

# Corti distrettuali e Corte Suprema degli Stati Uniti dinanzi alle evidenze scientifiche e fattuali: tendenze recenti

di Laura Arduini e Federico Falorni<sup>1</sup>

**Abstract:** *The U.S. Federal Courts before the scientific and factual evidence. Recent trends* - The paper investigates the approach of the U.S. federal district courts and the U.S. Supreme Court towards factual and scientific evidence through the analysis of a sample of judgements, released during the health emergency and once the crisis is over. On the one hand, it concentrates on the judges' attitude toward technical knowledge and science in solving complex issues. On the other hand, given the district courts' competence as fact-finders and the Supreme Court's deferential scrutiny of the trial courts' factual findings, the paper examines whether this pattern is still current. Generally, if the federal district courts are standing in continuity with tradition, the Supreme Court is twisting some of the cornerstones of the U.S. legal system.

**Keywords:** Facts; Expertise; Scientific evidence; Reasoning; District courts; Supreme Court

545

## 1. Introduzione

«A judge is not a scientist and a courtroom is not a scientific laboratory. But the law must seek decisions that fall within the boundaries of scientifically sound knowledge»<sup>2</sup>.

Scriveva così *Justice* Breyer al fine di sottolineare l'importanza della conoscenza tecnico-scientifica nell'ambito del processo decisionale giudiziario. Alle corti spetta, infatti, mantenere vivo il legame tra le proprie pronunce e le discipline che studiano la realtà circostante nei suoi molteplici aspetti. Negli ultimi decenni tale consapevolezza si è senza dubbio rafforzata: nell'odierna società, sempre più complessa, le questioni di fatto, che presuppongono la soluzione di difficili problemi tecnici, ed i dati scientifici hanno assunto una rilevanza centrale, sia nel contenzioso durante i periodi ordinari, sia, a maggior ragione, in quello al cospetto di situazioni emergenziali.

Muovendo da questa constatazione – ed attraverso l'analisi di un campione giurisprudenziale necessariamente selettivo, che ricomprende, oltre alle decisioni delle corti distrettuali e della Corte Suprema degli Stati

---

<sup>1</sup> "Sebbene frutto di una riflessione congiunta degli autori, i paragrafi 1, 2, 3 e 4 sono da attribuire a Laura Arduini; i paragrafi 5, 6 e 7 a Federico Falorni. Si ringrazia il finanziamento del MIUR-PRIN Bando 2020 – prot. 2020M47T9C *Decision-Making in the Age of Emergencies: New Paradigms in Recognition and Protection of Rights*".

<sup>2</sup> S. Breyer, *Science in the Courtroom*, 16(4) *Issues Sci. & Tech.* 52 (2000).

Uniti nel contesto della crisi sanitaria<sup>3</sup>, anche le più recenti sentenze della Corte apicale in tema di diritto a possedere e portare armi, di libertà religiosa, nonché di cambiamento climatico e di salubrità ambientale –, lo scritto si pone un duplice obiettivo.

In primo luogo, intende illustrare, da un lato, il tradizionale approccio delle suddette corti nei riguardi dell'*expertise* e, dall'altro lato, come esse hanno impiegato i dati scientifici e fattuali nell'argomentare le decisioni durante la crisi sanitaria. Quindi, con specifico riferimento alla Corte Suprema, vuole prendere in considerazione alcune recenti pronunce, che presentano elevati profili di complessità, al fine di mettere in evidenza il lascito, poco rassicurante, dell'esperienza emergenziale.

In secondo luogo – ma comunque correlato al primo aspetto – lo scritto analizza il consolidato rapporto tra la Corte Suprema e le corti distrettuali, in merito alla deferenza della prima nei confronti degli accertamenti e delle ricostruzioni fattuali poste in essere dalle seconde. Per un verso, si richiama la fisiologica e strutturale competenza delle corti distrettuali quali *fact-finders*; per altro verso, si esamina la tenuta di questa tradizionale impostazione nel contesto pandemico ed in tempi più recenti.

Con riferimento ad entrambi gli aspetti, le corti distrettuali sono rimaste fedeli, sia al ruolo di *trier of facts*, sia all'impostazione volta ad attribuire rilevanza all'*expertise* ed a favorire un proficuo dialogo tra corti e scienza. Al contrario, l'esperienza pandemica è stata testimone di un radicale cambio di rotta da parte della Corte Suprema, che si è resa artefice di una sostanziale alterazione delle regole consolidate. Da un lato, i giudici dell'attuale maggioranza conservatrice hanno sviluppato un nuovo modo di gestire le evidenze scientifiche e fattuali, mostrando un atteggiamento di discredito nei confronti della comunità scientifica e delle risultanze da essa adottate e sfilando la salute pubblica come fondamentale bene da salvaguardare. Dall'altro lato, essi non di rado hanno disatteso le conclusioni fattuali fornite dalle corti distrettuali, talvolta elaborando inedite e artificiose ricostruzioni, strumentali a raggiungere un determinato esito per la risoluzione della controversia<sup>4</sup>. La Corte, in più di un'occasione, si è mostrata “sorda” rispetto alle acquisizioni, in punto di fatto, cui erano pervenute le corti distrettuali, preferendo – utilizzando le note parole del giudice Cardozo – atteggiarsi come un “cavaliere errante”, «roam[ing] at will in pursuit of his own ideal of beauty and goodness»<sup>5</sup>.

Se alle corti federali di primo grado si riconosce, pertanto, il merito della continuità con la tradizione, alla Corte Suprema si attribuisce una

<sup>3</sup> In merito alle restrizioni all'esercizio del culto, alle moratorie sugli sfratti ed agli obblighi vaccinali.

<sup>4</sup> Si tratta del c.d. *false fact-finding*, espressione che oggi viene comunemente utilizzata per riferirsi alla “falsificazione” dei dati storici (a tal proposito si parla di *false originalism*), dei dati scientifici, tecnici, statistici (etc.), attuata tramite una loro interpretazione finalizzata al perseguimento di un determinato risultato, spesso politicamente e ideologicamente orientato. A tal proposito, S. Whitehouse, *Knights-Errent: The Roberts Court and Erroneous Fact-Finding*, in 84(4) *Ohio St. L.J.* 837, 843, 859, 870, 880, 890 (2023). Inoltre, per un approfondimento sul concetto di *false originalism*, si rinvia a P. Finkelman, *Living Constitution and the Second Amendment: Poor History, False Originalism, and a Very Confused Court*, in 37 *Cardozo L. Rev.* 623 (2015).

<sup>5</sup> B.N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921, 141.

rottura con il passato, nonché la messa a repentaglio di alcuni capisaldi del sistema giuridico statunitense. Ciò, tra l'altro, con alcune implicazioni negative in merito alla tutela della salute e della incolumità pubblica, in termini di fiducia e di consenso intorno all'operato della Corte medesima, nonché di credibilità nei confronti del sistema giudiziario nel suo complesso.

In via preliminare, il lavoro intende dare conto dell'impostazione tradizionale, da una duplice prospettiva: per un verso, in merito al consolidato approccio deferente nei riguardi dell'*expertise*, specialmente al cospetto di situazioni emergenziali; per altro verso, relativamente al ruolo primario delle corti distrettuali circa l'accertamento e la ricostruzione delle questioni fattuali. Da queste due premesse, che appaiono strettamente correlate, trae ispirazione la tesi accolta dal presente lavoro della sostanziale alterazione, ad opera dell'attuale maggioranza della Corte Suprema, di due capisaldi del diritto statunitense.

## 2. L'impostazione tradizionale: il *judicial restraint* al cospetto delle questioni scientifiche

Il primo punto di vista prende le mosse dalla pronuncia della Corte Suprema, divenuta nel tempo un *leading case*, *Jacobson v. Massachusetts*<sup>6</sup> del 1905, con la quale veniva sancita la costituzionalità dell'obbligo vaccinale contro il vaiolo previsto dalla legge del Massachusetts. In particolare, la Corte doveva decidere se la previsione legislativa in questione costituiva un valido esercizio del *police power*, riconosciuto in capo ai singoli Stati e nel quale rientrava anche l'autorità di emanare leggi di quarantena o sanitarie<sup>7</sup>. Justice Harlan, nel redigere l'opinione della Corte, ha posto una serie di principi di particolare importanza. Innanzitutto, egli afferma che la salute e l'incolumità pubblica costituiscono un interesse supremo, tale da legittimare l'adozione di leggi che, al fine di tutelare tale bene, limitano i diritti e le libertà costituzionalmente garantite<sup>8</sup>. Soffermandosi poi sull'idea di libertà, Harlan, per un verso, evidenzia che essa, «the greatest of all rights», non è una «unrestrictable license to act according to one's own will»<sup>9</sup>; per altro verso,

<sup>6</sup> *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905).

<sup>7</sup> *Jacobson v. Massachusetts*, cit., 25. Lo *state police power* non è mai stato definito dalla Corte Suprema con esattezza ed anche in dottrina è stato oggetto di dibattito con riferimento tanto alla sua fonte, quanto alla sua portata. Al riguardo, M. Cook, “*Get Out Now or Risk Being Taken Out by Force*”: *Judicial Review of State Government Emergency Power Following a Natural Disaster*, in 57(1) *Case W. Rsv. L. Rev.* 265, 286-287 (2006); R.T. Torth, *Revisiting Jacobson v. Massachusetts: The COVID Cases*, in 54 *Creighton L. Rev.* 559, 561-562 (2021); J.R. Steiner-Dillon, E.J. Ryan, *Jacobson 2.0. Police Power in the Time of Covid-19*, in 84(2) *Alb. L. Rev.* 383, 392-397 (2020).

<sup>8</sup> «This Court has more than once recognized it as a fundamental principle that ‘persons and property are subjected to all kinds of restraints and burdens, in order to secure the general comfort, health, and prosperity of the State» (*Jacobson v. Massachusetts*, cit., 26). Sul concetto di *salus populi Suprema lex esto*, si rinvia a P.E. Arde-Acquah, *Salus Populi Suprema Lex Esto. Balancing Civil Liberties and Public Health Interventions in Modern Vaccination Policy*, in 7(2) *Wash. U. Juris. Rev.* 337, 340-341 (2014).

<sup>9</sup> *Jacobson v. Massachusetts*, cit., 27. Al riguardo, S. Talwar, *Is Jacobson v. Massachusetts Viable after a Century of Dormancy? A Review in the Face of Covid-19*, in 39(1) *Touro L. Rev.* 247, 261 (2023).

facendo propria una concezione che valorizza il radicamento del singolo all'interno della collettività, sottolinea che non potrebbe esistere un'effettiva libertà per tutti se il singolo individuo esercitasse i propri diritti a prescindere dal danno arrecabile ad altri<sup>10</sup>. Quindi, al cospetto di un contesto emergenziale particolarmente complesso, Harlan riconosce la primaria competenza degli esperti – nella fattispecie del *Board of Health* –, cui anche il legislatore doveva fare affidamento, in ragione «of their fitness»<sup>11</sup> nell'individuare quale fosse la misura più appropriata per far fronte alla situazione di crisi. Muovendo da tale premessa, l'opinione delinea la tipologia di sindacato che i giudici potevano condurre nel valutare la costituzionalità di normative emergenziali: ispirandosi a precedenti decisioni della Corte<sup>12</sup>, Harlan individuava un canone di controllo particolarmente deferente, che, nella giurisprudenza più recente, si identifica con il “*rational-basis test*”<sup>13</sup>. In particolare, il sindacato giurisdizionale era ritenuto adeguato nell'ipotesi in cui una legge, che si suppone emanata per proteggere la salute e la sicurezza pubblica, «has no real or substantial relation to those objects» o qualora essa comporti, senza alcun dubbio, una «plain, palpable invasion» dei diritti protetti dalla Costituzione<sup>14</sup>.

Sostanzialmente, la sentenza in esame attribuiva un ruolo di prim'ordine al decisore politico e, soprattutto, alla comunità scientifica, cui il primo doveva fare necessariamente affidamento, per la tutela dell'incolumità e della salute collettiva in un periodo di crisi. Al tempo stesso, i giudici dovevano limitarsi ad un sindacato particolarmente deferente ed intervenire solamente nelle ipotesi, sopra richiamate, di manifesta incostituzionalità, al fine di evitare – come ben ammoniva Justice Harlan – di «usurp the functions of another branch of the government»<sup>15</sup>.

Nei decenni immediatamente successivi, la decisione in *Jacobson* fu posta alla base del percorso motivazionale di molteplici sentenze della Corte Suprema, in materia – tra gli altri ambiti<sup>16</sup> – di obblighi vaccinali<sup>17</sup> e di misure a tutela della sicurezza e della salute pubblica<sup>18</sup>. Più tardi, la Corte ha

<sup>10</sup> *Jacobson v. Massachusetts*, cit., 26.

<sup>11</sup> *Jacobson v. Massachusetts*, cit., 27.

<sup>12</sup> I casi richiamati sono: *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 661 (1887); *Minnesota v. Barber*, 136 U.S. 313, 320 (1890); *Atkin v. Kansas* 191 U.S. 207, 223 (1903).

<sup>13</sup> E. Chemerinsky, M. Goodwin, *Civil Liberties in a Pandemic: The Lessons of History*, in 106(4) *Cornell L. Rev.* 815, 849 (2020).

<sup>14</sup> *Jacobson v. Massachusetts*, cit., 31. Sul tema, tra gli altri, R.J. Torth, *op. cit.*, 567-569.

<sup>15</sup> *Jacobson v. Massachusetts*, cit., 28.

<sup>16</sup> Per una ricostruzione della casistica giurisprudenziale, si rinvia a D. Farber, *The Long Shadow of Jacobson v. Massachusetts: Public Health, Fundamental Rights, and the Courts*, in 57 *San Diego L. Rev.* 833, 842-847 (2020).

<sup>17</sup> *Zucht v. King*, 260 U.S. 174 (1922): «Long before this suit was instituted, *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, had settled that it is within the police power of a State to provide for compulsory vaccination. That case and others had also settled that a State may, consistently with the Federal Constitution, delegate to a municipality authority to determine under what conditions health regulations shall become operative» (177).

<sup>18</sup> In tema di zonizzazione: *Euclid v. Amber Realty Company Co.*, 272 U.S. 365, 367, 368, 395 (1926); *Thomas Cusack Co. V. City of Chicago*, 242 U.S. 526, 530-531 (1927). In merito alle leggi sulla sicurezza alimentare e farmaceutica: *Price v. Illinois*, 238 U.S. 446, 451-452 (1915); *Adams v. Milwaukee* 228 U.S. 572, 581-582 (1913). Sulla sicurezza delle miniere di carbone: *Plymouth Coal Co. v. Pennsylvania*, 232 U.S. 531, 542-543 (1914);

avuto modo di ribadire l'importanza di riconoscere un ampio margine di manovra al decisore politico ed agli esperti che si prendono cura della salute e della sicurezza pubblica, facendone espresso riferimento nella propria argomentazione anche all'interno di pronunce riguardanti ulteriori e disparati ambiti. Ad esempio, in *Robinson v. California*<sup>19</sup>, avente ad oggetto la criminalizzazione della dipendenza da stupefacenti, la Corte confermava la legge della California, in quanto emanata dal legislatore, tra le altre cose, «in the interest of the general health or welfare of [its] inhabitants»<sup>20</sup>. Mentre, in *School Board of Education of Nassau County v. Arline*<sup>21</sup>, in tema di assistenza alle persone disabili, si ribadisce l'importanza di «defer to the reasonable medical judgement of public health officials»<sup>22</sup>.

Da richiamare, poiché esemplificativa dell'approccio tenuto negli anni, è pure la sentenza *Marshall v. United States*<sup>23</sup>, nella quale la Corte ha ulteriormente chiarito la portata del sindacato giurisdizionale di fronte a situazioni particolarmente complesse:

«[I]n areas fraught with medical and scientific uncertainties, legislative options must be especially broad and courts should be cautious not to rewrite legislation»<sup>24</sup>.

Insomma, a partire dalla sentenza *Jacobson*, la Corte Suprema ha costantemente ribadito il ruolo fondamentale svolto dal decisore politico e da quello tecnico nel trattare complesse questioni che presuppongono competenze specialistiche. Ciò si è tradotto in un controllo particolarmente deferente da parte della Corte, soprattutto in quegli ambiti nei quali si avvertiva forte la necessità di mantenere vivo un legame tra diritto e conoscenze tecnico-scientifiche<sup>25</sup>. A tali principi, si sono attenute, nel corso del tempo, anche le corti federali di livello inferiore e, in particolar modo, per quanto di interesse ai fini del presente lavoro, le corti distrettuali<sup>26</sup>.

---

*Barrett v. Indiana*, 229 U.S. 26, 28-29 (1913). Sul divieto di impiego minorile in lavori pericolosi: *Sturges & Burn Mfg. Co. v. Beauchamp*, 231 U.S. 320, 325 (1913). Sulla sterilizzazione forzata delle donne con disabilità mentale ereditaria: *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200, 207 (1927)

<sup>19</sup> *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962).

<sup>20</sup> *Robinson v. California*, cit., 664-665.

<sup>21</sup> *School Board of Nassau County v. Arline*, 480 U.S. 273 (1987).

<sup>22</sup> *School Board of Nassau County v. Arline*, cit., 228, 286. Sul punto, T.M. Louis, *Civil Rights. The Arline Decision as Applied to AIDS Victims*, in 9(1) *Miss. C. L. Rev.* 181, 194, 199, 200 (1988).

<sup>23</sup> *Marshall v. United States*, 414 U.S. 417 (1974).

<sup>24</sup> *Marshall v. United States*, cit., 427. In senso analogo, si vedano anche le decisioni: *Jones v. United States*, 463 U.S. 354, 370 (1983); *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124, 163 (2007).

<sup>25</sup> Al riguardo, è stato osservato che «Courts show deference to the government's political branches, especially in times of crisis when the decision-making process requires expertise»; E.A. Posner, A. Vermuele, *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, Oxford, 2007, 161-181.

<sup>26</sup> A titolo meramente esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce: *U.S. Rel. Siegel v. Shinnick*, 219 F. Supp. 789 (E.D.N.Y. 1963); *Hickox v. Christie*, 205 U.S. F. Supp. 3d 579, 584-585 (D.N.J. 2016). Per un approfondimento sul tema, si rinvia, tra gli altri, a J.R. Steiner-Dillon, E.J. Ryan, *op. cit.*, 412 ss.

### 3. Segue: l'accertamento delle circostanze fattuali tra corti distrettuali e Corte Suprema

L'assetto tradizionale chiama in causa una seconda prospettiva, che attiene al ruolo delle corti distrettuali nell'accertamento delle questioni di fatto. È noto, infatti, che tali corti hanno il compito di valutare le circostanze fattuali rilevanti per la risoluzione delle controversie sulle quali sono chiamate a pronunciarsi: il sistema giudiziario federale statunitense, in altre parole, affida loro l'attività di ricostruzione dei fatti<sup>27</sup>, anche scientificamente connotati<sup>28</sup>. Di tali attività, inoltre, deve essere fornito adeguato riscontro nel motivare le decisioni: è importante, del resto, che il percorso argomentativo dia ampio risalto alle circostanze fattuali, come ricostruite dinanzi alle corti medesime, anche al fine di mantenere saldo il contatto con le peculiarità del caso concreto<sup>29</sup>.

Sulla necessità di riconoscere questo compito alle corti federali di primo grado, negli anni, si sono espresse – a più riprese – tanto le corti federali di appello, quanto la Corte Suprema. Per un verso, le prime hanno costantemente affermato che le corti distrettuali sono «better equipped to find facts than courts of appeals»<sup>30</sup>. Per altro verso, ma sulla stessa scia di pensiero, la Corte Suprema ha, dapprima, espressamente riconosciuto il ruolo delle corti federali di primo grado quali «trier of fact» o «fact-finder»<sup>31</sup>. Quindi, muovendo dalla constatazione che tali corti hanno un «institutional advantage over appellate courts in making these sorts of determinations»<sup>32</sup>, essa ha puntualmente evidenziato che i giudici distrettuali sviluppano una «expertise in factfinding»<sup>33</sup>, che non è propria, invece, delle corti d'appello, le quali – salvo quanto si dirà a breve – si occupano principalmente di questioni di diritto<sup>34</sup>, avendo, quindi, «little opportunity to develop that

---

<sup>27</sup> Sulla definizione di “fatti” e sulla distinzione tra questi e le questioni di diritto, A.O. Larsen, *Factual Precedents*, in 162(1) *U. Pa. L. Rev.* 59 (2013), secondo cui: «factual assertion have two key elements: they can be falsified (at least theoretically) and they are ‘typically followed by evidence’, instead of being supported only by ‘tools of the legal trade, such as analogies, logical reasoning, common sense, and normative judgment» (69). Si veda, altresì, A.O. Larsen, *Constitutional Law in an Age of Alternative Facts*, in 93(2) *N.Y.U. L. Rev.* 175, 185 (2018).

<sup>28</sup> Ivi, 837. *Brief of Former Federal District Judges as Amici Curiae Supporting Respondent at 3, Dep't of Com. v. New York*, 139 S. Ct. 139 2551 (2019) (No. 18-966), 2.

<sup>29</sup> J.B. Weinstein, *The Roles of a Federal District Court Judge*, in 76(2) *Brook. L. Rev.* 439, 451-452 (2010).

<sup>30</sup> *Ind. & Mich. Elec. Co. v. EPA*, 733 F.2d 489, 490 (7th Cir. 1984). In senso analogo, *Bethlehem Steel Corp. v. EPA*, 782 F.2d 645, 656 (7th Cir. 1986), (Posner J.): «a district court has [...] (as we do not) the practical ability [...] to compile a record [...] reconstructing [...] the agency's reasoning process». Altre pronunce esemplificative, al riguardo, senso sono *Kennecott Corp. V. EPA*, 804 F.2d 763, 768 (D.C. Cir. 1986); *Massachusetts v. EPA*, 415 F.3d 50, 55 (D.C. Cir. 2005).

<sup>31</sup> *Anderson v. City of Bessemer City*, 470 U.S. 564, 574 (1985).

<sup>32</sup> Così si è espressa la Corte Suprema nel caso *Koon v. United States*, 518 U.S. 81, 82 (1996). Analoghe affermazioni rinvenibili, inoltre, in successive decisioni: *Rita v. United States* 551 U.S. 338, 357-358 (2007); *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 778 (2008).

<sup>33</sup> *Anderson v. City of Bessemer City*, cit., 574.

<sup>34</sup> C.M. Oldfather, *Appellate Courts, Historical Facts, and the Civil-Criminal Distinction*, in 57(2) *Vand. L. Rev.* 437, 438, 447-448 (2004); C.C. Clark, F.F. Stone, *Review of Findings*

factfinding expertise»<sup>35</sup>. Questo orientamento, tra l'altro, è stato pure tendenzialmente condiviso – almeno fino alla recente esperienza pandemica – dai giudici di stampo conservatore. Su tutte, sono celebri le parole di *Justice* Scalia, che, per rimarcare la centralità del ruolo svolto dalle corti distrettuali, si è espresso in questi termini:

«It is my inclination ... to leave that essentially factual determinations to the lower courts»<sup>36</sup>.

Strettamente correlata al riconoscimento della competenza delle corti federali distrettuali nell'accertamento delle circostanze fattuali è la portata del sindacato posto in essere dai giudici federali di grado superiore sulle conclusioni cui sono giunte le prime in merito alle questioni di fatto. Si è affermata, al riguardo, una c.d. *deferential review*<sup>37</sup> o *appellate deference*<sup>38</sup>, secondo cui, in linea di principio, le corti federali di grado superiore debbono fare affidamento sulle ricostruzioni fattuali poste in essere dai giudici distrettuali, riconoscendo loro un ampio margine di apprezzamento ed esercitando un controllo sulle questioni di fatto, in sede di impugnazione, largamente deferente<sup>39</sup>.

In particolare, i casi in cui le corti federali di appello e la Corte Suprema riesaminano *de novo* le conclusioni di fatto sono limitate all'ipotesi in cui le statuizioni delle corti distrettuali sulle circostanze fattuali risultino *clearly erroneous*. Tale standard, previsto oggi dalla *rule 52(a)(6)*<sup>40</sup> delle *Federal Rules of Civil Procedure*, è stato più volte ribadito dalla Corte Suprema. Ad esempio, in *Anderson v. City of Bessemer*, si afferma, da un lato, che «review of factual findings under the clearly-erroneous standard – with deference to the trier of fact – is the rule»<sup>41</sup>; dall'altro lato e conseguentemente, che se una corte

---

*of Facts*, in 4(2) *U. Chi. L. Rev.* 190, 208 (1937); K. Yoshino, *Appellate Deference in the Age of Facts*, in 58(1) *Wm. & Mary L. Rev.* 251, 266 (2016).

<sup>35</sup> D.S. Ghosh, *Inquiries that We Are All Ill-Equipped to Judge*, in 90(4) *N.Y.U. L. Rev.* 1269, 1275 (2015). Cfr. altresì, C.A. Wright, *The Doubtful Omniscience of Appellate Courts*, in 41 *Minn. L. Rev.* 751, 781-782 (1957).

<sup>36</sup> A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in 56(4) *U. Chi. L. Rev.* 1176, 1186 (1989).

<sup>37</sup> L'espressione è largamente diffusa in dottrina: W.E. Parmet, F. Khalik, *Judicial Review of Public Health Powers Since the Start of the COVID 19 Pandemic: Trends and Implications*, in 113(3) *Am. J. Pub. Health* 280, 285 (2023); A.L. Tyler, *Judicial Review in Times of Emergency From the Founding Through the Covid-19 Pandemic*, in 109(3) *Va. L. Rev.* 489, 554 (2023); L.F. Wiley, S.I. Vladeck, *Coronavirus, Civil Liberties, and the Courts: the Case Against “Suspending” Judicial Review*, in 133(9) *Harv. L. Rev. F.* 179, 190 (2020).

<sup>38</sup> La formula è impiegata, tra gli altri, da: S. A. Childress, “Clearly Erroneous”: *Judicial Review over District Courts in the Eight Circuit and Beyond*, in 51 *Mo. L. Rev.* 94 (1986), 101; C.E. Borgmann, *Appellate Review of Social Facts in Constitutional Rights Cases*, in 101(5) *Calif. L. Rev.* 1185, 1199, 1205, 1233 (2013); K. Yoshino, *op. cit.*

<sup>39</sup> Tale impostazione, pensata per dare stabilità ed efficienza al sistema giudiziario, è profondamente radicata nel diritto statunitense. Su questi aspetti, la dottrina è molto vasta: C.E. Borgmann, *op. cit.*, 1201; S. Whitehouse, *op. cit.*, 843; B.L. Adamson, *Federal Rule of Civil Procedure 52 (a) as an Ideological Weapon*, in 34(4) *Fla. St. U. L. Rev.* 1025, 1076 (2006); S. Shashshahani, *The Fact-Law Distinction: Strategic Factfinding and Lawmaking in a Judicial Hierarchy*, in 37(2) *J. L. Econ. & Org.* 440, 441 (2021).

<sup>40</sup> *Rule 52(a)(6)* delle *Federal Rules of Civil Procedure*: «Findings of fact, whether based on oral or other evidence, must not be set aside unless clearly erroneous [...]».

<sup>41</sup> *Anderson v. City of Bessemer City*, cit., 575. La Corte, al riguardo, richiama le seguenti decisioni: *United States v. United States Gypsum Co.*, 333 U.S. 364, 395 (1948); *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, 395 U.S. 100, 123 (1969).

superiore «duplicate[s] the role of the lower court» allora «oversteps the bound of its duty»<sup>42</sup>. Nella stessa pronuncia, si chiariva pure che una conclusione della corte distrettuale è manifestamente sbagliata nell'eventualità in cui sussista la ferma ed univoca convinzione che la corte abbia commesso un errore nell'accertamento di una questione di fatto; mentre, non è da ritenere tale se, alla luce delle circostanze del caso concreto, sarebbe stato solamente preferibile propendere per una diversa ricostruzione dei fatti, rispetto a quella operata dai giudici di primo grado, che tuttavia non è inficiata da errori manifesti<sup>43</sup>.

L'importanza di mantenere un approccio deferente nei confronti delle conclusioni delle corti distrettuali e di seguire il criterio dell'errore evidente nello svolgere il sindacato in grado di appello emerge anche sotto un ulteriore profilo. Nelle ipotesi in cui la maggioranza della Corte Suprema non ha seguito tali principi, essa è stata oggetto di critiche da parte dei giudici dissenzienti, proprio per averli disattesi. Ad esempio, *Justice* Scalia, nel *dissent* in *Ferguson v. Charleston*<sup>44</sup>, contestava l'opinione della Corte, dal momento che «it contradicts the District Court's finding of fact» e, in quanto tale, ignorava che «this finding is binding upon us unless clearly erroneous»<sup>45</sup>. *Justice* Roberts, nella sentenza *League of United Latin American Citizens v. Perry*<sup>46</sup>, attribuiva nella sua opinione dissenziente particolare rilevanza alle conclusioni della corte distrettuale, in quanto basate su «a careful examination», e criticava la maggioranza per non aver fatto altrettanto<sup>47</sup>. Ed ancora, *Justice* Ginsburg, nel *dissent* in *Gonzales v. Carhart*<sup>48</sup>, ribadiva che «the district courts findings merit this Court's respect»<sup>49</sup>.

Concludendo, si può affermare che, tradizionalmente e fino ai più recenti sviluppi di cui si darà conto, le questioni scientifiche e fattuali, nel rapporto tra Corte Suprema e corti distrettuali, si sono mosse lungo due direttrici: da un lato, valorizzazione del ruolo della comunità scientifica e delle relative acquisizioni, con conseguente deferenza nei confronti dei decisori tecnico e politico (quest'ultimo, a sua volta, dovrebbe fare

<sup>42</sup> *Anderson v. City of Bessemer City*, cit., 573.

<sup>43</sup> *Anderson v. City of Bessemer City*, cit., 573-574. In senso analogo, si vedano le seguenti ulteriori pronunce: *United States v. United States Gypsum Co.*, 333 U.S. 364, 395 (1948); *United States v. Yellow Cab Co.*, 338 U.S. 338, 342 (1949); *United States v. National Association of Real Estate Boards*, 339 U.S. 485, 495 (1950); *Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.*, 456 U.S. 844, 845, 855, 857 (1982); *Easley v. Cromartie*, 532 U.S. 234, 235 (2001); *Glossip v. Gross*, 576 U.S. 863 (2015). È noto che in dottrina è stata sviluppata una classificazione dei fatti, distinguendo tra *adjudicative facts*, *historical facts*, *ultimate facts*, *legislative facts* e *constitutional facts*, anche al fine di individuare le tipologie di fatti cui si applica lo standard «clearly erroneous». Tuttavia, ai fini del presente lavoro, non ci si sofferma su tale tassonomia. Per un approfondimento si rinvia a B.L. Adamson, *op. cit.*, 1054-1067; C.E. Borgmann, *Appellate Review of Social Facts in Constitutional Rights Cases*, *op. cit.*; K. Yoshino, *op. cit.*, 253-257; N. Proctor, *Rethinking Legislative Facts*, in 99(3) *Notre Dame L. Rev.* 955 (2023).

<sup>44</sup> *Ferguson v. Charleston*, 532 U.S. 67 (2001).

<sup>45</sup> *Ferguson v. Charleston*, cit., 98. *Justice* Scalia, inoltre, si pronunciava negli stessi termini nella opinione dissenziente in *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419, 433-51 (1995).

<sup>46</sup> *League of United States Latin American Citizens v. Perry*, 548 U.S. 399 (2006).

<sup>47</sup> *League of United States Latin American Citizens v. Perry*, cit., 493-497.

<sup>48</sup> *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

<sup>49</sup> *Gonzales v. Carhart*, cit., 179.

affidamento al primo), soprattutto in contesti emergenziali e su questioni complesse. Dall'altro lato, espresso riconoscimento della primaria competenza delle corti distrettuali nell'accertamento delle questioni di fatto e portata ristretta del sindacato in sede di impugnazione su tali aspetti, circoscritto alle ipotesi di errori manifesti da parte delle corti di primo grado.

#### 4. Le evidenze scientifiche nell'argomentazione delle corti distrettuali nel periodo emergenziale

L'analisi del contenzioso pandemico rivela un approccio eterogeneo delle corti federali distrettuali nei confronti dell'*expertise*<sup>50</sup> e delle acquisizioni tecnico-scientifiche, correlate a delicate questioni fattuali, con – però – la possibilità di individuare un *trend* nettamente prevalente. Difatti, la maggioranza delle corti distrettuali ha fatto ad esse riferimento nell'argomentare e nel giustificare le rispettive decisioni; mentre, solamente una parte minoritaria le ha trascurate, esponendosi, almeno sotto questo punto di vista, a critiche, talvolta anche severe<sup>51</sup>.

Analizzando l'impostazione maggioritaria, ed a prescindere dall'esito delle controversie<sup>52</sup>, si può affermare che le corti distrettuali si sono mostrate consapevoli dell'importanza delle evidenze scientifico-fattuali per risolvere le controversie poste dalla pandemia; ad esse, inoltre, viene attribuito ampio risalto nel motivare le decisioni delle singole fattispecie.

L'ambito nel quale risulta più evidente l'interazione tra l'argomentazione delle corti distrettuali ed i dati tecnico-scientifici è quello inerente ai contenziosi aventi ad oggetto le limitazioni inflitte alla libertà

---

<sup>50</sup> L'eterogeneità attiene anche all'applicazione da parte delle corti distrettuali dei principi sanciti nella decisione della Corte Suprema *Jacobson v. Massachusetts*. Al riguardo, in dottrina, è stata proposta una tripartizione, secondo cui è possibile distinguere tra “*Jacobson Preemption*” (secondo cui *Jacobson* dovrebbe prevalere su altri più recenti precedenti); “*Jacobson Overlay*” (il tentativo di conciliare i principi affermati in *Jacobson* con più recenti standard); e “*Jacobson Supersession*” (il superamento di *Jacobson*). Cfr. J.R. Steiner-Dillon, E.J. Ryan, *op. cit.*, 418-427. Secondo alcuni, ciò è dovuto, tra le altre cose, alla scarsità di precedenti concernenti misure adottate durante un'emergenza sanitaria al fine di contenere la diffusione di malattie infettive: E. Chemerinsky, M. Goodwin, *op. cit.*, 803, 815-850.

<sup>51</sup> Una delle critiche più aspre evidenzia che, in queste occasioni minoritarie, le corti, ignorando, di fatto, le indicazioni della comunità scientifica, non sono riuscite a contribuire alla salvaguardia della salute pubblica durante la crisi sanitaria. Al riguardo, K. Mok, E.A. Posner, *Constitutional Challenges to Public Health Orders in Federal Courts During the Covid-19 Pandemic*, in 102 *B. U. L. Rev.* 1729, 1770 (2022). Il presente lavoro non prende in analisi detto *trend* minoritario.

<sup>52</sup> Da quest'ultimo punto di vista, si riscontrano, per un verso, una varietà di soluzioni offerte dai giudici distrettuali: alcuni hanno respinto le contestazioni avanzate contro le restrizioni finalizzate al contenimento del contagio; altri, pur in ipotesi minoritarie, hanno accolto le richieste dei ricorrenti. Tra le molteplici decisioni che hanno respinto le censure nei riguardi delle misure anti-pandemiche, si vedano: *Page v. Cuomo*, 478 F. Supp. 3d 355, 366 (N.D.N.Y. 2020), 8; *Cassell v. Snyders*, 20-CV-50153, 458 F.Supp.3d 981 (N.D. Ill. 2020); *Calvary Chapel of Bangor v. Mills*, 20-CV-0156, 459 F.Supp.3d 273 (D. Me. 2020); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) cit. in *Ass'n of Jewish Camp Operators v. Cuomo* 470 F. Supp. 3d 197 (N.D.N.Y. 2020), 9. In dottrina, si veda: J.R. Steiner-Dillon, E.J. Ryan, *op. cit.*, 418. W.E. Parmet, F. Khalik, *op. cit.*, 285.

religiosa, che, nell’ottica dei ricorrenti, ponevano ingiustificate restrizioni al diritto di esercitare il culto, protetto dal primo emendamento. In particolare, la tesi dei ricorrenti era volta ad evidenziare la portata discriminatoria delle limitazioni poste all’attività religiosa, nel raffronto con le regolamentazioni, meno restrittive, inflitte ad altre attività secolari<sup>53</sup>. La maggior parte dei ricorsi è stata rigettata dalle corti distrettuali<sup>54</sup> in nome della ragionevolezza e della fondatezza delle misure anti-contagio da un punto di vista tecnico, scientifico e fattuale<sup>55</sup>.

In particolare, la questione centrale affrontata dai giudici distrettuali, al fine di valutare gli asseriti intenti discriminatori, attiene all’individuazione delle attività secolari da paragonare a quelle religiose, per verificare se le prime erano state ingiustificatamente oggetto di una regolamentazione meno rigorosa rispetto alle seconde. Così, ad esempio, in *Roman Catholic v. Cuomo*<sup>56</sup>, in *Tandon v. Newsom*<sup>57</sup> ed in *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*<sup>58</sup>, viene affermata la natura neutrale, e come tale non discriminatoria, delle misure di contrasto alla pandemia, oggetto del sindacato giurisdizionale. In queste pronunce, i giudici distrettuali attribuiscono particolare rilevanza alle acquisizioni tecnico-scientifiche, soprattutto in merito al rischio di contagio, al fine sia di individuare quali fossero le attività assimilabili a quelle di carattere religioso, sia di valutare se le altre attività, regolamentate in maniera più permissiva, rappresentavano validi termini di paragone<sup>59</sup>.

In *Roman Catholic*, la Corte distrettuale dell’Eastern District of New York ha giustificato la misura anti-emergenziale, che limitava in maniera meno rigorosa, rispetto all’esercizio del culto, le attività classificate come “essenziali”, quali i negozi di generi alimentari, le banche e le lavanderie a gettoni, in quanto queste ultime presentavano un minore rischio di infezione dal virus. Difatti, richiamando a tal proposito le evidenze scientifiche, la corte osserva sia che in esse «people neither congregated in large groups nor remain in close proximity for extended periods»; sia che «they do not involve

---

<sup>53</sup> R. Houser, A. Constantin, *Covid-19, Religious Freedom and the Law. The United States’ Case*, in 49(1) *Am. J.L. & Med.* 24, 28 ss (2023).

<sup>54</sup> A titolo esemplificativo, si vedano: *Ass’n of Jewish Camp Operators v. Cuomo*, 470 F. Supp. 3d 197, 214-15 (N.D.N.Y. 2020); *High Plains Harvest Church v. Polis*, No. 20-cv-01480-RM-MEH, 2020 U.S. Dist. LEXIS 105247, at \*4-5 (D. Colo. June 16, 2020); *Calvary Chapel Lone Mountain v. Sisolak*, 466 F. Supp. 3d 1120, 1123, 1124-25, 1127 (D. Nev. 2020); *Christian Cathedral v. Pan*, No. 20-cv-03554-CRB, 2020 U.S. Dist. LEXIS 101781, at \*2, \*4 (N.D. Cal. June 10, 2020); *Abiding Place Ministries v. Newsom*, 465 F. Supp. 3d 1068, 1069, 1072 (S.D. Cal. 2020); *Bullock v. Carney*, 463 F. Supp. 3d 519, 523-25 (D. Del. 2020).

<sup>55</sup> Z. Rothschildt, *Free Exercise Partisanship*, in 107(4) *Cornell L. Rev.* 1067, 1081 (2021); W.K. Mariner, *Shifting Standards of Judicial Review During the Coronavirus Pandemic in the United States*, in 22(6) *German L. J.* 1039, 1052 (2021).

<sup>56</sup> *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo* 495 F. Supp. 3d 118 (E.D.N.Y. 2020).

<sup>57</sup> *Tandon v. Newsom* 517 F. Supp. 3d 922 (N.D. Cal. 2021).

<sup>58</sup> *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom* 508 F. Supp. 3d 756 (S.D. Cal. 2020).

<sup>59</sup> L. Buckner, *How Favoured Exactly. An Analysis of the Most Favored Nation Theory of Religion Exemptions from Calvary Chapel to Tandon*, in 97(4) *Notre Dame L. Rev.* 1643, 1656 (2021). A.L. Tyler, *op. cit.*, 531. A. Koppelman, *The Increasingly Dangerous Variants of the “Most-Favored-Nation” Theory of Religious Liberty*, in 108 *Iowa L. Rev.* 2237, 2272 (2023).

people arriving and leaving simultaneously, and they do not involve people packed in closely, or greeting each other, or singing and chanting»<sup>60</sup>. Al tempo stesso, secondo la Corte, il corretto termine di paragone, in ragione del rischio di contagio, era rappresentato da quelle attività secolari, regolamentate in maniera più restrittiva, quali «lectures, concerts, movie showings, spectator sports, and theatrical performances», nelle quali «large groups of people gather in close proximity for extended periods of time»<sup>61</sup>.

Il medesimo ragionamento veniva posto alla base della motivazione in *Tandon*. Qui, la Corte distrettuale del *Northern District of California* ha affermato che le evidenze scientifiche avevano chiarito che le attività commerciali, quali gli esercizi di vendita al dettaglio, in quanto «different in kind from Plaintiffs’ gatherings»<sup>62</sup>, presentavano una minore probabilità di contagio. Pertanto, da un lato, esse non costituivano un adeguato termine di raffronto e, dall’altro lato, giustamente erano state sottoposte ad un regime più permissivo<sup>63</sup>. Di contro, osserva la Corte, le attività di culto erano assimilabili, sulla base delle indicazioni fornite dalla comunità scientifica ed in ragione dell’analogo rischio di infezione, a «bars, pubs, ... movie theaters, zoos, museums, and cardrooms»<sup>64</sup>.

In generale, poi, nelle decisioni richiamate si attribuisce ampio risalto ai pareri degli esperti ed ai dati scientifico-statistici, i quali, per un verso, associavano un elevato pericolo di trasmissione del virus alle attività di culto, e, per altro verso, individuavano nelle restrizioni, oggetto di contestazione, soluzioni funzionali al contenimento della pandemia ed alla tutela della salute pubblica. Sotto il primo profilo, ad esempio, il giudice Garafius in *Roman Catholic* prendeva atto di quanto affermato dal Centers for Disease Control and Prevention (CDC), che aveva identificato i “religious gatherings” quali «environments well suited to the transmission of the virus»<sup>65</sup>, dal momento che in essi le persone «arrive and leave at the same time, physically greet one another, sit or stand close together, share or pass objects, and sing or chant in a way that allows for airborne transmission of the virus»<sup>66</sup>. Sotto il secondo profilo, in *South Bay II*, la Corte distrettuale del Southern District of California, richiamando i pareri degli esperti competenti, dapprima riconosceva i benefici delle limitazioni poste all’esercizio del culto, in quanto

<sup>60</sup> *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, cit., 8 e 12.

<sup>61</sup> *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, cit., 8.

<sup>62</sup> *Tandon v. Newsom*, cit., 31. Considerazioni non dissimili sono rinvenibili nella motivazione in *South Bay II*, cit., 12-13.

<sup>63</sup> *Tandon v. Newsom*, cit., 31 e 43.

<sup>64</sup> *Tandon v. Newsom*, cit., 7.

<sup>65</sup> *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, cit., 7, ove si cita Allison James et al., *Morbidity and Mortality weekly Report, Centers for Disease Control and Prevention* (May 22, 2020) (“May 22 MMWR”) (Dkt 20-21).

<sup>66</sup> *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, cit., 7, ove si cita Centers for Disease Control and Prevention, *Guidance, Considerations for Communities of Faith* (May 23, 2020) (Dkt 20-28). In senso analogo, il Giudice Koh in *Tandon* descriveva le attività a carattere religioso come «risky setting for the transmission of COVID», in quanto presuppongono una serie di attività (preghiere, canti, etc. ...), che, secondo le risultanze scientifiche, «increases the number of droplets ... and the distance those droplets ... can travel». Secondo gli esperti, infatti, «although droplets will normally fall to the ground within six feet, droplets can travel double that length, or twelve feet, if a person is singing or chanting» (*Tandon v. Newsom*, cit., 4).

adottate in nome del «public interest to continue to protect the population as a whole»; quindi, sottolineava che «it is for that reason the Court gives ‘substantial deference’ to the California public health officials’ attempt to protect safety of its people»<sup>67</sup>.

Insomma, nei casi in tema di limitazioni inflitte all’esercizio del culto, le corti distrettuali hanno ritenuto le misure anti-emergenziali ragionevoli, non arbitrarie e, come tali, giustificabili, proprio perché esse risultavano «crafted based on science and for epistemological purpose»<sup>68</sup>.

Anche in altri ambiti, e pur a prescindere dagli esiti delle singole fattispecie, le corti distrettuali hanno comunque riservato particolare attenzione ai dati tecnico-scientifici e fattuali, forniti dalle competenti autorità, ricomprendendoli nei rispettivi percorsi argomentativi sotto molteplici e variegati profili.

A questo proposito, anche al fine di far emergere la sostanziale divergenza con l’approccio adottato dalla Corte Suprema, meritano, innanzitutto, di essere menzionate le decisioni aventi ad oggetto le moratorie degli sfratti. Esemplicativo è il caso, oggetto di due distinte pronunce da parte della Corte distrettuale del District of Columbia, *Alabama Association of Realtors v. United States Department of Health & Human Services*<sup>69</sup>, avente ad oggetto la proroga della sospensione degli sfratti, introdotta dal Centers for Disease Control and Prevention (CDC), in assenza – secondo la tesi avanzata dai ricorrenti – di un’esplicita delega di potere da parte del Congresso. Se, in un primo momento, pur riconoscendo la gravità della crisi pandemica<sup>70</sup>, la Corte poneva una moratoria sulla moratoria degli sfratti, dichiarando di non potersi sostituire al Congresso nel decidere quali poteri conferire o meno all’autorità federale in questione<sup>71</sup>, ben presto, però, giungeva ad una decisione di segno contrario. A distanza di una settimana, infatti, la Corte ha riesaminato la questione, decidendo di sospendere la

---

<sup>67</sup> *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, cit., 17. Ugualmente, in *Tandon v. Newsom* si evidenziava che le misure emergenziali erano state introdotte «to slow the spread of Covid-19, protect high-risk individuals, and prevent the overwhelming of the healthcare system»; e che, per tale motivo, «the State’s and County’s restrictions at issue bear a real and substantial relation to public health and safety» (*Tandon v. Newsom*, cit., 20 e 45). Ancora, in *Roman Catholic*, si giustificavano le restrizioni in quanto finalizzate «[to] contain a deadly and highly contagious disease» (*Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, cit., 14).

<sup>68</sup> *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, cit., 13.

<sup>69</sup> *Alabama Association of Realtors v. United States Department of Health & Human Services*, 20-cv-3377 (DLF) (D.D.C. May 5, 2021) e *Alabama Association of Realtors v. United States Department of Health & Human Services*, 20-cv-3377 (DLF) (May 14, 2021).

<sup>70</sup> *Alabama Association of Realtors v. United States Department of Health & Human Services* (May 5, 2021), cit., 19: «The Court recognizes that the Covid-19 pandemic is a serious public health crisis that has presented unprecedented challenges for public health officials and the nation as a whole».

<sup>71</sup> «It is the role of political branches, and not the courts, to assess the merits of policy measures designed to combat the spread of disease, even during a global pandemic» (*Alabama Association of Realtors v. United States Department of Health & Human Services* (May 5, 2021), cit., 19). Alla medesima conclusione giungeva la Corte distrettuale del *Western District of Tennessee* nel caso *Tiger Lily, LLC v. U.S. Department of Housing & Urban Development* 525 F. Supp. 3d 850 (W.D. Tenn. 2021), 8.

propria precedente decisione<sup>72</sup>, così attribuendo nuovamente efficacia alla moratoria in esame. Tale scelta veniva giustificata sia alla luce della non più trascurabile gravità dell'emergenza sanitaria, sia in virtù del fatto che la misura adottata dal CDC, secondo i dati scientifici e statistici forniti dal Department of Health and Human Services, era strettamente funzionale a tutelare la salute e l'incolumità della collettività<sup>73</sup>. La sospensione degli sfratti comportava considerevoli benefici in termini di contenimento del contagio e questi ultimi erano nettamente prevalenti nel raffronto con le conseguenze pregiudizievoli sofferte dai proprietari delle abitazioni. Secondo le indicazioni fornite dall'autorità federale e ricomprese nel ragionamento della Corte, l'assenza di sospensione degli sfratti provocava una «irreparable injury» alla salute pubblica: difatti – si legge nella motivazione – «433,000 cases of Covid-19 and thousands of deaths could be attributed to the lifting of state-based eviction moratoria»<sup>74</sup>. Di contro, l'adozione di una moratoria comportava perdite economiche ai proprietari degli immobili, che – pur rilevanti – erano comunque, almeno in parte, «recoverable»<sup>75</sup>.

Considerazioni non dissimili sono estensibili pure alle controversie decise dalle corti distrettuali in tema di vaccinazione obbligatoria. Ad esempio, pur sospendendo l'obbligo vaccinale imposto dall'autorità federale Centers for Medicare & Medicaid Services (CMS), la decisione *Louisiana v. Becerra*<sup>76</sup>, intervenuta in un momento in cui la comunità scientifica non era ancora tendenzialmente concorde sull'efficacia dei vaccini in questione, mostra – in ogni caso – una particolare attenzione nei riguardi dei dati tecnico-scientifici e dei pareri degli esperti, anche se tra di loro divergenti<sup>77</sup>.

In conclusione – e pur in uno scenario eterogeneo, segnato anche dalle peculiarità delle singole fattispecie, dagli orientamenti ideologici dei giudici e dalla diversa propensione a fare affidamento ai principi affermati in *Jacobson v. Massachusetts* – la maggioranza delle corti distrettuali ha prestato particolare attenzione alle risultanze fornite dall'*expertise* ed ha incorporato, nelle rispettive motivazioni, le evidenze scientifiche e fattuali, al fine di giustificare la soluzione del caso concreto. L'attenzione verso le questioni tecnico-fattuali – connaturata, del resto, al ruolo di *fact-finders* delle corti federali di prima istanza – e l'ampia considerazione della scienza e delle relative acquisizioni, rappresentano, al tempo stesso, un tratto caratterizzante del contenzioso pandemico dinanzi alle corti distrettuali e

---

<sup>72</sup> *Alabama Association of Realtors v. United States Department of Health & Human Services* (May 14, 2021), cit.

<sup>73</sup> *Alabama Association of Realtors v. United States Department of Health & Human Services* (May 14, 2021), cit., 15.

<sup>74</sup> *Alabama Association of Realtors v. United States Department of Health & Human Services* (May 14, 2021), cit., 8.

<sup>75</sup> Si dà atto, infatti, che, da un lato, il «CDC Order itself does not excuse tenants from making rental payment» e che, dall'altro lato, «Congress also has taken steps to provide financial relief to tenants and landlords through the Consolidate Appropriate Act»; *Alabama Association of Realtors v. United States Department of Health & Human Services* (May 14, 2021), cit., 9.

<sup>76</sup> *Louisiana v. Becerra*, 571 F. Supp. 3d 516 (W.D. La. 2021) (Nov. 30, 2021).

<sup>77</sup> Ed attribuendo prevalenza agli studi medici e specialistici, forniti dallo Stato ricorrente: *Louisiana v. Becerra*, cit., 15.

Sulla stessa scia, si colloca anche il caso *Missouri v. Biden*, 571 F. Supp. 3d 1079 (E.D. Mo. 2021) (Nov. 29, 2021), 11.

segnano, come si vedrà a breve, una profonda divergenza con l’operato della Corte Suprema, nel periodo emergenziale ed in tempi più recenti.

## 5. La “svolta” della Corte Suprema

L’invito di Justice Gorsuch ad applicare durante la crisi sanitaria «our usual constitutional standards»<sup>78</sup> per vagliare la legittimità costituzionale delle misure di contrasto alla pandemia solleva dubbi interpretativi circa la reale portata di tale affermazione. Certamente, essa poteva alludere all’intenzione della Corte Suprema, anche nella nuova composizione a maggioranza conservatrice – instauratasi, prima, per effetto delle nomine dei giudici Gorsuch e Kavanaugh da parte del Presidente Trump e consolidate, durante la fase pandemica, con la nomina di Barrett ad opera del medesimo – di non alterare regole ed impostazioni consolidate. L’invito, dunque, poteva tradursi, per un verso, nel dare atto della fisiologica e strutturale competenza delle corti federali inferiori, essenzialmente distrettuali, nell’accertamento e nella ricostruzione delle circostanze fattuali e nel garantire loro, da parte della corte di ultima istanza, il tradizionale margine di apprezzamento su tali questioni; per altro verso, nel mantenere fermo l’approccio deferente nei riguardi dell’*expertise* in ambiti caratterizzati da un elevato grado di complessità e di tecnicità, specie durante un periodo emergenziale; per altro verso ancora, e più in generale, nel considerare la salute pubblica, di fronte a circostanze eccezionali di estrema gravità, un bene di primaria importanza meritevole di un elevato grado di tutela.

Di questo avviso, tuttavia, non è stata la Corte Suprema. A partire dalla decisione *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, che segna una vera e propria svolta<sup>79</sup> (e non solo per i profili di interesse all’interno del presente contributo), la maggioranza conservatrice rompe con la propria prassi consolidata, per dare vita ad un nuovo ed insidioso corso. A destare maggiore perplessità sono alcuni aspetti, connessi ad una gestione quanto meno discutibile delle evidenze scientifiche e fattuali. In particolare, i riferimenti sono al tendenziale discredito nei confronti della comunità scientifica e delle risultanze cui essa è pervenuta; all’omessa deferenza, in sede di impugnazione, verso le ricostruzioni fattuali svolte dalle corti distrettuali<sup>80</sup>; all’esame, alcune volte superficiale, altre volte fazioso, delle ragioni a sostegno delle misure introdotte; ad un generale svilimento della salute pubblica, quale bene da salvaguardare<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 592 U.S. 14 (2020), 5 (Gorsuch, J., concurring).

<sup>79</sup> J. Blackman, *The “Essential” Free Exercise Clause*, in 4(3) *Harv. J.L. & Pub. Pol’y* 637, 700 (2021).

<sup>80</sup> J. Blocher, B.L. Garrett, *Fact Stripping*, in 73(1) *Duke L. J.* 1, 6, 22 (2023).

<sup>81</sup> E. Chemerinsky, *In its COVID Ruling, Trump’s Activist Supreme Court Gives us a Preview of What’s to Come*, in *Los Angeles Times*, 27-11-2020, <https://www.latimes.com/opinion/story/2020-11-27/op-ed-in-its-covid-ruling-trumps-activist-supreme-court-gave-us-a-preview-of-whats-to-come>; W.E. Parmet, *The Antiscience Supreme Court Is Hurting the Health of Americans*, in *Sci. Am.*, 17-5-2022, <https://www.scientificamerican.com/article/the-antiscience-supreme-court-is-hurting-the-health-of-americans/>; J.M. Sharfstein, L.O. Gostin, *The Public Good on the*

Al riguardo, è, innanzitutto, esemplificativa la giurisprudenza relativa alla clausola *Free Exercise*, avente ad oggetto la compatibilità delle disposizioni anti-emergenziali che limitavano tra l'altro l'esercizio del culto con, appunto, la libertà garantita dal primo emendamento.

Nel 1944, in *Prince v. Massachusetts*, la Corte affermò il seguente principio di diritto:

«The right to practice religion freely does not include liberty to expose the community or the child to communicable disease or the latter to ill health or death»<sup>82</sup>.

Con la richiamata *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, e con le successive *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom (South Bay II)* e *Tandon v. Newsom*, la maggioranza dei giudici – sostanzialmente smentendo il proprio precedente – utilizza la clausola relativa alla libertà religiosa, quale strumento per vanificare le misure predisposte per arginare la pandemia<sup>83</sup>.

Si afferma l'incostituzionalità delle misure anti-emergenziali, seguendo un percorso argomentativo, che presta il fianco ad alcune critiche. Come si accennava in precedenza, la questione principale attiene al raffronto tra le restrizioni imposte alla libertà religiosa e quelle rivolte ad altre attività secolari ritenute assimilabili, al fine di smascherare celati propositi discriminatori in danno della prima. L'individuazione delle attività a carattere non religioso che, in virtù dell'analogo livello di diffusione del virus<sup>84</sup>, svolgono la funzione di termine di paragone diviene, pertanto, dirimente nel *reasoning* della Corte. Pur essendo una valutazione particolarmente delicata in virtù delle approfondite conoscenze specialistiche che essa presuppone<sup>85</sup>, la maggioranza dei giudici risolve tale questione in maniera alquanto disinvolta. Ad esempio, in *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, la Corte identifica il corretto elemento di raffronto nei «businesses categorized as “essential” ... such as acupuncture facilities, camp grounds, garages, ... and all transportation facilities»<sup>86</sup>. Ciò, nonostante la Corte distrettuale, richiamando le risultanze scientifiche sul punto, avesse chiarito, da un lato, quali fossero le attività che, presentando un analogo pericolo di contagio, fossero da considerare il corretto termine di paragone; dall'altro lato, le ragioni, connesse alla minore probabilità di infezione, che inducono a tenere distinte le attività, classificate essenziali, da

---

*Docket – The Supreme Court's Evolving Approach to Public Health*, in 390(18) *New Eng. J. Med.* 1637 (2024).

<sup>82</sup> *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158, 166-167 (1944).

<sup>83</sup> R. Houser, A. Constantin, *op. cit.*, 24, 37-39. Per un approfondimento, si vedano, tra i molteplici: J. Blackman, *op. cit.*, 700-749; R.G. Wright, *Free Exercise and the Public Interest after Tandon v. Newsom*, in *U. Ill. L. Rev. Online* 189 (2021); M.L. Movsesian, *Law, Religion, and the Covid-19 Crisis*, in 37(1) *J. L. & Relig.* 9, 16-19; 21-23 (2022).

<sup>84</sup> Su questo punto, anche la maggioranza conservatrice della Corte sembra concorde, almeno in teoria. In *Tandon v. Newsom*, essa infatti chiarisce che «comparability is concerned with the risks various activities pose»: *Tandon v. Newsom*, 593 U.S. 61 (2021), 2 (Per Curiam).

<sup>85</sup> M. Storslee, *The Covid-19 Church-Closure Cases and the Free Exercise of Religion*, in 37(1) *J. L. & Relig.* 72, 78 (2022), ove si evidenzia che l'identificazione di attività assimilabili, in virtù del rischio di trasmissione del virus, «requires epidemiological expertise outside the core of judicial competence».

<sup>86</sup> *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, *cit.*, 3 (Per Curiam).

quelle aventi carattere religioso<sup>87</sup>. Sulla stessa scia, si pone l'opinione della maggioranza in *Tandon v. Newsom*, in merito alle limitazioni inflitte ai ritrovi all'interno di private abitazioni per finalità di culto e di preghiera. Anche qui, disattendendo le indicazioni della Corte distrettuale e della comunità scientifica in merito al fatto che le attività commerciali (quali i negozi di vendita al dettaglio) presentavano caratteristiche diverse e, in quanto tali, una minore probabilità di contrarre il virus<sup>88</sup>, la Corte Suprema individua il termine di paragone proprio negli esercizi commerciali<sup>89</sup>, così giungendo ad assimilare – come ironicamente evidenzia il *dissent* di Justice Kagan – «apples and watermelons»<sup>90</sup>. In entrambi i casi, la scelta delle attività secolari assimilabili segue una strategia ben precisa: individuare quale elemento di raffronto, secondo la propria personale intuizione e trascurando le evidenze scientifiche, attività che erano disciplinate in maniera meno rigorosa rispetto all'esercizio del culto, così da affermare che quest'ultimo era stato oggetto di ingiustificate limitazioni<sup>91</sup>.

Ancora più peculiari sono alcuni passaggi della sintetica motivazione della Corte Suprema in *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, laddove si afferma che lo Stato di New York non ha dimostrato che frequentare i luoghi ove si pratica l'esercizio del culto ha comportato un aumento del contagio; che la salute pubblica sarebbe stata messa a repentaglio, nel caso in cui fossero state predisposte misure alternative meno impattanti sulla libertà religiosa; che, ugualmente, rimuovere la misura della cui costituzionalità si discuteva avrebbe comportato conseguenze negative per l'incolumità pubblica. Anche in questo caso, come del resto rileva l'opinione dissenziente di Justice Breyer<sup>92</sup>, la Corte mostra di non prendere seriamente in considerazione le ragioni sottese all'adozione della misura anti-emergenziale ed il materiale probatorio su cui essa si fonda; ed appare parimenti non incline ad assegnare rilevanza al complesso ed articolato novero delle evidenze fattuali e scientifiche, così come accertato dinanzi alla Corte distrettuale<sup>93</sup>.

Su un piano in parte diverso, ma comunque sempre nell'ottica di un rapporto, quanto meno “controverso”, dell'attuale maggioranza dei giudici con l'*expertise* tecnico-scientifica, si collocano le decisioni che hanno dichiarato l'incostituzionalità della sospensione degli sfratti adottata dal Centers for Disease Control and Prevention (CDC) e della vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 introdotta a livello federale dall'Occupational Safety and Health Administration (OSHA) per i datori di lavoro privati con almeno cento dipendenti.

Entrambe le pronunce seguono uno schema argomentativo in larga parte sovrapponibile.

---

<sup>87</sup> Al riguardo, si rinvia al par. 3.

<sup>88</sup> A tal proposito, si rimanda al par. 3.

<sup>89</sup> *Tandon v. Newsom*, cit., 3 (Per Curiam).

<sup>90</sup> *Tandon v. Newsom*, cit., 1 (Kagan, J., dissenting).

<sup>91</sup> M.M. Mello D.H. Jiang, W.E. Parmet, *Judicial Decisions Constraining Public Health Powers During Covid-19: Implications for Public Health Policy Making*, in 43(6) *Health Affs.* 759, 765 (2024).

<sup>92</sup> *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, cit., 5 (Per Curiam).

<sup>93</sup> *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, cit., 2, 4-5 (Breyer, J., dissenting).

Nella prima, *Alabama Association of Realtors v. Department of Health and Human Services*, la Corte ha ritenuto che l'agenzia federale (CDC) avesse oltrepassato i propri poteri, mancando una chiara autorizzazione da parte del Congresso ad adottare una misura di tale portata<sup>94</sup>. Al contempo, però, la Corte trascura del tutto le giustificazioni fornite dall'agenzia e relative, tra le altre cose, al numero di infezioni e di decessi connessi alla diffusione del virus, nonché alle conseguenze negative, sempre in termini di incrementi dei contagi e di ulteriori effetti avversi per la salute delle persone, che sarebbero derivate dall'esecuzione delle procedure di sfratto. Ancora una volta, è solamente l'opinione dissenziente di Justice Breyer a prendere in esame questi dati, laddove – ad esempio – riporta un grafico elaborato dal CDC sull'andamento della pandemia, ovvero nella parte in cui dà atto che l'agenzia «invokes studies finding nationally over 433,000 cases and over 10,000 deaths may be traced to the lifting of state eviction»<sup>95</sup>.

Nella seconda pronuncia, *National Federation of Independent Business v. Occupational Safety and Health Administration*, l'opinione della maggioranza e, soprattutto, quella concorrente di Justice Gorsuch incardinano nuovamente il ragionamento sulla necessità di una delega da parte del Congresso che espressamente conferisca all'autorità federale il potere di adottare una determinata misura<sup>96</sup>. La motivazione, dunque, ruota apparentemente intorno all'interrogativo “*Who decides?*”. Di fatto, però, la Corte getta nell'ombra le eccezionali ragioni – illustrate nell'opinione dissenziente a firma dei giudici Breyer, Sotomayor e Kagan – quali l'elevato rischio di contrarre il virus in determinati ambienti di lavoro (testimoniato del resto da approfonditi studi in ambito medico-sanitario) che avevano indotto l'agenzia federale ad introdurre la vaccinazione obbligatoria su larga scala<sup>97</sup>.

Le due decisioni, poi, presentano un ulteriore tratto distintivo: se, formalmente, la Corte sembra voler salvaguardare le prerogative del Congresso ed il principio della separazione orizzontale dei poteri, da un punto di vista sostanziale, la Corte annienta l'attività delle agenzie federali istituzionalmente competenti e riconosce sé stessa quale decisore ultimo in merito alle iniziative da intraprendere per contrastare la pandemia. Insomma, in merito al contenuto ed alla portata delle misure da adottare per

---

<sup>94</sup> *Alabama Association of Realtors v. Department of Health and Human Services*, 594 U.S. 758 (2021), 6 (Per Curiam). Si veda inoltre C. Fuleihan, *Alabama Association of Realtors v. Department of Health and Human Services: End of Federal Eviction Moratorium Curtails Expansive Interpretation of CDC' Statutory Authority*, in 47(4) *Am. J. L. & Med.* 513, 521-22 (2021).

<sup>95</sup> *Alabama Association of Realtors v. Department of Health and Human Services*, cit., 6-7 (Breyer, J., dissenting).

<sup>96</sup> *National Federation of Independent Business v. Occupational Safety and Health Administration*, 595 U.S. 109 (2022), 6-7 (Per Curiam); 2-4 (Gorsuch, J., concurring). Per un approfondimento: L.P. Vanoni, *Gli obblighi vaccinali negli Stati Uniti tra separazione orizzontale e verticale dei poteri*, in DPCE Online, 2022, 4, 1949 ss.; I. Somin, *A Major Question of Power: The Vaccine Mandate Cases and Limits of Executive Authority*, in *Cato Sup. Ct. Rev.* 69 (2022).

<sup>97</sup> *National Federation of Independent Business v. Occupational Safety and Health Administration*, cit., 8-9 (Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting).

fronteggiare una situazione di crisi, la Corte sembra auto-intestarsi il diritto all'ultima parola, sostituendo «judicial diktat for reasoned policymaking»<sup>98</sup>.

Il singolare approccio della Corte Suprema in epoca pandemica nei riguardi delle evidenze fattuali, delle acquisizioni scientifiche e delle ragioni a sostegno di una misura, spesso afferenti alla necessità di proteggere la salute pubblica, è reso ancora più peculiare dal fatto che il cambio di passo è avvenuto al di fuori del *docket* ordinario della Corte medesima. Le pronunce richiamate, infatti, sono state adottate nell'ambito del c.d. *shadow docket*<sup>99</sup> – secondo la formulazione di William Baude che, per primo, ha coniato l'espressione. Si tratta di decisioni rese nell'ambito di procedure accelerate di urgenza, prive di discussione orale e non accompagnate da motivazione o, laddove presente, comunque non particolarmente esaustiva e sviluppata<sup>100</sup>. Se l'utilizzo dello *shadow docket*, sempre più rilevante per quel che attiene al numero delle decisioni ed alle tematiche affrontate<sup>101</sup>, desta di per sé qualche perplessità circa «the consistency and transparency of the Court's processes»<sup>102</sup>; tali preoccupazioni sembrano particolarmente acute quando la Corte vi fa riferimento per introdurre significativi mutamenti rispetto all'impostazione tradizionale, attraverso decisioni concise e non corredate dalle normali garanzie processuali.

## 6. L'eredità del periodo emergenziale nella giurisprudenza più recente

L'approccio che ha caratterizzato il periodo emergenziale non ha rappresentato una parentesi, tendenzialmente sfortunata, nella giurisprudenza della Corte Suprema; esso, al contrario, costituisce oggi un lascito alquanto dibattuto e – sia concesso – non poco allarmante, se si pensa al ruolo della Corte federale di ultima istanza e alla risonanza delle sue pronunce.

Alcune decisioni, adottate a partire dall'imminenza della conclusione del *Term 2021-2022*, peraltro al di fuori dello *shadow docket*, confermano il *trend* emerso durante la crisi sanitaria sotto plurimi profili: per un verso, la Corte si mostra spesso indifferente nei riguardi delle ragioni e delle evidenze scientifiche poste a fondamento della scelta legislativa; per altro verso, essa si spinge in ricostruzioni artificiose delle circostanze fattuali rilevanti per la risoluzione del caso concreto, ignorando – non di rado – quanto accertato

<sup>98</sup> *National Federation of Independent Business v. Occupational Safety and Health Administration*, cit., 9 (Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting).

<sup>99</sup> W. Baude, *Foreword: The Supreme Court's Shadow Docket*, in 9(1) *N.Y.U. J. L. & Liberty* 1, 5 (2015).

<sup>100</sup> M. Karbon, *Free Exercise in the COVID era: The New Court's Kantian Approach to Religion*, in 15(2) *Wash. U. Jur. Rev.* 383, 385 (2023); E. Chemerinsky, *The Supreme Court in Transition: October Term 2020*, Chicago, American Bar Association, 2021, 57; W.E. Parmet, *From the Shadows: The Public Health Implications of the Supreme Court's COVID-Free Exercise Cases*, in 49(4) *J. L. Med. & Ethics* 564 (2021).

<sup>101</sup> L.S. Bressman, *The Rise and Fall of the Self-Regulatory Court*, in 101(1) *Tex. L. Rev.* 1, 50-52 (2022). In generale, sulla rilevanza dello *shadow docket*, soprattutto a partire dal 2017, si veda S.I. Vladeck, *The Shadow Docket: How the Supreme Court Uses Stealth Rulings to Amass Power and Undermine the Republic*, New York, 2023.

<sup>102</sup> W. Baude, *op. cit.*, 12.

dinanzi alle corti distrettuali e facendo venire meno il tradizionale canone di deferenza nei riguardi di quest’ultime; per altro verso ancora, è avvalorata l’ipotesi secondo cui la maggioranza dei giudici sembra voler dire l’ultima parola su questioni prettamente tecniche, così frustrando l’attività dei soggetti istituzionalmente competenti<sup>103</sup>.

Pur rappresentando un campione inevitabilmente selettivo<sup>104</sup>, sono particolarmente illustrative le seguenti decisioni: *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*<sup>105</sup> con un cenno anche a *United States v. Rahimi*<sup>106</sup>, in merito al diritto di possedere e portare armi; *Kennedy v. Bremerton School District*<sup>107</sup>, avente ad oggetto le clausole *Free Exercise, Establishment Clause e Free Speech*; *West Virginia v. Environmental Protection Agency*<sup>108</sup> e *Ohio v. Environmental Protection Agency*<sup>109</sup> in tema di cambiamento climatico e di salubrità ambientale.

Su di esse, si focalizzerà il prosieguo del discorso.

In *Bruen*, la Corte dichiara costituzionalmente illegittima una legge dello Stato di New York, che subordinava il rilascio di una licenza incondizionata di portare armi da fuoco in luoghi pubblici alla sussistenza di una giusta causa connessa ad una eccezionale esigenza di protezione individuale, di cui il richiedente doveva fornire prova. L’opinione di maggioranza, a firma di Justice Thomas, elabora un nuovo canone di giudizio, in luogo della valutazione in merito al rapporto mezzi-finalità (*means-end scrutiny*) declinata – a seconda dell’intensità del sindacato – nelle formule dell’*intermediate scrutiny* e dello *strict scrutiny* e comunemente applicata dalle corti federali di grado inferiore. Esso si compone di due fasi: innanzitutto, occorre accertare se una determinata condotta è garantita dal secondo emendamento e, dunque, costituzionalmente protetta; quindi – in caso di risposta affermativa – è onere dell’autorità pubblica dimostrare che la regolamentazione, che interferisce con quella condotta, «is consistent with the Nation’s historical tradition of firearm regulation»<sup>110</sup>. Si tratta di un criterio che presuppone una valutazione in chiave prettamente storica delle

---

<sup>103</sup> J. Blocher, B.L. Garrett, *op. cit.*, 64 («The Supreme Court has asserted an active role in reviewing not only the legal conclusion reached by lower courts, but their factual determinations – seemingly without the deference typically due to a trial-level fact-finder»); *Evidence Shouldn’t Be Optional*, in *Sci. Am.*, 1-7-2022, <https://www.scientificamerican.com/article/evidence-shouldnt-be-optional/>; *The Supreme Court’s Contempt for Facts Is a Betrayal of Justices*, in *Sci. Am.*, 10-7-2024, <https://www.scientificamerican.com/article/the-supreme-courts-contempt-for-facts-is-a-betrayal-of-justice/>.

<sup>104</sup> Sul punto, anche se non ricompresa tra i casi analizzati, si potrebbe pure richiamare, in quanto espressione dello stesso atteggiamento di discredito verso la scienza e di una tendenza alla manipolazione dei fatti storici, la decisione *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022), adottata il giorno successivo alla pronuncia *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, con la quale – come è noto – la Corte Suprema ha sancito l’inesistenza, a livello federale, del diritto della donna di interrompere la gravidanza.

<sup>105</sup> *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, 597 U.S. 1 (2022).

<sup>106</sup> *United States v. Rahimi*, 602 U.S. 680 (2024).

<sup>107</sup> *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. 507 (2022).

<sup>108</sup> *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. 697 (2022).

<sup>109</sup> *Ohio v. Environmental Protection Agency*, 603 U.S. 279 (2024).

<sup>110</sup> *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, cit., 15 (Opinion of the Court).

limitazioni cui può essere sottoposto il diritto di possedere e di portare armi<sup>111</sup>: infatti, per giustificare oggi l'introduzione di una misura restrittiva di tale diritto, occorre ricostruire i limiti tradizionalmente ammessi ed accertare che la disciplina odierna sia sostanzialmente analoga alle previsioni storicamente esistenti, ritenute costituzionalmente compatibili. Applicando queste coordinate, l'opinione di maggioranza passa in rassegna le regolamentazioni del diritto in parola introdotte in Inghilterra nel periodo compreso tra il 1285 e la dichiarazione di indipendenza<sup>112</sup>; nelle colonie americane e, sul medesimo territorio, negli anni immediatamente successivi all'indipendenza<sup>113</sup>; negli Stati Uniti tra la ratifica del secondo emendamento (1791) e l'inizio della guerra civile<sup>114</sup>, durante l'epoca della c.d. Ricostruzione<sup>115</sup>, nonché verso la fine del XIX secolo, soprattutto nelle aree occidentali<sup>116</sup>. Quindi, la Corte – muovendo dalla premessa che il diritto di portare armi in luoghi pubblici per la difesa personale non costituisce un “*second-class right*”<sup>117</sup> – conclude che, in virtù delle previsioni richiamate, non era rinvenibile un *corpus* normativo considerevole assimilabile alla disposizione dello Stato di New York e che, conseguentemente, quest'ultima non era giustificabile in assenza di una tradizione consolidata.

Pur in un'apparente linearità, il percorso argomentativo della Corte suscita (almeno) tre ordini di obiezioni<sup>118</sup>.

La prima: la ricostruzione storica è lacunosa e non assegna il giusto peso ad una serie di previsioni che ponevano regolamentazioni analoghe o, addirittura, più restrittive rispetto a quella dello Stato di New York. Ad esempio, nel paragrafo dedicato al periodo della Ricostruzione, l'opinione dà atto dell'esistenza di una legge dello Stato del Texas del 1871, che consentiva di portare armi in pubblico solamente nell'eventualità in cui una persona avesse «reasonable grounds for fearing an unlawful attack on his person»; e dà, altresì, conto del fatto che in due occasioni (*English v. State*<sup>119</sup> e *State v. Duke*<sup>120</sup>) la Corte Suprema del Texas aveva dichiarato quella previsione costituzionalmente legittima. Ciò nonostante e pur espressamente ammettendo che «the Texas cases support New York's proper-cause requirement, which one can analogize to Texas' “reasonable grounds” standard», l'opinione rileva, in maniera oltremodo apodittica e pretestuosa, che «the Texas statutes, and the rationales set forth in *English* and *Duke*, are outliers»<sup>121</sup>. Analoghe considerazioni possono farsi per quel che attiene ad una legge dello Stato del West Virginia, anch'essa ritenuta non rilevante. Ed

<sup>111</sup> R.E. Barnett, L.B. Solum, *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition*, in 118(2) *NW. U. L. Rev.* 433, 446-447, 462-472 (2023).

<sup>112</sup> *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, cit., 30-37 (Opinion of the Court).

<sup>113</sup> *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, cit., 37-42 (Opinion of the Court).

<sup>114</sup> *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, cit., 42-51 (Opinion of the Court).

<sup>115</sup> *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, cit., 52-58 (Opinion of the Court).

<sup>116</sup> *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, cit., 58-62 (Opinion of the Court).

<sup>117</sup> *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, cit., 62 (Opinion of the Court).

<sup>118</sup> Per un'analisi critica della decisione in oggetto, A.W. Alschuler, *Twilight-Zone Originalism: The Peculiar Reasoning and Unfortunate Consequences of New York State Pistol & Rifle Association v. Bruen*, in 32(1) *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 1 (2023).

<sup>119</sup> *English v. State*, cit., 35 Tex. 473 (1871).

<sup>120</sup> *State v. Duke*, 42 Tex. 455 (1875).

<sup>121</sup> *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, cit., 57 (Opinion of the Court).

ancora, la Corte liquida come mere «legislative improvisations»<sup>122</sup> le discipline adottate nei territori occidentali entro la fine del XIX secolo, che ponevano restrizioni al diritto garantito dal secondo emendamento assimilabili a quella dello Stato di New York. Senza nemmeno chiarire quale sia il numero minimo di previsioni analoghe necessario per poter affermare che una scelta legislativa ha radici storiche consolidate e quali caratteristiche tali previsioni debbano presentare, l'impressione è che l'opinione di Justice Thomas interpreti in maniera selettiva i dati normativi (una sorta di *cherry-picking*): da un lato, sono valorizzati quelli strumentali a garantire un esteso (forse sconfinato) grado di tutela all'uso delle armi; dall'altro lato, sono ignorati o etichettati come irrilevanti quelli che depongono in senso contrario<sup>123</sup>. Da questo punto di vista – è stato efficacemente osservato – la Corte pare “giocare” «a scavenger hunt»<sup>124</sup> alla ricerca di dati funzionali al raggiungimento dell'obiettivo prescelto; e, al tempo stesso, sembra offrire una versione della realtà storica che assomiglia molto più ad «an ideological fantasy»<sup>125</sup> piuttosto che ad una ricostruzione obiettiva.

La seconda critica: nel *reasoning* dell'opinione di maggioranza non vi è spazio per le problematiche connesse e conseguenti all'impiego delle armi<sup>126</sup>. Dopo aver affermato in *District of Columbia v. Heller*<sup>127</sup> che il secondo emendamento pone un diritto individuale alla detenzione ed al porto delle armi ed averne esteso la portata anche nei confronti dei singoli Stati con *McDonald v. City of Chicago*<sup>128</sup>, la Corte compie un ulteriore passo nella direzione di offrire ampia protezione a tale libertà. Nella scelta tra la difesa personale, attuata dal singolo, e la sicurezza nella accezione collettiva, viene di gran lunga privilegiata la prima dimensione a scapito della seconda<sup>129</sup>. Così, però, l'opinione di maggioranza trascura le evidenze scientifiche e fattuali, che testimoniano gli effetti avversi, intesi come incremento di fenomeni violenti, correlati alla possibilità di poter circolare liberamente in luoghi pubblici portando con sé un'arma. Solamente nell'opinione dissenziente di Justice Breyer viene sollevata la questione della pericolosità per la salute e per l'incolumità pubblica dell'uso delle armi, anche attraverso il puntuale riferimento a numerosi studi<sup>130</sup>.

La terza obiezione: la Corte presta scarsa attenzione alle ragioni poste a fondamento della legge dello Stato di New York. Da un lato, non viene tenuto in debito conto che aree densamente popolate, quali ad esempio la

<sup>122</sup> *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, cit., 59 (Opinion of the Court).

<sup>123</sup> S. Whitehouse, *op. cit.*; L. Serafinelli, *Il Secondo Emendamento e il diritto di portare armi da fuoco nei luoghi pubblici*, in *DPCE Online*, 2022, 3, 1619, 1627-1630.

<sup>124</sup> A.W. Alschuler, *op. cit.*, 21.

<sup>125</sup> S. Cornell, *Cherry-Picked History and Ideology-Driven Outcomes: Bruen's Originalist Distortions*, in *SCOTUSblog*, 27-6-2022, <https://www.scotusblog.com/2022/06/cherry-picked-history-and-ideology-driven-outcomes-bruens-originalist-distortions/>.

<sup>126</sup> K.M. Bridges, *The Supreme Court 2021 Term – Foreword: Race in the Roberts Court*, in 136 *Harv. L. Rev.* 23 (2022): «The majority opinion subtly suggested that gun violence is not a problem in the United States» (68).

<sup>127</sup> *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

<sup>128</sup> *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010).

<sup>129</sup> L. Fabiano, *Originalismo e judicial activism nell'interpretazione del II emendamento alla Costituzione federale USA*, in *Riv. dir. comp.*, 2023, 3, 15, 31.

<sup>130</sup> *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, cit., 1-9 (Breyer, J., dissenting).

città di New York, presentavano un più alto rischio di episodi di violenza attuati mediante l'impiego di armi<sup>131</sup>. Dall'altro lato, neppure la giustificazione circa il fatto che la legge in questione avrebbe tutelato luoghi ritenuti particolarmente sensibili, quali l'isola di Manhattan, è stata accolta favorevolmente. L'opinione di maggioranza si limita ad affermare, sul punto, che «there is no historical basis»<sup>132</sup> per ritenere condivisibile l'argomento introdotto a sostegno della misura in oggetto. Ora, questo passaggio della motivazione è – se si vuole – ancora più difficile da comprendere, anche in virtù del principio, posto da Justice Scalia in *District of Columbia v. Heller*, secondo cui «nothing in our opinion should be taken to cast doubt on ... laws forbidding the carrying of firearms in sensitive places»<sup>133</sup>.

Le criticità dello schema argomentativo in *Bruen*, e che possono riassumersi in una certa propensione dell'attuale maggioranza della Corte a manipolare i dati ed a manifestare indifferenza nei confronti delle evidenze scientifiche e fattuali, oltretutto dei motivi (anche se documentati) dietro la scelta di una misura, non sembrano superate dalla recente pronuncia in *United States v. Rahimi*. Quest'ultima, che ha ritenuto costituzionalmente legittima una disposizione che limitava il possesso di armi a seguito di ripetuti e gravi episodi di violenza domestica ai danni del partner, non pare alludere ad un ripensamento da parte della Corte. La decisione, piuttosto, dimostra altro. Innanzitutto, indica che il test elaborato in *Bruen* non ha ben funzionato, anche in virtù della difficoltà per i giudici, dovuta alla loro qualifica professionale distinta da quella di uno storico, di svolgere un'accurata analisi storica delle previgenti e risalenti fonti normative<sup>134</sup>. Al contempo, laddove la sentenza precisa che, al fine di giustificare una regolamentazione, non è da individuare nella tradizione «a dead ringer» or «a historical twin»<sup>135</sup>, ma piuttosto una previsione che possa ragionevolmente considerarsi analoga, attenua il rigore della seconda componente del test formulato in *Bruen*.

Un'altra decisione rilevante nell'ottica del presente lavoro è *Kennedy v. Bremerton School District*. Joseph Kennedy aveva perso il posto di lavoro, come insegnante di *football* presso una scuola superiore statunitense (Bremerton School District), in conseguenza della prassi di inginocchiarsi nel mezzo al terreno di gioco, al termine di ciascuna partita, per offrire una preghiera. La Corte, con l'opinione di maggioranza a cura di Justice Gorsuch, ha ritenuto il licenziamento non giustificato, in quanto in contrasto con le clausole del *Free Speech* e del *Free Exercise*, attraverso un'analisi incentrata, ancora una volta, sulla storia e sulla tradizione.

<sup>131</sup> *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, cit., 15 (Breyer, J., dissenting).

<sup>132</sup> *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, cit., 22 (Opinion of the Court).

<sup>133</sup> *District of Columbia v. Heller*, cit., 626.

<sup>134</sup> R. VerBruggen, *A Year after Bruen*, in *Nat'l Rev.*, 31-7-2023, <https://www.nationalreview.com/magazine/2023/07/31/a-year-after-bruen/>. Le difficoltà per i giudici nel condurre un'analisi storica erano state già evidenziate da Justice Breyer nel *dissent* in *Bruen*: «Judges are far less accustomed to resolving difficult historical questions. Courts are, after all, staffed by lawyers, not historians. Legal experts typically have little experience answering contested historical questions or applying those answers to resolve contemporary problems», *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, cit., 26 (Breyer, J., dissenting).

<sup>135</sup> *United States v. Rahimi*, cit., 8 (Opinion of the Court).

*Kennedy*, tra le altre cose, è particolarmente interessante poiché mostra una profonda spaccatura in merito alle questioni fattuali rilevanti per la risoluzione della controversia tra la maggioranza conservatrice della Corte, da un lato, e la minoranza progressista dei giudici, dall'altro lato (questi ultimi, peraltro, pienamente allineati con le statuizioni della Corte distrettuale e della Corte d'appello sulla medesima vicenda)<sup>136</sup>. Secondo la lettura accolta nell'opinione della Corte, l'insegnante pregava «quietly while his students were otherwise occupied»<sup>137</sup>, concedendosi «a private moment»<sup>138</sup> da impiegare per «a brief, quiet, personal religious observance»<sup>139</sup>. D'altro canto, le circostanze fattuali, così come accertate nei precedenti gradi di giudizio, indicavano tutt'altro scenario. In particolare, con riferimento all'assunto di Joseph Kennedy, secondo cui le preghiere costituivano momenti privati e personali, la Corte federale d'appello del Nono Circuito, richiamando il *record* formatosi dinanzi alla Corte distrettuale, si è espressa in questi termini: «the facts in the record utterly belie his contention that the prayer was personal and private»<sup>140</sup>, etichettando la tesi dell'insegnante «deceitful narrative of this case spun by counsel»<sup>141</sup>. Al tempo stesso, l'opinione dissenziente di *Justice Sotomayor*, dapprima critica l'operato della maggioranza, in quanto nella ricognizione delle circostanze rilevanti «misconstrues the facts»<sup>142</sup>; quindi, al fine di dimostrare che le preghiere erano occasioni di condivisione, sia con i propri allievi sia con i componenti delle squadre avversarie, e – come tali – certamente non momenti ristretti e riservati, introduce nel corpo della motivazione due fotografie che ritraggono Joseph Kennedy insieme ad un folto gruppo di giocatori, intenti a pronunciare una preghiera al centro del campo una volta conclusa la partita<sup>143</sup>. Insomma, in *Kennedy* la maggioranza conservatrice riscrive le circostanze del caso, ignorando sia ciò che realmente è accaduto, sia quanto era stato accertato dinanzi alle corti federali di livello inferiore, specie quella distrettuale<sup>144</sup>.

Da ultimo, a conferma di un *trend* emerso durante il periodo emergenziale finalizzato, in un certo senso, a screditare l'attività dei soggetti professionalmente qualificati e le evidenze scientifiche da cui essi traggono fondamento per il loro operato, ed a sottrarre poteri e prerogative all'*expertise* tecnica, sono da richiamare le pronunce *West Virginia v. Environmental Protection Agency* ed *Ohio v. Environmental Protection Agency*.

<sup>136</sup> A. Mysyk, *Keeping Faithful to the Facts*, in 74(1) *Case W. Rsrv. L. Rev.* 157, 158, 166-173, 188-189 (2003).

<sup>137</sup> *Kennedy v. Bremerton School District*, cit., 1 (Opinion of the Court).

<sup>138</sup> *Kennedy v. Bremerton School District*, cit., 18 (Opinion of the Court).

<sup>139</sup> *Kennedy v. Bremerton School District*, cit., 31 (Opinion of the Court).

<sup>140</sup> *Kennedy v. Bremerton School District*, 991 F.3d 1004, 1017 (9th Cir. 2021).

<sup>141</sup> *Kennedy v. Bremerton School District*, 4 F.4th 910, 912 (9th Cir. 2021).

<sup>142</sup> *Kennedy v. Bremerton School District*, cit., 1 (Sotomayor, J., dissenting).

<sup>143</sup> *Kennedy v. Bremerton School District*, cit., 5 e 9 (Sotomayor, J., dissenting).

<sup>144</sup> M.A. Lemley, *The Imperial Supreme Court*, in 136(1) *Harv. L. Rev.* 96, 107-108 (2022). Si veda, altresì, *Statement of Douglas Laycock on Kennedy v. Bremerton School District*, in M. Fox, *Faculty Available for Comment on 2021 Supreme Court Term*, University of Virginia School of Law, 30-6-2022, <https://www.law.virginia.edu/news/202206/faculty-available-comment-2021-supreme-court-term>: «The mischaracterization of the facts was made possible by a systematic gerrymander in which most of what actually happened didn't count».

Con la prima, la maggioranza conservatrice ha bloccato il tentativo dell'agenzia federale (Environmental Protection Agency: d'ora in avanti, EPA) di regolamentare le emissioni di anidride carbonica dalle centrali elettriche esistenti. L'opinione redatta da *Chief Justice* Roberts riprende ed ulteriormente sviluppa il percorso argomentativo già adottato – durante la crisi sanitaria – nelle pronunce aventi ad oggetto la sospensione degli sfratti e la vaccinazione obbligatoria introdotta a livello federale. Viene così completamente elaborata, benché priva di alcun espresso fondamento legislativo o costituzionale, la c.d. *major questions doctrine*<sup>145</sup>, in virtù della quale un'agenzia federale deve dimostrare l'esistenza di una «clear congressional authorization for the power it claims»<sup>146</sup>. Nel caso di specie, la Corte ha concluso che l'EPA non fosse stata espressamente autorizzata dal *Clean Power Plan* a predisporre la misura di contrasto al cambiamento climatico ed a tutela della salubrità ambientale. Al di là delle implicazioni che tale dottrina comporta – quali, ad esempio, quella di richiedere al Congresso di “prevedere il futuro”, al fine di indicare con elevato grado di precisione agli enti competenti quali siano le iniziative da intraprendere, peraltro su materie nelle quali il legislatore è fisiologicamente privo della necessaria *expertise* – l'effetto immediato nel caso in esame è quello di spogliare l'agenzia federale del potere di adottare misure, in un ambito nel quale la comunità scientifica (e non solo) è concorde nel ritenere che vi è assoluta urgenza di provvedere<sup>147</sup>. Di nuovo, dunque, la Corte si colloca al vertice dell'esecutivo, al di sopra delle agenzie competenti, e – richiamando le parole di *Justice* Kagan nell'opinione dissenziente – «appoints itself – instead of Congress or the experts agency – the decision-maker on climate policy»<sup>148</sup>.

Pur non applicando la medesima dottrina e facendo leva su un differente ordine di ragioni, in *Ohio v. Environmental Protection Agency* la Corte pone nel nulla il tentativo dell'agenzia federale di migliorare la qualità dell'aria e di ridurre l'inquinamento atmosferico. Se, per un verso, l'opinione di maggioranza a firma di *Justice* Gorsuch critica «the way»<sup>149</sup> in cui l'EPA aveva individuato le modalità per ridurre l'inquinamento atmosferico (così ingerendosi nella sfera di competenza dell'agenzia), per altro verso, essa non tiene nella giusta considerazione le rassicurazioni, fornite dall'autorità federale sulle questioni maggiormente dibattute. Interessante è, poi, la posizione di *Justice* Barrett che, questa volta, si discosta dal resto della maggioranza conservatrice e redige un'opinione dissenziente, condivisa dai giudici Sotomayor, Kagan e Jackson<sup>150</sup>. Alcuni passaggi dell'argomentazione del *dissent* meritano di essere richiamati, anche perché sembrano in linea con le idee di Barrett medesima, espresse prima di essere nominata alla Corte

<sup>145</sup> D.T. Deacon, L.M. Litman, *The New Major Questions Doctrine*, in 109(5) *Va. L. Rev.* 1009 (2023).

<sup>146</sup> *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, cit., 19 (Opinion of the Court).

<sup>147</sup> J. Breen, *Open for Business: The Supreme Court Curbs Federal Regulatory Power*, in 32(2) *New Lab. F.* 46, 48-50 (2023); M.A. Lemley, *op. cit.*, 99-100.

<sup>148</sup> *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, cit., 33 (Kagan, J., dissenting).

<sup>149</sup> *Ohio v. Environmental Protection Agency*, cit., 12 (Opinion of the Court).

<sup>150</sup> L. Whitehurst, *Conservative Justice Amy Coney Barrett Shows an Independence from Majority View in Recent Opinions*, in *AP News*, 5-7-2024, <https://apnews.com/article/supreme-court-amy-coney-barrett-trump-jan-6-23a1953715b2d00227469a4a0417a3ee>.

Suprema, laddove suggeriva «humility» circa «the capacity of judges to evaluate the soundness of scientific and economic claims»<sup>151</sup>. In primo luogo, critica l'operato della maggioranza, in quanto «downplays EPA's statutory role in ensuring that States meet air-quality standards»<sup>152</sup>. In secondo luogo, richiama il principio, affermato in *Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States v. State Farm Mutual Automobile Insurance*<sup>153</sup>, secondo cui «a court is not to substitute its judgement for that of the agency»<sup>154</sup>. In terzo luogo, dopo essersi soffermata sulle conseguenze dannose della decisione, conclude con l'invito a essere «all the more cautiously in cases like this one with voluminous technical records and thorny legal questions»<sup>155</sup>.

L'analisi giurisprudenziale svolta consente di giungere ad una prima, parziale, conclusione: l'approccio dell'attuale maggioranza verso i dati storici, le questioni fattuali e le giustificazioni a fondamento di una determinata misura, specie se attinenti a questioni scientificamente connotate, non pare aspirare ad una ricostruzione obiettiva delle circostanze rilevanti per la risoluzione del caso concreto. Piuttosto, essa svolge un'interpretazione strumentale ed orientata di quei materiali, al fine di perseguire finalità ben precise, ispirate ad una determinata agenda politica<sup>156</sup>: segnatamente, nel caso delle sentenze esaminate, garantire amplissima tutela al diritto all'uso delle armi ed alla libertà religiosa; e ridurre il più possibile l'ambito di operatività delle agenzie federali in materia di cambiamento climatico e di salubrità ambientale.

## 7. Rilievi conclusivi: il fantasma di *Lochner* ed altre conseguenze poco rassicuranti

A distanza di due mesi da *Jacobson v. Massachusetts*, la Corte Suprema decise il caso *Lochner v. New York*<sup>157</sup>, nel quale affermò l'incostituzionalità della legge dello Stato di New York che fissava in sessanta il numero massimo di ore settimanali per i panettieri, per violazione della libertà contrattuale, tanto del datore di lavoro quanto del lavoratore, garantita dalla clausola del *due process* di cui al quattordicesimo emendamento. *Lochner*, negli anni, è divenuto sinonimo dei pericoli di un eccessivo attivismo giudiziario<sup>158</sup>: esso rientra in quel novero ristrettissimo di casi che compongono «the anticanon»<sup>159</sup> ed è considerato «the touchstone of judicial error»<sup>160</sup>, al punto

<sup>151</sup> A.C. Barrett, *Countering the Majoritarian Difficulty*, in 32 *Const. Comment.* 61, 74 (2017).

<sup>152</sup> *Ohio v. Environmental Protection Agency*, cit., 2 (Barrett, J., dissenting).

<sup>153</sup> *Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States v. State Farm Mutual Automobile Insurance*, 463 U.S. 29, 43 (1983).

<sup>154</sup> *Ohio v. Environmental Protection Agency*, cit., 12 (Barrett, J., dissenting).

<sup>155</sup> *Ohio v. Environmental Protection Agency*, cit., 24 (Barrett, J., dissenting).

<sup>156</sup> S. Whitehouse, *op. cit.*, 838, 855, 892.

<sup>157</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

<sup>158</sup> C.R. Sunstein, *Lochner's Legacy*, in 87(5) *Colum. L. Rev.* 873, 874 (1987); anche se, poi, l'autore analizza la sentenza in questione da un differente punto di vista.

<sup>159</sup> J. Greene, *The Anticanon*, in 125(2) *Harv. L. Rev.* 379, 417-422 (2011). Per una definizione di *anticanon*, si veda J.M. Balkin, S. Levinson, *The Canons of Constitutional Law*, in 111 *Harv. L. Rev.* 963, 1017 (1998).

<sup>160</sup> D.E. Bernstein, *Lochner's Legacy's Legacy*, in 82 *Tex. L. Rev.* 1, 2 (2003).

che – è stato osservato – «you have to reject *Lochner* if you want to be in the mainstream of American constitutional law today»<sup>161</sup>.

Molto più dibattute, invece, sono le ragioni per le quali *Lochner* è da considerare così profondamente errato.

Uno dei motivi si rinviene nell’opinione dissenziente di *Justice Harlan* (il *dissent* divenuto meno celebre rispetto a quello scritto, sempre in *Lochner*, da *Justice Holmes*)<sup>162</sup>. Egli sostiene che l’opinione della maggioranza, a firma di *Justice Peckham*, è sbagliata poiché – nel pervenire alla dichiarazione di costituzionalità – non tiene conto delle ragioni sottese alla legge dello Stato di New York. Rileva *Justice Harlan* che tale disposizione, espressione del *police power* riconosciuto agli Stati, era finalizzata a tutelare la salute dei panettieri<sup>163</sup>, particolarmente in pericolo viste le peculiari condizioni sul luogo di lavoro, ove «the air constantly breathed by workmen is not as pure and healthful as that to be found in some other establishments or out of doors»<sup>164</sup>. Egli richiama, poi, studi ed evidenze che confermano tale tesi e la bontà della scelta legislativa<sup>165</sup>. Dunque, la principale critica avanzata da *Justice Harlan* attiene al fatto che la decisione della maggioranza trascura le giustificazioni relative alla necessità di salvaguardare la salute di una categoria di lavoratori.

Ora, guardando *Lochner v. New York* dal punto di vista di *Justice Harlan* e la giurisprudenza dell’attuale maggioranza della Corte Suprema dalla prospettiva accolta nel presente lavoro, vi è la forte tentazione di affermare, da un lato, che la lezione di *Lochner* non è stata ben recepita e, dall’altro lato, che i “fantasmi” di *Lochner* aleggiano pericolosamente ancora oggi<sup>166</sup>.

*Lochner*, ma non solo. Altre conseguenze meritano di essere menzionate nel formulare qualche rilievo conclusivo.

Innanzitutto, il fatto che la Corte federale di ultima istanza non sia deferente nei riguardi delle corti distrettuali circa l’accertamento delle circostanze fattuali, spingendosi piuttosto in autonome e talvolta fantasiose ricostruzioni, rischia nel lungo periodo – richiamando le parole di Charles Alan Wright in uno scritto del 1957 – di incrinare «the confidence of litigants and the public in the decisions of the trial courts»<sup>167</sup>.

Uguualmente – e questa è la seconda conseguenza – non può dirsi un caso se, negli ultimi anni, la fiducia ed il consenso della collettività nei riguardi della Corte Suprema e del suo operato si siano assestati su livelli decisamente bassi. Secondo le rilevazioni GALLUP, l’approvazione circa «the way the Supreme Court is handling its job» ha registrato, nel settembre del 2021, il record negativo del 40%; mentre, «trust and confidence in

<sup>161</sup> D.A. Strauss, *Why Was Lochner Wrong?*, in 70(1) *U. Chi. L. Rev.* 373 (2003).

<sup>162</sup> *Justice Harlan*, come si è dato conto al par. 2, è l’autore dell’opinione della Corte in *Jacobson v. Massachusetts*.

<sup>163</sup> *Lochner v. New York*, cit., 69

<sup>164</sup> *Lochner v. New York*, cit., 70.

<sup>165</sup> *Lochner v. New York*, cit., 70-72.

<sup>166</sup> L’idea del *New Lochnerism* è ampiamente diffusa in dottrina. Per maggiori dettagli, cfr. J. Ejzak, *The Lochneress Monster: The Evolving Fear of Lochnerism and Its Continued Value for American Jurisprudence*, in 42(1) *J.L. & Com.* 107, 113-118 (2023); J.L. Piatt, *A Balancing Act: Public Health, Covid-19, and the Economic Due Process “Right to Work”*, in *Neb. L. Rev. Bull.* 1 (2021).

<sup>167</sup> C.A. Wright, *op. cit.*, 779.

Supreme Court» ha ottenuto la percentuale più bassa mai registrata, pari al 47%, l'anno successivo. Il *trend*, tra l'altro, non sembra invertito nei sondaggi successivi<sup>168</sup>.

In terzo luogo, anche dal punto di vista del potere giudiziario federale complessivamente inteso e della relativa credibilità, è da guardare con diffidenza all'atteggiamento della Corte Suprema che, come si è osservato, non esita a riscrivere i fatti rilevanti per la risoluzione di una controversia, ignorando le indicazioni delle corti istituzionalmente incaricate di accertare le circostanze fattuali, così alterando regole e prassi consolidate. Più che condivisibili, sotto questo profilo, appaiono le parole di Vicki Jackson, secondo cui

«It is harder to maintain respect for the judiciary as a whole if the Supreme Court behaves as though the lower courts do not matter, to the detriment of the social and legal interests in having facts found in relatively impartial fora»<sup>169</sup>.

L'ultima conseguenza – su un altro piano – attiene agli effetti negativi per la salute e per l'incolumità pubblica derivanti da certe decisioni della Corte Suprema analizzate nel presente lavoro. Uno studio dimostra che alcune pronunce, non curandosi degli eventuali effetti negativi da esse scaturenti, né ascoltando la voce degli esperti, hanno comportato esiti pregiudizievoli per la salute. È il caso, ad esempio, delle sentenze che hanno dichiarato costituzionalmente illegittime la vaccinazione obbligatoria predisposta dall'OSHA ed il tentativo dello Stato di New York di regolamentare la possibilità di portare armi in luoghi pubblici<sup>170</sup>.

Per concludere. Nel 1770, in occasione del *Boston Massacre Trial*, John Adams ammoniva:

«Facts are stubborn things; and whatever may be our wishes, our inclinations, or the dictates of our passions, they cannot alter the state of facts and evidence»<sup>171</sup>.

L'attuale maggioranza della Corte Suprema, in più di un'occasione, sembra aver dimenticato questo insegnamento.

Laura Arduini  
Dip.to di Scienze Giuridiche  
Università degli Studi di Firenze  
[laura.arduini@unifi.it](mailto:laura.arduini@unifi.it)

Federico Falorni  
Dip.to di Scienze Giuridiche  
Università degli Studi di Firenze  
[federico.falorni@unifi.it](mailto:federico.falorni@unifi.it)

---

<sup>168</sup> M. Brennan, *Views of Supreme Court Remain Near Record Lows*, in *GALLUP*, 29-9-2023, <https://news.gallup.com/poll/511820/views-supreme-court-remain-near-record-lows.aspx>.

<sup>169</sup> V.C. Jackson, *Thayer, Holmes, Brandeis: Conceptions of Judicial Review, Factfinding, and Proportionality*, in 130(9) *Harv. L. Rev.* 2348, 2392 (2017).

<sup>170</sup> A. Gaffney, D.U. Himmelstein, S. Dickman, C. Myers, D. Hemenway, D. McCormick, S. Woolhandler, *Projected Health Outcomes Associated With 3 US Supreme Court Decisions in 2022 on Covid-19 Workplace Protections, Handgun-Carry Restrictions, and Abortion Rights*, in *JAMA Network Open* 1, 8-6-2023, 4-5.

<sup>171</sup> J.P. Diggins (Ed), *The Portable John Adams*, New York, 2004, 255.

