

GIULIA BINATO

“DATA ENEMIES”: IL (VOLUBILE) BLOCCO DI TIKTOK NEGLI STATI UNITI E LE CONTRADDIZIONI NELLA REGOLAMENTAZIONE DEI SOCIAL NETWORK TRA ESIGENZE DI TUTELA DEI DATI PERSONALI E CONTROLLO DEI CONTENUTI ONLINE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La travagliata relazione tra gli Stati Uniti e *TikTok*: gli atti dell'Esecutivo federale contro la società *Bytedance Ltd.* — 3. La legislazione federale sulle “*foreign adversary controlled applications*”. — 4. La decisione della Corte Suprema federale Statunitense nel caso *TikTok Inc. v. Garland*: una questione di protezione dei dati personali o di (mancato) controllo dei contenuti online? — 5. Primo Emendamento, piattaforme di comunicazione social e trattamento dei dati. — 6. La mancata considerazione delle difese relative alla natura della clausola di *qualified divestiture*: il *bill of attainder* e i diritti proprietari. — 7. La negazione di una posizione di interesse tutelato dei c.d. *content creators* e il tema delle piattaforme digitali come luogo di lavoro. — 8. Conclusioni: una persistente difficoltà di inquadrare i social network nel mondo dei media?

1. INTRODUZIONE.

Il 17 gennaio 2025 la Corte Suprema degli Stati Uniti decideva il caso *TikTok Inc. v. Garland*¹, sollevato innanzi ai giudici dalla società *Bytedance Ltd.* e dalla sua controllata californiana *TikTok Inc.* In tale sede, i giudici rigettavano la questione di costituzionalità relativa ad una normativa federale adottata dal Congresso nell'aprile 2024, il *Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act* (anche abbreviato in *PAFACAA*). Quest'ultimo avrebbe tra i propri effetti l'impedire di operare negli Stati Uniti alla società *Bytedance Ltd.*, originaria² della

¹ La citazione estesa del caso è *TikTok, Inc. et al., Petitioners v. Merrick B. Garland, Attorney General Brian Firebaugh, et al., Petitioners v. Merrick B. Garland, At-*

torney General, abbreviata in *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657).

² Il termine “originaria” è in questa

Repubblica Popolare Cinese e proprietaria di *TikTok*, uno dei social network di maggior successo globale dell'ultimo decennio³.

Complessivamente, la vicenda è particolarmente interessante sotto il profilo comparatistico. Essa compendia infatti molti temi — non tutti compiutamente approfonditi — che attengono al rapporto tra tutela dei dati personali, prospettive di diritto privato nell'inquadramento dei sistemi algoritmici dei social network, responsabilità e controllo dei contenuti online da parte dei gestori delle piattaforme di informazione e regolamentazione della

sede preferito a termini maggiormente tecnici che richiamino dati giuridici quali la sede legale della società o la legge che regola la società. Si vuole così indicare che Byte-dance Ltd., almeno in un primo momento, nasce e opera sul territorio cinese e per iniziativa di un cittadino cinese. Come si vedrà nel prosieguo, infatti, lo stesso tema di dove si trovi (oggi) la sede operativa centrale della società di holding Bytedance Ltd. e a quali leggi nazionali essa sia soggetta è elemento conteso nella vicenda giudiziale che ci interessa. Sul punto, cfr. *infra*, para. 2.

³ Tale divieto appare allo stato “incerto”, in quanto l'applicazione dell'atto non ha superato le quarantotto ore considerate che il 21 gennaio 2025 il neo-insediato Presidente degli Stati Uniti, Donald J. Trump, ha firmato un ordine esecutivo che ha sospeso gli effetti della normativa in questione. A quanto riportato dagli utenti statunitensi dell'applicazione, tra le giornate del 18 gennaio 2025 e del 19 gennaio 2025, la schermata di apertura di TikTok avrebbe riportato due diversi messaggi c.d. pop-up per l'utente. Il primo in ordine di tempo menzionava che “purtroppo” era stata emanata una legge che proibiva TikTok negli Stati Uniti, ma che “fortunatamente” il neo-eletto Presidente intendeva collaborare con la società per la riapertura del social network. Il testo del primo messaggio recitava infatti: “Sorry, TikTok isn't available right now. A law banning TikTok has been enacted in the U.S. Unfortunately, that means you can't use TikTok for now. We are fortunate that President Trump has indicated that he will work with us on a solution to reinstate TikTok once he takes office. Please stay tuned!”. Un correttivo maggiormente neutrale, anche dettato dalle reazioni immediate sui media, veniva adottato a stretto giro con il diverso testo: “We regret that a U.S. law banning TikTok will take effect on January 19 and force us to make our service temporarily unavailable. We're working to restore our service in the U.S. as soon as possible, and we appreciate your support, Please stay tuned”; A. Koch, B. Betz, L.

Mion, TikTok shunts out Trump as app goes dark for millions of users across US, in *FoxBusiness*, January 18, 2025 (<https://www.foxbusiness.com/technology/tiktok-shunts-out-trump-app-goes-dark-millions-users-across-us>, ultimo accesso: 04.03.2025). L'applicazione è poi tornata disponibile sui c.d. mobile stores il 14 febbraio 2025. L'ordine esecutivo del Presidente Trump, inizialmente della durata di 75 giorni e poi esteso al giugno 2025, sarebbe stato inquadato dal Presidente come un passo per determinare “the appropriate course of action”. Una ulteriore estensione al 17 settembre 2025 è intervenuta il 19 giugno 2025; cfr. il comunicato stampa della Casa Bianca reperibile al sito: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/06/further-extending-the-tiktok-enforcement-delay/> (ultimo accesso: 20.06.2025). La dottrina statunitense ha da subito manifestato gravi perplessità con riferimento a tale azione. Come si vedrà ampiamente nel prosieguo (cfr. *infra*, para 5), la dottrina statunitense appare unitaria nel ritenere che l'atto del Congresso rappresenti una grave deviazione dall'assetto di libertà fondamentali garantito in Costituzione. La mossa politica di Trump indebolirebbe poi ulteriormente il processo democratico, in quanto volta a consolidare il potere del Presidente nella sfera pubblica e rendere il futuro della piattaforma dipendente dalla sua volontà. Si veda R. KRISHNAN, *Trump's TikTok Executive Order Aims to Consolidate His Power Over the Digital Public Sphere*, Knight Institute Says, in *The Knight First Amendment Institute at Columbia University*, 21 January 2025 (<https://knightcolumbia.org/content/trumps-tiktok-executive-order-aims-to-consolidate-his-power-over-the-digital-public-sphere-knight-institute-says>, ultimo accesso: 06.05.2025). Trump aveva altresì reso pubblica la sua intenzione di aprire nuovamente le trattative per mantenere il social network operativo negli Stati Uniti prima dell'insediamento, anche in un intervento depositato nella causa di fronte alla Corte Suprema. Tale intervento è “asseritamente neutrale”, cioè depositato come non in fa-

proprietà dei social network. Inoltre, come in parte già emerge dalla descrizione dei fatti, la materia della regolamentazione delle piattaforme online realizza un sistema di scambi — contraddittori e continui — tra il formante legislativo, quello giurisprudenziale e quello dottrinale, i quali si muovono all'interno di un sistema di diritto positivo che parrebbe continuare a esprimere alcune “cecità selettive” rispetto alle caratteristiche — positive e negative — dei social network.

2. LA TRAVAGLIATA RELAZIONE TRA GLI STATI UNITI E *TikTok*: GLI ATTI DELL'ESECUTIVO FEDERALE CONTRO LA SOCIETÀ *BYTEDANCE LTD.*

La normativa federale adottata dal Congresso nel 2024 appare l'esito di un percorso durato anni, in cui il Governo federale statunitense ha dimostrato gradi di sfiducia sempre maggiori rispetto alla diffusione di social media gestiti da società cinesi ⁴.

Come noto, *TikTok* è un *social network* ⁵ che consente agli utenti di creare, pubblicare e guardare video di durata ridotta, filmati ai quali vengono aggiunti tracce audio multiple, musica o testo. L'esoscheletro della piattaforma appare già nel 2016, quando l'imprenditore Zhang Yiming, fondatore della società *Bytedance*,

vore di nessuna delle parti in causa, ma concretamente richiedeva alla Corte Suprema di astenersi dalla decisione nel merito ed emettere un ordine cautelare, dando tempo al nuovo esecutivo di trattare la questione in proprio. Cfr. Brief amicus curiae of President Donald J. Trump in support of neither party, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

⁴ Nonostante questo contributo si concentri in via primaria sulla situazione che interessa il social network *TikTok*, va evidenziato come il Governo federale statunitense avesse in passato tentato di vietare anche l'uso del social media cinese *WeChat*. L'operatività dell'ordine esecutivo che interessava *WeChat* era stata sospesa già nel 2020, per ordine della Corte federale distrettuale della California del Nord. I giudici erano stati aditi da un'associazione di utenti dell'applicazione creatasi *ad hoc*, sull'assunto che l'ordine esecutivo rappresentasse una misura esorbitante rispetto alla ratio di difesa della sicurezza nazionale. Ciò soprattutto considerato che l'applicazione è l'unica consentita nella Repubblica Popolare Cinese per le comunicazioni telefoniche via Internet con l'estero e il divieto avrebbe dunque privato gli utenti statunitensi di ogni contatto con familiari e conoscenti residenti nel territorio cinese. Si veda U.S. *WeChat Users Alliance v. Trump*, in *Harvard Law*

Review Blog, October 14, 2020 (https://harvardlawreview.org/blog/2020/10/recent-case_u-s-wechat-users-alliance-v-trump/).

⁵ Come noto, con il termine *social network* si individua una particolare classe di servizi della società dell'informazione, cioè quell'insieme di servizi informatici online, gruppi di applicazioni o piattaforme basate su Internet che fondano la propria attività sulla costruzione di relazioni interpersonali e collaborative. Per tutti, in tal senso, si vedano V. ZENO-ZENCOVICH, *What Do We Mean by "Media" Today*, in R. L. WEAVER, A. KOLTAY, M. D. COLE, S. I. FRIEDLAND (eds.), *Free Speech and Media Law in the 21st Century*, Carolina Academic Press, 2019, 205-212; R. COSIO, *Facebook e Social. Natura del contratto tra utente e social*, in *Ricerche Giuridiche*, 2017, p. 134; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Editoriale Scientifica Italiana, 2014; V. FRANCESCHI, *Diritto delle comunicazioni*, Key Editore, 2022, 392. Sul punto, sia consentito anche il rinvio a G. BINATO, *Account dei minori di età e social network*, in E. DE BELVIS (a cura di), *Diritto di famiglia e nuove tecnologie*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, 77-108. Caratteristica distintiva dei social network è la circostanza di consentire agli utenti del servizio la creazione e la condivisione di propri contenuti — ad esempio, testi, immagini, video, audio — nonché l'interazione con altri utenti.

lancia sul mercato cinese l'applicazione di condivisione audio-video *Douyin*, nome con cui il social network *TikTok* è tuttora in uso nella Repubblica Popolare Cinese ⁶. La società *Bytedance* fa poi il suo ingresso sul mercato internazionale — e, in particolare, anche nel mercato statunitense — tra il 2017 ed il 2018, a seguito dell'acquisto di una diversa applicazione, *Musical.ly*, di proprietà di una società con sede legale nelle Isole Cayman ⁷. Dall'integrazione tra i servizi del social network *Musical.ly* e le specifiche della piattaforma video *Douyin*, già in gestione di *Bytedance*, nasce il social network *TikTok*.

Visto dalla prospettiva dei suoi utenti ⁸, i contenuti su *TikTok* vengono fruiti principalmente a mezzo della pagina “Per te”, una schermata iniziale che presenta agli utenti un flusso continuo (c.d. *feed*) di video, personalizzati a cura dall'algoritmo proprietario della società. Man mano che l'utente interagisce con i contenuti proposti — ad esempio, commentando un video o, *a contrario*, scartandolo, per passare a un contenuto successivo — l'algoritmo fornisce contenuti nuovi e sempre più raffinati rispetto al percepito gusto dell'utente. Gli utenti, ovviamente, possono utilizzare la piattaforma solo per “ricevere” passivamente i contenuti o invece anche per crearne e pubblicarne di propri, anche riutilizzando e trasformando modelli già predisposti ⁹.

Incontrastata peculiarità della piattaforma cinese sarebbe il funzionamento del suo algoritmo proprietario, il quale è stato da subito in grado di distinguersi, in termini di specificità della personalizzazione, da quelli delle piattaforme statunitensi, con continui tentativi, da parte di queste ultime, di riprodurne le caratteristiche di successo ¹⁰. Secondo le più recenti ricerche di ingegneria dell'informazione ¹¹, l'algoritmo di *TikTok* sarebbe in grado di processare oltre un miliardo di video in una singola giornata e si baserebbe su di una sofisticata ibridazione di metodi

⁶ P. JAIPONG, *Business Model and Strategy: A Case Study Analysis of TikTok*, in *Advance Knowledge for Executives*, 2023.

⁷ E. LEAF, *TikTok, Tick-Tock: How the Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) Can Mitigate the Threats Posed by Foreign-Made Software Applications*, in *Administrative Law Review*, 2021, 351.

⁸ La descrizione che segue è presa dagli atti di causa e in particolare dalla ricostruzione del social network fornita dai content creators in *Brief for Brian Firebaugh et Al., Petitioners*, at 5, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. — (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

⁹ Ad esempio, utilizzando colonne sonore, modelli video o c.d. filtri predisposti

da altri utenti o dalla piattaforma. Si veda, H. NGUYEN, *Exploring TikTok data to understand learning practices*, in *Proceedings of the 18th International Conference of the Learning Sciences*, 2024, 3.

¹⁰ Complessivamente Spotify, Instagram e Twitter (ora X) hanno tutte tentato di riproporre nel 2023 proprie versioni della pagina personalizzata “Per te”, su impronta di quella di *TikTok*; Cfr. *Forbes*, <https://www.forbes.com/sites/conormurray/2023/03/13/tiktok-clones-how-spotify-instagram-twitter-and-more-are-copying-features-like-the-for-you-page/>

¹¹ R. ZHOU, *Understanding the Impact of TikTok's Recommendation Algorithm on User Engagement*, in *International Journal of Computer Science and Information Technology*, 3, 2024.

di analisi dei dati e di *machine learning*, che combinano il c.d. filtraggio collaborativo — cioè un metodo di predizione che effettua raccomandazioni agli utenti in base al modo in cui altri utenti con preferenze e comportamenti ritenuti simili hanno interagito con gli stessi contenuti — con il c.d. filtraggio basato sui contenuti. Quest'ultimo analizzerebbe gli attributi propri dei video consultati dall'utente — incluse alcune caratteristiche visive dei video ed espressioni di testo ¹² — per raccomandare contenuti che si allineino ai comportamenti precedenti dell'utente. Tale risultato è realizzabile proprio perché la piattaforma colleziona un quantitativo ingente di dati sul comportamento dell'utente ¹³, comprese le c.d. *keystroke dynamics* o *keystroke patterns or rhythms* ¹⁴, cioè le dinamiche della digitazione sul dispositivo da parte dell'utente. Allo stato, esse rappresentano uno dei dati comportamentali biometrici di più facile estrazione; sono una sorta di vero e proprio “timbro dattilografico”, in quanto, analogamente al timbro della voce umana, appaiono distintive di una specifica persona rispetto ad ogni altra.

All'evidenza, dunque, l'algoritmo proprietario di *TikTok* rappresenta l'asset aziendale di maggior valore della società ¹⁵, sicché non dovrebbe stupire che le richieste di vendita della piattaforma in uso negli Stati Uniti — comprensiva del suo algoritmo ¹⁶ — ad una società statunitense abbiano rappresentato sin da subito

¹² Tale circostanza risulta dalla stessa privacy policy dell'applicazione, la quale inserisce tra le informazioni raccolte in maniera automatica (automatically collected information) contenuti e tratti dei video, dei testi e degli audio condivisi dagli utenti, esemplificando che è possibile individuare ed estrapolare gli oggetti presenti nella scena, il luogo in cui il video è stato girato, volti o altre parti del corpo nonché le parole pronunciate o parti di testo presenti nel video; <https://www.tiktok.com/legal/page/eea/privacy-policy/en> (ultimo accesso: 13.02.2025).

¹³ Si veda la precedente nota 10, per confrontare i contenuti dell'informativa privacy del social network relativa all'Area Economica Europea, allo stato disponibile nella sua versione completa esclusivamente in inglese. In essa la piattaforma dichiara di trattare tre macro-categorie di dati: dati forniti dall'utente, dati raccolti automaticamente dalla piattaforma e dati raccolti da fonti terze. Essi ricomprendono, tra gli altri, contatti e messaggi, informazioni sull'uso e sulle ricerche sulla piattaforma, nonché dati che consentono la localizzazione approssimativa.

¹⁴ Tali termini, mutuati dalle scienze applicate, vengono utilizzati per lo più in lin-

gua inglese e mancano di un corrispettivo unitario in italiano. Secondo la definizione fornita dalle scienze informatiche, le *keystroke dynamics* guardano a “come un utente digita”, cioè monitorano gli input che l'utente dà alla tastiera migliaia di volte al secondo per identificare l'utente sulla base dei ritmi e schemi abituali di battitura. Cfr. F. MONROSE, A. D. RUBIN, *Keystroke dynamics as a biometric for authentication*, in *Future Generation Computer Systems*, 2000, 351-359.

¹⁵ In tale contesto, vanno altresì menzionati gli studi interdisciplinari sulla c.d. “governance algoritmica”, un concetto emerso a partire dalle teorizzazioni del primo Duemiladiecimila, per indicare la circostanza che gli algoritmi siano, per chi li sviluppa e utilizza in determinati contesti, compresi in particolare quello dei social media e dell'e-commerce, un importante mezzo di esercizio di potere nel mondo digitale. In tal senso, si vedano per tutti, le analisi di F. MUSIANI, *Governance algoritmica: sorveglianza, censura e diritti fondamentali*, in F. FOSSA, V. SCHIAFFONATI, G. TAMBURRINI (ed.), *Introduzione all'etica dell'intelligenza artificiale e della robotica*, Carocci, 2021, 95-113.

¹⁶ Sul punto si veda più approfonditamente *infra*, para. 3.

un'ipotesi prospettata dalla società *Bytedance* come non percorribile. In via generale, d'altronde, i sistemi algoritmici restano connotati da una imperscrutabilità del loro effettivo funzionamento¹⁷, anche considerato come, solo recentemente, i legislatori si siano interessati alla regolamentazione dei sistemi di raccomandazione dei contenuti in uso nelle piattaforme¹⁸; così, ad esempio, con le disposizioni adottate in Unione europea prima con il Digital Services Act (DSA)¹⁹ e da ultimo anche con l'AI ACT²⁰.

Al tempo della vicenda in esame, l'applicazione *TikTok* ha circa 170 milioni di utenti negli Stati Uniti²¹, ed è gestita dalla società californiana *TikTok Inc.*, interamente controllata da *Bytedance Ltd.* Quest'ultima, secondo le ricostruzioni fornite dall'*Attorney General* nella causa svoltasi di fronte alla Corte Suprema²², sarebbe stata creata secondo la legge delle Isole Cayman, ma avrebbe sede legale a Pechino, dove sarebbe situato l'ufficio operativo centrale²³. La lettura offerta dalla società attrice *TikTok Inc.* sarebbe invece quella che la società *Bytedance Ltd.*, istituita secondo le leggi delle Isole di Cayman, sia controllata al 58% da investitori internazionali, al 21% dai suoi dipendenti, al 21% dal suo fondatore, Zhang Yiming, cittadino cinese residente

¹⁷ La stessa dottrina statunitense ha parlato dei sistemi di raccomandazione algoritmica come di "scatole nere"; E. LEAF, *TikTok, Tick-Tock: How the Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) Can Mitigate the Threats Posed by Foreign-Made Software Applications*, in *Administrative Law Review*, 2021, 357. Nel marzo del 2024, a livello internazionale è stato raggiunto l'accordo sul testo proposto dagli Stati Uniti di una risoluzione per la promozione di sistemi di intelligenza artificiale sicura (Resolution 11 March 2024 on the promotion of "safe, secure and trustworthy" artificial intelligence (AI) systems that will also benefit sustainable development for all) la quale incoraggia gli Stati membri ad adottare regolamentazioni e politiche improntate a garantire una maggiore trasparenza, comprensibilità e predittività dei sistemi di intelligenza artificiali sviluppati e utilizzati dai privati. Il testo della risoluzione è disponibile in inglese sul sito delle Nazioni Unite all'indirizzo: <https://docs.un.org/en/A/78/L.49> (ultimo accesso: 13.02.2025).

¹⁸ Confronta, in particolare le analisi di Reviglio e Santoni, i quali offrono un'analisi comparatistica della governance algoritmica in Europa e Cina, considerando le disposizioni in materia di Platform Recommender Systems (PRSs) nel Digital Services Act (DSA) del 2022 e nella coeva regolamen-

tazione amministrativa delle Repubblica Popolare Cinese, l'Internet Information Services Algorithm Recommendation Management (IISARM); U. REVIGLIO, G. SANTONI, *Governing Platform Recommender Systems in Europe: Insights from China*, in *Global Jurist*, 2023, 151-181.

¹⁹ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali). Si vedano, in particolare, gli artt. 25, 27, 28 e le obbligazioni poste sui c.d. Very Large Online Platforms e Very Large Online Search Engines dagli artt. 33, 34 e 35.

²⁰ Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

²¹ Petitioner's application for injunction pending review at 1, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

²² Cfr. *infra*, para. 3.

²³ In tal senso, Brief for Respondent at 3, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

a Singapore e avrebbe una serie di controllate nel mondo, incluso nel territorio cinese²⁴. Va comunque osservato che la ricostruzione fornita dagli attori, non si concilia né con alcune affermazioni fatte dagli stessi in atti con riguardo alla localizzazione dei codici della piattaforma ed alla fattibilità delle operazioni di vendita²⁵, né con quanto noto del quadro di diritto delle tecnologie cinese, per nulla scevro da permeanti disposizioni sulla localizzazione dei dati²⁶ e divieti di esportazione delle tecnologie²⁷.

Nel 2020 TikTok diventa l'app più scaricata al mondo, con oltre 850 milioni di download nel mondo, e si trova all'apice delle classifiche nei *mobile stores* negli Stati Uniti con circa 89 milioni di utenti²⁸. A seguito di una consultazione con il *Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)*²⁹—organo federale responsabile dello screening degli investimenti stranieri negli

²⁴ Petitioner's application for injunction pending review at 8, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

²⁵ Cfr. *infra*, para 3.

²⁶ Cfr., per tutti, C. PENG, G. SHAO, *China. Privacy and Data Protection*, Wolters Kluwer, 2023, 108.

²⁷ La permeante presenza di restrizioni alle esportazioni tecnologiche è parte della strategia commerciale cinese sin dall'inizio degli anni Duemila. Restrizioni specifiche sono altresì indicate in un Catalogo delle Tecnologie sottoposte a divieto o restrizioni di esportazione, da ultimo aggiornato dal Ministero del Commercio nel 2023. Dal 2020, come peraltro riportato anche da Bytedance nelle proprie difese, il Governo cinese ha espressamente aggiunto alla lista delle tecnologie la cui esportazione è soggetta a licenza di approvazione da parte del Ministero del Commercio "i sistemi informatici di raccomandazione personalizzata delle informazioni" e le tecnologie di intelligenza artificiale. Sul tema si veda, per tutti, I. BOGDANOVA, A. WANG, *China's Use of Export Restrictions and WTO Law*, in H. GAO, D. RAESS, K. ZENG (eds.), *China and the WTO*, Cambridge University Press, 2023, 172.

²⁸ Cfr. J. KOETSIER, *Here Are The 10 Most Downloaded Apps Of 2020*, in *Forbes*, 07.01.2021 (<https://www.forbes.com/sites/johnkoetsier/2021/01/07/here-are-the-10-most-downloaded-apps-of-2020/#:~:text=TikTok%20won%202020,.total%20of%202.05%20billion%20times.>)

²⁹ Il *Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)* nasce nel 1975,

come organo consultivo del Presidente. Assume poteri investigativi e di controllo nel 1988, quando il Presidente Ronald Reagan firma un ordine esecutivo che delega al CFIUS i poteri a lui attribuiti dal Congresso con il c.d. Exon-Florio Amendment. Quest'ultimo atto conferiva al Presidente il potere di investigare gli investimenti stranieri negli Stati Uniti e proibire qualsiasi transazione per cui esistesse un ragionevole sospetto di minaccia per la sicurezza nazionale. Un regolamento sul funzionamento del CFIUS viene adottato solo nel 1991. In tale sede vengono specificate le transazioni soggette al processo di revisione del CFIUS e riconosciuti alcuni poteri post-transazione, tra cui la possibilità di richiedere la rescissione dell'accordo e il disinvestimento. Nel 1992 il Congresso passa una nuova modifica dell'Exon-Florio Amendment, la quale impone formalmente al CFIUS un dovere di revisionare le transazioni individuate come di sua competenza. È solo nel 2020, tuttavia — quindi temporalmente più tardi rispetto all'acquisizione da parte di Bytedance della società Musical.ly — che viene estesa la competenza del CFIUS a investimenti — anche non di acquisizione totale o di controllo — che attengano a tecnologie statunitensi, infrastrutture o al mercato dei dati. In particolare, con riferimento a questi ultimi, si individuano otto categorie di "dati personali identificativi", comprensive di dati biometrici, corrispondenza privata e geolocalizzazione, molti dei quali, come anticipato, sono effettivamente raccolti dall'applicazione TikTok; E. LEAF, *TikTok, Tick-Tock: How the Committee on Foreign In-*

Stati Uniti — l'allora Presidente Trump ³⁰, facendo appello a poteri di regolamentare e vietare transazioni commerciali confe-ritigli sulla base dell'*International Emergency Economic Powers Act* ("IEEPA" ³¹), emette nell'agosto del 2020 l'ordine esecutivo no. 13.942 ³², che vieta a chiunque sia sottoposto alla giurisdizione statunitense di intrattenere transazioni commerciali con la società *Bytedance*. Tale ordine esecutivo è seguito a stretto giro da una richiesta di disinvestimento ³³ e *retroactive unwinding* ³⁴ — qualificata in dottrina come una sorta di rescissione ³⁵ — del contratto con cui *Bytedance* nel 2018 aveva acquisito la società *Musical.ly* ³⁶.

I provvedimenti governativi in questione subiscono rapidamente un arresto. A ridosso dell'emissione dell'ordine esecutivo no.

vestment in the United States (CFIUS) Can Mitigate the Threats Posed by Foreign-Made Software Applications, in *Administrative Law Review*, 2021, 347-348.

³⁰ Va altresì evidenziato che l'interesse del Presidente nei confronti del social network si attiva dopo che alcune campagne virali su TikTok contribuiscono a disagi durante la propria campagna pre-elettorale. In particolare, gli utenti su TikTok si incoraggiano a boicottare la campagna elettorale, tramite finte prenotazioni dei posti per i consessi politici, facendo sì che una serie di appuntamenti vadano a platea vuota. Si veda E. LEAF, *TikTok, Tick-Tock: How the Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) Can Mitigate the Threats Posed by Foreign-Made Software Applications*, in *Administrative Law Review*, 2021, 352.

³¹ Sulle origini, l'uso e le funzioni dell'IEEPA, si veda, per tutti, C. A. CASEY, D. E. RENNACK, J. K. ELSEA, *The International Emergency Economic Powers Act: Origins, Evolution, and Use*, Congress Research Service Reports, Publication R45618, 2024.

³² Executive Order No. 13.942 (Aug. 6, 2020) Addressing the Threat Posed by TikTok, and Taking Additional Steps To Address the National Emergency With Respect to the Information and Communications Technology and Services Supply Chain, disponibile al sito: <https://www.federalregister.gov/documents/2020/08/11/2020-17699/addressing-the-threat-posed-by-tiktok-and-taking-additional-steps-to-address-the-national-emergency> (ultimo accesso: 20.02.2025).

³³ Executive Order Regarding the Acquisition of Musical.ly by Bytedance Ltd. (Aug. 14, 2020), disponibile al sito: <https://www.federalregister.gov/documents/2020/08/19/2020-18360/regarding-the-acquisition-of-musically-by-bytedance-ltd> (ultimo accesso: 20.02.2025).

19/2020-18360/regarding-the-acquisition-of-musically-by-bytedance-ltd (ultimo accesso: 20.02.2025).

³⁴ Negli Stati Uniti il termine *unwinding*, spiegato come una forma di rescissione del contratto, è utilizzato per indicare una dottrina molto diffusa e discussa che origina nel diritto federale tributario. La facoltà di *unwinding*, infatti, consente alle parti di un accordo, a certe condizioni, di eliminare con effetti retroattivi una transazione già conclusa, evitandone così anche le conseguenze fiscali. Cfr., per tutti, D. HASEN, *Unwinding Unwinding*, in EMORY LJ, 57, 2007, 871; J. PREBBLE, H. CHYE-CHING, *The Fabricated Unwind Doctrine: The True Meaning of Penn v. Robertson*, in *Hastings Bus. LJ*, 2011, 117. In particolare, al CFIUS, che è un organo che fa parte del Dipartimento del Tesoro, è consentito revisionare le transazioni effettuate che hanno un impatto sulla sicurezza nazionale e chiedere una mitigazione degli effetti o il disinvestimento, come intervenuto nel caso di specie.

³⁵ Per il significato tecnico del termine *rescission* (rescissione) nel common law si rimanda direttamente al *Black's Law Dictionary*, il quale la configura come forma di "unmaking of a contract" per una ragione giuridica sufficientemente valida (*legally sufficient reason*). La *rescission* mira a riportare le parti alla situazione giuridica in cui si trovavano prima della conclusione del contratto; B. A. GARNER (ed), *Black's Law Dictionary*. Eighth Edition, Thomson West, 2004, 1332.

³⁶ E. LEAF, *TikTok, Tick-Tock: How the Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) Can Mitigate the Threats Posed by Foreign-Made Software Applications*, in *Administrative Law Review*, 2021, 352.

13.942, *TikTok Inc.*, la controllata californiana di *Bytedance*, ottiene la sospensione dell'efficacia dell'atto da parte della Corte federale del Distretto di Columbia³⁷, facendo valere che l'ordine esecutivo esorbita i poteri che fanno capo al presidente in virtù dell'*IEEPA*. Sotto questo profilo, appare utile soffermarsi sull'opinione della Corte federale distrettuale nella causa — rubricata come *TikTok v. Trump* — anche per la sua dissonanza rispetto all'esito della vicenda di fronte alla Suprema Corte. I giudici distrettuali avevano infatti accolto in via cautelare le doglianze degli attori, sull'assunto che i contenuti delle attività dei social network siano lo scambio di “informazioni” e di “comunicazioni personali”, e, in quanto tali, prive del “valore economico” richiesto per potersi parlare di transazioni che rientrano nella competenza presidenziale ai sensi dell'*IEEPA*³⁸. Sotto questo profilo, il quadro di partenza sembra far emergere una sorta di contraddizione del sistema statunitense, il quale — pur fondando gran parte della sua economia sull'enorme guadagno del mercato digitale — sembrerebbe ancora negare un generale valore economico ai dati personali, per riconoscerlo solo all'interno di limitati ambiti. La causa in questione non giunge comunque a decisione, in quanto nel giugno del 2021 il neo-eletto Presidente Biden revoca l'ordine esecutivo no. 13942 emesso dal suo predecessore. Rimangono invece aperte, anche durante la presidenza Biden, le questioni relative al *divestment order*³⁹, di cui il Governo federale non aveva più richiesto l'esecuzione. In un primo momento, infatti — e fino all'adozione della normativa del Congresso oggi in esame — l'esecutivo di Biden decide di intavolare trattative con la società *Bytedance* volte ad individuare soluzioni alternative al disinvestimento, come lo *screening* degli algoritmi della piattaforma e delle pratiche di trattamento dei dati personali, che tutelino in modo più adeguato le preoccupazioni di sicurezza nazionale⁴⁰.

³⁷ Nel procedimento *TikTok v. Trump*, 507 F. Supp. 3d 92, 98 (D.D.C. 2020) la società attrice TikTok adiva la Corte federale distrettuale, con richiesta di emissione, innanzitutto, di un ordine cautelare: un *injunction* che impedisse ai divieti ed azioni previsti nell'ordine esecutivo di continuare a produrre i loro effetti, in virtù della mancata competenza dell'esecutivo rispetto alle materie regolate dall'atto.

³⁸ Per un'analisi più approfondita del contenzioso che ha riguardato TikTok e l'esecutivo nel 2020 e del caso di fronte alla Corte federale si rimanda in particolare a B. HOROWITZ, T. CHECK, *TikTok v. Trump and the Uncertain Future of National Security-Based Restrictions on Data Trade*,

in *Journal of National Security Law and Policy*, 2022, 61-112.

³⁹ Stando alle ricostruzioni dell'Attorney General, la società TikTok Inc. aveva impugnato anche tale determinazione, ma le parti avevano poi deciso di risolvere la questione con l'apertura di trattative stragiudiziali; Brief for Respondent at 7, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

⁴⁰ In particolare, l'ipotesi vagliata era quella di delegare alla società statunitense Oracle le attività di trattamento e conservazione dei dati personali degli utenti di TikTok residenti negli Stati Uniti, riservando altresì a realtà statunitensi anche alcune facoltà di verifica sul codice della piattaforma; E. LEAF,

3. LA LEGISLAZIONE FEDERALE DEL 2024 SULLE “FOREIGN ADVERSARY CONTROLLED APPLICATIONS”.

Nell'aprile del 2024 il Presidente degli Stati Uniti in carica, Joseph Biden, firmava l'*House Resolution 815* (H.R. 815⁴¹), un pacchetto legislativo federale di misure supplementari per la sicurezza nazionale e le risorse militari. Al suo interno venivano inserite anche due *Divisions* (rispettivamente la *Division H* e la *Division I*), le quali, complessivamente, parrebbero introdurre un insieme di norme federali ispirate da esigenze di maggiore sicurezza dei dati personali, soprattutto con riferimento al trasferimento degli stessi verso specifiche Nazioni, individuate — come si vedrà nel prosieguo — alla stregua di nemici politici degli Stati Uniti. In particolare, la *Division I*, contenente il *Protecting Americans' Data from Foreign Adversaries Act (PADFAA)* rappresenterebbe un primo esempio in ambito statunitense — non solo federale — di regolamentazione del tema del trasferimento dati⁴², creando un divieto di c.d. *brokeraggio* dei dati⁴³ verso specifici Stati. La *Division H*, invece, contiene la normativa che è oggetto della vicenda processuale oggi in esame, il “*Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act*” (abbreviato in “*PAFACAA*”). La normativa introduce alla Sezione 2(a)(1) un divieto di consentire agli utenti sul territorio degli Stati Uniti l'utilizzo e l'aggiornamento di alcune applicazioni o tecnologie. Tale divieto è rivolto ai soggetti che offrono servizi di hosting su internet⁴⁴ oppure che gestiscono i c.d. “*mobile application stores*”, cioè intermediari per la vendita e l'installazione di applicazioni e software di terzi su cellulari e tablet, quali, tra i più noti, l'App Store per gli utilizzatori di apparecchiature Apple, e Google Store per i telefoni basati sul sistema operativo Android.

TikTok, Tick-Tock: How the Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) Can Mitigate the Threats Posed by Foreign-Made Software Applications, in *Administrative Law Review*, 2021, 352.

⁴¹ Il testo dell'atto, il cui titolo completo è H.R. 815 — Making emergency supplemental appropriations for the fiscal year ending September 30, 2024, and for other purposes, è reperibile al seguente link sul sito istituzionale del Congresso Federale degli Stati Uniti: <https://www.congress.gov/bills/118th-congress/house-bill/815/text> (ultimo accesso: 29.01.2025).

⁴² Per una considerazione del rapporto tra legislazione federale e normative statali con riferimento alla materia del trasferimento dati e delle disposizioni più salienti dell'atto sia consentito il rinvio a G. BINATO, *Data transfers*, in E. LONGO, A. PIN, F. VICIGLIONE (ed.), *Data Protection in Con-*

text: Between Privacy and AI, Giuffrè Francis Lefebvre, 2025, 67.

⁴³ Come noto, il tema del mercato dei dati, da intendersi non necessariamente come dati personali, è stato indirizzato di recente in Europa dal Regolamento (UE) 2023/2854 (c.d. Data Act), il quale, rispetto alla terminologia inglese *brokeraggio*, mutuata dai servizi assicurativi, preferisce utilizzare formule più ampie, che guardano al mettere i dati a disposizione di terzi, renderli accessibili o condividerli.

⁴⁴ Ai sensi della Sezione 2(g)(5) del PAFACAA, l'espressione “internet hosting service” va intesa come “service through which storage and computing resources are provided to an individual or organization for the accommodation and maintenance of 1 or more websites or online services, and which may include file hosting, domain name server hosting, cloud hosting, and virtual private server hosting”.

Nello specifico, queste categorie di soggetti vanno incontro a severe conseguenze patrimoniali ⁴⁵ qualora consentano agli utenti che si trovino sul territorio (anche marittimo) degli Stati Uniti, l'accesso, la distribuzione, il mantenimento o l'aggiornamento (*update*) di una "applicazione controllata da nemici politici" (da ora in poi anche nella terminologia originale inglese, *foreign adversary controlled application*). La successiva Sezione 2(g) PAFACAA introduce due diverse categorie di *foreign adversary controlled applications*. La prima categoria copre qualsiasi sito web, applicazione per desktop o per cellulare, o applicazione di realtà immersiva o aumentata, che sia gestita alternativamente dalla società *Bytedance Ltd.* o dalla società *TikTok*, oppure, ancora, da qualsiasi *legal entity* che succeda legalmente a queste ultime, che sia di proprietà delle stesse o che sia controllata direttamente o indirettamente da una di queste due società (vedi §2(g)(3)(A) PAFACAA). In tale ipotesi, dunque, è irrilevante il tipo di applicazione o il servizio che venga offerto, in quanto si assume che la qualifica di *foreign adversary controlled application* si applichi sempre in ragione del fatto che è una determinata società a fornire il servizio. La seconda categoria di *foreign adversary controlled applications* sottostà ad un processo di individuazione più complesso e dal carattere discrezionale, ai sensi del quale è il Presidente degli Stati Uniti a proporre al Congresso la designazione di una determinata applicazione tecnologica come *foreign adversary controlled application*, con contestuale presentazione di un report relativo alle specifiche minacce per la sicurezza pubblica che essa rappresenta (così, §2(g)(3)(B) PAFACAA). Tale procedimento richiede innanzitutto che la società che gestisce il servizio che si vuole vietare sia qualificabile come soggetta alla normativa di cui sopra (*covered company* ⁴⁶) ai sensi di alcuni criteri specifici indicati alla precedente Sezione 2(g)(2)(A) PAFACAA, i quali attengono principalmente al tipo di

⁴⁵ La Sezione 2(d)(1) PAFACAA parla di una "sanzione civile" pari nel suo massimo alla cifra di 5.000 dollari moltiplicata per il numero di utenti che hanno accesso all'applicazione, che, per esempio, nel caso di TikTok superava i 170 milioni di utenti. Una severità importante, al punto che nell'atto introduttivo della causa i legali della società *Bytedance* si riferiscono alla disposizione come una misura draconiana; *Petitioner's application for injunction pending review at 19, TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

⁴⁶ Ai sensi dell'atto, "The term 'covered company' means an entity that operates, directly or indirectly (including through a parent company, subsidiary, or affiliate),

a website, desktop application, mobile application, or augmented or immersive technology application that—(i) permits a user to create an account or profile to generate, share, and view text, images, videos, real-time communications, or similar content; (ii) has more than 1,000,000 monthly active users with respect to at least 2 of the 3 months preceding the date on which a relevant determination of the President is made pursuant to paragraph (3)(B); (iii) enables 1 or more users to generate or distribute content that can be viewed by other users of the website, desktop application, mobile application, or augmented or immersive technology application; and (iv) enables 1 or more users to view content generated by other users of the website, desktop application,

attività che il servizio offre. Esso deve includere la possibilità per gli utenti di generare contenuti (di testo, audio o video) visibili ad altri utenti e di comunicare con questi ultimi. Per questa seconda categoria di società, inoltre, vigono alcune eccezioni — non estese invece ad applicazioni o siti che facciano capo a *TikTok* e *Byte-dance* — le quali escludono la designazione come *foreign adversary controlled application* se il servizio offerto agli utenti in via primaria dal sito o dall'applicazione in questione sia quello di consentire la pubblicazione di recensioni di un prodotto o di un servizio o informazioni e recensioni di viaggio. L'applicazione, poi, deve risultare qualificabile come controllata da un “nemico straniero”, secondo parametri che fanno riferimento alla compagine sociale, ulteriormente specificati alla Sezione 2(g)(2)(A) *PAFACAA*. Allo stato, la lista delle Nazioni che sono qualificate come “nemico straniero” dalla Sezione 4872(d)(2) del Titolo 10 del Codice federale statunitense include la Corea del Nord, la Federazione Russa, la Repubblica Islamica dell'Iran e la Repubblica Popolare cinese.

Le applicazioni identificate come *foreign adversary controlled applications* possono evitare l'esclusione dal mercato statunitense solo qualora eseguano quella che l'atto qualifica come c.d. “*qualified divestiture*” (disinvestimento qualificato) alla Sezione (2)(c) *PAFACAA*. Per disinvestimento qualificato dovrebbe intendersi una cessione delle quote sociali o vendita dell'intera società, che realizzi i due effetti specifici richiesti dalla Sezione (2)(g)(6) della medesima normativa. Il primo è che, per effetto della vendita, la società che offre l'applicazione o il servizio non sia più qualificabile come una *covered company* controllata da un nemico straniero. Il secondo è che deve venir meno qualsiasi rapporto operativo tra l'applicazione offerta sul mercato statunitense e la precedente proprietaria o suoi affiliati, incluso, per espressa previsione di legge, qualsiasi tipo di attività di collaborazione per l'operare dell'algoritmo di raccomandazione dei contenuti oppure accordi che consentano la condivisione di dati. La data di entrata in vigore delle disposizioni veniva prorogata dal Congresso a 270 giorni dalla pubblicazione della normativa⁴⁷, cioè il 19 gennaio 2025. In ragione delle modalità di formulazione delle disposizioni di cui *supra* — e del fatto che, allo stato, essa sembra attagliarsi a un'unica applicazione, già individuata come *foreign adversary controlled application*, la normativa stessa è divenuta rapidamente nota nell'opinione pubblica come “*TikTok ban*”, cioè come una misura legislativa mirata ad ottenere il blocco del social network TikTok negli Stati Uniti.

mobile application, or augmented or immersive technology application.

⁴⁷ Petitioner's application for injun-

ction pending review at 39, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

4. LA DECISIONE DELLA CORTE SUPREMA FEDERALE STATUNITENSE NEL CASO *TikTok Inc. v. Garland*: UNA QUESTIONE DI PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI O DI (MANCATO) CONTROLLO DEI CONTENUTI ONLINE?

A distanza di poco tempo dall'approvazione del PAFACAA, le società *TikTok Inc.* e *Bytedance Ltd.* propongono questione di costituzionalità della normativa presso la Corte d'Appello federale del distretto di Columbia, alla quale la stessa normativa federale riserva la competenza esclusiva sulla causa⁴⁸. La causa viene riunita con i diversi procedimenti instaurati da alcuni *content creators*, cioè da parte di soggetti privati — nella specie, sia persone fisiche, sia associazioni — che utilizzano la piattaforma per creare e diffondere i propri contenuti⁴⁹. Il ricorso — rubricato come *TikTok Inc. v. Garland*⁵⁰ — viene rigettato in primo grado il 6 dicembre 2024. Il 18 dicembre 2024 la Corte Suprema degli Stati Uniti, adita con richiesta di provvedimento d'urgenza dalla società *Bytedance*⁵¹, decide di configurare la domanda di parte alla stregua di un *writ of certiorari*⁵², che viene contestualmente accolto, dando termine alle parti per il deposito delle memorie e delle successive repliche e fissando l'udienza di discussione per la data del 10 gennaio 2025, a stretto ridosso con la data di entrata in vigore del divieto normativo, prevista per il giorno 19 dello stesso mese.

Sotto il profilo delle contestazioni in diritto, il caso di fronte alla Corte Suprema federale — che all'atto di garantire il *certiorari* limita anche le questioni su cui le parti possono argomentare — si

⁴⁸ Sezione 3(b) del PAFACAA.

⁴⁹ Cfr. anche infra, para 7.

⁵⁰ Il fascicolo del caso *TikTok Inc. v. Garland*, No. 24-113 (D.C. Cir.) è disponibile sul sito ufficiale delle Corti federali statunitensi (<https://media.cade.uscourts.gov/opinions/docs/2024/12/24-1113-2088317.pdf>, ultimo accesso: 30.01.2025).

⁵¹ Sotto il profilo tecnico, la società *Bytedance* aveva infatti depositato una richiesta di provvedimento cautelare d'urgenza che sospendesse l'entrata in vigore dell'atto (injunction), riservandosi di depositare successivamente la richiesta di riesame (petition for a writ of certiorari). Dei poteri cautelari della Corte Suprema federale, che si fanno derivare dall'ampiezza della formulazione del codice federale statunitense quanto alla possibilità delle Corti federali di emettere qualsiasi writ sia appropriato o necessario nel caso innanzi a loro (28 U.S. Code § 1651 - Writs), si è discusso ampiamente nella dottrina statunitense negli ultimi anni. In particolare, in ragione di un loro rinnovato e frequente utilizzo durante l'emergenza sanitaria da COVID-19, anche considerato che per tali provvedi-

menti non esistono regole procedurali consolidate ed anzi essi sono tradizionalmente emessi in assenza di ogni motivazione. Cfr., per tutti, K. E. PARNIGONI, *Shades of Scrutiny: Standards for Emergency Relief in the Shadow Docket Era*, in *Boston College Law Review*, 2022, 2743.

⁵² Come noto, nel sistema di giustizia costituzionale degli Stati Uniti, la maggior parte dei casi pervengono alla Corte Suprema federale tramite il sistema del writ of certiorari, in cui il soccombente nel grado precedente (c.d. petitioner) rivolge alla Corte Suprema la richiesta di emettere un ordine (appunto il writ of certiorari), con cui essa intima al giudice a quo di trasmetterle il fascicolo della causa per il riesame. L'accoglimento della richiesta è frutto esclusivamente della discrezionalità della Corte e non si configura come un diritto d'appello garantito. Cfr. per tutti, nella dottrina italiana, S. BAGNI, M. NICOLINI, *Giustizia costituzionale comparata*, Milano, 2021, 71 ss.; E. ANDREOLI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti e in America Latina: un modello accentrato a diffusione eventuale*, Bologna University Press, 2022, 108 ss.

incentra in maniera totalizzante sulla costituzionalità della legislazione federale rispetto al Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, il quale, come noto, nel proibire al Congresso di “porre in essere leggi (...) per limitare la libertà di parola o di stampa”⁵³, tutela il c.d. *free speech*, cioè garantisce la libertà di espressione. Nel giudizio innanzi alla Corte federale d’Appello del distretto di Columbia — il cui fascicolo è poi trasmesso alla Corte Suprema — gli attori propongono in realtà tre diverse prospettive di difesa. Solo la prima — la più estesa — attiene a profili di incostituzionalità dell’atto federale rispetto al Primo Emendamento. La focalizzazione sul primo Emendamento è percepita all’evidenza come una strategia processuale conveniente, considerato che il *free speech* è spesso configurato alla stregua di una vera e propria pietra miliare della concezione democratica americana⁵⁴ e fonte di una “sovrastuttura” ai sensi della quale apparirebbe sempre e comunque preferibile rigettare ogni (nuovo) limite imposto dal legislatore alla libertà di espressione, in quanto idonea a consentire la futura ammissione di restrizioni sempre più intense di tale libertà⁵⁵. Come si vedrà, tuttavia, tale *focus* sulla supposta natura censoria della normativa oggetto di vaglio costituzionale ha portato con sé notevoli criticità, in quanto ha minimizzato — fino a renderle poi irrilevanti nel giudizio innanzi alla Corte Suprema — una pluralità di altre considerazioni, in particolare quelle relative alla configurazione da darsi alla clausola di c.d. *qualified divestiture* ed alla sua liceità rispetto a principi che regolano il diritto di proprietà privata⁵⁶. Tali difese vengono formalmente espunte dal procedi-

⁵³ La traduzione italiana del Primo Emendamento è di G. SACERDOTI MARIANI, A. REPOSO, M. PATRONO, *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d’America*, Sansoni Editore, 1985, 121.

⁵⁴ Secondo la dottrina statunitense almeno tre diverse ricostruzioni teoriche avrebbero posto il *free speech* al centro della concezione democratica ed in particolare nella costruzione di un sistema politico partecipativo. Si vedano le analisi di A. BHACWAT, *In Defense of Content Regulation*, in *Iowa Law Review*, 2017, 1451. Appare altresì interessante anche la ricostruzione di Allard, il quale evidenzia come il ruolo che il *free speech* riveste nella coscienza sociale e storia politica statunitense andrebbe desunto proprio dalla forte litigiosità sul tema. Prendendo a prestito gli schemi narrativi della cultura popolare, egli paragona il *free speech* ad un pendolo tra “odio-amore” che ricorda le dinamiche delle relazioni sentimentali tra personaggi di iconiche serie TV americane; N. W. ALLARD, *Mad About The*

First Amendment, Our Beacon for Liberty, Equality and Democracy, in *Washburn Law Journal*, 2021, 45-84.

⁵⁵ In tal senso, C. R. SUNSTEIN, *The Future of Free Speech*, in L.C. BOLLINGER, G.R. STONE (eds), *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, University of Chicago Press, 2002, 285. La dottrina statunitense individuava altresì fin da inizio Duemila come la frontiera di lotta più strenua del *free speech* si sarebbe esplicitata proprio rispetto ad atti del governo che colpiscano la libertà dei singoli su come utilizzare la rete; N. WARBURTON, *Free Speech*, Oxford University Press, 2009, 81. Nella dottrina italiana, per tutti, si veda E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e “prassi”*, Giappichelli, 2008.

⁵⁶ Cfr. *infra*, para. 6. Appare altresì opportuno già evidenziare come, particolarmente con riferimento ai media, parlare di proprietà o di ownership potrebbe spesso risultare limitante e apparirebbe forse più

mento di fronte alla Corte Suprema, ma sembrano “ri-apparire” nei loro contenuti sostanziali attraverso le ricostruzioni dottrinali presenti negli atti di causa, seppure come considerazioni a margine di una ritenuta incompatibilità del *PAFACAA* con il Primo Emendamento.

La vicenda ha inevitabilmente interessato anche la dottrina statunitense, con un numero importante e sopra alla media ⁵⁷ di c.d. *brief as amici curiae*; in totale 27 ⁵⁸, anche in gran parte firmati da esponenti dottrinali e centri di ricerca. Come noto, l'*amicus curiae* rappresenta uno strumento processuale di *common law*, la cui introduzione può essere considerata risalente nel tempo ⁵⁹. Esso nasce come documento con cui un soggetto che non è parte nella causa e non ha alcun interesse concreto nell'andamento della stessa, condivide la propria conoscenza della materia, ai fini di fornire ai giudici chiamati a giudicare fatti ulteriori utili per la decisione o suggerimenti sull'interpretazione del punto di diritto ritenuto rilevante. La Corte Suprema è peraltro solita citare nel proprio ragionamento con una certa frequenza le ricostruzioni fornite in tali interventi dottrinali ⁶⁰, sicché — anche considerati i tempi ristretti con cui la stessa era chiamata a

opportuno considerare sempre il concetto di controllo (corporate control è in effetti il termine utilizzato tanto dalla legislazione federale quanto dalla sentenza). Ciò in quanto le entità che esercitano un controllo sul mezzo di informazione possono non essere limitate al soggetto o ai soggetti titolari delle quote sociali. In tal senso, per tutti, si vedano le considerazioni di D. GOLDBERG, G. SUTTER, I. WALDEN, *Media Law and Practice*, Oxford University Press, 2009, 19.

⁵⁷ In uno studio del Duemila, effettuato su un campione pari alla totalità dei casi decisi dalla Suprema Corte degli Stati Uniti tra il 1946 ed il 1995, Joseph Kerney e Thomas Merrill individuavano un totale di 34 casi in cui il numero dei brief *amicus curiae* superava il numero di 20. Evidenziavano altresì una crescita esponenziale dell'utilizzo degli stessi a partire dagli anni Sessanta, sia nel numero di deposito degli stessi (una percentuale di crescita pari al +300%), che nell'influenza esercitata sulla Corte Suprema, calcolata sulla base del quantitativo di casi in cui il contenuto degli stessi *amicus curiae* è citato nella decisione della Corte (diventato pari a circa il 37% dei casi nell'ultima decade del Novecento); J. D. KERNEY, T. W. MERRILL, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2000, 743 ss.

⁵⁸ Dei ventisette documenti depositati come brief amici curiae, 10 sono a favore

del Governo convenuto, nella quasi interità firmati da governatori statali ed ex esponenti del Congresso o impiegati delle agenzie governative. Tre sono “apparentemente” neutrali, cioè sono depositati come non in favore di alcuna delle parti. Tra questi, quello dell'entrante Presidente Trump, il quale su “sospetto” di incostituzionalità della legge chiedeva alla Corte Suprema di emettere un provvedimento di sospensione dell'esecutività dell'atto e lasciare al Governo entrante nuove trattative. I restanti 14, a favore degli attori, sono nella quasi totalità opera di singoli professori universitari, centri di ricerca, coalizioni di università e associazioni di avvocati e professionisti attivi nella difesa delle libertà fondamentali.

⁵⁹ Secondo la dottrina statunitense, documenti con tali funzioni apparirebbero nelle Corti inglesi già a metà del Milleseicento. Essi farebbero la loro prima comparsa documentata di fronte alla Corte Suprema statunitense nel 1821 e definizioni compiute di tale strumento procedurale si troverebbero diffusamente nei dizionari giuridici del Novecento. Alcune prime regole sui contenuti dello stesso, che ne segnano una entrata a pieno titolo nella procedura di fronte alla Corte Suprema degli Stati Uniti vengono adottate solo nel 1937. Si veda l'analisi di S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, in *Yale Law Journal*, 72, 1963, 694 ss.

⁶⁰ Cfr. supra, nota 58.

decidere — appare ulteriormente sorprendente che la Corte, nella propria decisione, non abbia invece considerato nessuno degli elementi forniti dalla dottrina negli appositi *amici curiae*.

Come noto, l'esito a cui perviene la Corte Suprema nella propria decisione, resa il 17 gennaio 2025, è il rigetto totale della questione di costituzionalità. Contestualmente, essa conferma l'opportunità dell'iniziativa legislativa federale. Si tratta peraltro di un risultato che appare in netta controtendenza rispetto alle aspettative dottrinali, le quali, ad un'attenta analisi del fascicolo di causa, erano orientate in maniera unitaria verso la manifesta illegittimità della normativa federale.

Invero, la questione dirimente della costituzionalità rispetto al Primo Emendamento richiede di risolvere una serie di questioni tra loro correlate. *In primis*, se la legge intenda o meno colpire attività espressive ed incida sulla libertà di espressione e, in caso di risposta affermativa a tale primo quesito, a quale tipo di scrutinio di legittimità essa debba essere soggetta. Nell'esperienza statunitense, infatti, lo *strict scrutiny* indica il più severo standard di controllo di legittimità costituzionale ⁶¹, il quale si attiva a fronte di specifiche situazioni in grado di far presumere l'irragionevolezza della legge ⁶². Tra queste, per quanto strettamente di interesse in questa sede, rientrano le restrizioni della libertà di manifestazione di pensiero basate sul contenuto dello stesso (*content-based*) ⁶³. La mentalità giuridica che guarda alle regolamentazioni che incidono sul *free speech* entro una diade tra regole basate sul contenuto del discorso (*content-based laws* ⁶⁴) e regole fondate su ragioni che sono neutrali rispetto ad esso (*content-neutral laws*) rappresenta un cardine della dottrina statunitense sul *free speech*, peraltro non scevro da critiche e difficoltà appli-

⁶¹ Per una storia e spiegazione comprensiva dell'applicazione dello *strict scrutiny*, si veda, per tutti, R. H. FALLON Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, in *UCLA Law Review*, 2007, 1268 e nella dottrina italiana, A. TURTURRO, *Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità nel controllo sulle leggi*, in *Gruppo di Pisa*, 2015, 1-64.

⁶² Si veda, per tutti, A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Giuffrè, 1994.

⁶³ A partire dagli anni Settanta del Novecento nell'interpretazione del *free*

speech da parte della Corte Suprema sarebbe diventata centrale l'idea che il governo non abbia facoltà di vietare o restringere la diffusione dei discorsi sulla base dei loro messaggi, idee, materie o contenuti. Nella decisione *Police Department of Chicago v. Mosley* del 1972 la Corte avrebbe dunque poi formalizzato che ogni atto che colpisce la libertà di espressione sulla base dei contenuti dei discorsi andrebbe sottoposto al c.d. *strict scrutiny*. Si veda A. BHACWAT, *In Defense of Content Regulation*, in *Iowa Law Review*, 2017, 1428.

⁶⁴ Si precisa che, in questo caso, l'utilizzo del termine *laws* in luogo del più generico *regulations* è fatto dall'autrice in ossequio alla stessa terminologia che è utilizzata dalla Suprema Corte nella decisione che ci interessa, *TikTok, Inc. V. Garland*, 604 U.S. — (2025), 9-10.

cative⁶⁵. Tale distinzione è peraltro stata individuata dalla dottrina come “*essentially outcome determinative*”⁶⁶, come questione cioè in grado di determinare in maniera sostanziale l’esito della causa. A tale proposito, basti considerare che esisterebbe un unico precedente in cui la Corte Suprema ha escluso l’incostituzionalità di un atto governativo che ha riconosciuto come *content-based* e sottoposto a scrutinio stretto⁶⁷. Se l’atto oggetto del sindacato è sottoposto allo scrutinio stretto, diviene necessario dimostrare che la disciplina prescelta è *narrowly tailored* (strettamente proporzionale) rispetto agli obiettivi che l’atto si propone, i quali devono altresì realizzare un *compelling public interest* (un interesse pubblico particolarmente rilevante)⁶⁸.

Nel caso in esame, l’assunto da cui muove la Corte Suprema è quello che la normativa del Congresso, sotto il profilo letterale, non sia formulata come regolamentazione di attività espressive⁶⁹. Nella ricostruzione fornita dalla Corte, infatti, l’atto inciderebbe direttamente solo sulla posizione delle società *ByteDance Ltd.* e *TikTok Inc.*, e peraltro lo farebbe esclusivamente con riferimento alle disposizioni che impongono il disinvestimento qualificato⁷⁰. Sulla scorta di tale premessa, la Corte rende immediatamente evidente come essa non intenda considerare nessuna posizione diversa da quella delle due società attrici e, in particolare, non ravveda estremi per valutare le posizioni dei *content creators*. Con riferimento alla posizione di interesse di questi ultimi, infatti, la Corte Suprema sembrerebbe ritenere che gli stessi avrebbero avuto un onere — non soddisfatto — di indicazione di precedenti in cui la Corte Suprema abbia inteso configurare una regolamentazione che riguarda direttamente il controllo societario (*corpo-*

⁶⁵ A tale proposito, i limiti di questa distinzione starebbero per parte della dottrina proprio nella sua flessibilità, tale da renderla malleabile, confusa e indeterminata. D’altronde, infatti, alla stessa sarebbe possibile approcciarsi con focalizzazioni diverse che potrebbero portare a risultati antitetici. Così, ad esempio, possono di volta in volta essere valorizzati o ammicchiliati criteri diversi, come l’interpretazione letterale della legge, gli intenti del legislatore e i lavori preparatori, gli effetti primari o secondari dell’atto. In tal senso, si vedano le analisi di R. G. WRIGHT, *Content-Based and Content-Neutral Regulation of Speech: The Limitations of a Common Distinction*, in *University of Miami Law Review*, 2006, 333-364.

⁶⁶ L’espressione è di A. BHACWAT, *In Defense of Content Regulation*, in *Iowa Law Review*, 2017, 1428.

⁶⁷ Cfr. *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1, 28-39 (2010), un caso relativo ad una legislazione statale che vietava il supporto sostanziale a organizzazioni con finalità terroristiche.

⁶⁸ Anche con riferimento all’indeterminatezza di tale test di ragionevolezza, parte della dottrina statunitense manifesta da tempo perplessità, ritenendo che esistano margini di incostituzionalità di atti che sono in grado di superare tale test, ma comunque realizzano effetti intollerabili sotto altri profili fondamentali del diritto. Cfr., sul punto, E. VOLOKH, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1996, 2417.

⁶⁹ *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. — (2025), 7.

⁷⁰ *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. — (2025), 7.

rate control) alla stregua di una regolamentazione che incide (anche) su condotte e attività espressive altrui ⁷¹.

Invero, l'argomento è per la verità, oltre che laconico, contraddittorio rispetto alla stessa funzione di una piattaforma di comunicazione social, la quale, per sua stessa natura, favorisce le comunicazioni tra soggetti terzi. Il ragionamento appare poi sconnesso dalle stesse ricostruzioni fornite nel prosieguo dalla Corte, considerato come la Corte sembri preoccuparsi del tema dello spoglio proprietario della società solo in questa sede, per poi non ritornarvi più nel corso della decisione ⁷².

Quanto alle disposizioni che colpiscono la proprietà dell'applicazione, la Corte rileva d'altronde l'incontestata ⁷³ circostanza che la vendita della piattaforma a terzi alle condizioni richieste dal legislatore (*qualified divestiture*) — e la contestuale realizzazione di un "nuovo" TikTok solo statunitense, totalmente autonomo sotto il profilo operativo rispetto alla piattaforma originaria — non sia un'ipotesi percorribile nei tempi dettati dalla normativa federale. La concreta irrealizzabilità dell'operazione deriverebbe, secondo gli attori, da tre ordini di ragioni. *In primis*, tale operazione renderebbe la nuova piattaforma una sorta di isola ⁷⁴, e, di conseguenza, ne annichilirebbe l'attrattiva commerciale per investitori e utenti, in quanto segregherebbe la platea statunitense rispetto ad ogni altra. Tale prima obiezione, per la verità, andrebbe comunque temperata con la circostanza che "l'isolamento" di una platea di utenti rispetto al mercato globale non rappresenterebbe un *unicum* per le attività della società attrice, in quanto è notorio che una versione solo cinese della piattaforma è operativa e non integrata con il mercato globale ⁷⁵. La seconda ragione attiene alla irrealizzabilità tecnologica della voluta "sepa-

⁷¹ Il laconico paragrafo che la Corte dedica alla questione dell'assenza di un interesse ad agire dei content creators è il seguente, peraltro discutibilmente coerente con le considerazioni che seguono nella decisione: "Indeed, the Act does not regulate the creator petitioners at all. And it directly regulates ByteDance Ltd. and TikTok Inc. only through the divestiture requirement. See §2(c)(1). Petitioners, for their part, have not identified any case in which this Court has treated a regulation of corporate control as a direct regulation of expressive activity or semi-expressive conduct. See Tr. of Oral Arg. 37-40. We hesitate to break that new ground in this unique case".

⁷² Cfr. anche *infra*, para. 5.

⁷³ Del fatto che il Governo statunitense non abbia mai contestato il fatto che la "vendita forzata" non fosse realizzabile, anche sotto il profilo tecnologico, nei termini richiesti dalla legge, dà atto anche la stessa

Corte Suprema, in apertura alla decisione, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. __ (2025), 7.

⁷⁴ Petition for Review of Constitutionality of the Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act at 16, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. __ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

⁷⁵ Va comunque specificato che tale considerazione va temperata con la circostanza che con riferimento all'applicazione cinese "isolata" non si sono mai posti temi di cessione della proprietà degli strumenti tecnologici e con gli altri aspetti che riguardano la fattibilità tecnologica. Sul punto peraltro, si rimanda anche alle analisi effettuate da Xiao nel proprio studio dell'applicazione delle regole cinesi in materia di moderazione dei contenuti da parte delle piattaforme social, che evidenziano come Douyin, il TikTok cinese abbia una delle policy più ampie e restrittive di con-

razione a compartimenti stagni”, in quanto l’operatività di una piattaforma totalmente indipendente dalla “casa madre”, sia sotto il profilo della gestione del codice della piattaforma, che del suo algoritmo — ammesso e non concesso che la cessione dell’algoritmo proprietario divenisse un esito voluto dalla società *Byte-dance* — non sarebbe mai realizzabile in tempi ridotti. Infine, a sostegno della irrealizzabilità dell’operazione, la ricorrente cita altresì un requisito giuridico che inciderebbe sulla alienabilità della piattaforma, cioè l’esistenza di normative cinesi che apportano restrizioni alla possibilità di esportazione delle tecnologie che originano in Cina, quale l’algoritmo della piattaforma *TikTok*, le quali possono essere vendute solo sotto autorizzazione governativa ⁷⁶.

Nella ricostruzione degli attori, la non percorribilità del disinvestimento qualificato condurrebbe alla chiusura del social network come unica vera opzione e la consapevolezza di tale “ineluttabilità” da parte del Governo realizzerebbe un tentativo senza precedenti dell’esecutivo di dettare la proprietà di un mezzo di informazione ⁷⁷, con grave violazione del Primo Emendamento ⁷⁸. Inoltre, la legislazione, nell’imporre un nuovo proprietario, impatterebbe direttamente sulle attività di diffusione e moderazione dei contenuti (c.d. *content ranking* e *content moderation*) ⁷⁹: di queste ultime attività la stessa Corte Suprema — seppur in via incidentale — aveva valutato in maniera positiva la riconducibilità al Primo Emendamento già in un recente caso del 2024, considerandole come forme di esercizio di discrezionalità editoriale (*Moody et al v. NetChoice, LLC*) ⁸⁰.

Al contrario, secondo l’*Attorney General* — che rappresenta

trollo dei contenuti online; B. Xiao, *Making the private public: Regulating content moderation under Chinese law*, in *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2023, 51.

⁷⁶ Cfr. anche *supra*, nota 28. Sotto questo profilo, gli attori segnalano altresì che l’inserimento degli algoritmi nel catalogo delle tecnologie soggette a restrizioni all’esportazione è avvenuto a ridosso dell’ordine esecutivo firmato da Trump nell’agosto del 2020, con un chiaro intento di indirizzare i tentativi di separare TikTok da ByteDance e impedire l’accesso al meccanismo di controllo algoritmico. Cfr. *Petition for Review of Constitutionality of the Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act* at 19, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

⁷⁷ Sul tema appare utile ricordare che il sistema statunitense dei media nasce come

sistema in mano ai privati e si rimanda alle considerazioni nei successivi paragrafi 5 e 6.

⁷⁸ *Petitioner’s application for injunction pending review* at 8, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

⁷⁹ *Petitioner’s application for injunction pending review* at 8, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

⁸⁰ Il caso *Ashley Moody, Attorney General of Florida, et al., v. NetChoice, LLC dba NetChoice, et al. NetChoice, LLC dba NetChoice, et al., v. Ken Paxton, Attorney General of Texas, et al.* [*Moody v. NetChoice, LLC*, 603 U. S. 707, 731 (2024)] presenta uno dei temi “più caldi” degli ultimi anni all’interno della dottrina statunitense, cioè la possibilità o meno per le legislazioni statali di incidere sulle politiche di moderazione dei contenuti online adottate dai social network, anche eventualmente in-

l'esecutivo federale — gli attori chiamerebbero comunque impropriamente in causa il Primo Emendamento, in quanto la società controllante *Bytedance Ltd.*, proprietaria dell'algoritmo di *ranking* e filtro dei contenuti sull'applicazione, sarebbe all'evidenza

troducendo forme di responsabilità civile per la rimozione o restrizione dei contenuti. Le questioni in diritto che la materia tocca sono diverse ed hanno a che vedere, tra le altre, con la natura content-based di legislazioni di questo tenore, con le preclusioni federali in materia di responsabilità civile degli internet service providers, e con la configurabilità dei social networks come “speakers” ai sensi del Primo Emendamento. I fatti che danno origine alla vicenda sono i seguenti. Nel 2021 i Parlamenti di Florida e Texas adottavano due legislazioni — rispettivamente il Senate Bill 7072 in Florida, e l'House Bill 20 in Texas — aventi ad oggetto limitazioni alla discrezionalità delle piattaforme online rispetto alla rimozione di contenuti basati sull'espressione di opinioni politiche. Entrambi gli atti venivano impugnati — di fronte alle competenti corti federali — da NetChoice LLC, un'associazione di categoria di cui fanno parte la maggioranza dei colossi tecnologici impiegati nel settore del commercio elettronico e dell'informazione, compresi, tra gli altri, Meta, TikTok e Amazon. NetChoice sosteneva che entrambi gli atti legislativi siano in contrasto con la normativa federale della Sezione 230 del Communications Decency Act (CDA) del 1996, in particolare con la sottosezione (c) la quale contiene la clausola c.d. good samaritan. Essa prevede l'immunità degli internet service providers per le attività di restrizione o rimozione di contenuti “objectionable” pubblicati da terzi effettuate in buona fede, indipendentemente dalla circostanza che tali contenuti siano tutelati costituzionalmente (“whether or not such material is constitutionally protected”). Inoltre, NetChoice sosteneva che le attività di content ranking e content moderation effettuate dai social network dovrebbero godere della tutela di cui al Primo Emendamento, in quanto equiparabili ad esercizio della discrezionalità editoriale. In tal senso, quando la società che gestisce il social decide — anche tramite sistemi algoritmici — quali informazioni disseminare e come e se diffondere i discorsi creati da altri eserciterebbe un'attività (protetta) inerentemente espressiva, dal carattere simile ad una decisione editoriale (editorial judgment). La Corte Suprema degli Stati Uniti aveva accolto il writ of certiorari sui casi nel 2023, su domanda avanzata dalla stessa Corte distrettuale della Florida nel 2022. Nel luglio del 2024, poi, la Corte Suprema

aveva rinviato la questione alle corti di merito. A fondamento di tale decisione di rinvio, presa all'unanimità, vi era l'assunto che le corti di merito non avessero effettuato un'analisi adeguatamente approfondita delle legislazioni censurate e dei relativi parametri di incostituzionalità. Nell'opinione, tuttavia, la Corte, come menzionato, esprime in obiter dicta delle considerazioni di merito sulle attività di ranking e moderazione di contenuti da parte dei social network, di cui sembrerebbe riconoscere il carattere editoriale; Cfr. la decisione *Moody v. NetChoice, LLC*, 603 U. S. 707, 731 (2024). Sul tema, come già menzionato in premessa, la dottrina appare oggi divisa tra chi ritiene che gli interventi statali che impongano obblighi o restrizioni alla moderazione dei contenuti online siano effettivamente censori della discrezionalità editoriale da riconoscersi alle piattaforme e chi non ritiene che i social network debbano godere della tutela riconosciuta dal Primo Emendamento agli “speakers”. Si veda, tra gli altri, G. SLICKLEN, *For Freedom or Full of It? State Attempts to Silence Social Media*, in *University of Miami Law Review*, 2023, 297; M. CODEANNE, *The Age of Content Regulation: Do Social Media Giants Have First Amendment Rights Too?*, in *Journal of High Technology Law*, 2023, 1; C. JONES, *The Revolution Will Not Be Moderated: examining Florida and Texas's attempts to prohibit social media content moderation*, in *Gender, Social Policy and the Law*, 2023, 209; P. TROUILLARD, *Social Media Platforms are Not Speakers. Why are Facebook and Twitter devoid of First Amendment Rights?*, in *Ohio State Technology Law*, 2023, 257. Va altresì segnalato in questa sede che riconoscere “discrezionalità editoriale” ai social network potrebbe creare non irrilevanti profili di incoerenza sistematica, considerato come la stessa ampia immunità da responsabilità civile di cui alla Sezione 230 CDA — su cui si tornerà anche infra, al paragrafo 5 — sia stata originariamente adottata con l'obiettivo di precludere l'equiparazione degli internet service providers agli editori ai fini delle azioni per danno, in particolare da diffamazione. Sul punto, sia consentito rimandare alle considerazioni svolte in G. BINATO, *È “solo un like”? Alcune riflessioni comparatistiche in materia di responsabilità civile per la reazione a contenuti controversi pubblicati sui social network*, in *Legal Roots*, 2024, 533.

l'unico soggetto alla base di ogni eventuale scelta “espressiva” si voglia riconoscere come in atto nella piattaforma e, in quanto entità straniera, non godrebbe dei diritti tutelati dal Primo Emendamento ⁸¹.

Tale contrasto nella ricostruzione delle parti viene “liquidato” dalla Corte senza entrare nel merito, in un paragrafo in cui i giudici “presumono senza con ciò decidere” (*we assume without deciding* ⁸²) che la normativa in esame rappresenti una regolamentazione di attività che non riguardano la manifestazione di pensiero (*non-expressive activity*), pur con un impatto sproporzionato su chi esercita attività espressive (*that disproportionately burdens those engaged in expressive activity*). Nella visione della Corte, tale situazione rappresenterebbe comunque una questione nuova con riguardo al tipo di *scrutiny* a cui andrebbe sottoposta ⁸³. A mezzo di tale assunzione — la quale appare peraltro quantomeno laconica nei suoi fondamenti — i giudici escludono qualsiasi prospettiva di indagine della vicenda che si fondi sulla tutela di attività (volute) espressive della società *TikTok Inc.*, cioè che si rivolga alle attività di *content ranking* svolte a mezzo degli algoritmi come attività espressive di discrezionalità editoriale, come invece sarebbe potuto sembrare possibile sulla base dei *dicta* della precedente decisione *Moody et al v. NetChoice LLC*.

Si innestano a questo punto le considerazioni dei giudici sullo scrutinio stretto e sulla natura neutrale o non neutrale della normativa rispetto ai contenuti delle manifestazioni di pensiero. Secondo la Corte Suprema, esisterebbero due tipologie riconosciute di *content-based laws* ⁸⁴. La prima, evidente, riguarderebbe le leggi che si applicano a discorsi specifici, in virtù del loro contenuto o dell'idea o messaggio che il contenuto veicola. In secondo luogo, una legislazione apparentemente neutrale (*facially content-neutral*) andrebbe comunque trattata come *content-based* qualora non possa essere giustificata senza far riferimento ai contenuti espressivi che essa regola o regola oppure sia stata adottata dal Governo in ragione del proprio disaccordo con i messaggi che tali contenuti veicolano ⁸⁵.

Sotto questo profilo, la Corte accoglie le ricostruzioni del governo convenuto e ritiene che la normativa in questione vada configurata come neutrale rispetto ai contenuti espressivi, in quanto giustificata da ragioni “agnostiche”, che attengono alla tutela dei dati personali ⁸⁶. La Corte Suprema si dice d'altronde persuasa che il trattamento differenziale riservato a *TikTok*

⁸¹ Brief for Respondents at 20, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

⁸² *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), 9.

⁸³ *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), 9.

⁸⁴ *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), 10.

⁸⁵ *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), 10.

⁸⁶ *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), 12. Sul punto, va sottolineato come la dottrina sottolinei da tempo la cir-

risponda ad una preoccupazione valida, in ragione della vastità dei dati che il *social network* raccoglie⁸⁷ e di una riconosciuta suscettibilità⁸⁸ al controllo da parte del governo cinese⁸⁹, preoccupazioni che testimonierebbero uno scopo che non avrebbe alcuna connessione diretta con i contenuti presenti su *TikTok* o i messaggi che gli stessi veicolano⁹⁰. In particolare, la Corte ritiene non conferenti le difese della società attrice, la quale sosteneva che una natura *content-based* della legislazione sarebbe ricavabile *a contrario* dalla circostanza che la normativa, nelle sue disposizioni relative alle c.d. *covered companies*, introduca un trattamento differenziale espressamente basato sui contenuti delle applicazioni. La Sezione §2(g)(2)(B) *PAFACAA*, infatti, esclude dall'operatività delle nuove disposizioni normative tutte quelle società — diverse da *Bytedance* o da suoi successori o controllate — che, pur anche quando controllate da c.d. *foreign adversaries*, gestiscano applicazioni in cui la pubblicazione e condivisione di elementi di testo, audio o video abbiano lo scopo primario di consentire agli utenti di pubblicare recensioni di prodotti o servizi o informazioni e recensioni di viaggio. Tale esclusione, secondo gli attori, testimonierebbe i profili di *underinclusivity*⁹¹ della normativa, cioè rappresenterebbe un'ipotesi di tecnica legislativa

costanza che quando la Corte Suprema individui l'esistenza di almeno un interesse governativo legittimo a sostegno dell'atto essa eviti in maniera costante la qualifica dell'atto come *content-based*, anche quando l'atto ha evidenti profili contenutistici. L'esito, come si vedrà, è quello di non applicare lo scrutinio stretto, ma uno standard di *judicial review* meno stringente, in cui più raramente si arriva ad invalidazione dell'atto. Cfr., per tutti, A. BHAGWAT, *In Defense of Content Regulation*, in *Iowa Law Review*, 2017, 1430.

⁸⁷ Sul punto, la Corte precisa che il fatto che il trattamento differenziale sia ritenuto giustificato in questa sede non vada in alcun modo interpretato in maniera estensiva: "While we find that differential treatment was justified here, however, we emphasize the inherent narrowness of our holding"; *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. (2025), 12.

⁸⁸ Sul punto vale tuttavia la pena di sottolineare lo scarso utilizzo nel caso in questione delle metodologie comparatistiche. Sono assenti, tanto nella ricostruzione della Corte quanto nei contributi dottrinali, considerazioni sulle disposizioni di legge cinese che impongono obblighi all'azienda. Anche quando poi i contributi dottrinali citano l'esistenza di alternative meno restrittive rispetto al "divieto totale", spesso individuate in obblighi di disclosure, non si

riscontrano analisi comparatistiche delle soluzioni esistenti in materia di protezione dei dati personali e controllo sulle politiche di raccomandazione e moderazione dei contenuti online. I dati su cui si fondano le determinazioni della Corte e a cui essa rimanda sono dunque nell'interità report pubblici del Congresso, che hanno valutato la questione in termini di minacce alla sicurezza nazionale. I giudici menzionano altresì che le "classified evidence" che il Governo aveva comunque depositato in tale sede non sono state considerate ai fini della decisione; *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. (2025), 13.

⁸⁹ *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. (2025), 12.

⁹⁰ *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. (2025), 11.

⁹¹ La dottrina dell'*underinclusivity* o *underinclusiveness* (letteralmente, "sotto-inclusione") sostanzierebbe alcuni elementi propri del principio di non discriminazione negli ordinamenti continentali europei, in quanto guarda alla non ragionevolezza di un trattamento differenziale di situazioni funzionalmente analoghe. In tal senso, una definizione è data da Richard Fallon, il quale scriveva: "the heart of underinclusivity is the principle that [a] statute will not survive strict scrutiny if it fails to regulate activities that pose substantially the same threats to the government's purportedly com-

illegittima. L'*underinclusivity* avverrebbe quando il rapporto tra divieto generale ed eccezioni ad esso riveli una inconsistenza nell'efficacia applicativa delle disposizioni, in quanto esso testimonierebbe un intento governativo improprio, volto a selezionare e distinguere contenuti ammissibili da contenuti inammissibili nel dibattito pubblico ⁹².

La ragione — quantomeno curiosa — per cui la Corte ritiene di non dover considerare una potenziale natura discriminatoria e *content-based* della normativa sotto questo suo possibile profilo di *underinclusivity*, sarebbe da rinvenire nel fatto che tali disposizioni non sarebbero comunque oggetto del giudizio di legittimità, in quanto hanno applicazione generale con riferimento alle c.d. *covered companies*, ma non si applicherebbero comunque mai a *Bytedance*, per la quale società esiste un divieto a sé stante, diretto ed indipendente dai contenuti delle applicazioni da essa gestite ⁹³. Esse, peraltro, nella ricostruzione della Corte, si porrebbero semmai a sostegno della natura “neutrale” delle disposizioni che riguardano direttamente *Bytedance*, in quanto testimonierebbero che in nessun modo la società potrebbe evitare il *ban* semplicemente sulla base di una modificazione dei contenuti pubblicati e/o veicolati dalla piattaforma ⁹⁴. Una volta che la Corte ha escluso che la normativa si possa qualificare come un modo “surrettizio” ⁹⁵ da parte del Governo di esercitare una “preferenza” sui contenuti espressivi, essa ritiene che al caso non si applichino le garanzie di *strict scrutiny*, ma “solamente” quelle c.d. *intermediate scrutiny* ⁹⁶.

“... compelling interest as the conduct that the government prohibits”; C. CALVERT, *Underinclusivity and the First Amendment: The Legislative Right Underinclusivity and the First Amendment: The Legislative Right to Nibble at Problems After Williams-Yulee*, in *Arizona State Law Journal*, 2016, 554.

⁹² Tale descrizione dell'*underinclusivity* fa capo al precedente *City of Ladue v. Gilleo*, su cui si veda anche oltre nota 112. Cfr. anche Clay Calvert, *Underinclusivity and the First Amendment: The Legislative Right Underinclusivity and the First Amendment: The Legislative Right to Nibble at Problems After Williams-Yulee*, in *Arizona State Law Journal*, 2016, 543.

⁹³ *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. (2025), 11.

⁹⁴ *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. (2025), 10.

⁹⁵ *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. (2025), 12.

⁹⁶ Secondo la dottrina statunitense, l'*intermediate scrutiny*, si sarebbe diffuso

all'inizio degli anni Ottanta, come tentativo di razionalizzazione dei molteplici standard che le Corti federali avevano creato per la valutazione della razionalità delle leggi con riferimento al Primo Emendamento, ciascuno dei quali appariva settoriale, in quanto applicato solo in specifici contesti (ad esempio, nella comunicazione commerciale o nel simbolismo religioso). L'*intermediate scrutiny* sarebbe divenuto rapidamente nei fatti lo standard più utilizzato di *judicial review* con riferimento al Primo Emendamento (default standard). Avrebbe poi finito negli anni per “frazionarsi” nuovamente ed in maniera sempre più problematica, con l'emergere di orientamenti giurisprudenziali che hanno abbassato o incrementato i requisiti di ragionevolezza richiesta alla legislazione, creando nuovi standard settoriali. Nel 2021, la dottrina contava infatti due standard di *intermediate scrutiny* ampiamente accettati ed utilizzati, ed almeno quattro mutazioni o ibridi. Sui temi si vedano A. BHAGWAT, *The Test that Ate Everything. Intermediate Scrutiny in First*

La Corte ritiene poi soddisfatti i presupposti ⁹⁷ di questo diverso parametro di legittimità costituzionale, il quale richiederebbe che la legislazione persegua un interesse governativo importante e sconnesso dalle attività espressive e che, nel perseguire tale interesse, il Governo non restringa le attività espressive più di quanto necessario ⁹⁸. Tale interesse pubblico sarebbe esplicitamente da rinvenirsi nella volontà di sottrarre i dati personali all'acquisizione da parte di *TikTok*. Sulla base dei report di sicurezza nazionale acquisiti al processo per opera dell'*Attorney General*, la Corte è persuasa che meritino rispetto le "determinazioni informate" ⁹⁹ del Congresso sulla circostanza che *TikTok* raccolga un quantitativo e un tipo di dati suscettibili di essere utilizzati per attività di spionaggio o comunque pericolose per la sicurezza pubblica, anche stante la circostanza che la legislazione cinese obbligherebbe le società cinesi a *disclosure* totali dei dati su richiesta governativa per ragioni di sicurezza nazionale ¹⁰⁰. Tali determinazioni per la Corte apparirebbero conclusive anche rispetto ad una diversa obiezione di *underinclusivity* che le società

Amendment Jurisprudence, in *University of Illinois Law Review*, 2007, 783-838; R. RANDALL KELSO, *The Structure of Intermediate Review*, in *Lewis Clark Law Review*, 2021, 691-758.

⁹⁷ *TikTok, Inc. V. Garland*, 604 U.S. — (2025), 13.

⁹⁸ Sul punto va altresì sottolineato che, dei diversi test di intermediate review formati negli anni, la Corte sembrerebbe applicare lo standard meno elevato, il quale richiederebbe di indagare esclusivamente se l'atto persegua in maniera ragionevole un interesse statale legittimo (rationally furthers a legitimate state interest). Sebbene formuli il suo giudizio con parole diverse, infatti, la Corte finisce per indagare quale sia l'interesse governativo che supporta l'atto — la tutela dei dati personali — ed inquadrarne la legittimità, in quanto parte delle politiche che il Congresso può normalmente perseguire nell'interesse della collettività. Soffermandosi sulla configurazione che la dottrina e i precedenti danno, tuttavia, dell'aspetto di "ragionevolezza" — anche proprio con riferimento a content-neutral regulations of speech — il ragionamento della Corte apparirebbe quantomeno frettoloso e carente. Secondo le interpretazioni consolidate, infatti, il test di ragionevolezza richiederebbe tanto un'analisi volta ad escludere che l'atto sia "irrationally underinclusive", cioè raggiunga in maniera effettiva gli obiettivi che si propone senza creare sistemi di trattamento differenziale che minano gli obiettivi perseguiti, quanto un'analisi volta ad escludere una natura "irrationally ove-

rinclusive", cioè della proporzionalità degli ostacoli che la restrizione frappona alla libertà di espressione. Sul tema, per tutti, R. RANDALL KELSO, *The Structure of Intermediate Review*, in *Lewis Clark Law Review*, 2021, 695.

⁹⁹ *TikTok, Inc. V. Garland*, 604 U.S. — (2025), 14-15.

¹⁰⁰ Rileva la Corte che tale circostanza sarebbe stata contestata dagli attori solo con l'assunto dell'implausibilità che tale richiesta da parte del Governo cinese intervenga e non, piuttosto, tramite la negazione che le società siano soggette ad un obbligo di fornire i dati, su richiesta delle autorità. Assente una verifica da parte della Corte delle disposizioni di legge cinesi effettivamente interessate, non si comprende, tuttavia, quale onere la Corte avrebbe voluto vedere soddisfatto dagli attori, i quali avrebbero dovuto "meaningfully dispute [...] the ends to which [the data] may be used"; *TikTok, Inc. V. Garland*, 604 U.S. — (2025), 14. Il tema dell'accesso indiscriminato ai dati personali da parte di autorità governative straniere, peraltro, non è nuovo per il giurista europeo. Proprio le attività di acquisizione massiva, da parte dell'agenzia di sicurezza nazionale americana, di dati personali di residenti UE raccolti dal social network Facebook è all'origine dei casi *Schrems* (I e II) decisi dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Corte Giust. UE, 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Maximilian Schrems* contro *Data Protection Commissioner* e Corte Giust. UE, 16 luglio 2020, causa C-311/18, *Data Protection Commis-*

attrici avevano sollevato, nel sostenere che apparirebbe dubitabile che la normativa sia davvero motivata da ragioni di tutela dei dati personali quando, ad una lettura sistematica, essa di fatto tollera, esclude o si disinteressa dell'acquisizione dei dati personali da parte di tutta una serie di altri colossi cinesi che raccolgono altrettanto ingenti quantità di dati personali ¹⁰¹. Sotto questo profilo, la Corte ritiene, tuttavia, che, nel giudicare la ragionevolezza di un atto legislativo rispetto agli obiettivi che esso si propone, non si possa automaticamente richiedere al Governo di indirizzare tutte le misure per perseguire un determinato interesse in un unico atto ¹⁰² e che in ogni caso persistano le ragioni per trattare singolarmente e in via primaria la situazione di *TikTok*. Stando ai giudici, inoltre, la regolamentazione proposta non ostacolerebbe in maniera sproporzionata la libertà di pensiero rispetto a quanto necessario per il perseguimento dell'obiettivo ¹⁰³, irrilevante, quando si applichi il c.d. scrutinio intermedio, la circostanza che esistano alternative meno restrittive rispetto alla libertà di manifestazione di pensiero per perseguire il medesimo obiettivo ¹⁰⁴.

Solo nelle ultime due pagine della decisione, poi, la Corte prende in considerazione la seconda e diversa *ratio* sottostante l'atto legislativo, cioè ammette che l'intento del legislatore sia anche quello di "impedire a un nemico politico di controllare l'algoritmo di raccomandazione della piattaforma ¹⁰⁵" e quindi esso risponda anche a preoccupazioni di manipolazione dei contenuti all'interno della piattaforma da parte del governo cinese. Nella ricostruzione della società *Bytedance* — e, anche nei *brief* dottrinali, come si vedrà nel prosieguo ¹⁰⁶ — tale obiettivo perseguito coinciderebbe con una volontà di controllo dei contenuti disponibili online ed inficerebbe la *ratio* di protezione dei dati

sioner contro Facebook Ireland Limited e Maximillian Schrems). Come noto, le decisioni citate hanno portato all'invalidazione di due successive decisioni di adeguatezza adottate dalla Commissione europea con riguardo al trasferimento dei dati dall'Area Economica Europea verso gli Stati Uniti. Sul punto cfr. anche, per tutti, L. DRECHSLER, I. KAMARA, *Essential Equivalence as a benchmark for international data transfers after Schrems II*, in E. KOSTA, R. LEENES, I. KAMARA (ed.), *Research Handbook on EU Data Protection Law*, Edward Elgar Publishing, 2022, 314. Per un'analisi del caso *TikTok Inc. v. Garland* in disamina dei diversi approcci adottati da Stati Uniti e Unione europea con riguardo al trattamento massivo dei dati degli utenti raccolti dalle piattaforme digitali v. anche E. Falletti, *Sovranità digitale, tutela della sicurezza nazionale e libertà di manifestazione del pensiero:*

i faticosi equilibri della sentenza *TikTok v. Garland*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2025, 81.

¹⁰¹ *TikTok, Inc. V. Garland*, 604 U.S. — (2025), 15; *Petitioner's application for injunction pending review at 28, TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. — (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁰² Nelle parole della Corte: "But "the First Amendment imposes no freestanding underinclusiveness limitation," and the Government "need not address all aspects of a problem in one fell swoop."; *TikTok, Inc. V. Garland*, 604 U.S. — (2025), 15.

¹⁰³ *TikTok, Inc. V. Garland*, 604 U.S. — (2025), 16.

¹⁰⁴ *TikTok, Inc. V. Garland*, 604 U.S. — (2025), 17.

¹⁰⁵ *TikTok, Inc. V. Garland*, 604 U.S. — (2025), 18.

¹⁰⁶ Cfr. *infra*, para. 4.

personali, tradendo la natura *content-based* dell'atto e attivando il c.d. *strict scrutiny*. Anche con riferimento a tale obiezione, la Corte Suprema si dice non persuasa. In particolare, secondo i giudici, gli attori non avrebbero in alcun modo provato che lo *strict scrutiny* si applichi ad atti legislativi dalle *rationes* commiste, ovvero che combinino motivazioni *content-based* e *content-neutral* ¹⁰⁷. In ogni caso, la Corte chiude la sua trattazione dicendosi comunque convinta che, sulla base dei dati raccolti nel procedimento, la normativa sarebbe stata approvata dal Congresso anche se sostenuta sulla sola base del legittimo interesse alla tutela dei dati personali — in sé *content-neutral* — e che, per tali circostanze, essa risulti essere esente da profili di incostituzionalità ¹⁰⁸.

Nella negazione dei profili di incostituzionalità, d'altronde, appare cruciale la scelta dei giudici di utilizzare l'espressione "*we assume without deciding*" ¹⁰⁹ prima di affermare che l'atto legislativo di cui è causa non regola in maniera diretta attività espressive. La presunzione che la legislazione federale incida direttamente sul controllo societario — e solo incidentalmente impatti discorsi tutelati costituzionalmente — sembrerebbe infatti funzionale, come anticipato, a non indagare tutte quelle argomentazioni in diritto che si fonderebbero sul precedente del 2024 *Moody v NetChoice* — solo menzionato dalla Corte ¹¹⁰ — in cui la stessa aveva riconosciuto la natura espressiva — *rectius*, editoriale — delle attività esercitate dai social network tramite il filtraggio e la moderazione dei contenuti. Una volta "sfrondato" dai temi da trattarsi quello di eventuali attività di natura espressiva che facciano capo alla stessa società *TikTok*, la Corte si focalizza solo sugli interessi perseguiti dalla legge federale, ed in particolare sulla sostenibilità di una prevalenza e sufficienza dell'obiettivo di tutela dei dati personali a motivare gli effetti restrittivi sulla libertà di espressione.

5. PRIMO EMENDAMENTO, PIATTAFORME DI COMUNICAZIONE SOCIAL E TRATTAMENTO DEI DATI.

Se si raffrontano le argomentazioni che fondano la decisione della Corte Suprema con i contenuti dei numerosi *brief* dottrinali depositati nella causa a favore degli attori, emergono salienti perplessità. Sussiste infatti una discrepanza tra i temi in diritto che la Corte Suprema ha deciso di non approfondire e l'importanza che gli stessi argomenti rivestono in maniera costante e

¹⁰⁷ *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. (2025), 18.

¹⁰⁸ *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. (2025), 18.

¹⁰⁹ *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. (2025), 9.

¹¹⁰ *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. (2025), 8.

ripetuta nei singoli contributi dottrinali, al punto da creare quasi l'impressione che la causa decisa non abbia nemmeno davvero ad oggetto le materie approfondite dalla dottrina.

Una certa incoerenza e incompletezza delle argomentazioni della Corte apparirebbe, tuttavia, in diversi momenti della decisione. La sentenza si apre infatti sulla citazione di precedenti ¹¹¹ che affermano come una legislazione che proibisca l'utilizzo di un intero mezzo di comunicazione andrebbe configurata come intrinsecamente pericolosa, e in quanto tale sottoposta allo *strict scrutiny*, anche in ragione del quantitativo di discorsi che la stessa sopprime. La Corte Suprema si dimostra poi nelle proprie argomentazioni consapevole che il rigetto della questione di costituzionalità coinciderà con la chiusura di una piattaforma espressiva con 170 milioni di utenti negli Stati Uniti ¹¹² e dichiara di accettare come incontestato il fatto che l'alternativa offerta dal governo — la c.d. *qualified divestiture*, che preserverebbe l'operatività del social network negli Stati Uniti, se gestito da proprietari diversi — non sia concretamente percorribile. Si è visto già, altresì, come la configurazione del *PAFACAA* alla stregua di una regolamentazione che riguarda direttamente solo restrizioni proprietarie — di controllo sociale (*corporate control*) — venga utilizzata al fine di escluderne la natura di *content-based law*. La Corte non tornerà più sul tema, e, in particolare, non si occuperà della natura di tale clausola, della sua coerenza sistematica e della sua liceità ¹¹³. La configurazione della normativa come normativa che attiene a restrizioni proprietarie, così poco circostanziata, è tuttavia fondante rispetto al porre il *PAFACAA* al di fuori del “trigger” di tutela dello scrutinio stretto.

L'impostazione complessiva adottata dalla Corte appare peraltro agli antipodi rispetto a quella prospettata dalla dottrina statunitense nei *brief* depositati in causa. Secondo la dottrina, infatti, gli elementi — tanto del testo di legge, quanto delle vicende che hanno portato alla sua approvazione — che testimonierebbero un carattere manifestamente censorio e di controllo dei contenuti della legislazione, sarebbero così numerosi che la maggior parte degli autori dei c.d. *amici curiae* nemmeno ha percepito l'esigenza di analizzare l'ipotesi del c.d. *intermediate scrutiny*, certa che l'atto legislativo non potesse che essere analizzato alla luce del c.d. *strict scrutiny* ¹¹⁴. Va da sé, poi, che molti degli

¹¹¹ La circostanza che siano particolarmente preoccupanti le legislazioni che determinano la chiusura di un mezzo di espressione (“voiced particular concern with laws that foreclose an entire medium of expression”) è citata come parte dei precedenti *City of Ladue v. Gilleo*, 512 U. S. 43, 54-58 (1994) e *Rumsfeld v. Forum for Academic*

and Institutional Rights, Inc., 547 U. S. 47, 68 (2006); cfr. *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), 8.

¹¹² *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), 8, 19.

¹¹³ Sul punto, cfr. *infra*, para. 6.

¹¹⁴ A titolo esemplificativo e non esaustivo, tra i *brief amici curiae* depositati in

argomenti esposti dalla dottrina sono comuni anche alla strategia difensiva che era stata adottata dai legali degli attori.

Innanzitutto, secondo parte della dottrina, deporrebbe a favore della necessità di uno *strict scrutiny* già solo l'elemento fattuale che il divieto di operare su un territorio per specifici media o piattaforme di informazione sull'assunto di una preoccupazione della propaganda straniera costituisca una pratica tradizionalmente associata a governi autoritari ¹¹⁵ e che le stesse legislazioni federali che hanno in passato costituito forme di esclusione "ideologica", che hanno cioè ristretto l'accesso alle informazioni e al dibattito pubblico sulla base di timori di propaganda siano ora guardate con imbarazzo e vergogna (*embarrassment and shame*) ¹¹⁶. Secondo la dottrina statunitense, poi, una normativa che ha come effetto quello di comportare la chiusura di una piattaforma di comunicazione rappresenterebbe un classico esempio di *prior restraint* ¹¹⁷. La dottrina del *prior restraint* — la

causa in cui l'atto è analizzato esclusivamente come soggetto a *strict scrutiny* ed incompatibile con i parametri dello stesso: Brief of the Knight First Amendment Institute at Columbia University, Free Press and Pen American Center as Amici Curiae in support of Petitioners, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657; Brief of National Security Professors Aaronson, Edgar and Klein as Amici Curiae in support of Petitioners, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657; Brief of First Amendment and Internet Law Professors as Amici Curiae in support of Petitioners, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657; Brief of the Cato Institute as Amicus Curiae in support of Petitioners, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657; Brief of Professor Milton Mueller as Amicus Curiae in support of Petitioners, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657; Brief of Asian Americans Advancing Justice and the Fred T. Kore-Matsu Center for Law and Equality supporting no party, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657; Brief amici curiae of American Civil Liberties Union, et al. in support of petitioners at 10, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹¹⁵ Il brief depositato dal Knight First Amendment Institute della Columbia University, e redatto congiuntamente all'associazione contro la censura PenAmerica, contiene un elenco nutrito di esempi, risalenti e recenti, di divieti di accesso a media e canali di comunicazione Nazioni che presentano criticità sotto il profilo democratico. Le argomentazioni includono una certa ironicità

sul fatto che proprio lo stesso TikTok non sia annesso in Cina, dove opera una diversa versione della piattaforma dal nome Douyin, con un controllo importante sui contenuti ammessi. Si veda Brief of the Knight First Amendment Institute at Columbia University, Free Press and Pen American Center as Amici Curiae in support of Petitioners at 9-13, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657. Cfr. anche supra, nota 76.

¹¹⁶ Sul punto, il brief della Columbia cita il caso dello scrittore e drammaturgo italiano Dario Fo, al quale, nel 1983, venne negato l'ingresso negli Stati Uniti in virtù di una legislazione federale del 1952, il McCarran-Walter Act, adottato durante la guerra fredda onde prevenire l'ingresso di anarchici e comunisti negli Stati Uniti e poi abrogato nel 1990. Secondo la dottrina, al tempo, la peculiare motivazione alla base del diniego di Fo a presenziare ad un dibattito negli Stati Uniti fu che, sebbene nessuno fosse persuaso che Fo avrebbe fomentato idee rivoluzionarie, egli "non aveva mai parlato bene degli Stati Uniti"; Brief of the Knight First Amendment Institute at Columbia University, Free Press and Pen American Center as Amici Curiae in support of Petitioners at 15, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657. Peraltro, proprio la decisione della Corte Suprema si apre con una affermazione su come, quando si decida dell'applicazione di regole giuridiche consolidate a problemi totalmente nuovi sarebbe opportuno fare attenzione a non imbarazzare il futuro (*embarrass the future*); cfr. TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), 1.

¹¹⁷ Cfr., tra gli altri, Brief amici curiae of Foundation for Individual Rights and Expression, et al. in support of petitioners at 13,

quale curiosamente non appare mai nelle argomentazioni della Corte — rappresenterebbe un'importante costante di metodo nella valutazione delle restrizioni che attengono al Primo Emendamento, in quanto atterrebbe ad una grave presunzione di illegittimità costituzionale di qualsiasi atto legislativo che impedisca preventivamente la diffusione di determinati discorsi ¹¹⁸, anche quando essi potrebbero rappresentare oggetto di sanzione penale o responsabilità civile ¹¹⁹. Si tratta nella sostanza di una dottrina costituzionale che guarda alla forma dell'azione legislativa ¹²⁰, la quale interviene sulla libertà di espressione o su quella di stampa, impedendo preventivamente la pubblicazione e diffusione di certi discorsi e, contestualmente, prescinde tanto dai fini perseguiti dal legislatore quanto dagli specifici contenuti del discorso. Tale dottrina risulterebbe connessa ad un altro “grande assente” nell'*opinion of the Court*, la ricostruzione cioè del Primo Emendamento quale diritto dei cittadini di “ricevere informazioni ed idee ¹²¹”. Quest'ultimo, infatti, proteggerebbe il diritto di ciascun individuo di accedere a ed interagire con idee e informazioni che provengono dall'estero o da media — e piattaforme online — di proprietà straniera ¹²². Sul punto, diversi *brief as amici curiae* citano il noto precedente del 1965, *Lamont v. Postmaster General* ¹²³, nel quale la Corte Suprema aveva annullato una legislazione federale che ostacolava l'accesso a informa-

TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657; Brief amici curiae of American Civil Liberties Union, et al. in support of petitioners at 10, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657; Brief of the Knight First Amendment Institute at Columbia University, Free Press and Pen American Center as Amici Curiae in support of Petitioners at 20, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹¹⁸ Una spiegazione essenziale e chiara della dottrina è data da Emerson, il quale scrive: “The concept of prior restraint, roughly speaking, deals with official restrictions imposed upon speech or other forms of expression in advance of actual publication. Prior restraint is thus distinguished from subsequent punishment, which is a penalty imposed after the communication has been made as a punishment for having made it. Again speaking generally, a system of prior restraint would prevent communication from occurring at all; a system of subsequent punishment allows the communication but imposes a penalty after the event.”; T. I. EMERSON, *The Doctrine of Prior Restraint, in Law and Contemporary Problems*, 1955, 648-671.

¹¹⁹ Per una descrizione della dottrina in relazione ai casi di restrizioni al free speech si veda, per tutti, M. H. REDISH, *The*

proper role of the prior restraint doctrine in First Amendment Theory, in *Virginia Law Review*, 1984, 53-100.

¹²⁰ In tal senso, S. R. BARNETT, *The Puzzle of Prior Restraint*, in *Stanford Law Review*, 1977, 543.

¹²¹ Si veda Brief of the Knight First Amendment Institute at Columbia University, Free Press and Pen American Center as Amici Curiae in support of Petitioners at 5, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹²² Brief of the Knight First Amendment Institute at Columbia University, Free Press and Pen American Center as Amici Curiae in support of Petitioners at 7, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹²³ Si vedano, ad esempio, Brief of the Cato Institute as Amici Curiae in support of Petitioners at 5, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657; Brief of the Knight First Amendment Institute at Columbia University, Free Press and Pen American Center as Amici Curiae in support of Petitioners at 6, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657; Brief of First Amendment and Internet Law Professors as Amici Curiae in support of Petitioners at 13, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657; Brief of Professor Mil-

zioni provenienti da alcuni Stati stranieri, imponendo ai privati cittadini un obbligo di notificare preventivamente all'ufficio postale di residenza la propria intenzione di ricevere dall'estero materiali che il Governo avrebbe potuto catalogare alla stregua di propaganda comunista. Peraltro, secondo parte della dottrina, proprio una sorta di autoevidenza del carattere discriminatorio di legislazioni che colpiscono le informazioni per il fatto di provenire da Paesi politicamente non affini agli indirizzi di governo degli Stati Uniti sarebbe stata alla base di cambi di indirizzo spontanei in passato da parte dell'esecutivo. Difatti, quanto di più simile negli effetti sembra trovare la dottrina statunitense al tipo di restrizione che il *PAFACAA* impone sarebbe un caso del 1980, *The Nation v. Haig*¹²⁴, relativo al sequestro alla dogana di pubblicazioni dirette negli Stati Uniti da Cuba, peraltro mai giunto a decisione di fronte alla Corte Suprema in ragione dell'annullamento della decisione amministrativa che aveva dato origine al contenzioso da parte del governo stesso¹²⁵.

La *ratio* sottostante la dottrina del *prior restraint* — ed in particolare l'idea che non dovrebbe impedirsi la pubblicazione di materiali e informazioni controverse — parrebbe d'altronde essere anche alla base della “immunità assoluta”¹²⁶ — che ha interessato Internet e i social network negli Stati Uniti fin dalla loro nascita¹²⁷. L'attitudine del diritto statunitense rispetto al fenomeno di (quasi assente) regolamentazione dei social network¹²⁸, si fonda, infatti, sulla Sezione 230 del *Communications Decency Act (CDA)*, una normativa federale adottata nel 1996 con l'intento di distinguere e sottrarre Internet al regime di responsabilità civile — ed in particolare diffamatoria — che interessa la stampa tradizionale. Come noto, la Sezione 230(c)(1) *CDA* statuisce che « *no provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider* »¹²⁹. Ciò significa che né gli *Internet Service Providers*, né tantomeno gli

ton Mueller as Amicus Curiae in support of Petitioners at 9, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹²⁴ Cfr. Brief of the Knight First Amendment Institute at Columbia University, Free Press and Pen American Center as Amici Curiae in support of Petitioners at 19, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657;

¹²⁵ Si precisa altresì qui che l'atto, analogamente a quanto accaduto con TikTok durante il primo mandato di Trump, era stato giustificato sulla base dei poteri attribuiti dallo IEEPA. Cfr. *supra*, para. 2.

¹²⁶ L'espressione è presa da R. A. EPSTEIN, *Privacy, Publication, and the First Amendment: The Dangers of First*

Amendment Exceptionalism, in *Stanford Law Review*, 2000, 1003.

¹²⁷ Sul punto cfr. anche *supra*, nota 81.

¹²⁸ Notoria è divenuta l'espressione coniata dal giurista Kosseff, ed utilizzata come titolo della sua monografia, che vuole la Sezione 230 del *Communications Decency Act* come “le venti parole che hanno creato Internet”, cioè l'origine della libertà quasi indiscriminata della rete, e per osmosi, del suo successo; J. KOSSEFF, *The Twenty Words That Created the Internet*, in *Cornell University Press*, 2019.

¹²⁹ La Sezione 230 *CDA* definisce alla sua lettera f) “information content provider” come « *any person or entity that is responsible, in whole or in part, for the creation or development of information provided through the Internet or any other interactive computer service* ».

utenti di un servizio della società dell'informazione possono essere considerati alla stregua di editore o portavoce di una qualsiasi informazione originariamente pubblicata da terzi. La normativa sembrerebbe dunque vedere nella struttura di Internet differenze sostanziali rispetto al modello di pubblicazione della stampa tradizionale, che è improntato sulla struttura autore-editore-distributore¹³⁰. Nel modello di pubblicazione della stampa, infatti, sono individuati in maniera chiara soggetti che esercitano un qualche tipo di controllo e ingerenza sulla pubblicazione e diffusione dei contenuti e, conseguentemente, responsabilizzati¹³¹. Quando la Corte Suprema degli Stati Uniti, nel 1997, decide il primo caso riguardante la libertà della rete Internet (*Reno v. ACLU*¹³²), con riguardo ai contenuti dell'allora appena pubblicato *Communications Decency Act*, sembra poi statuire con convinzione che in ogni caso Internet debba rientrare nella stessa

¹³⁰ In tal senso, si veda G. M. DICKINSON, *Beyond Social Media Analogues*, in *NYU Law Review*, 2024, 109. Sul tema delle difficoltà nella riconduzione di Internet alla disciplina prevista per la stampa, si veda anche, con riferimento al quadro italiano, C. MELZI D'ERIL, *L'applicabilità della disciplina prevista per la stampa a Internet: l'ultima puntata di una lunga storia, tra legislatore assente e giurisprudenza (molto) creativa*, in *Media Laws*, 2024, 9.

¹³¹ Sul punto, appare opportuno evidenziare che la dottrina è fortemente divisa sul valore da riconoscersi oggi alla Sezione 230 CDA, la quale presenterebbe evidenti criticità di carattere sistematico. Nella dottrina statunitense vi è infatti anche chi ha sostenuto che il Communications Decency Act sarebbe in sé qualificabile come content-based regulation ed, in quanto tale, illegittimo. In particolare, la Sezione 230 si fonderebbe su una contraddizione essenziale, in quanto nell'escludere che i social network siano qualificabili come "publisher", andrebbe poi invece ad attuare un'immunità che è protettiva proprio di funzioni che sono tipiche dell'editore, cioè creerebbe una immunità per le scelte editoriali di diffusione dei contenuti e quindi costituirebbe una "licenza" a favorire discrezionalmente alcuni contenuti su altri. In tal senso, S. A. READER, *The Censorship Constraint and Rulemaker State Action: Are Section 230's Immunity Provisions Unconstitutional Content-Based Regulations?*, in *West Virginia Law Review*, 2022, 591. Tale individuata criticità apparirebbe confermata dalle più recenti evoluzioni giurisprudenziali. Come si è citato più volte sinora, infatti, negli ultimi due anni sono emerse ricostruzioni "tutelative" delle politiche private di moderazioni dei contenuti — proprie di ogni singolo social network in quanto parte delle c.d. linee guida della comunità — che si fondano sul riconoscimento di discrezionalità editoriale ai social network. Tale apertura, tut-

tavia, renderebbe ancor più percepibile come ingiustificata la rigida deresponsabilizzazione delle piattaforme, basata proprio sulla negazione di una natura editoriale delle piattaforme. La Sezione 230 del Communications Decency Act negli ultimi anni va dunque incontro a sempre maggiori critiche, in quanto si ritiene che abbia avuto come risultato quello di consentire un piccolo "club di nomi miliardari" di esercitare il controllo indiscriminato su un flusso di dati e informazioni senza precedenti. Sul punto, si veda anche K. LALA, *TikTok the Tortfeasor: A Framework to Discuss Social-platform Externalities and Arguments Favoring Ex Ante Mitigation*, in *University of Chicago Law Review*, 2024, 1765. Dopo l'epidemia da COVID-19, peraltro, un paio di Stati federati hanno dimostrato crescente preoccupazione rispetto al fenomeno di diffusione della disinformazione e dell'odio online. Tra il 2021 ed il 2022, infatti, sia lo Stato della California (AB 587) che quello di New York (AB A7865A) hanno imposto alcuni requisiti relativi alle politiche di moderazione dei contenuti. Complessivamente, entrambi gli richiedono una maggiore trasparenza nelle condizioni di servizio con l'utente e sulle politiche di moderazione dei contenuti ed instaurano obblighi di presentare ai competenti organi governativi report periodici, che ricordano alcuni degli oneri contenuti per l'Unione Europea nel Digital Services Act (DSA). Mentre l'atto californiano richiede il tracciamento di condotte che riguardano sia odio online che disinformazione, la legislazione dello Stato di New York si focalizza sulle hateful conducts, richiedendo altresì ai social network l'instaurazione di chiari meccanismi di reclamo. Sul punto, si veda anche G. M. DICKINSON, *Beyond Social Media Analogues*, in *NYU Law Review*, 2024, 112-113.

¹³² *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 870 (1997).

categoria di protezione riservata ai media tradizionali ed in particolare ai giornali e che, in quanto tale, ogni legislazione restrittiva vada valutata sotto il profilo del c.d. *strict scrutiny*¹³³. Proprio nella stessa decisione, peraltro la Corte statuisce che la “fruibilità” di diversi mezzi di informazione non rappresenti mai un elemento di accettabilità della chiusura forzata di un altro media¹³⁴.

Con questo quadro di partenza, il punto di arrivo della decisione della Corte Suprema nel caso TikTok desta evidenti perplessità. Tuttavia, ritenere che la giurisprudenza statunitense abbia rispetto alla Rete una prospettiva unitaria — o quantomeno coerente — appare difficile. La stessa abdicazione ad una regolamentazione privatistica che responsabilizzi i social network per il design degli algoritmi di filtraggio e moderazione e le pratiche di trattamento dei dati personali parrebbe alimentata dal timore che la stessa venga qualificata come mirata a prevenire la diffusione di specifici “contenuti”¹³⁵, all’interno di un sistema che orbita tra prospettive di parziale accettazione¹³⁶ e di strenuo rifiuto circa l’esistenza di contenuti più tutelabili di altri¹³⁷.

Sotto questo profilo, la decisione in esame ben esprime le criticità del sistema statunitense, il quale finisce per accettare la totale chiusura di una piattaforma online in luogo di richiedere al legislativo di adottare misure più bilanciate e meno invasive dei diritti degli individui¹³⁸, anche per il tramite di una responsabi-

¹³³ Sotto questo profilo, peraltro, parte della dottrina, prima della decisione di cui è questione, aveva anche sostenuto che la posizione della Corte Suprema si fosse caratterizzata per una modalità di protezione pervasiva e indiscriminata della Rete. In tal senso, M. S. KENDE, *Social Media, The First Amendment and the Democratic Dysfunction in the Trump Era*, in *Drake Law Review*, 2020, 276.

¹³⁴ Cfr. la ricostruzione fornita in Brief of the Knight First Amendment Institute at Columbia University, Free Press and Pen American Center as Amici Curiae in support of Petitioners at 27, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657;

¹³⁵ Cfr. anche supra, la dottrina del prior restraint, nota 119.

¹³⁶ Sul punto si vedano le iniziative legislative di California e Stati Uniti esplicitate in nota 132.

¹³⁷ Secondo la ricostruzione dottrinale, quando la Corte Suprema statunitense, negli anni Settanta, ha iniziato ad utilizzare la distinzione tra content-based e content-neutral laws, essa accettava altresì l’esistenza di contenuti “di serie A” e “di serie B”: riteneva cioè che alcuni tipi di

discorsi dovessero godere di una tutela più forte di altri e che alcune tipologie di discorsi potessero anche non godere di alcuna tutela. Se da un lato l’uso della distinzione content-based per giudicare della legittimità delle leggi si è fatta sempre più forte e diffusa, dall’altro i confini di non tutelabilità di alcune tipologie di discorso sono divenuti incerti o spariti del tutto. Un esempio prominente sono le informazioni false. Nel 1974, infatti, la Corte Suprema aveva statuito che i discorsi falsi non meritassero alcuna tutela e potessero essere soppressi senza alcuna lesione costituzionale (“there is no constitutional value in false statements of facts”). A inizio del Duemiladieci, tuttavia, la posizione della Corte è cambiata radicalmente, riconoscendo una tutela anche a “menzogne intenzionale”. Un’evoluzione simile ha interessato i discorsi violenti, che sono ora tutelati, indipendentemente dalla gravità o dalla natura grottesca. Sul punto, si vedano le analisi di A. BHACWAT, *In Defense of Content Regulation*, in *Iowa Law Review*, 2017, 1446-1450.

¹³⁸ Tra le misure citate dalla dottrina, ad esempio, obblighi di disclosure e trasparenza. Ciò anche considerato come una crescente parte dei giovani americani utilizzi

lizzazione dei social network. La questione su cui sembra legittimo interrogarsi è quella della possibile incompatibilità tra, da un lato, il concetto di “neutralità rispetto ai contenuti” e, dall’altro, le vicende che hanno portato all’introduzione della normativa e le stesse difese esperite dal Governo in giudizio. Infatti, la discussione della normativa in Congresso si è fondata dichiaratamente sul timore di “manipolazione dei contenuti online ¹³⁹” e la difesa di essa in giudizio si è basata sull’esigenza di evitare che la Repubblica Popolare Cinese, esercitando la propria influenza sugli algoritmi di filtraggio e raccomandazione, “alteri il mix dei discorsi online ¹⁴⁰”; tutto ciò non appare in alcun modo neutrale rispetto ai contenuti che vengono pubblicati e diffusi sul social network TikTok.

Ed è d’altronde a questo punto che diviene evidente l’illusorietà del tentativo di astrarre il piano della legittimità costituzionale da considerazioni sugli effetti privatistici della legislazione federale, la quale intende impedire di operare negli Stati Uniti ad applicazioni che fondino i loro servizi sulla pubblicazione, l’accesso e la condivisione di contenuti generati dai privati, in forza del fatto che il soggetto che esercita un controllo sulla società che gestisce l’applicazione abbia un collegamento con determinate Nazioni, ritenute un nemico politico degli Stati Uniti. Complessivamente, dunque, la normativa pone delle restrizioni che, allo stato, “*targetizzano*” la sola società TikTok, in ragione dell’attività che essa svolge e dei tipi di contenuti che si ritiene essa possa pubblicare e promuovere, per la sua connessione con il territorio cinese. Secondo la dottrina, la dipendenza della legislazione dai contenuti della piattaforma — e la contestuale non primarietà del tema della protezione dei dati — sarebbe testimoniata dalla stessa modalità di formulazione della normativa. Quest’ultima infatti, conterrebbe eccezioni applicative non spiegabili sotto il prisma di un

proprio la piattaforma come strumento primario di informazione e come invece i report depositati dal Governo non contengano elementi in grado di delineare una minaccia attuale e concreta, né valutazioni di impatto su misure che raggiungano gli obiettivi senza sopprimere la libertà di espressione di milioni di utenti; Brief of First Amendment and Internet Law Professors as Amici Curiae in support of Petitioners at 17-20, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. — (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹³⁹ Sotto questo profilo, si veda, in particolare, il Brief depositato dai Professori della Columbia University, il quale ricostruisce come, nel periodo di introduzione dell’atto, nelle interviste rilasciate in pubblico da esponenti del potere legislativo,

nonché dai record della discussione dell’atto al Congresso emerga come il tema primario sia sempre stato quello della “propaganda” a favore di Governi non allineati con gli Stati Uniti; Brief of the Knight First Amendment Institute at Columbia University, Free Press and Pen American Center as Amici Curiae in support of Petitioners at 23-27, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. — (2025), Nos. 24-656 and 24-657. In tal senso, anche le analisi in Brief of First Amendment and Internet Law Professors as Amici Curiae in support of Petitioners at 28-30, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. — (2025), Nos. 24-656 and 24-657;

¹⁴⁰ Cfr. Brief for Respondent at 2, 4, 6, 14, 18, 20, 25-27, 37-41, TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. — (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

intento di tutela dei dati personali, in quanto, anche quando essa guarda a future applicazioni per le c.d. *covered companies*, si applica non in ragione di tipologie o volumi di dati raccolti, ma qualora le società gestiscano applicazioni che consentono agli utenti di generare e condividere contenuti e informazioni che hanno carattere espressivo, con eccezioni che “fanno salvi” alcuni contenuti espressivi “meno preoccupanti”¹⁴¹, come le recensioni di prodotti e viaggi. D'altronde — rileva la dottrina — qualora il Congresso avesse voluto concretamente proteggere i dati dei residenti statunitensi da abusi derivanti (anche) dal trasferimento verso paesi non ritenuti sicuri per ragioni di sicurezza nazionale, avrebbe potuto adottare una legislazione comprensiva della materia del trasferimento dei dati¹⁴². Il fulcro del *PAFACAA* non è invece mai è quello dei dati personali, menzionati un'unica volta nella normativa, alla Sezione 2(b) al solo fine di statuire un diritto degli utenti alla portabilità dei dati¹⁴³. *A fortiori*, la circostanza

¹⁴¹ In tal senso, Brief amici curiae of Foundation for Individual Rights and Expression, et al. in support of petitioners at 11, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. — (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁴² Si segnala peraltro, che secondo parte della dottrina, la ricostruzione di una competenza federale a legiferare in maniera onnicomprensiva sul tema del trasferimento dei dati con riferimento alle attività dei privati richiederebbe una riflessione più approfondita. Come noto, la materia della protezione dei dati personali, nell'ordinamento statunitense, è soggetta a una biforcazione tra regole che attengono al trattamento dei dati personali da parte del Governo e regole che attengono ai trattamenti dei privati. Inoltre, le regole che riguardano la protezione dei dati personali sono oggetto di legislazioni settoriali che si applicano a dati specifici, ad esempio i dati sanitari (HIPAA) o a determinati gruppi di persone, ad esempio i minori (COPPA). Cfr. per tutti, N. RICHARDS, A. SERWIN, T. BLAKE, *Understanding American Privacy*, in G. GONZÁLEZ FUSTER, R. VAN BRAKEL, P. DE HERT (ed.), *Research Handbook on Privacy and Data Protection Law*, Edward Elgar Publishing, 2022, 60. Nel 2024 è stata introdotta una proposta di legislazione federale omnibus, l'*American Privacy Bill Act of 2024* (H.R. 8188, disponibile online al sito istituzionale del Congresso Federale, all'indirizzo: [https://www.congress.gov/bills/118th/congress/house-bill/8318/text#:~:text=Introduced%20in%20House%20\(06%2F25%2F2024\)&text=To%20provide%20Americans%20with%20foundational,enforcement%2C%20and%20for%20other%20purposes](https://www.congress.gov/bills/118th/congress/house-bill/8318/text#:~:text=Introduced%20in%20House%20(06%2F25%2F2024)&text=To%20provide%20Americans%20with%20foundational,enforcement%2C%20and%20for%20other%20purposes). Sono invece allo stato 13 gli Stati federati che hanno adottato una propria regolamentazione statale della materia della protezione dei dati dei consumatori. Peraltro, ciò dovrebbe altresì richiedere di riconoscere in maniera definitiva il valore commerciale dei dati personali e, di conseguenza, l'ampia competenza federale. Come si è visto, invece, il tema è stato spesso sinora trattato dalla giurisprudenza in maniera inconcludente, considerato che essa ha qualificato in passato restrizioni generali al brokeraggio dei dati come restrizioni al free speech (cfr. *Sorrell v. IMS Health Inc.* del 2011) e parlato dei contenuti dei social network come informazioni senza alcun valore economico. Cfr. anche A. BHAGWAT, *In Defense of Content Regulation*, in *Iowa Law Review*, 2017, 1446-1450.

¹⁴³ Secondo parte della dottrina, peraltro, questa stessa disposizione rivelerebbe ulteriormente il disinteresse del Governo rispetto al tema dei dati. Essa, infatti, obbliga la società a fornire agli utenti che lo richiedano una copia dell'intero contenuto del proprio profilo. La circostanza che la disposizione consideri un obbligo che va evaso solo su richiesta, senza oneri informativi per gli utenti, e nei limiti temporali ristretti, prima dell'entrata in vigore dell'atto e non anche per un periodo di tempo successivo, dimostrerebbe il totale disinteresse verso il fatto che la maggior parte degli utenti non ne verrà a conoscenza e dunque perderà, alla chiusura del social network, tutti i propri dati e contenuti. In tal senso, Brief of First Amendment and Internet Law

che nella stessa *omnibus legislation* ¹⁴⁴ che contiene il *PAFACAA* ci sia una *Division* che si occupa del brokeraggio dei dati verso questi stessi Stati, il *PADFAA* ¹⁴⁵ — e che rappresenta un ulteriore provvedimento alquanto limitato negli effetti ¹⁴⁶ — testimoniarebbe la circostanza che un miglioramento sensibile della situazione di tutela dei dati personali dei residenti americani non è raggiunto, in quanto esso richiederebbe una regolamentazione generale delle pratiche di trattamento e trasferimento dati delle piattaforme ¹⁴⁷.

La dottrina sostiene altresì che in ogni caso, nell'ipotesi in cui si voglia riconoscere alla normativa una duplice finalità — di tutela dei dati e prevenzione della manipolazione dei contenuti, come d'altronde risulterebbe dalle stesse giustificazioni fornite per l'atto nelle difese dell'*Attorney General* ¹⁴⁸ — le ragioni di carattere contenutistico, in sé inammissibili, dovrebbero essere sufficienti a rendere illegittima la normativa stessa. Tale impostazione è all'evidenza distante rispetto a quella fatta propria dalla Corte, la quale, in chiusura alla decisione, come si è visto, liquida la questione affermando che le parti attrici non avessero soddisfatto un onere di allegare precedenti in cui si fosse mai giudicato di atti dalla natura commista, arrivando ad invalidarli ¹⁴⁹. Secondo la dottrina, tuttavia, qualsiasi ragione "commista" non sarebbe in grado di sopravvivere con all'interno quella — illecita — di "proteggere gli Americani da discorsi che il governo preferirebbe essi non ricevessero" ¹⁵⁰. Anche ove fosse legittimo l'intento di proteggere i cittadini dalla disinformazione o dalla propaganda, poi, rimarrebbe che il mezzo utilizzato dal governo è totalmente

Professors as Amici Curiae in support of Petitioners at 28-30, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657. Si segnala altresì che il tema della portabilità dei dati non aveva sinora fatto parte della legislazione federale statunitense. Una proposta volta a favorire l'interoperabilità dei servizi digitali e la competizione che conteneva disposizioni sulla portabilità dei dati era stata introdotta al Congresso nel 2011 (*Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act of 2021* or *ACCESS Act of 2021*) ed è parte della nuova proposta introdotta nel 2024 su cui *supra*, nota 81.

¹⁴⁴ Così in *Brief of the Knight First Amendment Institute at Columbia University, Free Press and Pen American Center as Amici Curiae in support of Petitioners* at 35, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁴⁵ Il *Protecting Americans' Data from Foreign Adversaries Act*, su cui cfr. anche *supra*, para. 2.

¹⁴⁶ Esso realizza infatti un sistema così pieno di eccezioni "importanti" da dubitarsi della sua efficienza rispetto al sistema di tutela dei dati. Per esempio, non si applica ai service providers, a giornali e riviste e alle piattaforme di informazione online (Sezione 3(B) *PADFAA*).

¹⁴⁷ Cfr. *Brief of the Knight First Amendment Institute at Columbia University, Free Press and Pen American Center as Amici Curiae in support of Petitioners* at 35, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁴⁸ Cfr. *Brief for Respondent* at 29-36, 37-42, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁴⁹ Cfr. *supra*, para. 4.

¹⁵⁰ Così espressamente, *Brief of the Knight First Amendment Institute at Columbia University, Free Press and Pen American Center as Amici Curiae in support of Petitioners* at 34, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

inappropriato, in una visione dove la risposta a discorsi problematici, dovrebbe comunque essere non certo la censura, ma “*more speech*”¹⁵¹, in particolare tramite l’utilizzo di pratiche di *disclosure* sul funzionamento degli algoritmi o obblighi di trasparenza sulla natura parziale, falsa o influenzata dei contenuti. D’altronde, diversamente, si creerebbe un circolo di “facile” evasione delle libertà fondamentali, in cui il Governo sarebbe in grado di evadere la tutela del Primo Emendamento semplicemente avanzando ragioni commiste, particolarmente di sicurezza pubblica¹⁵².

Infine, con riguardo ai temi connessi all’eventuale effettiva realizzazione della c.d. *qualified divestiture*, essi andrebbero correlati a quei temi in diritto che la Corte ha volutamente escluso in apertura, quando ha deciso di evitare le doglianze che si fondavano sulla natura — editoriale o meno — delle attività che la società *TikTok* svolge tramite il filtraggio e la raccomandazione dei contenuti. Sotto questo profilo, si dovrebbero analizzare anche le previsioni sulla vendita della società (*qualified divestiture*) come “alternativa” al divieto. Infatti, il testo del *PAFACAA*, dopo aver stabilito che *TikTok* e la sua controllante *Bytedance* siano sempre “*covered companies*” ai sensi della medesima normativa¹⁵³, specifica che la vendita della società è soggetta all’approvazione da parte dell’Esecutivo. Tale disposizione renderebbe l’esecutivo “giudice” dell’avvenuta ed effettiva indipendenza “operativa” del nuovo gestore del social network rispetto alla società che l’ha creato, e, concretamente, avrebbe anche l’effetto di consentire al Presidente USA di “scegliere” il nuovo proprietario del social network. Di fatto, dunque, le alternative offerte a *TikTok* si muovono in un range che va tra il fatto di cessare la propria attività espressiva negli Stati Uniti e quello di accettare che sia il Governo statunitense ad avere un controllo sui contenuti nella piattaforma¹⁵⁴, tramite l’approvazione del soggetto che ne

¹⁵¹ Si tratta di una citazione del caso *Whitney v. California*, dove si legge: “where the Government objects to speech, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence”. Si veda, Brief of Professor Milton Mueller as Amicus Curiae in support of Petitioners at 22, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁵² Sul tema, appare utile evidenziare che tale preoccupazione appare radicata in dottrina, ove negli anni si è sostenuto che, storicamente, quando una legislazione che comporta restrizioni sulla libertà di espressione porta come “compelling interest” governativo la sicurezza nazionale, essa sfugge più facilmente al giudizio di costituzionalità.

Cfr., per tutti, A. BHACWAT, *In Defense of Content Regulation*, in *Iowa Law Review*, 2017, 1430.

¹⁵³ Concretamente, scrive la dottrina statunitense, il Congresso ha targetizzato una singola società privata per escluderla dalla platea di dibattito pubblico (singled out), contestualmente richiedendo la cancellazione delle manifestazioni di pensiero di oltre un centinaio di milioni di Americani; Brief of First Amendment and Internet Law Professors as Amici Curiae in support of Petitioners at 12, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁵⁴ Brief of First Amendment and Internet Law Professors as Amici Curiae in support of Petitioners at 9, *TikTok, Inc. v.*

gestirà le linee di *content ranking* e *content moderation* ¹⁵⁵. Secondo la dottrina, gli effetti complessivi di tale iniziativa legislativa — nelle due alternative date alla società — sono in realtà quelli di un controllo dei contenuti esercitato sotto la forma di disfavore verso quelli attualmente presenti nella piattaforma, sicché non apparirebbe accettabile nessuna qualifica della legge diversa da *content-based* ¹⁵⁶. La recente storia statunitense fornirebbe un esempio di come il cambiamento di proprietà di un social network trasformi visibilmente il tipo di contenuti promossi al suo interno. È il caso dell'acquisto del social network *Twitter* da parte del magnate Elon Musk, con conseguente ribattesimo in *X* ¹⁵⁷. Tale vicenda rappresenterebbe peraltro anche una dimostrazione di come l'idea di una “*covert manipulation*” talmente fine da poter realisticamente passare inosservata agli occhi degli utenti apparirebbe quantomeno inverosimile ¹⁵⁸. Non può essere poi trascurato che gli scandali di manipolazione dei contenuti intervenuti finora, quali *Cambridge Analytica* ¹⁵⁹, hanno interes-

Garland, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁵⁵ Tra l'altro appare interessante come la legislazione, così facendo, sembrerebbe realizzare uno degli effetti che maggiormente sono alla base dell'approccio di deregolamentazione statunitense della responsabilità dei social network, cioè il timore che il Governo possa influenzare la linea editoriale di pubblicazione dei contenuti online e i gestori delle piattaforme diventino una seconda “Internet police”. In tal senso, sull'approccio statunitense, G. FROSIO, C. GEIGER, *Taking fundamental rights seriously in the Digital Services Act's platform liability*, in *European law Journal*, 2023, 33.

¹⁵⁶ Brief of First Amendment and Internet Law Professors as Amici Curiae in support of Petitioners at 14-15, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁵⁷ Brief of Professor Milton Mueller as Amicus Curiae in support of Petitioners at 20, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁵⁸ Difatti, la non celata svolta politica di X dopo l'acquisto di Musk, lungi dal passare inosservata avrebbe portato ad una rapida decrescita del numero di utenti (un 15% a livello globale), all'uscita dalla piattaforma di diversi media e giornali internazionali, nonché a un'ingente perdita di valore sotto il profilo dei contratti pubblicitari; Brief of Professor Milton Mueller as Amicus Curiae in support of Petitioners at 20, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657. Si consideri, inoltre, con riferimento alla situazione

europea che, da quando, il Digital Services Act (DSA) è entrato in vigore in Unione Europea, e con esso, come noto, gli obblighi di trasparenza per le c.d. very large online platforms (VLOPs), con oneri di pubblicare e sottoporre alla Commissione dettagliati report periodici sui rischi sistemici delle piattaforme, sistemi algoritmici di raccomandazione e attività e modalità di moderazione dei contenuti (artt. 24, 34 e 38 DSA), la Commissione procedimenti di investigazione per possibile infrazione verso quasi tutti i più noti social network. Cfr. tra gli altri, i Press Release: Commission opens formal proceedings against TikTok on election risks under the Digital Services Act del 17 dicembre 2024 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_6487); Commission opens formal proceedings against X under the Digital Services Act del 18 dicembre 2023 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_6709); Commission opens formal proceedings against Facebook and Instagram under the Digital Services Act del 30 aprile 2024 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_2373).

Sul tema, per tutti, in maniera esaustiva lo studio effettuato dall'European Parliamentary Research Service nel luglio 2024, *Freedom to conduct business, a comparative-law perspective*. United States of America, EPRS Comparative Law Library Unit, PE 762.349, 2024.

¹⁵⁹ Sul caso *Cambridge Analytica*, sulla natura manipolatoria delle pratiche intervenute e sui criteri di responsabilità algoritmica, si vedano, per tutti, A. RUBEL, C. CASTRO, A. PHAM, *Algorithms and Auto-*

sato colossi statunitensi come Facebook ¹⁶⁰. Tutto ciò a dimostrazione dei profondi impatti sociali di tali fenomeni e di come — di fatto — la linea di *policy* statunitense alla base della regolamentazione giuridica di essi possa dirsi ancora oggi in corso di definizione.

6. LA MANCATA CONSIDERAZIONE DELLE DIFESE RELATIVE ALLA NATURA DELLA CLAUSOLA DI *QUALIFIED DIVESTITURE*: IL BILL *OF ATTAINDER* E I DIRITTI PROPRIETARI.

Se si entra nell'ottica abbracciata dalla dottrina statunitense, cioè quella che la normativa, per poter operare negli Stati Uniti, sostanzialmente intenda obbligare le società attrici a spogliarsi della proprietà dell'applicazione — inclusa la cessione dei sistemi algoritmici — diviene interessante comprendere quali siano i temi giuridici che potrebbero applicarsi alla richiesta legislativa di disinvestimento qualificato, cioè alla c.d. *qualified divestiture*.

Almeno due sono le premesse necessarie, entrambe peraltro note. La prima è quella che nel sistema dei diritti fondamentali statunitense non esiste un equivalente della c.d. *freedom to conduct business* ¹⁶¹, cioè della libertà di iniziativa economica, sicché la materia è inquadrata e trattata esclusivamente in termini proprietari. La seconda premessa è che il sistema americano delle telecomunicazioni origina secondo un percorso ben distante da quello dei sistemi di *welfare* europei ¹⁶² e si caratterizza per la circostanza che l'intera gamma delle comunicazioni di massa — a partire dal telegrafo, e a seguire con telefono e radio — non si sviluppa come monopolio di Stato, ma come sistema concorrenziale tra privati ¹⁶³, in cui interventi mirati e limitati di carattere federale a partire dalla prima metà del Novecento ¹⁶⁴ regolano questioni proprietarie e facoltà concesse ai privati stessi e, soprattutto, ai c.d. *amatori* ¹⁶⁵. Come si vedrà anche nel prosieguo,

nomy. The ethics of automated decision systems, Cambridge, 2021, 43-68.

¹⁶⁰ Brief of First Amendment and Internet Law Professors as Amici Curiae in support of Petitioners at 15, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁶¹ Sul tema, per tutti, in maniera esauritiva lo studio effettuato dall'European Parliamentary Research Service nel luglio 2024, *Freedom to conduct business, a comparative-law perspective*. United States of America, EPRS Comparative Law Library Unit, PE 762.349, 2024.

¹⁶² Come noto, nell'Europa continentale sono i processi di liberalizzazione e privatizzazione, intervenuti nella seconda metà del Novecento — ad esempio, in Italia,

a partire dagli anni Novanta — a condurre le attività dei media dal monopolio pubblico al regime di diritto privato. V. FRANCESCHELLI, *Diritto delle comunicazioni*, Milano, 2022, 82. Secondo le scienze sociali e politologiche, l'intervento a vario titolo dello Stato nelle comunicazioni rappresenta un requisito diffuso e invariato dei sistemi di welfare; E. NEIMANNS, *Welfare states, media ownership and attitudes towards redistribution*, in *Journal of European Public Policy*, 30, 2, 2023, 238.

¹⁶³ Cfr. per tutti, V. FRANCESCHELLI, *Diritto delle comunicazioni*, Milano, 2022, 89.

¹⁶⁴ Cfr. ad esempio, il Communication Act del 1934.

¹⁶⁵ Sulle ricostruzioni della storia della radio e del suo utilizzo da parte di comunità

dall'analisi dottrinale, le uniche disposizioni normative che attengono a limiti alla proprietà dei *media* — alcune delle quali proposte anche con riferimento alle piattaforme digitali ¹⁶⁶ — si trovavano sinora quasi esclusivamente come volte a tutelare il mercato libero ed evitare monopoli, cioè all'interno di regole c.d. *antitrust* ¹⁶⁷.

In tale contesto, il tema della liceità di una restrizione tanto evidente alla proprietà di una piattaforma online appare curiosamente trascurato dalla Corte Suprema. Per la verità tale mancanza apparirebbe in linea con alcune doglianze che la dottrina statunitense oppone sin dagli anni Ottanta del Novecento, e relative ad una sorta di “sovra-assorbimento” di determinati temi al profilo di vaglio costituzionale alla luce del Primo Emendamento, con una contestuale abdicazione e sottostima di prospettive che attengono alla considerazione di alcuni principi fondamentali di *common law* consolidatisi nei secoli, particolarmente con riguardo alla tutela dei diritti proprietari ¹⁶⁸.

Come anticipato in apertura, infatti, l'originario ricorso della società *Bytedance* conteneva alcuni argomenti in diritto che non

di appassionati in concorrenza con gli utilizzi per la navigazione marittima si veda F. MAZZINI, *HACKERS, Storie e pratiche di una cultura*, Laterza Editore, 2023.

¹⁶⁶ Per un'analisi del tema delle proposte di competition law che hanno riguardato la proprietà dei media e delle piattaforme negli Stati Uniti si veda, per tutti, Y. SVETIEV, *Re-orientating Digital Platform Regulation in the US and Australia: Treading Water or Experimenting?*, in D. V. POPOVIC, R. KULMS, *Repositioning Platforms in Digital Market Law*, Springer, 2024, 253.

¹⁶⁷ Sul punto, in particolare, si confrontino le analisi che attengono alla storia della normativa antitrust negli Stati Uniti ed al suo rapporto con la regolamentazione della proprietà dei mass media effettuate da H. A. SHELANSKI, *Antitrust Law as Mass Media Regulation: Can Merger Standards Protect the Public Interest?*, in *California Law Review*, 2006, 371-421; C. B. ROACH, *Media Conglomerates, Antitrust Law, and the Marketplace of Ideas*, in *Stanford University Law Review*, 1978, 257. Appare opportuno anche menzionare che tra il 2024 ed il 2025 sono stati aperti procedimenti per violazione della normativa antitrust contro Meta e Google, i quali ricostruiscono alcune strategie di acquisto delle due società (c.d. buy or bury) alla stregua di atti monopolistici. Sul punto, si vedano le analisi di F. SCHULZE, *Old, Not Odd: running laches against the States and the future of Anti-*

trust After New York v. Meta Platforms, in *Michigan Law Review*, 2025, 112-144.

¹⁶⁸ La questione dei limiti alle ingerenze statali rispetto al godimento della proprietà sociale non appare lineare negli Stati Uniti, anche al di fuori del diritto della rete. Negli anni Ottanta, il giurista Richard Epstein, notorio esponente della scuola di analisi economica del diritto, pubblica la monografia *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, nella quale espone una lettura rifornista rispetto alla clausola di “takings”, contenuta all'articolo 5 della Costituzione. Quest'ultima riguarda alcuni limiti costituzionali all'espropriazione della proprietà privata che Epstein ritiene vadano estesi a tutte quelle attività dei privati che sono riconducibili alla libertà di iniziativa economica; R. A. EPSTEIN, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, 1985. All'inizio degli anni Duemila, Epstein sposta la sua attenzione sul rapporto tra Primo Emendamento e cyberspace. In tale contesto, egli descrive la tutela costituzionale della libertà di espressione (free speech) come una materia che esprime un'attitudine inconsistente e pregiudizievole della giurisprudenza e dottrina statunitense, la quale si tradurrebbe in un sovra-assorbimento delle questioni di diritto ai temi della libertà di espressione, con una più scarsa applicazione di prospettive di tutela derivante da principi consolidati di

sono mai giunti al vaglio della Corte Suprema federale ¹⁶⁹ e che attingevano da principi di illiceità di atti che creino conseguenze civilistiche negative o particolarmente di sfavore — ed in particolare, ad esempio, l'imposizione di limiti rispetto al godimento della proprietà — e mirino a colpire un unico soggetto o un'unica categoria di soggetti.

In particolare, il secondo motivo di ricorso degli attori atteneva alla configurabilità del PAFACAA alla stregua di un “*bill of attainder*” ¹⁷⁰, cioè di un atto legislativo che apparirebbe avere carattere punitivo “*ad personam*”, in violazione del divieto di cui all'articolo 1, Sezione 9, Clausola 3 della Costituzione degli Stati Uniti d'America.

La questione è invece particolarmente interessante sotto il profilo comparatistico, in quanto il c.d. *bill of attainder* sembra ancora oggi istituito di *common law* non sufficientemente approfondito. Ad un'analisi storica, il termine *attainder* si trova utilizzato per la prima volta in Inghilterra durante il Medioevo all'interno degli illeciti privatistici (*private wrongs*) ¹⁷¹ per indicare un atto legislativo dal carattere punitivo “*ad personam*”, in quanto volto ad ottenere non solo la condanna — in origine a morte — di una persona specificamente individuata, ma anche a “raggiungere” — termine che traduce il significato inglese di

common law relativi alla materia dei diritti reali e alle libertà contrattuali, invece in grado spesso di offrire soluzioni da egli ritenute maggiormente bilanciate; R. A. EPSTEIN, *Privacy, Publication, and the First Amendment: The Dangers of First Amendment Exceptionalism*, in *Stanford Law Review*, 2000, 1003.

¹⁶⁹ Cfr. *supra*, para. 3.

¹⁷⁰ L'espressione viene tradizionalmente lasciata in lingua inglese nelle traduzioni italiane della Costituzione americana. Essa riguarderebbe comunque, come si vedrà nel prosieguo, la preclusione per il governo di assumere funzioni giurisdizionali e adottare leggi punitive a carattere personale, che prescindono dalle garanzie processuali. Tale spiegazione è fornita in nota al termine, lasciato in inglese, nella traduzione della Costituzione degli Stati Uniti redatta da G. SACERDOTI MARIANI, A. REPOSO, M. PATRONO, *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Sansoni Editore, 1985, 95.

¹⁷¹ Nei Commentari di Blackstone, l'*attainder* è citato nella trattazione di writs per private wrongs di cui sia parte nel procedimento la Corona, quale parte offesa (*injuries affecting the Crown*). Nello specifico, esso compare all'interno di un paragrafo dedicato all'*inquest of office*, una richiesta effettuata virtute officii da un rappresentante della Corona a un privato, la quale ha

ad oggetto una qualsiasi ipotesi in cui il Re abbia diritto ad acquisire delle terre, dei beni o qualsiasi altro oggetto suscettibile di proprietà privata (c.d. *chattels*). In tale sede, i Commentari specificano che se la richiesta in questione deriva da un “*attainder*” per alto tradimento — citando un atto del 1542 di Re Enrico VIII e relativo alla condanna a morte della moglie Caterina di Aragona (*Public Act, 33 Henry VIII, cc. 20 and 21*) — al Re è dovuta la cessione istantanea dei beni oggetto della richiesta, con il venir meno di ogni incombenza procedurale, ed in particolare, in assenza di un processo in cui intervenga la giuria; T. P. GALLANIS (ed.), *The Oxford Edition of Blackstone. Commentaries on the Laws of England. Book III: Of Private Wrongs*, Oxford University Press, 2016, 169-172. Proprio in ragione di questa caratteristica storica, cioè la sottrazione della questione al vaglio giurisdizionale, nella dottrina statunitense si è anche sostenuto che la configurabilità dei divieti che interessano TikTok in termini di *attainder* avrebbe potuto escludersi a priori sulla base della circostanza che per la misura fosse prevista la revisione giurisdizionale, considerato come la funzione storica originaria della clausola costituzionale sia proprio quella di garantire la separazione dei poteri e quindi impedire al legislatore di “punire al posto di una corte”. In tal senso, T. CHECK, *Are TikTok*

“attaining” — la cerchia stretta del soggetto, con una serie di umilianti sanzioni accessorie. In particolare, in origine, gli eredi della persona condannata venivano privati dei propri titoli, diritti e beni — e spogliati dei diritti successori — in assenza di (giusto) processo di fronte alla giuria ¹⁷².

Negli Stati Uniti, la Suprema Corte ha interpretato il *bill of attainder* in un numero esiguo di casi, collocatisi principalmente tra la guerra civile e la guerra fredda ¹⁷³. Secondo l’ermeneutica della Corte Suprema statunitense, per potersi configurare alla stregua di un *bill of attainder*, una legislazione dovrebbe presentare almeno due elementi: applicarsi solo a determinati soggetti, specificamente individuati, ed avere effetti punitivi ¹⁷⁴. Per superare questo secondo test, la Corte Suprema ha delineato un’analisi dell’intento punitivo della legislazione che andrebbe compiuta sotto tre direttive ¹⁷⁵. La prima (*historical test*) considera se la normativa contestata sia tradizionalmente configurabile alla stregua di sanzione, di carattere penalistico o civilistico. La seconda (*functional test*) guarda alla funzione della normativa e alla sua capacità sanzionatoria, in termini di tipi e severità dei pesi imposti. La terza (*motivational test*) attiene ad un’analisi dei lavori preparatori e del processo legislativo che ha condotto alla sua approvazione, per evincere l’esistenza di un intento punitivo nell’individuazione degli effetti dell’atto da parte del Con-

“Bans” a Bill of Attainder?, in *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, 2024, 60.

¹⁷² Per una ricostruzione della storia del bill of attainder negli Stati Uniti e delle sue applicazioni fino alla modernità, si veda, per tutti: T. CHECK, *Are TikTok “Bans” a Bill of Attainder?*, in *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, 2024, 60.

¹⁷³ Nel corso di tale periodo storico, la Corte Suprema federale ha adattato lo strumento del bill of attainder alle esigenze della modernità, estendendone l’applicazione sotto tre distinti profili. Innanzitutto, nel caso *Cummings v. Missouri* del 1866, ha chiarito che l’idea di punizione inflitta dalla legislazione non poteva limitarsi alla pena capitale, ma andava intesa in senso più ampio, guardando esclusivamente al carattere punitivo, anche quando lieve. Nello stesso precedente, la Corte ha anche ritenuto che il grado di specificità della legislazione (ad personam) non vada interpretato solo come inteso a colpire una sola persona specifica, ma ricomprenda quelle legislazioni studiate per colpire anche una categoria ampia di

persone. In una terza espansione, la Corte ha evidenziato che vanno studiati e ricompresi gli effetti “civilistici” dell’atto, sicché si configurerebbe come bill of attainder anche una legislazione che crei situazioni sfavorevoli per il privato non di natura penalistica (si veda *United States v. Lovett*, in cui la Corte configura come bill of attainder una legislazione che tratteneva gli stipendi di dipendenti federali sulla base della loro aderenza a idee “sovversive” del partito comunista); T. CHECK, *Are TikTok “Bans” a Bill of Attainder?*, in *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, 2024, 61-62.

¹⁷⁴ In tal senso, *BellSouth Corp. v. FCC* (BellSouth II), 162 F.3d 678, 683 (D.C. Cir. 1998), citata nella sentenza di primo grado della US Court of Appeal del Distretto di Columbia nel caso *TikTok Inc. v. Garland*, Corte d’Appello a p. 59.

¹⁷⁵ Tali tre direttive sarebbero esplicitate per la prima volta nel caso *Nixon v. Adm’r of General Servs.*, del 1977. In tal senso, T. CHECK, *Are TikTok “Bans” a Bill of Attainder?*, in *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, 2024, 63.

gresso ¹⁷⁶. Sotto questo profilo, la società *Bytedance* sosteneva in giudizio che il primo elemento era facilmente soddisfatto, considerato che la legislazione individua espressamente *Bytedance* come destinatario dell'atto. Quanto al secondo elemento, nella ricostruzione degli attori, l'atto legislativo soddisferebbe innanzitutto i presupposti del test storico, in quanto realizza effetti che sono stati considerati in precedenza dalla Corte come punitivi. In particolare, esso andrebbe equiparato alla confisca di una proprietà privata — nella dimensione in cui ne impone la vendita o la chiusura — e al divieto di esercitare una specifica attività ¹⁷⁷. La Corte d'appello federale del Distretto di Columbia, che ha deciso la causa in primo grado, è apparsa scettica rispetto a tale ricostruzione, ritenendo non accoglibile l'analogia proposta tra l'istituto della confisca e la *qualified divestiture* prevista dal *PATA-CAA*. Da un lato, essa ritiene che la proibizione riguardi una sola "*line of business*" ¹⁷⁸ e ciò sia insufficiente ad integrare il significato storico punitivo; dall'altro, la Corte ritiene che la circostanza stessa che a TikTok sia concesso di "superare in qualsiasi momento ¹⁷⁹" il divieto legislativo con la *divestiture* negherebbe l'effetto punitivo della normativa ¹⁸⁰.

Tale ricostruzione restrittiva appare, per la verità non condivisibile. Innanzitutto, alla società TikTok non viene preclusa una sola "*line of business*" ma le viene preclusa di fatto la circostanza di operare *in toto* negli Stati Uniti. Infatti, la preclusione ha ad oggetto le attività che caratterizzano il suo oggetto sociale, in quanto la normativa, come si è visto, si applica alla società *Bytedance Ltd* sempre ed in ogni caso, anche quando — cioè — la società fornisca un servizio che è invece ammesso sia erogato da altre e diverse *covered companies*. Inoltre, appare discutibile sostenere che la vendita dell'applicazione e/o della società statunitense realizzino una disapplicazione degli effetti punitivi della normativa e non siano invece parte dei pesi che la normativa stessa prevede, considerato che essa impone alternativamente o un'uscita della società dal mercato statunitense o un'uscita dell'applicazione dal patrimonio della società; in entrambi i casi si tratta di pesi economici di non scarsa gravità. Sotto il profilo del test funzionale, poi, prima del caso di *TikTok*, l'*attainder* era di

¹⁷⁶ Cfr. *Us Court of Appeal D.C. Circuit, TikTok, Inc. v. Garland*, (2024), Nos. 24-656 and 24-657, 60.

¹⁷⁷ *Us Court of Appeal D.C. Circuit, TikTok, Inc. v. Garland*, (2024), Nos. 24-656 and 24-657, 61.

¹⁷⁸ *Us Court of Appeal D.C. Circuit, TikTok, Inc. v. Garland*, (2024), Nos. 24-656 and 24-657, 61.

¹⁷⁹ Scrive la Corte: "The qualified divestiture exemption [...] "leaves open perpetually" the possibility of overcoming the prohibition in the Act"; *Us Court of Appeal D.C. Circuit, TikTok, Inc. v. Garland*, (2024), Nos. 24-656 and 24-657, 62.

¹⁸⁰ *Us Court of Appeal D.C. Circuit, TikTok, Inc. v. Garland*, (2024), Nos. 24-656 and 24-657, 62.

recente tornato in auge in un precedente deciso nel 2018 ¹⁸¹, noto con il nome della società russa attrice, *Kaspersky Labs*. In esso la Corte federale d'Appello del Distretto di Columbia aveva altresì assunto, in *obiter dicta*, che il *bill of attainder* si applichi in maniera estensiva non solo a individui, ma anche alle società. Il caso è al tempo stesso una prima applicazione del *bill of attainder* al mondo digitale e presenta alcune somiglianze con la vicenda in esame, perché attiene ad una legislazione federale che aveva vietato l'utilizzo del software antivirus di proprietà della società russa *Kasperky Labs* in dipartimenti e agenzie governative federali statunitensi ¹⁸². Nell'escludere che la normativa in esame nel 2018 potesse configurarsi alla stregua di *bill of attainder*, la Corte aveva ritenuto che, sotto il profilo funzionale, sarebbe stato necessario che il peso imposto dalla normativa non fosse sufficientemente connesso ad un interesse legittimo statale — il quale, nel caso di specie, sussisteva ed era individuato nella sicurezza dei sistemi informatici federali — e non fosse richiesta alcuna analisi di profili di proporzionalità, volta a considerare misure meno invasive ¹⁸³.

Nel caso *TikTok*, la Corte d'Appello federale si pone nell'alveo di questo precedente ed esclude l'esistenza di un effetto punitivo nella normativa in esame, la quale presenterebbe l'obiettivo legittimo di perseguire la sicurezza nazionale e la tutela dei dati personali. Di conseguenza, i giudici non ritengono necessario indagare ulteriormente gli intenti del legislatore, ed, in particolare, effettuare il test motivazionale ¹⁸⁴.

Per quanto attiene alla relazione tra gli effetti e i contenuti della normativa e le conseguenze in termini di legittimità delle limitazioni proprietarie, va rilevato che le ricostruzioni dottrinali depositate nel procedimento sono meno numerose. Esse non nominano mai espressamente *l'attainder* — d'altronde escluso dal *narrowing* effettuato dalla Corte all'atto di accettare il *certiorari* ¹⁸⁵ — ma ne richiamano gli elementi e gli effetti illeciti. Ad esempio, nel qualificare la normativa come "*content-based*" nella dimensione in cui essa richiede che il social network, per operare negli Stati Uniti, sia gestito da una società che ha ottenuto l'approvazione da parte dell'Esecutivo statunitense ¹⁸⁶, parte della dottrina evidenzia come si tratti di una legislazione che "*targetizza*" una singola società al fine di vietare che essa gestisca un

¹⁸¹ *Kaspersky Lab, Inc. v. DHS*, 909F.3d 446, 453-54, 461-63 (D.C. Cir. 2018).

¹⁸² Cfr. T. CHECK, *Are TikTok "Bans" a Bill of Attainder?*, in *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, 2024, 64.

¹⁸³ T. CHECK, *Are TikTok "Bans" a*

Bill of Attainder?, in *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, 2024, 68-69.

¹⁸⁴ *Us Court of Appeal D.C. Circuit, TikTok, Inc. v. Garland*, (2024), Nos. 24-656 and 24-657, 63.

¹⁸⁵ Cfr. *supra*, para. 4.

¹⁸⁶ Cfr. *supra*, para. 4.

mezzo di informazione, creando in questo modo una discriminazione nel trattamento della proprietà dei media¹⁸⁷. Sul punto, la dottrina richiama un esempio classico dottrinale di Epstein di metà degli anni Novanta¹⁸⁸, che spiegava i limiti costituzionali rispetto alla proprietà dei media anche come un divieto per il Governo di “prendere possesso fisico delle stampe del New York Times¹⁸⁹”, divieto che andrebbe esteso analogicamente al *marketplace* virtuale del social network¹⁹⁰. Dell’idea che la normativa effettui un trattamento differenziale che si basa sulla provenienza (nazionale) delle informazioni si occupano poi — come si è visto — diversi *brief dottrinali*, ma solo un paio di essi si soffermano più approfonditamente sulla materia in termini proprietari¹⁹¹.

Complessivamente, si tratterebbe dunque di comprendere se limitazioni o restrizioni alla proprietà dei media basate sull’identità — *rectius*, nazionalità — del proprietario possano considerarsi proprie alla tradizione giuridica statunitense. Gli autori che si soffermano sul tema sostengono che l’atto legislativo realizzerebbe un *unicum* rispetto al panorama delle restrizioni proprietarie dei media, le quali mai avevano finora interessato restrizioni a siti web e alla rete Internet¹⁹². Più precisamente, il tema delle restrizioni proprietarie si era sinora presentato principalmente come connesso alla materia delle frequenze radiofoniche. Con riferimento al sistema delle frequenze radio, infatti, il Congresso aveva posto precisi limiti alla proprietà delle radio con il *Radio Act 1912*, restrizioni all’assegnazione delle frequenze — poi trasposte nel più pervasivo *Communications Act 1934*, che riguarda, oltre alla radio, anche telefono e telegrafo — dettate da esigenze di sicurezza pubblica, connesse allo scoppio della Prima guerra mondiale, alla limitatezza delle frequenze radio ed alla circostanza che, alla sua origine, il sistema di comunicazione radio era

¹⁸⁷ In tal senso, Brief of First Amendment and Internet Law Professors as Amici Curiae in support of Petitioners at 12, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁸⁸ Brief of First Amendment and Internet Law Professors as Amici Curiae in support of Petitioners at 12, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁸⁹ R. A. Epstein, *Property, Speech and the Politics of Distrust*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1992, 64.

¹⁹⁰ Brief of First Amendment and Internet Law Professors as Amici Curiae in support of Petitioners at 14, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁹¹ In particolare, Brief of First Amendment and Internet Law Professors as Amici Curiae in support of Petitioners at 17-21, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657 e Brief of Professor Milton Mueller as Amicus Curiae in support of Petitioners at 24-27, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁹² Brief of First Amendment and Internet Law Professors as Amici Curiae in support of Petitioners at 19, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657 e Brief of Professor Milton Mueller as Amicus Curiae in support of Petitioners at 27, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

di importanza cruciale per la navigazione marittima¹⁹³. In via generale, dunque, limitazioni proprietarie che guardano alla nazionalità si erano sinora viste solo all'interno di un'ottica di scarsità delle risorse, in quanto la licenza ad operare su alcune precise frequenze radio automaticamente esclude altri dalla medesima frequenza¹⁹⁴. Tale parametro non risulterebbe applicabile ad altri mezzi di comunicazione rispetto alla radio¹⁹⁵, ed in particolare, alla situazione di Internet e delle applicazioni software; la normativa realizzerebbe inoltre una “*departure*”¹⁹⁶ dalle politiche aperte di proprietà nella Rete che avrebbero invece finora caratterizzato gli Stati Uniti.

7. LA NEGAZIONE DI UNA POSIZIONE DI INTERESSE TUTELATO DEI C.D. *CONTENT CREATORS* E IL TEMA DELLE PIATTAFORME DIGITALI COME LUOGO DI LAVORO.

Alcune ultime e pur brevi considerazioni possono essere spese con riguardo alla negazione di una posizione di interesse dei c.d. *content creators*. Le posizioni azionate dai *content creators*, riunite nella causa principale di *TikTok*, non sono state in alcun modo analizzate dalla Corte Suprema, che ne ha escluso la rilevanza in apertura alla decisione¹⁹⁷. I creatori di contenuti coinvolti nella causa avevano comunque fatto proprie molte delle argomentazioni in diritto già esaminate, relative agli effetti del PAFACAA sul social network *TikTok*. Per quanto attiene alla propria specifica posizione di interesse, le doglianze degli *other petitioners* si fondano sul più volte citato precedente del 2024, *Moody v. NetChoice*, il quale riconosceva un carattere “editoriale” alle attività di *content ranking* e *content moderation* effettuate dai social network. Di conseguenza, i *content creators* sostengono, *in primis*, che la normativa avrebbe l'esito di impedire agli individui di scegliere l'editore con cui collaborare e la piattaforma in cui pubblicare i propri pensieri, con un conseguente impatto anche sulla libertà di associazione, caratterizzante la c.d. *community* che si viene a creare nei social network¹⁹⁸. La diversità intrinseca del funzionamento dell'algoritmo di *TikTok*

¹⁹³ Cfr. F. MAZZINI, *Hackers: Storie e pratiche di una cultura*, Laterza Editore, 2023.

¹⁹⁴ Brief of Professor Milton Mneller as Amicus Curiae in support of Petitioners at 25-26, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁹⁵ Cfr. Brief of First Amendment and Internet Law Professors as Amici Curiae in support of Petitioners at 18, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁹⁶ In tal senso, Brief of Professor Milton Mneller as Amicus Curiae in support of Petitioners at 27, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

¹⁹⁷ Cfr. *supra*, para. 4.

¹⁹⁸ Brief of Brian Firebaugh et al, Petitioners at 19, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

rispetto ad altri *social network* comporterebbe infatti che il successo che i singoli creatori hanno costruito nella piattaforma — divenuta per molti un “luogo di lavoro” — non sia riproponibile in qualsiasi diversa piattaforma. Il *brief* degli *other petitioners*, di conseguenza, contiene una serie di esempi concreti — ritenuti comparabili al rapporto che si è venuto a creare tra i *creators* e la piattaforma TikTok — i quali dovrebbero evidenziare gli effetti manifestamente ingiusti della normativa (anche) sugli utenti. Così, ad esempio, la proibizione per un musicista di scegliere con quale etichetta discografica pubblicare o per un attore di lavorare con una determinata casa di produzione o con un certo regista ¹⁹⁹.

Il tema della “non riproponibilità del mezzo”, cioè la circostanza che qualsiasi nuovo “*TikTok*” si configurerebbe come una piattaforma diversa — soprattutto in ragione del divieto espresso di godere dell’originario algoritmo proprietario — è sicuramente un altro tema che passa in secondo piano nella decisione. La posizione dei *content creators* trova scarsa considerazione anche ad un’analisi dei *brief* dottrinali, in uno solo dei quali si trova menzione della circostanza che, con la chiusura di *TikTok*, le persone che usano la piattaforma perderanno non solo un luogo di comunità virtuale, ma anche, in alcuni casi, la fonte del proprio reddito ²⁰⁰. In via generale, infatti, il tema sembrerebbe meglio appartenere alla materia del diritto del lavoro e questo stesso inquadramento in termini lavoristici delle attività di pubblicazione e diffusione di contenuti digitali dei privati — non solo sulle piattaforme social — rappresenta una frontiera importante del medesimo diritto del lavoro a livello globale ²⁰¹; peraltro materia di recente attenzionata dal legislatore europeo ²⁰². In generale, la dottrina comparatistica denuncia come, sino ad oggi, il diritto abbia spesso guardato alla creazione di contenuti online come ad

¹⁹⁹ Brief of Brian Firehaugh et al, Petitioners at 22, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

²⁰⁰ Così, Brief of First Amendment and Internet Law Professors as Amici Curiae in support of Petitioners at 19, *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025), Nos. 24-656 and 24-657.

²⁰¹ Si veda, per tutti, Z. ADAMS, H. GROSSE RUSE-KAUN, *Work and works on digital platforms in capitalism: conceptual and regulatory challenges for labour and copyright law*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 28, 2020, 329; T. PETROČNIK, *Content creators and digital platforms: The potential of selected EU frameworks to address the issues of digital labour beyond platform work*, in T.

ANNABELL (eds), *The Hashtag Hustle*, Elgar Edward Publishing, 2025, 189.

²⁰² Il riferimento è alla Direttiva UE 2024/2831 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2024, relativa al miglioramento del lavoro mediante le piattaforme digitali. Sulle caratteristiche e le criticità dell’atto — e soprattutto su quali situazioni di lavoro digitale l’atto concretamente copra anche quando crea dei regimi di “tutela base” per tutte quelle persone che svolgano un lavoro tramite una piattaforma digitale, indipendentemente dall’esistenza di vincoli di carattere contrattuale — si rimanda interamente ai primi commenti nella dottrina italiana. Si vedano, per tutti, A. ALAIMO, *Lavoro e piattaforme tra subordinazione e autonomia: la modulazione delle tutele nella proposta della Commissione eu-*

una attività libera e fluida — quasi intrinsecamente agli antipodi rispetto al concetto di attività lavorativa nella società capitalista — ed abbia finito per collocare i problemi sempre e solo all'interno dei confini — a questo punto stretti — della manifestazione di pensiero ²⁰³. Sotto questo profilo, anche la (mancata) analisi da parte della dottrina e della giurisprudenza statunitense di questa ulteriore prospettiva sembrerebbe non aver voluto considerare chiavi di lettura diverse da quella correlata alla libertà di espressione.

8. CONCLUSIONI: UNA PERSISTENTE DIFFICOLTÀ DI INQUADRARE I SOCIAL NETWORK NEL MONDO DEI MEDIA?

La vicenda statunitense correlata al caso TikTok rappresenta un terreno per la riflessione sui limiti e sulle sfide delle adozioni di *framework* di diritto privato per le attività dei social network. Come noto, la materia dei media rappresenta da sempre un ambito del diritto dove i confini tra pubblico e privato spesso finiscono per sfumare ²⁰⁴. All'interno di un quadro di partenza in cui una dimensione nazionale del fenomeno comunicativo appariva sempre e comunque riscontrabile — e facilmente regolabile — globalizzazione e la digitalizzazione nel corso del tempo hanno reso la questione sempre più complessa. La stessa qualifica da attribuirsi alle rete Internet ²⁰⁵, e più in generale alle modalità comunicative realizzate dalla rivoluzione dell'informazione tecnologica nel ventunesimo secolo, e la sua pretesa eccezionalità o

ropea, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2022, 639 ss.; M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *Labour Law & Issues*, 2021, 2, 1-20; G. BRONZINI, *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'umanesimo digitale*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2022, 1; P. TULLINI, *La direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, in *Labour & Law Issues*, 2022, 46.

²⁰³ Z. ADAMS, H. GROSSE RUSE-KAHN, *Work and works on digital platforms in capitalism: conceptual and regulatory challenges for labour and copyright law*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 28, 2020, 329.

²⁰⁴ La dottrina comparatistica parla ormai in maniera stabile della natura di "legal cross-sectoral area", guardando al fenomeno dei media come mezzi di comunicazione di massa in cui finiscono per essere interessati principi di natura privatistica e pubblicistica in maniera sempre commista.

Cfr. per tutti, J. OSTER, *European and International Media Law*, Oxford University Press, 2017, 1.

²⁰⁵ Nella dottrina italiana, se ne è parlato come "il problema di regolare un mezzo anarchico per natura", G. GARDINI, *Le regole dell'informazione*, Bruno Mondadori, Milano, 2009, 212. Si vedano poi, con riferimento al mondo della comunicazione digitale, per tutti, le riflessioni di V. ZENO-ZENCOVICH, *Come il mondo dei dati cambia taluni riferimenti tradizionali del giurista*, in F. DI CIOMMO, O. TROIANO (ed.), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, La Tribuna, 107-115 e ancora V. ZENO-ZENCOVICH, *La "Datasfera". Regole giuridiche per il mondo digitale*, in L. SCAFFARDI (ed.), *I "profili" del diritto. Regole, rischi e opportunità nell'era digitale*, Giappichelli, 99-109. Scrive poi Dickinson: "[...] lawyers' first move is to consider what has come before. How did law respond to the printing press? To the telegraph? To radio, television, or MP3?"; G. M. DICKINSON, *Beyond Social Media Analogues*, in

autonomia rispetto al quadro giuridico di riferimento per la stampa, la radio o la televisione, viene discussa a livello comparatistico. La dottrina sostiene infatti da anni che il sistema politico e giuridico dovrà con sempre maggiore frequenza confrontarsi con l'esistenza di un diritto delle piattaforme²⁰⁶ (c.d. *platform law*²⁰⁷), cioè con la circostanza che le regole private delle piattaforme di comunicazione — ed in particolare le condizioni contrattuali e le linee guida della comunità virtuale, come anche le pratiche di raccolta e trasmissione dei dati e le direttive di

NYU Law Review, 2024, 109. Con riferimento alla dottrina italiana, in maniera contraria all'afflato di autonomia della disciplina si vedano le riflessioni di M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aracne Editrice, 2019, 31 ss, il quale preferisce l'espressione "diritto in internet" alla più diffusa "diritto di internet". Nella dottrina statunitense, invece, la riflessione sulla sostenibilità dell'eccezionalismo di Internet sarebbe resa famosa da una celebre affermazione del giudice federale Frank Easterbrook, il quale, avrebbe condannato l'approccio specializzato e, nel ribadire l'essenzialità di risolvere le questioni secondo i principi generali del diritto, avrebbe paragonato velatamente la questione dello studio del diritto di Internet allo studio di un ipotetica "law of the horse"; L. LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in *Harvard Law Review*, 113, 1999, 501. Secondo altra parte della dottrina statunitense, invece, l'ottica eccezionalista sarebbe propria del diritto statunitense. A supporto è citata una diversa opinione giudiziale, appartenente al giudice Robert Jackson e risalente al 1949, il quale partirebbe dal presupposto che la stampa, la radio o la televisione presentano tutte differenze intrinseche quanto a natura, valori e pericoli e abusi; M. TUSHNET, *Internet Exceptionalism: an overview from general constitutional law*, in *William & Mary Law Review*, 56, 2015, 1640. La decisione della Corte Suprema nel caso TikTok, sembra per la verità portare alla luce i labili confini di queste due impostazioni, in quanto si apre proprio con l'affermazione che, come suggerito 80 anni prima dal Giudice Frankfurter, nel considerare l'applicazione di regole tradizionali a "problemi totalmente nuovi" come quelli che erano posti alla Corte dalla radio, sia necessario pensare a "non mettere in imbarazzo chi verrà in futuro"; *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. — (2025), 1.

²⁰⁶ Sull'utilizzo della terminologia piattaforme per indicare le c.d. big tech, si segnala altresì uno studio del giurista olandese Schrepel, il quale, partendo da prospettive di interpretazione delle regole della concorrenza e antitrust dell'Unione europea ritiene che potrebbe applicarsi una distinzione, non solo semantica ma anche giuridica, tra il concetto di piattaforma — nato dal francese *plate fourme* — e quello di aggregatore, dal latino *aggregare*. Egli ritiene che il primo andrebbe applicato a quelle aziende che forniscono i loro sistemi operativi proprietari e di codice perché uno sviluppatore esterno possa costruire su tale base il proprio prodotto (così, ad esempio Chrome OS o Apple OS); si potrebbe invece parlare di aggregatori con riferimento a quei servizi che gestiscono vasti quantitativi di informazioni e poi le processano per fornirle all'utente secondo criteri ritenuti rilevanti rispetto a quest'ultimo (come la maggior parte dei social network, da Facebook a X); T. SCHREPEL, *Platforms or Aggregators: Implications for Digital Antitrust Law*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2021, 1.

²⁰⁷ Il termine *platform law* sembrerebbe comparire per la prima volta in un rapporto delle Nazioni Unite del 2018 sulla promozione e la difesa del diritto alla libertà di espressione (D. KAYE, *Report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*). Secondo Land, che ne ricostruisce l'evoluzione e propone una prima proposta di teorizzazione, *platform law* andrebbe ad indicare un diritto delle piattaforme che si comporrebbe di quattro partizioni: *contract law*, *substantive law*, *procedural law*, *technical law*. In tale ricostruzione dottrinale, dunque, il diritto che le piattaforme si sono date — quali "nuovi ordinamenti sovranazionali" — avrebbe al suo centro — e origine — il diritto contrattuale, cioè i termini delle condizioni di fornitura di servizio che regolano il rapporto contrattuale tra la piattaforma e l'utente del servizio. L'autrice anglosassone ritiene altresì che le piattaforme si sarebbero dotate anche di un proprio diritto sostanziale, il quale "codifica" le regole di condotta della comunità nella piattaforma, nella quale esi-

funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale di filtraggio e raccomandazione delle informazioni — sembrano avere assunto il carattere di *transnational law* ²⁰⁸, facendo cioè parte di quei diritti oggettivi che, in un sistema globale pluralista, regolano azioni ed eventi che trascendono i limiti dei confini nazionali. Rispetto a tale fenomeno, i legislatori nazionali e internazionali sono passati da un (lungo) periodo di disinteresse ²⁰⁹ a tentativi di regolamentazione “tardivi”, quando i sistemi privati delle *big tech* erano già profondamente radicati ²¹⁰.

La materia delle piattaforme online è oggetto di crescente attenzione per il legislatore europeo, il quale, in pochi anni, ha adottato regole di diritto privato europeo sul mercato dei dati, sugli oneri di trasparenza sulle piattaforme e sui divieti di utilizzo

sterebbe un insieme di regole latu sensu assimilabile all’apporto del formante legislativo (e contenuto nelle community guidelines) e una common law, cioè un insieme interpretativo di pratiche delle regole della comunità virtuale. A tali due corpi di regole si affiancherebbero poi le regole procedurali, le quali chiarificano le procedure di segnalazione/reclamo, il funzionamento del sistema di gestione del reclamo, i criteri con cui eventuali sanzioni vengono comminate e le procedure di appello delle decisioni. Infine, le regole tecniche, le quali attengono ai requisiti di design e di funzionamento della piattaforma, come i requisiti tecnici per il caricamento di contenuti, ma anche il funzionamento dei sistemi algoritmici di raccomandazione e filtraggio. Per una visione più completa cfr. M. K. LAND, *The problem of platform law: pluralistic legal ordering on social media*, in P. BERMAN (ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 961-977.

²⁰⁸ L’espressione *transnational law* viene coniata da Jessup a metà del Novecento da P.C. JESSUP, *Transnational law*, Yale University Press, New Haven, 1956, p. 45, come « all law which regulates actions or events that transcend national frontiers ». Sull’importanza delle regolamentazioni transnazionali oggi negli studi comparatistici, si veda, per tutti, V. RAMRAJ, *Transnational Regulation*, in M. SIEMS, P. J. YAP, *The Cambridge Handbook of Comparative Law*, Cambridge University Press, 2024, 575. Nella dottrina italiana, rispetto all’espressione diritto transnazionale, si trova altresì con frequenza un riferimento alle regole private delle piattaforme come possibili ordinamenti giuridici privati sovranazionali, poi precisando che dovrebbe così intendersi ordinamento giuridico quale diritto oggettivo delle piattaforme. Sul tema, nella dottrina

italiana si vedano per tutti, M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in *Media Laws*, 3, 2018; E. CREMONA, *I poteri privati nell’era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023; M. MANETTI, F. BASSAN, *Digital Platforms and Global Law*, Edward Elgar Publishing, 2021; M.R. ALLEGRI, *Ubi social ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Franco Angeli Editore, 2018, 29.

²⁰⁹ L’approccio di deregolamentazione della Rete è infatti legato ad una visione “romantica” e oggi utopistica, la quale guarda alla Rete come luogo di massima libertà individuale, nonché come tematica strettamente connessa ai “soli” termini dell’informazione. In tal senso, A. MANGANELLI, *Piattaforme digitali e social network*, fra pluralità degli ordinamenti, pluralismo informativo e potere di mercato, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2023, 837. Vale la pena ricordare in questa sede che non è un caso che un approccio di questo tipo si coniughi alla circostanza che la rivoluzione tecnologica dell’Internet trovi il suo fondamento negli Stati Uniti; un ordinamento dove l’attività politica spesso si concentra su istanze di minore controllo governativo e la nascita dei sistemi comunicativi si basa su rivendicazioni di libertà rispetto allo Stato. Sul punto si veda D. G. POST, *Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace*, in *Journal of Online Law*, 1995, 4.

²¹⁰ Nella dottrina italiana vi è chi ha parlato di un’evidenza dell’esigenza regolamentare che è divenuta tale solo nel momento in cui ci si è resi conto che la voluta “assenza di regole della rete” era in realtà un dominio di poteri privati. In tale senso, M. MANETTI, *Regolare internet*, in *Media Laws*, 2020, 36.

di tecnologie di intelligenza artificiale e algoritmiche in contrasto con i diritti fondamentali degli individui.

Negli Stati Uniti, gli approcci regolamentari sembrano oggi invece scontrarsi continuamente con alcune strutture rigide, quale l'immunità assoluta di cui alla Sezione 230 del *Communications Decency Act*, la distinzione tra regolamentazioni *content-based* e *content-neutral*, e la interazione del tema correlato al valore dei dati personali con quello dei contenuti nella rete, spesso valutati solo alla stregua di informazioni dal carattere non economico.

All'interno di questo sistema, gli utenti parrebbero correre il rischio di divenire una sorta di "collateralità". La vicenda di *TikTok*, infatti, esprimerebbe plurime criticità relative all'attuale assetto di diritto statunitense in questo ambito. Da un lato, il trattamento indiscriminato dei dati personali da parte delle piattaforme — e il loro trasferimento all'estero — parrebbe divenire rilevante solo entro confini limitati, più cioè per temi di sicurezza pubblica che non di reale tutela dei diritti di riservatezza degli individui. Dall'altro una (sentita) esigenza di controllo sui contenuti pubblicati e diffusi sui social network non sembra potersi tradurre in alcun modo in forme di responsabilizzazione delle piattaforme. Ne conseguirebbe che i contenuti pubblicati online dagli individui possano essere trattati alla stregua di discorsi "incidentalmente sopprimibili" e le pretese di chi ha fatto della creatività o dello scambio di informazioni sui social network un'attività lavorativa archiviate per carenza di interesse ad agire. Complessivamente, dunque, il caso *TikTok* rappresenta un esempio di quella che forse può essere individuata come una delle tensioni che maggiormente caratterizza il panorama giuridico globale: la costruzione di sistemi di diritto privato delle società dell'informazione che riconoscano al tempo stesso centralità all'individuo.

Abstract

Il contributo analizza la vicenda giudiziale *TikTok Inc. v. Garland*, decisa dalla Corte Suprema federale degli Stati Uniti il 17 gennaio 2025 e che ha portato alla temporanea chiusura del social network TikTok. La vicenda giudiziale evidenzia alcune peculiarità del sistema statunitense, dove la natura economica dei dati personali è spesso negata e la tenuta del sistema di immunità assoluta dei social network, garantito dalla Sezione 230 del *Communications Decency Act*, appare in continua discussione. Si esaminano i temi della responsabilità civile dei social network per le attività dei propri algoritmi di filtraggio e raccomandazione, le disposizioni sulla proprietà dei media, alcuni principi ed istituti peculiari del common law, quali il bill of attainder, e gli effetti della distinzione tra regolamentazioni c.d. *content-based* e *content-neutral* nell'ambito della disci-

plina applicabile alle piattaforme online. Infine, viene ricostruito il quadro di diritto positivo applicabile alle piattaforme online.

This article examines the TikTok Inc. v. Garland case, which was decided by the United States Supreme Court on January 17, 2025 and resulted in the temporary closure of the social network TikTok. The case illustrates some distinctive features of the US system, in which the economic nature of personal data is frequently denied, and the legitimacy of the absolute immunity system for social networks, guaranteed by Section 230 of the Communications Decency Act, appears to be under constant challenge. It analyzes social networks' liability for the activities of their filtering and recommendation algorithms, media ownership, certain principles unique to common law countries, such as the bill of attainder, and the effects of the distinction between so-called content-based and content-neutral regulations within the context of the law applicable to online platforms.