



**T. ZICK, *The First Amendment in the Trump Era*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 168\*.**

**I**l 20 agosto 2020 la Casa Bianca ha presentato presso la Corte Suprema una *petition for a writ of certiorari* volta a ottenere l'annullamento della decisione con cui la Corte d'Appello degli Stati Uniti per il Secondo Circuito, il 9 luglio 2019, ha dichiarato che il Presidente Trump, bloccando alcuni suoi critici su *Twitter*, aveva violato il Primo Emendamento alla Costituzione. Secondo i giudici, utilizzando il proprio *account* come un canale di comunicazione ufficiale, il Presidente aveva di fatto creato un «*public forum*», in quanto tale sottratto a qualunque intervento governativo diretto a escludervi i cittadini sulla base delle loro opinioni politiche [v. *Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump*, No. 1:17-cv-5205 (S.D.N.Y.), No. 18-1691 (2d Cir.)]. Nel caso in cui decidesse di accogliere l'istanza di *certiorari*, nei prossimi mesi la Corte Suprema sarebbe chiamata a pronunciarsi in via definitiva su una delle molteplici e assai delicate questioni sollevate dal rapporto fortemente conflittuale instaurato dal 45° Presidente degli Stati Uniti con gli organi di stampa e, in generale, con la folta e variegata schiera dei suoi oppositori.

In effetti, gli anni dell'amministrazione Trump e il precedente periodo di campagna elettorale hanno visto il magnate repubblicano e il suo *entourage* lanciare una sfida aperta e per molti versi inedita alle libertà fondamentali di parola e di stampa tutelate dal Primo Emendamento. Le preoccupazioni che essa ha destato relativamente alla tenuta dei principi e dei valori sottesi a tale disposizione, nonché i vari casi giudiziari che ne sono scaturiti, hanno formato oggetto di notevole attenzione nella dottrina costituzionalistica statunitense, come testimonia la fioritura di innumerevoli contributi in materia (tra questi, si segnalano M.S. Kende, *Social Media, the First Amendment, and Democratic Dysfunction in the Trump Era*, in *Drake Law Review*, Vol. 68, Issue 2, 2020, 273 ss.; R. Tushnet, *First Amendment Today: Not Obsolete, but*, in *Insights on Law and Society*, Vol. 19, Issue 2, 2019, II-9 ss.; P.L. Morris, S.H. Sarapin, *You can't block me: When social media spaces are public forums*, in *First Amendment Studies*, Vol. 54, Issue 1, 2020, 52 ss.; R. Jemimah, *Trump, Twitter, and the First Amendment*, in *Alternative Law Journal*, Vol. 44, Issue 3, 2019, 207 ss.; D.C. Nunziato, *From Town Square to Twittersphere: The Public Forum Doctrine Goes Digital*, in *Boston University Journal of Science and Technology Law*, Vol. 25, Issue 1, 2019, 1 ss.; T.R. Day - D. Weatherby, *Shackled Speech: How President Trump's Treatment of the Press and the Citizen-Critic Undermines the Central Meaning of the First Amendment*, in *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 23, Issue 1, 2019, 311 ss.; S. Behnke - C. Artim,

---

\* Contributo sottoposto a *peer review*.

*Stop the Presses: Donald Trump's Attack on the Media*, in *University of Dayton Law Review*, Vol. 44, Issue 3, 2019, 443 ss.; S.R. West, *Suing the President for First Amendment Violations*, in *Oklahoma Law Review*, vol. 71, Issue 1, 2018, 321 ss.; R.A. Jones - S. West, *The Fragility of the Free American Press*, in *Northwestern University Law Review*, Vol. 112, Issue 3, 2017, 567 ss.; E. Chemerinsky, *The First Amendment in the Era of President Trump*, in *Denver Law Review*, Vol. 94, Issue 4, 2017, 553 ss.).

È nell'ambito di questo ricco filone di studi che si colloca il recente volume *The First Amendment in the Trump Era* (Oxford University Press, 2019) di Timothy Zick, Professore di *Government and Citizenship* alla William & Mary Law School. In questa pregevole opera, dosando sapientemente rigore scientifico e scorrevole stile divulgativo, l'Autore offre una rassegna accurata e sistematica dei numerosi episodi nei quali il Presidente ha dimostrato «*a distressing lack of knowledge of, and respect for, First Amendment principles, values, and rights*» (p. XX), valutandone le implicazioni sul piano delle rilevanti funzioni associate alle libertà di parola e di stampa, le quali «*facilitate citizen self-government, encourage the pursuit of knowledge and truth, check governmental abuse, and protect speaker autonomy*» (*ibidem*). Il volume annovera tra i suoi principali meriti quello di analizzare la condotta presidenziale in una prospettiva storico-giuridica, riportando alla luce e applicando i preziosi insegnamenti ricavabili dalla tradizione costituzionale relativa alla *Free Speech Clause* e alla *Free Press Clause*, e al contempo identificando le caratteristiche peculiari della presente epoca, segnata dalla crisi della stampa, dalla digitalizzazione, dall'intensificarsi della polarizzazione politica e dall'ascesa della cultura della "post-verità".

Il primo capitolo della monografia affronta le preoccupazioni emerse durante l'«era Trump» a proposito della libertà e dell'indipendenza della stampa. Il declino di quest'ultima, iniziato ben prima dell'ascesa politica di Trump, secondo Zick è stato drasticamente accelerato dalla guerra che il Presidente ha pubblicamente dichiarato agli organi di stampa a lui ostili, tacciati di essere «*the enemy of the American people*» (p. 1). Tale guerra, combattuta attraverso ripetuti attacchi verbali, severe ritorsioni e credibili minacce di ricorrere ai poteri presidenziali per intimidire o punire i *news media* e i loro proprietari, non trova alcun precedente nella storia Stati Uniti, per l'ampiezza e le modalità di conduzione, ma anche per le sue dichiarate finalità di minare la credibilità dei *news media* e di sollevarli contro l'opinione pubblica. La minaccia che essa pone per la stampa libera e indipendente appare tanto più grave quanto più si consideri la condizione fragile di quest'ultima: infatti, oltre a non ricevere alcuna tutela specifica dalla *Free Press Clause*, di recente essa ha assistito anche a un significativo deterioramento della rete di privilegi e protezioni legali e non-legali delle quali si è tradizionalmente avvalsa. La situazione precaria nella quale versa l'informazione nell'era Trump induce l'Autore a soffermarsi ampiamente sui benefici apportati da una stampa libera e indipendente, la quale, benché talvolta abusi del proprio potere e della fiducia in essa riposta, nondimeno assolve «*educative, dialog-facilitating, and checking functions that are critical to a well-functioning democracy*» (p. 14). Per preservarne queste fondamentali funzioni, Zick ritiene necessaria una reazione corale che coinvolga i *news media*, le istituzioni e cittadini, chiamati a realizzare il «*central meaning*» del Primo Emendamento, enunciato dalla Corte Suprema nella celebre sentenza *New York Times Co. v. Sullivan* (1964): ossia che gli americani devono essere liberi, salvo ristretti limiti, di discutere le questioni di pubblico interesse e di criticare i funzionari governativi, anche con espressioni che includono «*vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks*».

Il secondo capitolo esamina il concetto di sedizione, chiamato in causa numerose volte nella storia statunitense per giustificare la repressione delle opinioni critiche nei confronti del governo, delle sue politiche e dei funzionari pubblici. Per l'Autore, benché durante l'era Trump non siano state avanzate proposte intese a ripristinare l'odioso reato di *seditionous libel*, da tempo dichiarato incostituzionale, il ricorso del Presidente alla falsa equazione fra dissenso e sedizione e le azioni da questi minacciate o intraprese allo scopo di punire i suoi detrattori, sommandosi al clima di intolleranza alimentato dall'«*hyper-partisanship*», rischiano di soffocare il dissenso in modo non dissimile da alcune politiche autoritarie adottate in passato. In effetti, la storia degli Stati Uniti è punteggiata da molteplici tentativi di repressione del *seditionous speech*, intrapresi durante le guerre e in situazioni di presunto pericolo per la sicurezza nazionale. Sostanzialmente avallati dalla Corte Suprema fino alla storica decisione *New York Times Co. v. Sullivan* (1964), essi sono culminati nel *Sedition Act* del 1798, nell'*Espionage Act* del 1917, nel *Sedition Act* del 1918, nello *Smith Act* del 1940 e nelle politiche liberticide attuate a livello federale e statale durante la *Second Red Scare*, nel corso degli anni Quaranta e Cinquanta. A giudizio di Zick, l'era Trump e più in generale l'esperienza *post-seditionous libel* insegnano che il diritto al dissenso può essere minacciato anche in tempo di pace, che la sua repressione può assumere svariate forme, alcune delle quali ritenute non incompatibili con il Primo Emendamento, e infine che la democrazia può fiorire e prosperare solo se i cittadini sono fedeli al principio fondamentale secondo cui «*criticism of government benefits the political community by informing the public, exposing corruption, and resisting would-be autocrats*» (p. 48).

Nel terzo capitolo l'Autore analizza l'«*anti-orthodoxy principle*» affermato dalla Corte Suprema nella sentenza *West Virginia State Board Of Education v. Barnette* (1943), in base al quale, allo scopo di preservare l'autonomia del discorso e il diritto al dissenso, nonché di agevolare l'autogoverno e la ricerca della verità, «*no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or act their faith therein*». Zick evidenzia come questo pilastro del Primo Emendamento, consolidatosi nella successiva giurisprudenza – dalle sentenze che hanno sancito l'incostituzionalità dei *loyalty oaths* di epoca maccartista alla *Texas v. Johnson* (1989) sulla non punibilità del *flag-burning* – sia stato ripetutamente sfidato dall'*orthodoxy agenda* portata avanti dal Presidente Trump in tema di patriottismo e di religione. Per l'accademico statunitense, le esternazioni presidenziali attraverso cui tale agenda si è manifestata – tra cui le proposte di punire il *flag-burning* con la perdita della cittadinanza e di sanzionare il presunto antipatriottismo dei giocatori della NFL inginocchiatisi durante l'inno nazionale – hanno generato una pressione al conformismo incompatibile con il principio fondamentale secondo cui «*society benefits when opposing views meet in the marketplace of ideas and compete for public acceptance*» (p. 65). Perché quest'ultimo si realizzi – conclude – «*dissent must at least be tolerated and ideally embraced*» (*ibidem*).

Il quarto capitolo si sofferma sull'importanza di preservare l'accesso alle proprietà pubbliche al fine di rendere possibile un effettivo esercizio delle libertà di parola e di riunione. Affrontando il tema in chiave storico-costituzionale, l'Autore ricorda che «*conflicts relating to access to public forums and rights of public expression have been a persistent theme of the First Amendment's history and tradition*» (p. 70). In effetti, per gran parte della storia statunitense, ai cittadini non è stato riconosciuto alcun diritto di accesso agli spazi pubblici per l'esercizio dei diritti del Primo Emendamento, e soltanto negli anni Trenta la Corte Suprema ha rigettato la tesi per cui le autorità, in quanto proprietarie

degli spazi pubblici, sono titolari del potere di vietarvi l'accesso per qualunque ragione. Benché nei decenni successivi, su decisivo impulso del movimento per i diritti civili, la giurisprudenza costituzionale abbia progressivamente riconosciuto il diritto di accesso ad alcuni luoghi pubblici, disegnando un'*expressive topography* fondata sul concetto di *public forum*, Zick constata come, anche a causa dei persistenti limiti di questa dottrina, «*the balance between public order and First Amendment rights has often disfavored the latter*» (p. 82). Durante l'era Trump, l'agenda «*law and order*» del Presidente, il suo atteggiamento apertamente ostile verso le manifestazioni di protesta e la sua decisione di bloccare i propri oppositori su *Twitter* hanno ulteriormente indebolito la garanzia di un adeguato «*breathing space*» per l'esercizio delle libertà di parola e di riunione. Al fine di preservare la lunga e gloriosa tradizione americana delle proteste e delle manifestazioni, tanto nei tradizionali *forum* pubblici quanto nei nuovi spazi digitali, l'Autore fa ancora una volta appello non solo alle istituzioni, ma anche alla cittadinanza, la quale dovrebbe essere maggiormente disposta a tollerare «*the occasional disruption and disquiet that public dissent sometimes produces*» (p. 87).

Il quinto capitolo esamina le controversie riguardanti l'*hate speech* emerse durante la Presidenza Trump. Il *leader* repubblicano, infatti, prima da candidato e poi da Presidente ha rivolto più volte gravi insulti e offese nei confronti degli afroamericani, dei messicani, dei musulmani, delle donne, dei disabili e di altre categorie. Al contempo, la sua amministrazione si è opposta fermamente ai tentativi di combattere l'*hate speech* intrapresi da alcuni campus universitari, accusati di cospirare contro il pensiero conservatore. L'Autore illustra magistralmente come «*under the First Amendment, "hate speech" is mostly protected speech*» (p. 92), nella misura in cui «*it cannot be targeted for suppression based on its derogatory content but can in narrow circumstances be restricted owing to its effects on physical safety and public order*» (*ibidem*). L'estesa garanzia costituzionale accordata all'*hate speech* – divergente rispetto all'approccio adottato dalle altre democrazie occidentali – affonda le sue radici nel *content-neutrality principle*, in base al quale, se si consentisse al governo di selezionare le opinioni non meritevoli di protezione, esso potrebbe usare tale potere per reprimere il dissenso e imporre una posizione ufficiale su qualunque materia di pubblico interesse, precludendo in tal modo l'autogoverno e la ricerca della verità. La tesi di Zick è che sia possibile limitare gli ingenti danni psicologici, fisici, politici e costituzionali causati dall'*hate speech* senza dover per questo rinunciare alla difesa delle condivisibili ragioni che ne giustificano la tutela. La soluzione è rappresentata dai «*non-censorial approaches to "hate speech"*» (p. 107), che promettono di contrastarlo efficacemente facendo leva sul *counter-speech*, sulla scelta di ignorare chi diffonde messaggi incitanti all'odio, sull'educazione ai valori del *self-restraint* e dell'empatia, e soprattutto sul ruolo positivo che può assumere il governo «*through means such as official communications, subsidy choices, the education of children, and other non-regulatory means*» (p. 113).

Nel capitolo conclusivo del volume, l'Autore affronta il tema del dissenso, presentato come il filo rosso che unisce tutti gli argomenti trattati in precedenza: i continui attacchi del Presidente agli organi di stampa, le accuse di sedizione rivolte ai suoi critici, la sua *orthodoxy agenda*, i suoi tentativi di restringere l'accesso ai *public forum* e il suo approccio all'*hate speech* possono infatti essere agevolmente interpretati come parti di una complessiva strategia dell'amministrazione Trump avente la finalità di reprimere l'espressione del dissenso politico e culturale. Da qui l'invito di Zick a battersi allo scopo di preservare quella che il Professor Cass Sunstein ha definito la «*culture of*

*dissent*», la quale «*does not merely tolerate criticism, but actively values, encourages and facilitates it*» (p. 116). Tale impegno non può che muovere dalla consapevolezza della funzione democratica che il libero dissenso ha storicamente assolto «*by opening space for public discourse and giving voice to the powerless and marginalized*» (p. 120), nonché dei benefici sociali che esso apporta sfidando le convinzioni comuni e contrastando gli effetti deleteri della polarizzazione e l'atomismo sociale. La strada da percorrere è irta di ostacoli, se è vero che «*In important respects, our law, politics, and culture all actively discourage dissent*» (p. 130), e che «*Preferences for order, conformity, and the status quo are built into our jurisprudence, architecture, policing, and public attitudes*» (*ibidem*). Nondimeno, a giudizio di Zick, che si spinge fino a tracciare i contorni di una *pro-dissent agenda*, tale strada deve essere necessariamente percorsa. C'è in gioco il futuro della democrazia statunitense.

Andrea Fiorentino