

Trump v. TikTok tra libertà di espressione e sicurezza nazionale

di Luigi Testa

Abstract: *Trump v. TikTok Between Freedom of Expression and National Security* – This article explores the legal dispute between TikTok and the U.S. government, focusing on the tension between freedom of expression and national security. It analyzes the legislative and judicial developments culminating in the 2024 Act banning foreign adversary-controlled apps. The Supreme Court upheld the law as content-neutral, applying intermediate scrutiny and emphasizing national security concerns over data access and algorithmic control. While the ruling avoids addressing deeper First Amendment implications, it raises questions about government overreach, digital platform regulation, and the balance between security and civil liberties in the digital age.

Keywords: TikTok; First amendment; National security; Recommendation algorithm; Freedom of expression

1. Introduzione

Negli ultimi anni, il tema del conflitto tra libertà di espressione e sicurezza nazionale si è imposto con forza crescente nel dibattito giuridico e politico statunitense, specialmente quando l'arena della contesa si è spostata nel mondo digitale.

La controversia tra TikTok Inc. e il Governo degli Stati Uniti – culminata nella decisione della Corte Suprema del gennaio 2025 – rappresenta uno degli episodi più emblematici di questa tensione. Al centro del dibattito vi è il destino dell'app cinese *TikTok*, accusata dalle autorità statunitensi di costituire un veicolo potenziale per l'ingerenza straniera, la raccolta massiva di dati sensibili e la manipolazione dell'informazione, attraverso l'uso di algoritmi di raccomandazione opachi e controllati da soggetti ritenuti ostili agli interessi americani.

La risposta normativa a questa percepita minaccia è arrivata con il *Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act*, approvato con sorprendente consenso bipartisan nel 2024. Tale legge prevede il divieto generalizzato di operare nel mercato statunitense per tutte le applicazioni considerate controllate da “foreign adversaries”, tra cui *TikTok*, a meno che queste non si sottopongano a una “cessione qualificata” che ne assicuri il completo distacco da soggetti stranieri ritenuti pericolosi. La norma è stata oggetto di immediata contestazione da parte di TikTok Inc., della sua società madre ByteDance Ltd., e di un gruppo di utenti

statunitensi, i quali hanno sollevato una questione di incostituzionalità basata sul Primo Emendamento della Costituzione americana.

Nel pronunciarsi sul caso, la Corte Suprema ha scelto un approccio formale e prudente, qualificando la legge impugnata come “content-neutral” e applicando il relativo scrutinio intermedio. Una scelta che ha avuto l’effetto di spostare l’asse della valutazione sull’interesse pubblico legato alla sicurezza nazionale, anziché sul contenuto espressivo veicolato dalla piattaforma. La Corte ha così evitato un confronto diretto con alcune delle questioni più spinose e innovative sollevate dalla causa, come la natura del controllo sugli algoritmi, il ruolo dei social media come “public forums” contemporanei, e la tenuta del binomio *content-neutral vs. content-based* nell’era digitale.

Questo articolo si propone di ricostruire le tappe legislative e giudiziarie che hanno condotto alla sentenza della Corte Suprema e poi all’Executive Order con cui il Presidente Trump sospendeva il termine del *Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act*, analizzando le ragioni del legislatore, le posizioni delle parti coinvolte, l’orientamento della Corte, ed accennare alle implicazioni più ampie per la tutela della libertà di espressione in un contesto sempre più influenzato da logiche di sicurezza e geopolitica.

2. Cinque anni di schermaglie

La battaglia tra il Governo e *TikTok* che interessa ormai da anni gli Stati Uniti si è aperta e si chiude – per ora – con Trump¹. È lui, infatti, il 6 agosto 2020, ad adottare l’*Executive Order* 13942 per contrastare i rischi che «il diffondersi negli Stati Uniti di applicazioni sviluppate e possedute da società cinesi» comporterebbero per la sicurezza nazionale, la politica estera, e l’economia degli Stati Uniti.

Nella sua ricostruzione, la Corte omette di notare che la misura presidenziale del 2020, in realtà, aveva un presupposto importante nell’*Executive Order* 13873 del maggio dell’anno precedente, con il quale Trump aveva dichiarato uno stato di emergenza nazionale, a motivo delle potenziali vulnerabilità nelle tecnologie e nei servizi di comunicazione e informazione provenienti da «avversari stranieri» (*foreign adversaries*).

Il destinatario dichiarato dell’*Executive Order* del 2020 è la società cinese ByteDance Ltd., titolare dell’algoritmo proprietario di *TikTok*, sviluppato e mantenuto in Cina. Secondo la Casa Bianca, la società è soggetta alla legislazione cinese, e, da questa, potrebbe essere legittimamente

¹ Sui possibili interessi di natura personale di Trump nella vicenda, si sofferma A. Chander, *Trump v. TikTok*, 55 Vand. L. Rev. 1145 (2023): «TikTok was the one wildly popular social media service that Trump and his allies did not depend on. It is hard to imagine Trump banning Twitter or YouTube, which he used to talk with his supporters, or Facebook, which he used to raise money, even if they had Chinese owners. The targeting of TikTok seems not to have been based on legitimate concerns, but rather based on the desire of a political leader to eliminate channels of communication that had proven unfriendly to him. Russian apps were not banned, despite Russia's well-documented efforts to meddle in the US election via social media» (1171-1172).

richiesta di collaborare con l'*intelligence* del Governo, anche garantendo a questo l'accesso e il controllo dei dati privati di cui essa è in possesso.

L'ordine del Presidente vietava ogni transazione commerciale tra qualsiasi soggetto sottoposto alla giurisdizione degli Stati Uniti e ByteDance Ltd. o le sue società sussidiarie.

Insieme a questo *Executive Order*, il Presidente, nei giorni immediatamente successivi, ne adottava altri due. Il primo, il 6 agosto, contro *WeChat*, un'app cinese popolare nella comunità cino-americana, che, a differenza di ByteDance, non ha separato le sue *app* per il mercato cinese e quello internazionale²; e il secondo, del 14 agosto, che imponeva a ByteDance di vendere o trasferire *TikTok* entro 90 giorni³, con scadenza il 12 novembre 2020⁴.

Delle tre misure, la prima ad arrivare all'attenzione del giudice è quella relativa a *WeChat*. A dire del giudice adito, il divieto imposto dal Presidente avrebbe violato il Primo Emendamento: non vi sarebbe alcuna evidenza, infatti, che un divieto totale sia un efficace strumento di contrasto alla preoccupazione che derivano per la sicurezza nazionale⁵, né che un tale divieto sia l'unica valida alternativa⁶.

Incoraggiati dal risultato giudiziale, il 23 settembre 2020 anche *TikTok* ricorreva anzitutto contro l'*Executive Order* 13942 del 6 agosto.

² Order No. 13943, 85 Fed. Reg. 48,641 (Aug. 6, 2020).

³ Presidential Order Regarding the Acquisition of Musical.ly by ByteDanceLtd., 85 Fed. Reg. 51297 (Aug. 14, 2020). La misura seguiva seguito la *review* da parte del Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) sull'acquisizione di Musical.ly da parte di ByteDance nel 2017 e la successiva fusione con TikTok nel 2018. Il CFIUS si occupa della *review* di fusioni, acquisizioni e acquisizioni che potrebbero comportare il controllo di un'azienda statunitense da parte di un soggetto straniero; dopo il *Foreign Investment Risk Review Modernization Act* del 2018, la sua competenza è stata ampliata, fino a ricomprendere il controllo su "non-controlling investments", tra cui rientra l'acquisizione di Musical.ly e successiva fusione. Quando un'operazione rientra nel suo ambito di competenza e si ritiene sussista un rischio per la sicurezza nazionale, il CFIUS può raccomandare al Presidente di vietare o sospendere la transazione, anche con effetti retroattivi (dunque obbligando le parti a dismettere accordi già intervenuti).

⁴ Già il 3 agosto, il Presidente Trump era stato chiaro, affermando che se *TikTok* non fosse stato acquistato da Microsoft o da un'altra «very American company», sarebbe stata chiusa (Exec. Order No. 13942, 85 Fed. Reg. 48,637 (Aug. 6, 2020)).

⁵ U.S. *WeChat Users All. v. Trump*, 488 F. Supp. 3d 912 (N.D. Cal. 2020): «While the government has established that China's activities raise significant national-security concerns - it has put in scant little evidence that its effective ban of WeChat for all U.S. users addresses those concerns. And, as the plaintiffs point out, there are obvious alternatives to a complete ban, such as barring WeChat from government devices, as Australia has done, or taking other steps to address data security» (927).

⁶ Né il giudice perde l'occasione di tradire, pur incidentalmente, il sospetto che la misura impugnata sia animata da uno spirito anti-cinese: «The plaintiffs point to the President's anti-Chinese statements around the time he issued the WeChat Order, including his remarks about China's responsibility for the COVID-19 pandemic (including calling it the "China virus", the "China flu", and similar names), his reference to China's owning the United States if he is not reelected, and other mocking conduct that the plaintiffs characterize as showing racial animus and aimed at bolstering the President's reelection campaign» (921-922).

Secondo la parte ricorrente, la misura sarebbe stata *ultra vires*, e dunque costituzionalmente illegittima⁷, in quanto essa superava l'invocata autorità del Presidente ai sensi dell'*International Emergency Economic Powers Act*, il quale, se da un lato concede al Presidente ampi poteri per regolamentare le transazioni economiche dopo la dichiarazione di uno stato di emergenza nazionale, dall'altro proibisce però espressamente di «regolare o proibire, direttamente o indirettamente» l'importazione o l'esportazione di informazioni o materiali informativi, sia commerciali che non commerciali, indipendentemente dal formato o dal mezzo di trasmissione⁸. Eccezione che, anche secondo il giudice procedente, sarebbe pienamente integrata nel caso di *TikTok*, con conseguente illegittimità dei divieti presidenziali⁹.

Alla stessa conclusione giunge il giudice in una vicenda parallela che non occorre qui ricostruire¹⁰, ma che val la pena citare perché, in una nota a piè di pagina, l'autore della decisione esclude che il divieto del Governo possa qualificarsi come «content-neutral»¹¹, circostanza che – come si vedrà appena oltre – sarà nodale più avanti, davanti alla Corte suprema.

TikTok impugnava anche la misura del 14 agosto, che imponeva la vendita o comunque la cessione dell'algoritmo, invocando la natura illegittima della misura presidenziale, ma la Corte – intervenuta l'elezione del Presidente Biden – decideva di sospendere il caso per consentire alla nuova amministrazione la negoziazione di una misura alternativa alla cessione dei diritti¹².

Il tavolo tra il Governo e la società cinese è andato avanti per tutto il 2021 e il 2022, senza che si giungesse ad una soluzione di compromesso che soddisfacesse le esigenze di sicurezza nazionale rappresentate dal Governo. Che l'accordo sia ben lontano dall'essere raggiunto, emerge da alcuni segnali che trapelano nella scena pubblica.

Il 30 giugno 2022, TikTok Inc. rende nota la sua risposta alla lettera che alcuni membri del Senato avevano indirizzato al CEO, Shou Zi Chew, dopo una fuoriuscita di notizie su un presunto accesso nascosto di Pechino ai dati privati degli *tiktokers*¹³. La risposta ha un tono decisamente assertiva: «Non ci è mai stato chiesto alcun dato da parte del Partito Comunista Cinese. Non abbiamo fornito dati degli utenti americani al PCC, né lo faremmo se ce lo chiedessero»¹⁴.

⁷ Sui profili dell'eccesso di potere, si sofferma adeguatamente L. Willson, *TikTok v. Trump: the "Renegade" of Digital Fair Trade*, 24 Or. Rev. Int'l L. 263 (2023).

⁸ 50 U.S.C. § 1702(b)(3).

⁹ *TikTok Inc. v. Trump*, 507 F. Supp. 3d 92 (DC 2020).

¹⁰ *Marland v. Trump*, 498 F. Supp. 3d 624 (ED Pa. 2020).

¹¹ Per il giudice, infatti, quella impugnata sarebbe «clearly not a 'generally applicable' regulation [but rather] expressly appl[ied] only to certain specified transactions involving the TikTok mobile app» (638, n.6.).

¹² *TikTok Inc. v. Committee on Foreign Investment*, No. 20-1444 (CADC, Feb. 19, 2021).

¹³ Il testo della lettera dei Senatori è disponibile on line all'indirizzo <https://www.blackburn.senate.gov/services/files/8DE2B2CF-27BF-4ADD-8E4C-D83598D9424D>.

¹⁴ Il testo della risposta è disponibile on line all'indirizzo <https://www.blackburn.senate.gov/services/files/A5027CD8-73DE-4571-95B0->

A fine 2022, le Camere approvano il divieto di usare il social cinese sui dispositivi del Governo federale¹⁵. E, nel corso del 118° Congresso, sono molteplici i disegni di legge presentati al Congresso per la preoccupazione in materia di sicurezza nazionale legate a TikTok.

Alcune di queste proposte, ad esempio, andavano nel senso di eliminazione le eccezioni ai poteri del Presidente previsti dall'*International Emergency Economic Powers Act*, in base alle quali era stato annullato l'*Executive Order* 13942¹⁶. Altre, invece, andavano nel senso di introdurre specifici mandati legislativi in capo al Presidente; ad esempio, a imporre restrizioni sui visti in risposta all'uso improprio di app di social media da parte di determinati soggetti stranieri¹⁷; oppure a vietare transazioni con soggetti che consapevolmente forniscono dati personali sensibili di persone soggette alla giurisdizione statunitense a società controllate o influenzate dalla Repubblica Popolare Cinese¹⁸. Da altre parte, invece, si proponeva di adottare programmi di revisione della sicurezza nazionale non basati sull'*International Emergency Economic Powers Act*¹⁹, o di dare mandato alla *Federal Communications Commission* di vietare la distribuzione su *app store* di specifiche piattaforme social di volta in volta individuate dal Presidente e di imporre ai fornitori di servizi internet di bloccare determinati accessi²⁰.

Soprattutto, il 5 marzo 2024, era presentato presso la Camera dei Rappresentanti, di quello che poi sarà approvato come il *Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act*, con il dichiarato fine di «proteggere la sicurezza nazionale degli Stati Uniti dalla minaccia rappresentata da applicazioni controllate da avversari stranieri, come *TikTok* e qualsiasi sua applicazione o servizio successore, nonché qualsiasi altra applicazione o servizio sviluppato o fornito da ByteDance Ltd. o da un'entità sotto il controllo di ByteDance Ltd.».

Il disegno di legge procedeva spedito grazie ad un non comune consenso bipartisan. Nel dibattito in aula non è fatto mistero dell'*animus* della proposta, in uno spirito apertamente polemico – nel senso più aderente all'etimologia – con la Cina. Nelle parole della repubblicana Cathy McMorris Rodgers, «gli avversari stranieri, come il Partito Comunista Cinese, rappresentano la più grande minaccia alla sicurezza nazionale del nostro tempo. L'accesso di *TikTok* a 177 milioni di utenti americani lo rende uno strumento di propaganda prezioso che il PCC può sfruttare». Il disegno di legge proposto al Congresso, invece, impedirebbe «alle app controllate da avversari stranieri di prendere di mira, sorvegliare e manipolare il popolo americano». E il tono continua sempre più tranciante: «Le aziende

[AA7064F707C1](#).

¹⁵ Sec. 102, *Consolidated Appropriations Act*, 2023, firmato dal Presidente il 29 dicembre 2022.

¹⁶ *No TikTok on United States Devices Act* (H.R. 503/S. 85); *Averting the National Threat of Internet Surveillance, Oppressive Censorship and Influence, and the Algorithmic Learning by the Chinese Communist Party Act* (Anti-Social CCP Act, H.R. 1081/S. 347).

¹⁷ *Protecting Personal Data from Foreign Adversaries Act* (H.R. 57).

¹⁸ *Detering America's Technological Adversaries Act* (DATA Act, H.R. 1153).

¹⁹ *Restricting the Emergence of Security Threats that Risk Information and Communications Technology Act* (RESTRICT Act, S. 686).

²⁰ S.872 - *SAFETY on Social Media Act*, 2023.

controllate da un avversario straniero, come il PCC, non abbracceranno mai i valori americani come la libertà di espressione, i diritti umani, lo stato di diritto e la libertà di stampa. Se poste di fronte a una scelta, opteranno sempre per maggiore controllo, maggiore sorveglianza e maggiore manipolazione. Nel caso di *TikTok*, non ce ne accorgeremmo nemmeno. Oggi mandiamo un messaggio chiaro: non tollereremo che i nostri avversari usino le nostre libertà come armi contro di noi»²¹.

Il 14 marzo il testo, approvato dalla Camera, già passava al Senato, e il 24 aprile era firmato dal Presidente²².

La legge rende illegale l'offerta di servizi per «distribuire, mantenere o aggiornare un'applicazione controllata da uno straniero nemico (*foreign adversary controlled application*)» negli Stati Uniti. E perché possa essere integrata l'ipotesi di un'applicazione di questo tipo, il testo prevede due casi.

Il primo è quello di una designazione diretta, *ope legis*: sono infatti “foreign adversary controlled applications” tutte quelle gestite, direttamente o indirettamente, da ByteDance Ltd., TikTok Inc., o da società collegate.

Il secondo caso, invece, si ha quando ricorrono insieme diverse condizioni: quando, cioè, una società che consente agli utenti di creare, condividere e visualizzare contenuti e che abbia più di 1.000.000 di utenze mensili attive, sia controllata da uno Stato straniero nemico e sia classificata dal Presidente come una minaccia significativa per la sicurezza nazionale degli Stati Uniti.

Le proibizioni previste dal *Foreign Adversary Controlled Applications Act* entrano in vigore 270 giorni dopo che un'applicazione è stata dichiarata “foreign adversary controlled”, ma, visto che per le applicazioni gestite da ByteDance Ltd. e TikTok Inc. la designazione è fatta *ope legis*, per queste l'entrata in vigore del divieto era fissata al 19 gennaio 2025.

Al Presidente, la legge lascia ampio potere discrezionale. Non solo – a parte il caso della designazione dirette – è lui a qualificare un'applicazione come “foreign adversary controlled”, con tutte le conseguenze del caso, ma il suo intervento resta decisivo anche per l'unica possibilità di esenzione legislativamente prevista.

L'*Act*, infatti, prevede che una società sia esentata dal divieto se interviene una «cessione qualificata», dovendosi intendere per tale quella che il Presidente determina come sufficiente a garantire che l'applicazione «non sia più controllata da un avversario straniero». A tal fine, il Presidente deve verificare che la cessione impedisca la creazione o il mantenimento di qualsiasi rapporto operativo con i soggetti controllati da un avversario straniero, ed escluda ogni forma di cooperazione riguardante il funzionamento dell'algoritmo di raccomandazione dei contenuti o qualsiasi accordo relativo alla condivisione dei dati.

Quando il Presidente sia possesso di notizie qualificate circa l'avvio di un processo di «cessione qualificata» – e possa eventualmente dividerle

²¹ Congressional Record Vol. 170, No. 45 (House - March 13, 2024), H1164.

²² Da un punto di vista procedurale, il disegno di legge è stato prima discusso e approvato come atto individuale dalla Camera dei Rappresentanti (con 352 voti favorevoli, e 65 contrari); arrivato al Senato, è stato incorporato nel pacchetto H.R.815 - *Making emergency supplemental appropriations for the fiscal year ending September 30, 2024, and for other purposes*, ed approvato con una maggioranza di 79 a 18.

con il Congresso – , può concedere una proroga *una tantum* di massimo 90 giorni, rispetto alla scadenza dei 270 previsti dalla legge.

3. L'intervento della Corte suprema

Contro il *Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act*, ByteDance Ltd., TikTok Inc., insieme ad un gruppo di utenti della piattaforma cinese, ricorrevano alla Corte suprema, allegando la violazione del Primo Emendamento.

La decisione del collegio²³ – redatta *per curiam* – è una lineare e piana applicazione della strumentistica depositata nella *First Amendment Doctrine*, senza alcun guizzo di originalità.

La prima questione che il collegio, preliminarmente, deve risolvere, è se la legge impugnata sia effettivamente soggetta al *First Amendment scrutiny*. Potrebbe, infatti, non essere così pacifico che il *Foreign Adversary Controlled Applications Act* riguardi direttamente una «protected expressive activity», perché di fatto il divieto in esso contenuto non ha per destinatari diretti i potenziali autori di espressione del pensiero in ipotesi impedita. I giudici, tuttavia, ritengono ragionevolmente che «an effective ban on a social media platform with 170 million U. S. users certainly burdens those users' expressive activity in a non-trivial way». La questione è dunque affrontata nel merito, senza che la Corte si incagli nella definizione di uno standard per gli oneri posti a forme di «non-expressive activity»²⁴.

Superato questo passaggio preliminare – e dato ormai per acquisito che è possibile limitare legislativamente l'espressione del pensiero²⁵ – resta determinante la qualificazione della limitazione legislativa come *content-based* o *content-neutral law*. Dalla qualificazione dell'atto impugnato come *content-neutral*, infatti, può derivare l'esclusione di una presunzione, pur relativa, di incostituzionalità, come invece sarebbe stato nel caso di *content-based laws*²⁶, e l'applicazione, invece, di un *intermediate scrutiny*, che richiede

²³ TikTok, Inc. v. Garland, 604 U.S. ____ (2025).

²⁴ Sul punto, è decisamente più assertiva Justice Sotomayor, che scrive una brevissima concurring opinion per chiarire che, a suo giudizio, «our precedent leaves no doubt» che la legge in questione implichi un problema di *First Amendment scrutiny*: «It bars any entity from distributing TikTok's speech in the United States, unless TikTok undergoes a qualified divestiture. The Act, moreover, effectively prohibits TikTok from collaborating with certain entities regarding its "content recommendation algorithm" even following a qualified divestiture. And the Act implicates content creators' "right to associate" with their preferred publisher "for the purpose of speaking". That, too, calls for First Amendment scrutiny».

²⁵ «[Above] all else, the First Amendment means that government [generally] has no power to restrict expression because of its message, its ideas, its subject matter, or its content» (Police Dept. of Chicago v. Mosley, 408 U. S. 92, 95 (1972)). Tuttavia, la giurisprudenza della Corte consente al Governo e al Congresso di «constitutionally impose reasonable time, place, and manner regulations», con il limite tuttavia di non discriminare «in the regulation of expression on the basis of the content of that expression» (Hudgens v. NLRB, 424 U. S. 507, 520 (1976)).

²⁶ Reed v. Town of Gilbert, 576 U.S. 155 (2015). «A law is content-based if "a regulation of speech 'on its face' draws distinctions based on the message a speaker conveys" (163).

di considerare l'interesse pubblico invocato a giustificazione delle restrizioni e la proporzionalità di queste.

Nel caso di specie, per i giudici, è da escludersi che le disposizioni impugnate costituiscano un caso di *content-based law*, configurandosi invece come disposizioni neutre quanto al contenuto (*content-neutral*). I divieti, infatti, non distinguono quanto al tipo di messaggio che è veicolato, e la legge «aims at expression, but for reasons unrelated to its content»²⁷.

La circostanza, poi, che alcune disposizioni avrebbero come specifico destinatario *TikTok* non integrerebbe una ingiustificata disparità di trattamento, per le caratteristiche *sui generis* della piattaforma: «TikTok's scale and susceptibility to foreign adversary control, together with the vast swaths of sensitive data the platform collects, justify differential treatment to address the Government's national security concerns».

Virato, dunque, verso la meno rigorosa strada dell'*intermediate scrutiny*, la Corte passa a prendere in esame gli interessi pubblici sottostanti all'adozione del *Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act*. Tra questi, quello più immediato rilievo è costituito dall'esigenza di impedire la raccolta di dati degli utenti della piattaforma da parte delle autorità pubbliche cinesi.

I ricorrenti non contestano la fondatezza dell'interesse in sé, ma – assai debolmente – fondano le proprie ragioni sulla asserita scarsa probabilità che il Governo cinese imponga alla piattaforma social di condividere i suoi dati.

Un rilievo che, prevedibilmente, non trova alcun accoglimento, se non altro per la deferenza dovuta nel giudizio alle previsioni politiche di titolarità del Congresso e del Governo²⁸.

Né convince la Corte la tesi di parte ricorrente per la quale le eccezioni previste dal *Foreign Adversary Controlled Applications Act* a favore di alcune piattaforme dimostrerebbe la debolezza e in qualche modo la natura pretestuosa dell'interesse pubblico segnalato dal Governo: *TikTok* non è una piattaforma come le altre – ribadisce la Corte –, e questo ne giustifica un trattamento differenziato.

Anche lo scrutinio di discrezionalità del divieto è superato pacificamente, trattandosi di un divieto condizionato, da cui è possibile affrancarsi con una «cessione qualificata», nei termini che si sono sopra ricostruiti.

Vale la pena segnalare che, nella sua analisi, il collegio non esclude che possano esserci alternative valide – anche tra quelle segnalate dai ricorrenti –, egualmente capaci di soddisfare l'interesse pubblico qui in rilievo. Eppure, conclude la Corte – citando un precedente del 1989 – «the regulation will

²⁷ K.M. Sullivan, N. Feldman, *First Amendment Law*, St Paul, 2016, 240.

²⁸ D'altra parte, la preoccupazione del Governo in materia è ampiamente condivisa nell'opinione pubblica statunitense; lo nota bene A. Paykin, *A Tik-Tok Ban? The First Amendment Implications Should Not Be Underestimated*, in N.Y. St. B.J., 26-08-2024, <https://nysba.org/a-tik-tok-ban-the-first-amendment-implications-should-not-be-underestimated/?srsltid=AfmBOooU7Mts20i5lk5e-bDdgA7cMdbQygD-CaJb-D02P3bC-LcFhYm>. Per i profili più strettamente giuridici legati al trasferimento dei dati e agli strumenti di contrasto esistenti, si veda B. Horowitz, T. Check, *TikTok v. Trump: The Uncertain Future of National Security-Based Restrictions on Data Trade*, 13 J. Nat'l Sec. L. & Pol'y 61 (2022).

not be invalid simply because a court concludes that the government’s interest could be adequately served by some less-speech-restrictive alternative»²⁹.

L’altro interesse pubblico che il Governo invoca dalla sua parte – forse più interessante e più “nuovo” – è quello ad impedire che uno Stato straniero nemico abbia il controllo del *recommendation algorithm* della principale piattaforma social del Paese.

Si tratta di un profilo di cui forse sarebbe stato interessante leggere di più dalla Corte, e probabilmente non è privo di pregio il rilievo dei ricorrenti per il quale la scelta del Congresso di adottare l’*Act* per questo specifico interesse ne sposterebbe la qualificazione verso quella di una *content-based law*, rispetto alla quale sarebbe necessario lo scrutinio più severo.

D’altra parte, pur concorrendo nel giudizio e condividendo l’assorbente rilevanza dell’interesse pubblico contrario alla raccolta dei dati, una voce importante negli equilibri del collegio, *Justice Gorsuch*, non manca di mostrare i suoi dubbi sulla natura *content-neutral* della legge oggetto di scrutinio, e questi dubbi non sono del tutto insuscettibili di condivisione.

Ancor più pericolosamente avvicinerrebbe ad una *content-based law* un ulteriore interesse invocato dal Governo, quello ad impedire una manipolazione occulta dei contenuti, di cui la Corte intuisce la pericolosità e sceglie sapientemente – come nota proprio *Gorsuch* – di non prendere in considerazione.

Allo stesso modo, la Corte non entra nel merito neanche del *recommendation algorithm*, limitandosi ad osservare che – come risulta dagli atti – il Congresso avrebbe adottato la stessa normativa anche soltanto per l’interesse pubblico del *data collection*, e questo renderebbe irrilevante la nuova questione.

4. Una sentenza accomodante

Come già emerso, nella sua decisione, il collegio forse con troppa disinvoltura qualifica il *Foreign Adversary Controlled Applications Act* come una *content-neutral law*, dunque soggetto a scrutinio intermedio. D’altra parte, resta il ragionevole dubbio che un *total medium ban* si ponga in realtà per certi versi al di fuori dell’alternativa binaria *content-neutral vs. content-based*.

Negli anni ’30 e ’40, la stessa Corte suprema ha annullato diverse misure di *total medium bans*, con riguardo al volantaggio³⁰ o alla distribuzione di materiale informativo porta a porta³¹. E anche più di recente la Corte ha ritenuto che «although prohibitions foreclosing entire media may be completely free of content or viewpoint discrimination, the danger they pose to the freedom of speech is readily apparent – by eliminating a common means of speaking, such measures can suppress too much speech»³².

²⁹ *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).

³⁰ *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939).

³¹ *Martin v. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943).

³² *City of Ladue v. Gilleo*, 512 U.S. 43 (1994).

Può lasciare qualche perplessità anche il modo frettoloso in cui la Corte liquida il tema delle alternative valide, comunque idonee a soddisfare l'interesse pubblico rilevante.

In tema di scrutinio di *content-neutral laws*, la Corte ha costantemente ritenuto che «a governmental regulation is sufficiently justified if it is within the constitutional power of the Government and furthers an important or substantial governmental interest unrelated to the suppression of free expression, and if the incidental restriction on alleged First Amendment freedom is no greater than is essential to that interest»³³. Ma è sembrata essere un po' più esigente nello scrutinio di misure destinate ad avere effetti su *public forums*. Nel 1983, ad esempio, la Corte richiedeva che queste disposizioni fossero «narrowly tailored to serve a significant government interest, and leave open ample alternative channels of communication»³⁴. Che alternative comparabili a *TikTok* siano lasciate dagli effetti del *Foreign Adversary Controlled Applications Act* si può almeno dubitare.

È pur vero che, fino a qualche anno fa, la Corte – almeno nella sua parte più conservatrice – manifestava qualche perplessità rispetto all'equiparazione dei *social media* ad un *public forum*, ma l'occasione avrebbe forse reso possibile un ripensamento per il quale i tempi sembrano maturi³⁵. D'altra parte, che le questione non sia neanche incidentalmente emersa nel *reasoning* della decisione induce a pensare che per il collegio sia un tema risolto, o almeno in via di tacita risoluzione.

Altri due temi erano, invece, emersi nel dibattito sui primi Executive Orders di Trump, che qui si riportano per completezza, nonostante paiano invero di scarsa capacità persuasiva, tanto più in relazione alla legge del 2024.

Il primo riguarda la compatibilità dell'*Act* con il divieto di *Bill of Attainder* previsto dall'art. 1, sez. 9, cl. 3 della Costituzione statunitense³⁶, ossia con il divieto di una legge che si applichi ad uno specifico destinatario, e che a questo destinatario imponga una pena (*punishment*), senza la possibilità di *judicial review*³⁷.

È evidente che, dei tre elementi, nel caso del *Foreign Adversary Controlled Applications Act*, ricorre soltanto il primo, almeno per la parte della designazione diretta.

Nel 2017, la Corte d'Appello del Circuito di Washington D.C. si era occupata dell'obbligo legislativo per le amministrazioni pubbliche di rimuovere il software antivirus della russa Kaspersky Lab, per le stesse

³³ United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).

³⁴ Perry Educ. Ass'n v. Perry Educators' Ass'n, 460 U.S. 37 (1983).

³⁵ Così, da ultimo, in Packingham v. North Carolina, 137 S.Ct. 1730 (2017), con cui la Corte dichiarava illegittima una legge del North Carolina con la quale era fatto divieto ai *sex offenders* di avere account sui social networks consentiti anche a minorenni. Alito – cui aderivano Roberts e Thomas – si erano dichiarati energicamente contrario all'equiparazione dei social network a *public forums*, mentre per Kennedy che scriveva per la maggioranza l'equiparazione era «undisputable».

³⁶ Sul punto, tra gli altri, T. Check, *Are TikTok "Bans" a Bill of Attainder?*, 26 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 57 (2024).

³⁷ Flemming v. Nestor, 363 U.S. 603, 616 (1960).

premure legate al controllo sull'azienda³⁸. In quella sede, la Corte aveva ritenuto che l'interesse nazionale – del tutto analogo a quello assunto *TikTok, Inc. v. Garland* – non avesse carattere punitivo, escludendo per l'effetto che la misura potesse essere qualificata come un *Bill of Attainder*³⁹.

Vero è che, in quella circostanza, il giudice si limitava ad impiegare il *functional test*, e non anche l'*historical test* e il *motivational test*⁴⁰, ma è da ritenere che, per mettere al riparo la legittimità di una misura, sia sufficiente che almeno uno dei test – e non necessariamente tutti e tre – siano superati positivamente.

Il secondo tema, forse più fine, riguarda invece la compatibilità della legge del Congresso con la *Takings Clause* del Quinto Emendamento, che vieta che la proprietà privata sia espropriata «without just compensation».

Tuttavia, la cessione forzata di un servizio web straniero non costituisce in senso stretto un'espropriazione, posto che il divieto a compagnie straniere che operano negli Stati Uniti, per motivi di sicurezza nazionale, è invece funzionalmente e strutturalmente più simile ad un *import ban*⁴¹. E, d'altra parte, la contestazione era stata già ritenuta infondata dal giudice in *TikTok Inc. v. Trump*, nel 2020.

Misure come quelle che hanno interessato *TikTok* sono state, da alcuna parte, lette come una sorta di paternalismo del Governo, privo di fiducia nelle capacità di discernimento del pubblico. Nel dibattito al Congresso, una timida opposizione interna allo stesso partito repubblicano non ha mancato di rappresentarlo: «Gli americani hanno il diritto di accedere alle informazioni. Non abbiamo bisogno che il governo ci protegga dalle informazioni. Alcuni di noi semplicemente non vogliono che sia il Presidente a decidere quali app possiamo installare sui nostri telefoni o quali siti web possiamo visitare. Non ci sembra una cosa appropriata. Pensiamo anche che sia pericoloso dare al Presidente questo tipo di potere, il potere di decidere cosa gli americani possano vedere sui propri telefoni e computer. Dare a lui (o a chiunque) questo tipo di discrezionalità, lo riteniamo pericoloso»⁴².

Una tendenza – se si vuole – paternalista, che è rintracciabile, a ben vedere, anche in altre scelte legislative in materia di libertà di espressione nel web, e non è un caso che Gorsuch faccia riferimento (anche) a questo, quando nella sua *concurring opinion* denuncia che «too often in recent years, the government has sought to censor disfavored speech online, as if the internet were somehow exempt from the full sweep of the First Amendment»⁴³.

³⁸ *Kaspersky Lab, Inc. v. U.S. Dep't of Homeland Sec.*, 909 F.3d 446, 451 (D.C. Cir. 2018).

³⁹ Non diversamente riteneva il giudice in un caso simile, relativo all'azienda cinese Huawei: *Huawei Techs. USA, Inc. v. United States*, 440 F. Supp. 3d 607 (E.D. Tex. 2020).

⁴⁰ Come suggerirebbe *Nixon v. Adm'r of General Servs.*, 433 U.S. 425, 429 (1977).

⁴¹ K. Marien, *TakeTok: Does a TikTok Ban Violate the Takings Clause?*, 2024 U. Chi. Legal F. 515 (2024).

⁴² Congressional Record Vol. 170, No. 45 (House - March 13, 2024), H1164.

⁴³ Che, poi, questo paternalismo sia da un lato incompatibile con un sistema di democrazia rappresentativa, e, dall'altro, privo di titolo di legittimazione per l'intervento del Governo federale, lo nota bene T.M. Maddox, *TikTok, Paternalism, and*

D'altra parte, anche il Presidente Trump, nell'agosto 2020, non aveva lasciato dubbi quanto alla preoccupazione principale: «Si ritiene che *TikTok* censuri contenuti ritenuti politicamente sensibili dal Partito Comunista Cinese, come quelli riguardanti le proteste a Hong Kong e il trattamento riservato dalla Cina agli uiguri e ad altre minoranze musulmane. Così, la piattaforma potrebbe essere utilizzata per campagne di disinformazione a vantaggio del Partito Comunista Cinese, ad esempio quando i video su *TikTok* hanno diffuso teorie del complotto, poi smentite, sulle origini del Covid-19»⁴⁴.

Letta (solo) così, la legge approvata dal Congresso difficilmente non avrebbe potuto essere considerata *content-based*, e dunque presuntivamente incostituzionale, salvo che il Governo provi che la misura è specificamente ritagliata per soddisfare un urgente interesse nazionale («*narrowly tailored to serve compelling state interests*»⁴⁵). E, senza voler arrivare a conclusioni drastiche («*The TikTok ban borrowed from the Chinese playbook*»⁴⁶), una pronuncia nel senso della violazione del Primo Emendamento sarebbe stata meno implausibile⁴⁷.

Ma, questa volta, la Corte si è trovata davanti ad un provvedimento legislativo approvato con una maggioranza bipartisan, e, d'altra parte, le misure dell'amministrazione Biden non hanno fatto altro che replicare, con irrilevanti modifiche, quella già approvate da Trump.

Dinanzi a questa inedita continuità anche la Corte ha probabilmente ritenuto di non proporre ancora una volta la propria spaccatura intera, con un'argomentazione circolare che deduce la natura *content-neutral* della legge dall'interesse pubblico contrario a forme di *data collection* cinese – una *ratio*, annota la Corte, «*decidedly content agnostic*» – e da questo stesso interesse ritiene soddisfatto l'*intermediate scrutiny* per le *content-neutral laws*.

Il tutto, mantenendo ben fuori dal cerchio gli altri interessi pubblici che, forse più decisamente, avevano orientato la scelta del legislatore (finanche lanciandosi a vaticinare che il Congresso avrebbe approvato la legge anche solo per l'interesse relativo alla *data collection*, senza alcun rilievo dunque per il più scivoloso interesse legato al *recommendation algorithm*). Da

the Federal Police Power, 85 Ohio St. L.J. Online 1 (2024).

⁴⁴ Executive Order 13942.

⁴⁵ *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U. S. 155, 163 (2015).

⁴⁶ A. Chander, *cit.*, 1167.

⁴⁷ Non aiuta il confronto con divieti legislativi simili adottati in Paesi di più incerta democrazia. Nell'Executive Order di agosto 2020, Trump fa un riferimento al precedente dell'India, che un mese prima aveva vietato TikTok considerandolo una minaccia alla sicurezza nazionale. Non va tuttavia trascurato che la misura era stata adottata nel contesto di un'escalation di violenza armata lungo la linea di controllo nell'Himalaya, e che l'azione contro TikTok ed altre app cinesi rappresentava – nella presentazione stessa del Ministro indiano dell'Elettronica e della Tecnologia dell'Informazione, Ravi Shankar Prasad, un «attacco digitale» contro l'avversario cinese («*Banning Chinese apps a digital strike*»: *Union Minister Ravi Shankar Prasad*, in *Hindustan Times*, 2-7-2020, <https://www.hindustantimes.com/india-news/banning-chinese-apps-a-digital-strike-union-minister-ravi-shankar-prasad/story-XQQbTVt4bauqeBHfXC75iM.html>). Su misure analoghe adottate in altri Paesi, si veda: M. Clausius, *The Banning of TikTok, and the Ban of Foreign Software for National Security Purposes*, 21 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 273 (2022).

un lato, perdendo diverse occasioni che sarebbe stato utile cogliere: da quella per una riflessione sulle criticità del binarismo *content-neutral* e *content-based*⁴⁸, per avviare un ripensamento della *First Amendment Doctrine*, a quella sulla responsabilità della proprietà di un *recommendation algorithm*. Dall'altro, assecondando il corso di una certa sensibilità sospettosa, nella parte più conservatrice del collegio, in materia di libertà di espressione nello spazio digitale⁴⁹.

5. Il ritorno di Trump

The legality of the 2024 Act is unlikely to be tested because the recently In un gioco politico per certi versi ironico e paradossale, è toccato proprio a Donald J. Trump – l'uomo che, da Presidente nel 2020, aveva avviato la crociata contro TikTok, accusandola di essere un potenziale strumento di ingerenza e propaganda del Partito Comunista Cinese – indossare, al suo ritorno alla Casa Bianca nel gennaio 2025, i panni del difensore della libertà di espressione e della necessità di una valutazione più ponderata sull'impatto delle misure restrittive nei confronti della piattaforma.

In un rovesciamento di ruoli e narrazioni, l'ex Presidente – tornato in carica dopo le elezioni del novembre 2024 – si è trovato a gestire, nei suoi primissimi giorni di mandato, le conseguenze dirette dell'entrata in vigore del *Foreign Adversary Controlled Applications Act*, approvato dal Congresso con ampio consenso bipartisan e firmato da Joe Biden nel corso dell'anno precedente. La legge, come visto, imponeva un divieto quasi totale alla distribuzione e al mantenimento di applicazioni considerate controllate da *foreign adversaries*, prevedendo per TikTok un termine specifico di cessazione fissato al 19 gennaio 2025.

Proprio quella data – due giorni dopo la pubblicazione della sentenza della Corte Suprema che aveva rigettato il ricorso di TikTok e ByteDance contro la legittimità costituzionale della legge – segnava l'inizio dell'efficacia del divieto per la nota piattaforma. Ma, il 20 gennaio 2025, appena insediato, il nuovo Presidente Trump firmava un *Executive Order*⁵⁰ con cui disponeva una proroga di 75 giorni, congelando di fatto l'efficacia della norma almeno fino all'inizio di aprile.

⁴⁸ D'altra parte, sulla opportunità di adottare correttivi ad un rigido binarismo, vi sono voci da tempo anche all'interno del collegio. Nel passato più recente, si era espresso in tal senso, tra gli altri, Breyer, dissentendo in parte con la maggioranza della Corte in *William P. Barr, Attorney General, et al., Petitioners v. American Association of Political Consultants, Inc. et al.*, 591 US _ (2020): «To reflexively treat all content-based distinctions as subject to strict scrutiny regardless of context or practical effect is to engage in an analysis untethered from the First Amendment's objectives» (5).

⁴⁹ Vale la pena richiamare qui l'opinione concorrente che Thomas redige in *Joseph R. Biden, Jr., President of the United States, et al. v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, et al.*, 593 U. S. ____ (2021), su cui S. S. SEO, *Failed Analogies: Justice Thomas's Concurrence in Biden v. Knight First Amendment Institute*, 32 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 1070 (2022). L'opinione di Thomas riguardava il tema del controllo *privato* sui social media, ma tradisce comunque un atteggiamento significativamente "guardingo" rispetto ai rischi di alterazione del mercato digitale delle idee.

⁵⁰ *Executive Order 14166* (Jan. 20, 2025).

Il provvedimento, formalmente giustificato come una misura di carattere tecnico e temporaneo, veniva motivato con l'esigenza di garantire all'Amministrazione appena insediata un "periodo di riflessione" per valutare pienamente i rischi per la sicurezza nazionale connessi all'operatività di *TikTok* negli Stati Uniti.

In particolare, nel testo dell'ordine esecutivo, Trump evocava la sua «unique constitutional responsibility» – cioè la peculiare responsabilità costituzionale attribuita al Presidente nella conduzione della politica estera e nella tutela della sicurezza nazionale – per affermare la necessità di ascoltare i propri consiglieri, inclusi i membri del gabinetto ancora in fase di nomina, prima di assumere una posizione definitiva su una questione così complessa.

Dei 90 giorni complessivi di proroga autorizzati dalla legge, Trump ne ordinava solo 75, riservandosi un ulteriore margine di 15 giorni da impiegare eventualmente in un secondo momento, a seconda dell'evoluzione del contesto.

Tuttavia, al di là della cornice giustificativa esplicitamente centrata sulla prudenza istituzionale e sulla necessità di approfondimento, la misura ha avuto, nei fatti, un impatto chiaro e diretto: ha concesso a TikTok un'ulteriore finestra temporale per esplorare e negoziare una "cessione qualificata" – l'unica ipotesi contemplata dalla legge per evitare il blocco – a un soggetto statunitense o comunque non riconducibile a un avversario straniero.

Il termine finale di questa finestra è stato così posticipato al 5 aprile 2025, consentendo alla piattaforma di mantenere attiva la propria presenza sul mercato statunitense e di cercare un'intesa che possa essere ritenuta soddisfacente dall'Amministrazione americana.

Luigi Testa
Dipartimento di Diritto Economia e Culture
Università degli Studi dell'Insubria
luigi.testa@uninsubria.it