

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 3/2022

Data: 7 giugno 2022

Separazione dei poteri ed emergenza sanitaria negli Stati Uniti. Osservazioni a margine della decisione della Corte Suprema NFIB v. OSHA*

di **Andrea Rovagnati** – *Ricercatore di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Milano*, e **Luca Pietro Vanoni** – *Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato nell'Università degli Studi di Milano***

ABSTRACT: In *NFIB v. OSHA*, the US Supreme Court granted the application to stay the OSHA rule requiring that employers with at least 100 employees require covered workers to receive a COVID-19 vaccine or else wear a mask and be subject to weekly testing. Using the contested major question doctrine, the Supreme Court held that the challenged rule went well beyond the OSHA power to set workplace safety standard and was effectively a broad public health measure not expressly allowed by the Congress. The per curiam opinion as well as the concurring and the dissenting opinions provide significant guidance related to the principles of the separation of powers and of democratic legitimacy within the administrative state.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La delega legislativa e i confini dello stato amministrativo: dalla *nondelegation doctrine* alla *Chevron doctrine*. – 3. La *major questions doctrine*, strumento di limitazione della *Chevron doctrine*? – 4. *NFIB v. OSHA*: azione amministrativa, principio di legalità ed emergenza sanitaria. – 5. Who decides? – 6. Conclusioni.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

** Pur frutto di un lavoro di ricerca condiviso, il presente contributo è stato redatto da Luca Pietro Vanoni nei parr. 2 e 3 e da Andrea Rovagnati nei parr. 4 e 5. I parr. 1 e 6 sono stati redatti congiuntamente.

1. Introduzione

L'Occupational Safety and Health Administration (OSHA), una delle numerose agencies istituite presso il Dipartimento del lavoro degli Stati Uniti, aveva approvato nel novembre del 2021 un provvedimento emergenziale recante l'obbligo, per i datori di lavoro con almeno cento lavoratori, di assicurare che tutti i loro impiegati fossero pienamente vaccinati oppure si sottoponevano ad esami settimanali di tracciamento dell'infezione da COVID-19 e indossassero mascherine di protezione individuale sui luoghi di lavoro¹.

A pochi mesi dall'entrata in vigore del provvedimento, uno dei più significativi atti adottati dall'amministrazione Biden per fronteggiare la pandemia di COVID-19 sul territorio americano², la sua efficacia è stata sospesa – di fatto, definitivamente – dalla Corte Suprema con una controversa decisione per curiam, *National Federation of Independent Business v. Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*³.

¹ COVID-19 Vaccination and Testing; Emergency Temporary Standard, 86 Fed. Reg. 61402 (2021).

² Nel settembre del 2021 il Presidente Biden aveva annunciato un piano per estendere la copertura vaccinale nella popolazione per proteggerla dalla variante Delta del virus SARS-CoV-2. Cfr. J. Biden, *Remarks on the COVID-19 Response and National Vaccination Efforts*, 2021 Daily Comp. of Pres., Doc. 775, in <https://www.presidency.ucsb.edu/node/352275>. In attuazione di tale piano sono stati adottati diversi provvedimenti, direttamente dal Presidente (e rivolti a determinate categorie di dipendenti federali; cfr. *Exec. Order No. 14,043 of Sept. 9, 2021*, 86 Fed. Reg. 50,989 14 sept 2021) ovvero da agencies da lui dipendenti (oltre a quello, già citato, promulgato dall'OSHA e rivolto a datori di lavoro con almeno cento lavoratori, quello promulgato dal Department of Health and Human Services e rivolto a operatori di strutture sanitarie che usufruiscono dei fondi federali dei programmi Medicare o Medicaid; cfr. *CMS's Medicare/Medicaid provider mandate*, 86 Fed. Reg. 61,555 Nov. 5, 2021).

³ *National Federation of Independent Business v. Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*, 595 U.S. ___ (2022), S. Ct. 661 (2022), nel seguito "*NFIB v. OSHA*".

Nello stesso giorno in cui è stata resa questa decisione, la Corte Suprema si è pronunciata, rigettandola, anche sulla richiesta di sospensione dell'efficacia del provvedimento adottato dal Department of Health and Human Services citato alla nota precedente. Cfr. *Biden v. Missouri*, 595 U.S. ___ 2022. Le due decisioni si prestano certamente ad un'analisi congiunta da parte di chi sia interessato a indagare la giurisprudenza federale concernente le misure di contrasto al COVID-19 poste in essere dagli Stati Uniti. Riteniamo che una simile analisi sia invece, se non inopportuna, quantomeno eccessivamente problematica quando si voglia riflettere, come è nostra intenzione fare in questo contributo, sulle dottrine legali avallate dalla Corte suprema per limitare l'espansione dello Stato amministrativo federale. Ciò in quanto i provvedimenti sottoposti al sindacato della Corte, pur accomunati dal fatto di avere imposto trattamenti sanitari obbligatori, poggiavano su fondamenti normative differenti e ciò, ci pare, spiega il differente trattamento che essi hanno ricevuto in sede giudiziaria. Cfr. I. SOMIN, *Supreme Court blocks vaccine mandate for businesses, exposing Biden's overreach*, NBC news, 13 gennaio 2022, in <https://www.nbcnews.com/think/opinion/supreme-court-covid-vaccine-mandate-hearing-exposes-biden-administration-overreach-ncna1287202>, per il quale mentre il provvedimento dell'OSHA «gives presidential administrations a blank check to control nearly every aspect of every workplace in the country, going beyond the authority given to the executive branch by Congress», l'obbligo vaccinale posto a carico degli operatori sanitari dal provvedimento dell'HHS «is much narrower, well within the scope of existing law and does not threaten to set a problematic precedent».

Tale accadimento ha avuto una vasta eco non soltanto negli Stati Uniti, com'era ovvio, ma anche in Italia, dove la relativa notizia, prontamente e diffusamente segnalata dai mezzi di comunicazione di massa, ha suscitato reazioni discordanti nell'opinione pubblica, rinnovando la discussione sulla legittimità delle misure adottate, per fini analoghi, dal Parlamento e dal Governo.

A nostro avviso, l'anzidetta decisione non si presta a letture semplicistiche, dirette a cogliere in tale pronunciamento un modello, da accogliere o respingere a seconda dei punti di vista, delle forme di controllo esercitabili dalle giurisdizioni superiori sulle scelte delle istituzioni recanti restrizioni della libertà in vista della tutela della salute pubblica, quali sono state e sono quelle compiute anche nel nostro Paese a seguito della diffusione del virus SARS-CoV-2.

NFIB v. OSHA è certamente degna di interesse, ma per una ragione differente da quella che verosimilmente l'ha portata agli onori delle cronache dell'opinione pubblica. In breve, essa rivela quale sia, nella visione di una maggioranza dei giudici che attualmente siedono nel supremo organo giurisdizionale federale, la modalità nella quale le funzioni legislative e quelle amministrative aventi natura normativa dovrebbero essere esercitate e interagire affinché le relazioni tra Potere legislativo e Potere esecutivo possano dirsi strutturate conformemente con i principi costituzionali fondamentali della separazione dei poteri e della legittimazione democratica.

Nel presente contributo analizzeremo la citata decisione collocandola entro le coordinate costituzionali appena ricordate. A tale fine, nei paragrafi 2-3 tratteggeremo la storia di alcuni principi giuridici che la Corte Suprema ha contribuito a consolidare nel tentativo di perimetrare le competenze spettanti rispettivamente al Congresso, al Presidente e alle agencies che da lui dipendono, alle Corti, in un ordinamento costituzionale che è nato ispirandosi alla formula politica liberale e si è poi sviluppato, senza soluzione di continuità, secondo la diversa formula politica democratico-sociale⁴. In quella sede metteremo in luce le più significative trasformazioni che quelle dottrine hanno subito e segnaleremo quelle che potrebbero interessarle in un futuro non troppo lontano, almeno secondo le predizioni che sono state formulate da autorevoli osservatori americani in considerazione di talune decisioni pronunciate dalla Corte Suprema negli ultimi anni. Nel paragrafo 4 daremo conto del problema affrontato in *NFIB v. OSHA*, consistente nella legittimità del provvedimento adottato dall'OSHA, e della soluzione ad esso data dal supremo organo del

⁴ Per la descrizione di questa trasformazione, cfr. G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. I – La Costituzione liberale*, Torino, 1999, e, *Id.*, *Lo spirito del costituzionalismo americano. II – La Costituzione democratica*, Torino, 2000.

sistema giurisdizionale federale. Quest'ultimo, come si dirà, ha fatto ricorso a una dottrina legale relativamente nuova e dai contorni incerti al fine di interpretare la legge invocata dall'OSHA per giustificare la legittimità del provvedimento con cui aveva istituito l'obbligo vaccinale o, in alternativa, l'obbligo di sottoposizione ad esami diagnostici settimanali per la rilevazione del virus SARS-CoV-2. Nel paragrafo 5, infine, accenneremo alle implicazioni dell'approccio ermeneutico accolto dalla Corte sul piano dei principi costituzionali della separazione dei poteri e della legittimazione democratica, avvalendoci a questo scopo delle riflessioni espresse sotto tali profili dai Giudici che hanno redatto delle opinioni aggiuntive, l'una concorrente con quella della Corte, l'altra dissenziente.

2. La delega legislativa e i confini dello stato amministrativo: dalla *nondelegation doctrine* alla *Chevron deference*

Come ricordato dalla Corte Suprema oltre trenta anni fa, «an agency literally has no power to act (...) unless and until Congress confers power upon it»⁵. Il tema è strettamente connesso all'esercizio della c.d. *delegated legislation*, che negli Stati Uniti è oggetto di dispute interpretative e dottrinali. A differenza delle Costituzioni social-democratiche redatte in Europa dopo la seconda guerra mondiale, la Costituzione americana non prevede esplicitamente meccanismi di delega legislativa, statuendo anzi – in ossequio ad una rigida separazione dei poteri di matrice liberale – che tutti i poteri legislativi siano affidati al Congresso e non possano essere delegati⁶. Pur sostanzialmente rispettato per tutto il periodo liberale, le maglie del divieto di delega legislativa hanno cominciato ad allentarsi soprattutto a seguito dell'avvento dello stato interventista⁷, ovvero di un modello che difficilmente «può conciliarsi con un sistema di fonti del diritto che concentri nell'atto di un legislativo nazionale tutta o quasi la produzione normativa

⁵ *Pub. Serv. Comm'n v. FCC*, 476 U.S. 355, 374 (1986).

⁶ Come statuito in *Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892) «that Congress cannot delegate legislative power to the President is a principle universally recognized as vital to the integrity and maintenance of the system of government ordained by the Constitution».

⁷ La Corte suprema ha cominciato a ammorbidire la sua posizione circa la rigida separazione dei poteri che impone un divieto di delega legislativa a partire dal caso *J. W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 U.S. 394 (1928), ritenendo che il Congresso avesse la facoltà di delegare suo potere normativo a patto che la legge delega contenesse in modo chiaro la materia delegata, il termine entro cui esercitare la delega e «intelligible principle to guide executive action».

dell'ordinamento»⁸. È quindi soprattutto a seguito della torsione costituzionale operata dalle riforme del New Deal che il Congresso americano, anche grazie all'avvallo della Corte Suprema, ha cominciato a delegare all'esecutivo e alla amministrazione federale porzioni sempre più ampie di legislazione contribuendo alla nascita dello stato amministrativo.

La crescita della *delegated legislation* ha così comportato uno sbilanciamento nell'esercizio del potere normativo, che sempre più spesso viene oggi esercitato dalle agencies federali. Sebbene all'inizio degli anni Ottanta il Congresso avesse provato ad istituire, attraverso la creazione del legislative veto, uno strumento di controllo successivo capace di invalidare gli atti delegati, la Corte Suprema ha ritenuto tale meccanismo contrario alla Costituzione, invalidandolo nel famoso caso *INS v. Chadha*⁹. La sentenza *Chadha* ha così di fatto contribuito ad ampliare il potere regolamentare della amministrazione in materie di grande rilievo economico e sociale, costituendo di fatto «un indiretto potenziamento del ruolo della Presidenza»¹⁰, la quale è a capo della intera amministrazione federale. A seguito di tale decisione, la modalità rimasta al Congresso per contenere l'espansione dell'amministrazione è quella di delimitare in modo stringente i principi e la portata delle deleghe legislative, in modo da circoscrivere preventivamente il potere che le agencies sono legittimate ad esercitare. In altri termini, *Chadha* avrebbe dovuto rafforzare la *nondelegation doctrine* elaborata dalla Corte in epoca pre-new deal e mai formalmente abbandonata, secondo cui, quando dispone una delega a favore dell'esecutivo, il Congresso deve prevedere nella legge «intelligible principles» capaci di orientare e guidare l'azione amministrativa¹¹.

⁸ G. BOGNETTI, *Lo Spirito del Costituzionalismo americano. II - La Costituzione democratica*, cit., p. 259.

⁹ Il meccanismo del legislative veto è stato ideato al fine di contenere l'impatto della dislocazione dei poteri in capo alle amministrazioni. In sintesi, esso prevedeva che nella legge delega approvata dal Congresso fosse contenuto un meccanismo che consentisse ad una camera o ad entrambe di disapplicare la normativa delegata. Il congegno, così ideato, permetteva di rovesciare la tradizionale separazione dei poteri ideata dalla Costituzione americana, riservando al Congresso, un tempo centro motore del sistema e detentore dell'indirizzo politico, la facoltà di delegare in modo ampissimo all'esecutivo la normazione puntuale, ma poi riservarsi un potere di controllo su tali atti. Tale meccanismo prevedeva però che il voto di annullamento del regolamento delegato operato da una o più camere non fosse soggetto a veto presidenziale; è per questa ragione che la Corte suprema, reputando il voto di disapplicazione come vero e proprio atto legislativo, ha ritenuto incostituzionale la pratica del legislative veto nella sentenza *INS v. Chadha* 462 US 919 (1983) per violazione della presentment clause contenuta nell'art. I Sez. 7 Cost.

¹⁰ G. BOGNETTI, *Lo Spirito del Costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, cit., p. 263.

¹¹ Come statuito dalla Corte suprema nella sentenza *J. W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 U.S. 394 (1928), e confermato poi in *Panama Refining Co. v. Ryan* e *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States* per invalidare le disposizioni contenute nel National Industrial Recovery Act voluto dalle prime riforme del New Deal. Come noto, pochi anni più tardi la Corte è tornata sulle sue decisioni e, anche forse per prevenire la minaccia del Court packing ipotizzata da Roosevelt, ha confermato la legittimità delle nuove disposizioni del terzo New Deal, cominciando a manifestare una sostanziale deferenza nei confronti delle deleghe legislative. Tuttavia la Corte Suprema non ha mai

Non sempre, tuttavia, le leggi approvate dal Congresso contengono deleghe chiare e precise, ed anzi molto spesso esse hanno attribuito alle agencies poteri amplissimi, circoscrivendo l'azione amministrativa al rispetto di «valori genericissimi, privi di ogni determinatezza, quali “l’interesse pubblico” la “convivenza pubblica” il “giusto e ragionevole” o formule analoghe»¹². Un esempio di ciò è rappresentato proprio dal Occupational Safety and Health Act (OSHAct), che come ricordato contiene alcune delle disposizioni utilizzate dalla amministrazione Biden per imporre l’obbligo vaccinale ai lavoratori americani. Approvato nel 1970, l’OSHAct costituisce «one of the nation’s most important regulatory statues»¹³ e conferisce alla amministrazione federale il potere di regolamentare la sicurezza dei luoghi di lavoro. La legge stabilisce i principi della delega in modo ampio, limitandosi a investire il Secretary of Labour del compito di istituire standard e criteri di sicurezza ogni volta che li ritiene «reasonably necessary or appropriate»¹⁴ per garantire la salute dei lavoratori, e l’indeterminatezza di tale criterio rende quindi difficile stabilire i limiti di esercizio del potere della pubblica amministrazione. In sostanza, in questo come in altri casi, il legislatore sembra aver rinunciato a delimitare in modo sostanziale il potere delegato, con la conseguenza che, a primo avviso, «a reader might be tempted to conclude that Congress has said, “make things better,” without giving the Secretary guidance about how, exactly, he is to go about accomplishing that task»¹⁵.

L’ampiezza dei criteri di esercizio delle deleghe legislative ha sollevato una serie di problematiche costituzionali. In primo luogo, la rigida separazione dei poteri prevista dalla Costituzione americana affida al popolo, attraverso i rappresentanti votati in Congresso, il potere di approvare atti normativi, mentre all’amministrazione è affidato il compito di darne esecuzione, operando come una «cinghia di trasmissione» delle decisioni del legislativo¹⁶. Come ricordato in precedenza, questo modello ha subito grandi trasformazioni nel corso del XX secolo, e il peso della

esplicitamente dichiarata superata la *nondelegation doctrine*, ed anzi negli ultimi anni sembra averla recuperata almeno nel suo nucleo minimo.

¹² G. BOGNETTI, *Lo spirito del Costituzionalismo americano. La costituzione democratica*, cit., p. 260.

¹³ C.R. SUNSTEIN, *Is Osha Unconstitutional?*, 94 Va. L. Rev., 2008, p. 1407 ss.

¹⁴ 29 USC § 652(8).

¹⁵ C.R. SUNSTEIN, *Is Osha Unconstitutional?*, cit., p. 1409: «The broadest difficulty is that with the “reasonably necessary or appropriate” language, Congress appears, at least at first glance, to have made no decision at all about the substantive standard under which the Secretary of Labor is supposed to proceed».

¹⁶ RICHARD B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 Harv. L. Rev., 1975, p. 1675: «The traditional model of administrative law thus conceives of the agency as a mere transmission belt for implementing legislative directives»

amministrazione federale è cresciuto enormemente, tanto che la stessa Corte Suprema ha da tempo riconosciuto che, data la complessità della società contemporanea, «Congress simply cannot do its job absent an ability to delegate power under broad general directives»¹⁷. Negli ultimi decenni la portata e le dimensioni dello stato amministrativo americano sono così cresciute esponenzialmente al punto che il Federal Register, che contiene la regolamentazione secondaria approvata dalle agencies federali, è oggi quattro volte più corposo dello US Code of Laws¹⁸. Ma anche di fronte a tale trasformazione, la mancanza di criteri chiari e precisi può essere problematica perché «would deprive citizens of effective protections against the abusive exercise of administrative power»¹⁹. Nello stato amministrativo moderno, infatti, il Congresso delega «vast swathes of policy-making power to the regulatory agencies», e le Corti «no longer even attempt to ensure that the key policy choices are made by the legislative branch»²⁰.

In secondo luogo, l'ambiguità dei criteri contenuti nelle deleghe legislative pone il problema della loro interpretazione; quando infatti il Congresso delega un potere alle agencies federali, i confini e i limiti di tale potere devono essere ricavati dalle disposizioni normative lette ed interpretate dalle stesse agencies. Può così accadere che l'interpretazione offerta dalla amministrazione possa essere ritenuta troppo estensiva, e quindi meritevole di essere contestata in sede giurisdizionale. Il procedimento di approvazione delle regole amministrative è regolato dall'Administrative Procedure Act (APA), che conferisce alle Corti un potere di controllo sulla legittimità degli atti normativi e delle policies adottate, statutando che i giudici federali sono chiamati, tra l'altro, a «hold unlawful and set aside agency actions» qualora essa risultasse adottata «not in accordance with law» o «in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations»²¹. A seguito del New Deal, le Corti hanno esercitato tale controllo sugli atti delegati assumendo una sostanziale condiscendenza nei confronti dell'amministrazione soprattutto nei casi in cui, come

¹⁷ *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 409 (1989).

¹⁸ Cfr. S. DUDLEY, *Milestones in the Evolution of the Administrative State*, in *Dedalus*, 2021, p. 33-34: «There is no question that the size and scope of the administrative state have grown over the last century. Today, scores of federal agencies issue thousands of regulations every year. The Code of Federal Regulations contains 242 volumes and more than 185,000 pages. That is four times as big as the U.S. Code of Laws passed by Congress, which contains fewer than 44,000 pages».

¹⁹ RICHARD B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, cit., p. 1675.

²⁰ M.W. MCCONNELL, *Kavanaugh and the "Chevron Doctrine"*, SLS Blog, 2 agosto 2018, <https://law.stanford.edu/2018/08/02/kavanaugh-and-the-chevron-doctrine/>.

²¹ Così la sezione 706 dell'APA: «court[s] shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action». 5 U.S.C. § 706(2)(A), (C).

spesso accade, l'ambiguità dei criteri definiti dalla legislazione le conferisce ampi margini interpretativo-discrezionali²².

Seguendo questa lettura, la Corte Suprema ha elaborato, a metà degli anni Ottanta, la famosa *Chevron doctrine* che, ideando un test di controllo diviso in due fasi, delinea una certa deferenza giurisdizionale nei confronti delle agencies circa l'interpretazione delle norme delegate. Come stabilito in *Chevron, U.S.A., Inc. v. National Resources Defense Council, Inc.*, nell'operare il loro controllo i giudici devono, in primis, assicurarsi che «Congress has directly spoken to the precise question at issue» e che il suo intento sia chiaro e delimitato; in quel caso, in ossequio al principio della separazione dei poteri, «courts, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress». In secondo luogo, quando le deleghe contenute nelle leggi stabiliscono criteri ampi il cui contenuto ambiguo può consentire spazi di manovra discrezionali che derivano da una interpretazione estensiva delle disposizioni, la dottrina *Chevron* dispone che «the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute»²³. L'ampiezza della *Chevron* deference è tale da ammettere che il Congresso possa aver delegato implicitamente l'esercizio della potestà legislativa alle agencies affidando loro il compito di «fill any gap left in a particular statute»; in questi casi, la Corte Suprema ricorda che «a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency»²⁴.

Operando un controllo diviso in due fasi, la dottrina *Chevron* è così in grado di distinguere i casi in cui l'interpretazione delle disposizioni approvate dal Congresso è chiara e definita da quelle in cui è generale ed ambigua; nel primo caso i giudici devono far rispettare quanto previsto dalla legge

²² Come ricordato da S. DUDLEY, *Milestones in the Evolution of the Administrative State*, cit., p. 42 «since the mid-1930s, the courts have generally been deferential to Congress and agencies when it comes to regulation, leading many to conclude that the nondelegation standard is dead».

²³ *Chevron, U.S.A., Inc. v. Nat. Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842-843 (1984): «When a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute».

²⁴ *Id.*, 843-844: «If Congress has explicitly left a gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation (...). Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency».

dichiarando, nel caso, l'illegittimità dei provvedimenti adottati dalla amministrazione. Ma dal momento che spesso le norme del Congresso utilizzano criteri vaghi, il secondo step della *Chevron doctrine* conferisce di fatto alla amministrazione un potere amplissimo nella interpretazione del potere a lei delegato che non è soggetto ad un controllo stringente da parte dei giudici federali. Soprattutto quando una norma possa avere più di un significato, infatti, l'unico limite imposto alla attività interpretativa delle agencies è che essa sia ragionevole; il risultato, paradossale, è che se anche la Corte Suprema ritenesse che la miglior interpretazione possibile della norma contestata fosse diversa a quella fornita dalla amministrazione, quest'ultima è libera di ignorarla ogni volta che adotta «a reasonable interpretation of a statutory provision»²⁵. In definitiva, quindi, tale dottrina sembra invertire il criterio ideato dalla *nondelegation doctrine*: mentre per quest'ultima l'amministrazione può esercitare solo il potere che le è conferito dal Congresso «with intelligible principles», *Chevron* «green-lights agency assertions of power, even when it is fairly obvious from the context that Congress had no such intention, so long as the words of the statute can be reasonably stretched to accommodate them»²⁶.

3. La major questions doctrine, strumento di limitazione della Chevron doctrine?

Anche se oggetto di numerose critiche, la dottrina *Chevron* è rapidamente diventata una delle pietre angolari del diritto amministrativo americano, modificando l'equilibrio tra i poteri in un numero relevantissimo di materie²⁷. Per effetto di tale precedente la Corte Suprema ha così negli anni significativamente esteso la capacità di indirizzo politico del Presidente, che si avvale delle

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

²⁶ M.W. MCCONNELL, *Kavanaugh and the "Chevron Doctrine"*, cit.

²⁷ Come rilevato già trent'anni fa da C.R. Sunstein, *Law and Administration after "Chevron"*, 90 Col. Law Rev. 8, 1990, p. 2075 «in an extraordinarily wide range of areas – of areas-including the environment, welfare benefits, labour relations, civil rights, energy, food and drugs, banking and many others – *Chevron* has altered the distribution of national powers among courts, Congress and administrative agencies».

agencies federali per perseguire la sua agenda politica²⁸. Sebbene la nascita dello stato amministrativo non dipenda interamente da *Chevron*, tale decisione ne ha certamente ampliato i confini²⁹ rafforzandolo al punto che «seems to have added prodigious new powers to an already titanic administrative state»³⁰.

Negli ultimi decenni, la Corte Suprema ha cercato talvolta di contenere tale fenomeno, elaborando un controllo più stringente sugli atti delegati attraverso quella che è stata definita come *major questions doctrine*. L'espressione, che la Corte Suprema non ha mai direttamente utilizzato, deriva da una elaborazione dottrinale³¹ e da alcune pronunce in cui i giudici supremi, pur senza contraddire espressamente i test elaborati in *Chevron*, ne hanno delimitato l'ambito applicativo. In questa prospettiva, essa è stata descritta come «a primary manifestation of the [judicial] skepticism» generato dalla estensione dello stato amministrativo e volta a contenerne la forza espansiva «by depriving agencies of *Chevron* deference in a certain set of cases»³².

La *major questions doctrine* nasce nell'ambito della sentenza *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* (2000), in cui la Corte Suprema era chiamata a decidere se il Food, Drug, and Cosmetic Act (FDCA)³³ conferisse o meno alla Food and Drugs Administration (FDA) l'autorità di regolamentare i prodotti del tabacco. L'amministrazione aveva ricavato tale competenza da una interpretazione estensiva dei termini “drugs” and “devices”; dal momento che la nicotina presente nel tabacco può essere assimilata ad una droga in ragione della sua attitudine a creare dipendenza nei consumatori, l'amministrazione aveva ritenuto che «under the FDCA, nicotine is a “drug” (...) and cigarettes and smokeless tobacco are “devices” that deliver nicotine to the body»³⁴.

²⁸ Così E. KAGAN, *Presidential Administration*, 114 Harv. L. Rev., 2001, p. 2246: «we live today in an era of presidential administration», nella quale il presidente utilizza le agencies federali «as an extension of his own political agenda».

²⁹ Come ricordato da PETER J. WALLISON, *Judicial Fortitude: The Last Chance to Rein in the Administrative State*, New York: Encounter Books, 2019, p. 134, «*Chevron* is the most important single reason that the administrative state has continued to grow out of control».

³⁰ Queste le considerazioni del giudice Gorsuch nella concurring opinion del caso *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1152 (10th Cir. 2016).

³¹ Il termine “major question” deriva dalla citazione ricavata in S. Breyer, *Judicial Review of Questions of Law and Policy*, 38 Admin. L. Rev. 363, 1986, p. 370: «A court may also ask whether the legal question is an important one. Congress is more likely to have focused upon, and answered, major questions, while leaving interstitial matters to answer themselves in the course of the statute's daily administration». Cfr. a riguardo K.O. LESKE, *Major Questions About the “Major Questions” Doctrine*, 5 Mich. J. Envtl. & Admin. L. 479 ss.

³² C.R. SUNSTEIN, *There are Two “Major Questions” Doctrine*, 4 novembre 2020, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3724642> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3724642>.

³³ 21 U. S. C. § 301.

³⁴ *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 126 (2000).

Nel dirimere la controversia, i giudici hanno concentrato la loro attenzione sul primo dei due test elaborati in *Chevron*. La Corte ha premesso di dover verificare se il Congresso avesse specificamente affrontato la questione anzidetta sotto un triplice profilo, e cioè indagando il significato normativo della disposizione legislativa in primo luogo sotto il profilo testuale, contestualizzandola nell'ambito della legge in cui era collocata; in secondo luogo valutando la legge in questione alla luce di altri atti legislativi attraverso i quali il Congresso aveva disciplinato l'oggetto intorno a cui era sorta la questione; infine, facendosi guidare dal buon senso in ordine alla probabilità che il Congresso avesse delegato «a policy decision of such economic and political magnitude to an administrative agency»³⁵. Dopo avere riscontrato che sotto i primi due profili di indagine la risposta alla domanda posta doveva ritenersi positiva, la Corte ha affrontato il terzo profilo e affermato che sebbene la dottrina *Chevron* si fondi sul principio per cui, di fronte norme ambigue, è presumibile che il Congresso abbia implicitamente delegato alle agencies il compito di interpretarle, «in extraordinary cases there may be reason to hesitate before concluding that Congress has intended such an implicit delegation»³⁶. In questa prospettiva, i giudici ritengono che «that Congress could not have intended to delegate a decision of such economic and political significance to an agency in so cryptic a fashion»³⁷.

Negli anni successivi, la Corte Suprema ha avuto modo di utilizzare in alcuni casi questo criterio interpretativo³⁸. Significativamente, essa sembra inoltre averne recentemente esteso il campo di applicazione in *Utility Air Regulatory Group v. EPA* e in *King v. Burwell* dove i giudici hanno ritenuto necessario limitare il potere di interpretazione delle agencies qualora esso possa portare ad un «an enormous and transformative expansion in [their] regulatory authority without clear congressional authorization»³⁹, o riguardi «a question of deep “economic and political significance”»⁴⁰.

Le ultime due sentenze sembrano in parte differire da *Brown & Williamson Tobacco*. Se in quest'ultima la Corte ha limitato l'ambito di applicazione delle agencies federali partendo da una

³⁵ *Id.*, 128.

³⁶ *Id.*, 123. la Corte cita quindi il già menzionato articolo di S. Breyer, ritenendo che «(“A court may also ask whether the legal question is an important one. Congress is more likely to have focused upon, and answered, major questions, while leaving interstitial matters to answer themselves in the course of the statute’s daily administration”))».

³⁷ *Id.*, 160.

³⁸ Cfr., ad esempio, *Whitman v. American Trucking Ass’ns*, 531 U.S. 457, 468 (2001); *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243, 267 (2006).

³⁹ *Utility Air Regulatory Grp. v. EPA*, 134 S. Ct. 2427, 2444 (2014).

⁴⁰ *King v. Burwell*, 135 S. Ct. 2480 (2015).

interpretazione più stringente del primo step della dottrina *Chevron*, in *Utility Air* e in *King v Burwell* il ragionamento dei giudici sembra volto ad escluderne l'applicazione in ragione della portata o degli effetti della questione presentata. I giudici sembrano così dare una veste nuova al criterio utilizzato in *Williamson*, scorporandolo dal triplice controllo ivi operato, ed utilizzandolo invece come un parametro autonomo che opera nei casi in cui la questione presentata comporti trasformazioni di grande impatto politico ed economico che esclude la *Chevron deference* anche qualora il testo normativo sia ambiguo.

Appare così rovesciato il criterio della deferenza giudiziale elaborato in *Chevron*: mentre in forza di quel precedente, di fronte a una ambiguità normativa, le agencies erano legittimate ad esercitare anche poteri impliciti a patto che l'interpretazione da loro fornita fosse, in qualche misura, ragionevole, in *King v. Burwell* la Corte sembra forse riscoprire il fondamento ultimo della *nondelegation doctrine*, ritenendo che quando l'esercizio dei poteri delegati comporta trasformazioni di grande impatto politico ed economico, sia più difficile ricavare la legittimità di tali poteri da disposizioni normative ambigue, risalenti o incerte. In altre parole, il Congresso «does not hide the delegation of elephant-like regulatory powers in the mousehole-like landscape of obscure and technical statutory provisions»⁴¹.

Nata come un corollario del controllo operato dai giudici all'interno del duplice test elaborato in *Chevron*, la *major question doctrine* pare dunque distaccarsene, operando come un criterio interpretativo autonomo; letta in questo modo, essa risulta quindi porsi come una sicura limitazione dello stato amministrativo. Tuttavia, l'applicazione di tale teoria è incerta⁴², perché ancora non è del tutto chiaro quali siano i confini entro cui essa possa essere invocata. Alcuni autori hanno addirittura dubitato che essa esista concretamente, chiedendosi piuttosto se i casi qui elencati non possano forse essere meglio spiegati «on mundane grounds without positing a freefloating but unstated 'major issues' inquiry»⁴³. Altri ne hanno segnalato l'importanza, ritenendo però che, alla prova dei fatti, la sua applicazione incostante e saltuaria l'abbia trasformata in «a toothless judicial

⁴¹ M. COENEN, S. DAVIS, *Minor Courts, Major Questions*, 70 *Vanderbilt Law Review* 777, 2019, p. 788.

⁴² Le difficoltà legate alla ricostruzione teorica di questa dottrina, emergono anche dalla lettura "forte" o "debole" della stessa indicata da C. Sunstein, *There are Two "Major Questions" Doctrine*, cit., p. 2-3: «(...) the major question doctrine has been understood in two radically different way. The first suggests a kind of "carve out" from *Chevron* deference when a major question is involved. (...). The strong version, by contrast, operates as a clear statement principle, in the form of firm barrier to certain agency interpretations (...) The two versions have different justifications. The weak version is rooted in the prevailing theory behind *Chevron*, which is that Congress has implicitly delegated law-interpreting power to the agency. (...).

⁴³ Così G. LAWSON, *Federal Administrative Law*, West Academic Publishing, 2008, p. 673.

tool»⁴⁴. Altri ancora, infine, hanno osservato come essa sia almeno potenzialmente in grado di alterare la *Chevron deference*, sottraendo il potere di interpretazione delle leggi delegate dalle mani delle agencies per riportando in quelle delle Corti⁴⁵ (o quanto meno della Corte Suprema)⁴⁶. Quale che sia la lettura corretta, quello che appare chiaro è che, fino ad ora, l'utilizzo della *major questions doctrine* è rimasto confinato ad alcuni casi particolari, e la Corte non ha mai provveduto a spiegare in modo chiaro quali siano i “major cases” in cui essa merita di essere invocata e quali invece no. Ciò rende difficile ipotizzare che, almeno nell'immediato, tale dottrina possa soppiantare la ben più radicata *Chevron deference*, che come detto costituisce un criterio consolidato su cui ormai si poggia l'intero diritto amministrativo americano⁴⁷.

Qualche indicazione sulla futura applicazione di *Chevron* e sulla portata della *major question doctrine* può forse essere ricavata indagando l'inclinazione di alcuni degli attuali componenti della Corte Suprema. La dottrina *Chevron*, infatti, è stata oggetto delle critiche di Thomas, che ha espresso i suoi dubbi sulla sua costituzionalità per contrasto con la separazione dei poteri⁴⁸, ma anche di Roberts e Alito, che ne hanno contestato l'eccessivo ed indiscriminato utilizzo⁴⁹. Ancora più significativa appare la contrarietà espressa da Gorsuch e Kavanaugh durante il loro mandato

⁴⁴ A. HOWAYECK, *The Major Questions Doctrine: How the Supreme Court's Efforts to Rein in the Effects of Chevron Have Failed to Meet Expectations*, cit., p. 184: «The sparse and inconsistent invocation of the major questions doctrine illustrates that it is a toothless judicial tool when it comes to limiting the scope of Chevron».

⁴⁵ Cfr. J.J. MONAST, *Major Questions about the Major Questions Doctrine*, 68 Adm. L. Rev. 3, 452. «[A] reading of *Burwell* suggests that the Court may intend to expand its authority and, therefore, restrict the power of the Executive Branch, at least in “extraordinary cases”, by limiting the application of Chevron deference».

⁴⁶ Secondo M. COENEN, S. DAVIS, *Minor Courts, Major Questions*, cit. p. 179-780 «the lower courts should not apply the MQE. Rather the exception should exist as a tool for the Supreme Court and only the Supreme Court to use, and lower courts should therefore never ask whether a given question qualifies as “minor” enough for Chevron or “major” enough for some other standard of review. A question should not qualify as “major” unless and until the Court has granted certiorari to resolve it».

⁴⁷ Come ricordato da K.E. HICKMAN, A.L. NIELSON, *The Future Of Chevron Deference*, 70 Duke L.J. 1015, 2021, p. 1017, «Even if they might sometimes do so only grudgingly, lower court judges regularly rely on Chevron—and the Supreme Court rarely reverses those decisions. Chevron continues to play a significant role in the law, even if it is rarely cited by the Justices. Nor is it clear that the Supreme Court is looking to toss out Chevron altogether. In its 2019 decision in *Kisor v. Wilkie*, a divided Court rejected a chorus of calls to overrule Chevron's cousin, *Auer v. Robbins*, which prescribed judicial deference when an agency interprets ambiguities in its own regulations. Instead, the Court merely narrowed Auer's scope. The Court's reluctance to overrule Auer, a much less important decision than Chevron, suggests that the Court may not be inclined to overrule Chevron deference outright».

⁴⁸ *Michigan v. Evtl. Prot. Agency*, 576 U.S. ____ (2015) (Thomas concurring) «*Chevron* deference raises serious separation-of-powers questions».

⁴⁹ *City of Arlington v. FCC*, 569 U.S. 290, 323–27 (2013) (Roberts dissenting, joined Alito) « Chevron is a powerful weapon in an agency's regulatory arsenal (...). Before a court may grant such deference, it must on its own decide whether Congress—the branch vested with lawmaking authority under the Constitution—has in fact delegated to the agency lawmaking power over the ambiguity at issue».

come giudici federali, che ha condizionato in parte anche il loro processo di nomina⁵⁰. Famosa, a questo riguardo, è la concurring opinion in *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, in cui il giudice Gorsuch ha criticato il potere delle agencies federali di interpretare estensivamente gli atti delegati ambigui, sostenendo che, dal momento che non solo la Costituzione ma anche l'APA affida ai giudici il compito «to say what the law is», la *Chevron deference* «seems no less than a judge-made doctrine for the abdication of the judicial duty»⁵¹. Alle criticità espresse da Gorsuch⁵² fanno eco le considerazioni di Kavanaugh che, in una lunga e articolata dissenting opinion, ha ricostruito i precedenti giudiziari della *major question doctrine*, ritenendo che essa «helps preserve the separation of powers and operates as a vital check on expansive and aggressive assertions of executive authority»⁵³. Essa costituisce quindi un canone interpretativo vincolante anche per le corti inferiori⁵⁴, che limita il ricorso a *Chevron* tutte le volte che l'oggetto dell'atto delegato riguardi «a major rule»; come ricordato da Kavanaugh, infatti, «while the Chevron doctrine allows an agency to rely on statutory ambiguity to issue ordinary rules, the major rules [question] doctrine prevents an agency from relying on statutory ambiguity to issue major rules»⁵⁵.

È difficile ricostruire in modo sistematico la coerenza tra tali interpretazioni. Quello che però è opportuno segnalare è che, guardate nel loro insieme, le argomentazioni della maggioranza dei

⁵⁰ Con riferimento alla nomina di Gorsuch, L.P. VANONI, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale*, in DPCE, 3, 2017, p. 833 ss.

⁵¹ *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, no. 14-9585 (10th Cir. 2016) « For whatever the agency may be doing under Chevron, the problem remains that courts are not fulfilling their duty to interpret the law and declare invalid agency actions inconsistent with those interpretations in the cases and controversies that come before them. A duty expressly assigned to them by the APA and one often likely compelled by the Constitution itself. That's a problem for the judiciary. And it is a problem for the people whose liberties may now be impaired not by an independent decisionmaker seeking to declare the law's meaning as fairly as possible — the decisionmaker promised to them by law — but by an avowedly politicized administrative agent seeking to pursue whatever policy whim may rule the day».

⁵² Fedele ad una interpretazione Jeffersoniana della Costituzione che pare prestare particolare attenzione ai limiti costituzionali del governo federale, Gorsuch ha espresso i suoi dubbi anche da giudice della Corte suprema; come osservato da E. HICKMAN, A.L. NIELSON, *Narrowing Chevron's Domain*, 70 Duke L.J. 93, 2021, p. 934 Gorsuch ha infatti in qualche modo invitato i ricorrenti a chiedere alla Corte suprema il superamento o la ridefinizione dei tests elaborati in *Chevron* in *Epic Sys. Corp. v. Lewis*, 138 S. Ct. 1612, 1629 (2018) («No party to these cases has asked us to reconsider Chevron deference») e in *SAS Inst., Inc. v. Iancu*, 138 S. Ct. 1348, 1358 (2018) («[W]hether Chevron should remain is a question we may leave for another day»).

⁵³ *U.S. Telecom Ass'n v. FCC*, 855 F.3d 381, 418 (D.C. Cir. 2017) (Kavanaugh dissenting): «Under the Constitution's separation of powers, Congress makes the laws, and the Executive implements and enforces the laws. The Executive Branch does not possess a general, free-standing authority to issue binding legal rules. The Executive may issue rules only pursuant to and consistent with a grant of authority from Congress (or a grant of authority directly from the Constitution)».

⁵⁴ *U.S. Telecom Ass'n v. FCC*, 855 F.3d 381, 418 (D.C. Cir. 2017) (Kavanaugh dissenting): «the major rules doctrine constitutes an important principle of statutory interpretation in agency cases. As a lower court, we must follow the major rules doctrine as it has been articulated by the Supreme Court».

⁵⁵ *U.S. Telecom Ass'n v. FCC*, 855 F.3d 381, 418 (D.C. Cir. 2017)

giudici della attuale Corte Suprema sembrano indicare un possibile cambio di prospettiva nella interpretazione del diritto amministrativo americano⁵⁶, e sebbene sia forse ancora presto per ritenere che la Corte Suprema sia pronta ad abbandonare la dottrina *Chevron*, «the message is clear: it is on the thin ice»⁵⁷.

4. *NFIB v. OSHA*: azione amministrativa, principio di legalità ed emergenza sanitaria

Mentre un mutamento giurisprudenziale diretto a ripudiare interamente la *Chevron doctrine* resta un'eventualità sempre possibile, anche se forse improbabile, costituisce invece una certezza la disponibilità della Corte Suprema, perlomeno in questo momento storico, a ricorrere a soluzioni meno impegnative ma comunque in grado di sterilizzare in parte il suo consolidato orientamento favorevole alla delegazione legislativa.

Indicazioni in tale senso possono essere tratte dalla motivazione con la quale la Corte ha accolto la richiesta di sospendere in via cautelare uno dei principali provvedimenti attuativi del piano, annunciato dal Presidente Biden nel settembre del 2021, finalizzato a imporre la vaccinazione a un numero maggiore di statunitensi per fronteggiare la persistente, ampia diffusione dell'infezione COVID-19 sul suolo americano. Coerentemente con detto piano, nel novembre del 2021 veniva pubblicato sul Federal Register un provvedimento, intitolato COVID-19 Vaccination and Testing; Emergency Temporary Standard, adottato dall'OSHA, un'agency amministrativa, facente parte del Dipartimento del lavoro, istituita nel 1970 «to assure so far as possible every working man and woman in the Nation safe and healthful working conditions»⁵⁸.

Se si vuole cogliere il problema con il quale si è dovuta confrontare la Corte in *NFIB v. OSHA*, è necessario menzionare qualche aspetto della disciplina legislativa nell'ambito della quale si colloca il potere che è stato esercitato dell'OSHA per adottare il provvedimento oggetto di controversia.

⁵⁶ Analogamente anche G. ROMEO, *Interpretazione della legge e judicial deference nella Corte Suprema del dopo Scalia*, in DPCE 2/2018, p. 524 secondo cui «la componente conservatrice della Corte, tradizionalmente diffidente verso il big government, intraved[e] nella ridefinizione dei limiti interpretativi delle deference doctrines un'occasione per il protagonismo statale anche nella congiuntura storica più favorevole a un Administrative (federal) State».

⁵⁷ E. HICKMAN, A.L. NIELSON, *Narrowing Chevron's Domain*, cit., p. 935.

⁵⁸ 29 U.S.C. § 651(b).

Anzitutto conviene ricordare che, al fine di consentire ad OSHA di perseguire la finalità anzidetta, la legge istitutiva autorizza il Secretary of Labor, in via ordinaria, a «to set mandatory occupational safety and health standards applicable to businesses affecting interstate commerce»⁵⁹. E stabilisce un procedimento che assicura che l'approvazione di normative generali ad opera dell'agency avvenga previo adeguato coinvolgimento dei soggetti interessati, così da garantire, per tale via, una sorta di legittimazione popolare dell'azione amministrativa quando essa assomigli a un esercizio di potere legislativo: un «mandatory occupational safety and health standard» – definito nella legge stessa come «a standard which requires conditions, or the adoption or use of one or more practices, means, methods, operations, or processes, reasonably necessary or appropriate to provide safe or healthful employment and places of employment»⁶⁰ – diviene infatti efficace dopo che sia trascorso il periodo di tempo durante il quale può avere luogo un contraddittorio tra l'agency e chiunque sia contrario allo standard proposto⁶¹.

In circostanze eccezionali, tuttavia, la legge impone al Secretary of Labor di provvedere all'adozione di regole temporanee d'emergenza che divengono efficaci immediatamente, senza che abbia luogo alcun contraddittorio pubblico. La disposizione legislativa rilevante stabilisce infatti che «The Secretary shall provide [..omissis..] for an emergency temporary standard to take immediate effect upon publication in the Federal Register if he determines (A) that employees are exposed to grave danger from exposure to substances or agents determined to be toxic or physically harmful or from new hazards, and (B) that such emergency standard is necessary to protect employees from such danger»⁶². Il temporary emergency standard resta in vigore fino a quando non venga approvato uno standard secondo la procedura ordinaria o, comunque, fino ad un massimo di sei mesi dopo la sua pubblicazione sul Federal Register⁶³.

Ebbene, l'OSHA, appellandosi a quest'ultima disposizione⁶⁴, aveva stabilito, in conformità con il piano di contrasto al COVID-19 annunciato dal Presidente Biden, una complessa disciplina, avente carattere temporaneo, finalizzata a proteggere i lavoratori non vaccinati impiegati presso società con almeno cento lavoratori dal rischio di contrarre il COVID-19. Tale disciplina, più in

⁵⁹ 29 U.S.C. § 651(b)(3).

⁶⁰ 29 U.S.C. § 652(8).

⁶¹ 29 U.S.C. § 655(b)(2)-(3). Spetta in ogni caso al *Secretary of Labor*, all'esito del contraddittorio, valutare se procedere o meno alla promulgazione dello standard in esame.

⁶² 29 U.S.C. § 655(c)(1).

⁶³ 29 U.S.C. § 655(c)(2)-(3).

⁶⁴ 86 Fed. Reg. 61404- 61407 (2021).

particolare: prevedeva che i datori di lavoro anzidetti⁶⁵ implementassero obbligatoriamente delle linee guida in base alle quali i rispettivi lavoratori sarebbero stati tenuti a vaccinarsi completamente o, nel caso in cui ciò fosse stato permesso dagli stessi datori di lavoro, a sottoporsi settimanalmente a test diagnostici e ad indossare sul viso dispositivi di protezione individuale se in presenza di altri lavoratori; precisava che le spese per la vaccinazione sarebbero state a carico dei datori di lavoro e non dei lavoratori, ai quali sarebbe stato riconosciuto un permesso retribuito per sottoporsi all'inoculazione del vaccino; imponeva ai datori di lavoro di impedire l'accesso ai luoghi di lavoro da parte dei lavoratori che, in base ai test o ad accertamenti, fossero risultati positivi al COVID-19; stabiliva delle sanzioni pecuniarie in caso di violazione degli obblighi previsti; prevedeva espressamente l'invalidità di tutte le normative statali e locali che avessero vietato o limitato l'autorità dei datori di lavoro di imporre un obbligo vaccinale ai propri lavoratori.

Nei confronti del provvedimento in questione venivano proposti in sede giurisdizionale molteplici ricorsi recanti la richiesta di annullamento, previa sospensione in via cautelare della sua efficacia. Quest'ultima istanza tuttavia veniva rigettata dalla Corte d'Appello per il Sesto Circuito⁶⁶, alla quale era stata nel frattempo attribuita la competenza a decidere le controversie⁶⁷. Con la sentenza *NFIB v. OSHA*, la Corte Suprema ha riformato la decisione provvisoria della Corte d'Appello per il Sesto Circuito e sospeso il provvedimento adottato dall'agency, ritenendo probabile il successo nel merito dei ricorrenti nel giudizio incardinato presso l'anzidetta Corte d'Appello⁶⁸. La decisione della Corte Suprema, seppure pronunciata in via cautelare, ha di fatto

⁶⁵ Con alcune limitate eccezioni. Il provvedimento adottato dall'OSHA escludeva infatti dal suo ambito di applicazione i lavoratori impiegati in luoghi di lavoro assoggettati a specifiche normative approvate da altre agencies, nonché i lavoratori che non si presentano in luoghi di lavoro dove sono presenti altri lavoratori o clienti, e quelli che lavorano da casa o esclusivamente all'esterno.

⁶⁶ *Mass. Bldg. Trades Council v. United States Dep't of Labor, Occupational Safety & Health Admin. (In re: MCP No. 165, Occupational Safety & Health Admin.)*, 121521 FED6, 21-7000.

⁶⁷ Cfr. *Judicial Panel on Multidistrict Litigation*, MCP No. 165, In re: Occupational Safety and Health Administration, Interim Final Rule: COVID-19 Vaccination and Testing; Emergency Temporary Standard, 86 Fed. Reg. 61402, in https://www.jpml.uscourts.gov/sites/jpml/files/MCP-165-Consolidation_Order-11-16-2021.pdf.

⁶⁸ 595 U.S. ____ (2022), S. Ct. 664-665 (2022): «Applicants are likely to succeed on the merits of their claim that the Secretary lacked authority to impose the mandate». La richiesta di sospensione del provvedimento in questione è stata valutata esclusivamente sotto il profilo descritto. La Corte ha infatti negato di essere tenuta a indagare oltre, ed in particolare di dover apprezzare l'eventuale esistenza di ragioni di equità che avrebbero potuto essere opposte alla richiesta («The equities do not justify withholding interim relief»). Ciò sulla base della considerazione che valutazioni di questa natura sono riservate a coloro che vengono scelti dal popolo attraverso il processo democratico («We are told by the States and the employers that OSHA's mandate will force them to incur billions of dollars in unrecoverable compliance costs and will cause hundreds of thousands of employees to leave their jobs. [..omissis..] For its part, the Federal Government says that the mandate will save over 6,500 lives and prevent hundreds of thousands of hospitalizations. [..omissis..] It is not our role to weigh such tradeoffs. In our system of government, that is the

decretato la morte del COVID-19 Vaccination and Testing; Emergency Temporary Standard ancora prima che la Corte d'Appello per il Sesto circuito, alla quale il caso era stato rinviato, tornasse a pronunciarsi⁶⁹. Tant'è vero che l'agency, preso atto dell'esito del giudizio cautelare, ne ha disposto la revoca⁷⁰.

Volendo qui anticipare alcune prime osservazioni tratte dal ragionamento seguito dalla Corte per supportare la sua decisione – pronunciata, lo si ribadisce in quanto fattore non irrilevante ai fini della sua valutazione, nell'ambito di un procedimento cautelare d'urgenza – si può dire anzitutto che esso è stato svolto pressoché esclusivamente sul filo del significato complessivo attribuibile alla legge istitutiva dell'OSHA, contenente la disposizione che conferisce a tale agency il potere di promulgare emergency temporary standards. La Corte, in altri termini, ha risolto il problema sottoposto sul piano dell'interpretazione della legge ordinaria, senza appellarsi a principi tipici del diritto costituzionale, salvo quello, ricordato fuggacemente nella decisione, che impone alle amministrazioni di esercitare i poteri loro conferiti nel rispetto delle leggi (e che possiamo convenzionalmente chiamare – avvalendoci di una terminologia a noi nota – principio di legalità dell'azione amministrativa).

Si può inoltre osservare che il metodo interpretativo utilizzato dalla Corte appare a prima vista, almeno agli occhi di un giurista italiano, poco ortodosso: la decisione non contiene infatti alcuna analisi puntuale della disposizione legislativa speciale che, come detto, era stata indicata da OSHA quale fondamento legale del COVID-19 Vaccination and Testing; Emergency Temporary

responsibility of those chosen by the people through democratic processes»). Cfr. 595 U.S. ___ (2022), S. Ct. 666 (2002)

Questo approccio è stato criticato nell'opinione dissenziente firmata dai giudici Breyer, Sotomayor e Kagan – cfr. 595 U.S. ___ (2022), S. Ct. 675 (2022) – e ha destato perplessità anche in diversi commentatori – cfr., ad esempio, R.M. RE, *Did the Supreme Court Overrule Equity?*, in <https://richardresjudicata.wordpress.com/2022/01/14/did-the-supreme-court-overrule-equity/>; W. BAUDE, *Balancing the Equities in the Vaccine Mandate Case*, in <https://reason.com/volokh/2022/01/14/balancing-the-equities-in-the-vaccine-mandate-case/>.

⁶⁹ La sospensione disposta dalla Corte Suprema, ancorché provvisoria, rendeva pressoché impossibile che il provvedimento dell'OSHA ricevesse applicazione anche dopo la conclusione del procedimento giurisdizionale. Ciò non solo perché tale procedimento si sarebbe verosimilmente concluso con l'annullamento del provvedimento in questione, considerato il tenore della valutazione espresso dalla Corte Suprema sul merito della controversia, ma anche perché esso, in base alla stima dei tempi necessari per la celebrazione del giudizio davanti alla Corte d'Appello per il Sesto circuito e di quello eventualmente attivato davanti alla Corte Suprema per la revisione della decisione resa dalla prima, non si sarebbe verosimilmente concluso prima della scadenza della durata legale (di sei mesi) dell'Emergency Temporary Standard.

⁷⁰ Cfr. COVID-19 Vaccination and Testing; Emergency Temporary Standard, 87 Fed. Reg. 3928 (2022), in <https://www.federalregister.gov/documents/2022/01/26/2022-01532/covid-19-vaccination-and-testing-emergency-temporary-standard>.

Standard⁷¹. La valutazione sul rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa è stata invece resa a valle di un'analisi del contesto legislativo in cui quella disposizione si colloca, da un lato, e alla luce dell'attività svolta dall'OSHA nel lasso di tempo intercorrente dalla sua istituzione fino ad oggi, dall'altro lato. Il che, francamente, è forse sorprendente anche agli occhi di un giurista americano, soprattutto considerato che la maggioranza che ha avallato la decisione per curiam annoverava tra le sue file giudici che notoriamente si ispirano a metodi interpretativi riconducibili al c.d. testualismo.

Infine, e questa è forse l'osservazione più significativa, merita di essere sottolineato che la decisione in commento è stata presa senza prestare alcuna deferenza all'interpretazione della legge che OSHA aveva dato per giustificare la legittimità del suo provvedimento. Diversamente da altri innumerevoli casi, la Corte non ha insomma applicato la *Chevron doctrine*, che non viene neppure menzionata nella decisione. La via percorsa dalla Corte in *NFIB v. OSHA* procede invece in tutt'altra direzione rispetto a quella ordinariamente battuta dalla giurisprudenza in giudizi nei quali si controverta sul significato da attribuire a disposizioni legislative la cui attuazione ed esecuzione è affidata alle amministrazioni federali.

Ma entriamo nei particolari.

Dopo avere ricordato che le agencies federali sono organi istituiti dalla legge e che conseguentemente possiedono esclusivamente i poteri attribuiti loro dalla legge⁷², la Corte ha evidenziato il carattere eccezionale del potere esercitato dall'OSHA e tradottosi nel provvedimento sottoposto al suo esame, il quale, secondo le stime dall'agency, avrebbe dovuto interessare più di 80

⁷¹ Una simile analisi è invece presente nella dissenting opinion dei giudici Breyer, Sotomayor e Kagan, i quali peraltro, al termine della loro analisi, hanno espresso la convinzione che il silenzio sul punto nella decisione per curiam dovesse essere inteso come un implicito riconoscimento dell'univocità di significato ricavabile dalla disposizione esaminata sulla base del suo tenore letterale. Hanno infatti affermato: «[t]he Court does not dispute that the statutory terms just discussed, read in the ordinary way, authorize this Standard. In other words, the majority does not contest that COVID-19 is a “new hazard” and “physically harmful agent”; that it poses a “grave danger” to employees; or that a testing and masking or vaccination policy is “necessary” to prevent those harms». Cfr. *NFIB v. OSHA*, 595 U.S. ____ (2022), S. Ct. 672 (2022). La Corte ha tuttavia replicato a tale affermazione in una breve nota del seguente tenore: «The dissent says that we do “not contest,” [..omissis..] that the mandate was otherwise proper under the requirements for an emergency temporary standard, see 29 U. S. C. §655(c)(1). To be clear, we express no view on issues not addressed in this opinion». Cfr. 595 U.S. ____ (2022), S. Ct. 666 (2022).

⁷² *NFIB v. OSHA*, 595 U.S. ____ (2022), S. Ct. 665 (2022): «Administrative agencies are creatures of statute. They accordingly possess only the authority that Congress has provided».

milioni di lavoratori. Per la Corte, «[T]his is no ‘everyday exercise of federal power.’ [..omissis..] It is instead a significant encroachment into the lives – and health – of a vast number of employees»⁷³.

Muovendo da questa prima, decisiva considerazione, la Corte ha affermato, in continuità con quanto statuito in una sua recente decisione⁷⁴, che «We expect Congress to speak clearly when authorizing an agency to exercise powers of vast economic and political significance»⁷⁵; ed ha quindi annunciato che, in forza di tale canone interpretativo, il suo compito sarebbe stato quello di verificare se l’atto istitutivo dell’OSHA autorizzasse in modo manifesto l’adozione di una misura come quella in controversia⁷⁶. E a tale riguardo, la Corte ha rilevato, da un lato, la presenza di diverse previsioni che legittimano l’OSHA ad adottare normative che regolino i rischi che i lavoratori corrono sui luoghi di lavoro, dall’altro lato, l’assenza di previsioni che autorizzino invece l’agency ad adottare provvedimenti finalizzati alla tutela della salute pubblica⁷⁷.

Rigettando la diversa prospettazione del Solicitor General, secondo cui il rischio di contrarre il COVID-19 avrebbe dovuto essere qualificato come pericolo correlato al lavoro, la Corte ha valutato che detto rischio, sebbene ricorrente in numerosi luoghi di lavoro, non fosse un rischio specificamente professionale nella maggior parte⁷⁸, dovendosi piuttosto qualificare come un rischio universale, che può cioè essere corso ovunque⁷⁹. A fronte di tale caratterizzazione, la Corte ha concluso che se si permettesse a OSHA di regolare i pericoli che quotidianamente la vita pone, semplicemente perché possono verificarsi sui luoghi di lavoro, si espanderebbe significativamente, senza una chiara autorizzazione del Congresso, il potere regolatorio dell’agency⁸⁰. La quale è certamente legittimata a fronteggiare i rischi ingenerati dal virus SARS-CoV-2 a causa delle

⁷³ *Ib.*

⁷⁴ *Alabama Association of Realtors v. Department of Health and Human Services*, 594 U.S. ____ (2021).

⁷⁵ *NFIB v. OSHA*, 595 U.S. ____ (2022), S. Ct. 665 (2022).

⁷⁶ *Ib.*: «The question, then, is whether the Act plainly authorizes the Secretary’s mandate».

⁷⁷ *Ib.*: «The Act empowers the Secretary to set workplace safety standards, not broad public health measures». «Confirming the point, the Act’s provisions typically speak to hazards that employees face at work. [..omissis..] And no provision of the Act addresses public health more generally, which falls outside of OSHA’s sphere of expertise».

⁷⁸ *Ib.*: «Although COVID–19 is a risk that occurs in many workplaces, it is not an occupational hazard in most».

⁷⁹ *Ib.*: «COVID–19 can and does spread at home, in schools, during sporting events, and everywhere else that people gather. That kind of universal risk is no different from the day-to-day dangers that all face from crime, air pollution, or any number of communicable diseases».

⁸⁰ *Ib.*: «Permitting OSHA to regulate the hazards of daily life—simply because most Americans have jobs and face those same risks while on the clock—would significantly expand OSHA’s regulatory authority without clear congressional authorization».

particolari caratteristiche di un lavoro o di un luogo di lavoro, ma deve farlo mediante normative mirate⁸¹.

L'approccio dell'agency nel caso di specie, caratterizzato dalla mancata distinzione tra rischio professionale e rischio in generale, ha dunque assunto, secondo la Corte, il carattere di una misura di sanità pubblica⁸², in quanto tale non prevista e non consentita dalla legge istitutiva dell'OSHA, come neppure da alcuna altra legge del Congresso⁸³, che anzi si era astenuto dal prevedere una simile misura⁸⁴ e si era attivato, pochi giorni dopo l'entrata in vigore del provvedimento controverso, per annullarlo⁸⁵. A sostegno di tale conclusione, la Corte ha peraltro sottolineato come in cinquant'anni di vita l'OSHA non avesse mai adottato una regolazione come quella in esame, finalizzata a fronteggiare un rischio slegato, in ogni senso causale, dai luoghi di lavoro⁸⁶. A giudizio della Corte, entrambi gli elementi appena ricordati costituirebbero chiare indicazioni del fatto che la normativa adottata si sia estesa al di là del suo ambito legittimo⁸⁷.

⁸¹ *NFIB v. OSHA*, 595 U.S. ____ (2022), S. Ct. 665-666 (2022): «That is not to say OSHA lacks authority to regulate occupation-specific risks related to COVID-19. Where the virus poses a special danger because of the particular features of an employee's job or workplace, targeted regulations are plainly permissible. We do not doubt, for example, that OSHA could regulate researchers who work with the COVID-19 virus. So too could OSHA regulate risks associated with working in particularly crowded or cramped environments. But the danger present in such workplaces differs in both degree and kind from the everyday risk of contracting COVID-19 that all face».

⁸² *Ib.*: «OSHA's indiscriminate approach fails to account for this crucial distinction—between occupational risk and risk more generally—and accordingly the mandate takes on the character of a general public health measure».

⁸³ *Ib.*: «In looking for legislative support for the vaccine mandate, the dissent turns to the American Rescue Plan Act of 2021 [...]. That legislation, signed into law on March 11, 2021, of course said nothing about OSHA's vaccine mandate, which was not announced until six months later. In fact, the most noteworthy action concerning the vaccine mandate by either House of Congress has been a majority vote of the Senate disapproving the regulation on December 8, 2021».

⁸⁴ *Id.*, S. Ct. 662-663 (2022). «although Congress has enacted significant legislation addressing the COVID-19 pandemic, it has declined to enact any measure similar to what OSHA has promulgated here».

⁸⁵ *Id.*, S. Ct. 666 (2022): «the most noteworthy action concerning the vaccine mandate by either House of Congress has been a majority vote of the Senate disapproving the regulation on December 8, 2021». Cfr. *Id.*, S. Ct. 662-663 e 666 (2022). In effetti, pochi giorni dopo l'approvazione delle regole emergenziali contestate, il Senato aveva approvato una risoluzione con cui aveva espresso la sua contrarietà a tale misura. Cfr. S. J. Res. 29, 117th Cong., 1st Sess. (2021): «This joint resolution nullifies a Department of Labor emergency temporary standard for preventing the transmission of COVID-19 in employment settings. Under the standard issued on November 5, 2021, employers with 100 or more employees must require their onsite employees to either be fully vaccinated against COVID-19 or undergo weekly COVID-19 testing».

⁸⁶ *Ib.*: «It is telling that OSHA, in its half century of existence, has never before adopted a broad public health regulation of this kind—addressing a threat that is untethered, in any causal sense, from the workplace».

⁸⁷ *NFIB v. OSHA*, 595 U.S. ____ (2022), S. Ct. 665-666 (2022): «This “lack of historical precedent,” coupled with the breadth of authority that the Secretary now claims, is a “telling indication” that the mandate extends beyond the agency's legitimate reach».

5. Who decides?

La tenuta dei singoli passaggi argomentativi nei quali si articola *NFIB v. OSHA* è apparsa ai primi commentatori americani dubbia, tanto da spingere alcuni tra loro a ritenere discutibile la linearità della stessa motivazione complessivamente intesa⁸⁸. In questa sede ci interessa non tanto dare conto di tali criticità, quanto soffermarci sul particolare canone interpretativo evocato dalla Corte per inquadrare la questione sottoposta al suo sindacato, nonché sulle implicazioni sul piano costituzionale connesse al suo impiego.

Come detto, l'impianto argomentativo della decisione poggia sul canone (in dottrina e in giurisprudenza comunemente denominato *major questions doctrine*) per cui nell'interpretare una legge si può ravvisare in essa la volontà del Congresso di delegare all'amministrazione l'esercizio di poteri di enorme rilevanza economica e politica, soltanto se una simile volontà sia stata espressa chiaramente. Formulato in questi termini, il canone in esame rappresenta, lo si è già rilevato⁸⁹, un'acquisizione relativamente recente nella giurisprudenza della Corte, e parrebbe rispondere alla volontà di quest'ultima di ribadire l'esistenza di limiti costituzionali opponibili all'amministrazione in un ordinamento che è andato riconoscendo ad essa poteri sempre più estesi e profondi.

Tra detti limiti è annoverato tradizionalmente il principio di legalità, che infatti la Corte Suprema ha evocato all'inizio della motivazione della decisione in esame, dove si legge che «Administrative agencies are creatures of statute. They accordingly possess only the authority that Congress has provided»⁹⁰. Si può tuttavia osservare che un simile principio non comporta, di per sé, che sul piano interpretativo debba operare un canone come quello utilizzato in questo caso dalla Corte. La verità di quanto si va dicendo può essere facilmente colta qualora si consideri che anche il canone interpretativo che va sotto il nome di *Chevron doctrine*, seppur avente un contenuto ben differente dalla dottrina utilizzata in *NFIB v. OSHA*, è strettamente connesso al principio di legalità:

⁸⁸ La decisione in commento è stata finora oggetto di alcune prime, solo sommarie analisi da parte di studiosi americani di diritto costituzionale e amministrativo. Cfr. tra gli altri, oltre alla dottrina alla nota 68, J.O. MCGINNIS, *Jabbing the Administrative State*, in <https://lawliberty.org/jabbing-the-administrative-state/>, R. MAY, *NFIB v. OSHA: Nondelegation, Major Questions, and Chevron's No Show*, in <https://www.yalejreg.com/nc/nfib-v-osha-of-labor-nondelegation-major-questions-and-chevrons-no-show-by-randolph-may/>, A. MICHAELS, *OSHA Case Shows Fluidity Of Major Questions Doctrine*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4019670, A.S. RUTSCHMAN e R. YEARBY, *Public Health Law and Policy in the Wake of NFIB v. OSHA: Probing Emerging Divides in the Supreme Court's View of Public Health*, in <https://nyujlpp.org/quorum/rutschman-yearby-public-health-law/>.

⁸⁹ Cfr. *retro*, p. 7.

⁹⁰ *NFIB v. OSHA*, 595 U.S. ____ (2022), S. Ct. 665 (2022).

l'affermazione, fatta dalla Corte in *Chevron*, che deve essere rispettata in sede giurisdizionale l'interpretazione della legge accolta dall'amministrazione nella misura in cui, in primo luogo, la legge non abbia affrontato direttamente e chiarito espressamente questioni relative al suo significato e, in secondo luogo, l'interpretazione dell'amministrazione non sia irragionevole, ha come riflesso inevitabile che sia considerata conforme alla legge qualsiasi azione amministrativa che risulti fondata sull'interpretazione della legge fornita dall'amministrazione medesima.

L'argomento prospettato dalla Corte Suprema in *NFIB v. OSHA* per giustificare la *major questions doctrine* sembra – in sé considerato – inadeguato: il mero richiamo al principio di legalità non spiega infatti perché i giudici, in sede di interpretazione di una legge, debbano aspettarsi che il Congresso parli chiaramente quando autorizza un'agency ad esercitare «powers of vast economic and political significance» e non, invece, accettare l'interpretazione data dall'agency alla legge se quest'ultima risulta essere vaga o ambigua quanto al suo stesso significato, purché ovviamente sia un'interpretazione ragionevole.

Se dunque la Corte si è risolta nel senso detto, le ragioni di ciò vanno cercate altrove. E a noi pare, alla luce del contenuto del canone utilizzato nella decisione, che tale ricerca debba essere indirizzata verso due principi costituzionali che sono alla base dello stesso principio di legalità, e cioè il principio della separazione dei poteri e quello della legittimazione democratica. Da intendersi, come si dirà subito, in un'accezione differente rispetto a quella accolta alla nascita della *Chvron doctrine* e poi nella fase del suo successivo consolidamento.

In *Chevron v. Nat. Res. Def. Council, Inc.*, la Corte Suprema aveva verosimilmente ritenuto che il canone interpretativo da essa impiegato rappresentasse la soluzione migliore per la tenuta dei principi costituzionali anzidetti in un contesto segnato, ormai da decenni, dalla volontà del Congresso di intervenire in pressoché tutti gli aspetti della vita economica e sociale e dal conseguente enorme ampliamento dei poteri esercitati dall'amministrazione. A fronte dell'adozione di leggi che, forse inevitabilmente, recano enunciazioni generiche e ambigue, la Corte si era preoccupata di limitare il pericolo che giudici non elettivi usurpassero il potere di compiere, per mezzo dell'interpretazione, scelte sostanzialmente politiche; ed aveva pertanto riservato l'interpretazione di tali leggi alle amministrazioni, le quali, sebbene anch'esse presiedute da funzionari non eletti dal popolo, facevano e fanno però riferimento a un organo elettivo, e dunque politicamente responsabile, come il Presidente.

In *NFIB v. OSHA*, la Corte Suprema ha indicato una soluzione pratica differente, da seguire in presenza di casi di straordinaria rilevanza politica ed economica. Così facendo, essa, ci sembra, ha in parte ridefinito non soltanto i ruoli spettanti rispettivamente al Potere giudiziario e al Potere amministrativo nell'interpretazione delle leggi approvate dal Congresso, ma, più ampiamente e profondamente, anche i ruoli spettanti rispettivamente al Potere legislativo, al Potere amministrativo e al Potere giudiziario in un ordinamento costituzionale fondato sulla democrazia rappresentativa. Il ricorso alla *major questions doctrine*, infatti, ha delle implicazioni notevoli sotto il profilo in esame: essa tende infatti a riaccentrare la funzione di legis-latio in capo al Congresso, ossia ad un organo che non è soltanto elettivo, e dunque politicamente responsabile, ma è anche strutturato costituzionalmente in modalità tali da favorire un controllo adeguato alla natura del potere affidatogli dalla Costituzione; a riportare l'esercizio dell'azione delle agencies entro limiti delineati dalla legge, impedendo loro l'adozione di atti normativi aventi un rilevante impatto economico o politico in assenza di espressa delega in tale senso; a restituire pienamente ai giudici la funzione che è loro propria, di iuris-dictio, assicurando anche per questa via un controllo più stringente sull'operato delle agencies.

Una conferma tanto del fatto che i due canoni interpretativi utilizzati nelle decisioni giurisprudenziali anzidette sono il frutto di concezioni non omogenee dei principi della separazione dei poteri e della legittimazione democratica, quanto del fatto che entrambe tali concezioni hanno guidato i giudici della Corte Suprema che si sono pronunciati in *NFIB v. OSHA*, può essere ricavata dalla lettura della concurring opinion, dovuta alla penna del giudice Gorsuch e condivisa dai giudici Thomas e Alito, e della dissenting opinion, firmata dai giudici Breyer, Sotomayor e Kagan.

La critica alla decisione per curiam mossa da questi ultimi è stata sviluppata, innanzitutto⁹¹, asserendo che la medesima sarebbe stata fondata sull'errata interpretazione della legge istitutiva dell'OSHA e, più in particolare, delle disposizioni indicate dall'agency quale base legale della sua azione. La dissenting opinion ha offerto una lettura alternativa del quadro normativo di riferimento

⁹¹ Ad avviso dei giudici dissenzienti, la Corte non avrebbe dovuto disporre la sospensione del COVID-19 Vaccination and Testing; Emergency Temporary Standard perché nel caso di specie non risultavano soddisfatte le condizioni previste in giurisprudenza per l'esercizio di un potere di tale genere e consistenti non solo nella prova che i ricorrenti verosimilmente prevalgano nel merito, ma anche in quella che la negazione della sospensione dell'atto amministrativo causi loro un danno grave e irreparabile, e che la concessione della sospensione non leda un pubblico interesse. Cfr. *NFIB v. OSHA*, 595 U.S. ____ (2022), S. Ct. 671 (2022). A differenza della decisione della Corte, la dissenting opinion contiene una breve valutazione anche degli ultimi due presupposti dinanzi citati. Cfr. *Ib.*, S. Ct. 675-676 (2022).

oltre che della prassi attuativa dello stesso⁹², al fine di dimostrare che l'agency aveva agito nel rispetto della legge e in modo coerente con la sua storia. A conclusione di tale indagine, condotta sul piano dell'interpretazione della legge, i giudici dissenzienti hanno tuttavia spostato il piano del loro ragionamento, riconoscendo che la questione interpretativa posta alla Corte sottintendeva in realtà ben altro. Secondo i giudici Breyer, Sotomayor e Kagan, infatti, «Underlying everything else in this dispute is a single, simple question: Who decides how much protection, and of what kind, American workers need from COVID-19? An agency with expertise in workplace health and safety, acting as Congress and the President authorized? Or a court, lacking any knowledge of how to safeguard workplaces, and insulated from responsibility for any damage it causes?»⁹³.

La risposta a questa domanda appare rivelatrice dell'adesione, da parte dei giudici dissenzienti, alla concezione che abbiamo detto essere stata all'opera già in *Chevron*. Ed invero, nella dissenting opinion, per un verso, la delimitazione della competenza attribuita dalla legge all'OSHA al fine di fare fronte ai pericoli sui luoghi di lavoro è passata per l'esaltazione dell'esperienza e della competenza di tale agency nel fronteggiare problemi relativi alla salute e alla sicurezza sui luoghi di lavoro⁹⁴; e così, ci pare, è stato sostanzialmente ribadito che il principio della separazione dei poteri non osta al fatto che in un ordinamento costituzionale come quello attuale, nel quale si chiede allo Stato federale di farsi carico del perseguimento di finalità sociali, sia del tutto ammissibile che il Congresso deleghi all'amministrazione, anche avvalendosi di clausole generiche o ambigue, scelte politiche fondamentali relative alle modalità con cui fare fronte a qualsiasi aspetto che riguardi la vita dei lavoratori. Per altro verso, il provvedimento adottato dall'agency per fronteggiare il COVID-19 è stato giustificato nella prospettiva del principio della legittimazione democratica, in quanto avente «the virtue of political accountability, for OSHA is responsible to the President, and the President is responsible to – and can held to account by – the American public»⁹⁵; ed in tale

⁹² *Id.*, S. Ct. 672-675 (2022).

⁹³ *Ib.*, S. Ct. 676 (2022).

⁹⁴ *Ib.*: «Here, an agency charged by Congress with safeguarding employees from workplace dangers has decided that action is needed. The agency has thoroughly evaluated the risks that the disease poses to workers across all sectors of the economy. It has considered the extent to which various policies will mitigate those risks, and the costs those policies will entail. It has landed on an approach that encourages vaccination, but allows employers to use masking and testing instead. It has meticulously explained why it has reached its conclusions. And in doing all this, it has acted within the four corners of its statutory authorization—or actually here, its statutory mandate. OSHA, that is, has responded in the way necessary to alleviate the “grave danger” that workplace exposure to the “new hazard[]” of COVID-19 poses to employees across the Nation. The agency’s Standard is informed by a half century of experience and expertise in handling workplace health and safety issues».

⁹⁵ *Ib.*, S. Ct. 676 (2022).

modo si è espresso il convincimento che tale principio sia soddisfatto nella misura in cui scelte politiche siano assunte da istituzioni soggette al controllo del Presidente, ancorché a quest'ultimo la Costituzione non assegni formalmente poteri legislativi. Per altro verso ancora, è stata sottolineata l'assenza di una simile responsabilità in capo alla Corte Suprema, in quanto «[i]ts Members are elected by, and accountable to, no one», e denunciata altresì la mancanza, in tale organo, di adeguate competenze tecniche per valutare la legittimità di azioni finalizzate a fronteggiare problemi relativi alla salute e alla sicurezza sui luoghi di lavoro⁹⁶; circostanze queste che, stando ai giudici dissenzienti, avrebbero dovuto indurre la Corte ad assumere un atteggiamento di deferenza verso le decisioni assunte in materia dall'OSHA⁹⁷.

Tutt'altra pare invece essere la concezione espressa nella concurring opinion, che ha inquadrato anch'essa il problema centrale sottoposto alla Corte condensandolo nella domanda «Who decides?»⁹⁸. A differenza dei giudici dissenzienti, i giudici concorrenti hanno risposto a tale domanda muovendo dall'idea che mentre una simile competenza spetta indubbiamente ai poteri governanti statali e locali, oltre che i rappresentanti del popolo eletti al Congresso, è invece dubbio che possa essere rivendicata dall'OSHA basandosi sulla legge che l'ha istituita⁹⁹.

Dato per assodato che i poteri governanti statali e locali possiedono competenze per regolare la salute pubblica¹⁰⁰, l'esame del giudice Gorsuch si è soffermato sul potere governante federale. Il pensiero a questo riguardo del primo giudice nominato alla Corte Suprema dal Presidente Trump è stato condensato nella concurring opinion in pochi, concisi periodi: all'osservazione che «[t]he federal government's powers [..omissis..] are not general but limited and divided», ha fatto seguito quella che «[n]ot only must the federal government properly invoke a constitutionally enumerated source of authority to regulate in this area or any other. It must also act consistently with the

⁹⁶ *Id.*: «And we “lack the background, competence, and expertise to assess” workplace health and safety issues».

⁹⁷ *Id.*: «When we are wise, we know enough to defer on matters like this one. When we are wise, we know not to displace the judgments of experts, acting within the sphere Congress marked out and under Presidential control, to deal with emergency conditions. Today, we are not wise».

⁹⁸ 595 U.S. ___ (2022), S. Ct. 667 (2022).

⁹⁹ *Ib.*: «No one doubts that the COVID-19 pandemic has posed challenges for every American. Or that our state, local, and national governments all have roles to play in combating the disease. The only question is whether an administrative agency in Washington, one charged with overseeing workplace safety, may mandate the vaccination or regular testing of 84 million people. Or whether, as 27 States before us submit, that work belongs to state and local governments across the country and the people's elected representatives in Congress».

¹⁰⁰ *Ib.*: «There is no question that state and local authorities possess considerable power to regulate public health. They enjoy the “general power of governing,” including all sovereign powers envisioned by the Constitution and not specifically vested in the federal government. [..omissis..] And in fact, States have pursued a variety of measures in response to the current pandemic».

Constitution's separation of powers", e quella che "when it comes to that obligation, this Court has established at least one firm rule: "We expect Congress to speak clearly" if it wishes to assign to an executive agency decisions "of vast economic and political significance."»¹⁰¹.

Secondo quanto argomentato dal giudice Gorsuch, dunque, la *major question doctrine* opererebbe espressamente in collegamento con il principio della separazione dei poteri. Prima di inoltrarci oltre nell'analisi della concurring opinion, nel tentativo di illustrare cosa abbia inteso sottolineare il suo autore nel passaggio dinanzi evocato, ci pare opportuno segnalare che l'impostazione in essa seguita pare ben più radicale di quella fatta propria nella decisione per curiam. Anche quest'ultima, lo si è già riferito, presuppone che il canone interpretativo in esame abbia un collegamento con la separazione dei poteri nella misura in cui si ritenga, come deve ritenersi, che su di esso si fondi (quello che abbiamo detto essere) il principio di legalità dell'azione amministrativa espressamente richiamato dalla Corte. Ci pare tuttavia che nel passaggio della concurring opinion sopra esaminato la giustificazione della *major question doctrine* sia stata fornita in un'ottica per così dire rovesciata rispetto a quella accolta nella decisione per curiam: è vero che anche là, come qui, la dottrina in esame è stata collocata nell'ambito della relazione tra Potere legislativo e Potere amministrativo; là, però, l'attenzione ci sembra essere stata centrata dalla Corte sulle agencies e sui limiti che esse trovano nella legge; qui, invece sul Congresso e sui limiti che esso trova in Costituzione.

Questa impressione si rafforza proseguendo nella lettura della concurring opinion e più precisamente passando ad analizzare un lungo suo passaggio in cui il giudice Gorsuch ha espresso quella che, senza dubbi, può essere considerata come la più compiuta spiegazione della ragione d'essere della *major question doctrine* finora offerta nella giurisprudenza della Corte Suprema e che, anche per questo, merita di essere riportata per intero: «Why does the major questions doctrine matter? It ensures that the national government's power to make the laws that govern us remains where Article I of the Constitution says it belongs – with the people's elected representatives. If administrative agencies seek to regulate the daily lives and liberties of millions of Americans, the doctrine says, they must at least be able to trace that power to a clear grant of authority from Congress»¹⁰².

¹⁰¹ *Ib.*

¹⁰² *Id.*, 595 U.S. ____ (2022), S. Ct. 668 (2022).

La dottrina in esame, almeno nella concezione del giudice Gorsuch (nonché dei giudici Thomas e Alito), rappresenterebbe dunque una correzione, parziale ancorché tutt'altro che insignificante, della concezione che è andata affermandosi negli Stati Uniti dagli inizi del Novecento in relazione al principio della separazione dei poteri e a quello della legittimazione democratica del potere legislativo. Se non ci inganniamo, infatti, nel passaggio sopra citato della *concurring opinion* la *major question doctrine* sembrerebbe essere intesa come uno strumento mediante il quale impedire al Congresso, che dovrebbe esercitare esso stesso il potere legislativo quando occorra disciplinare situazioni di rilevante impatto politico ed economico, di delegarne l'esercizio alle amministrazioni senza assumersene la responsabilità politica. Laddove infatti il Congresso non procedesse con deleghe chiare ed espresse, la *major question doctrine* barrerebbe la strada a interpretazioni di sue leggi che mirino a considerare comunque attribuito alle amministrazioni il potere di approvare normative di quel genere e che, in tal modo, rendano politicamente irresponsabili i rappresentanti del popolo democraticamente eletti.

Si può allora comprendere, alla luce di quanto appena detto, il successivo passaggio della *concurring opinion*, dove è stata evidenziata l'esistenza di uno stretto collegamento tra *nondelegation doctrine* e *major question doctrine*¹⁰³, ravvisato nella circostanza che «[b]oth are designed to protect the separation of powers and ensure that any new laws governing the lives of Americans are subject to the robust democratic processes the Constitution demands»¹⁰⁴. Più specificamente, il giudice Gorsuch, ponendosi nella prospettiva della separazione dei poteri, ha osservato che la prima dottrina rappresenta un disincentivo all'espressa delega di poteri sostanzialmente legislativi a favore delle amministrazioni senza la previsione di specifiche restrizioni idonee a limitarne significativamente l'esercizio, in aperta violazione del principio scritto in Costituzione secondo cui tale potere è rimesso in via esclusiva al Congresso¹⁰⁵; l'altra dottrina un freno ad una sua delega implicita, esercitabile dalle amministrazioni attraverso l'interpretazione

¹⁰³ *Ib.*: «the major questions doctrine is closely related to what is sometimes called the nondelegation doctrine».

¹⁰⁴ *Id.*, 595 U.S. ____ (2022), S. Ct. 668-669 (2022).

¹⁰⁵ *Id.*, 595 U.S. ____ (2022), S. Ct. 669 (2022): «The nondelegation doctrine ensures democratic accountability by preventing Congress from intentionally delegating its legislative powers to unelected officials. Sometimes lawmakers may be tempted to delegate power to agencies to “reduc[e] the degree to which they will be held accountable for unpopular actions.” [..omissis..] But the Constitution imposes some boundaries here. [..omissis..] If Congress could hand off all its legislative powers to unelected agency officials, it “would dash the whole scheme” of our Constitution and enable intrusions into the private lives and freedoms of Americans by bare edict rather than only with the consent of their elected representatives».

estensiva delle leggi che esse devono attuare¹⁰⁶. Ponendosi nella prospettiva del principio della legittimazione democratica, ha sottolineato che «Whichever the doctrine, the point is the same. Both serve to prevent “government by bureaucracy supplanting government by the people»¹⁰⁷.

In questo scenario, il ruolo della Corte Suprema è, secondo il giudice Gorsuch, null’altro che quello fissato in Costituzione. All’affermazione fatta nella parte iniziale della *dissenting opinion* per cui la Corte «is charged with resolving disputes about which authorities possess the power to make the laws that govern us under the Constitution and the laws of the land»¹⁰⁸, corrisponde quella espressa nella parte finale, volta a rimarcare che nel negare che la legge istitutiva dell’OSHA possa essere interpretata nel senso preteso dall’agency, «we only discharge our duty to enforce the law’s demands when it comes to the question who may govern the lives of 84 million Americans», arricchita dalla considerazione che «[r]especting those demands may be trying in times of stress. But if this Court were to abide them only in more tranquil conditions, declarations of emergencies would never end and the liberties our Constitution’s separation of powers seeks to preserve would amount to little»¹⁰⁹.

6. Conclusioni

Balzata agli onori della cronaca per aver sospeso l’obbligo, prefigurato dall’OSHA in capo ai lavoratori impiegati in società con più di cento dipendenti, di vaccinarsi pienamente o, in alternativa, di assoggettarsi a test diagnostici settimanali e di indossare la mascherina sui luoghi di lavoro, la decisione *NFIB v. OSHA* si rivela in realtà di interesse per le indicazioni che ha offerto in merito al problema, generato dalla nascita e dal successivo consolidamento dello Stato

¹⁰⁶ *Ib.*: «The major questions doctrine serves a similar function by guarding against unintentional, oblique, or otherwise unlikely delegations of the legislative power. Sometimes, Congress passes broadly worded statutes seeking to resolve important policy questions in a field while leaving an agency to work out the details of implementation. E.g., *King v. Burwell*, 576 U. S. 473, 485–486 (2015). Later, the agency may seek to exploit some gap, ambiguity, or doubtful expression in Congress’s statutes to assume responsibilities far beyond its initial assignment. The major questions doctrine guards against this possibility by recognizing that Congress does not usually “hide elephants in mouseholes.” [...omissis...] In this way, the doctrine is “a vital check on expansive and aggressive assertions of executive authority.”».

¹⁰⁷ *Ib.*

¹⁰⁸ *Id.*, 595 U.S. ____ (2022), S. Ct. 667 (2022).

¹⁰⁹ *Id.*, 595 U.S. ____ (2022), S. Ct. 670 (2022).

amministrativo sul suolo americano, rappresentato dalla enorme capacità delle agencies federali di incidere sulla vita dei cittadini statunitensi, venendo in ciò favorite da leggi del Congresso recanti disposizioni generiche o ambigue.

La Corte Suprema non ha seguito il consolidato orientamento giurisprudenziale, evocato anche dagli autori della dissenting opinion, secondo cui, in presenza di leggi siffatte, la lettura dei principi costituzionali della separazione dei poteri e della legittimazione democratica coerente con l'evoluzione dello Stato amministrativo imporrebbe ai giudici di essere deferenti nei confronti delle soluzioni interpretative ragionevoli approntate dall'amministrazione. Dando seguito ad alcune recenti decisioni, i giudici supremi hanno implicitamente escluso che questa conclusione potesse essere avallata in casi straordinari aventi un rilevante impatto politico o economico, i quali esigerebbero invece un controllo stringente sulla sussistenza di chiare indicazioni della volontà del Congresso di delegare all'amministrazione l'esercizio di poteri sostanzialmente legislativi.

La decisione per curiam non ha sufficientemente spiegato le ragioni che supportano il ricorso a un simile canone interpretativo, limitandosi a richiamare la necessità che l'agire amministrativo sia conforme a quanto previsto dalla legge. Al sostanziale silenzio della Corte hanno reagito, per così dire, i giudici Breyer, Sotomayor e Kagan, da un lato, e il giudice Gorsuch, dall'altro: attraverso ragionate opinions, gli uni e l'altro (supportato dai giudici Thomas e Alito) si sono confrontati con la semplice ed impegnativa domanda «who decides?».

Le rispettive risposte, sebbene entrambe assise sul principio della separazione dei poteri e su quello della legittimazione democratica, sono state assai differenti. La dissenting opinion ha infatti argomentato a favore delle agencies, ritenendo che la deferenza nei loro confronti da parte delle Corti sia giustificata, per un verso, dal fatto che soltanto le agencies possederebbero le competenze tecniche necessarie per approvare normative con le quali perseguire gli obiettivi enunciati in termini vaghi nelle leggi del Congresso e, per altro verso, dal fatto che esse, a differenza delle Corti, sarebbero soggette al controllo del Presidente e dunque del Popolo, considerato che il primo risponde politicamente al secondo. La concurring opinion si è invece espressa in difesa delle prerogative del Congresso ed ha escluso che azioni poste in essere dalle agencies per fronteggiare casi di straordinaria rilevanza economica o politica potessero essere considerate dalle Corti legittimamente fondate su interpretazioni ampie, formulate dalle agencies stesse, delle leggi contenenti deleghe generiche o ambigue.

Complessivamente considerate, le anzidette opinions svelano che i singoli membri della Corte Suprema hanno non (sol)tanto sensibilità politiche differenti quanto, ci pare, visioni costituzionali disallineate. Queste visioni li portano ad abbracciare o respingere i diversi canoni che vengono suggeriti in sede giurisdizionale e dottrinale per l'interpretazione delle leggi e, di conseguenza, ad attribuire a tali leggi significati anche discordanti; ma soprattutto li spingono a connotare diversamente principi costituzionali che pure tutti riconoscono come fondamentali e intendono di conseguenza garantire. Così, ad esempio, una sensibilità costituzionalistica che è stata definita Jeffersoniana spiega l'atteggiamento sospettoso di Gorsuch nei confronti dell'espansione dello stato amministrativo, mentre una sensibilità costituzionalistica diversa (che potremmo forse chiamare Rooseveltiana) è alla base del favor di Kagan per la c.d. "Presidential Administration", vista come la modalità di governo maggiormente idonea a garantire il benessere dei cittadini¹¹⁰.

Se dunque è vero, come ci sembra, che l'accettazione e l'uso della *major questions doctrine* è strettamente connessa all'adesione a una visione costituzionale specifica, secondo la quale i principi della separazione dei poteri e della legittimazione politica esigono, almeno in situazioni manifestamente rilevanti sul piano politico o economico, un rafforzamento del ruolo del Congresso e delle Corti finalizzato a controbilanciare il ruolo assunto nel sistema dalle amministrazioni che sono dipendenti dal Presidente¹¹¹, allora si può certamente considerare la decisione in esame come indicativa di uno sforzo che è sì preordinato a individuare la corretta interpretazione della legge da applicare, ma con l'obiettivo di toccare la fisionomia stessa che lo Stato federale ha assunto.

¹¹⁰ L'inclinazione Jeffersoniana dell'originalismo di Gorsuch è messa in luce da J. ROSEN, *A Jeffersonian for the Supreme Court*, in *The Atlantic*, 1 febbraio 2017, <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/02/a-jeffersonian-on-the-supreme-court/515319/>. La lettura offerta da Justice Kagan è invece descritta dalla stessa in E. KAGAN, *Presidential Administration*, cit., in cui l'A. «offers a broad though not unlimited defense of the resulting system of "presidential administration" against legal and policy objections».

¹¹¹ Com'è noto, gli apparati amministrativi federali possono distinguersi a seconda che, come avviene nella maggioranza dei casi, siano soggetti alla supremazia gerarchica del Presidente, cui si riconosce il potere di rimuovere i rispettivi capi e di impartire direttive, oppure che siano soggetti indipendenti, che le leggi abbiano voluto esplicitamente sottrarre alla subordinazione gerarchica nei confronti del Presidente, per affidare loro l'amministrazione autonoma di settori particolari della vita sociale. Le osservazioni svolte nel testo riguardano specificamente le agencies del primo tipo e possono pertanto essere legittimamente riferite al loro capo, il Presidente. Nell'affermare ciò si prescinde ovviamente dalla reale capacità di quest'ultimo di imprimere un indirizzo amministrativo coerente e completo sull'azione delle agencies in questione, circostanza che è stata ripetutamente messa in dubbio da diversi studiosi della materia.