuridico oggetto di tutela parevano lasciati alle spalle. Ma si trattò di un'illusione: fu una conquista di civiltà meramente temporanea. Una nuova grande ondata di paura, quella per il terrorismo, inaugurata con la caduta delle torri gemelle l'11 settembre 2001, doveva infatti dare la stura negli Stati Uniti a una nuova pesante soppressione della libertà di espressione del pensiero critico.

48. *Ivi*, p. 447.

49. 414 U.S. 105 (1973). Il caso riguardava un manifestante che dopo essere stato disperso dalla polizia aveva gridato «*we'll take the fucking street*», senza indicare quando. La sua istigazione fu ritenuta non capace di condurre a un'azione violenta imminente. Non c'era prova, disse la Corte che quelle «parole fossero volte a produrre e fossero idonee a produrre un disordine *imminente*».

50. 458 U.S. 886 (1982). In questo caso il boicottaggio di alcuni negozi, i cui titolari erano stati accusati di discriminare i neri, aveva portato un responsabile dell'associazione nazionale per i diritti della gente di colore a gridare alla gente: «Se becchiamo uno di voi entrare in questi negozi razzisti vi rompiamo il collo». La Corte ritenne lo *speech* protetto dal primo emendamento, perché, disse «*mere advocacy of the use of force or violence does not remove speech from the protection of the first Amendment*», *ivi* a p. 928.

2.1.2.b1) Le paure di oggi: Patriot Act, retate di Aschcroft e infiltrazioni investigative

Di fronte alla nuova minaccia del terrore islamico il diritto penale della prevenzione riacquistò vigore e il principio di precauzione - secondo cui il timore di un danno costruito come grave giustificerebbe l'eliminazione del mero rischio astratto che esso si verifichi - che era stato enunciato in *Dennis* da Learned Hand in relazione alla fattispecie di istigazione a commettere un illecito, venne accolto in via generale dal legislatore statunitense e pervase l'intero campo penale.

La narrazione di uno Stato che non può rimanere inerte di fronte al rischio di un'offesa alla sicurezza collettiva, ma ha il dovere di agire per evitarla anche quando la sua futura verifica è men che certa, comportò così la pesante limitazione alla riservatezza degli americani attuata con lo USA Patriot Act, l'istituzione di nuove procedure penali liberticide nei tribunali militari per i cd *enemy combatants*, o l'apertura della prigione di Guantanamo. Comportò anche vere e proprie retate (cd retate Ashcroft perché ricordavano quelle dei tempi bui della paura degli anarchici dell'*attorney general* Palmer, quando nell'inverno del 1919-1920 molti stranieri furono deportati come sospetti attentatori dell'ordine costituito senza che ci fosse la minima prova nei loro confronti, solo perché anarchici) di migliaia di cittadini di paesi islamici che vivevano (legalmente o illegalmente) sul territorio statunitense, arrestati e segretamente detenuti - in certi casi per più di un anno - per il timore, privo di fondamento, che fossero terroristi. Tutti gli uomini dai 16 anni in su, cittadini di 25 paesi islamici, che non fossero residenti permanenti negli Stati Uniti, dal novembre 2002 all'aprile 2003 furono chiamati a presentarsi agli uffici dell'immigrazione per farsi controllare. Molti altri appartenenti alla comunità islamica, residenti permanenti, ma non cittadini, furono arrestati per le ragioni più varie. In tutti i casi l'applicazione del diritto dell'immigrazione, in quanto diritto amministrativo e non penale, consentì ciò che non sarebbe stato possibile nei confronti dei cittadini americani, i quali avrebbero potuto invece avvalersi delle garanzie del procedimento penale. Lunghe detenzio-

ni, ingiustificate e segrete, agevolate da riforme *ad hoc* messe in atto dall'*attorney general* Ashcroft, il quale permise per esempio la prosecuzione della detenzione amministrativa anche quando a giudizio del giudice fosse stata senza fondamento, sol che il *prosecutor* avesse fatto richiesta di appello⁵¹. Deportazioni dopo processi e prove mantenuti completamente segreti, spesso senza la reale possibilità di contattare un avvocato o dare notizie ai propri parenti. Ancora, detenzioni che si protraevano nonostante lo straniero avesse accettato di ritornare in patria, in piena contraddizione con la finalità propria della detenzione amministrativa, consistente nel facilitare il rimpatrio non certo nell'ostacolarlo⁵². Tutto ciò fu dettato dal desiderio di controllare soggetti presunti pericolosi per la loro origine etnica e religiosa e prevenire il rischio, rivelatosi infondato (perché su più di cinque mila persone "amministrativamente" indagate nessuno si rivelò legato ad Al Qhaeda⁵³), che la comunità musulmana abitante in Usa potesse preparare nuovi attentati terroristici⁵⁴.

All'FBI e ai dipartimenti di polizia, in particolare a quello di New York, fu poi concesso ciò che da tempo era stato loro proibito a seguito della scoperta dei gravi abusi e delle devastanti infiltrazioni (che andarono sotto il nome di COINTELPRO) commesse dall'intelligence nei confronti di movimenti politici per i diritti civili, negli anni '60 e '70, allo scopo di neutralizzarli. A partire dal 2003 agli agenti fu, infatti, nuovamente concesso di spiare sotto copertura qualunque gruppo politico o religioso, senza la sussistenza dei presupposti indiziari di norma indispensabili per questo tipo di azioni investigative. Le nuove linee guida, che concedevano alla polizia poteri di infiltrazione illimitati, furono approvate

dalle Corti federali sulla scorta delle considerazioni, riecheggianti momenti di buio autoritarismo, che i nuovi standard servivano a munire gli agenti «della necessaria flessibilità per bloccare molto in anticipo i piani terroristici e qualsiasi altra attività illecita»⁵⁵ e che, siccome in tempi di «minacce terroristiche senza precedenti [...] la natura del pericolo pubblico è cambiata con una velocità impressionante», «momenti storici diversi [...] richiedono standard diversi»⁵⁶. La necessità di prevenire il rischio di attività terroristiche si tradusse in pesanti controlli sulle comunità musulmane nell'ottica di identificare i terroristi «prima che loro stessi sapessero di esserlo»⁵⁷. Le intense attività di provocazione alla commissione di reati da parte degli agenti sotto copertura che ne conseguirono condussero, infatti, alla condanna per tentati reati terroristici di persone che non avrebbero mai intrapreso l'*iter* criminoso se non fossero state spinte a farlo dagli agenti provocatori. La scriminante dell'*entrapment*, che di norma avrebbe trovato applicazione, fu per quelle occasioni pretermessa, nella convinzione che la pericolosità dimostrata da coloro che avevano ceduto alle pressioni degli agenti di polizia fosse sufficiente a giustificare la condanna e l'«incapacitazione» a vantaggio della sicurezza collettiva⁵⁸.

2.1.2.b2) Le paure di oggi: Il reato di *material support* a un'organizzazione terroristica straniera

Fu però l'arretramento della soglia dell'attività punibile, dalla messa in pericolo in concreto a quella astratta del bene finale di tutela, a determinare sul piano del diritto penale sostanziale la nuova pesante limitazione del *free speech* e l'abbandono del prin-

51. Cfr. David Cole e James X. Demsey, *Terrorism and the Constitution. Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*, The First Amendment Foundation Press, New York, 2006, p. 181.

52. Per tutti questi aspetti cfr. David Cole, *The New McCarthyism. Repeating History in the War on Terrorism*, in Austin Sarat (a cura di), *Dissent in Dangerous Times*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 2005; David Cole e James X. Demsey, *op. cit.*, in part. Cap 12, e Shipler, *op. cit.*, pp. 168 ss.

53. David Cole, *The New McCarthyism*, *cit.* p. 131.

54. «Tutto questo fu possibile solamente perché il diritto dell'immigrazione ha natura amministrativa. Qualora le stesse persone fossero state americane avrebbero avuto le garanzie del procedimento penale, ossia un diritto al dibattito pubblico, ad essere condotte di fronte a un giudice entro 48 ore dall'arresto e non detenute soltanto perché l'FBI doveva completare la propria investigazione», commenta Cole, *The New McCarthyism*, *cit.*, a p. 131.

55. Cfr. *Handschu v. Special Servs, Div.*, 288 F. Supp. 2d 411,422-31 (S.D.N.Y. 2003).

56. Cfr. *Handschu v. Special Servs, Div.*, 273 F. Supp. 2d 327,348 (S.D.N.Y. 2003).

57. Matt Apuzzo e Adam Goldman, *Enemies Within: Inside the NYPD's Secret Spying Unit and Bin Laden's Final Plot Against America* (2013), in part. p.125.

58. Per un'analisi dettagliata di tutto ciò cfr. Wadie E. Said, *Crimes of Terror. The Legal and Political Implications of Federal Terrorism Prosecutions*, OUP, 2015, in particolare cap. I.

cipio in tema di istigazione a commettere un illecito espresso in *Brandenburg v. Ohio* e affinato nei successivi casi che gli diedero applicazione.

Nella prospettiva della prevenzione pura, che punisce l'aumento del rischio indipendentemente dall'accertamento della sua fondatezza e criminalizza l'incertezza, il nuovo reato di sostegno (*material support*) ad un'organizzazione terroristica straniera anticipò infatti la punibilità a un momento particolarmente prodromico rispetto al danno temuto, travolgendo nella sua applicazione il diritto a manifestare liberamente il pensiero critico. Creata nel 1996, dopo l'attacco alle torri gemelle, la fattispecie di aiuto e sostegno a una FTO (*foreign terrorist organization*)⁵⁹ divenne lo strumento principe di lotta al terrorismo e fu interpretata come fattispecie di pericolo astratto rispetto all'attività terroristica che mirava ad evitare⁶⁰. Qualsiasi aiuto, anche l'«*expert advice or assistance*», ossia il mero parere professionale, rientrò nella formulazione legislativa di aiuto all'organizzazione terroristica straniera, la quale ultima è designata come tale dal Segretario di Stato attraverso una procedura altamente discrezionale e segreta, di difficilissima sindacabilità⁶¹. Per essere puniti come sostenitori di una FTO, con una pena che prevede un minimo di 15 anni e un massimo che può arrivare all'ergastolo, non c'è bisogno di aver agito al fine di agevolare un'attività terroristica, né occorre la prova che l'aiuto all'organizzazione sia idoneo a contribuire in qualsiasi modo a quell'attività. L'anticipazione della punibilità rispetto alla tutela del bene finale che in tal modo si realizza, aumentata perfino dall'allentamento della prova del nesso causale fra condotta e sostegno all'organizzazione, ha consentito così di punire in vario modo l'espressione del pensiero critico.

La responsabilità penale per mera associazione che la fattispecie del *material support* a una FTO configura, laddove non richiede il dolo specifico di

partecipazione all'attività criminosa dell'associazione stessa, colpisce per esempio l'affiliazione realizzata attraverso apporti prestati anche a scopi puramente umanitari. Nonostante il diritto al *free speech* previsto dal primo emendamento e in piena contraddizione con la pronuncia *Scales v. United States*⁶², che nel 1961 aveva richiesto il dolo specifico relativo al sovvertimento dello Stato per punire l'affiliazione al partito comunista, la Corte Suprema nel criticatissimo caso *Holder v. Humanitarian Law Project*⁶³ ritenne infatti punibile attraverso quella fattispecie chi offra a una FTO (non importa se con obiettivi estranei alla sicurezza degli Stati Uniti) consigli legali per la risoluzione pacifica di dispute internazionali (nel caso di specie si trattava del gruppo indipendentista curdo PKK in Turchia) o per far domanda al fine di ottenere assistenza umanitaria (in questo caso la FTO era il gruppo indipendentista delle Tigri per la liberazione del Tamil in Sri Lanka). In nessuno dei due casi il parere legale offerto accresceva la probabilità di un'azione terroristica imminente, né era soggettivamente a quella diretta. Nonostante *Brandenburg v. Ohio* avesse dichiarato che in simili casi il *free speech* deve essere protetto, alla Corte bastò dimenticare quale fosse il bene di tutela finale per dichiarare punibile il mero aiuto legale di tipo politico, e quindi il *pure speech*, che in nessun modo avrebbe potuto essere considerato come istigazione all'azione terroristica.

Anche l'aiuto economico di tipo politico che, come il caso *Citizen United* ha insegnato⁶⁴, richiede la medesima tutela dell'espressione verbale, è proibito dalla fattispecie in questione. Nel 2008, infatti, dopo un secondo processo, i direttori e i funzionari della *Holy Land Foundation for Relief and Development* (HLFDR), la più importante organizzazione caritatevole islamica negli Stati Uniti, furono condannati come fiancheggiatori di Hamas per aver finanziato i comitati zatak che in Cisgiordania e nella striscia di

59. Contenuta nella sezione 2339B del titolo 18 dell'*United States Code*.

60. Sul punto cfr. fra gli altri Wadie Said, *op. cit.*, cap. II; Emma Sutherland, *The Material Support Statute: Strangling Free Speech Domestically?* in 23 *Civil Rights Law Journal* 229 (2013); David Cole, *The New MacCarthyism*, *cit.*, pp. 111 ss.; Brandan James Smith, *Protecting Citizens and Their Speech: Balancing National Security and Free Speech When Prosecuting the Material Support of Terrorism*, 59 *Loyola Law Review* 89.

61. Sul punto, fra gli altri, Wadie Said, *op. cit.*, p. 54.

62. 367 U.S. 203 (1961).

63. Cfr. 130 S.Ct. 2705 (2010), su cui si vedano, fra i tanti, Erwin Chemerinsky, *Free Speech and the «War on Terror»*, *Trial*, Supreme Court Review 2011, pp. 54 ss.; Emma Sutherland, *op. cit.*, e Wadie Said, *op. cit.*, 63 ss.

64. Con la decisione *Citizen United v. Federal Electoral Commission* del 2010 la Corte Suprema ha, infatti, chiarito che l'esborso economico è una forma di diritto di parola protetto dal primo emendamento e che quindi le *corporation* non possono essere limitate nel loro diritto di usare i propri soldi a favore di candidati alle elezioni.

Gaza distribuiscono aiuti ai più deboli⁶⁵. Attraverso la prova, ottenuta peraltro in modo discutibile, del legame fra i comitati zatak e Hamas, l'accusa sostenne vittoriosamente che aiutando economicamente i poveri la HLFRD legittimava Hamas e che per questo i suoi vertici dovevano rispondere di *material support* a quella organizzazione terroristica.

La mancanza di prova del nesso causale fra l'espressione del pensiero e il sostegno all'organizzazione terroristica non costituì peraltro un problema neppure nel caso della condanna di Tarek Mehanna nel 2013⁶⁶. Mehanna, un ventiduenne egiziano-americano con la fedina penale pulita, studente di dottorato in farmacia e devoto musulmano, fu infatti accusato e condannato a ben 17 anni e mezzo di reclusione per *material support* ad Al Qaeda, per avere effettuato un viaggio in Yemen nel 2004 alla ricerca di un campo di addestramento che non trovò (anche perché all'epoca riconosciutamente non ne esistevano), ma soprattutto per aver tradotto dall'arabo in inglese alcuni testi di studiosi dell'Islam ritenuti sovversivi ed averli messi su un sito internet chiamato al-Tibyan, noto per essere frequentato da un pubblico con prospettive jihadiste e simpatetico con le idee di Al-Qaeda. Senza prove che Mehanna avesse avuto relazioni dirette o indirette con Al-Qaeda o che qualcuno di questa organizzazione avesse letto i testi da lui tradotti o li avesse scritti, la Corte di primo circuito confermò la condanna con una motivazione di maggioranza dal seguente eloquente incipit: «Il terrorismo è l'equivalente odierno della peste bubbonica: è una minaccia esistenziale»⁶⁷.

Nel nuovo clima di terrore che ancora una volta restringeva pesantemente i confini del possibile dissenso, la mera presunta pericolosità sociale di Tarek Mehanna, desunta in massima parte dalla sua comprovata simpatia politica per l'islam jihadista, e non certamente la pericolosità della sua condotta, fu dunque la vera ragione della condanna.

L'anticipazione della soglia della punibilità a condotte molto lontane dalla realizzazione dell'evento dannoso che si vuole evitare, ottenuta con la creazione della fattispecie di *material support* a una FTO, significa anche poter colpire il dissenso attraverso la via del concorso morale nell'azione materiale di so-

stegno alla organizzazione terroristica. È questo ciò che accade quando nel 2005 le Corti statunitensi puniscono con la pena dell'ergastolo più 70 anni (!) chi, come Ali al-Timimi, una rispettata autorità religiosa all'interno della comunità islamica internazionale, in una riunione segreta di poche persone convocata due giorni dopo l'attacco alle torri gemelle, legge la fatwa di al-Uqla, considerato una prominente figura della jihad saudita⁶⁸. La fatwa esorta tutti i musulmani a difendere l'Afghanistan in caso di attacco statunitense e al-Timimi stesso esprime l'opinione che il gruppo degli astanti debba unirsi ai *mujahideen* nella jihad islamica. Siccome quattro dei partecipanti all'incontro, così come una quinta persona che partecipa ad una successiva riunione dello stesso tenore tenutasi un mese dopo, partono per il Pakistan, dove ricevono un addestramento militare gestito dall'organizzazione LET (Laskar -e- Taiba, poi designata come terrorista in Usa) - salvo poi rientrare negli Stati Uniti perché non riescono neppure ad entrare in Afghanistan - al-Timimi viene accusato di istigazione e condannato per concorso nei vari reati commessi dagli astanti all'incontro, fra cui quello di *material support* alla LET. Per quanto al-Timimi non abbia fatto null'altro che esprimere in maniera forte il proprio dissenso alla politica militare statunitense, l'anticipazione della punibilità a un momento prodromico rispetto all'azione terroristica, che la fattispecie del *material support* realizza, consente di aggirare facilmente i requisiti soggettivi e oggettivi richiesti da *Brandenburg v. Ohio* per punire l'istigazione a commettere un reato in conformità con il primo emendamento. Se, infatti, già l'illecito di riferimento è di pericolo astratto, i requisiti dell'*idoneità* dell'istigazione a causare un'azione illegale *imminente* da parte di chi sia animato da dolo perdono completamente la carica di concreta offensività che dovrebbero esprimere, esaurendo in tal modo qualsiasi effettiva capacità di protezione del pensiero critico.

Ancora una volta pertanto, proprio quando il primo emendamento dovrebbe dimostrare la propria capacità di resistenza di fronte agli attacchi alla libertà di espressione motivati dal panico sociale, la caccia alle streghe ricomincia e il diritto al *free speech* non riesce a svolgere il suo compito primario «di libera-

65. Il caso è ampiamente discusso da Wadie Said, *op. cit.*, pp. 68 ss.

66. *United States v. Mehanna*, 735 F.3d 32. Sul caso cfr. fra i tanti Michal Buchhandler-Raphael, *Overcriminalizing Speech*, 36 *Cardozo Law Review* 1667 (2015) e Wadie Said, *op. cit.*, pp. 70 ss.

67. *United States v. Mehanna*, *cit.*, p. 40. Poco dopo la Corte nota anche significativamente come sia «labile il confine fra le preoccupazioni per la vitale sicurezza nazionale e le invasioni delle libertà costituzionalmente protette di espressione e associazione».

68. *United States v. al-Timimi*, No. 1:04CR385 (E.D. Va., Alexandria Div.), Feb.2005. Sul caso cfr. fra i tanti, Tim Davis, *The Suffocation of Free Speech Due to the "Gravity of Danger" of Terrorism*, in 2 *Modern America* 3 (2006); Thomas Healy, *Brandenburg in a Time of Terror*, in 84 *Notre Dame Law Review* 655 (2009); Shipler, *op. cit.*, pp. 193 ss.

re gli uomini dalle strettoie delle proprie irrazionali paure»⁶⁹.

2.2 Le vie informali di censura del dissenso

Nel tempo tecnicismi e costruzioni giuridiche differenti consentono dunque negli Stati Uniti di sopprimere il dissenso tutte le volte che le paure del momento lo richiedono, fornendo una legittimazione tecnica al soffocamento del pensiero critico che ne nasconde la reale portata autoritaria.

La soppressione del dissenso segue però anche strade più informali e mascherate laddove, ufficialmente tutelato sotto il profilo del primo emendamento, il dissenso riceve però una forte censura su un piano diverso, al riparo da sguardi indiscreti.

Nel periodo successivo all'attacco alle torri gemelle accade per esempio che più di un professore universitario sia sottoposto a critiche per aver espresso idee anti-americane. In alcune ipotesi l'espressione di visioni anti-patriottiche e di condanna delle politiche estere statunitensi è addirittura la ragione nascosta di veri e propri licenziamenti, anche presso università statali tenute per legge al rispetto del primo emendamento. È questo il caso di Ward Churchill, direttore del dipartimento di studi etnici nell'Università statale del Colorado, che, a ridosso dell'11 settembre, scrive un articolo dai toni forti colpevolizzando gli Stati Uniti per l'attacco alle torri, che a suo parere rappresentava l'ovvia conseguenza delle politiche predatorie che gli americani avevano condotto per secoli⁷⁰. Formalmente legittimato dalla Costituzione federale a manifestare anche i pareri meno apprezzabili e condivisibili sull'attacco dell'11 settembre 2001, il professore non fu licenziato per l'espressione delle sue idee (giacché quel motivo lo avrebbe facilmente visto vittorioso di fronte a una Corte presso cui avesse fatto ricorso), ma perché un comitato universitario costituito *ad hoc* scoperse, dopo un'approfondita ricerca, che in un suo lavoro il professore aveva manipolato dei dati storici per suffragare la sua teoria che il vaiolo era stato intenzionalmente diffuso fra gli indiani d'A-

merica dal capitano John Smith fra il 1614 e il 1618 e dall'armata statunitense che stava vicino a Fort Clark fra il 1837 e il 1840⁷¹!

Anche altre volte il sistema abbandona chi esprime la propria opinione invece di proteggerlo. Come nel caso di Steve Helmericks, professore precario di sociologia sempre presso la Colorado State University, il quale, dopo aver detto in classe che i soldati americani stavano morendo in Iraq per una guerra ingiusta e aver per questo subito una immediata reprimenda da parte di una studentessa del suo corso e una successiva pesantissima campagna di denigrazione e discredito che lo aveva costretto a comprarsi un'arma e a cambiare il suo numero di telefono, fu rimosso dall'insegnamento dal preside del *college* perché, in quanto troppo scosso dall'accaduto, non fu più ritenuto idoneo a svolgere quell'attività⁷².

La censura del dissenso sotto false spoglie può passare altresì per un uso sviato del diritto penale, che sostanzialmente colpisce il pensiero critico, anche se formalmente punisce una condotta diversa. L'ipotesi è bene esemplificata da ciò che succede a un avvocato di nome Stephen Downs poco prima dell'inizio della guerra del 2003 in Iraq⁷³. L'avvocato, dopo essere andato in un negozio del centro commerciale di Crossgate a Guiderland (nello Stato di New York) ed essersi fatto fare una maglietta con le scritte «Dai una chance alla pace» davanti e «Pace sulla terra» dietro, la indossa nel ristorante del centro commerciale stesso. Avvicinato da una guardia della sicurezza privata del centro, Downs riceve l'invito a togliersi la maglietta oppure ad andare via, in quanto le scritte non patriottiche avrebbero causato disturbo ai clienti, i quali peraltro non sembravano essersi neppure accorti dell'esistenza di Stephen Downs. La reazione al rifiuto di obbedire da parte di Downs fu l'arrivo sul posto di un poliziotto, che lo arrestò. L'arresto fu giustificato non dall'opposizione dell'avvocato a togliersi la maglietta, giacché punire l'espressione di un pensiero spiacevole sarebbe stato incostituzionale, ma dal suo rifiuto di andarsene, che integrava invece la fattispecie di violazione di domicilio. I centri com-

69. «*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*» dichiarò il giudice Brandeis in *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 376 (1927), articolando in tal modo la ragione per la quale la libertà di espressione del pensiero deve essere protetta come un diritto fondamentale.

70. Il titolo è: «*Some People Push Back*»: *On the Justice of Roosting Chickens*. Lo si veda al sito <http://www.kersplebedeb.com/mystuff/s11/churchill.html>.

71. Per la lite giudiziaria che lo vide soccombente cfr. *Churchill v. University of Colorado*, No.06CV11473 (Dist. Ct., City and County of Denver) Judge Larry J. Naves, July 7, 2009.

72. Cfr. Shipler, *op. cit.*, pp. 293 ss.

73. Sui dettagli del caso, cfr. Shipler, *op. cit.*, pp. 218 ss.

merciali, infatti, sono spesso, e a seconda dell'interpretazione data dalle Corti dei diversi Stati, considerati come luoghi privati e non come luoghi pubblici⁷⁴. Per questo motivo, così come commette il reato di *trespass* chi venga invitato ad uscire da una casa privata e non lo faccia, allo stesso modo Stephens Downs può essere considerato reo di violazione di domicilio privato dei gestori del centro e per questo considerato colpevole di *trespass*, indipendentemente dalla ragione per la quale era stato invitato ad andarsene.

D'altronde il diritto del primo emendamento di esprimere liberamente il proprio pensiero vale solo per i cittadini statunitensi e non è detto significhi che essi abbiano anche il diritto di ascoltare il pensiero critico di cittadini stranieri. Il *Patriot Act*, infatti, ha potuto garantire per anni all'esecutivo di George W. Bush la possibilità di negare il visto a studiosi dell'Islam di fama mondiale a causa delle loro opinioni ritenute anti-americane. I casi di Tariq Ramadan (professore svizzero cui dal 2004 fino al 2009 fu negato il visto a causa delle sue analisi politiche ritenute pericolose e al quale fu conseguentemente impedito di assumere l'incarico di professore alla Notre Dame University che glielo aveva offerto) o di Adam Habib (professore presso l'Università del Sud-afrika, al quale, per aver espresso opinioni critiche sulla politica estera statunitense della guerra al terrore, fu negato il visto per tenere una serie di conferenze nel 2006) sono forse fra i più noti; ma non sono i soli⁷⁵. L'esclu-

sione ideologica è stata legittimamente praticata nei confronti di moltissimi studiosi stranieri non allineati, soprattutto se musulmani o provenienti da Paesi islamici, fino a quando la Corte di appello di secondo circuito nel 2009 non ha riconosciuto un diritto dei cittadini americani ad ascoltare e dibattere il pensiero critico straniero⁷⁶. È tuttavia una decisione che vincola solo una piccola parte dei giudici statunitensi (quelli che rientrano nella circoscrizione del secondo circuito) e che perciò deve ancora trovare pieno accoglimento negli Usa.

Conclusione

Negli Stati Uniti, in conclusione, il *free speech* è sicuramente garantito tutte le volte che la sua protezione è senza costi o è a costi bassi per il sistema. È tuttavia proprio nei momenti in cui la sua reale portata viene messa alla prova, perché più alti sono i costi che la sua garanzia richiede, che il diritto alla libera manifestazione del pensiero critico perde drammaticamente effettività. Un diritto dunque declamato, ma al momento davvero buono non applicato. La comparazione fra il caso al-Timimi negli Stati Uniti e il nostrano caso Erri De Luca ci può forse allora insegnare qualcosa: ossia che, tutto sommato, nei momenti cruciali il dissenso sembra trovare spazio vitale più al di qua che non al di là dell'oceano.

74. La Corte Suprema ha infatti lasciato alle giurisdizioni statali piena discrezionalità in merito. Cfr. *Prunyard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980). Cfr. anche Samuel H. Weissbard e Camellia K. Schuk, *States Speak Out on Free Speech in Malls*, in *Commercial Investment Real Estate*, Nov-Dec. 1999. Su questi temi si veda recentemente in italiano, Alessandra Quarta, *Property v. Freedom. Cronache americane di un cortocircuito americano*, in *Politica del diritto*, 1, 2015, pp. 157 ss.

75. Per una disamina sul punto si vedano fra gli altri Sean D. Acevedo, *Ideological Exclusion in the Post-9/11 Era: A Case for Increased Judicial Oversight and Recognition of the Right to Hear Speech*, in 45 *Connecticut Law Review* 1431 (2013); Robert M. O'Neil, *Academic Freedom After September 11: Where Are We Now in the US?*, in James L. Turk and Allan Manson (a cura di), *Free Speech in Fearful Times After 9/11 in Canada, the U.S., Australia and Europe*, James Lorimer and Company Ltd Pub., Toronto, 2007, pp. 197 ss.; Jonathan R. Cole, *Academic Freedom on American Campuses in Troubled Times*, *ivi*, pp. 162 ss.

76. *American Academy of Religion v. Napolitano*, 573 F3d 115 (2d Cir. 2009).