

## L'inestricabile intreccio tra diritto e tecnologia dal caso TikTok al caso Meta-SIAE

*Aldo Iannotti della Valle\**

THE INEXTRICABLE LINK BETWEEN LAW AND TECHNOLOGY, FROM THE TIKTOK CASE TO THE META-SIAE CASE

**ABSTRACT:** The contribution first addresses a question of method, concerning the need for the jurist to interact with specialists from other branches of knowledge to adequately regulate technology. This method characterises what is referred to as digital constitutionalism: the regulation of new technologies must aim to protect the fundamental rights of individuals and, as far as necessary for this purpose, place limits on public and now especially private powers. The methodological theme is considered not in the abstract but with reference to two concrete cases: the one that concerned TikTok in the United States, which highlights possible repercussions on freedom of expression, for the demonstration of which the technological aspect is indispensable, and the one that concerned Meta and SIAE in Italy, concerning which the Council of State has already demonstrated considerable technological sensitivity.

**KEYWORDS:** Regulation; technology; fundamental rights; judicial decisions; method

**ABSTRACT:** Il contributo affronta anzitutto una questione di metodo, relativa alla necessità che il giurista interagisca con gli specialisti di altre branche del sapere per regolamentare adeguatamente la tecnologia. Questo metodo caratterizza quello che viene definito costituzionalismo digitale: la regolamentazione delle nuove tecnologie deve mirare alla tutela dei diritti fondamentali degli individui e, per quanto occorra a tale scopo, porre dei limiti ai poteri pubblici e ormai soprattutto privati. Il tema metodologico viene preso in considerazione non in astratto ma con riferimento a due casi concreti: quello che ha riguardato TikTok negli Stati Uniti, che evidenzia possibili ripercussioni sulla libertà di espressione, per la cui dimostrazione l'aspetto tecnologico risulta imprescindibile, e quello che ha riguardato Meta e SIAE in Italia, rispetto al quale il Consiglio di Stato ha già dimostrato notevole sensibilità tecnologica.

**PAROLE CHIAVE:** Regolamentazione; tecnologia; diritti fondamentali; decisioni giudiziali; metodo

\* Docente a contratto di Giustizia costituzionale e borsista di ricerca post-doc, Università degli studi Suor Orsola Benincasa. Docente a contratto di Diritto costituzionale, Universitas Mercatorum. Mail: [aldo.iannottidella-valle@unisob.na.it](mailto:aldo.iannottidella-valle@unisob.na.it) [aldo.iannotti@unimercatorum.it](mailto:aldo.iannotti@unimercatorum.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

SOMMARIO: 1. Il ruolo del giurista nell'era digitale – 2. Il caso TikTok negli Stati Uniti: la dimostrazione della violazione di diritti fondamentali passa dalla dimostrazione delle peculiarità tecnologiche – 3. Il caso Meta-SIAE in Italia: l'importanza degli aspetti tecnologici nell'interpretazione delle norme – 4. Alcune conclusioni.

## 1. Il ruolo del giurista nell'era digitale

**N**on si può regolare un fenomeno se non lo si conosce. È quindi necessario che il giurista abbia consapevolezza delle nuove tecnologie che il diritto si accinge a disciplinare<sup>1</sup>: non limitare la propria prospettiva al diritto<sup>2</sup> ma affacciarsi su un «orizzonte quasi sconfinato»<sup>3</sup>. Per avere contezza degli avanzamenti tecnici che richiedono l'intervento del diritto occorre valorizzare l'apporto di matematici, ingegneri e informatici, nonché degli specialisti delle branche del sapere di volta in volta competenti: soltanto così il legislatore e il giudice potranno approcciare i grandi temi imposti dalle nuove tecnologie. Lo stesso vale anche per lo studioso: sarebbe impossibile verificare se la normativa o la giurisprudenza abbiano o meno raggiunto il loro scopo senza avere idea del funzionamento della tecnologia che ha richiesto l'intervento del diritto. Ibridare i saperi e analizzare il diritto da un punto di vista tecnologico, secondo un approccio interdisciplinare e non meramente multidisciplinare<sup>4</sup>, serve, ad esempio, a sostenere l'iter argomentativo di

<sup>1</sup> Il 21 novembre 2024, in apertura della prima giornata di studi dedicata ai 35 anni della Rivista DPCE presso l'Università degli studi di Trento, nell'ambito della quale anche il presente contributo si inserisce, il Prof. Guerino D'Ignazio ha opportunamente rammentato la massima di Albert Einstein «*You can't use old maps to explore a new world*», che molto bene si adatta a ciò che sta accadendo in relazione all'era digitale. Autorevole dottrina ha infatti osservato come nell'era digitale si vada formando una vera e propria nuova figura di giurista, quella del «giurista tecnologico [...] il cui compito è quello di farsi interprete delle trasformazioni che si stanno verificando nella società sulla base dello sviluppo della tecnologia, e dell'impatto che questa sta avendo sul diritto, sui diritti» (in questo senso, T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4, 2020, 465; per la definizione del rinnovato ruolo del giurista nella società tecnologica, cfr. V. FROSINI, *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, Roma, 2000<sup>2</sup>, 9 ss.; ID., *The lawyer in technological society*, in *European journal of law, philosophy and computer science*, 1-2, 1998, 293 ss.). Sul rapporto tra tecnologia e diritto, con specifico riguardo alla sfida della regolamentazione di Internet, sia anche consentito rinviare alla più ampia trattazione contenuta in A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell'antitrust in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2023, e alla letteratura ivi citata, nonché i più recenti L. TORCHIA, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Il Mulino*, 1, 2024, 14 ss.; G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (a cura di), *Potere e costituzione, I tematici, Enc. dir.*, Milano, 1008 ss.; O. POLLICINO, *Potere digitale*, in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (a cura di), *Potere e costituzione*, cit., 410 ss.; C. PINELLI, *Il costituzionalismo di fronte ai nuovi poteri privati*, in *Economia pubblica*, 1, 2023, 115 ss.

<sup>2</sup> Si racconta che Francesco Carnelutti amasse ripetere ai suoi allievi che «chi conosce solo il diritto, non conosce nemmeno il diritto» (citazione ripresa recentemente anche da M. CARTABIA, *Intervento per i dieci anni della SSM*, in *giustizia.it*, 24 novembre 2021).

<sup>3</sup> Così già S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, riedizione a cura di M. CROCE e M. GOLDONI, Macerata, 2022<sup>2</sup>, 145.

<sup>4</sup> Sull'analisi tecnologica del diritto, cfr. L. GATT, R. MONTANARI, I.A. CAGGIANO, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Politica del diritto*, 2, 2017, 339; L. GATT, R. MONTANARI, I.A. CAGGIANO (a cura di), *Privacy and Consent. A Legal and UX&HMI Approach for data protection*, Napoli, 2021, 12-13. Sull'interdisciplinarietà, da ultimo, nell'ultimo fascicolo di questa Rivista, tra gli altri, cfr. C. PICIOCCHI, *L'interdisciplinarietà, una questione di metodo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2025, 55 ss.; più nello specifico, sull'opportuna distinzione tra interdisciplinarietà e multidisciplinarietà, cfr. A. SIMONCINI, *Il metodo interdisciplinare per gli studi biogiuridici*, in *BioLaw Journal* –

decisioni in materia di digitale e a verificarne poi la tenuta, come nel caso Meta-SIAE in Italia, o a dimostrare più efficacemente la violazione di diritti fondamentali, come nel caso TikTok negli Stati Uniti. I due casi che si affronteranno, relativi entrambi ai mercati digitali e specificamente a piattaforme di *social media*, sono accomunati dall'impossibilità di prescindere dall'elemento tecnologico nella loro definizione giuridica. Negli Stati Uniti, le peculiarità tecnologiche di TikTok costituiscono un profilo centrale, tanto per il possibile *vulnus* alla sicurezza nazionale quanto, all'opposto, per la dimostrazione di una eventuale violazione della libertà di espressione connessa alla sua messa al bando in terra americana. In Italia, il Consiglio di Stato<sup>5</sup> ha già dimostrato consapevolezza della tecnologia dietro al diritto nel rendere una sentenza in materia antitrust sul caso Meta/SIAE.

Il riferimento nelle pagine che seguono a questi due casi specifici e molto tecnici, solo apparentemente distanti, è volto a scorgerne un nucleo comune, che sta proprio nell'individuazione di un metodo e nella messa a fuoco di alcuni degli obiettivi che il costituzionalismo oggi deve porsi.

La centralità dei profili tecnologici nei due casi in esame mette in luce anche il rischio di obsolescenza connesso all'imprevedibile sviluppo di tecnologie sempre nuove.

Per non rincorrere continuamente gli approdi della tecnica si impone ai giuristi una prospettiva soprattutto di lungo termine. Tanto il costituzionalista quanto il comparatista non possono smarrire le coordinate essenziali della scienza pubblicistica né disconoscere le categorie tradizionali, se vogliono offrire un contributo utile a immaginare serie prospettive *de iure condendo*. Questo vale a maggior ragione per i legislatori: una regolamentazione di questi fenomeni che sia duratura e che preservi la sua adeguatezza tecnologica deve basarsi sui principi più che sulle norme di dettaglio<sup>6</sup>.

Un diritto che sia tecnologicamente adeguato non deve essere volto alla disciplina atomistica e minuziosa di ogni aspetto, perché si presterebbe così più facilmente all'obsolescenza tecnologica e risulterebbe inefficace. Soltanto così sarà possibile non farsi cogliere impreparati dall'innovazione tecnologica ma precorrerla e incentivarla, senza scoraggiarla.

Si tratta dello stesso spirito che permea il rapporto Draghi sulla competitività europea presentato il 9 settembre 2024, laddove esorta l'Unione europea a una migliore e più effettiva applicazione del principio di sussidiarietà, nella convinzione che fare meno possa dare anche modo per fare meglio, nei settori dove l'apporto dell'Unione europea può costituire davvero un valore aggiunto<sup>7</sup>.

*Rivista di BioDiritto*, 1, 2025, 31 ss.; con particolare riguardo alla comparazione giuridica, cfr. L. SCAFFARDI, *Interdisciplinarietà e comparazione: dieci anni con la Rivista di BioDiritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2025, 59 ss. Sui rischi di un'interdisciplinarietà che sia «più proclamata», che sconta spesso in Italia una «impreparazione culturale» di fondo, cfr. C. CASONATO, *Un'esperienza editoriale di nuovo stampo: BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2021, 326.

<sup>5</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 2024, n. 5827.

<sup>6</sup> Cfr., da ultimo, T.E. FROSINI, *Liberté Égalité Internet*, Napoli, 2023<sup>3</sup>, 274-275; sia consentito anche rinviare ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati*, cit., 18.

<sup>7</sup> Cfr. M. DRAGHI, *The future of European competitiveness, Part A, A competitiveness strategy for Europe*, 9 settembre 2024, 4, 14 e 64; nonché Id., *The future of European competitiveness, Part B, In-depth analysis and recommendations*, 310. Sul rapporto Draghi, tra i primi commenti, si veda A. POGGI, F. FABRIZZI, *Il nuovo Whatever it takes. Il rapporto Draghi: ambizioni e difficoltà del futuro dell'Europa*, in *Federalismi.it*, 22, 2024, iv ss.; sia altresì consentito rinviare ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il decreto-legge ai tempi del PNRR: verso una ordinaria straordinarietà*, in *Federalismi.it*, 24, 2024, spec. 175.

È invero complesso stabilire quando sia opportuno disciplinare più rigorosamente un fenomeno e quando meno.

Di per sé, una regolamentazione del digitale – da Internet all'intelligenza artificiale – è necessaria per preservare i diritti fondamentali degli individui, ma un eccesso di regolamentazione può essere controproducente.

Si tratta, pertanto, di un equilibrio complesso da raggiungere, che non può che partire dai principi e, talvolta, opportunamente arrestarsi agli stessi.

È soltanto in quest'ottica, seguendo le categorie tradizionali, che può avere senso parlare di costituzionalismo digitale<sup>8</sup>: per ricondurre il digitale nell'alveo del costituzionalismo, per come lo conosciamo, e affinché al costituzionalismo non sia estraneo il mondo digitale. L'aggettivo digitale, che di per sé nulla aggiunge, concorre a chiarire l'urgenza di un cambio di prospettiva: oggi più che mai, infatti, c'è bisogno di un costituzionalismo che, a partire dalla necessaria limitazione dell'esercizio dei poteri, non solo pubblici<sup>9</sup> ma ormai forse soprattutto privati<sup>10</sup>, dato il rilievo assunto dalle *Big Tech*, consenta di valorizzare e tutelare i diritti in modo efficace.

In definitiva, come si tenterà di dimostrare, l'inestricabile intreccio tra diritto e tecnologia impone una seria analisi tecnologica del diritto basata sull'ibridazione dei saperi: quest'ultima assume così una valenza generale, che va oltre le differenze che esistono tra ordinamenti di *common law* e *civil law* e assurge a criterio ermeneutico che può essere valido tanto nei primi quanto nei secondi.

## 2. Il caso TikTok negli Stati Uniti: la dimostrazione della violazione di diritti fondamentali passa dalla dimostrazione delle peculiarità tecnologiche

La necessità di regolamentare il mondo digitale, introducendo se del caso limitazioni ai poteri privati, affinché siano tutelati i diritti, non deve comprimere la libertà di impresa più di quanto non sia strettamente necessario. C'è il rischio, infatti, che a farne le spese siano gli stessi diritti fondamentali degli

<sup>8</sup> Cfr., tra i contributi più recenti, O. POLLICINO, *Potere digitale*, cit., 443, che afferma: «la via da seguire sembra quella di una riscoperta dello spirito più autentico del costituzionalismo, quello della limitazione del potere, attraverso percorsi di azione, anche innovativi, che siano in grado di muoversi da una dimensione verticale del rapporto autorità-libertà ad una orizzontale». Sul concetto di costituzionalismo digitale si vedano anche E. CELESTE, *Digital Constitutionalism: A New Systematic Theorization*, in *International Review of Law, Computers and Technology*, 33, 1, 2019, 76 ss.; O. POLLICINO, *Judicial protection of fundamental rights on the Internet. A road towards digital constitutionalism?*, Londra, 2021; G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022. Sia infine consentito anche rinviare ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati*, cit., spec. 56 ss., nonché ad *Id.*, *Il Digital Markets Act e il ruolo dell'Unione europea verso un costituzionalismo digitale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2022, 1867 ss.

<sup>9</sup> Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, 15, secondo cui «il costituzionalismo è un movimento di pensiero fino dalle sue origini orientato a perseguire finalità politiche concrete, essenzialmente consistenti nella limitazione dei poteri pubblici e nell'affermazione di sfere di autonomia normativamente garantite».

<sup>10</sup> Già M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 1996, 161, osserva come nessuna forma di potere possa sfuggire al suo contenimento. Più di recente, cfr. anche M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica. Atti del Convegno di Genova 18-19 giugno 2021*, Napoli, 2022, 67.

individui che si vorrebbero tutelare, a partire dalla libertà di espressione, dal momento che le piattaforme digitali costituiscono le *àypa* del nostro tempo.

È quanto ad esempio rischia di succedere, negli Stati Uniti d'America, con il caso che sta riguardando il *social network* TikTok.

Si precisa sin da subito che, rispetto ai giorni in cui si è svolto il convegno di Trento e al momento in cui si licenzia il presente contributo, il caso TikTok ha visto numerosi sviluppi<sup>11</sup>, pur senza giungere ancora a una sua conclusione definitiva, in un senso o nell'altro.

L'attualità della tematica e le sue continue evoluzioni imporranno di individuare anzitutto i principi sottesi alla vicenda TikTok, a partire dalle forme di tutela della libertà di espressione e dal rilievo delle peculiarità tecnologiche, senza la pretesa di inseguire l'ultima notizia.

L'analisi non può che prendere le mosse dalla legge del 24 aprile 2024 «*Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Application Act*», proposta dall'amministrazione Biden e approvata dal Congresso ad ampia maggioranza con voti anche repubblicani<sup>12</sup>. Tale legge prevede che ByteDance, la società basata a Pechino che detiene la proprietà di TikTok Inc., società di diritto californiano che gestisce i servizi di TikTok negli Stati Uniti, avrebbe dovuto vendere la suddivisione statunitense entro il 19 gennaio 2025 o cessare coattivamente le sue attività nel Paese.

La legge era stata impugnata da ByteDance e da un gruppo di creatori di contenuti di TikTok dinanzi alla Corte di Appello del Distretto di Columbia con due distinte azioni, poi riunite.

La Corte di Appello del Distretto di Columbia, con un'articolata sentenza<sup>13</sup>, e la Corte Suprema, con una decisione *per curiam*<sup>14</sup>, entrambe intervenute successivamente alla data del convegno di Trento, avevano dato torto ai ricorrenti. A seguito della decisione della Corte Suprema, il Presidente Trump, il 20 gennaio 2025, primo giorno del suo secondo mandato presidenziale, ha approvato un ordine esecutivo<sup>15</sup> per prorogare di 75 giorni il suddetto termine, scaduto appena il giorno prima. Il *social network* è quindi tornato *online* dopo appena poche ore dall'operatività della messa al bando ed è tuttora *online*, al momento in cui si licenzia il presente contributo, in forza di una ulteriore proroga di 75 giorni<sup>16</sup>. Si potrebbe dubitare della legittimità dell'intervento di ordini esecutivi presidenziali rispetto all'efficacia di una legge federale votata dal Congresso<sup>17</sup>, ma è nei fatti che la messa al bando sia stata

<sup>11</sup> Tra l'altro, è stato nel mentre avviato, sull'altra sponda dell'Atlantico, un procedimento formale ai sensi dell'art. 9 del *Digital Services Act* (DSA) contro TikTok, tenuto conto dei rischi sistemici derivanti dal funzionamento dell'algoritmo di raccomandazione e dalla conseguente maggiore diffusione di un numero indefinito di contenuti in grado di influenzare processi elettorali. Sul caso TikTok nell'Unione europea, sia consentito rinviare ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Libertà di espressione e valori democratici alla prova dei social media: il DSA e un nuovo caso TikTok europeo*, in *Federalismi.it*, 13, 2025, 84 ss.

<sup>12</sup> La legge è stata approvata alla Camera dei Rappresentanti con 360 voti a favore e 58 contrari e al Senato con 79 voti a favore e 18 contrari.

<sup>13</sup> Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 6 dicembre 2024, n. 24-1113, TikTok et al. v. Garland.

<sup>14</sup> Supreme Court of the United States, 17 gennaio 2025, 604 U.S., TikTok et al. v. Garland.

<sup>15</sup> *Executive Order*, 20 gennaio 2025, *Application of Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act to TikTok*.

<sup>16</sup> Sulla nuova proroga di ulteriori 75 giorni, cfr. S. MAHESHWARI, *Trump Extends Deadline for a TikTok Deal*, in *The New York Times*, 4 aprile 2025.

<sup>17</sup> Cfr. D. MCCABE, *Trump Signs Order to Halt TikTok Ban*, in *The New York Times*, 22 gennaio 2025: «By seeking to override the federal law, Mr. Trump raised serious questions about the limits of presidential power and the rule of law in the United States. Some lawmakers and legal experts have expressed concerns about the legality of an

posticipata e che TikTok sia tornato *online* negli Stati Uniti. Una eventuale nuova legge potrebbe essere poi votata dalla maggioranza repubblicana.

La legge *Protecting Americans*, attualmente ancora priva di efficacia stanti i menzionati ordini esecutivi del Presidente Trump, troverebbe fondamento in esigenze di sicurezza nazionale, riconosciute sussistenti dai giudici della Corte di Appello del Distretto di Columbia e della Corte Suprema. Tali esigenze sono rese esplicite sin dalla denominazione della legge, ma non ulteriormente chiarite nel testo normativo. Questi rischi si ricollegherebbero alla proprietà<sup>18</sup> di ByteDance e alla possibilità che i dati personali di cittadini americani vengano condivisi con il Governo cinese: in quanto azienda basata in Cina, ByteDance sarebbe soggetta a una serie di obblighi derivanti dell'ordinamento della Repubblica Popolare, tra cui la previsione di una *golden share* dell'1% riconducibile al governo cinese in una società collegata a ByteDance, la Douyin Information Service, tenuto conto dell'operatività in Cina di quest'ultima. Tale società, tuttavia, secondo ByteDance<sup>19</sup>, non avrebbe rilevanza per le proprie operazioni globali al di fuori della Cina, compreso TikTok, che non opera nella Cina continentale.

Per realizzare lo scopo che si propone, la legge istituisce negli Stati Uniti un divieto di distribuzione, per il gestore dell'applicazione, e di mantenimento o aggiornamento sui propri dispositivi, per l'utenza, delle cosiddette *foreign adversary controlled application*, prevedendo l'applicabilità di tali misure restrittive decorso il termine di 270 giorni dalla data di entrata in vigore della legge. Un termine di nove mesi, quindi, estendibile di ulteriori tre mesi, per risolvere nel modo più drastico essenzialmente il tema TikTok, già da anni nell'agenda delle amministrazioni americane: vendere o lasciare. Si tratta infatti di una legge solo apparentemente generale e astratta, dal momento che *foreign adversary controlled application* viene definita dalla legge con un collegamento esplicito a TikTok e a ByteDance<sup>20</sup>. Le esigenze di sicurezza nazionali sono state finora ritenute prevalenti, tanto dal legislatore quanto dai giudici, salvo l'eventuale ripensamento da parte del Presidente Trump e della nuova maggioranza repubblicana, a seguito delle proroghe concesse. L'impressione è che a prevalere sia stata sinora la geopolitica e che il tema della libertà di espressione invocato da ByteDance e dai creatori di contenuti sia rimasto sullo sfondo, ma Trump potrebbe voler giungere a un compromesso, come ritenuto verosimile da molti commentatori anche alla luce di alcune dichiarazioni dello stesso Presidente<sup>21</sup> e di un altro

---

*executive order, particularly in the wake of a Supreme Court ruling that upheld the law on Friday and the national security concerns that prompted legislators to draft it in the first place».*

<sup>18</sup> Nel testo del ricorso presentato da ByteDance, in merito alla proprietà della società, si legge che «*approximately 58 percent of ByteDance Ltd. is owned by global institutional investors (such as BlackRock, General Atlantic, and Susquehanna International Group), 21 percent is owned by the company's founder (a Chinese national who lives in Singapore), and 21 percent is owned by employees — including approximately 7,000 Americans*».

<sup>19</sup> Si rinvia alla FAQ resa disponibile da TikTok in merito alla US Data Security al seguente link: <https://usds.tiktok.com/usds-myths-vs-facts/>.

<sup>20</sup> La definizione include «*a website, desktop application, mobile application, or augmented or immersive technology application that is operated, directly or indirectly (including through a parent company, subsidiary, or affiliate), by (A) any of (i) ByteDance, Ltd.; (ii) TikTok; (iii) a subsidiary of or a successor to an entity identified in clause [...]*».

<sup>21</sup> Come riportato dal *New York Times*, Trump ha dichiarato ai giornalisti: «*the U.S. should be entitled to get half of TikTok*» (Cfr. D. McCABE, *Trump Signs Order*, cit.). Alla luce di questa dichiarazione, si ritiene verosimile quindi che l'amministrazione Trump cercherà un compromesso rispetto all'ipotesi di vendita dell'intera TikTok Inc. prospettata dalla legge in alternativa alla messa al bando. Va tuttavia ricordato che Trump in passato era stato promotore di misure simili nei confronti di TikTok: ci si riferisce, in particolare, all'ordine esecutivo n. 13942 del 6



ordine esecutivo sempre del 20 gennaio 2025, specificamente dedicato alla tutela della libertà di espressione<sup>22</sup>. Con quest'ultimo atto, in particolare, il Presidente Trump afferma in termini molto netti che: «*Government censorship of speech is intolerable in a free society*». Viene poi stabilito che nessuna risorsa del contribuente debba essere utilizzata per impegnarsi o facilitare qualsivoglia condotta che limiti incostituzionalmente la libertà di parola di qualsiasi cittadino americano. È, infine, previsto l'impegno a identificare e intraprendere le azioni appropriate per correggere quella che viene definita «*past misconduct by the Federal Government related to censorship of protected speech*». Tutti questi elementi fanno ritenere che la soluzione al caso TikTok sarà se non altro meno drastica di quella prospettata dalla legge del 24 aprile 2024, totalmente sbilanciata sul versante della protezione della sicurezza nazionale.

Non si tenterà in questa sede di esaminare gli eventuali rischi per la sicurezza nazionale: a causa della loro comprensibile riservatezza non sarebbe possibile scandagliarli come hanno potuto fare i giudici estensori, il Congresso, l'amministrazione Biden e come farà ora l'amministrazione Trump<sup>23</sup>. Ciò che maggiormente interessa, in una prospettiva costituzionale, sono le possibili violazioni della tutela della libertà di espressione degli individui derivanti da una messa al bando. Queste violazioni risentono anche della peculiarità tecnologica di TikTok rispetto alle piattaforme concorrenti, legando così il tema della tutela dei diritti fondamentali a quello della conoscenza della tecnologia che il diritto va a disciplinare.

A tal proposito rivestono rilievo le iniziative giurisdizionali intraprese, nonostante il loro esito infruttuoso, per gli argomenti che sono stati spesi e che potrebbero ora essere considerati dalla nuova amministrazione Trump. Le due distinte azioni, poi riunite, intentate da ByteDance<sup>24</sup> e da un gruppo di

---

agosto 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*. Tali misure erano state bloccate per via giudiziaria dalla Corte federale del distretto orientale della Pennsylvania, a ottobre 2020, e da un giudice distrettuale di Washington D.C., a dicembre 2020, stante la compromissione del diritto dei creatori di contenuti di sfruttare economicamente il materiale pubblicato e le relative sponsorizzazioni. Il mutamento di opinione di Trump sulla vicenda TikTok era già emerso in campagna elettorale per le presidenziali del 2024 allorché, nel criticare la decisione di Biden, Trump lo ha accusato di favorire così Meta: «*He is the one pushing it to close, and doing it to help his friends over at Facebook become richer and more dominant, and able to continue to fight, perhaps illegally, the Republican Party*». Sul punto cfr. M. MCGRAW, R. KERN, *Trump joins TikTok, the app he once tried to ban*, in <https://www.politico.com/news/2024/06/02/trump-joins-tiktok-the-app-he-once-tried-to-ban-00161155>; in merito al mutamento di opinione di Trump su TikTok, cfr. G. TETT, *There is a new twist in the TikTok tale*, in *Financial Times*, 17 maggio 2024.

<sup>22</sup> Executive Order, 20 gennaio 2025, *Restoring freedom of speech and ending federal censorship*.

<sup>23</sup> Osserva A. ARESU che «*TikTok è l'unica applicazione a grande diffusione in Occidente di proprietà di una azienda cinese. Ha due prodotti, quello usato sul territorio cinese ha un algoritmo diverso con varie forme di censura. Non si può parlare di Tienanmen o mostrare Winnie the Pooh, perché si ritiene somigli a Xi Jinping. Tutto questo in Occidente non dovrebbe valere, ma è probabile che al Congresso siano stati presentati dall'intelligence argomenti riservati a sostegno di un pericolo reale*» (così l'A. nell'intervista di A. CUZZOCREA, Aresu «*senza nuove regole la pressione di Big tech cambierà la democrazia*», in *La Repubblica*, 15 gennaio 2025).

<sup>24</sup> L'azione giudiziale intentata da ByteDance contro il governo federale degli Stati Uniti ha puntato a dimostrare che la legge costituisce una vera e propria messa al bando, stante l'irrealizzabilità sotto il profilo commerciale, tecnologico e giuridico («*not commercially, not technologically, not legally*») di una vendita in così breve tempo e conseguentemente denunciare la violazione del Primo Emendamento della Costituzione americana da parte della legge, scollegando di fatto la comunità americana dalla comunità globale della piattaforma. Dalla messa al bando, allo stato prorogata dal Presidente Trump, discenderebbe quindi la violazione della libertà di espressione.

creatori di contenuti di TikTok<sup>25</sup> presso la Corte di Appello del Distretto di Columbia hanno infatti già tentato di dimostrare in sede giudiziale la violazione del Primo Emendamento della Costituzione americana. I ricorrenti hanno poi insistito su tale aspetto anche dinanzi alla Corte Suprema: a loro avviso, la messa al bando minaccerebbe di privare i creatori di contenuti di una peculiare forma di espressione e comunicazione.

Il Primo Emendamento della Costituzione americana, come è noto, protegge la libertà di espressione dall'azione dello Stato e può quindi essere invocato nei confronti di una legge che minaccia di comprimela.

Affinché la violazione del Primo Emendamento sia effettiva, è necessario dimostrare che la sostanziale messa al bando prevista dalla legge non prospetti reali alternative ai creatori di contenuti, per la peculiarità del mezzo espressivo rispetto agli altri *social network* presenti sul mercato: si concreterebbe così una violazione diretta e non solo eventuale della libertà di espressione.

Non a caso, quindi, i ricorrenti hanno concentrato i propri sforzi nel chiarire che l'operazione di vendita prevista dalla legge fosse un'alternativa fasulla e non realizzabile concretamente.

Affinché sussista una violazione della libertà di espressione, ad avviso di chi scrive, assume uno specifico rilievo anche la dimostrazione delle peculiarità della piattaforma TikTok, che fanno di essa un mezzo di comunicazione originale e diverso dagli altri *social media*: questo ci riporta alla necessità che il giurista abbia sempre una sensibilità tecnologica, interagendo con gli specialisti di altre branche del sapere. Soltanto da un'analisi del funzionamento di TikTok è infatti possibile affermare che esso costituisca un mezzo comunicativo realmente originale e non surrogabile da altri.

Tale aspetto è rilevante anche alla luce giurisprudenza della Corte Suprema americana in tema di Primo Emendamento, che è orientata a condizionarne l'applicabilità a seconda delle differenti caratteristiche dei *media* di volta in volta presi in considerazione, dal mezzo radiotelevisivo (su cui il *leading case* è costituito dalla decisione *Red Lion Broad. Co. v. FCC* del 1969) a Internet (dalla decisione *Reno v. ACLU* del 1997 in poi)<sup>26</sup>. Va notato, infatti, che un passaggio della decisione sul caso Reno afferma che il cyberspazio non sarebbe caratterizzato da una limitatezza di potenzialità espressive ma offrirebbe al contrario possibilità comunicative tendenzialmente illimitate<sup>27</sup>. Portando alle estreme conseguenze tale assunto, potrebbe argomentarsi che non sarebbe necessario offrire protezione a uno specifico

---

La difesa di TikTok si è proposta, inoltre, di dimostrare l'effettività di tutte le iniziative che sono state prese per superare i dubbi sulla sicurezza nazionale, come il trasferimento delle informazioni sugli utenti statunitensi di TikTok su server Oracle (sul trasferimento su server Oracle e i profili connessi alla sicurezza nazionale, cfr. A. ARESU, *Il dominio del XXI secolo. Cina, Stati Uniti e la guerra invisibile sulla tecnologia*, Milano, 2022, 155); profili, questi ultimi, su cui il Presidente Trump, nel menzionato ordine esecutivo del 20 gennaio 2025, dichiara di voler esercitare un'approfondita istruttoria. Si legge nell'ordine esecutivo infatti: «*My Administration must also review sensitive intelligence related to those concerns and evaluate the sufficiency of mitigation measures TikTok has taken to date*».

<sup>25</sup> Ad avviso del gruppo di creatori di contenuti ricorrenti, la potenziale messa al bando minaccerebbe di privare loro stessi e il resto del Paese di una peculiare forma di espressione e comunicazione. Cfr. S. MAHESHWARI, *Group of TikTok creators files suit to block federal law requiring a sale or ban*, in *The New York Times*, 15 maggio 2024.

<sup>26</sup> Per un'analisi dettagliata dei precedenti giurisprudenziali si veda L. FABIANO, *Le potenzialità manipolative della democrazia digitale fra interessi pubblici e poteri privati*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, 2023, 622 ss.

<sup>27</sup> La sentenza sul caso *Reno v. ACLU* afferma infatti: «*the Internet can hardly be considered a "scarce" expressive commodity. It provides relatively unlimited, low cost capacity for communication of all kinds*».



“luogo” del web di manifestazione del pensiero, se questi “luoghi” sono ritenuti fungibili gli uni con gli altri: nel caso specifico delle piattaforme social, si pensi a Instagram come possibile alternativa a TikTok.

Nel caso TikTok, quindi, il *vulnus* alla libertà di espressione sussisterebbe soltanto ove il suo utilizzo non possa essere surrogato da una diversa piattaforma digitale, come ad esempio Instagram: si tratterebbe, infatti, di garantire «*access to a distinct medium for expression*», come anche la Corte Suprema ha ben presente.

La dimostrazione della peculiarità di TikTok rispetto alle altre piattaforme digitali è quindi argomento di una certa significatività, certo più tecnico che giuridico, che impone evidentemente al giurista un dialogo con i tecnici.

La sentenza della Corte di Appello del Distretto di Columbia ha liquidato il tema affermando: «*TikTok's millions of users will need to find alternative media of communication*».

La decisione della Corte Suprema, pur confermando quella della Corte di Appello del Distretto di Columbia, ha riconosciuto 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*». Ancor più esplicitamente, in un altro passaggio, si legge: «*there is no doubt that, for more than 170 million Americans, TikTok offers a distinctive and expansive outlet for expression, means of engagement, and source of community*». La Corte Suprema ha ritenuto però non applicabile tale protezione garantita dal Primo Emendamento, trattandosi di «*law targeting a foreign adversary's control over a communications platform*». Le peculiarità di TikTok sono state quindi valorizzate dalla Corte Suprema in senso contrario a TikTok, al fine di sostenerne la sua esclusione dall'ambito di protezione del Primo Emendamento, evidenziando che: «*TikTok has special characteristics - a foreign adversary's ability to leverage its control over the platform to collect vast amounts of personal data from 170 million U. S. users - that justify this differential treatment*»<sup>28</sup>. In definitiva, a prevalere sono quelli che vengono definiti «*well-supported national security concerns regarding TikTok's data collection practices and relationship with a foreign adversary*». I passaggi qui evidenziati delle due decisioni confermano ulteriormente l'importanza del profilo dell'unicità di TikTok, in un senso o nell'altro, e quindi dell'imprescindibilità di un'analisi tecnologica ai fini dell'assunzione di una decisione.

A favore di TikTok e affinché l'esistenza di un *vulnus* alla libertà di espressione sia valutato dall'amministrazione Trump e dal Congresso potrebbe giocare l'assenza di alternative paragonabili per i creatori di contenuti. A sfavore di TikTok militano, però, pur sempre quegli ulteriori profili di unicità, legati alla sicurezza nazionale e alla raccolta dei dati di cittadini statunitensi<sup>29</sup> da parte di un mezzo di comunicazione controllato da una società basata in Cina: si lega, così, il profilo della protezione dei dati personali a quello della sicurezza nazionale, aspetti entrambi valorizzati dalle due Corti per escludere la piattaforma dalla protezione del Primo Emendamento. Vi è il timore, infatti, segnalato dalla più corposa

<sup>28</sup> In particolare, secondo la Corte Suprema, «*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*».

<sup>29</sup> La raccolta di un ampio ammontare di dati personali di cittadini americani è incontestata dalla stessa TikTok inc., come ricostruisce la sentenza della Corte di Appello del Distretto di Columbia in un passaggio della sentenza: «*As TikTok does not dispute, the platform collects vast amounts of information from and about its American users. See TikTok App. 820; Privacy Policy, TikTok (Aug. 28, 2024)*».

decisione della Corte di Appello del Distretto di Columbia<sup>30</sup>, che l'eventualità di un accesso della Repubblica Popolare Cinese a tali dati di cittadini americani possa minare gli interessi degli Stati Uniti, comportando rischi in termini di reclutamento di risorse, identificazione di americani coinvolti nei servizi segreti, strumenti di pressione e ricatto. Viene altresì evidenziato il rischio che il possesso di tali dati "in blocco" possa garantire alla Cina un vantaggio strategico nello sviluppo e nell'uso di tecnologie di intelligenza artificiale<sup>31</sup>.

La rilevanza, in un senso o nell'altro, del profilo relativo alle peculiarità di TikTok rispetto alle altre piattaforme di *social media* ha reso quindi necessario guardare alle ragioni anche tecniche alla base del suo successo<sup>32</sup>.

L'algoritmo che consente di fornire raccomandazioni particolarmente mirate agli utenti, suggerendo brevi contenuti video tarati sulle preferenze di ciascuno senza soluzione di continuità, sembra essere il maggior punto a favore di TikTok nel contesto delle piattaforme digitali e la caratteristica che più di ogni altra differenzia il *social* di ByteDance dalle piattaforme rivali<sup>33</sup>. Si tratta, d'altronde, di un algoritmo il cui funzionamento è noto soltanto a ByteDance stessa e sul cui funzionamento si basano anche alcune delle preoccupazioni relative alla sicurezza nazionale, che avrebbero giustificato nell'ottica dei promotori il provvedimento legislativo stesso.

La sua segretezza rende quindi alquanto difficile – sebbene non impossibile – dimostrarne l'unicità o quantomeno la spiccata peculiarità.

Di per sé, infatti, la condivisione di brevi filmati è possibile anche con Instagram, ma l'algoritmo alla base di TikTok differenzerebbe significativamente l'esperienza di utilizzo della piattaforma di ByteDance rispetto a quella di Meta, favorendone l'attrattività.

La dimostrazione di questo assunto potrà più facilmente essere fornita da ByteDance stessa rispetto ai creatori di contenuti, che potranno verosimilmente puntare su dimostrazioni empiriche o al più statistiche con il contributo di tecnici ed esperti del settore.

<sup>30</sup> Il passaggio in questione della sentenza della Corte di Appello del Distretto di Columbia evidenzia: «*The government's national-security concerns about the PRC's access to that data take two forms. First, the PRC could exploit sensitive data on individual Americans to undermine U.S. interests, including by recruiting assets, identifying Americans involved in intelligence, and pressuring and blackmailing our citizens to assist China. Second, the vast information about Americans collected by TikTok amounts to the type of "bulk" dataset that could "greatly enhance" China's development and use of "artificial intelligence capabilities"*».

<sup>31</sup> Il tema dell'intelligenza artificiale, peraltro, interseca il profilo della tutela dei dati personali dei cittadini non soltanto in termini di vantaggio strategico di chi possiede più dati ma anche rispetto al singolo individuo, nei fatti costretto ad accettare invasioni sempre più consistenti della propria *privacy* in cambio dell'utilizzo dell'AI: invasioni che, come si è opportunamente rilevato, sono «*difficilmente contenibili ex ante e non sempre rimediabili ex post*» (così R. TARCHI, A. GATTI, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali: problemi di metodo e di procedura*, in *DPCE Online*, 2, 2024, 1175 ss.). Più in generale, sul tema del valore economico dei dati personali, si rinvia ai contributi contenuti in G. CERRINA FERONI (a cura di), *Commerciabilità dei dati personali. Profili economici, giuridici, etici della monetizzazione*, Bologna, 2024.

<sup>32</sup> In proposito si veda G. TETT, *There is a new twist in the TikTok tale*, cit.

<sup>33</sup> Si legge nello stesso ricorso proposto da TikTok: «*TikTok's popularity is based in large part on the effectiveness of the recommendation engine. The source code for TikTok's recommendation engine was originally developed by ByteDance engineers based in China, and the engine is customized for operations in TikTok's various global markets, including in the United States*». Il testo del ricorso è stato pubblicato da Politico al seguente link: <https://www.politico.com/f/?id=0000018f-542a-d37b-a3ff-743b340e0000>.

Tuttavia, dalla prospettiva di ByteDance, si pone anche l'esigenza di tutelare l'algoritmo stesso, che si ricollega alla necessità di proteggere propri segreti industriali<sup>34</sup> alla base del successo dell'app anche in altre parti del mondo e non soltanto negli Stati Uniti. Una istanza di tutela, quest'ultima, che trova terreno fertile nel diritto statunitense<sup>35</sup>, che garantisce la segretezza dell'algoritmo più di quanto non avvenga nell'Unione europea, ove il *Digital Services Act* si preoccupa della verifica sui rischi sistemici se del caso posti proprio dagli algoritmi<sup>36</sup>.

Ciò spiega anche perché ByteDance abbia finora fermamente escluso di voler cedere soprattutto i diritti sull'algoritmo, nell'ambito di un'ipotetica operazione di vendita del segmento statunitense, come risulta confermato in modo piuttosto esplicito nello stesso testo del ricorso presentato<sup>37</sup>.

Al momento in cui si scrive la partita è ancora aperta, ma è verosimile che ByteDance e i creatori di contenuti continueranno a insistere sull'unicità di TikTok nel panorama delle diverse piattaforme digitali che offrono *αγορά* virtuali e sulla sostanziale impossibilità di ricorrere ad altre piattaforme per esprimersi allo stesso modo. Tale profilo potrà eventualmente essere preso in considerazione nell'istruttoria che il Presidente Trump annuncia di voler svolgere: peraltro, la circostanza che l'ordine esecutivo di Trump menzioni proprio l'enorme successo tra gli americani di questo specifico mezzo di comunicazione sembra preannunciare una maggiore attenzione a questo aspetto<sup>38</sup>. Questo potrà accadere verosimilmente solo a patto che la nuova amministrazione individui un modo per salvaguardare al tempo stesso le esigenze di sicurezza nazionali sinora ritenute prevalenti, come d'altra parte sembra emergere dalla lettura dell'ordine esecutivo. Entrambi gli aspetti legati alla specificità di TikTok sono infatti espressamente presi in considerazione dall'ordine esecutivo nell'enunciazione dell'obiettivo della proroga: «*pursue a resolution that protects national security while saving a platform used by 170*

<sup>34</sup> È chiaro che la vicenda TikTok complessivamente considerata sottende la necessità di bilanciare le esigenze di sicurezza nazionale anche con la tutela dei segreti industriali, stante il rischio per la società di compromettere con una cessione anche dell'algoritmo il corretto funzionamento del proprio modello di business a livello globale. La circostanza che sia proprio l'algoritmo a fornire a ByteDance un consistente vantaggio competitivo giustifica, tra l'altro, il presumibile ingente valore commerciale dello stesso algoritmo in sé e per sé considerato, il che rafforza le esigenze di tutela quale *trade secret*. Senza di esso, dunque, risulterebbe nettamente inferiore non soltanto il valore della suddivisione statunitense TikTok Inc. ma, ben più significativamente, della stessa società madre.

<sup>35</sup> Ci si riferisce, in particolare, al *Defend Trade Secrets Act* del 2016. Su questi temi si vedano M.J. RYAN, *Secret Algorithms, IP Rights, and the Public Interest*, in *Nevada Law Journal*, 21, 2020, 61 ss., nonché, da ultimo, J. VILLASENOR, *Artificial Intelligence, Trade Secrecy, and the Challenge of Transparency*, in *North Carolina Journal of Law & Technology*, 25, 3, 2024, 495 ss.

<sup>36</sup> Si vedano soprattutto gli artt. 34-36, Reg. 2022/2065/UE (*Digital Services Act*). Su questi profili sia consentito rinviare ad A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Libertà di espressione e valori democratici*, cit., spec. 96 ss., e alla dottrina ivi richiamata.

<sup>37</sup> Si legge ancora nel ricorso: «*the Chinese government has made clear that it would not permit a divestment of the recommendation engine that is a key to the success of TikTok in the United States*».

<sup>38</sup> Il riferimento è ancora al già menzionato ordine esecutivo del 20 gennaio 2025 del Presidente Trump, in particolare ove afferma: «*to fulfill those responsibilities, I intend to consult with my advisors, including the heads of relevant departments and agencies on the national security concerns posed by TikTok, and to pursue a resolution that protects national security while saving a platform used by 170 million Americans*». Come si può notare, l'importanza di salvaguardare una piattaforma utilizzata da 170 milioni di americani come mezzo di comunicazione è espressamente menzionata e ricorre anche in altri punti, ad esempio nell'enunciazione di uno degli obiettivi della proroga: «*avoiding an abrupt shutdown of a communications platform used by millions of Americans*».

*million Americans*». Appare, tuttavia, difficile che questa valutazione possa essere compiuta fino in fondo senza avere pieno accesso ai dati relativi al funzionamento dell'algoritmo. Se il segreto industriale a protezione dell'algoritmo priva l'analisi tecnologica degli strumenti necessari a renderla piena ed esaustiva, il terreno rischia di divenire soprattutto quello di un compromesso di carattere politico (e geopolitico).

### 3. Il caso Meta-SIAE in Italia: l'importanza degli aspetti tecnologici nell'interpretazione delle norme

In Italia, nell'ambito di una controversia in materia di antitrust che ha riguardato Meta, altra *Big Tech* che a tutt'oggi è il più importante operatore nel settore dei *social network*, il Consiglio di Stato ha già dimostrato di saper valorizzare adeguatamente gli aspetti tecnologici<sup>39</sup>.

Le considerazioni del Collegio muovono evidentemente anche dalla consapevolezza che obiettivo dell'antitrust non è la tutela della concorrenza come valore in sé ma il benessere dei consumatori e che, quindi, per valorizzare il benessere dei consumatori, è necessaria una piena consapevolezza di quali siano gli strumenti anche tecnologici in gioco.

Alla luce di ciò è stata infatti letta, a ben vedere, la norma della legge annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2021<sup>40</sup> che introduce, nel corpo dell'art. 9, legge n. 192/1998, una presunzione di dipendenza economica nel caso in cui siano coinvolte piattaforme digitali<sup>41</sup>. In base a tale norma, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha avviato un procedimento contro Meta per abuso di dipendenza economica nei confronti di SIAE. Nelle more della conclusione del procedimento, il Garante ha imposto misure cautelari, impugnate da Meta di fronte al T.a.r. Lazio e poi al Consiglio di Stato. Quest'ultimo si è pronunciato a favore di Meta, annullando la decisione del T.a.r. e nel farlo ha espresso considerazioni assai esplicite sulla portata della nuova disciplina.

<sup>39</sup> Il riferimento è alla già richiamata sentenza Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 2024, n. 5827.

<sup>40</sup> In particolare, ai sensi dell'art. 33, l. 5 agosto 2022, n. 118, sono state apportate alcune modifiche all'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, disciplinante l'abuso di dipendenza economica: a) al comma 1 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Salvo prova contraria, si presume la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati»; b) al comma 2 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Le pratiche abusive realizzate dalle piattaforme digitali di cui al comma 1 possono consistere anche nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio erogato e nel richiedere indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta, ovvero nell'adottare pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere»; c) al comma 3 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Le azioni civili esperibili a norma del presente articolo sono proposte di fronte alle sezioni specializzate in materia di impresa di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168».

<sup>41</sup> In merito si vedano V. BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione "non dominante" delle piattaforme digitali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1, 2023, 39 ss.; M. LIBERTINI, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art. 33 della l. 5 agosto 2022, n. 118*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 1, 2023, 9 ss.; S. LOPOPOLO, *L'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nei mercati digitali*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 2023, 443 ss.

La controversia trae origine dalla negoziazione del rinnovo della licenza per la condivisione di contenuti musicali protetti da SIAE in una *Audio Library* a disposizione degli utenti per l'utilizzo come sottofondo sonoro per le c.d. *stories* e i c.d. *reels*. Meta dichiarava, infatti, la propria disponibilità al rinnovo della licenza incrementando la precedente remunerazione del 40% mentre SIAE proponeva un aumento di circa il 310%. In considerazione della distanza siderale tra gli importi proposti dalle parti e tenuto conto del diniego opposto da SIAE a una proroga della licenza precedente, a marzo 2023 Meta ha rimosso il repertorio di SIAE dall'*Audio Library*, anche al fine di evitare di essere considerata responsabile di utilizzo non autorizzato di contenuti protetti da diritto d'autore. A seguito di questo, SIAE apriva una segnalazione presso l'AGCM che a sua volta avviava un procedimento contro Meta per abuso di dipendenza economica, concluso con l'adozione di misure cautelari<sup>42</sup>, ravvisando un danno irreparabile. Tali misure cautelari obbligavano Meta a ripristinare il catalogo SIAE nella *Audio Library* a fronte di un'autorizzazione della stessa SIAE, a riaprire le negoziazioni in buona fede con SIAE e a fornire tutte le informazioni necessarie «onde consentire a SIAE di ristabilire un equilibrio nell'intero rapporto commerciale con Meta». La decisione era stata poi confermata dal T.a.r. Lazio<sup>43</sup>, con sentenza appellata da Meta.

Come si è anticipato, il Consiglio di Stato<sup>44</sup> ha quindi annullato la pronuncia del T.a.r. Lazio, offrendo l'opportunità di riflettere sulla nuova disciplina dell'abuso di dipendenza economica, le sue implicazioni e i suoi limiti, alla luce anche di una seria analisi tecnologica.

La sentenza ha riconosciuto la fondatezza delle ragioni di Meta sotto diversi e significativi profili sui quali ci si soffermerà nel seguito.

L'Autorità aveva assunto la sussistenza *prima facie* di uno stato di dipendenza economica di SIAE nei confronti di Meta ai sensi dell'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, ed è soltanto su questa delibazione sommaria che il Consiglio di Stato si è espresso, in attesa della conclusione definitiva del procedimento presso l'AGCM.

Infatti, dal momento che è stata riconosciuta la sussistenza di un vizio di difetto di istruttoria, pur tenendo conto della natura cautelare delle misure sinora applicate, l'AGCM potrà partire proprio dalla sentenza del Consiglio di Stato per svolgere un'analisi più approfondita.

Si tratta, in sostanza, di una sentenza resa «allo stato delle attuali acquisizioni istruttorie», come lo stesso Consiglio di Stato ha in più punti ribadito, sottolineando che «la consistenza di tali allegazioni dovrà essere valutata in sede di adozione del provvedimento definitivo».

L'impianto argomentativo della sentenza appare invero molto solido e difficilmente superabile anche nella fase di merito del procedimento, non potendo l'AGCM prescindere dall'affrontare nel prosieguo dell'istruttoria tutti i punti presi analiticamente in considerazione da una decisione di ben 47 pagine e densa nei suoi contenuti.

Sul piano giuridico, come anticipato, la vicenda ruota attorno all'interpretazione da fornire all'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, come modificato dall'art. 33, l. 5 agosto 2022, n. 118 (legge annuale per il

<sup>42</sup> Le misure cautelari sono state adottate dall'AGCM con provvedimento del 20 aprile 2023, n. 30606, con nota di S. LOPOLO, *L'abuso di dipendenza economica alla prova dei mercati digitali tra presunzione e misure cautelari*, in *Il Foro Italiano*, IX, 2023, 432 ss.

<sup>43</sup> T.A.R. Lazio, sez. I, 30 ottobre 2023, n. 16069.

<sup>44</sup> Ancora Cons. Stato n. 5827/2024 cit.



mercato e la concorrenza 2021), ed è proprio sull'interpretazione di tale norma che vertono le principali ragioni di interesse della decisione.

Il legislatore del 2022 aveva scelto di rendere più rigorosa la disciplina dell'abuso di dipendenza economica tra imprese, favorendone l'applicabilità nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che abbia un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori.

L'abuso di dipendenza economica è fattispecie più ampia dell'abuso di posizione dominante, perché può potenzialmente verificarsi anche in assenza di una vera e propria posizione dominante, sebbene sia più improbabile che accada. In particolare, il citato art. 9, già prima della novella, definiva dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. Il legislatore del 2022, nel timore che le posizioni di forza dei gestori di piattaforme digitali potessero provocare distorsioni nella concorrenza, ha deciso di introdurre una presunzione di abuso di dipendenza economica.

Si tratta, più in particolare, di una presunzione relativa di dipendenza economica: una presunzione che riguarda la condizione necessaria di applicabilità della norma, la dipendenza economica appunto, non già l'abuso.

La natura di presunzione relativa, invero già piuttosto evidente dal tenore letterale della norma, è stata comunque chiarita dal Consiglio di Stato, che opportunamente ha sottolineato che «deve rilevarsi che la presunzione in questione non è assoluta ma prevede espressamente la prova contraria».

Che si tratti di presunzione relativa è particolarmente rilevante: in questo modo, infatti, Meta ha potuto fornire la prova contraria ed evitare così l'applicazione della disciplina, vedendo accolte le proprie ragioni dal Consiglio di Stato, almeno per quanto riguarda le misure cautelari sin qui adottate dall'AGCM.

Il difetto di istruttoria riscontrato dal Consiglio di Stato riguarda anzitutto la qualificazione soggettiva data a Meta quale fornitrice di servizi di intermediazione, richiesta dal citato art. 9, che si interseca con i profili oggettivi relativi all'attività in concreto svolta e oggetto della negoziazione con SIAE.

Come anche il Consiglio di Stato ribadisce, le piattaforme di Meta (Facebook e Instagram) non offrono un servizio di *streaming* né di ascolto musicale, come potrebbe essere ad esempio per il caso di Spotify o di Apple Music, ma si limitano a rendere disponibile ai loro utenti un archivio, denominato *Audio Library*, affinché gli utenti possano inserire un sottofondo sonoro a propri contenuti quali le c.d. *stories* o i c.d. *reels*.

Invero, il più volte richiamato art. 9 prevede che debba valutarsi la «reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti».

Ebbene, i contenuti presenti nella *Audio Library*, come anche il Consiglio di Stato non manca di sottolineare, sono acquisibili anche altrove e più compiutamente, per l'ascolto vero e proprio e non soltanto per inserirne un estratto quale sottofondo di un breve video, come accade nel caso delle piattaforme Meta. In sostanza, Meta non è l'unica né la più importante possibile controparte di SIAE per la diffusione di contenuti musicali.

Le «alternative soddisfacenti» sarebbero nel caso di specie non soltanto reperibili sul mercato ma anche, forse, le uniche reali possibilità di poter realmente fruire dei contenuti in questione.

Per ascoltare un brano di musica, qualunque esso sia, ciascuno di noi digiterebbe l'indirizzo o aprirebbe l'app di Spotify, di Apple Music o di YouTube. Certo non penserebbe ad accedere all'*Audio Library* di Facebook o Instagram, concepita per uno scopo diverso, ossia per la creazione di brevi contenuti video con sottofondo musicale opzionale.

È rilevante, peraltro, che resti in ogni caso ferma la possibilità degli utenti di condividere sulle suddette piattaforme Meta i *link* a tali contenuti musicali protetti da SIAE presenti su YouTube o su altri siti internet: questo profilo è stato espressamente preso in considerazione dal Consiglio di Stato, nella parte in cui osserva che la mancata conclusione dell'accordo tra Meta e SIAE non determina alcuna preclusione alla «veicolazione» dei contenuti musicali. Verrebbe meno, così, la contestata lesione della concorrenzialità del mercato quale conseguenza dell'interruzione della trattativa tra le due società. Un conto, infatti, è la disponibilità dei contenuti musicali nella *Audio Library*, altro conto è la possibilità di renderli fruibili sulla piattaforma, che non viene in alcun modo intaccata.

Quale logico corollario, se ne ricava che gli stessi artisti non subirebbero alcun *vulnus* irreparabile dall'eventuale impedimento all'accesso dei propri contenuti musicali nella *Audio Library* delle piattaforme Meta da parte degli utenti: *vulnus* irreparabile la cui sussistenza costituirebbe elemento imprescindibile di una siffatta misura cautelare. Verrebbe così meno anche l'assunto del provvedimento dell'AGCM, secondo cui gli interessi degli autori coinciderebbero con quelli della SIAE<sup>45</sup>, per il supposto rischio di vedere preclusa con l'interruzione della negoziazione con Meta la diffusione dei loro contenuti artistici. I contenuti musicali, infatti, come chiarito, resterebbero pur sempre disponibili, su altre piattaforme di ascolto o di *streaming*, oltre che sulle stesse piattaforme di Meta, se condivisi da parte degli utenti mediante *link* ad altre piattaforme.

Quella in questione non è nemmeno una funzionalità essenziale delle piattaforme Meta, dal momento che la indisponibilità dei brani protetti da SIAE non preclude agli utenti di creare lo stesso i propri brevi video con sottofondi musicali premontati o senza alcun sottofondo musicale.

Per di più, si tratta di una funzionalità marginale sulle piattaforme Meta, come emerge da alcuni dati riportati dal Consiglio di Stato, sulla base delle allegazioni di Meta: il «peso davvero minimo» dei ricavi di Meta rispetto al fatturato complessivo di SIAE, inferiore all'1%, e il dato che circa l'85% dei video postati su Facebook sono fruiti senza ascolto di musica e che l'uso dei video su Facebook e Instagram rappresenterebbe, rispettivamente, il 14% e l'11% dei contenuti complessivi delle piattaforme Meta. Alla luce di queste considerazioni, il Consiglio di Stato arriva ad affermare che «il pregiudizio prospettato da SIAE si presenta pertanto come generico e indeterminato e meramente economico e, quindi, per definizione privo del carattere dell'irreparabilità» e ad annullare conseguentemente la sentenza

<sup>45</sup> Nel percorso logico seguito dalla sentenza, non viene valorizzata la circostanza che, pur dopo il formale superamento del regime di monopolio (riconosciuto da ultimo dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con sentenza del 21 marzo 2024, C-10/22, sulla base dell'interpretazione della Direttiva 2014/26/UE), SIAE resti di fatto società monopolista nella gestione collettiva dei diritti d'autore in Italia. Una società che quindi ben difficilmente si può immaginare quale parte economicamente dipendente e che, piuttosto, riveste essa stessa se non altro una posizione dominante nel mercato delle concessioni dei diritti musicali. Sennonché, il venir meno sul piano formale del regime di monopolio è un argomento impiegato dal Consiglio di Stato per superare ulteriormente l'asserita sovrapposibilità degli interessi di SIAE rispetto a quelli degli autori e ciò dal momento che la stessa AGCM chiarisce che spetta ora agli autori «un maggiore potere di scegliere la collecting alla quale affidare i propri diritti».

del T.a.r. Lazio e il provvedimento dell'AGCM. La mancata conclusione dell'accordo, dunque, viene a essere derubricata quale partita rilevante soltanto sul piano economico tra le due società, non essendosi verificato alcun pregiudizio irreparabile né nei confronti di SIAE né nei confronti degli artisti<sup>46</sup>.

Al di là del merito squisitamente giuridico della controversia, è significativo che, nell'affrontare questi temi, il Consiglio di Stato abbia valorizzato una varietà di elementi fattuali, coniugando la disamina delle fattispecie giuridiche a un'approfondita conoscenza del funzionamento delle singole piattaforme digitali.

In assenza di una seria analisi anche da un punto di vista tecnologico e fattuale circa lo scopo e le peculiarità dell'*Audio Library* e le differenze intercorrenti tra tale libreria musicale e quella di altre piattaforme, non sarebbe stato infatti possibile un serio scrutinio circa la sussistenza dei presupposti soggettivi e oggettivi di applicabilità della norma. Scrutinio che invece il Consiglio di Stato compie in modo particolarmente puntuale, con una decisione ben più approfondita di quanto ci si sarebbe potuto forse attendere in relazione a un procedimento ancora in fase cautelare.

È proprio questo intreccio tra componente tecnologica e giuridica, che sostiene l'*iter* argomentativo dell'intera decisione, a rendere la recente pronuncia difficilmente superabile in sede procedimentale anche ad uno scrutinio di merito da parte dell'AGCM.

Infatti, anche tornando nell'ambito di un possibile pregiudizio di natura meramente economica (come affermato dal Consiglio di Stato), le considerazioni esposte appaiono ridimensionare le possibili pretese economiche di SIAE, pur rilevando il Consiglio di Stato che «l'entità del macroscopico scostamento rilevabile fra le due offerte porta a dubitare che entrambe possano considerarsi ragionevoli».

Significative sono anche le coordinate ermeneutiche che il Consiglio di Stato ha fornito in merito alla nuova fattispecie di presunzione di dipendenza economica, ispirate a una più rigorosa e accorta lettura della sua operatività e destinate a orientare l'interpretazione della norma anche in futuro, delimitando le fattispecie applicative. Il tenore della decisione del Consiglio di Stato, infatti, come si è visto, è tale da ridimensionare il possibile perimetro di applicabilità della nuova norma, essendo stata ricondotta l'operatività della presunzione entro limiti più stringenti di quanto non avesse finora ritenuto l'AGCM. Come si è visto, nel ribadire la natura di presunzione relativa, la decisione ha rimarcato le conseguenze derivanti da tale connotazione, valorizzando la prova contraria e la necessità che non debba essere possibile reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

La dimostrazione di questi aspetti anche nel merito, oltre che in future fattispecie, non potrà prescindere da una seria analisi tecnologica, riguardando specificamente la norma le piattaforme digitali ed essendo in questi casi sempre più stretto il legame tra diritto e tecnologia.

Quelle fornite dal Consiglio di Stato sono, pertanto, coordinate ermeneutiche che vanno oltre il caso di specie e che costituiscono ad oggi senz'altro il precedente più rilevante in merito all'interpretazione della norma: coordinate di cui pare difficile che anche l'AGCM non tenga conto in futuro anche in altri casi.

Il ragionamento portato avanti dal Consiglio di Stato costituisce un precedente rilevante non soltanto per il caso che ha riguardato Meta e SIAE quanto più in generale per l'approccio che l'interprete deve assumere dinanzi alla tecnologia, non snobisticamente ignorandone il funzionamento e lo scopo, ma

<sup>46</sup> È stato anche ritenuto inconferente il richiamo effettuato dall'AGCM alle c.d. direttive *copyright* e Barnier, attenendo palesemente alla fase di esecuzione del rapporto e non alle precedenti fasi di negoziazione.

andando a fondo dei problemi ad essa sottesa, per individuare delle soluzioni. Evidentemente, la vicenda Meta/SIAE, pur molto rilevante economicamente, non ha le medesime implicazioni di carattere geopolitico della vicenda TikTok e non chiama in causa preoccupazioni relative alla sicurezza nazionale. Sennonché, il Consiglio di Stato dimostra comunque, pur in una vicenda dalla portata più circoscritta, maggiore dimestichezza con il modo di ragionare che deve caratterizzare il «giurista tecnologico». Gli aspetti tecnologici, cruciali per la definizione di entrambi i casi, appaiono presi in considerazione in modo maggiormente coerente nella vicenda italiana che in quella americana, declinandoli in modo da costituire un antecedente logico rispetto alla decisione da assumere.

Va dato atto che un'approfondita disamina tecnologica è resa più complessa, nel caso TikTok, dalla necessità di protezione del segreto industriale legato all'algoritmo, che l'ordinamento statunitense riconosce, e dalla sostanziale impossibilità di spiegare in termini compiuti, in un documento pubblico, quali sarebbero in concreto i rischi per la sicurezza nazionale, al netto dell'elencazione di quelle che appaiono più delle preoccupazioni, per quanto gravi ed eventualmente fondate, che delle criticità attuali e verificabili. Nel caso Meta/SIAE, invece, il giudice amministrativo italiano ha visto prodotto innanzi a sé tutto il materiale probatorio necessario a decidere la causa e ha potuto farne uso in fase argomentativa, senza tralasciare alcuno degli aspetti tecnologici.

Resta il fatto che, in disparte la differenza ontologica tra i due casi che giustifica per certi versi la diversità di approccio all'analisi tecnologica che si riscontra, la sentenza sul caso Meta/SIAE appare costituire un modello, in Italia, su come il giudice debba auspicabilmente approcciare i grandi temi posti dal progresso tecnologico.

#### 4. Alcune conclusioni

In definitiva, pur nella consapevolezza che si tratta di ordinamenti molto diversi, la comparazione proposta mette in evidenza come l'analisi tecnologica sia fondamentale per disciplinare e assumere decisioni in merito a fenomeni complessi che traggono origine dal mondo digitale.

Lo stretto intreccio tra diritto e tecnologia prescinde anche dalle peculiarità degli ordinamenti di *common law* e *civil law* e assurge a criterio regolatore più generale, tale da orientare la definizione di coordinate ermeneutiche tanto negli Stati Uniti quanto in Italia.

D'altronde, come è stato autorevolmente sottolineato, «si compara per consentire una crescita della propria legislazione, degli istituti giuridici domestici e delle scelte giurisprudenziali dei tribunali nazionali»<sup>47</sup>.

In alcuni casi è la regolamentazione a rischiare di compromettere la tutela dei diritti, come con l'*ultimatum* sulla messa al bando di TikTok negli Stati Uniti: una legge che evidenzia possibili ripercussioni sulla libertà di espressione.

Si è visto come in tal caso, affinché sia dimostrata una violazione diretta e non solo eventuale della libertà di espressione, assuma uno specifico rilievo la dimostrazione delle peculiarità tecnologiche di TikTok, che fanno di essa un mezzo di comunicazione originale, il che ci riporta alla necessità che il

<sup>47</sup> Così T.E. FROSINI, *Il metodo*, in T.E. FROSINI (a cura di), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, 2019, 16.

giurista abbia sempre una sensibilità tecnologica, interagendo con gli specialisti di altre branche del sapere.

Anche il caso che in Italia ha recentemente riguardato Meta e SIAE evidenzia questo stretto legame tra diritto e tecnologia. Appare quindi particolarmente rilevante che il Consiglio di Stato abbia dimostrato di saper coniugare la disamina delle fattispecie giuridiche a un'approfondita conoscenza del funzionamento delle singole piattaforme digitali.

Ne deriva che una seria analisi tecnologica, fondata su un'indispensabile ibridazione dei saperi, costituisce criterio ermeneutico generale, tale da superare le differenze tra gli ordinamenti.

L'ingresso del fattore extragiuridico nell'attività legislativa e giurisdizionale non potrà consentire l'individuazione con assoluta certezza di una verità scientifica. Il metodo prospettato, occorre chiarirlo, non potrà condurre a una vera e propria oggettività tecnologica poiché il continuo progresso rende impossibile cristallizzare in un dato momento storico quale sia una verità scientifica incontrovertibile: ciò che vale oggi potrebbe già essere superato, al momento in cui si scrive, da una scoperta effettuata in un'altra parte del mondo e via di seguito.

Quello che è possibile ed è doveroso fare, però, è che il giurista si avvicini per quanto possibile a una verità tecnologica, che descriva nel modo più accurato lo stato dell'arte quantomeno attuale della tecnologia. Non s'intende proporre con ciò l'immagine di un giurista "tuttologo", che rischierebbe di applicare un approccio dilettantistico a problematiche tecnologiche di grande complessità. Il metodo descritto, che si propone di estendere nel modo più ampio possibile lo spettro dell'interazione dei saperi attraverso il coinvolgimento di *stakeholders* e di esperti indipendenti, può invece più realisticamente concorrere al raggiungimento degli obiettivi che il «giurista tecnologico»<sup>48</sup> ha dinanzi a sé. Soltanto così il diritto potrà tentare di disciplinare adeguatamente la tecnologia. Questo metodo caratterizza, più nello specifico, anche il diritto pubblico e quello che oggi viene definito costituzionalismo digitale<sup>49</sup>. La regolamentazione della tecnologia, infatti, deve opportunamente partire proprio dalla definizione di un quadro chiaro di principi e dalla limitazione all'esercizio dei poteri, pubblici e privati, per tutelare i diritti nel modo più efficace.

<sup>48</sup> L'espressione è ancora quella di T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, cit., 465.

<sup>49</sup> Cfr. ancora i già richiamati contributi di O. POLLICINO, *Potere digitale*, cit., 443; ID., *Judicial protection of fundamental rights on the Internet. A road towards digital constitutionalism?*, cit.; G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe*, cit.; E. CELESTE, *Digital Constitutionalism*, cit., 76 ss.

