

Gli obblighi vaccinali negli Stati Uniti tra separazione orizzontale e verticale dei poteri

di Luca Pietro Vanoni

Abstract: *The vaccine mandates in United States between horizontal and vertical separation of powers* – Last 13 of January, the US Supreme Court struck down the Biden administration's vaccine-or-test rule, declaring that the Occupational Safety and Health Administration had exceeded its authority (*NFIB v. OSHA*). At the same time, the court upheld a regulation issued by the Centers for Medicare and Medicaid Services that mandates vaccines for almost all employees at hospitals and other health care providers that receive federal funds (*Biden v. Missouri*). Beside the ideological polarization of the judges, the cases are quite interesting because they highlight the clash between vertical and horizontal separation of powers in the US Constitutional system. Comparing these two cases could provide significant guidance related to the principles of federalism, to the separation of powers doctrine and of democratic legitimacy within the administrative state.

Keywords: Vaccine mandate; Separation of power; Federalism; Administrative state.

1949

1. Introduzione

Lo scorso 13 gennaio, la Corte suprema USA si è pronunciata sulla legittimità di due misure adottate dall'amministrazione Biden per fronteggiare la pandemia da Covid-19. Deciso a implementare la campagna vaccinale in tutto il territorio nazionale, il Presidente americano aveva infatti imposto l'obbligo vaccinale sia ai lavoratori privati di aziende con oltre cento dipendenti sia agli operatori di strutture sanitarie che usufruiscono dei fondi federali dei programmi Medicare o Medicaid¹. I giudici supremi hanno risolto le controversie sorte a seguito dell'approvazione di tali misure in due diverse sentenze, sospendendo l'efficacia del provvedimento disposto a carico dei lavoratori privati in *National Federation of Independent Business v. Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*² (di seguito *NFIB v. OSHA*) e confermando, invece, la legittimità dell'obbligo rivolto ad operatori sanitari in *Biden v. Missouri*³

¹ Si tratta, rispettivamente del COVID-19 Vaccination and Testing; Emergency Temporary Standard, 86 Fed. Reg. 61402 (2021), e del CMS's Medicare/Medicaid provider mandate 86 Fed. Reg. 61,555 (Nov. 5, 2021).

² *National Federation of Independent Business v. OSHA* 595 U. S. ____ (2022).

³ *Biden v. Missouri* 595 U. S. ____ (2022).

Entrambe le decisioni hanno suscitato una vasta eco mediatica in ragione dell'oggetto della controversia e del loro esito. Commentatori americani e stranieri sono rimasti stupiti del fatto che provvedimenti emergenziali dal contenuto apparentemente simile potessero portare i giudici a conclusioni tanto diverse⁴. Sul piano generale, gli obblighi vaccinali – considerati dalla Casa Bianca come uno dei più efficaci strumenti di contrasto della diffusione del virus – sono infatti assimilabili a misure straordinarie di tutela della salute pubblica che, in situazioni di emergenza come quella attuale, possono comportare una limitazione dei diritti individuali. Non si comprenderebbe quindi perché, posto che il virus non opera distinzioni tra le vittime in ragione della loro mansione, un obbligo vaccinale federale possa legittimamente comprimere la privacy di alcuni lavoratori e non di altri. Lo stesso Presidente Biden ha espresso il proprio rammarico per la decisione dei giudici di interrompere una misura «scientificamente e giuridicamente legittima» adottata con un provvedimento fondato sul «buon senso e a tutela della vita»⁵. Dal punto di vista strettamente giuridico, inoltre, è stato osservato come la Corte avrebbe usato «due pesi e due misure», redigendo due opinioni «inconciliabili tra loro» e fondate su «argomentazioni completamente diverse»⁶.

A ben vedere, la questione giuridica è però più complessa di come appare. Collocate all'interno del sistema costituzionale americano, *NFIB v. OSHA* e *Biden v. Missouri* non si prestano a letture volte a cogliere esclusivamente il giusto modello delle forme di controllo esercitabili dalle giurisdizioni superiori sulle scelte delle istituzioni recanti restrizioni della libertà in vista della tutela della salute pubblica. Le argomentazioni dei giudici, infatti, non si soffermano tanto sul delicato problema della costituzionalità degli obblighi vaccinali quanto, piuttosto, sulle regole previste dal diritto americano circa l'individuazione del soggetto a cui spetta regolare politiche sanitarie di tale portata.

Lette in questa prospettiva, le due sentenze in oggetto delineano iter

⁴ Cfr. <https://www.verfassungsblog.de/the-death-of-law-and-equity/>; D.M. Drisen, *The Death of Law and Equity A Comment on Two COVID Cases*, in *Verfassungsblog*, 19 gennaio 2022, //verfassungsblog.de/the-death-of-law-and-equity/; S. Filippi, *Due pesi e due misure. La Corte Suprema USA si pronuncia sull'obbligo vaccinale rivolto ai dipendenti delle grandi aziende e ai sanitari*, in *Diritti Comparati*, 7 febbraio 2021, <https://www.diritticomparati.it/due-pesi-e-due-misure-la-corte-suprema-usa-si-pronuncia-sullobligo-vaccinale-rivolto-ai-dipendenti-delle-grandi-aziende-e-ai-sanitari/>.

⁵ Cfr. *Statement by President Joe Biden On the U.S. Supreme Court's Decision on Vaccine Requirements*, 13 gennaio 2021, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/01/13/statement-by-president-joe-biden-on-the-u-s-supreme-courts-decision-on-vaccine-requirements/>: «I am disappointed that the Supreme Court has chosen to block common-sense life-saving requirements for employees at large businesses that were grounded squarely in both science and the law».

⁶ S. Filippi, *Due pesi e due misure. La Corte Suprema USA si pronuncia sull'obbligo vaccinale rivolto ai dipendenti delle grandi aziende e ai sanitari*, cit., p. 5.

argomentativi che, seppur in modo parziale⁷, mettono in tensione direttamente ed indirettamente i meccanismi di checks and balance predisposti dalla Costituzione americana per garantire la separazione verticale ed orizzontale dei poteri. In primo luogo, occorre ricordare come la previsione degli obblighi vaccinali sia stata da tempo ritenuta legittima dalla giurisprudenza quando disposta a livello statale, mentre più difficile è trovarne il fondamento a livello federale. Inoltre, le attuali misure decise dalla Casa Bianca hanno ricavato le competenze necessarie ad approvare gli obblighi vaccinali contestati da due provvedimenti legislativi che, in modo diverso, delegano poteri più o meno ampi in capo alle agencies federali competenti; la legalità delle misure contestate deve quindi essere saggiata verificando se queste ultime siano state o meno investite dal Congresso del potere di regolare tali politiche sanitarie.

In altri termini, esplicitando così anche l'angolo prospettico da cui muove il presente contributo, le decisioni in commento appaiono interessanti perché costituiscono un punto di intreccio tra le problematiche legate al sistema federale americano e le tensioni emerse negli ultimi decenni circa l'espansione delle competenze del potere esecutivo, in generale, e della amministrazione federale, in particolare.

2. Gli obblighi vaccinali alla prova del federalismo americano: le competenze statali (...)

La legittimità di disposizioni normative che istituiscono un obbligo vaccinale costituisce negli Stati Uniti un tema risalente. La Costituzione americana non attribuisce al governo federale una competenza generale nel regolare questioni afferenti alla salute pubblica perché, coerentemente con quanto previsto dal principio degli enumerated powers, i poteri attribuiti alla federazione sono «pochi e definiti» mentre quelli lasciati agli Stati «numerosi e indefiniti»⁸. Il Congresso può quindi esercitare la propria competenza solo nelle materie espressamente previste dall'art. I Sez. 8 Cost. e, per quanto le politiche sanitarie federali siano negli anni notevolmente aumentate, l'esercizio di tale competenza rimane confinata a casi delimitati.

Al contrario, i legislativi statali possono regolare la tutela della salute utilizzando il proprio police power, ovvero esercitando la propria competenza a definire «reasonable restraints on the personal freedom and property rights of persons», al fine di tutelare «the public safety, health, and morals or (...) general prosperity»⁹. Sebbene tale potere non sia

⁷ Parzialità che discende inevitabilmente dalla forma del procedimento ovvero un procedimento di urgenza volto a confermare o meno lo *stay* disposto, come in questo caso, delle giurisdizioni inferiori. comunemente avviene nelle decisioni in cui la Corte è investita da un procedimento di urgenza per confermare o meno lo *stay* disposto, come in questo caso, delle giurisdizioni inferiori. Cfr. infra par. 7.

⁸ Cfr. *The Federalist* n. 45.

⁹ Black's Law Dictionary (6th edn, West Publishing Co. 1990).

naturalmente illimitato, esso attribuisce ai governi statali e locali una vasta competenza, ampiamente esercitata da governatori e sindaci durante le fasi iniziali della pandemia per imporre il lockdown totale o parziale delle attività commerciali, o l'utilizzo di protezioni individuali in determinati luoghi.

Il police power conferisce inoltre agli Stati la facoltà di introdurre specifici obblighi vaccinali a condizione che le misure adottate siano ragionevoli, proporzionate e non comprimano i diritti costituzionali. Questa lettura è stata confermata dalla giurisprudenza della Corte suprema che, già in *Jacobson v. Massachusetts* del 1905, ha ritenuto costituzionalmente legittima una legge statale attraverso cui si conferiva al *municipal board of health* l'autorità di richiedere ai maggiori di 21 anni la vaccinazione antivaiole; secondo quanto stabilito dal giudice Harlan, infatti, «[i]t is within the police power of a State to enact a compulsory vaccination law», dal momento che tali leggi hanno «a real [and] substantial relation to the protection of the public health and safety»¹⁰. Poco tempo dopo, la Corte suprema è tornata sul tema in *Zucht v. King* per dirimere una controversia sorta a partire dal ricorso presentato da due genitori che avevano contestato l'obbligo vaccinale scolastico imposto ai figli dalle autorità cittadine di San Antonio (TX) per violazione della Equal Protection Clause e della Due Process Clause. Richiamando espressamente quanto statuito in *Jacobson*, il giudice Brandeis ha rigettato il ricorso: visto che «state may delegate to a municipality authority to determine under what conditions health regulations shall become operative», l'ordinanza contestata «confers not arbitrary power, but only that broad discretion required for the protection of the public health»¹¹.

In entrambe le sentenze, la Corte non ha accolto l'argomento dei ricorrenti secondo cui le vaccinazioni obbligatorie costituirebbero un esercizio irragionevole, arbitrario ed oppressivo del potere legislativo in quanto «hostile to the inherent right of every freeman to care for his own body and health»¹². Nel rispondere a tali censure, il giudice Harlan ha ricordato che «the liberty secured by the Constitution of the United States to every person within its jurisdiction does not import an absolute right in each person to be, at all times and in all circumstances, wholly freed from restraint», perché «organized society could not exist with safety to its members» e, pertanto, «persons and property are subjected to [...] restraints and burdens, in order to secure the general comfort, health, and prosperity of the State»¹³.

Prese nel loro complesso, le pronunce *Jacobson* e *Zucht* sembrano dunque fondare un potere ampio e generale in capo agli Stati. Si tratta, tuttavia, di decisioni molto risalenti nel tempo, e dubbi potrebbero essere

¹⁰ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905) at. 12 and 31.

¹¹ *Zucht v. King*, 260 U.S. 177 (1922).

¹² *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 25 (1905).

¹³ *Id.* at 26.

avanzati sulla loro attuale capacità di costituire precedenti vincolanti, soprattutto alla luce delle modalità con cui la Corte ha, nel corso degli anni, modificato la propria lettura della *substantive due process of law*. Decise durante l'era *Lochner*, infatti, le sentenze svelano una sostanziale deferenza dei giudici nei confronti del legislativo che potrebbe non tenere conto delle trasformazioni subite dal sistema americano durante l'epoca del New Deal, così come del conseguente ruolo sempre più incisivo nei giudici nella tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini americani. È noto come, a partire dalla notissima sentenza *Roe v. Wade*, i giudici supremi abbiano ampliato il concetto di privacy ricavato dal XIV emendamento, statuendo la legittimità della compressione di tale diritto personalissimo da parte di leggi statali solo a fronte di un *compelling interest* talmente significativo da superare lo *strict scrutiny* della Corte¹⁴. L'evoluzione della giurisprudenza americana circa il concetto di privacy potrebbe quindi incidere sulla vincolatività di *Jacobson* come precedente, che – riconducibile ad diversa epoca storica – ha ritenuto che sia compito del legislatore, e non delle corti «to determine whether vaccination is or is not the best mode for (...) the protection of the public health»¹⁵. In ogni caso, come rilevato dalla dottrina, «although one can speculate that *Jacobson* might be decided differently today, to date no decisions have expressly undercut its authority», ed anzi tale precedente è stato citato anche in epoca più recente al punto che «general principles set forth in *Jacobson* are sound and well-established»¹⁶.

Ad ulteriore conferma della validità delle pronunce *Jacobson* e *Zucht*, è opportuno inoltre ricordare che è proprio a partire da tali precedenti che, nel corso del XX secolo, tutti e cinquanta Stati della federazione hanno predisposto normative sull'obbligo vaccinale degli operatori sanitari e dei bambini in età scolare¹⁷. Malgrado differiscano da Stato a Stato, e possano essere soggette ad eccezioni specifiche legate, ad esempio, all'esercizio di sincere religious belief, l'insieme di tali disposizioni conferma un approccio generale che vede gli Stati chiamati in prima istanza a definire le regole relative agli obblighi vaccinali. Contestate in alcuni casi, tali misure sono

¹⁴ *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973): «most of courts have agreed that the right of privacy, however based, is broad enough to cover the abortion decision; that the right, nonetheless, is not absolute, and is subject to some limitations (...). Where certain “fundamental rights” are involved, the Court has held that regulation limiting these rights may be justified only by a “compelling state interest”».

¹⁵ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 12 (1905).

¹⁶ D. Rubinstein Reiss, L.A. Weithorn, *Responding to the Childhood Vaccination Crisis: Legal Frameworks and Tools in the Context of Parental Vaccine Refusal*, 63 Buff. L. Rev., 2015, p. 901.

¹⁷ Come recentemente riportato dalla National Conference of State Legislatures, «All 50 states have legislation requiring specified vaccines for students. Although exemptions vary from state to state, all school immunization laws grant exemptions to children for medical reasons». Cfr. *States With Religious and Philosophical Exemptions from School Immunization Requirements*, 10 gennaio 2022, <https://www.ncsl.org/research/health/school-immunization-exemption-state-laws.aspx>

state generalmente ritenute legittime dalle Corti federali che, rigettando ricorsi presentati sulla base di presunte violazioni della equal protection e due process clauses, hanno riconosciuto «a considerable deference to the states' use of their police power to require immunization to protect public health»¹⁸.

L'avvento della pandemia ha ulteriormente ampliato il numero e la portata dei provvedimenti riguardanti gli obblighi vaccinali. A partire dal 2021, in particolare, l'esercizio del police power ha consentito agli Stati e alle autorità locali di imporre una serie di misure vaccinali ad alcune categorie di lavoratori. In cinque Stati gli operatori sanitari sono stati sottoposti alle policies «vaccination or termination» mentre in altri ventuno a «vaccination or regular test»¹⁹. L'obbligo di vaccinazione si estende anche ai dipendenti del governo statale in diciannove Stati, mentre poche sono le misure previste per i lavoratori privati²⁰. Sul fronte scolastico, solo cinque Stati hanno disposto un «statewide students covid-19 mandate»²¹, mentre sono addirittura diciassette i governatori che hanno disposto forti limitazioni o espliciti divieti di introdurre, all'interno del loro territorio, obblighi generalizzati. Ciò non ha comunque impedito a diverse università pubbliche di stabilire, sfruttando i propri spazi di autonomia, alcuni requisiti vaccinali

¹⁸ Così W.W. Shen, *State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination*, CRS Report R46745, 18 Gennaio 2022, p. 3 disponibile su <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46745> che cita a supporto di tale considerazione i casi *Phillips v. City of New York*, 775 F.3d 538, 542–44 (2d Cir. 2015); *Workman v. Mingo Cty. Bd. of Edu.* 419 F. App'x 348 (4th Cir. 2011); *Whitlow v. California*, 203 F. Supp. 3d 1079, 1085–89 (S.D. Cal. 2016).

¹⁹ Cfr. D. Pekruhn, *Vaccine Mandates by State: Who is, Who isn't, and How?*, 22 dicembre 2021, in <https://leadingage.org/workforce/vaccine-mandates-state-who-who-isnt-and-how>.

²⁰ Di fronte alle decisioni di alcune imprese private di introdurre policy aziendali imponendo ai propri lavoratori misure restrittive condizionate alla avvenuta vaccinazione, taluni Stati hanno introdotto alcune regole generali. In particolare, negli Stati del Texas, Iowa, Utah, Nord Dakota, Kansas, Arizona, Alabama, Florida e West Virginia, sono state introdotte regole che, pur consentendo ai datori di lavoro di introdurre obblighi vaccinali, sottopongono la legittimità di tali policies alla predisposizione di «exemption from the COVID-19 vaccination for medical reasons or sincerely held religious beliefs». In Montana e in Tennessee è previsto un esplicito divieto in capo ai datori di lavoro di discriminare i dipendenti in ragione del loro status vaccinale, mentre nel resto degli Stati non è prevista alcuna regola generale, essendo quindi la decisione demandata alle aziende private. Cfr. a riguardo i dati raccolti da NASHP, *State Efforts to Ban or Enforce COVID-19 Vaccine Mandates and Passports*, 14 gennaio 2022, <https://www.nashp.org/state-lawmakers-submit-bills-to-ban-employer-vaccine-mandates/>.

²¹ Si tratta di Louisiana, California, Illinois, New York oltre che del territorio di DC. Per una analisi delle varie disposizioni relative agli obblighi vaccinali in ambito scolastico, cfr. i dati raccolti da NASHP, *States Address School Vaccine Mandates and Mask Mandates*, 14 gennaio 2022, <https://www.nashp.org/states-enact-policies-to-support-students-transition-back-to-school/>.

a studenti e docenti come condizione per il ritorno in aula²².

Le misure di contenimento disposte dalle università pubbliche americane costituiscono il primo terreno su cui si è misurata l'attuale tenuta dei principi sanciti in *Jacobson*. In *Klaassen v. Trustees of Indiana University*, i giudici del settimo circuito hanno ritenuto legittima la policy vaccinale della Indiana University, considerando il caso «easier than *Jacobson*» in quanto, a differenza della legge del 1905, la policy universitaria contestata è disposta a carico dei soli studenti e dipendenti ed è dotata di specifiche eccezioni. Secondo i giudici, pertanto, «[e]ach university may decide what is necessary to keep other students safe in a congregate setting» e le vaccinazioni sono «common requirements of higher education» dal momento che esse proteggono «not only the vaccinated persons but also those who come in contact with them, and at a university close contact is inevitable»²³.

3. (...) e quelle federali

Maggiormente complesso è stabilire se, e in forza di quale competenza, gli obblighi vaccinali possano essere decisi a livello federale. Come ricordato, l'art. I sez. 8 della Costituzione non contempla la salute pubblica tra le competenze attribuite al Congresso e, sebbene nel corso del XX secolo un'interpretazione estensiva delle clausole federali ne abbia notevolmente ampliato gli ambiti di intervento, essi devono comunque fondarsi su competenze enumerate. In materia di salute pubblica, in particolare, il Congresso ha prevalentemente giustificato i propri interventi fondandoli sulla interpretazione della Interstate Commerce e della Tax and Spending Clauses²⁴.

Con riferimento alla Interstate Commerce Clause, il Congresso ha competenza «to regulate commerce among foreign nations, and among the several States»²⁵. Attribuendo un potere ampio sul commercio interstatale,

²² Cfr. E. Nadworny, *Full FDA Approval Triggers More Universities to Require the COVID-19 Vaccine*, NPR (Sept. 1, 2021), <https://www.npr.org/2021/09/01/1031385629/full-fda-approval-triggers-more-universities-to-require-the-covid-19-vaccine>.

²³ *Klaassen v. Trustees of Indiana University*, No. 21-2326 (7th Cir. 2021). Analogamente, i giudici americani hanno ritenuto legittime anche le policies delle università o delle scuole statali di New Jersey, Massachusetts e New York (cfr. *Children's Health Defense, Inc. v. Rutgers, the State University of New Jersey*, 2021 WL 4398743 D.N.J. Sept. 27, 2021; *Maniscalco v. New York City Department of Education*, 2021 WL 4344267 E.D.N.Y. Sept. 23, 2021; *Harris v. University of Massachusetts, Lowell*, 2021 WL 3848012, D. Mass. Aug. 27, 2021). Cfr., J.M. Beck, *Not Breaking News: Mandatory Vaccination Has Been Constitutional for Over a Century*, ABA Group, 28 ottobre 2021, <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/mass-torts/articles/2021/winter2022-not-breaking-news-mandatory-vaccination-has-been-constitutional-for-over-a-century/>.

²⁴ Cfr. J.G. Hodge, *The Role of New Federalism and Public Health Law*, 12 J.L. & HEALTH 309, 1998, p. 312: «Federal control over public health matters significantly increased as a result of the Court's broadened interpretations of Congress' Commerce powers and Tax and Spend powers during the New Deal era».

²⁵ Art. I sez. 8 Cl. 3 US Const.

tale clausola conferisce al legislativo federale la facoltà di determinare le regole generali della materia e al governo di darne esecuzione attraverso agencies specifiche. Così, ad esempio, il Federal Food, Drug and Cosmetic Act²⁶ definisce una serie di disposizioni sulla messa in commercio dei cibi e dei farmaci, e – esercitando una delega espressamente prevista nella legge – la Food and Drug Administration (FDA) si occupa di predisporre i criteri relativi alla efficacia e sicurezza dei prodotti, operando un controllo che si avvale di regolamenti approvati dalla stessa agenzia. Utilizzata soprattutto a seguito della rivoluzione operata da Roosevelt, la Interstate Commerce Clause consente al governo federale di intervenire in materie riservate alla competenza statale ogni volta che le politiche «affect interstate commerce in order to bring them within the scope of the commerce power»²⁷; ciò ha consentito al Congresso di regolare settori quali la qualità di aria, acqua, e cibo, la salubrità di farmaci e di pesticidi, la sicurezza dei consumatori e la salute dei lavoratori²⁸.

Oltre ad esercitare le competenze ricavate dalla interpretazione della Interstate Commerce Clause, il governo federale ha perseguito le proprie politiche sanitarie attraverso la Tax and Spending Clause, che autorizza il Congresso a imporre tasse e tributi «to provide for (...) the general Welfare of the United States»²⁹. Questa clausola, che nel corso degli anni è stata interpretata come un potere autonomo slegato dal vincolo dei poteri enumerati federali³⁰, è considerata come una sorta di «cavallo di troia»³¹ del federalismo cooperativo americano, perché permette allo Stato centrale di regolare attraverso il potere di spesa anche campi che appartengono tradizionalmente agli Stati membri quali opere pubbliche locali, previdenza, assistenza, pubblica istruzione o ambiente. Essa consente di stanziare fondi federali per incentivare le autorità locali ad adottare politiche pubbliche attraverso il meccanismo dei grant-in-aids, subordinando cioè l'utilizzo di tali fondi a particolari condizioni. Se, di norma, il denaro federale «viene offerto per la concreta spesa degli Stati i quali, accettandolo, prevedono di amministrarlo», l'offerta dei grant-in-aids «può legittimamente accompagnarsi alla prescrizione, da parte del Congresso, di precise modalità di impiego e di amministrazione, tanto da ridurre la cooperazione degli Stati membri ad un lavoro di mera, vincolata esecuzione sulla quale il federal

²⁶ 21 U.S.C. § 301 ss.

²⁷ Cfr. F.P. Grad, *The Public Health Law Manual*, American Public Health Association, WA, 2005, p. 13.

²⁸ Cfr. J.G. Hodge, *The Role of New Federalism and Public Health Law*, cit., p. 335.

²⁹ Art. 8 Sez. 3 Cl. 1 US Const.

³⁰ Questa l'interpretazione della Corte suprema a partire dal caso *United States v. Butler* 297 US 1 (1936), che – accogliendo l'interpretazione di Hamilton invece che quella di Madison, ha sancito il potere dello stato centrale di utilizzare denaro pubblico per finanziare o promuovere qualunque operazione o attività che corrisponda al *general welfare* della nazione.

³¹ C. Bologna, *Stato federale e "National Interest"*, Bologna, BUP, 2010, p. 287.

government può esercitare sorveglianza»³². Così facendo, il Congresso ha potuto coordinare interventi specifici in materia di salute pubblica³³ quali i programmi di assicurazione sanitaria Medicare e Medicaid³⁴, assistendo gli Stati nel finanziamento dei costi sanitari per gli indigenti.

Pur rimanendo una materia di competenza principalmente statale e soggetta al principio degli enumerated powers, la tutela della salute pubblica è stata quindi fortemente condizionata dalla regolamentazione federale, in particolar modo a seguito della trasformazione del federalismo americano da duale e competitivo a cooperativo. Nonostante ciò, ricavare dalle clausole costituzionali citate un potere federale di imporre, su tutto il territorio nazionale, obblighi vaccinali generalizzati rimane un'operazione complessa.

Innanzitutto, per quanto ampia, l'Interstate Commerce Clause è soggetta ad alcuni limiti. Come riconosciuto dalla Corte Suprema in *NFIB v. Sebelius*, «[t]he power to regulate commerce presupposes the existence of commercial activity to be regulated» poichè «[i]f the power to 'regulate' something included the power to create it, many of the provisions in the Constitution would be superfluous»³⁵. Il primo scoglio da superare per il Congresso è dunque quello di giustificare in che modo una attività il cui scopo è strettamente connesso alla protezione della salute dei cittadini americani incida sulla regolamentazione del commercio. Prevedere un obbligo vaccinale per i lavoratori potrebbe ipoteticamente risultare legittimo quando le attività si svolgono già, per loro natura, tra diversi Stati. Più difficile sarebbe diversamente giustificarlo in caso di mansioni svolte all'interno di uno Stato.

In secondo luogo, *NFIB v. Sebelius* ha precisato come dalla commerce clause non possa discendere un obbligo «to become active in commerce by purchasing a product»; riprendendo le parole della sentenza, infatti, «construing the Commerce Clause to permit Congress to regulate individuals precisely because they are doing nothing would open a new and

³² G. Bognetti, *Lo Spirito del Costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 215.

³³ Cfr. F.P. Grad, *The Public Health Law Manual*, cit., p. 14: «Grant-in-aid programs involve a grant funds by federal government to state or municipal government for a particular legislatively defined purpose. The state and local government may obtain the grant funds and spend them for designated purpose if they accept the conditions of the grant. (...) Through these categorical grant-in-aid programs, the federal government influences the manner in which public health is administrated and methods of service delivery».

³⁴ Cfr. rispettivamente 42 U.S.C. §1395 ss.; 42 U.S.C. §1396 ss.

³⁵ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 540 (2012). Il caso riguardava la costituzionalità del Affordable Care Act (ACA) voluto dalla amministrazione Obama, che, al fine di estendere della copertura sanitaria dei cittadini americani, aveva stabilito condizioni specifiche che imponevano ai cittadini l'acquisto di una polizza medica assicurativa. Pur confermando l'individual mandate ai sensi del Taxing Power, la Corte suprema ha tuttavia chiarito che la Commerce Clause non si estende all'attività non commerciale, anche laddove l'effetto collettivo avrebbe un effetto sostanziale sul commercio.

potentially vast domain to congressional authority»³⁶. Anche se la portata di tale precedente non è del tutto chiara³⁷, esso è certamente in grado di sollevare più di un dubbio sulla legittimità di un obbligo vaccinale imposto a tutti i cittadini dal federal government, perché una tale disposizione «could be construed as compelling individuals who are “doing nothing” to engage in the commercial activity of receiving a specified health care service»³⁸. Pertanto, muovendo dal presupposto che «our federal system reserves the leading role over public health to the states» e che la gestione della pandemia è stata in larga misura affrontata dagli Stati, «just as some governors imposed lockdowns, only governors can impose vaccination mandates on state residents»³⁹. In alcune particolari circostanze la Interstate Commerce Clause potrebbe forse consentire al potere federale di imporre la vaccinazione a certe categorie di cittadini, anche se è difficile ipotizzare che un obbligo generale sia in grado di superare il vaglio di costituzionalità, perché anche la situazione di emergenza «does not turn the Commerce Clause into a blank check»⁴⁰.

Meno complesso può apparire ricavare la competenza federale ad istituire obblighi vaccinali dai meccanismi previsti dallo Spending Power. Come ricordato in precedenza, il governo federale ha spesso utilizzato tale clausola per regolare e coordinare con gli Stati alcune politiche sanitarie; analogamente, il Congresso potrebbe pertanto favorire indirettamente la campagna vaccinale imponendone l'obbligo come condizione necessaria per l'utilizzo dei fondi federali. Ciononostante, anche l'esercizio dello Spending Power è soggetto ad alcune limitazioni tra cui, come disposto in *South Dakota v. Dole*, il fatto che «the amount of federal funds offered is not so coercive as to pass the point at which pressure turns into compulsion»⁴¹. Inoltre, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte suprema a partire dai casi *New York v. United States* e *Printz v. United States*⁴², il X emendamento proibisce al governo federale di «commandeer or conscript state governments into

³⁶ Id. p. 551.

³⁷ Come rilevato da A. Nolan, M. Lewis, *Federalism-Based Limitations on Congressional Power: An Overview*, CRS Report R45323, 27 Settembre 2018, p. 11, infatti, «Because no single opinion in NFIB enjoyed a majority of five Justices, it is uncertain whether the Chief Justice's and the dissenters' conclusions regarding the Commerce Clause constitute binding precedent. In any event, however, lower courts following NFIB have very rarely invalidated Commerce Clause legislation on “inactivity” grounds, largely because much of what Congress regulates can be described as a form of “activity.”»

³⁸ W.W. Shen, *State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination*, cit., p. 31.

³⁹ J. Woo, R.J. Delahunty, *Why Biden's vaccine mandate fails the constitutional test*, in *National Review*, 23 settembre 2021, <https://www.nationalreview.com/2021/09/why-bidens-vaccine-mandate-fails-the-constitutional-test/>

⁴⁰ E. Lawley, *The Federal Government Doesn't Have the Power to Issue a Vaccine Mandate*, in *Newsweek*, 6 gennaio 2022, <https://www.newsweek.com/federal-government-doesnt-have-power-issue-vaccine-mandate-opinion-1666401>.

⁴¹ *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203, 211 (1987).

⁴² *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992); *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

implementing federal policies by directly compelling them to enact and enforce a federal regulatory program»⁴³. Sebbene sia stata fortemente contestata dalla dottrina⁴⁴, tale interpretazione è stata recentemente confermata dalla Corte in *Murphy v. NCAA*⁴⁵, e potrebbe costituire un ostacolo anche nel caso di obblighi vaccinali federali; come recentemente sostenuto dal Congress Research Center, infatti, «in the context of vaccination, this principle prevents Congress from directly requiring states or localities to pass mandatory vaccination laws or implement federal vaccination laws», mentre gli consente di utilizzare «its Spending Clause authority to incentivize states to do so, as long as the amount offered is not so significant as to effectively coerce, or functionally commandeer, states into enacting the mandate»⁴⁶.

4. Obblighi vaccinali e separazione orizzontale dei poteri

Le difficoltà a individuare in modo chiaro una competenza federale spiega perché, prima della attuale pandemia, gli ambiti in cui il governo è intervenuto per disporre obblighi vaccinali siano pochi e circoscritti, e riguardino primariamente competenze a lui attribuite quali l'immigrazione e le forze armate⁴⁷. Con la diffusione dell'infezione Covid-19, tuttavia, il problema di definire politiche sanitarie e vaccinali uniformi sull'intero territorio nazionale è divenuto più stringente, e l'amministrazione Biden si è prodigata per individuare adeguati strumenti giuridici capaci di definire una propria competenza in tal senso. Operando in uno stato di emergenza, la Casa bianca ha cercato di fondare tale competenza nelle disposizioni normative, già approvate in passato, che delegano all'esecutivo alcune specifiche funzioni⁴⁸, emanando diverse disposizioni che hanno obbligato a sottoporsi alla vaccinazione contro il virus SARS Covid-19 i dipendenti e i contractors del governo federale, gli operatori sanitari dei programmi

⁴³ Cfr. A. Nolan, M. Lewis, *Federalism-Based Limitations on Congressional Power: An Overview*, cit., p. 16.

⁴⁴ V. (da ultimo) S. Schwinn, *It's time to abandon anti-commandeering (but don't count on this Supreme Court to do it)*, in SCOTUSblog, 17 agosto 2017, <https://www.scotusblog.com/2017/08/symposium-time-abandon-anti-commandeering-dont-count-supreme-court/>.

⁴⁵ *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*, 584 U.S. ____ (2018).

⁴⁶ W.W. Shen, *State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination*, cit., p. 31.

⁴⁷ 8 U.S.C. § 1182(a)(1)(A), che stabilisce ad esempio che gli immigrati che chiedono l'ingresso permanente devono presentare una documentazione attestata «vaccination against vaccine-preventable diseases». Analogamente, il Department of Defense's Immunization Program stabilisce un'obbligo vaccinale annuale per tutto il personale impegnato nel Department's medical treatment facilities. Cfr. Dep't Of Defense Instruction 6205.02 § 1.2b (23 luglio 2019).

⁴⁸ Exec. Order No. 14,042 of Sept. 9, 2021, 86 Fed. Reg. 50,985 (Sept. 14, 2021). Oltre a tali disposizioni previste a carico dei civili americani, il Secretary of Defense ha anche disposto l'obbligo vaccinale per i militari. Cfr. a riguardo B.H.P. Mendez, *The Military's COVID-19 Vaccination Mandate*, CRS insight IN11764, 8 novembre 2021, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IN/IN11764>.

Medicare e Medicaid (CMS's Medicare/Medicaid provider mandate)⁴⁹ e, infine, i dipendenti di aziende con più cento dipendenti (OSHA's large-employer vaccination and testing mandate)⁵⁰. Queste disposizioni condividono l'obiettivo di regolare l'accesso ai luoghi di lavoro, ma mentre la prima riguarda prevalentemente un ambito federale, le ultime assumono una portata più ampia che è in grado di incidere all'interno dei singoli Stati.

Il CMS's Medicare/Medicaid provider mandate ha il proprio fondamento normativo nel Social Security Act (SSA) del 1935, che conferisce al Secretary of Health l'autorità di approvare regole «as may be necessary to the efficient administration of the functions with which [he] is charged»⁵¹, e di definire certi requisiti «in the interest of the health and safety of individuals who are furnished services in the institution»⁵². Seguendo un meccanismo consolidato poggiato sulla Spending clause, l'amministrazione federale ha elaborato, negli anni, i requisiti che ospedali, ambulatori e cliniche specializzate devono rispettare per avvalersi dei fondi federali stanziati. In questa prospettiva, lo scorso 5 novembre, il Centers for Medicare and Medicaid Services (CMS) ha approvato una Interim Final Rule (IFR) che introduce tra tali requisiti anche l'obbligo per le strutture che partecipano ai programmi federali di provvedere alla vaccinazione dei loro dipendenti⁵³.

Più articolata è la ricostruzione dell'obbligo imposto ai lavoratori. Esso si fonda sull'Occupational Safety and Health Act (OSHAct), approvato dal Congresso nel 1970 al fine di «assure so far as possible every working man and woman in the Nation safe and healthful working conditions»⁵⁴. Fondando la sua competenza sulla Interstate Commerce Clause⁵⁵, la legge attribuisce al Secretary of Labour una ampia autorità nel promulgare regole riguardanti la sicurezza nei luoghi di lavoro, e istituisce la Occupational Safety and Health Administration (OSHA) a cui è affidato il compito di implementare le specifiche disposizioni. Nel tempo, tale Agency ha predisposto una serie di misure e standard (quali, ad esempio, l'utilizzo di personal protective equipment o la definizione dei permissible exposure limits relativi all'utilizzo di sostanze chimiche) che vincolano i datori di lavoro ad approntare tutte le misure necessarie «to provide workplaces free of recognized serious hazards»⁵⁶.

⁴⁹ 86 Fed. Reg. 61,555 (Nov. 5, 2021).

⁵⁰ 86 Fed. Reg. 61,402 (Nov. 5, 2021).

⁵¹ 42 U.S.C. §1302(a).

⁵² 42 U.S.C. §§ 1395x(e)(9).

⁵³ 86 Fed. Reg. 61,555, 61,563, 61,573.

⁵⁴ 29 U.S.C. § 651 (2) (b).

⁵⁵ Come riportato dallo stesso 86 Fed. Reg. 61402, 61505 (5 nov. 2021) «The Occupational Safety and Health Act is an exercise of Congress's Commerce Clause authority, and under Section 18 of the Act, 29 U.S.C. 667, Congress expressly provided that States may adopt, with Federal approval, a plan for the development and enforcement of occupational safety and health standards».

⁵⁶ 29 U.S.C. §654(a)(1).

La sezione 6(c) dell'OSHAct, inoltre, investe l'amministrazione del potere di approvare emergency temporary standard (ETS) immediatamente efficaci ogni qualvolta quest'ultima ritenga «(A) that employees are exposed to grave danger from exposure to substances or agents determined to be toxic or physically harmful or from new hazards» e «(B) that such emergency standard is necessary to protect employees from such danger»⁵⁷. Forte di tale disposizione e della relativa procedura di emergenza, l'amministrazione federale ha introdotto nel *Federal Register* regole e standard emergenziali della durata di sei mesi che impongono ai datori di lavoro con più di cento dipendenti di predisporre ed implementare policies aziendali e di verificare che i propri lavoratori abbiano completato il ciclo vaccinale o, alternativamente, che si sottopongano a test settimanali utilizzando, contestualmente, dispositivi di protezione individuale, pena il loro allontanamento dal posto di lavoro⁵⁸. Fatte salve limitate eccezioni⁵⁹, tale policy si applica a tutti i lavoratori indipendentemente dalla mansione svolta e definisce sanzioni pecuniarie in cui incorrerà il datore di lavoro in caso di mancato adempimento⁶⁰.

Entrambe le misure emergenziali dispongono quindi obblighi sanitari federali a carico dei cittadini all'interno dei singoli Stati. L'estensione della regola «vaccination or regular test» introdotta dall'OSHA, in particolare, è in grado di incidere sulla vita di oltre ottanta milioni di lavoratori, imponendo ai datori costosi obblighi di controllo ed implementazione. Ma, in modo ancor più significativo, entrambe le disposizioni sembrano spostare il problema costituzionale relativo agli obblighi sanitari dal piano verticale della separazione dei poteri a quello orizzontale, alimentando il conflitto tra potere legislativo ed esecutivo. È proprio in questa prospettiva che occorre dunque studiare la tematica degli obblighi vaccinali, al fine di verificare come essa si collochi all'interno dell'espansione dello Stato amministrativo americano e come si contestualizzi nella torsione della separazione orizzontale dei poteri subita dall'ordinamento statunitense dopo il New Deal.

5. Lo Stato amministrativo americano: dalla *nondelegation*

⁵⁷ 29 U.S.C. § 655(c)(1).

⁵⁸ 86 Fed. Reg. 61402, 61552 (Nov. 5, 2021): «(1) requires all employees to receive a COVID-19 vaccination, subject to legally required exceptions; or (2) requires employees to receive either a COVID-19 vaccination or provide proof of regular COVID-19 testing and wear a face covering when indoors or occupying a vehicle with another person».

⁵⁹ Le esenzioni indicate dal Federal Register riguardano «the employees of covered employers: (1) Who do not report to a workplace where other individuals, such as coworkers or customers, are present; or (2) while working from home; or (3) who work exclusively outdoors. Based on this scope, employers in nearly every sector are expected to be covered by this ETS». 86 Fed. Reg. 61402, 6140 (2021).

⁶⁰ Le infrazioni sono sanzionate da un minimo di \$13,653 ad un massimo di \$136,532. Cfr. 29 C.F.R. 1903.15(d).

doctrine alla Chevron deference.

Oltre trenta anni fa la Corte Suprema affermava che «an agency literally has no power to act (...) unless and until Congress confers power upon it»⁶¹. Le parole dei giudici sono strettamente connesse all'esercizio della c.d. delegated legislation, che negli Stati Uniti è oggetto di irrisolte dispute interpretative e dottrinali. A differenza delle Costituzioni social-democratiche redatte in Europa dopo la seconda guerra mondiale, la Costituzione americana non prevede esplicitamente meccanismi di delega legislativa; in ossequio ad una rigida separazione dei poteri di matrice liberale, essa statuisce che tutti i poteri siano affidati al Congresso e non possano essere delegati⁶². Rimaste sostanzialmente salde per tutto il periodo liberale, le maglie del divieto di delega legislativa hanno cominciato però ad allentarsi soprattutto a seguito dell'avvento dello Stato interventista⁶³, ovverosia di un modello difficilmente conciliabile «con un sistema di fonti del diritto che concentri nell'atto di un legislativo nazionale tutta o quasi la produzione normativa dell'ordinamento»⁶⁴. È quindi soprattutto a seguito della torsione costituzionale operata dalle riforme del New Deal che il Congresso americano, anche grazie all'avvallo della Corte Suprema, ha contribuito alla nascita dello Stato amministrativo attraverso le continue e ripetute deleghe all'esecutivo e all'amministrazione federale di sempre più ampie porzioni di legislazione.

La crescita della delegated legislation ha così comportato uno sbilanciamento nell'esercizio del potere normativo, che viene oggi spesso esercitato dalle agencies federali. Sebbene all'inizio degli anni Ottanta il Congresso avesse provato ad istituire, attraverso la creazione del legislative veto, uno strumento di controllo successivo capace di invalidare gli atti delegati, la Corte Suprema, nel famoso caso *INS v. Chadha*⁶⁵, ha ritenuto tale

⁶¹ *Pub. Serv. Comm'n v. FCC*, 476 U.S. 355, 374 (1986).

⁶² Come statuito in *Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892) «that Congress cannot delegate legislative power to the President is a principle universally recognized as vital to the integrity and maintenance of the system of government ordained by the Constitution».

⁶³ La Corte suprema ha cominciato a ammorbidire la sua posizione circa la rigida separazione dei poteri che impone un divieto di delega legislativa a partire dal caso *J. W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 U.S. 394 (1928), ritenendo che il Congresso avesse la facoltà di delegare suo potere normativo a patto che la legge delega contenesse in modo chiaro la materia delegata, il termine entro cui esercitare la delega e «intelligible principle to guide executive action».

⁶⁴ G. Bognetti, *Lo Spirito del Costituzionalismo americano. II – La Costituzione democratica*, cit., p. 259.

⁶⁵ Il meccanismo del legislative veto è stato ideato al fine di contenere l'impatto della dislocazione dei poteri in capo alle amministrazioni. In sintesi, esso prevedeva che nella legge delega approvata dal Congresso fosse contenuto un meccanismo che consentisse ad una camera o ad entrambe di disapplicare la normativa delegata. Il congegno, così ideato, permetteva di rovesciare la tradizionale separazione dei poteri ideata dalla Costituzione americana, riservando al Congresso, un tempo centro motore del sistema e detentore dell'indirizzo politico, la facoltà di delegare in modo ampissimo all'esecutivo la normazione puntuale, ma poi riservarsi un potere di controllo su tali atti. Tale meccanismo prevedeva però che il voto di annullamento del regolamento delegato

meccanismo contrario alla Costituzione. Con tale decisione la Corte Suprema ha concorso a questo ampliamento del potere regolamentare dell'amministrazione in materie di grande rilievo economico e sociale che presenta, come ulteriore effetto, «un indiretto potenziamento del ruolo della Presidenza»⁶⁶, la quale è a capo della intera amministrazione federale. A seguito di tale decisione, la modalità rimasta al Congresso per contenere l'espansione dell'amministrazione è pertanto quella di circoscrivere preventivamente il potere che le agencies sono legittimate ad esercitare tramite una stringente delimitazione dei principi e della portata delle deleghe legislative. In altri termini, *Chadha* avrebbe dovuto rafforzare la *nondelegation doctrine* elaborata dalla Corte in epoca pre-new deal e mai formalmente abbandonata, secondo cui, quando dispone una delega a favore dell'esecutivo, il Congresso deve prevedere nella legge «intelligible principles» capaci di orientare e guidare l'azione amministrativa⁶⁷.

Non sempre, tuttavia, le leggi approvate dal Congresso contengono deleghe chiare e precise; al contrario, molto spesso esse hanno ricondotto alle agencies poteri amplissimi, condizionando l'azione amministrativa al rispetto di «valori genericissimi, privi di ogni determinatezza, quali “l'interesse pubblico” la “convivenza pubblica” il “giusto e ragionevole” o formule analoghe»⁶⁸. Esempio di questa tendenza è rappresentato proprio dall'Occupational Safety and Health Act (OSHAct), che contiene alcune delle disposizioni utilizzate dall'amministrazione Biden per imporre l'obbligo vaccinale ai lavoratori americani. Approvato nel 1970, l'OSHAct costituisce una delle più importanti leggi del paese⁶⁹ e conferisce all'amministrazione federale il potere di regolamentare la sicurezza dei luoghi di lavoro. La legge stabilisce i principi della delega in modo ampio, limitandosi a investire il Secretary of Labour del compito di istituire standard e criteri di sicurezza

operato da una un più camere non fosse soggetto a veto presidenziale; è per questa ragione che la Corte suprema, reputando il voto di disapplicazione come vero e proprio atto legislativo, ha ritenuto incostituzionale la pratica del legislative veto nella sentenza *INS v. Chadha* 462 US 919 (1983) per violazione della presentment clause contenuta nell'art. I Sez. 7 Cost.

⁶⁶ G. Boggetti, *Lo Spirito del Costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, cit., p. 263.

⁶⁷ Come statuito dalla Corte suprema nella sentenza *J. W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 U.S. 394 (1928), e confermato poi in *Panama Refining Co. v. Ryan* e *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States* per invalidare le disposizioni contenute nel National Industrial Recovery Act voluto delle prime riforme del New Deal. Come noto, pochi anni più tardi la Corte è tornata sulle sue decisioni e, anche forse per prevenire la minaccia del Court packing ipotizzata da Roosevelt, ha confermato la legittimità delle nuove disposizioni del terzo New Deal, cominciando a manifestare una sostanziale deferenza nei confronti delle deleghe legislative. Tuttavia la Corte Suprema non ha mai esplicitamente dichiarata superata la *nondelegation doctrine*, ed anzi negli ultimi anni sembra averla recuperata almeno nel suo nucleo minimo.

⁶⁸ G. Boggetti, *Lo spirito del Costituzionalismo americano. La costituzione democratica*, cit., p. 260.

⁶⁹ C.R. Sunstein, *Is Osha Unconstitutional?*, 94 Va. L. Rev., 2008, p. 1407 ss.

ogni volta che essi siano ritenuti «reasonably necessary or appropriate»⁷⁰ a garantire la salute dei lavoratori. In sostanza, in questo come in altri casi, il legislatore sembra aver rinunciato a delimitare in modo sostanziale il potere delegato, con la conseguenza che, a primo avviso, «a reader might be tempted to conclude that Congress has said, “make things better,” without giving the Secretary guidance about how, exactly, he is to go about accomplishing that task»⁷¹.

L'ampiezza dei criteri di esercizio delle deleghe legislative, che complica l'individuazione dei limiti di esercizio del potere della pubblica amministrazione, ha sollevato una serie di problematiche costituzionali. In primo luogo, la rigida separazione dei poteri prevista dalla Costituzione americana affida al popolo, attraverso i rappresentanti votati in Congresso, il potere di approvare atti normativi, mentre all'amministrazione si riconduce il compito di darne esecuzione, operando come una «cinghia di trasmissione» delle decisioni del legislativo⁷². Come ricordato in precedenza, questo modello ha subito grandi trasformazioni nel corso del XX secolo, e il peso della amministrazione federale è cresciuto enormemente, tanto che la stessa Corte Suprema ha da tempo riconosciuto che, data la complessità della società contemporanea, «Congress simply cannot do its job absent an ability to delegate power under broad general directives»⁷³. Negli ultimi decenni, la portata e le dimensioni dello Stato amministrativo americano sono cresciute così esponenzialmente al punto che il Federal Register, che contiene la regolamentazione secondaria approvata dalle agencies federali, è oggi quattro volte più corposo dello US Code of Laws⁷⁴. Ma anche di fronte a tale trasformazione, la mancanza di criteri chiari e precisi rischia di «deprive citizens of effective protections against the abusive exercise of administrative power»⁷⁵. Nello Stato amministrativo moderno, infatti, il Congresso delega «vast swathes of policy-making power to the regulatory agencies», e le Corti «no longer even attempt to ensure that the key policy

⁷⁰ 29 USC § 652(8).

⁷¹ C.R. Sunstein, *Is Osha Unconstitutional?*, cit., p. 1409: «The broadest difficulty is that with the “reasonably necessary or appropriate” language, Congress appears, at least at first glance, to have made no decision at all about the substantive standard under which the Secretary of Labor is supposed to proceed».

⁷² Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 Harv. L. Rev., 1975, p. 1675: «The traditional model of administrative law thus conceives of the agency as a mere transmission belt for implementing legislative directives»

⁷³ *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 409 (1989).

⁷⁴ Cfr. S. Dudley, *Milestones in the Evolution of the Administrative State*, in *Dedalus*, 2021, p. 33-34: «There is no question that the size and scope of the administrative state have grown over the last century. Today, scores of federal agencies issue thousands of regulations every year. The Code of Federal Regulations contains 242 volumes and more than 185,000 pages. That is four times as big as the U.S. Code of Laws passed by Congress, which contains fewer than 44,000 pages».

⁷⁵ Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, cit., p. 1675.

choices are made by the legislative branch»⁷⁶.

In secondo luogo, l'ambiguità dei criteri contenuti nelle deleghe legislative pone il problema della loro interpretazione; quando il Congresso delega un potere alle agencies federali, la perimetrazione di tale potere deve essere ricavata dalle disposizioni normative lette ed interpretate dalle stesse agencies. Può pertanto accadere che l'interpretazione offerta dalla amministrazione sia ritenuta troppo estensiva e, quindi, meritevole di essere contestata in sede giurisdizionale. Il procedimento di approvazione delle regole amministrative è disciplinato dall'Administrative Procedure Act (APA), che conferisce alle Corti un potere di controllo sulla legittimità degli atti normativi e delle policies adottate, statuendo che i giudici federali sono chiamati, tra l'altro, a «hold unlawful and set aside agency actions» qualora essa risultasse adottata «not in accordance with law» o «in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations»⁷⁷. A seguito del New Deal, le Corti hanno esercitato tale controllo sugli atti delegati assumendo una sostanziale condiscendenza nei confronti dell'amministrazione, soprattutto laddove, come spesso accade, l'ambiguità dei criteri definiti dalla legislazione le conferisca ampi margini interpretativo-discrezionali⁷⁸.

Seguendo questa lettura, la Corte Suprema ha elaborato, a metà degli anni Ottanta, la famosa *Chevron doctrine* che, proponendo un test di controllo diviso in due fasi, assume/fa trasparire una certa deferenza giurisdizionale nei confronti delle agencies circa l'interpretazione delle norme delegate. Come stabilito in *Chevron, U.S.A., Inc. v. National Resources Defense Council, Inc.*, nell'operare il controllo i giudici devono, *in primis*, assicurarsi che «Congress has directly spoken to the precise question at issue» e che il suo intento sia chiaro e delimitato; in quel caso, in ossequio al principio della separazione dei poteri, «courts, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress». In secondo luogo, quando le deleghe contenute nelle leggi stabiliscono criteri ampi il cui contenuto ambiguo può consentire spazi di manovra discrezionali che derivano da una interpretazione estensiva delle disposizioni, ai sensi della dottrina *Chevron* «the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute»⁷⁹. L'ampiezza della *Chevron*

⁷⁶ M.W. McConnell, *Kavanaugh and the "Chevron Doctrine"*, SLS Blog, 2 agosto 2018, <https://law.stanford.edu/2018/08/02/kavanaugh-and-the-chevron-doctrine/>.

⁷⁷ Così la sezione 706 dell'APA: «court[s] shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action». 5 U.S.C. § 706(2)(A), (C).

⁷⁸ Come ricordato da S. DUDLEY, *Milestones in the Evolution of the Administrative State*, cit., p. 42 «since the mid-1930s, the courts have generally been deferential to Congress and agencies when it comes to regulation, leading many to conclude that the nondelegation standard is dead».

⁷⁹ *Chevron, U.S.A., Inc. v. Nat. Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842-843 (1984): «When a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the

deference è tale da ammettere che il Congresso possa aver delegato implicitamente l'esercizio della potestà legislativa alle agencies affidando loro il compito di «fill any gap left in a particular statute»; in questi casi, la Corte Suprema ricorda che «a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency»⁸⁰.

Tramite questo controllo bifasico, la dottrina *Chevron* è così in grado di distinguere i casi in cui l'interpretazione delle disposizioni approvate dal Congresso è chiara e definita da quelle in cui è generale ed ambigua; nel primo caso, i giudici devono far rispettare quanto previsto dalla legge dichiarando, eventualmente, l'illegittimità dei provvedimenti adottati dalla amministrazione. Dal momento però che spesso le norme del Congresso utilizzano/si poggiano su criteri vaghi, il secondo step della *Chevron doctrine* conferisce di fatto all'amministrazione un potere amplissimo nella interpretazione del potere a lei delegato che non è soggetto ad un controllo stringente da parte dei giudici federali. Soprattutto quando una norma possieda più di un significato, infatti, l'unico limite imposto all'attività interpretativa delle agencies è la ragionevolezza; il che ingenera il paradossale risultato che, anche qualora la Corte Suprema ritenesse che la miglior interpretazione possibile della norma contestata fosse diversa da quella fornita dall'amministrazione, quest'ultima sarebbe libera di ignorarla ogni volta che adotta «a reasonable interpretation of a statutory provision»⁸¹. In definitiva, quindi, tale dottrina sembra invertire il criterio ideato dalla *nondelegation doctrine*: mentre in forza di questa dottrina l'amministrazione può esercitare solo il potere che le è conferito dal Congresso «with intelligible principles», la *Chevron doctrine* «green-lights

unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute».

⁸⁰ *Id.*, 843-844: «If Congress has explicitly left a gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation (...). Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency».

⁸¹ A. Howayeck, *The Major Questions Doctrine: How the Supreme Court's Efforts to Rein in the Effects of Chevron Have Failed to Meet Expectations*, Roger Williams University Law Review: Vol. 25 : Iss. 1, Article 9, 2020, p. 175: «A statute that Congress has authorized an agency to administer may have countless "reasonable" interpretations, and these interpretations may vary drastically depending on the presidential administration. Who is to decide which of the many reasonable interpretations is the "correct" one? Under Chevron, it is up to the agency. Even if the Supreme Court would find that the best interpretation of a statute contradicts an agency's interpretation, so long as the agency's interpretation is a "reasonable" one, the agency is free to ignore the judgement of the Court, which would have found the agency's interpretation unlawful».

agency assertions of power, even when it is fairly obvious from the context that Congress had no such intention, so long as the words of the statute can be reasonably stretched to accommodate them»⁸².

6. (segue) Confini e limiti dello Stato amministrativo: la *major questions doctrine*

La dottrina *Chevron* è rapidamente diventata una delle pietre angolari del diritto amministrativo americano, modificando l'equilibrio tra i poteri in un numero rilevantissimo di materie⁸³. Per effetto di tale precedente, la Corte Suprema ha potuto significativamente estendere negli anni la capacità di indirizzo politico del Presidente, che si avvale delle agencies federali per perseguire la sua agenda politica⁸⁴. Anche se la nascita dello stato amministrativo non è interamente riconducibile a *Chevron*, tale decisione ne ha certamente ampliato i confini⁸⁵, al punto che «seems to have added prodigious new powers to an already titanic administrative state»⁸⁶.

Negli ultimi decenni, la Corte Suprema ha cercato talvolta di arginare tale fenomeno, elaborando un controllo più stringente sugli atti delegati attraverso quella che è stata definita come la *major questions doctrine*. L'espressione, che la Corte Suprema non ha mai direttamente utilizzato, deriva da una elaborazione dottrinale⁸⁷ e da alcune pronunce in cui i giudici supremi, pur senza contraddire espressamente i test elaborati in *Chevron*, ne hanno contenuto l'ambito applicativo. In questa prospettiva, essa è stata descritta come «a primary manifestation of the [judicial] skepticism» generato dalla estensione dello Stato amministrativo e volta a frenarne la forza espansiva «by depriving agencies of *Chevron* deference in a certain set

⁸² M.W. McConnell, *Kavanaugh and the "Chevron Doctrine"*, cit.

⁸³ Come rilevato già trent'anni fa da C.R. Sunstein, *Law and Administration after "Chevron"*, 90 Col. Law Rev. 8, 1990, p. 2075 «in an extraordinarily wide range of areas – of areas-including the environment, welfare benefits, labour relations, civil rights, energy, food and drugs, banking and many others – *Chevron* has altered the distribution of national powers among courts, Congress and administrative agencies».

⁸⁴ Così E. Kagan, *Presidential Administration*, 114 Harv. L. Rev., 2001, p. 2246: «we live today in an era of presidential administration», nella quale il presidente utilizza le agencies federali «as an extension of his own political agenda».

⁸⁵ Come ricordato da Peter J. Wallison, *Judicial Fortitude: The Last Chance to Rein in the Administrative State*, New York: Encounter Books, 2019, p. 134, «*Chevron* is the most important single reason that the administrative state has continued to grow out of control».

⁸⁶ Queste le considerazioni del giudice Gorsuch nella concurring opinion del caso *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1152 (10th Cir. 2016).

⁸⁷ Il termine "major questions" deriva dalla citazione ricavata in S. Breyer, *Judicial Review of Questions of Law and Policy*, 38 Admin. L. Rev. 363, 1986, p. 370: «A court may also ask whether the legal question is an important one. Congress is more likely to have focused upon, and answered, major questions, while leaving interstitial matters to answer themselves in the course of the statute's daily administration». Cfr. a riguardo K.O. Leske, *Major Questions About the "Major Questions" Doctrine*, 5 Mich. J. Env'tl. & Admin. L. 479 ss.

of cases»⁸⁸.

La *major questions doctrine* nasce nell'ambito della sentenza *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* (2000), in cui la Corte Suprema era chiamata a stabilire se il Food, Drug, and Cosmetic Act (FDCA)⁸⁹ conferisse o meno alla Food and Drugs Administration (FDA) l'autorità di regolamentare i prodotti del tabacco. L'amministrazione aveva ricavato tale competenza da una esegesi estensiva del termine "drugs"; in ragione della comune attitudine a creare dipendenza nei consumatori, l'amministrazione aveva assimilato, nell'ambito del FDCA, la nicotina presente nel tabacco ad una droga⁹⁰.

Nel dirimere la controversia, l'attenzione dei giudici si concentra sul primo dei due test elaborati in *Chevron*. Anzitutto, la Corte ha verificato se il Congresso avesse specificamente affrontato la questione anzidetta sotto un triplice profilo, e cioè analizzando il significato normativo della disposizione legislativa in primo luogo sotto il profilo testuale, contestualizzandola nell'ambito della legge in cui era collocata; in secondo luogo, valutando la legge in questione alla luce di altri atti legislativi attraverso i quali il Congresso aveva disciplinato l'oggetto intorno a cui era sorta la questione; infine, indagando le concrete probabilità che il Congresso avesse deciso di delegare ad una agency una decisione di tale rilievo politico ed economico⁹¹. Dopo avere riscontrato che sotto i primi due profili di indagine la risposta alla domanda posta doveva ritenersi positiva, la Corte ha affrontato il terzo profilo e affermato che sebbene la dottrina *Chevron* si fondi sulla presunzione per cui, di fronte norme ambigue, è necessario immaginare il Congresso abbia implicitamente delegato alle agencies il compito di interpretarle, «in extraordinary cases there may be reason to hesitate before concluding that Congress has intended such an implicit delegation»⁹². Pertanto, concludono i giudici, è presumibile pensare che, nel caso di specie, il Congresso non abbia inteso delegare una decisione di così ampia portata economica e sociale in modo tanto criptico⁹³.

Negli anni successivi, la Corte Suprema ha avuto modo di utilizzare

⁸⁸ C.R. Sunstein, *There are Two "Major Questions" Doctrine*, 4 novembre 2020, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3724642> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3724642>.

⁸⁹ 21 U. S. C. § 301.

⁹⁰ *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 126 (2000): «under the FDCA, nicotine is a "drug" (...) and cigarettes and smokeless tobacco are "devices" that deliver nicotine to the body»

⁹¹ *Id.*, 128.

⁹² *Id.*, 123. la Corte cita quindi il già menzionato articolo di S. Breyer, ritenendo che «("A court may also ask whether the legal question is an important one. Congress is more likely to have focused upon, and answered, major questions, while leaving interstitial matters to answer themselves in the course of the statute's daily administration")».

⁹³ *Id.*, 160: «Congress could not have intended to delegate a decision of such economic and political significance to an agency in so cryptic a fashion»

questo criterio interpretativo⁹⁴ estendendone ulteriormente il campo di applicazione. Questo è quanto avvenuto di recente in *Utility Air Regulatory Group v. EPA* e in *King v. Burwell* dove i giudici hanno ritenuto necessario limitare il potere di interpretazione delle agencies qualora esso possa portare ad «an enormous and transformative expansion in [their] regulatory authority without clear congressional authorization»⁹⁵, o se riguardi «a question of deep “economic and political significance”»⁹⁶.

Le ultime due sentenze sembrano in parte differire da *Brown & Williamson Tobacco*. Se in quest’ultima la Corte ha circoscritto l’ambito di applicazione delle agencies federali partendo da una interpretazione più stringente del primo step della dottrina *Chevron*, in *Utility Air* e in *King v. Burwell* il ragionamento dei giudici sembra volto ad escluderne l’applicazione in ragione della portata o degli effetti della questione presentata. I giudici conferiscono quindi una veste nuova al criterio utilizzato in *Williamson*, scorporandolo dal triplice controllo ivi operato ed utilizzandolo, diversamente, come un parametro autonomo destinato ad operare qualora la questione presentata comporti grandi trasformazioni politico-economiche.

Appare così rovesciato il criterio della deferenza giudiziale elaborato in *Chevron*: mentre in forza di quel precedente, di fronte ad una ambiguità normativa, le agencies erano legittimate ad esercitare anche poteri impliciti a patto che l’interpretazione da loro fornita fosse ragionevole, in *King v. Burwell* la Corte sembra forse riscoprire il fondamento ultimo della *nondelegation doctrine*, ritenendo che quando l’esercizio dei poteri delegati comporta trasformazioni di grande impatto, sia più difficile ricavare la legittimità di tali poteri da disposizioni normative ambigue, risalenti o incerte. In altre parole, il Congresso «does not hide the delegation of elephant-like regulatory powers in the mousehole-like landscape of obscure and technical statutory provisions»⁹⁷.

Nata come un corollario del controllo operato dai giudici all’interno del duplice test elaborato in *Chevron*, la *major questions doctrine* pare dunque distaccarsene, agendo come un criterio interpretativo autonomo capace in qualche misura di opporsi alla espansione dello Stato amministrativo. Tuttavia, a motivo della mancata incontrovertibilità dei confini entro cui tale teoria potrebbe essere invocata, la sua applicazione resta ancora incerta⁹⁸.

⁹⁴ Cfr., ad esempio, *Whitman v. American Trucking Ass’ns*, 531 U.S. 457, 468 (2001); *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243, 267 (2006).

⁹⁵ *Utility Air Regulatory Grp. v. EPA*, 134 S. Ct. 2427, 2444 (2014).

⁹⁶ *King v. Burwell*, 135 S. Ct. 2480 (2015).

⁹⁷ M. Coenen, S. Davis, *Minor Courts, Major Questions*, 70 Vanderbilt Law Review 777, 2019, p. 788.

⁹⁸ Le difficoltà legate alla ricostruzione teorica di questa dottrina, emergono anche dalla lettura “forte” o “debole” della stessa indicata da C. Sunstein, *There are Two “Major Questions” Doctrine*, cit., p. 2-3: «(...) the major question doctrine has been understood in two radically different way. The first suggests a kind of “carve out” from *Chevron* deference when a major question is involved. (...). The strong version, by contrast, operates as a clear statement principle, in the form of firm barrier to certain agency

Anche la dottrina appare, sul punto, spaccata: alcuni autori hanno persino dubitato che essa esista concretamente, chiedendosi piuttosto se i casi qui elencati non possano forse essere meglio spiegati «on mundane grounds without positing a freefloating but unstated ‘major issues’ inquiry»⁹⁹. Altri autori, pur riconoscendone l’importanza, hanno evidenziato come la sua applicazione incostante e saltuaria l’abbia trasformata in «a toothless judicial tool»¹⁰⁰. Altri ancora, infine, hanno osservato come essa sia almeno potenzialmente in grado di alterare la *Chevron deference*, sottraendo alle agencies il potere di interpretazione delle leggi delegate per riportarlo alle Corti¹⁰¹ (o quanto meno alla Corte Suprema)¹⁰². Quale che sia la lettura corretta, ciò che appare chiaro è come, fino ad ora, l’utilizzo della *major questions doctrine* abbia trovato applicazione solo in alcuni casi particolari, senza che la Corte abbia mai provveduto a spiegare espressamente quali siano i “major cases” in cui essa merita di essere invocata e quali invece no. Ciò rende difficile ipotizzare che, almeno nell’immediato, tale dottrina possa soppiantare in modo generale la ben più radicata *Chevron deference*, che costituisce un criterio consolidato su cui ormai si poggia l’intero diritto amministrativo americano¹⁰³.

interpretations (...) The two versions have different justifications. The weak version is rooted in the prevailing theory behind *Chevron*, which is that Congress has implicitly delegated law-interpreting power to the agency. (...).

⁹⁹ Così G. Lawson, *Federal Administrative Law*, West Academic Publishing, 2008, p. 673.

¹⁰⁰ A. Howayeck, *The Major Questions Doctrine: How the Supreme Court’s Efforts to Rein in the Effects of Chevron Have Failed to Meet Expectations*, cit., p. 184: «The sparse and inconsistent invocation of the major questions doctrine illustrates that it is a toothless judicial tool when it comes to limiting the scope of Chevron».

¹⁰¹ Cfr. J.J. Monast, *Major Questions about the Major Questions Doctrine*, 68 Adm. L. Rev. 3, 452. «[A] reading of *Burwell* suggests that the Court may intend to expand its authority and, therefore, restrict the power of the Executive Branch, at least in “extraordinary cases”, by limiting the application of *Chevron deference*».

¹⁰² Secondo M. Coenen, S. Davis, *Minor Courts, Major Questions*, cit. p. 179-780 «the lower courts should not apply the MQE. Rather the exception should exist as a tool for the Supreme Court and only the Supreme Court to use, and lower courts should therefore never ask whether a given question qualifies as “minor” enough for *Chevron* or “major” enough for some other standard of review. A question should not qualify as “major” unless and until the Court has granted certiorari to resolve it».

¹⁰³ Come ricordato da K.E. Hickman, A.L. Nielson, *The Future Of Chevron Deference*, 70 Duke L.J. 1015, 2021, p. 1017, «Even if they might sometimes do so only grudgingly, lower court judges regularly rely on *Chevron*—and the Supreme Court rarely reverses those decisions. *Chevron* continues to play a significant role in the law, even if it is rarely cited by the Justices. Nor is it clear that the Supreme Court is looking to toss out *Chevron* altogether. In its 2019 decision in *Kisor v. Wilkie*, a divided Court rejected a chorus of calls to overrule *Chevron*’s cousin, *Auer v. Robbins*, which prescribed judicial deference when an agency interprets ambiguities in its own regulations. Instead, the Court merely narrowed *Auer*’s scope. The Court’s reluctance to overrule *Auer*, a much less important decision than *Chevron*, suggests that the Court may not be inclined to overrule *Chevron* deference outright».

7. Gli obblighi vaccinali COVID-19 di fronte alla Corte suprema

È in questo complesso e indefinito contesto che si inseriscono le sentenze sugli obblighi vaccinali decise dalla Corte suprema lo scorso 13 gennaio. Da un lato, la mancanza di una competenza federale espressa pone, sul piano della separazione verticale dei poteri, l'impossibilità di definire una politica vaccinale generale e comune su tutto il territorio nazionale. Dall'altro, l'utilizzo dei poteri delegati ricavati anche implicitamente da leggi approvate in passato attribuisce al Presidente, attraverso le agencies, la competenza ad intervenire in settori particolari per imporre obblighi vaccinali specifici. Tale strategia sfrutta la storica espansione dello Stato amministrativo, consentendo – sotto il profilo della separazione orizzontale dei poteri – di ricavare le norme emergenziali attraverso cui si è conferito ad OSHA e a CMS il potere di definire politiche sanitarie nei luoghi di lavoro o a carico degli operatori sanitari.

Come già ricordato, però, entrambe le misure emergenziali impattano sulla vita dei cittadini americani, che sono investiti da misure federali approvate grazie ad una lettura estensiva di deleghe legislative conferite da leggi approvate in un differente contesto storico e per ragioni diverse da quelle oggi invocate dall'amministrazione Biden. Si comprende quindi perché, pochi giorni dopo la pubblicazione sul *Federal Register*, entrambi gli obblighi vaccinali siano stati impugnati da numerosi Stati di fronte alle Corti federali nel tentativo di impedire, attraverso il procedimento di stay, la loro entrata in vigore. Seguendo percorsi diversi, i ricorsi hanno avuto esiti opposti; per quanto concerne il CMS's Medicare/Medicaid provider mandate, infatti, la Corte distrettuale della Florida¹⁰⁴ ha rigettato il ricorso, che è stato invece accolto dai giudici in Louisiana e in Missouri¹⁰⁵. Analogamente, mentre il Fifth Circuit ha accolto il ricorso e sospeso l'efficacia del provvedimento ritenendo che le ETS previste per i lavoratori americani «grossly exceeds OSHA's statutory authority»¹⁰⁶, il Six Circuit ne ha invece confermato l'efficacia¹⁰⁷, riscontrando la conformità al potere delegato alla amministrazione «to form and implement the best possible solution to ensure the health and safety of all workers»¹⁰⁸.

L'incongruenza di queste decisioni è stata risolta dalla Corte suprema

¹⁰⁴ *Florida v. Department of Health & Human Services*, 2021 WL 5416122.

¹⁰⁵ *Missouri v. Biden*, 2021 WL 5564501; *Louisiana v. Becerra*, 2021 WL 5609846.

¹⁰⁶ *BST Holdings, LLC v. Occupational Safety & Health Admin.*, 17 F. 4th 604 (5th Cir. 2021), p. 612.

¹⁰⁷ Il Sesto Circuito è stato indicato come giurisdizione competente seguendo le procedure previste dal 28 U.S.C. § 2112, a norma del quale quando un agency order è contestato in più di una Corte d'appello federale il Judicial Panel on Multistate Litigation «shall, by means of random selection, designate one court of appeals, from among the courts of appeals in which petitions for review have been filed (...) and shall issue an order consolidating the petitions for review in that court of appeals».

¹⁰⁸ *In re: MCP No. 165, Occupational Safety and Health Admin., Interim Final Rule: COVID19 Vaccination and Testing*, 86 Fed. Reg. 61402, No. 21-7000 (6th Cir. 2021) p. 15.

che ha ritenuto, in un caso, di annullare la decisione del Six Circuit e di sospendere dunque l'efficacia delle ETS dell'OSHA e, nell'altro, di confermare la legittimità delle IFR approvate dal CMS. Entrambe le sentenze hanno visto fronteggiarsi diverse interpretazioni del diritto americano che emergono in modo chiaro confrontando le differenti posizioni dei giudici chiamati a pronunciarsi; mentre Gorsuch, Alito, Barret e Thomas hanno manifestato la propria contrarietà rispetto all'adozione di entrambe le misure, Breyer, Kagan e Sotomayor hanno sostenuto la loro piena legittimità. Ago della bilancia si sono dunque rivelati il Chief Justice Roberts (che da tempo sembra aver assunto il ruolo di equilibratore votando spesso a favore dell'ala più liberal della Corte) e il giudice Kavanaugh, i quali, senza svelare le loro ragioni in una specifica opinion, hanno votato a favore della sospensione della policy vaccinale prevista per gli operatori Medicaid e Medicare e contro la legittimità di quella decisa dall'OSHA.

7.1. *National Federation of Independent Business v. OSHA*

La sentenza *NFIB v. OSHA* si articola attorno a due coordinate concettuali. La prima riguarda l'interpretazione del significato delle disposizioni normative che fondano il potere dell'OSHA di regolamentare la fattispecie. La seconda, inserendosi nel solco tracciato dallo sviluppo del diritto amministrativo americano, cerca invece di verificare il rapporto tra legislativo ed esecutivo nel quadro del principio di separazione dei poteri. Queste coordinate sono strettamente interconnesse tra loro, ma mentre la prima è l'oggetto prevalente della opinion di maggioranza redatta dalla Corte per curiam, la seconda costituisce il centro delle riflessioni della concurring opinion di Gorsuch e delle critiche dei giudici dissenzienti.

Procedendo con ordine, l'opinion di maggioranza sviluppa le sue argomentazioni a partire dalla fonte normativa che giustificerebbe, a parere dell'esecutivo, l'adozione delle misure emergenziali contestate. Come ricordato, l'approvazione dell'OSHAct è stata prevista, fin dal 1970, per consentire al Secretary of Labour di assicurare standard comuni sulla sicurezza lavorativa. La Corte sottolinea però che «no provision of the Act addresses public health (...) generally» e che, anzi, tale materia «falls outside of OSHA's sphere of expertise»¹⁰⁹. Il ragionamento dei giudici di maggioranza confina il campo di applicazione della normativa federale ai luoghi di lavoro, legando chiaramente le competenze dell'OSHA a «work-related dangers». Nell'interpretazione offerta dalla amministrazione federale (e riportata dal Solicitor General nel ricorso) la diffusione del virus rientrerebbe però nella definizione di «grave danger» a cui anche i lavoratori sono esposti, perché, dal momento che i non vaccinati hanno una più alta probabilità di contrarre e diffondere il morbo, essi sono costantemente

¹⁰⁹ *NFIB v. OSHA* 595 U. S. ____ (2022), p. 6

esposti al «grave pericolo» del contagio nei luoghi di lavoro¹¹⁰. Questa considerazione giustificerebbe l'imposizione dell'obbligo vaccinale, dato che solo in questo modo sarebbe possibile, come previsto dalla sez. sezione 6(c) dell'OSHA Act, proteggere i lavoratori.

A parere dei giudici supremi, tuttavia, questa ricostruzione legislativa non tiene conto delle modalità specifiche di diffusione della malattia; benchè possa interessare anche i luoghi di lavoro, il rischio di contagio non può essere definito come «an *occupational hazard*» ben potendo altresì colpire, come è facile constatare, ambienti domestici, scuole, stadi e ogni altro luogo in cui si riunisce un certo numero di persone. La diffusione del virus è considerata quindi dalla Corte come un «universal risk» non troppo differente da altre malattie infettive, o finanche dall'inquinamento atmosferico; conferire alla amministrazione il potere di regolare «a daily life hazard» semplicemente in quanto potenzialmente idonea a colpire i lavoratori americani «would significantly expand OSHA's regulatory authority without clear congressional authorization»¹¹¹.

In secondo luogo, l'effetto della misura in esame non riguarda un intervento specifico volto a modificare il luogo o le condizioni di lavoro, ma possiede una portata ampia e generale che incide direttamente sulla vita di alcuni lavoratori americani per il solo fatto che essi sono assunti da una azienda con più di cento dipendenti, imponendogli una prestazione sanitaria permanente che «cannot be undone at the end of the workday»¹¹². Nell'imporre il vaccine or testing mandate, le ETS non distinguono infatti in riferimento al contagio le tipologie di imprese né le diverse mansioni lavorative svolte, limitandosi a precisare che la virulenza della pandemia è tale da poter colpire qualunque dipendente. Il compito dell'OSHA, invece, è quello di giustificare le misure adottate alla luce dei rischi che possono verificarsi in particolari situazioni; come precisato dalla Corte, infatti, nulla impedirebbe a tale agenzia di definire standard di sicurezza quando il virus ponga particolari pericoli in ragione delle specifiche mansioni lavorative svolte, ad esempio, da ricercatori medici che lavorano giornalmente a contatto con un agente patogeno, o da soggetti a cui è chiesto operare in luoghi particolarmente affollati. In definitiva, dunque, l'illegittimità della disposizione risiede nel fatto che «OSHA's indiscriminate approach fails to account for this crucial distinction between occupational risk and risk more generally» e, pertanto, «the mandate takes on the character of a general public health measure, rather than an “*occupational safety or health standard*”»¹¹³.

¹¹⁰ Come precisato dalle ETS dell'OSHA (86 Fed. Reg. 61403) infatti «unvaccinated workers are much more likely to contract and transmit COVID-19», e pertanto essi «face grave danger from exposure to SARS-CoV-2 in the workplace»

¹¹¹ *NFIB v. OSHA* 595 U. S. ____ (2022), p. 7.

¹¹² Come ricordato dalla *dissenting opinion* del Giudice Sutton in *In re MCP* No. 165, 20 F. 4th, at 274.

¹¹³ *NFIB v. OSHA* 595 U. S. ____ (2022), p. 7.

Quest'ultima considerazione si collega alla seconda coordinata concettuale utilizzata dalla Corte (e dai giudici concorrenti e dissenzienti) nella sua decisione. Sono gli stessi giudici a rammentare, già nell'incipit della opinion, che le agencies federali sono «creatures of the statute» che esercitano il proprio potere normativo solo in ragione dell'autorità loro conferita dal Congresso¹¹⁴. La Corte rievoca così il tema delle deleghe legislative analizzato in precedenza; proprio perché l'OSHAct definisce criteri ampi ed ambigui nel delegare poteri normativi alla amministrazione, il problema dei giudici supremi è capire se l'obbligo vaccinale imposto ai lavoratori americani possa essere implicitamente ricompreso in una interpretazione estensiva della delega legislativa che spetta alle agency o se, al contrario, l'ampiezza delle misure adottate valga a ricomprenderle tra le major rules.

Posto in questi termini, il caso in esame costituiva un'occasione per la Corte di chiarire l'ambito e la portata della *major questions doctrine* e, di conseguenza, i limiti di applicazione della *Chevron deference*. L'opinion di maggioranza, tuttavia, non affronta direttamente tale problematica; essa si limita piuttosto ad osservare come la misura emergenziale approvata dall'OSHA, incidendo e condizionando la vita e la salute di oltre ottanta milioni di lavoratori americani, «is not everyday exercise of federal power». La portata della misura spinge pertanto la Corte ad una indagine più attenta delle disposizioni dell'OSHAct, perché «when authorizing an agency to exercise powers of vast economic and political significance» i giudici «expect Congress to speak clearly»¹¹⁵.

Nel caso di specie, il Congresso non sembra però aver espressamente investito l'amministrazione di tale potere. Nei suoi oltre cinquanta anni di vita, è facile constatare come l'OSHA – essenzialmente intervenuta in casi concernenti specifici luoghi o specifiche mansioni lavorative – non abbia mai approvato regole capaci di incidere sulla salute pubblica di un così vasto numero cittadini. A questa mancanza di precedenti storici si collega inoltre il fatto che, pochi giorni dopo l'approvazione delle regole emergenziali contestate, il Senato avesse approvato una risoluzione con cui esprimeva la sua contrarietà a tale misura¹¹⁶. A giudizio della Corte, entrambi questi elementi costituirebbero «a “telling indication” that the mandate extends beyond the agency's legitimate reach»¹¹⁷.

Senza citare espressamente la *major questions doctrine*, la Corte sembra

¹¹⁴ Id., p.5: «Administrative agencies are creatures of statute. They accordingly possess only the authority that Congress has provided».

¹¹⁵ Id., p. 6 citando *Alabama Assn. of Realtors v. Department of Health and Human Servs.*, 594 U. S. ____ (2021).

¹¹⁶ Cfr. S. J. Res. 29, 117th Cong., 1st Sess. (2021): «This joint resolution nullifies a Department of Labor emergency temporary standard for preventing the transmission of COVID-19 in employment settings. Under the standard issued on November 5, 2021, employers with 100 or more employees must require their onsite employees to either be fully vaccinated against COVID-19 or undergo weekly COVID-19 testing».

¹¹⁷ *NFIB v. OSHA* 595 U. S. ____ (2022), p. 8.

averne però indirettamente assorbito i criteri, rendendo il proprio controllo più stringente laddove l'esercizio dei poteri delle amministrazioni riguardi questioni economicamente e politicamente rilevanti senza una espressa autorizzazione del Congresso. Tale impressione è confermata dalla concurring opinion di Gorsuch che, esplicitamente, rileva come la Corte abbia risolto il caso applicando un test che «we sometimes call the *major questions doctrine*»¹¹⁸

Oltre a richiamare espressamente l'utilizzo di tale dottrina, l'opinione di Gorsuch aiuta l'interprete a collocare il caso in esame all'interno di una determinata concezione del costituzionalismo americano. La vera questione sottoposta alla Corte, infatti, non sarebbe tanto quella di verificare se le misure adottate dalla amministrazione siano opportune per combattere la diffusione del virus, quanto quella di individuare chi sia il soggetto chiamato dalla Costituzione ad assumerle. La concurring opinion incardina dunque il tema all'interno del principio della separazione orizzontale e verticale poteri, ricordando che il compito dei giudici è quello di decidere se un obbligo vaccinale possa essere imposto da una amministrazione federale oppure debba essere riservato al Congresso o agli Stati. Sotto questo profilo, Gorsuch sottolinea che mentre questi ultimi possono utilizzare «a general power of governing» la salute dei loro cittadini, le competenze federali «are not general but limited and divided», e devono essere esercitate tenendo in considerazione i limiti costituzionali derivanti dalla separazione (verticale ed orizzontale) dei poteri. È proprio in questa prospettiva che si comprende l'importanza della *major questions doctrine*: in primo luogo, essa «ensures that the national government's power to make the laws that govern us remains where Article I of the Constitution says it belongs—with the people's elected representatives»¹¹⁹. In secondo luogo, collegandosi alla *nondelegation doctrine*, essa costituisce un test di controllo che opera come «a vital check on expansive and aggressive assertions of executive authority»¹²⁰. In definitiva, «the question before us is not how to respond to the pandemic, but who holds the power to do so». E, a parere di Gorsuch, la risposta è chiara: «under the law as it stands today, that power rests with the States and Congress, not OSHA»¹²¹.

Quest'ultima affermazione è direttamente contestata dalla opinione dei tre giudici dissenzienti. Ricostruendo diversamente l'interpretazione delle norme dell'OSHAct, Breyer, Kagan e Sotomayor hanno asserito come l'amministrazione federale abbia agito esercitando legittimamente i poteri

¹¹⁸ *NFIB v. OSHA* 595 U. S. ____ (2022), (Gorsuch concurring) p. 2: «this Court has established at least one firm rule: “We expect Congress to speak clearly” if it wishes to assign to an executive agency decisions “of vast economic and political significance.” We sometimes call this the major questions doctrine [and] OSHA's mandate fails that doctrine's test».

¹¹⁹ *Id.*, p. 4.

¹²⁰ *Id.* p. 5.

¹²¹ *Id.*, pp. 6-7.

emergenziali conferiti dal Congresso per difendere i lavoratori da «a grave danger» costituito da «physically harmful agents». Se è vero che il virus può diffondersi anche al di fuori dell'orario lavorativo, ciò non significa che i luoghi di lavoro siano protetti dal contagio e, dal momento che l'OSHA invita a proteggere i lavoratori, l'amministrazione ha esercitato correttamente i suoi poteri. Nessuna norma, infatti, delimita il potere dell'amministrazione in ragione del fatto che la diffusione del virus riguardi anche posti extra-lavorativi, e quando il Congresso «enact[s] expansive language offering no indication whatever that the statute limits (...) the Court cannot “impos[e] limits on an agency’s discretion that are not supported by the text»¹²².

Utilizzando un argomento dal sapore testualista, i giudici dissenzienti rovesciano il criterio utilizzato da Gorsuch: di fronte alla mancanza di chiaro ed espresso limite all'esercizio del potere, la Corte deve esercitare una certa deferenza nei confronti della amministrazione, considerando tale potere come implicitamente delegato. Anche qui senza esplicitazione alcuna, è però chiaro il velato riferimento alla *Chevron deference*, che confina l'interpretazione normativa dei giudici di fronte a norme dal contenuto ampio e/o ambiguo. In questa prospettiva, la vera domanda che la Corte suprema avrebbe dovuto porsi è: chi è il soggetto maggiormente qualificato a stabilire efficaci protezioni dal COVID-19 per i lavoratori americani? Una agency esperta nell'individuare e combattere i rischi alla salute nei luoghi di lavoro o un organo giurisdizionale senza alcuna esperienza o conoscenza in materia?¹²³ La risposta, per i giudici dissenzienti, è altrettanto chiara quanto lo era stata per Gorsuch: «Without legal basis, the Court usurps a decision that rightfully belongs to others»; pertanto, «It undercuts the capacity of the responsible federal officials, acting well within the scope of their authority, to protect American workers from grave danger»¹²⁴.

7.2. *Biden v. Missouri*

Diversa è la conclusione raggiunta nel caso *Biden v. Missouri*, in cui la Corte ha invece ritenuto legittimo l'obbligo vaccinale imposto dal CMS per gli operatori dei programmi Medicare e Medicaid. Anche in questo caso, l'analisi dei giudici si concentra prevalentemente sulle funzioni attribuite dal Congresso al Secretary of Health and Human Services, nel tentativo di verificare se l'amministrazione abbia o meno ecceduto nell'esercizio di tali funzioni con l'approvazione degli obblighi vaccinali contestati.

¹²² *NFIB v. OSHA* 595 U. S. ____ (2022), (dissenting opinion) p. 7.

¹²³ *NFIB v. OSHA* 595 U. S. ____ (2022), (dissenting opinion) p. 12: «Underlying everything else in this dispute is a single, simple question: Who decides how much protection, and of what kind, American workers need from COVID-19? An agency with expertise in workplace health and safety, acting as Congress and the President authorized? Or a court, lacking any knowledge of how to safeguard workplaces, and insulated from responsibility for any damage it causes?»

¹²⁴ *NFIB v. OSHA* 595 U. S. ____ (2022), (dissenting opinion) p. 13-14.

Come anticipato in precedenza, due sono le disposizioni che rilevano nel caso in esame; una di carattere generale, che affida a HHS il compito di approvare le disposizioni regolamentari necessarie ad esercitare le sue funzioni¹²⁵ ed una, più particolare, che investe il Secretary of Health and Human Service della responsabilità di individuare i requisiti che le strutture mediche del paese devono soddisfare per ottenere i fondi federali stanziati da Medicare e Medicaid¹²⁶. Fondando la sua competenza su tali disposizioni, il CMS ha così aggiornato, seguendo una procedura di emergenza, tali requisiti nei quali è stato ricompreso l'obbligo vaccinale per i dipendenti che qualora non rispettato porterebbe a comminare sanzioni pecuniarie o, nei casi più gravi, anche la sospensione della struttura dal programma. A parere dei giudici supremi, la misura approvata «rientra pienamente» nelle disposizioni delegate dal Congresso per due ragioni.

Anzitutto, provvedere un obbligo vaccinale per operatori sanitari serve a prevenire la diffusione del contagio all'interno di un contesto come quello ospedaliero dove la tutela della salute è il primo e principale compito degli operatori. Sarebbe infatti paradossale stabilire che una amministrazione incaricata di stabilire efficienti ed efficaci condizioni di lavoro non sia in grado di stabilire misure che prevengono l'infezione dei pazienti. È in questo senso che deve essere di conseguenza interpretata la disposizione che attribuisce al Secretary of Health il compito di predisporre quelle condizioni che egli ritenga necessario adottare per garantire la salute e la sicurezza di coloro nei cui confronti/a beneficio dei quali è erogato il servizio; la misura approvata dalla amministrazione rientra in questa competenza essendo, sottolineano i giudici, «necessary to promote and protect patient health and safety in the face of the ongoing pandemic»¹²⁷.

Secondo i giudici dissenzienti, le disposizioni invocate dalla amministrazione riguarderebbero in realtà solo «a list of bureaucratic rules regarding the technical administration of Medicare and Medicaid»¹²⁸. La maggioranza dei giudici respinge però tale restrittiva esegesi della norma, ricordando come in passato l'amministrazione federale avesse utilizzato tali disposizioni per imporre agli operatori particolari condizioni sanitarie quali l'approvazione di linee guida specifiche volte a contenere e prevenire la diffusione di infezioni. Ne consegue che l'elenco delle misure già approvate dalla amministrazione come condizione necessaria per partecipare ai programmi federali documenta che «the Secretary's role in administering Medicare and Medicaid goes far beyond that of a mere bookkeeper»¹²⁹.

¹²⁵ 42 U. S. C. §1302(a) «the Secretary of Health and Human Services shall make and publish such rules and regulations (...) as may be necessary to the efficient administration of the functions with which each is charged under this chapter».

¹²⁶ 42 U. S. C. §1395x(e)(9): «requirements as [he] finds necessary in the interest of the health and safety of individuals who are furnished services in the institution»

¹²⁷ *Biden v. Missouri*, 595 U. S. ____ (2022), p. 5.

¹²⁸ *Id.*, p. 6.

¹²⁹ *Id.*, p. 6.

In secondo luogo, i giudici si focalizzano sulla portata della misura contestata, ovvero sulla imposizione di un obbligo vaccinale previsto a carico di dieci milioni di lavoratori americani. La Corte è consapevole che l'ampiezza di tale misura non trova precedenti nel passato, ma rileva altresì come mai prima d'ora l'amministrazione si fosse trovata a fronteggiare una pandemia di così vaste dimensioni¹³⁰. Anche al di fuori di questo inedito contesto, la Corte osserva come non sia inusuale all'interno del paese prevedere obblighi vaccinali a carico degli operatori sanitari dal momento che numerose leggi stabiliscono già analoghe misure contro specifiche malattie quali l'epatite B, l'influenza, la rosolia. Questo argomento appare, in realtà, poco convincente sotto il profilo della ripartizione verticale dei poteri, perché le leggi che dispongono obblighi vaccinali per gli healthcare workers sono state approvate dai singoli Stati e non dal governo federale. In modo forse troppo elusivo, la Corte aggira il problema sostenendo come la previgente imposizione di obblighi vaccinali da parte del livello statale costituisca la «principale ragione» che aveva indotto la agency federale a non averle indicate come requisito necessario per accedere ai fondi federali¹³¹. In definitiva, quindi, la Corte suprema ritiene che l'obbligo vaccinale predisposto dal CMS costituisca, nelle circostanze attuali, «a straightforward and predictable example of the “health and safety” regulations that Congress has authorized the Secretary to impose»¹³².

A differenza di quanto avvenuto nel caso OSHA, la Corte suprema ha avallato l'interpretazione estensiva delle disposizioni normative fornita dalla amministrazione. Dalla penna dei giudici dissenzienti traspare, infatti, come nessuna disposizione del Medicare and Medicaid Act investe l'HHS del precipuo compito di stabilire un obbligo vaccinale a carico degli operatori sanitari. Al contrario, l'amministrazione sembra aver fondato la sua competenza su norme ampie e generali, ricavandola implicitamente dal potere di regolare la salute e la sicurezza dei pazienti, ma «has not made a strong showing that this hodgepodge of provisions authorizes a nationwide vaccine mandate»¹³³. La dissenting opinion insiste sulla interpretazione per cui, qualora ci si trovi di fronte a provvedimenti di così vasta portata, è necessario prestare particolare attenzione alle disposizioni normative, cercando di verificare se il Congresso abbia o meno voluto delegare un potere tanto ampio all'esecutivo; è presumibile, infatti, che il legislativo «does not

¹³⁰ Id., p. 7: «Of course the vaccine mandate goes further than what the Secretary has done in the past to implement infection control. But he has never had to address an infection problem of this scale and scope before».

¹³¹ Id., p. 7 «And his response is not a surprising one. Vaccination requirements are a common feature of the provision of healthcare in America: Healthcare workers around the country are ordinarily required to be vaccinated for diseases such as hepatitis B, influenza, and measles, mumps, and rubella (...) As the Secretary explained, these pre-existing state requirements are a major reason the agency has not previously adopted vaccine mandates as a condition of participation».

¹³² Id., p. 7.

¹³³ *Biden v. Missouri*, 595 U. S. ____ (2022) (Thomas dissenting), p. 4.

hide “fundamental details” of a regulatory scheme in vague or ancillary provisions»¹³⁴. Appare chiaro qui il riferimento allo schema argomentativo proprio della *nondelegation doctrine*, che presuppone che i poteri delegati alla amministrazione debbano essere chiaramente indicati dalle leggi delega, e che più difficilmente possa ricavarsi un potere di regolazione implicito da disposizioni vaghe e generali.

8. Conclusioni

Balzate agli onori della cronaca in ragione delle loro soluzioni apparentemente contraddittorie, le sentenze *NFIB v. OSHA* e *Biden v. Missouri* hanno destato un interesse più per le modalità scelte dai giudici per risolvere i casi che non per il loro risultato finale. Entrambi i ricorsi riguardavano il delicato problema degli obblighi vaccinali, che tanta eco mediatica ha sollevato in tutti gli ordinamenti colpiti dalla pandemia. Le argomentazioni dei giudici non si sono però soffermate tanto sulla legittimità di tali obblighi sotto il profilo della lesione dei diritti quanto, piuttosto, sul corretto esercizio dei poteri federali esercitati dalle agencies coinvolte. Se osservate in questa prospettiva, è possibile forse individuare alcune ragioni che spiegano, almeno in parte, la divergenza che contraddistingue le decisioni.

Un primo ordine di motivi concerne la separazione orizzontale dei poteri, rispetto al quale i casi in esame testimoniano un atteggiamento di diffidenza della maggioranza conservatrice della Corte Suprema nei confronti di un eccessivo utilizzo dei poteri delegati impliciti¹³⁵. Questa sensibilità emerge plasticamente se si leggono le perplessità sollevate in passato dai giudici Thomas¹³⁶, Roberts e Alito¹³⁷ e, più di recente, anche da Gorsuch e Kavanaugh, la cui contrarietà per una eccessiva deferenza nei confronti della amministrazione era già emersa durante il loro mandato da giudici federali¹³⁸ tanto da averne in parte condizionato il loro processo di

¹³⁴ Id., p. 4.

¹³⁵ Analogamente G. Romeo, *Interpretazione della legge e judicial deference nella Corte Suprema del dopo Scalia*, in DPCE 2/2018, p. 524: «la componente conservatrice della Corte, tradizionalmente diffidente verso il big government, intraved[e] nella ridefinizione dei limiti interpretativi delle deference doctrines un'occasione per il protagonismo statale anche nella congiuntura storica più favorevole a un Administrative (federal) State».

¹³⁶ *Michigan v. Evtl. Prot. Agency*, 576 U.S. ____ (2015) (Thomas concurring) «Chevron deference raises serious separation-of-powers questions».

¹³⁷ *City of Arlington v. FCC*, 569 U.S. 290, 323–27 (2013) (Roberts dissenting, joined Alito) «Chevron is a powerful weapon in an agency's regulatory arsenal (...). Before a court may grant such deference, it must on its own decide whether Congress—the branch vested with lawmaking authority under the Constitution—has in fact delegated to the agency lawmaking power over the ambiguity at issue».

¹³⁸ Cfr. la dissenting opinion di Gorsuch in *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, no. 14–9585 (10th Cir. 2016) «For whatever the agency may be doing under Chevron, the problem remains that courts are not fulfilling their duty to interpret the law and declare invalid agency actions inconsistent with those interpretations in the cases and controversies

nomina alla Corte suprema¹³⁹. Si tratta di perplessità trasversali come dimostrano le critiche per gli abusi del potere esecutivo presidenziale avanzate anche da deputati e senatori democratici nei confronti della amministrazione Trump, il cui uso estensivo e non convenzionale degli emergency powers in materia di immigrazione è stato fortemente avversato¹⁴⁰. In definitiva, al di là della indiscutibile polarizzazione istituzionale che investe da ormai almeno un decennio il sistema americano, la ricerca di un corretto equilibrio tra poteri rimane un problema costituzionale profondamente complesso¹⁴¹ che esula, almeno in parte, dalle preferenze politico-partitiche¹⁴².

Nei due casi in esame, la Corte suprema si muove all'interno di questa problematica identificando un possibile punto di equilibrio tra una eccessiva deferenza nei confronti della amministrazione e un irrealistico attivismo fondato sui parametri incerti delle major questions. Di tale equilibrio si può

that come before them. A duty expressly assigned to them by the APA and one often likely compelled by the Constitution itself. That's a problem for the judiciary. And it is a problem for the people whose liberties may now be impaired not by an independent decisionmaker seeking to declare the law's meaning as fairly as possible — the decisionmaker promised to them by law — but by an avowedly politicized administrative agent seeking to pursue whatever policy whim may rule the day». Analogamente, v. la dissenting opinion di Kavanaugh in *U.S. Telecom Ass'n v. FCC*, 855 F.3d 381, 418 (D.C. Cir. 2017): «Under the Constitution's separation of powers, Congress makes the laws, and the Executive implements and enforces the laws. The Executive Branch does not possess a general, free-standing authority to issue binding legal rules. The Executive may issue rules only pursuant to and consistent with a grant of authority from Congress (or a grant of authority directly from the Constitution)».

¹³⁹ Come ricordato da Justice Kavanaugh nel suo hearing di fronte al Senate Judiciary Committee il 5 settembre 2018, «I'm not a skeptic of regulation at all. I am a skeptic of unauthorized regulation, of illegal regulation, or regulation that's outside the bounds of what the laws passed by Congress have said. And that is what is at the root of our administrative law jurisprudence». Con riferimento alla nomina di Gorsuch, L.P. Vanoni, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale*, in DPCE, 3, 2017, p. 833 ss.

¹⁴⁰ Così, ad esempio, come ricordato da M. McConnell, *Kavanaugh And The "Chevron Doctrine"*, cit. «the federal Board of Immigration Appeals ordered the deportation of a lawful permanent resident under a statute that calls for removal of persons convicted of "child abuse." The agency interpreted "child abuse" to include driving under the influence with a child in the car not wearing a seat belt. Just a few days ago, a federal appellate court upheld this order under *Chevron* – even though "child abuse" is a term that, to most people, connotes a far more hateful and intentional crime. (*Martinez-Cedillo v. Sessions* (2018)). Obviously, this kind of interpretation can easily shift from administration to administration, effectively converting written law passed by Congress into variable policy molded by executive agencies». Sull'uso degli emergency power da parte della amministrazione Trump si permetta di rinviare a L.P. Vanoni, *Il muro di Trump tra emergency powers e separazione dei poteri*, in *Quad. Cost.*, 2, 2019, p. 453 ss.

¹⁴¹ B. Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic*, Harvard University Press, 2013.

¹⁴² Come osservato da M. McConnell, *Kavanaugh and the "Chevron Doctrine"*, cit. «unlike more focused questions of constitutional law like guns and abortion, the Chevron issue is not plainly a "conservative" or a "liberal" cause. The doctrine cuts both ways; it can be employed by administrations of any stripe».

forse trovare traccia nella posizione espressa da Kavanaugh durante il suo mandato di giudice del D.C. Circuit, secondo cui «while the Chevron doctrine *allows* an agency to rely on statutory ambiguity to issue *ordinary* rules, the major rules doctrine *prevents* an agency from relying on statutory ambiguity to issue *major* rules»¹⁴³.

Con tutta probabilità, la differenza tra *ordinary rules* e *major rules* costituisce il punto di discriminazione tra le due decisioni; mentre l'obbligo vaccinale imposto agli operatori sanitari è stato deciso da una agency che, ordinariamente, è chiamata a stabilire le regole e i requisiti a cui gli ospedali che intendono partecipare ai programmi federali Medicare e Medicaid devono soddisfare, la misura disposta da OSHA esorbita, in ragione della sua portata e in relazione alla competenza generalmente attribuita a tale agency, dall'esercizio ordinario dei suoi poteri. In altri termini, come ricordato da Somin, «the broad large-employer mandate effectively gives presidential administrations a blank check to control nearly every aspect of every workplace in the country, going beyond the authority given to the executive branch by Congress» mentre, al contrario, «the health care worker requirement is much narrower, well within the scope of existing law and does not threaten to set a problematic precedent»¹⁴⁴.

Questa lettura trova una indiretta conferma anche sul piano della separazione verticale dei poteri che rappresenta il secondo ordine di ragioni che concorre a individuare i profili di divergenza tra le due posizioni assunte dalla Corte suprema; sebbene le opinioni per curiam non si concentrino su tale problematica (che resta quindi del tutto marginale) non è un caso che, mentre l'obbligo vaccinale imposto ai lavoratori trova il suo fondamento in una legge approvata nel 1970 e fondata sulla interpretazione della Interstate Commerce Clause, la vaccinazione degli operatori sanitari utilizza un meccanismo consolidato che, poggiando sulla Spending clause, consente al CMS di subordinare l'accesso degli ospedali ai fondi federali al rispetto di determinati requisiti. Entrambe le disposizioni sono state adottate in condizioni di emergenza e in deroga alle normali procedure di adozione degli atti amministrativi. Il diverso fondamento giuridico espone però la misura disposta da OSHA a maggiori criticità dato che la Corte suprema adotta uno scrutinio più rigoroso quando il governo federale esercita la propria competenza in materia di commercio interstatale per giustificare politiche sanitarie generali¹⁴⁵. La Commerce Clause, infatti, «gives the federal government a supporting role in confronting the pandemic (...) but [it] cannot turn into a general police power to regulate everything and everyone

¹⁴³ *U.S. Telecom Ass'n v. FCC*, 855 F.3d 381, 418 (D.C. Cir. 2017)

¹⁴⁴ I. Somin, *Supreme Court blocks vaccine mandate for businesses, exposing Biden's overreach*, in NBCnews, 13 gennaio 2019, <https://www.nbcnews.com/think/opinion/supreme-court-covid-vaccine-mandate-hearing-exposes-biden-administration-overreach-nca1287202>.

¹⁴⁵ Si vedano, a proposito, le considerazioni espresse dal Chief Justice Roberts in *NFIB v. Sebelius* riportate *supra* nel paragrafo 3.

in the country»¹⁴⁶. Le differenze evidenziate nelle due sentenze, pertanto, non si pongono il problema della correttezza delle politiche vaccinali¹⁴⁷, ma distinguono l'esercizio legittimo di un potere che, rivolto agli operatori sanitari, rientra nella competenza tecnica ordinaria del ministero della salute, da quello, illegittimo, che attribuiva implicitamente al dipartimento del lavoro una competenza che concerne una politica di salute pubblica normalmente esercitata dagli Stati.

Per concludere, quindi, le sentenze *NFIB v. OSHA* e *Biden v. Missouri* contribuiscono a mettere in luce un tratto caratteristico del sistema americano ossia quello che vede nel corretto bilanciamento tra i poteri la prima e principale difesa dei cittadini nei confronti del potere pubblico. Pur non chiarendo tutti i dubbi legati alla applicazione della *major questions doctrine*, esse hanno quindi il pregio di porre al centro del dibattito costituzionale il delicato intreccio tra separazione verticale ed orizzontale dei poteri nel quadro della costante espansione dello Stato amministrativo americano, in ossequio al monito di Scalia secondo cui uno dei compiti dei giudici è quello di prevenire che «government by bureaucracy supplanting government by the people»¹⁴⁸.

Luca Pietro Vanoni
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Milano
Luca.Vanoni@unimi.it

¹⁴⁶ J. Woo, R.J. Delahunty, *Why Biden's vaccine mandate fails the constitutional test*, in *National Review*, 23 settembre 2021, <https://www.nationalreview.com/2021/09/why-bidens-vaccine-mandate-fails-the-constitutional-test/>

¹⁴⁷ I Somin, *Supreme Court blocks vaccine mandate for businesses, exposing Biden's overreach*, cit.: «the administration's desire to increase the vaccination rate is laudable. Vaccines are essential to limit the spread of the disease and especially to prevent severe disease, hospitalization and death. But the government must respect legal limits on its power».

¹⁴⁸ A. Scalia, *A Note on the Benzene Case*, American Enterprise Institute, J. on Govt. & Soc., 1980, p. 27.