

I canali a pubblico accesso non sono un *public forum*: i perché di un'occasione persa

Davide Zecca

Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 17 giugno 2019, *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, No. 17-1702

La Corte Suprema americana conferma il proprio consolidato orientamento in tema di *state action* appoggiandosi a una ricostruzione della teoria del *public forum* che resta ancorata a una lettura legata al dato formale della titolarità sul mezzo di comunicazione, perdendo così un'occasione di rendere più effettiva la tutela garantita dal I emendamento alla libertà di manifestazione del pensiero.

Gli argomenti della minoranza, che fa leva sulla sostanziale natura dell'attività dell'attore privato di gestione di un *public forum* e sulla costituzione della stessa società da parte dello Stato al solo fine di gestire l'accesso al mezzo, non bastano a convincere il blocco conservatore della Corte. Proprio la circostanza che l'attività del soggetto privato in questione derivi da una esplicita scelta dell'amministrazione in materia fonda, secondo l'ala liberal, l'obbligo di garantire le adeguate tutele costituzionali a chi si serva dei canali a pubblico accesso.

Il tentativo di assoggettare al regime dei *public forum* i canali in questione non è peraltro un trend recente, poiché già dall'approvazione di un apposito *statute* in materia nel 1984 la tematica è stata oggetto di riflessione della dottrina, seppure le suggestioni proposte abbiano avuto scarsa presa sulla giurisprudenza, come si evince anche dalla pronuncia in oggetto.

Sommario

1. Introduzione: i canali a pubblico accesso sulla TV via cavo. – 2. La maggioranza e il dogma della *state action*. – 3. La critica della minoranza e la configurabilità di un *public forum*. – 4. La *freedom of speech* nei luoghi pubblici: la giurisprudenza sul public forum. – 5. I canali a pubblico accesso come *designated public forum*: una prospettiva irrealistica?

Keywords

canali TV a pubblico accesso - *state action doctrine* - *public forum* - libertà di espressione - Primo Emendamento

1. Introduzione: i canali a pubblico accesso sulla TV via cavo

La Corte Suprema americana si è pronunciata nello scorso *term* (ottobre 2018-giugno 2019) su un ricorso esperito avverso una pronuncia della Corte d'appello federale del secondo circuito che, ribaltando a maggioranza la decisione della corte federale distrettuale adita in primo grado, aveva sancito la violazione del I emendamento alla Costituzione americana da parte del resistente.

La controversia origina dalla doglianza di due cittadini newyorchesi i quali lamentano di essere stati esclusi dalla fruizione dei canali di TV via cavo a pubblico accesso a opera della società privata incaricata della gestione del servizio stesso da parte dello Stato, in particolare in ragione della produzione e successiva trasmissione su tali canali di un documentario realizzato dai due ricorrenti che assumeva posizioni critiche nei confronti della stessa società operatrice del servizio.

Il quadro normativo di riferimento è quello dello Stato di New York, ove la Commissione adibita al controllo dei servizi pubblici, che regola, fra l'altro, la concessione di licenze per le trasmissioni televisive via cavo, richiede agli operatori del settore di garantire ciascuno sui propri sistemi la presenza di uno o più canali aperti al pubblico accesso. La legge statale rilevante prevede che la fruizione di tali canali avvenga a titolo gratuito e allocando gli spazi secondo un criterio meramente cronologico di precedenza della richiesta¹. È l'operatore di TV via cavo che, secondo la disciplina locale vigente, gestisce i canali a pubblico accesso, salvo che l'amministrazione locale di una determinata area decida di operare essa stessa i canali o deleghi tale compito a un soggetto privato.

Nei fatti di causa si è verificata proprio l'ultima ipotesi delineata, avendo la città di New York affidato la gestione dei canali riservati al pubblico accesso sulla rete di *Time Warner*, nell'ambito del *borough* cittadino di Manhattan, a una società privata senza scopo di lucro nota come *Manhattan Neighborhood Network* (*MNN*). La decisione di quest'ultima di sospendere temporaneamente prima dall'utilizzo dei canali e poi da quello di tutti i servizi e le strutture di *MNN* stessa i due ricorrenti (*DeeDee Halleck* e *Jesus Papoletto Melendez*) è la ragione che ha spinto costoro a contestare la violazione della *freedom of speech* di cui al I emendamento dinanzi a una corte federale.

Il giudice distrettuale ha accolto l'obiezione presentata da *MNN* secondo la quale la stessa società non è soggetta agli obblighi sanciti dal I emendamento in quanto non ricade nella definizione di attore statale ai fini dell'applicazione della disposizione. Diversamente, l'opinione dei due giudici di maggioranza della Corte d'appello ha riconosciuto che i canali tv a pubblico accesso a Manhattan rientrano nella definizione di spazio pubblico di discussione (*public forum*) rilevante ai fini della configurabilità dell'obbligo in parola².

La Corte suprema, dopo aver concesso il *writ of certiorari*, ha ascoltato le argomentazioni delle parti il 25 febbraio del 2019, pronunciandosi infine sulla questione con la sentenza pronunciata a metà del giugno scorso. La decisione è a maggioranza stretta (5-4)

¹ 16 N. Y. Codes, Rules & Regs. §§895.4(c)(4) and (6) (2018).

² 882 F. 3d 300, 308 (2018).

e la distribuzione dei giudici alimenta una volta di più la retorica della polarizzazione dei *Justices* americani: al blocco di maggioranza di ispirazione conservatrice, in questa circostanza capitanato dal giudice al suo primo *term* Brett Kavanaugh, si contrappone l'ala liberal del collegio, guidata in questo caso da Sonia Sotomayor, la quale verga una *dissenting opinion* volta a demolire la ricostruzione fattuale e teorica propugnata dallo schieramento ideologicamente opposto.

In particolare, il dissenso fra le due componenti della Corte risiede in due questioni fondamentali: la prima riguarda la qualificazione dei canali TV via cavo operati da MNN come luoghi di pubblico dibattito, mentre la seconda concerne, sul presupposto di una configurabilità della prima, la sussumibilità di MNN sotto il profilo di attore statale. Tale operazione interpretativa è imprescindibile, poiché le garanzie di cui alle disposizioni del *Bill of rights*, fra cui quella in oggetto, sono vincolanti soltanto ove si tratti di operazioni condotte da amministrazioni dello Stato, non applicandosi invece alle attività libere di soggetti giuridici terzi e distinti dallo Stato (cd. *state action doctrine*)³. È proprio nella diversa interpretazione che dei fatti allegati viene proposta e nelle conseguentemente divergenti argomentazioni di maggioranza e minoranza del collegio che emerge un approccio diverso al tema e anche una differente impostazione ideologica di fondo.

2. La maggioranza e il dogma della *state action*

Justice Kavanaugh ricostruisce sinteticamente il contenuto e il valore vincolante del I emendamento ricordando, supportato da vasta e consolidata giurisprudenza della stessa Corte Suprema, come il divieto di limitare la libertà di manifestazione del pensiero valga oggi per i Governi della Federazione e degli Stati federati e che la norma proibisce soltanto l'interferenza con il godimento del diritto a opera di pubbliche amministrazioni e non, invece, a opera di privati cittadini o enti terzi.⁴

Il primo rilievo che viene in evidenza alla pronuncia in grado d'appello riguarda la qualificazione giuridica di MNN ai fini dell'applicabilità del I emendamento: si tratta

³ La bibliografia sul tema è sterminata: con riferimento alle origini della teoria e alla sua applicazione nei primi cento anni fra l'approvazione dei *Reconstruction Amendments* e l'ascesa di Warren Burger alla Presidenza della Corte Suprema v. R. Hemphill, *State Action and Civil Rights*, in *Mercer Law Review*, 23, 1972, 519 ss.; per un più recente quadro su natura e limiti della *State action v. Rights Guaranteed. Fourteenth Amendment*, in *2017 Constitution of the United States of America: Analysis & Interpretation*, 2017, 2079 ss.

⁴ L'applicabilità di tale garanzia è stata estesa, almeno formalmente, anche agli Stati a partire dall'entrata in vigore del XIV emendamento alla Costituzione stessa (1868), v. cd. *Due Process Clause*, a norma della quale «[N]or shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law». L'approvazione della disposizione era preordinata al superamento della concezione dualistica e separata della cittadinanza statale e federale come affermata in *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833). Tuttavia, il tentativo fu frustrato per molti decenni ancora a causa dell'interpretazione restrittiva della Corte Suprema adottata negli anni immediatamente successivi: nei cd. *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873), fu sancita l'applicabilità della *Privileges or Immunities Clause* («No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States») ai soli diritti garantiti dal Governo federale, dichiarandone per converso l'inapplicabilità a quelli garantiti dagli Stati federati; in *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542 (1875), il collegio introdusse la *state action doctrine* come limite all'applicabilità della *Due Process Clause*. La clausola del I emendamento relativa alla *freedom of speech* è stata poi incorporata soltanto a partire dalla pronuncia nel caso *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

infatti di una società priva di scopo di lucro ma comunque un soggetto giuridicamente distinto dallo Stato di New York. La giurisprudenza precedente della Corte, argomenta Kavanaugh, delinea poche e circoscritte circostanze in cui un soggetto privato possa essere considerato alla stregua di un attore statale o pubblico: in particolare, ciò avviene quando esso eserciti una funzione tradizionalmente esclusivamente pubblica, oppure quando un'amministrazione pubblica costringa il soggetto privato a compiere una determinata attività, o ancora quando una pubblica amministrazione agisca congiuntamente al soggetto privato. L'allegazione dei resistenti, scrive la Corte, ricade senz'altro nella prima ipotesi, che l'opinione di maggioranza discute con un certo grado di dettaglio.

L'esercizio di poteri tradizionalmente esclusivamente riservati allo Stato, criterio risalente alla sentenza *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*⁵, non può secondo i precedenti della Corte ricavarsi dal mero fatto che la funzione sia stata in precedenza, o sia ancora, esercitata da un ente di governo o che essa soddisfi un interesse pubblico; il requisito è più stringente: la pubblica amministrazione deve avere esercitato tradizionalmente ed esclusivamente la detta funzione (si tratta cioè di due criteri cumulativi e non alternativi l'uno all'altro). Proprio il rigore di questo accertamento ha condotto i giudici supremi a negare in un gran numero di casi la qualifica di attore statale a soggetti esercenti funzioni di interesse pubblico, riconoscendo tale status solo con riferimento all'organizzazione di consultazioni elettorali e alla gestione di città aziendali.

Kavanaugh, dopo aver precisato che la funzione di cui si tratta nel caso è la gestione di canali a pubblico accesso su un sistema di TV via cavo, ricostruisce come per decenni tali emissioni siano state gestite sia da pubbliche amministrazioni (es. municipalità) sia da operatori di natura privata e suffraga tale dato offrendo un sintetico resoconto dell'analoga situazione nel contesto di Manhattan fino al momento in cui *MNN* ha iniziato la propria attività. Tale quadro consente alla maggioranza di affermare che la gestione di canali a pubblico accesso non è funzione tradizionalmente ed esclusivamente pubblica nei termini in cui la stessa Corte la intende.

Il blocco conservatore rigetta altresì l'argomentazione dei resistenti secondo la quale l'attività in questione non è la mera gestione di canali via cavo a pubblico accesso, bensì la gestione di uno spazio pubblico per la manifestazione del pensiero, che sarebbe pertanto una funzione tradizionalmente ed esclusivamente pubblica. La Corte risponde che, se anche la pubblica amministrazione, ove offra tale spazio pubblico di espressione del pensiero, non può discriminare sulla base dei punti di vista e, sovente, sulla base del contenuto, tale divieto non vale per i soggetti privati, i quali possono quindi legittimamente esercitare scelte discrezionali sull'accesso al proprio spazio privato di manifestazione del pensiero (*Hudgens v. NLRB*⁶). Pertanto, la mera gestione di uno spazio ove si possa manifestare il proprio pensiero non è sufficiente a rendere un soggetto privato attore statale, anche perché offrire a terzi uno spazio ove esprimere le loro opinioni non è funzione tradizionalmente ed esclusivamente esercitata dal pubblico: pertanto, l'esercizio di tale funzione non soggiace agli obblighi di cui al I emendamento.

I giudici di maggioranza non sono nemmeno convinti dal dato addotto dai resistenti, a

⁵ 419 U. S. 345, 352 (1974).

⁶ 424 U. S. 520–521 (1976).

opinione dei quali *MNN* deve essere considerata attore statale in quanto titolare di una concessione da parte dello Stato di New York per la gestione dei canali TV via cavo e in ragione del pervasivo quadro regolatorio al quale la stessa società si deve conformare nell'esercizio della propria attività. Tutti questi dati, argomenta Kavanaugh, non incidono sulla natura della funzione svolta, che non rientra in quella definizione di attività tradizionalmente ed esclusivamente di esercizio statale di cui alla sentenza *Jackson*, che è il costante ed esplicito riferimento dell'autore dell'opinione della Corte.

Non convince la Corte nemmeno la prospettazione dell'esistenza di pretese proprietarie della città di New York sui canali in questione, che renderebbero l'attività di *MNN* mera gestione di *asset* di proprietà pubblica. L'infrastruttura utilizzata appartiene infatti a *Time Warner*, mentre *MNN* gestisce i canali con attrezzature proprie: la città di New York non possiede né acquisisce un diritto all'utilizzo temporaneo dei canali, né gode di alcun diritto di servitù sugli stessi. Il fatto che l'accordo di concessione dell'utilizzo dei canali stipulato fra la città e la società proprietaria delle infrastrutture attribuisca alla città stessa la facoltà di designare un ente privato per la gestione dei canali non fa sorgere un diritto reale dell'amministrazione cittadina sull'infrastruttura (di proprietà di *Time Warner*) o sui canali (gestiti da *MNN*). Né alcuna servitù di passaggio accordata a operatori privati su terreni di proprietà pubblica vale a trasformare i beneficiari della servitù in attori statali.

3. La critica della minoranza e la configurabilità di un *public forum*

Justice Sotomayor contesta in radice la ricostruzione dei fatti sottostanti alla decisione della maggioranza, sostenendo che il caso riguarda un'organizzazione investita del compito di gestire uno spazio pubblico di espressione da parte di un'autorità di governo, non invece un proprietario che abbia aperto il proprio spazio privato alla manifestazione dell'altrui pensiero: sarebbe l'accettazione del rapporto di agenzia da parte della società a renderla attore statale e, in quanto tale, vincolata a garantire il rispetto del I emendamento.

L'argomento della minoranza trae le mosse dalla constatazione che la concessione di un diritto alla trasmissione di canali TV via cavo è una prerogativa che viene riconosciuta agli operatori privati dalla pubblica amministrazione e che, pertanto, l'ingresso in un mercato locale di servizi via cavo non può prescindere da tale concessione. Peraltro, lo Stato di New York autorizza le municipalità a concedere le licenze necessarie sotto il rispetto di una serie di condizioni relative alle modalità di erogazione del servizio al pubblico. Nel 1991, l'accordo stipulato fra *Time Warner* e il *borough* di Manhattan consentiva al Presidente di quest'ultimo di identificare un soggetto privato terzo che gestisse i canali a pubblico accesso che la società era vincolata ad accantonare; *Sotomayor* precisa che la pubblica amministrazione in questione avrebbe ben potuto decidere di operare tali canali in autonomia, senza ricorrere a soggetti esterni. Peraltro, *MNN* viene creata proprio a seguito della stipula dell'accordo di cui sopra con il fine specifico della gestione dei canali a pubblico accesso dell'area di Manhattan.

Il punto di partenza giuridico dell'opinione di minoranza è che i canali in questione costituiscono uno spazio pubblico di espressione e che, poiché la concessione di gestione a un soggetto privato implica un accantonamento di uno o più canali aperti a tutti, lo Stato di New York una volta data tale concessione deve garantire l'esistenza di tale spazio pubblico di dibattito e deve farlo nel rispetto delle garanzie di cui al I emendamento, anche quando delegasse un soggetto terzo alla gestione in concreto (il soggetto delegato sarebbe cioè gravato esso stesso da tale obbligo).

Poiché i resistenti sostengono che le circostanze del caso provino l'esistenza di una discriminazione discrezionale (cd. *viewpoint discrimination*) da parte dell'operatore dei canali, *Justice Sotomayor* affronta la questione relativa alla natura dello spazio di manifestazione del pensiero in questione, non essendo tale discriminazione vietata allorquando si tratti di dichiarazioni di una pubblica amministrazione o di attività che avvengano in un luogo privato. L'opinione di minoranza è volta cioè, nella sua prima parte, a dimostrare come i canali di TV via cavo a pubblico accesso siano sussumibili sotto la fattispecie dello spazio pubblico di espressione (cd. *public forum*).

La discussione del tema assume come punto di partenza quanto dichiarato da *Justice Thomas* oltre due decenni fa nel caso *Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC*⁷: non si configura tale spazio pubblico di espressione laddove la pubblica amministrazione difetti di un apprezzabile interesse di natura reale coerente con il fine comunicativo del detto spazio. L'opinione di minoranza argomenta in favore dell'esistenza di un tale interesse nel caso di specie, identificabile nel diritto di esclusiva all'utilizzo dei canali (e, in quanto strumentale, delle infrastrutture di *Time Warner*), assimilabile almeno a un diritto reale di servitù. Nello stesso caso di cui sopra, la maggioranza si era espressa a favore dell'analogia fra un accordo di concessione di canali via cavo a pubblico accesso e un accordo che costituisca una servitù, anche se solo una minoranza del collegio (*Kennedy* e *Ginsburg*) si era spinta fino a qualificare i canali stessi come spazi pubblici di espressione.

D'altronde, argomenta *Sotomayor*, se anche le infrastrutture (cioè i cavi) sono di proprietà di *Time Warner*, è indubbio che la città di New York se ne serva nel godimento di una servitù di passaggio per operare i canali a pubblico accesso, su cui la stessa mantiene diritti di gestione e di esclusione salve rinegoziazioni dell'accordo con *Time Warner*. L'intangibilità dello spazio in questione non deve, secondo il blocco liberal, condurre a considerare il caso in questione diversamente da un'ipotesi ove una pubblica amministrazione si serva di una strada o di un teatro per offrire un determinato servizio: si tratta della manifestazione concreta di un diritto reale. D'altronde, se il principio di cui sopra vale per la manifestazione del pensiero attraverso cartelloni pubblicitari, parimenti dovrebbe valere per la gestione di canali in esclusiva da parte dello Stato o di altro ente locale. L'esistenza di un diritto reale dello Stato sui beni conduce pertanto a qualificare lo spazio come *public forum*, ben potendosi ritenere integrato il requisito dell'intenzione di aprire lo stesso all'accesso di tutti i cittadini⁸.

Da questa conclusione, segue il resto del ragionamento di *Justice Sotomayor*, che argomenta che la gestione di un *public forum* implica l'obbligo di rispettare le garanzie di

⁷ 518 U. S. 727, 829 (1996).

⁸ *Cornelius v. NAACP Legal Defense & Ed. Fund, Inc.*, 473 U. S. 788, 802 (1985).

cui al I emendamento, da cui lo Stato non si potrebbe sottrarre nemmeno delegando le attività in concreto a un soggetto privato terzo. Il precedente a cui l'opinione di minoranza si appoggia è *West v. Atkins*⁹, a norma del quale un medico privato al quale sia stato affidato il servizio di cura dei detenuti in una prigione statale è un attore statale, in quanto la funzione pubblica che svolge porta con sé gli obblighi associati all'esercizio di attività statale e la violazione di tali doveri implica la responsabilità dello Stato che lo ha investito del detto compito. Il blocco liberal legge le circostanze del caso in questione come analoghe a quelle di *West*: si tratta di un caso ove una pubblica amministrazione ha compiuto una scelta che implica degli obblighi sotto il profilo costituzionale (là l'apertura di una prigione, qui la gestione di canali a pubblico accesso) e ne ha poi delegato la gestione in concreto a un attore privato (lì il medico, qui *MNN*): tale delega di funzioni e di conseguenti obblighi rende pertanto il soggetto privato l'equivalente di un attore statale.

La parte finale dell'opinione di minoranza approfondisce le ragioni per le quali la maggioranza avrebbe errato nel decidere la controversia nei termini di cui sopra. In primo luogo, argomenta Sotomayor, non è sufficiente fermarsi alla natura giuridica formale dei soggetti coinvolti (*Time Warner* e *MNN* sono società di diritto privato) né basta identificare a chi spetti la titolarità delle infrastrutture di riferimento, poiché l'obbligo di riservare allo Stato un canale fa inevitabilmente sorgere un diritto reale dello stesso su tale bene (per quanto intangibile).

Inoltre, l'ala liberal censura con maggior veemenza un'ulteriore fraintendimento in cui l'ala conservatrice sarebbe caduta: il riferimento al caso *Jackson*, infatti, mal si adatterebbe ai fatti di causa, poiché in quel caso si trattava di una società di proprietà privata che operava in un mercato ampiamente regolamentato dallo Stato, in questo, invece, il soggetto è una società privata che è stata costituita dallo Stato stesso con il fine specifico di gestione di un servizio che diversamente avrebbe dovuto gestire lo Stato stesso direttamente. Voler accomunare i fatti sottostanti al caso *Jackson* a quelli di cui alla controversia in oggetto, prosegue Justice Sotomayor facendo ricorso a una similitudine, sarebbe come dire che un cameriere in un ristorante è un venditore di cibo indipendente a cui capita di essere sottoposto a particolare regolamentazione da parte dei proprietari del ristorante. Il principio sancito in *Jackson*, secondo il quale un soggetto privato che autonomamente entra in un settore economico regolato o in cui opera anche la pubblica amministrazione diventa attore statale solo laddove eserciti funzioni tradizionalmente ed esclusivamente statali, non può estendersi anche a casi ulteriori, in quanto in *West* la stessa Corte ha affermato che non rileva che l'agente a cui lo Stato delega l'esercizio della funzione avrebbe potuto svolgerla anche da privato cittadino.

All'obiezione della maggioranza, secondo la quale *West* non si potrebbe applicare al caso di specie in quanto lì lo Stato era obbligato a fornire assistenza medica ai detenuti mentre nel caso in questione l'accesso ai canali via cavo non era costituzionalmente garantito, viene risposto che in entrambi i casi l'obbligo dello Stato deriverebbe da una scelta discrezionale della pubblica amministrazione: l'apertura del penitenziario in un caso e la gestione di canali TV a pubblico accesso sono libere scelte dello Stato; tuttavia, una volta prese queste scelte, ne discendono degli obblighi costituzionalmente

⁹ 487 U. S. 42 (1988).

garantiti (l'assistenza medica e il rispetto della *freedom of speech* nel *public forum* gestito). L'errore in cui incappa la maggioranza sarebbe cioè qualificare le circostanze di specie alla stregua di un caso ove si offra un servizio per propria scelta rispetto all'eventualità che sia lo Stato stesso a chiedere a un privato di gestire quella che è una responsabilità gravante su di esso in sua vece (addirittura, qui, l'ente privato è costituito per questo preciso compito).

4. La *freedom of speech* nei luoghi pubblici: la giurisprudenza sul *public forum*

La pronuncia della Corte Suprema nel caso di specie non deve stupire, in quanto si inserisce in un filone giurisprudenziale consolidato che tende a far prevalere, ove si tratti dell'identificazione della natura di un dato spazio di espressione, la titolarità formale del diritto di proprietà sullo stesso anziché privilegiare il fine (pubblico) a cui tale spazio è preordinato. Più che della contrapposizione fra maggioranza e minoranza sull'applicabilità del principio sancito nel caso *Jackson* o di quello di cui al caso *West*, relativa all'eventualità che sorga (o meno) l'obbligo di rispettare le garanzie di cui alle disposizioni del *Bill of Rights* ove si decida di intraprendere attività a rilevanza costituzionale per libera scelta dell'amministrazione pubblica, sembra più utile discutere delle implicazioni che la decisione in oggetto può avere nell'ambito della teoria del *public forum* e di quale futuro si prospetti per i canali via cavo a pubblico accesso.

Come ricordato anche in precedenza, è a partire dal caso *Gitlow v. New York* (1925) che anche gli Stati federati, e non solo il governo federale, sono vincolati alla garanzia della *freedom of speech* nell'esercizio di attività di natura pubblica. Nel periodo fra la fine della II guerra mondiale e il termine della Presidenza Warren della Corte Suprema, anche sulla scorta dell'afflato progressista sul piano sociale di cui lo stesso collegio si fece promotore¹⁰, la giurisprudenza riconobbe come fosse la funzione a cui il bene era adibito, e non la sola titolarità dello stesso, a determinare l'interesse dello Stato ad assicurare che il godimento del diritto di proprietà sul bene stesso fosse orientato a scopi pubblici¹¹.

Infatti, nel caso *Marsh v. Alabama*¹² la Corte Suprema sancì che una legge statale che punisse penalmente l'accesso non autorizzato a strade, marciapiedi o luoghi pubblici in una città aziendale¹³ finalizzato alla distribuzione di materiale di propaganda religiosa o politica era incostituzionale per violazione del I e del XIV emendamento. Infatti, che a detenere la titolarità della proprietà sulla totalità degli edifici e delle vie di comunicazione della città fosse una società privata o una municipalità, i giudici riconobbero

¹⁰ Il riferimento più scontato, fra tanti, non può che essere alla decisione sulla segregazione razziale in ambito scolastico nel caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

¹¹ L. Stein, *Can the First Amendment Protect Public Space on U.S. Media Systems? The Case of Public Access Television*, in *Communication Law and Policy*, 5(3), 2000, 376.

¹² 326 U.S. 501 (1946).

¹³ Località ove gli edifici, le attività commerciali e le vie di comunicazione sono di proprietà di un'impresa o una società, per la quale sono impiegati la maggioranza dei residenti dell'area.

che in ogni caso il pubblico ha un identico interesse nel funzionamento della comunità in una maniera tale per cui le vie di comunicazione rimangano libere. D'altronde, anche i cittadini che risiedono in città aziendali, in quanto liberi cittadini dello Stato e del Paese, sono investiti del potere di prendere decisioni che influiscono sul benessere collettivo e, a tal fine, devono essere debitamente informati, per cui non si dà ragione di censurare alcuna fonte di informazione a cui gli stessi possano attingere. Il bilanciamento dei diritti dei proprietari con quelli del popolo di godere della libertà di stampa e di religione faceva dunque emergere una preferenza nei confronti del secondo¹⁴.

Un'interpretazione tanto favorevole all'estensione della garanzia di cui al I emendamento trovò il suo culmine nella pronuncia *Food Employees v. Logan Valley Plaza*, con cui la stessa Corte Suprema ritenne che il divieto di manifestare organizzando picchetti all'interno di un centro commerciale di proprietà privata, imposto dallo stesso proprietario, violava la summenzionata disposizione del *Bill of Rights*, poiché tale centro commerciale era da considerarsi equivalente a un distretto commerciale di una qualunque località (analogamente a quanto statuito nel precedente *Marsh v. Alabama*)¹⁵. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso, le prerogative riconosciute al pubblico a norma del I emendamento dipendevano non dalla proprietà pubblica o privata dello spazio in questione, bensì dall'accertamento dell'esistenza di una pubblica funzione a cui lo stesso spazio assolvesse¹⁶.

Dopo meno di un decennio, tuttavia, il principio di *Logan Valley* fu superato con la pronuncia nel caso *Hudgens v. NLRB*¹⁷, a cui la stessa opinione di maggioranza fa riferimento nella sentenza in commento. La Corte, in quella circostanza, sottolineò come il criterio adottato in *Marsh v. Alabama* non fosse stato applicato correttamente in *Logan Valley*, poiché la prima pronuncia aveva sancito che, affinché la proprietà privata potesse essere considerata pubblica (ai fini dell'applicazione del *Bill of Rights*), essa avrebbe dovuto assumere tutti i caratteri di una città, come la presenza di edifici residenziali, strade, un sistema fognario, un impianto di trattamento di rifiuti e un distretto commerciale ove fossero localizzate attività imprenditoriali¹⁸. Sulla base di tale *dictum*, a una manifestazione di natura sindacale organizzata all'interno di un centro commerciale fu negata la tutela costituzionale di cui al I emendamento, autorizzando così la compressione della libertà di manifestazione del pensiero a opera di leggi statali tramite l'imposizione di sanzioni penali per il *trespass* della proprietà privata.

Il difetto di una tale impostazione, argomentò nella sua opinione dissenziente *Justice* Thurgood Marshall (al quale si unì *Justice* William Brennan), risiederebbe nella mancata comprensione del fatto che in tali circostanze il proprietario di un moderno centro commerciale, devolvendo la propria proprietà privata al pubblico utilizzo come distretto commerciale, in un certo senso spoglia lo Stato del controllo sui tradizionali luoghi di manifestazione pubblica del pensiero, fino addirittura in certi casi ad acquisire un virtuale monopolio dei luoghi funzionali a un'efficace comunicazione al pub-

¹⁴ *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 508-509.

¹⁵ *Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308 (1968).

¹⁶ L. Stein, *op. cit.*, 377.

¹⁷ 424 U.S. 507 (1976).

¹⁸ 424 U.S. 516, che cita a sua volta 326 U.S. 502.

blico. D'altronde, proseguiva lo stesso Marshall, le strade, i parcheggi e i marciapiedi all'interno di un moderno complesso commerciale possono essere tanto essenziali per una garanzia effettiva della libertà di manifestazione del pensiero quanto strade e marciapiedi in città di proprietà municipale o aziendale¹⁹. Infatti, l'aderenza cieca al criterio della mera titolarità del bene avrebbe la conseguenza, in un contesto ove attività e spazi una volta pubblici sono sempre maggiormente privati, che la dottrina del *public forum* risulterebbe sempre più inadeguata a proteggere la possibilità dei singoli a esprimere il proprio pensiero in tali spazi. Il criterio che Justice Marshall riteneva opportuno applicare per determinare l'esistenza o meno di un interesse pubblico nei confronti di un bene di proprietà privata data a un caso risalente a pochi anni dopo il termine della Guerra di Secessione: esso sussisterebbe allorquando la proprietà privata è utilizzata in modo da renderne le conseguenze rilevanti per il pubblico e influenti sulla comunità nella sua interezza; riservare la propria proprietà a usi con riferimento ai quali il pubblico detiene un interesse equivarrebbe dunque a conferire allo stesso un interesse giuridicamente rilevante sull'utilizzo del bene e richiederebbe di sottoporre il bene stesso al controllo del pubblico finalizzato alla pubblica utilità²⁰.

In seguito, conformemente all'indirizzo di maggioranza dell'ultima pronuncia, la giurisprudenza ha sottoposto le limitazioni governative all'accesso a luoghi pubblici o mezzi di comunicazione a uno scrutinio a norma del I emendamento basato sull'indagine riguardo l'esistenza (o meno) di un *public forum*. Richiamando un precedente risalente (*Hague v. CIO*²¹), la Corte ricorda che parchi e strade, a chiunque ne spetti la proprietà, sono da tempo immemore disponibili al pubblico e utilizzate a fini di riunione, comunicazione fra cittadini e discussione di questioni di pubblica rilevanza; da ciò discende la conclusione che tale utilizzo può sì essere regolato nell'interesse della collettività, ma non può essere del tutto compresso o negato²². Nel caso *Perry Educ. Association v. Perry Educators' Association*, i giudici si riferirono ai luoghi di cui sopra identificandoli come la 'quintessenza del *public forum*': in queste sedi una limitazione statale della manifestazione del pensiero dipendente dal contenuto dello stesso deve essere in grado di superare uno *strict scrutiny* articolato sull'indagine riguardo all'esistenza di un *compelling state interest* e del fatto che la misura sia *narrowly tailored* per quel dato fine perseguito²³. La Corte illustrò poi l'esistenza di una seconda categoria di *public forum*: si tratta di luoghi di proprietà pubblica che uno Stato rende disponibili al pubblico utilizzo adibendoli allo svolgimento di attività di manifestazione del pensiero di varia natura (cd. '*designated public forum*'): l'inesistenza di un obbligo costituzionale di istituzione dei luoghi di cui sopra non esonera lo Stato dalla necessità di astenersi dall'imposizione di limitazioni alla prerogativa in oggetto, fintanto che tale spazio sia concesso in uso alla collettività. Anche in questa circostanza il sindacato giurisdizionale deve essere di na-

¹⁹ *Hudgens v. NLRB (Diss. Op. Justice Marshall)*, 424 U.S. 539.

²⁰ *Ibid.*, ove Justice Marshall cita *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113, 126 (1876).

²¹ 307 U.S. 496 (1939).

²² 307 U.S. 515.

²³ 460 U.S. 37, 45 (1983). La Corte ricostruì lo standard di giudizio richiamando i *dicta* di due pronunce di poco precedenti, v. *Carey v. Brown*, 447 U.S. 461 (1980) e *United States Postal Service v. Council of Greenburgh Civic Assns.*, 453 U.S. 132 (1981).

tura intrusiva, analogo allo *strict scrutiny* che si applica ai *public forum* tradizionali. Tutti gli spazi che non rientrano nelle due categorie sopra delineate, argomentò la Corte, sarebbero invece luoghi di pubblica proprietà che, tuttavia, non devono dallo Stato necessariamente essere resi disponibili a fini comunicativi al pubblico nella sua generalità, ben potendo l'amministrazione pubblica riservarne l'utilizzo per scopi da essa stessa determinati, siano essi comunicativi o meno, a patto che le limitazioni sulla manifestazione del pensiero siano ragionevoli e non uno sforzo dipendente solo dall'avversione dei governanti all'opinione espressa da un soggetto²⁴. La Corte Suprema ribadì la legittimità di limitazioni all'utilizzo di spazi che non siano *public forum* solo due anni dopo, avendo cura di precisare come tali compressioni debbano però essere *vienpoint neutral*²⁵.

5. I canali a pubblico accesso come *designated public forum*: una prospettiva irrealistica?

Quanto premesso consente di mettere a fuoco lo sfondo sul quale il contenzioso riguardante la libera manifestazione del pensiero su canali TV via cavo a pubblico accesso si svolge. La riflessione che si è sviluppata sul tema a seguito dell'approvazione del *Cable Communications Policy Act* (1984)²⁶ ha offerto, anche prima che la Corte si occupasse in concreto di controversie riguardanti i canali a pubblico accesso, interessanti spunti sulle ragioni che potrebbero giustificare l'applicabilità delle garanzie di cui al I emendamento anche ai canali in questione, di cui si ritiene opportuno dar conto²⁷. Se si accetta la premessa per cui tali vettori comunicativi non condividono le caratteristiche proprie degli spazi tradizionalmente associati alla libera manifestazione del pensiero da parte dei privati (strade, marciapiedi e parchi sono tendenzialmente presenti in ogni città, mentre canali a pubblico accesso non sono necessariamente obbligatori su un sistema di TV via cavo; l'utilizzo dei canali richiede il ricorso a un certo tipo di strumentazione tecnica, che non è ovviamente necessaria per utilizzare strade, marciapiedi e parchi; la comunicazione negli spazi tradizionalmente volti alla libera manifestazione del pensiero è immediata, mentre sui canali è differita al momento in cui viene trasmesso quanto registrato; la fruizione dei primi è di gran lunga più diffusa di quella dei secondi fra i cittadini; i canali sono una creazione del legislatore, mentre l'ac-

²⁴ È d'altronde d'uopo segnalare come questa tripartizione del *public forum* e la ricostruzione delle origini dello stesso nei termini di cui sopra non sia del tutto pacifica, v. R.C. Post, *Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum*, in *UCLA Law Review*, 34, 1987, 1713-1835, ove l'autore contesta l'adeguatezza di tale ricostruzione, proponendo invece una teoria del *public forum* che distingua le circostanze ove la pubblica amministrazione regoli la manifestazione del pensiero del pubblico in generale da quelle in cui essa eserciti invece autorità gestoria volta al perseguimento di propri fini istituzionali.

²⁵ *Cornelius v. NAACP Leg. Def. Fund*, 473 U.S. 806 (1985)

²⁶ Pub. L. 98-549, 98 Stat. 2779. In particolare, il testo prevedeva che le autorità competenti a concedere licenze per le emissioni televisive agli operatori potessero prescrivere di riservare una porzione delle frequenze per fini pubblici, di istruzione o di interesse governativo, cfr. §611.

²⁷ In particolare v. W. Mueller, *Controversial Programming on Cable Television's Public Access Channels: The Limits of Governmental Response*, in *DePaul Law Review*, 38, 1989, 1099 ss.

cesso e l'utilizzo degli altri spazi non può essere legittimamente limitato senza violare la Costituzione), bisogna allora rivolgere lo sguardo ai criteri adottati per identificare se un dato spazio si qualifichi come *designated public forum*.

In particolare, la giurisprudenza della Corte Suprema ha ritenuto decisivo per identificare questa categoria rintracciare l'intenzione dell'amministrazione pubblica coinvolta: la designazione di uno spazio non tradizionalmente disponibile per riunioni e dibattiti come *public forum* è stata verificata indagando la linea politica e la condotta in concreto dell'ente governativo oltre alla natura della proprietà e alla sua compatibilità con un'attività di natura espressiva²⁸. L'adozione di un criterio cronologico per determinare la precedenza nella fruizione del servizio, il divieto di esercitare un controllo di natura editoriale, la disponibilità del mezzo di comunicazione a un uso indiscriminato da parte del pubblico e la mera limitazione di natura territoriale (il programma deve essere un prodotto di un cittadino della comunità di riferimento) sono tutti elementi che integrano i requisiti di cui sopra.

Se quanto esposto sarebbe sufficiente a qualificare i canali a pubblico accesso come (*designated*) *public forum*, rimane comunque da affrontare il tema della *state action*: mentre l'operatore di TV via cavo e l'amministrazione statale non possono certamente esercitare alcuna forma di controllo editoriale, la questione diviene più complessa ove il controllo dell'accesso al mezzo di comunicazione sia gestito da una società specificamente adibita a tale compito. Vi è una limitata giurisprudenza che ha ricostruito un metodo bifasico volto a una corretta attribuzione della condotta allo Stato o a un ente governativo²⁹. La prima consiste nel verificare se la limitazione del diritto derivi dall'esercizio di una prerogativa concessa dallo Stato stesso o da una regola di condotta imposta dallo Stato. Sotto questo profilo, poiché la società è creata con il solo scopo di supervisionare l'accesso e il funzionamento dei canali, qualsiasi forma di regolazione a riguardo non potrebbe non dipendere da norme emanate dall'autorità che ha concesso la licenza alla trasmissione dei canali. Inoltre, gli organi direttivi di tali società sono nominati dalle amministrazioni pubbliche, alle quali pertanto vanno imputate le scelte di controllo editoriale. Per ciò che riguarda la seconda fase, concernente la natura del presunto attore statale, l'attività di società che gestiscono l'accesso a tali canali sarebbe attribuibile allo Stato poiché le stesse svolgono una funzione tradizionalmente pubblica (criterio *Jackson*), in forza dell'identificazione degli spazi come *designated public forum* di cui sopra, sono finanziate in larga parte da enti governativi e il controllo editoriale esercitato non è funzione essenzialmente privata (vale a dire, non esiste nella sfera privata in quanto deriva dalla creazione dei canali a pubblico accesso per scelta del legislatore).

La giurisprudenza che è seguita, tuttavia, non ha accolto questo orientamento dottrinale, adottando un'interpretazione più timida e tradizionale sul tema. Nel principale caso in cui la Corte si era pronunciata prima della sentenza in commento, solo una minoranza sparuta dei *Justices* aveva affrontato la questione apertamente, giungendo alla conclusione per cui tali canali erano effettivamente *public forum*. In particolare,

²⁸ *Cornelius v. NAACP*, 473 U. S. 802.

²⁹ V. ancora *W. Mueller*, *op. cit.*, 1105-1111, ove si richiama *Lugar v. Edmondson Oil Co.*, 457 U. S. 937 (1982).

Justice Kennedy (con cui aveva concordato *Justice Ginsburg*), aveva ritenuto che tali canali, pur essendo di proprietà dell'operatore via cavo, in quanto volti a ospitare la manifestazione del pensiero di soggetti privati terzi o della pubblica amministrazione divengono automaticamente *designated public forum*, sottoponendo dunque qualsiasi limitazione da parte dei gestori degli stessi a uno *strict scrutiny*³⁰.

Una tale impostazione riecheggia nell'opinione di minoranza, ove *Justice Sotomayor* argomenta convintamente che, poiché la gestione dei canali in questione era senz'altro funzione di spettanza della città e l'amministrazione cittadina ha costituito una società *ad hoc* affinché svolgesse la suddetta attività, le circostanze sono quelle di un *designated public forum*. Infatti, non vi è alcun obbligo costituzionale di imporre agli operatori di TV via cavo di rendere disponibile al pubblico utilizzo alcun canale; tuttavia, una volta che sia in vigore una legge in tal senso, essi si qualificano irrimediabilmente come *public forum*, l'accesso ai quali può essere limitato solo nei casi summenzionati. È proprio la scelta discrezionale della amministrazione pubblica (nel caso di specie del legislatore statale) a consentire l'analogia con il caso *West*: se anche l'obbligo di assicurare le garanzie costituzionali non sussiste in origine, la libera decisione del potere pubblico lo fa sorgere e non permette di liberarsene delegando a un soggetto formalmente privato il concreto esercizio dell'attività in questione.

Il ragionamento giudiziale della maggioranza appare invece più formalistico e legato al dato testuale: l'attività svolta da *MNN* viene ricostruita semplicemente come la gestione dei canali TV via cavo a pubblico accesso, respingendo lo sforzo di astrazione della minoranza e negando che si tratti di gestione di *public forum*. Tuttavia, questa affermazione trascura di considerare che i canali gestiti da *MNN* sono riservati alla stessa dal licenziatario delle trasmissioni via cavo proprio a fini pubblici, di istruzione o governativi: sostenere che “*a private entity who provides a forum for speech is not transformed by that fact alone into a state actor*”, come fa l'opinione di maggioranza, significa quindi non considerare la specialità di questo particolare soggetto privato. *Justice Kavanaugh*, invece, si limita a far leva sulla natura meramente privatistica della società, senza considerarne le modalità di investitura di tale ruolo di gestione e le finalità a cui tale funzione è predisposta. Pertanto, in virtù della ben consolidata dottrina della *state action*, egli rende ben più arduo il riconoscimento di un divieto di esercitare un controllo editoriale da parte di *MNN*, in quanto richiede la dimostrazione della sussistenza del requisito dello svolgimento di una funzione tradizionalmente esclusivamente statale da parte della società stessa (che ritiene non integrato). L'applicazione del principio di cui al caso *Jackson* rimane tuttavia non del tutto convincente, essendo i fatti sottostanti la controversia ben più simili a quelli del caso *West*.

Peraltro, una pronuncia della Corte in questa direzione è un primo segno che la giurisprudenza della Corte Suprema sul tema della libertà di manifestazione del pensiero nell'ambito delle telecomunicazioni risente (e, probabilmente, risentirà) del più recente avvicendamento in seno al collegio stesso. Infatti, l'ultimo *Justice* a lasciare il seggio è stato Anthony Kennedy, il cui record giudiziale è stato generalmente considerato come molto favorevole all'estensione della libertà di espressione (basti pensare alla

³⁰ *Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC (Diss. Op. Justice Kennedy)*, 518 U.S. 783 (1996).

decisione sul finanziamento privato alle campagne elettorali³¹ e a quella che ha sancito l'incostituzionalità di una legge statale che vietasse a chi avesse scontato condanne per reati sessuali di iscriversi su piattaforme di social networking a cui avessero accesso anche minori³²); tuttavia, è stato autorevolmente precisato che un'enfasi su tale attitudine di Kennedy dia conto di un solo lato della medaglia: egli infatti ha votato in più occasioni a favore di restrizioni della libertà di manifestazione del pensiero laddove interessi di natura istituzionale dell'amministrazione pubblica fossero in gioco³³. Limitandosi al campo delle telecomunicazioni, questa tendenza si è concretizzata nella già menzionata qualificazione dei canali in questione come *public forum*³⁴, ma altresì nel rifiuto di dichiarare lesive della prerogativa di cui al I emendamento le *must-carry rules* imposte dal *Cable Television Consumer Protection and Competition Act* (1992)³⁵ ai gestori di sistemi di TV via cavo³⁶.

Il suo sostituto alla Corte Suprema, Brett Kavanaugh è alla Corte soltanto da poco più di un anno, pertanto qualsiasi conclusione rischia di essere prematura. Tuttavia, una valutazione preliminare della sensibilità dello stesso si può avanzare basandosi, oltre che sulla pronuncia in commento (della quale, elemento non secondario, è l'estensore), dal suo *record* giudiziale formatosi nella lunga permanenza alla Corte d'appello federale per il *DC Circuit*. In particolare, egli si è distinto per aver sottolineato, in più occasioni, come le regole imposte a tutela della concorrenza dallo *statute* del 1992 non superino più lo scrutinio sul rispetto del I emendamento, essendosi esaurito quel rilevante interesse governativo a fronte della scomparsa di quella situazione ove gli operatori via cavo detenevano un potere di monopolio "a collo di bottiglia" suscettibile di ledere il libero gioco della concorrenza nel settore³⁷; lo stesso principio ha condotto Kavanaugh a dissentire, poco più di un anno prima della sua nomina alla Corte Suprema, dalla maggioranza nel caso relativo alla legittimità della regola sulla *net neutrality* degli *Internet Service Providers* elaborata dalla *Federal Communications Commission*³⁸.

Proprio quest'ultima opinione di Kavanaugh sembra un manifesto della sua interpretazione del I emendamento: la decisione discrezionale su quale manifestazione del pensiero ospitare non dipende dalle dimensioni della piattaforma, perciò vale anche per i fornitori di servizi Internet, i quali possono in ipotesi offrire contenuti senza limiti, ma non sono vincolati a farlo. È necessaria la sussistenza di un interesse di na-

³¹ *Citizen United v. Federal Electoral Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

³² *Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. 1730 (2017).

³³ E. Chemerinsky, *Anthony Kennedy and free speech*, in *SCOTUSblog* (Jul. 2, 2018, 2:38 PM) (ultimo accesso: 18 gennaio 2020).

³⁴ *Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC (Diss. Op. Justice Kennedy)*, 518 U.S. 783 (1996).

³⁵ Pub. L. 102-385, 106 Stat. 1460. Si tratta delle disposizioni che obbligano tali operatori a riservare una porzione dei canali disponibili alla trasmissione di stazioni televisive locali (§§ 4-5).

³⁶ *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994); *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 520 U.S. 180 (1997). Kennedy fu l'autore dell'opinione di maggioranza (dalla composizione ideologicamente eterogenea) in entrambi i casi.

³⁷ *Cablevision Systems Corp. v. FCC*, 597 F.3d 1306 (2010); *Comcast Cable Communications, LLC v. FCC*, 717 F.3d 982 (2013).

³⁸ *US Telecom Association v. FCC*, 855 F.3d 381 (2017)

tura governativa per poter derogare a tale principio (peraltro Kavanaugh sembra quasi augurarsi che la giurisprudenza sul caso *Turner Broadcasting* possa essere rivista, quando scrive a proposito “[p]erhaps the Supreme Court will someday overrule or narrow those cases”). In ogni caso, è solo in rare circostanze che è permesso all’amministrazione pubblica di regolare le scelte editoriali di operatori privati per garantire la diffusione di alcune voci, così alterando i contenuti disponibili alla cittadinanza. Ciò perché il I emendamento è un limite all’attività governativa e protegge gli operatori privati e chi manifesta il proprio pensiero avverso la regolamentazione pubblica.

Se si mettono in fila questi precedenti con la pronuncia in commento, sembra ragionevole prevedere uno spostamento della giurisprudenza della Corte Suprema verso una concezione ancora più larga delle prerogative individuali tutelate dal I emendamento in tema di libertà di manifestazione del pensiero nel passaggio da *Justice* Kennedy a *Justice* Kavanaugh. D’altronde, anche il primo dei due *Justices* nominati da Trump, Neil Gorsuch, sembra potersi ascrivere a posizioni analoghe a quelle di Kavanaugh sul tema della libertà di manifestazione del pensiero nell’ambito delle telecomunicazioni (in ciò distinguendosi dal profilo del suo predecessore Scalia³⁹). Non solo, infatti, egli ha condiviso l’opinione di maggioranza nel caso in commento, ma egli si era anche espresso a favore della concessione del *writ of certiorari* con riferimento al caso relativo alla *net neutrality* su cui lo stesso Kavanaugh aveva giudicato in veste di giudice d’appello del *DC Circuit* (il voto ha tuttavia visto soccombere Gorsuch, al quale si sono uniti solo Alito e Thomas, mentre Kavanaugh e Roberts si sono astenuti)⁴⁰.

Alla luce di quanto premesso, si può dunque sostenere che non ci sia carenza di sostenitori della *freedom of speech* di cui al I emendamento in seno alla Corte Suprema: anzi, la tendenza apparente potrebbe essere quella di una tutela sempre più estesa di tale prerogativa, che rischia tuttavia di trascurare come l’amministrazione pubblica non sia solo un attore che ha il potere di restringere tale libertà individuale (peraltro oggi non più il solo), bensì anche l’istituzione in grado di valutare ove tali limitazioni siano necessarie per la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti.

³⁹ M. Grabowski, *Give Gorsuch a 21st Century Litmus Test*, in 35 *Yale Journal of Regulation Bulletin*, 2017-2018, 1 ss.

⁴⁰ A. Howe, *Divided court denies review in “net neutrality” cases*, in *SCOTUSblog* (Nov. 5, 2018, 11:06 AM) (ultimo accesso: 18 gennaio 2020).