

# DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

## LA CORTE SUPREMA E L'APPROCCIO MINIMALISTA ALLE NUOVE TECNOLOGIE

Posted on 8 Marzo 2012 by [Graziella Romeo](#)

Il tema del rapporto tra diritto e nuove tecnologie appassiona i giuristi da almeno trent'anni (su tutti deve essere ricordato V. Frosini, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1981, il quale osservava che «le forme artificiali di conoscenza hanno acquistato una dimensione che in altri tempi veniva attribuita esclusivamente alle potenze sovranaturali», p. 275). Nella dottrina europea l'argomento è stato sviscerato sul versante della teoria generale del diritto, ma è diventato anche un terreno di confronto multidisciplinare e, anzi, da tradizioni disciplinari diverse dalla scienza giuridica provengono alcune delle riflessioni che più influenzano la dottrina in questa materia (v. M. Castells, *The network society: a cross-cultural perspective*, Cheltenham, 2004).

Nell'area nordamericana, questo tema è *better left to Congress decisions*, ma di recente ha offerto alla Corte suprema un pretesto per misurarsi sulla teoria dell'interpretazione costituzionale; così la questione dell'evoluzione tecnologica riesce a divenire un banco di prova delle teorie basate sul *literal approach* ovvero a consentire un'interpretazione evolutiva ma "storicamente radicata" del testo costituzionale.

La prima pronuncia a venire in rilievo è *City of Ontario v. Quon* (130 S. Ct.

2619 (2010), su cui v. le osservazioni di L. Noyce, *Private Ordering of Employee Privacy: Protecting Employees Expectations of Privacy With Implied-In-Fact Contract Rights*, in 1 *Am. U. Labor & Emp. L.F.* 27 (2011)). Il caso può essere così brevemente riassunto: un agente di polizia impiega il cercapersone per l'invio di messaggi di carattere privato, provocando la lievitazione dei costi del servizio, a carico del datore di lavoro (pubblico). Quest'ultimo apre un'inchiesta interna per appurare il grado di utilità di un tale servizio e per verificarne l'effettiva (e fisiologica) destinazione a scopi strettamente legati all'attività lavorativa. Intercettando le conversazioni intrattenute dall'agente di polizia, il datore di lavoro si avvede dell'utilizzo privato del dispositivo e assume una serie di provvedimenti disciplinari. L'agente invoca la violazione del diritto alla *privacy* sul luogo di lavoro, denunciando l'arbitrarietà della condotta della parte datoriale. Justice Kennedy, nell'*opinion* di maggioranza, scrive che la Corte «must proceed with care» quando l'esame del caso concreto implica il confronto con le "nuove tecnologie" e preferisce risolvere il caso concentrandosi sul nesso di proporzionalità tra l'indagine interna condotta dal dipartimento di polizia e la finalità dichiarata, ovvero la verifica dell'utilità del servizio di messaggeria messo a disposizione dei dipendenti. In particolare, non costituisce sicuramente una violazione della *privacy* il recupero delle conversazioni intrattenute se finalizzato a verificare la necessità di sostenere il costo collegato al particolare contratto concluso con la compagnia che gestisce il servizio. I giudici risolvono il caso dichiarando espressamente che preferiscono evitare di elaborare un criterio generale per determinare quali tecnologie meritino di rientrare nella *reasonable expectation of privacy* ovvero nella garanzia del IV Emendamento. Non ve ne è la necessità, si legge nella sentenza, soprattutto quando non è ancora chiaro il ruolo che esse giocheranno nella società (v. 130 S. Ct. 2630 (2010), *slip opinion*). Vi è, in altri termini, una certa resistenza ad imbrigliare il progresso tecnologico in regole giuridiche, sottoposte ad un'obsolescenza tanto rapida quanto veloce risulta il progresso della tecnica. La Corte preferisce circoscrivere l'ambito della decisione e concentrarsi su un profilo scarsamente divisivo (la pronuncia non registra nessun *dissenting*), ovvero sull'analisi della

proporzionalità dell'intervento ispettivo del datore di lavoro. Un approccio diverso, orientato ad affrontare il tema dal punto di vista delle nuove tecnologie, spiega *Justice Kennedy*, assume implicazioni per la soluzione di casi futuri che non sono preventivabili. La posizione della Corte appare perfettamente coerente con l'idea, radicata nella giurisprudenza costituzionale statunitense, per cui l'emersione di "nuovi" ambiti di tutela dei diritti ovvero di nuove necessità di protezione di diritti storicamente esistenti debba risultare da un apprezzamento delle esigenze della società americana così come esse si presentano in un determinato momento storico. Se il carattere di fundamentalità di un diritto pertiene alla posizione giuridica *così come* radicata nella storia e nella cultura della comunità socio-politica statunitense, un ragionamento tutto sommato simile deve guidare l'interprete con riguardo ai nuovi spazi di tutela dei diritti più classici (come la *privacy*), per cui il rilievo costituzionale dell'aspettativa di protezione è necessariamente connesso all'apprezzamento di un mutamento *già* avvenuto (non *in fieri*, non possibile) nella società.

*Justice Scalia* concorre nella motivazione, ma scrive separatamente per spiegare che la rinuncia ad approfondire il problema del rapporto tra progresso tecnologico e diritto costituzionale rappresenta il punto debole della pronuncia e un'occasione mancata per fare chiarezza sulla posizione del collegio in materia di interpretazione evolutiva delle garanzie costituzionali (130 S. Ct. 2635 (2010)). Egli raccomanderebbe alla Corte maggior coraggio e, pur scegliendo di sottrarsi per il momento al compito di analizzare lo spinoso tema, lascia intendere di non condividere l'approccio cauto suggerito da *Kennedy* nella *majority opinion*. La posizione espressa da *Scalia* non può lasciare indifferenti, soprattutto ove si ponga mente alla sua espressa adesione al *literal approach*, ovvero alla teoria dell'interpretazione che professal'adesione completa al dato testuale della Costituzione.

Quando però tocca a *Justice Scalia* guidare la maggioranza di cinque che decide il recentissimo caso *Jones v. United States* (No. 10-1259) ove i giudici costituzionali si confrontano sull'avvenuta violazione del diritto alla *privacy* determinata dall'installazione, da parte della polizia, di un dispositivo GPS

nella vettura di un sospetto trafficante di stupefacenti, la sua risolutezza sembra stemperarsi. Egli riconosce che la collocazione del GPS costituisce una violazione del IV Emendamento, ma sorprendentemente evita di pronunciarsi sul rapporto tra diritti e nuove tecnologie e preferisce risolvere il caso impiegando l'istituto del *trespass*, ovvero dell'illegittima intrusione nella proprietà privata. In altri termini, la violazione è avvenuta perché gli agenti sono entrati nell'autovettura del sospettato al fine di collocare il dispositivo. Spetta questa volta a *Justice* Alito, nella sua *concurring in the judgment*, denunciare il carattere obsoleto di un approccio di questo tipo che sembra ignorare il numero di strumenti tecnologici in grado di irrompere nello spazio privato del soggetto senza bisogno alcuno di un'azione di natura strettamente fisica. Sorprende, insomma, che sia proprio Scalia a suggerire un criterio formalistico (quello dell'intrusione fisica e diretta nell'ambito di proprietà del singolo) che mal si concilia con il carattere immateriale e, per molti versi, sfuggente delle tecnologie moderne.

Del resto, il *restraint*, espresso dalla maggioranza in *Quon* e, per certi versi, confermato in *Jones*, aveva caratterizzato una delle sentenze più significative del *term* 2010-2011, *Snyder v. Phelps*. Il caso, che ha destato grande eco negli Stati Uniti, riguardava il funerale di un marine ucciso durante la guerra in Iraq, divenuto occasione per un'operazione di picchettaggio dai toni violenti e offensivi. La materia è chiaramente il I Emendamento, ma il caso sollevava anche profili di ulteriore interesse riguardanti la diffusione di messaggi offensivi attraverso i *social networks*. Ebbene, la Corte dichiara di non voler affrontare questi aspetti, richiamando in una *footnote* l'orientamento espresso nel caso *Quon* (v. 562 U.S. \_\_\_\_ (2011), slip opinion, nota 1; il tema è affrontato in dottrina da C. Calvert, *Dying for Privacy: Pitting Public Access Against Familial Interests in the Era of the Internet*, in 105 *Nw. U. L. Rev. Colloquy* 18, 23 (2011)). Per la Corte suprema, insomma, le nuove tecnologie rappresentano un tema spinoso, con il quale preferisce avere poco a che fare e sul quale invoca da tempo (e in modo parzialmente infruttuoso) l'intervento del Congresso.