

# Soluzioni tradizionali per piattaforme moderne: la *state action* (non) mostra i segni del tempo

Davide Zecca

Corte d'appello federale degli Stati Uniti d'America per il Nono circuito, 26 febbraio 2020, *Prager University, v. Google and YouTube*, No. 18-15712, D.C. No. 5:17-cv-06064-LHK

Non integra uno *state actor* una piattaforma di *social networking* in rete, poiché di proprietà privata e non esercitante una funzione tradizionalmente ed esclusivamente statale, essendo pertanto esclusa dall'obbligo di assicurare agli utenti le garanzie di libertà di manifestazione del pensiero di cui al Primo emendamento alla Costituzione.

## Sommario

1. *Prager University* e la policy di moderazione dei contenuti di YouTube. – 2. Quale *freedom of speech* senza *state action*? – 3. Le piattaforme di *Internet hosting* fra *public forum* e *Drittwirkung*.

## Keywords

*hosting provider - state action doctrine - public forum - collateral censorship - Drittwirkung*

---

## 1. *Prager University* e la policy di moderazione dei contenuti di YouTube

La controversia in commento origina dall'azione intrapresa dalla Prager University (d'ora innanzi, "PragerU") presso la Corte federale distrettuale per il Distretto della California settentrionale avverso YouTube e la sua società controllante, Google. L'attore aveva chiesto al giudice adito la concessione della misura cautelare della esclusione dei video caricati dal proprio account di riferimento dalla categoria di quelli ad accesso riservato. Al diniego di concessione delle dette misure e all'invito a riformulare l'oggetto della domanda rivolta al giudice, PragerU ha impugnato la pronuncia di prime cure sull'istanza cautelare presso la Corte d'appello federale per il Nono circuito, che nel febbraio scorso si è pronunciata confermando la sentenza del giudice distrettuale. PragerU, a dispetto del nome, non è un'autentica istituzione accademica, bensì un'organizzazione senza scopo di lucro a fini di istruzione, che si prefigge lo scopo di "fornire punti di vista e prospettive conservatrici riguardo a questioni pubbliche che essa ritiene sovente trascurate". La sua attività principale consiste nella realizzazione di contenuti

multimediali, per lo più audiovisivi, che sono resi disponibili sul proprio sito Internet e caricati altresì su YouTube, la nota piattaforma di *video hosting* di proprietà della multinazionale Google.

Gli utenti che aprano un account Google o YouTube allo scopo di caricare contenuti sulla piattaforma devono fornire il proprio consenso ai termini di servizio e rispettare le linee guida della comunità, i quali prevedono che i gestori della piattaforma possano rimuovere un contenuto o circoscrivere l'accesso a esso. Questo può avvenire laddove si verificano violazioni degli stessi termini di servizio o quando i contenuti siano ritenuti non adatti ai minori di età. Il caso di specie ricade in questa seconda fattispecie, poiché concerne l'inclusione di alcuni dei video caricati da PragerU nella categoria di quelli che non siano mostrati fra i risultati di ricerca all'utente o non siano accessibili allo stesso allorquando sia attivata la c.d. "Modalità con restrizioni". Le linee guida della piattaforma relative a questo filtro specificano che i contenuti ritenuti idonei a un pubblico adulto, vale a dire quelli contenenti immagini o riferimenti ad alcool, sostanze stupefacenti, scene a carattere sessuale e violenza (ivi compresa quella scatenata da agenti della natura), ma anche quelli che forniscano dettagli specifici su vicende di terrorismo, guerra, crimine e controversie di natura politica, potrebbero non essere accessibili una volta attivata la "Modalità con restrizioni". L'inclusione di un video in questa categoria avviene a opera di un algoritmo automatico programmato per analizzare metadati, titolo e linguaggio utilizzato nel video oppure personalmente dall'utente. Tale qualificazione del contenuto a opera dell'algoritmo viene notificata a chi lo abbia caricato, il quale può richiedere che la decisione sia esaminata nuovamente da un gruppo di moderatori in carne e ossa.

Le doglianze di PragerU nascono dall'inclusione di diverse decine di video caricati dall'account della stessa sulla piattaforma nel novero di quelli esclusi dalla visualizzazione in "Modalità con restrizioni" e dalla decisione di YouTube stessa di impedire a terzi di pubblicizzare i propri prodotti con brevi clip video prima o durante i video di PragerU (c.d. demonetizzazione), che ha come effetto la perdita di una possibile fonte di approvvigionamento di risorse finanziarie per l'organizzazione stessa. Nonostante la qualificazione dei video in tale categoria sia stata impugnata come previsto dalle regole della piattaforma, l'accesso ad alcuni video è ancora possibile soltanto disattivando il filtro di ricerca e a essi non è ancora possibile associare alcuna promozione pubblicitaria.

PragerU ha dunque citato in giudizio YouTube e la sua società controllante Google per non aver garantito all'organizzazione stessa la libertà di manifestazione del pensiero di cui essa gode a norma del I emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d'America e per la violazione delle disposizioni sulla pubblicità ingannevole di cui al Lanham Act<sup>1</sup>, a causa dello slogan di YouTube che afferma come la piattaforma sia "impegnata a coltivare una comunità ove ciascuna voce possa essere sentita".

---

<sup>1</sup> 15 U.S.C. § 1125(a)(1)(B).

## 2. Quale *freedom of speech* senza *state action*?

Seattle e la tendenzialmente progressiva Corte d'appello federale per il Nono circuito non sono Washington e la Corte Suprema, così come la redattrice della sentenza (Margaret McKeown, che scrive anche per i colleghi Jay Bybee e Fernando Gaitan Jr.) non è Justice Kavanaugh. Ciononostante, l'esito della pronuncia in questo febbraio 2020 è il medesimo di quella del giugno 2019 dinanzi alla più alta Corte federale: infatti, l'inevitabile e costante riferimento della Corte d'appello nell'ambito della pronuncia in commento è il caso *Manhattan v. Halleck*, deciso di misura (5-4) dalla Corte Suprema giusto otto mesi prima<sup>2</sup>.

La decisione comincia prendendo il toro per le corna, con l'argomentazione che la doglianza relativa all'illegittima censura della libera manifestazione del pensiero dell'organizzazione da parte della piattaforma di *video hosting* incontra un ostacolo apparentemente insormontabile, vale a dire la natura privatistica del gestore dello spazio in questione, che, peraltro, nemmeno l'appellante contesta. La clausola relativa alla libertà di manifestazione del pensiero di cui al I emendamento, ricorda la Corte d'appello citando anche il caso *Hudgens v. NLRB*<sup>3</sup>, proibisce soltanto l'interferenza con il godimento di tale prerogativa a opera di una pubblica autorità, sia essa federale o di uno Stato federato. Né si può ritenere che l'avvento dell'era digitale abbia scardinato, a parere della Corte d'appello, tale principio: prova ne è l'applicazione che ne ha fatto la Corte Suprema nel *term* precedente con riferimento ai canali televisivi via cavo a pubblico accesso, la cui gestione a opera di una società privata creata *ad hoc* dall'amministrazione cittadina di New York non è stata ritenuta sufficiente a qualificare l'attività della stessa come *state action*. D'altronde, ricorda la sentenza citando la recente pronuncia della Corte Suprema, la condotta consistente nel mero offrire una piattaforma per la manifestazione del pensiero ai terzi non è funzione tradizionalmente ed esclusivamente pubblica e un'entità privata non si trasforma per ciò stesso soltanto in un'istituzione pubblica, che, come tale, è vincolata ad assicurare le garanzie di cui al I emendamento. Il riferimento della argomentazione non è però la sola recente sentenza della Corte Suprema, poiché la stessa Corte d'appello per il Nono circuito si era già espressa venti anni or sono conformemente con riferimento a piattaforme Internet<sup>4</sup> e più di recente altre corti distrettuali a livello federale hanno statuito nella medesima direzione con riferimento alle piattaforme di *social networking* emerse nell'ultimo decennio<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 139 S. Ct. 1921. A proposito, sia consentito rinviare a D. Zecca, *I canali a pubblico accesso non sono un public forum: i perché di un'occasione persa*, nota a Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 17 giugno 2019, *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, No. 17-1702, in *questa Rivista*, 1, 2020, 270 ss.

<sup>3</sup> 424 U.S. 507 (1976).

<sup>4</sup> *Howard v. Am. Online Inc.*, 208 F.3d 741, 29 marzo 2000.

<sup>5</sup> La stessa pronuncia cita *Freedom Watch v. Google*, 368 F. Supp. 3d 30, 40, 14 marzo 2019 (Corte distrettuale per il District of Columbia); *Green v. YouTube*, 2019 WL 1428890, 13 marzo 2019 (Corte distrettuale per il New Hampshire); *Nyabwa v. Facebook*, 2018 WL 585467, 26 gennaio 2018 (Corte distrettuale per il distretto meridionale del Texas); *Shulman v. Facebook.com*, 2017 WL 5129885, 6 Novembre 2017 (Corte distrettuale per il New Jersey); *Forbes v. Facebook*, 2016 WL 676396, 18 febbraio 2016 (Corte distrettuale per il distretto orientale di New York); *Doe v. Cuomo*, 2013 WL 1213174, 25 febbraio 2013 (Corte distrettuale per il distretto settentrionale di New York).

L'allegazione di PragerU, secondo la quale YouTube diviene entità pubblica ai fini dell'opponibilità delle prerogative contenute nel *Bill of rights* federale in ragione della funzione pubblica svolta (la messa a disposizione di uno spazio privato per la discussione e la manifestazione del pensiero di terzi) non trova terreno fertile dinanzi al giudice d'appello, che ricorda come sia la stessa giurisprudenza del Nono circuito a richiedere che tale funzione sia tradizionalmente ed esclusivamente appannaggio delle pubbliche autorità<sup>6</sup>. Peraltro, si tratta della medesima argomentazione a cui è ricorso meno di un anno fa la stessa Corte Suprema in *Manhattan v. Halleck*, come dimostrato anche dall'abbondanza di richiami a precedenti decisioni conformi dello stesso vertice del giudiziario federale.

Nemmeno il riferimento al riconoscimento dell'obbligo di garanzia delle prerogative costituzionali individuali degli utenti che i proprietari privati sono tenuti ad assicurare laddove mettano determinati beni privati a disposizione del pubblico come delineato in *Marsh v. Alabama*<sup>7</sup> convince il collegio, che ricorda come la Corte Suprema abbia precedentemente interpretato tale principio restrittivamente, da applicarsi soltanto in quelle poco frequenti circostanze ove un soggetto privato svolga tutte le funzioni di un'autorità municipale<sup>8</sup>. In tutta evidenza, afferma la Corte d'appello, non è questo il caso di YouTube.

Nemmeno si può concludere, prosegue la sentenza, che la piattaforma svolga una funzione pubblica per antonomasia mediante la regolazione della manifestazione del pensiero in uno spazio pubblico (*public forum*). Non persuade la Corte neanche l'allegazione di PragerU secondo la quale un soggetto privato diverrebbe un *public forum* laddove adibisse uno spazio di sua proprietà privata a luogo di pubblica discussione: si tratta di uno spunto tratto dalla teoria del *designated public forum*, la quale tuttavia richiede che sia una pubblica autorità a designare con un esplicito atto di disposizione un dato spazio (non rientrante nella definizione di *traditional public forum*<sup>9</sup>) come aperto al pubblico dibattito<sup>10</sup>. YouTube non rientra nemmeno in tale categoria, non essendo né di proprietà, né in uso né controllata da alcuna pubblica autorità, così frustrando ogni possibile appello alla dottrina di cui sopra.

Nemmeno soccorre il disperato tentativo di PragerU di qualificare la piattaforma come *public forum* argomentando a partire dalla dichiarazione di YouTube stessa in questo senso. La formulazione di generici impegni a favorire la libera manifestazione del pensiero o anche un'isolata affermazione pronunciata dall'amministratore delegato della stessa dinanzi a una commissione congressuale di considerare la piattaforma uno spazio pubblico di discussione neutrale non sono sufficienti a trasformare un bene di titolarità privata in *public forum*. Tale natura di un dato spazio non è infatti una libera scelta disponibile a ciascun soggetto privato, conclude la Corte d'appello, rifiutando di conferire alcuna patente di legittimità a una supposta *opt-in theory* del I emendamento. Per quanto concerne la doglianza relativa alla violazione delle disposizioni in tema di

<sup>6</sup> *Lee v. Katz*, 276 F.3d 550, 10 gennaio 2002.

<sup>7</sup> 326 U.S. 501 (1946).

<sup>8</sup> *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972).

<sup>9</sup> Per la quale si veda *Hague v. CIO*, 307 U.S. 496 (1939).

<sup>10</sup> *Cornelius v. NAACP Legal Def. & Educ. Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985).

pubblicità ingannevole, la Corte d'appello ricorda come essa abbia precedentemente interpretato lo *statute* di riferimento come richiedente l'allegazione (e prova) in giudizio che il convenuto abbia posto in essere una rappresentazione falsa o fuorviante di un fatto nell'ambito di attività commerciale o promozionale che abbia descritto in modo errato la natura, le caratteristiche, le qualità o l'origine geografica di merci, servizi o attività commerciali proprie o altrui<sup>11</sup>. Poiché le affermazioni di YouTube relative alla propria *policy* di moderazione dei contenuti non rientrano nella categoria delle attività di pubblicità commerciale o promozionali, bensì sono formulate al mero scopo di illustrare una funzione della piattaforma a disposizione degli utenti, il giudice respinge l'argomentazione dell'appellante. Né, prosegue il collegio, sussiste alcun elemento ingannevole o fuorviante nell'indicazione di un video come non accessibile in "Modalità con restrizioni". D'altronde, le vanterie di YouTube relative al proprio impegno per la libera manifestazione del pensiero altro non sono che affermazioni pubblicitarie condite da una vena di esagerazione e, in quanto tali, non azionabili in giudizio.

### **3. Le piattaforme di *Internet hosting* fra *public forum* e *Drittwirkung***

Se nulla di innovativo pare potersi trarre dalla pronuncia della Corte d'appello federale per il Nono circuito rispetto all'orientamento tradizionale della giurisprudenza federale in ordine all'opponibilità delle garanzie di cui al *Bill of rights* ai soggetti privati, nel solco della recente (seppur contrastata) pronuncia della Corte Suprema in *Manhattan v. Halleck*, giova svolgere alcune brevi riflessioni sull'attualità della dottrina della *state action* con specifico riferimento alla *Free Speech clause*, mettendo in luce alcuni profili che rendono il caso di YouTube non del tutto sovrapponibile a quello della *Manhattan Neighborhood Network*.

Come sopra ricordato e noto, la giurisprudenza federale americana ha costantemente e convintamente ritenuto le disposizioni del *Bill of rights* federale come unicamente pertinenti i rapporti sul piano verticale tra autorità federali (e, a partire dal momento in cui si è avviata la c.d. *selective incorporation*, anche statali<sup>12</sup>) e cittadini<sup>13</sup>, in una logica che vedeva il testo originario della Costituzione definire i principi della forma di governo e il catalogo dei diritti delineare quelli della forma di Stato. Confinare l'efficacia delle disposizioni dei primi dieci emendamenti al rapporto fra autorità e cittadini ha dunque significato che negli Stati Uniti d'America non ha attecchito la dottrina c.d. della *Drittwirkung*, vale a dire dell'efficacia orizzontale dei diritti sanciti in Costituzione: pur con qualche (rilevante) eccezione, infatti, essi non fondano pretese nei rapporti fra i privati<sup>14</sup>; d'altronde, la cultura giuridica americana sembra appunto circoscrivere l'applicabilità delle disposizioni del *Bill of rights* al rapporto fra governo e cittadinanza,

<sup>11</sup> *Southland Sod Farms v. Stover Seed Co.*, 108 F.3d 1134, 11 marzo 1997.

<sup>12</sup> *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

<sup>13</sup> La nascita della *state action doctrine* si fa risalire a *The Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).

<sup>14</sup> G. Romeo, *Building Integration through the Bill of Rights: The European Union at the Mirror*, in *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 47, 2018, 40-42.

lasciando che la sfera dei rapporti privatistici sia regolata dal secolare patrimonio giuridico di *common law*.

Invero, tale perentoria affermazione è stata mossa in dubbio, sottolineando come, se è vero che non esiste un effetto orizzontale diretto delle disposizioni costituzionali concernenti i diritti individuali dei cittadini (salvo il caso straordinario dell'abolizione della schiavitù a opera del XIII emendamento), il caso degli Stati Uniti d'America sarebbe piuttosto ascrivibile alla categoria degli ordinamenti giuridici caratterizzati da un'efficacia orizzontale indiretta (forte); ciò si concretizzerebbe tramite la subordinazione delle norme che regolano i rapporti privatistici alle disposizioni costituzionali sui diritti, così che l'efficacia della Costituzione nei rapporti fra privati non si concretizzerebbe in una mera influenza dei principi in essa sancita sulla legislazione, bensì in un vero e proprio vincolo di validità della disciplina di diritto privato<sup>15</sup>. Non potendo discutere con l'opportuno grado di dettaglio in questa sede la questione, si consenta di precisare, con brutale sintesi che giustizia non fa alla complessità della questione, come la ragione addotta per giustificare una ricostruzione dell'effetto orizzontale indiretto nel sistema americano appaia piuttosto una conseguenza diretta del principio di supremazia gerarchica della Costituzione rispetto alle fonti del diritto di rango inferiore (che, peraltro, viene invocato alla luce della c.d. *Supremacy Clause*) che non una spia dell'applicabilità verso terzi dei diritti sanciti dalla *supreme law of the Land*.

Questa ricostruzione ha fondato una recente proposta di lettura del I emendamento non più secondo la tradizionale logica bipolare, che si muove sull'asse Stato-soggetto privato e sacrifica pertanto i diritti dei cittadini laddove si faccia altresì questione della libertà di manifestare il pensiero di piattaforme private, bensì suggerendo un approccio pluralista che ponga sul piatto della bilancia, da un lato, il diritto degli intermediari a non vedere compressa la propria libertà di espressione, dall'altro, il diritto dei cittadini a esprimere liberamente il proprio pensiero in tali spazi digitali<sup>16</sup>; una tale prospettazione della questione, che non si limita a confrontare interessi perseguiti da un'amministrazione pubblica e diritti di un intermediario privato, come evidente, è suscettibile di condurre il giudizio di bilanciamento a un esito differente.

La suddetta sembra, tuttavia, una strada impervia da percorrere; d'altronde, non pare facile nemmeno l'alternativa, vale a dire dimostrare la possibilità di sussumere l'attività svolta dalle piattaforme di *hosting* sotto la fattispecie di quelle tradizionalmente ed esclusivamente pubbliche, alle quali la giurisprudenza federale ha riconosciuto la natura di *state action* anche quando poste in essere da soggetti formalmente privati<sup>17</sup>.

Nemmeno sembra plausibile la qualificazione degli intermediari Internet alla stregua dei c.d. *traditional public forum*: per quanto l'ampiezza dell'*audience* e l'accessibilità siano paragonabili, se non superiori, a quelli di molti altri luoghi fisici appartenenti a tale categoria, la giurisprudenza sul tema è piuttosto conservatrice e pare avere cristallizzato un *numerus clausus* di luoghi pubblici non estendibile per via analogica. Non che la sug-

---

<sup>15</sup> S. Gardbaum, *The Horizontal Effect of Constitutional Rights*, in *Mich. L. Rev.*, 102, 2003, 387 ss., spec. 414-422.

<sup>16</sup> M. Yemini, *Missing in State Action: Toward a Pluralist Conception of the First Amendment*, in *Lewis & Clark L. Rev.*, 23, 2020, 1201 ss.

<sup>17</sup> *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U. S. 345, 352 (1974).



gestione di paragonare gli stessi a pubbliche piazze sia stata del tutto ignorata, come dimostrano i *dicta* dell'opinione dell'ormai ritirato Justice Kennedy in *North Carolina v. Packingham*<sup>18</sup>; in ogni caso, la decisione della Corte in *Manhattan v. Halleck* del *term* successivo sembra escludere che la maggioranza dei *Justices* in carica voglia prendere seriamente in considerazione l'ipotesi (per quanto, in ogni caso, desumere da un giudizio su canali televisivi conclusioni certe con riferimento al diverso caso di piattaforme Internet potrebbe rivelarsi incauto)<sup>19</sup>.

D'altronde, pare opportuno fare brevemente presente come si faccia largo, in un mondo sempre più caratterizzato dal dibattito pubblico in rete (a maggior ragione in un'epoca dove il distanziamento sociale sembra essere una prospettiva di medio-lungo periodo), il rischio crescente di una diffusione sempre più capillare di forme di cosiddetta *collateral censorship*, che si palesa quando viene assegnato un potere molto significativo agli operatori e gestori di tali piattaforme, i quali svolgerebbero, eventualmente anche in buona fede, quella funzione di censura che tradizionalmente spetterebbe allo Stato e che, per ragioni di eccessiva prudenza, potrebbero depauperare la sfera pubblica di contributi utili ad arricchire il dibattito<sup>20</sup>.

Se le circostanze reali che si manifestano con crescente frequenza vedono lo Stato limitarsi sempre più allo svolgimento di funzioni regolatorie, delegando il potere di censura agli intermediari, non pare però più inconcepibile accettare il dato di fatto che le piattaforme esercitino attività analoghe a quelle dello Stato: stando così le cose, la regolazione della manifestazione del pensiero da parte delle suddette diviene la regola e non più l'eccezione.<sup>21</sup> Se si accetta tale premessa, basata in larga parte su evidenze empiriche, la logica conseguenza sarebbe di constatare come tali soggetti svolgono ora tale attività in percentuale preponderante, da cui a cascata discenderebbe che, in quanto si tratta di attività tradizionalmente ed esclusivamente svolta dallo Stato, essi sarebbero tenuti al rispetto delle garanzie di cui al *Bill of rights*, non potendo più schermarsi dietro la barriera della *state action doctrine*.

Per quanto le considerazioni di cui sopra possano apparire giuridicamente e argomentativamente fondate, sia consentito, in chiusura, esprimere un certo scetticismo sulla possibilità di uno scostamento della giurisprudenza federale da quella che per oltre un secolo è stata considerata una stella polare, nonostante l'implicazione concreta di tale orientamento rischi di essere non tanto la garanzia di un più vivace pluralismo, derivante dalla libertà degli operatori di tali piattaforme, bensì una restrizione delle opinioni e dei pareri ai quali il pubblico dibattito possa attingere, denotando una tendenziale sfiducia nel buon funzionamento della sfera pubblica di discussione, in quella dinamica che all'inizio del secolo scorso Oliver Wendell Holmes contribuì a delineare come *marketplace of ideas*<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> 137 S. Ct. 1730 (2018).

<sup>19</sup> M. Yemini, *Missing in State Action*, cit., 1176-1179.

<sup>20</sup> Il concetto fu menzionato per la prima volta da M.I. Meyerson, *Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the Speaker within the New Media*, in *Notre Dame L. Rev.*, 71, 1995, 118; la questione è stata poi delineata più approfonditamente e compiutamente da J.M. Balkin, *Free Speech and Hostile Environments*, in *Colum. L. Rev.*, 99, 1999, 2298.

<sup>21</sup> J.M. Balkin, *ivi*, 1195.

<sup>22</sup> O.W. Holmes, *Dissenting Opinion, Abrams v. United States*, 250 U.S. 630 (1919).