



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

LUCA PIETRO VANONI

**«NEVER LET A GOOD CRISIS GO TO WASTE»
IL PRINCIPIO DELLA SEPARAZIONE DEI POTERI
PRIMA E DOPO LA PANDEMIA**



G. Giappichelli Editore



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

Studi di diritto pubblico

109

La Collana “Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale” dell’Università degli Studi di Milano raccoglie monografie e altri risultati inediti di ricerche, individuali e collettive, di studiosi che svolgono attività di studio e ricerca nel Dipartimento.

Essa comprende Studi di Diritto costituzionale, di Diritto amministrativo, di Diritto internazionale ed europeo, di Diritto processuale civile, di Diritto comparato, di Storia del diritto, di Politica economica.

La qualità scientifica delle pubblicazioni è assicurata da una procedura di c.d. double blind peer review ad opera di revisori esterni.

LUCA PIETRO VANONI

«NEVER LET A GOOD CRISIS GO TO WASTE»
IL PRINCIPIO DELLA SEPARAZIONE DEI POTERI
PRIMA E DOPO LA PANDEMIA



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0384-7

ISBN/EAN 979-12-211-5383-5 (ebook - pdf)

Il volume è pubblicato con il fondo FJ_MONNET20ABARA_01 - We the Europeans: identity, citizenship and the future of the EU. Cup G49C20000460006.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

«Talvolta anche dall'errore (o da ciò che stimiamo errore) possono sortire, per vie indirette e inattese, effetti benefici. Perciò, rispetto alla questione di fatto, converrà, se non sospendere del tutto il giudizio, esprimere giudizi molto prudenti. In sostanza, la risposta alla questione appartiene alla storia a venire e ai suoi arcani sviluppi, per sondare i quali non esistono mezzi sicuri di indagine. Ma per chi tiene alle sorti della civiltà, rimane tuttavia una seria preoccupazione. Il costituzionalismo occidentale contemporaneo è una costruzione "precaria", perché in fondo poggia su una filosofia vacillante».

Giovanni Bogneri (1930-2013)

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Introduzione</i>	XI

CAPITOLO I

LA SEPARAZIONE DEI POTERI: BREVE STORIA DI UN PRINCIPIO IN CRISI

1. La separazione dei poteri: l'ascesa di un principio	1
2. (<i>Segue</i>): e il suo (apparente?) declino	5
3. Alle origini di un'idea: profili storici dello spirito della separazione dei poteri sulle due sponde dell'Atlantico	13
4. Lo spirito della separazione dei poteri e « <i>La Democrazia in America</i> »	19
5. Due facce della stessa medaglia: la separazione dei poteri come regola e come principio	25
6. « <i>Goodbye Montesquieu!</i> ». I vestiti nuovi dell'imperatore	32
7. Dal dorico al barocco: la nuova architettura della separazione dei poteri	38
8. Le caratteristiche dello spirito della separazione dei poteri democratico-sociale	42
8.1. « <i>Unelected branches</i> »: l'ascesa delle Corti costituzionali	47
8.2. (<i>Segue</i>): e l'avvento dello Stato amministrativo	53
9. Nuovi poteri, vecchi problemi? La separazione dei poteri nel XXI secolo	59
10. La separazione dei poteri nella «società globale del rischio»: profili ricostruttivi di un problema persistente	65
11. Prima e dopo la pandemia: metodologia della ricerca comparata	70
12. Australia e Stati Uniti: criteri di classificazione	76

CAPITOLO II

«A NATION FOR A CONTINENT»: FEDERALISMO
ESECUTIVO E DELEGHE LEGISLATIVE
NELL'EMERGENZA PANDEMICA AUSTRALIANA

1. Introduzione	83
2. Il federalismo australiano tra <i>Dual Sovereignty</i> e <i>Responsible Government</i>	87
3. Dalla centralizzazione alla cooperazione. Il federalismo pragmatico	92
4. La separazione delle competenze in materia sanitaria: i titoli competenziali della gestione pandemica	103
5. Centralizzare l'emergenza: l'istituzione del <i>National Cabinet</i>	108
6. <i>National Cabinet</i> v. <i>Council of Australian Governments (COAG)</i> : nuove risposte a vecchi problemi?	114
7. Luci e ombre del <i>National Cabinet: Executive federalism</i>	120
7.1. Le decisioni del <i>National Cabinet</i> tra responsabilità e confidenzialità	125
8. Rispondere alla crisi: i poteri emergenziali nel sistema costituzionale australiano	133
8.1. La <i>section 61</i> e gli <i>executive powers</i> : la scelta del Governo di non avvalersi dei <i>prerogative powers of the Crown</i> e dei <i>Nationhood powers</i>	135
9. I poteri di delega legislativa in Australia	140
9.1. I limiti dei <i>delegated powers</i>	145
9.2. <i>Delegated powers</i> e <i>separation of powers</i>	147
10. Il <i>Biosecurity Act</i> come fonte normativa federale	154
11. <i>Disallowance Exceptions</i> e <i>Henry VIII Clauses</i> : i limiti legislativi al controllo parlamentare degli atti delegati	161
11.1. La mancata <i>disallowance</i> durante la pandemia	164
11.2. Le <i>Henry VIII Clauses</i> del <i>Biosecurity Act</i> .	166
12. Principio di legalità ed emergenza pandemica	168
13. La chiusura dei confini australiani alla prova del principio di legalità: <i>the Djokovic saga</i>	176
14. «Exit strategy from the Prison Island»: il caso <i>LibertyWorks Inc v. Commonwealth</i>	183
15. «The right to come home»: <i>Newman v. Minister for Health and Aged Care</i>	191

CAPITOLO III

L'EMERGENZA PANDEMICA
NEGLI STATI UNITI: «*WHO DECIDES?*»

1. Introduzione	195
2. La pandemia tra sovranità duale e spinte unitarie: una premessa metodologica	199
3. La tutela della salute come espressione del <i>police power</i> : il ruolo degli Stati nella assistenza sanitaria	206
4. <i>Commerce Clause</i> e <i>Spending Power</i> : l'estensione delle competenze federali in materia di salute pubblica nel federalismo cooperativo	210
4.1. «Two Constitutional Gestalt»? <i>NFIB v. Sebellius</i> come esemplificazione delle tensioni federali	217
5. La gestione federale della pandemia tra conflitto e cooperazione	223
6. I poteri emergenziali nell'epoca liberale: una premessa	232
7. Dai poteri emergenziali impliciti a quelli delegati: l'emergenza nazionale nell'era del <i>New Deal</i>	235
8. Contenere l'emergenza <i>ex post</i> ? Il <i>National Emergency Act</i> prima e dopo la sentenza <i>INS v. Chadha</i>	245
9. Lo Stato amministrativo americano: dalla <i>nondelegation doctrine</i> alla <i>Chevron deference</i>	255
10. Confini e limiti dello Stato amministrativo: la <i>major questions doctrine</i>	261
11. Un caso di specie: gli obblighi vaccinali nel sistema americano	267
11.1. Le competenze vaccinali alla prova del federalismo americano: competenze statali e federali	270
12. Obblighi vaccinali e separazione orizzontale dei poteri: i <i>vaccine mandates</i> della Presidenza Biden	277
13. Gli obblighi vaccinali Covid-19 di fronte alla Corte Suprema	281
13.1. <i>National Federation of Independent Business v. OSHA</i>	283
13.2. <i>Biden v. Missouri</i>	289
13.3. La separazione dei poteri come tutela dei diritti: uno sguardo d'insieme alle sentenze <i>NFIB v. OSHA</i> e <i>Biden v. Missouri</i>	292
<i>Conclusioni</i>	297
<i>Bibliografia</i>	313

INTRODUZIONE

«Never Let a Good Crisis go to Waste». Questa frase, attribuita a Winston Churchill e che sarebbe stata pronunciata durante l'ora più buia sotto le bombe della Luftwaffe, descrive l'audacia e la tenacia di chi intende volgere a proprio vantaggio una terribile sciagura trasformandola nell'insperata occasione di rinascita di un popolo piegato dalla furia della guerra.

L'idea non è nuova e, in formulazioni diverse, è stata usata da numerosi intellettuali o leader politici nel corso del tempo: secondo alcuni, essa originerebbe persino dal pensiero di Nicolò Machiavelli che – alle prese con la crisi dei principati italiani – aveva pragmaticamente invitato il principe a volgere in positivo i tumultuosi eventi, perché «bisogna stare ora ad vedere quello che el tempo porti e consigliarsi con quello»¹. Molto più tardi, il un concetto è stato espresso da Albert Einstein, secondo cui la crisi sarebbe «la più grande benedizione per le persone e le nazioni» dal momento che fa «sorgere l'inventiva, le scoperte, le grandi strategie»². Più di recente, infine, la frase è stata riutilizzata nel 2008 da Rahm Emanuel, allora capo di Gabinetto di Barack Obama, per spronare l'amministrazione (e il Paese) a non perdere l'occasione di «cambiare le cose» ed evitare il ripetersi della disastrosa crisi finanziaria dei mutui *subprime*³ nonché – da

¹ N. MACHIAVELLI, riportato da A. FUNICELLO, *Machiavelli. Dalla crisi italiana alla crisi europea*, Machiavelli. *Dalla crisi italiana alla crisi europea*, il Mulino, Bologna, 1, 2020, p. 128.

² A. EINSTEIN, *Il significato della relatività e il mondo come lo vedo*, 1931, ed. it. a cura di E. Vinassa De Regny, W. Mauro, Newton Compton Editori, Pisa, 2014, p. 196.

³ G.F. SEIB, *In Crisis, Opportunity for Obama*, in Wall Street Journal, 19 novembre 2008, <https://www.wsj> «You never want a serious crisis to go to waste (...) Things that we had postponed for too long, that were long-term, are now immediate and must be dealt with. This crisis provides the opportunity for us to do things that you could not do before».

ultimo – da Papa Francesco quando, nel momento più tragico della pandemica, ha ricordato al mondo che «peggio di questa crisi c'è solo il dramma di sprecarla»⁴.

Ma cosa significa non sprecare una crisi? Come raccogliere la sfida di un evento tanto doloroso come quello della pandemia appena vissuta?

Le domande non sono peregrine se si considera che il primo ventennio del nuovo secolo è stato dominato da molteplici crisi sistemiche che hanno via via assunto le dimensioni di vere e proprie emergenze globali. Il XXI secolo si è aperto infatti con la minaccia terroristica esplosa dopo gli attentati dell'11 settembre 2001 alle Torri Gemelle di New York e al Pentagono, che hanno intaccato quel senso di invulnerabilità dell'occidente che durava dalla fine della guerra fredda, facendo irrompere nelle nostre società il timore del conflitto globale. A partire dal 2008 e per quasi tutto il decennio successivo, le economie maggiormente sviluppate al mondo hanno convissuto con la più grave crisi finanziaria dai tempi della Grande Depressione, che ha definitivamente spazzato via l'ottimismo economico del secolo precedente lasciandoci in eredità generazioni afflitte dalla disuguaglianza e dalla angoscia per il futuro.

La pandemia, infine, ha minato alla radice le nostre più intime certezze, mettendoci di fronte ad un nemico invisibile che ci ha costretto a rinunciare per anni alle nostre relazioni e abitudini umane e sociali. E così, mentre il conflitto in Ucraina ancora divampa minacciando la fragile stabilità degli equilibri geopolitici mondiali, già all'orizzonte si profila la crisi ambientale, «a lungo sottovalutata ed oggi non più prorogabile»⁵, i cui effetti già si mostrano nei costanti e drammatici flussi migratori che,

⁴ Cfr. Papa Francesco, omelia della Solennità di Pentecoste, 31 maggio 2020, <https://www.vaticannews.va>.

⁵ Come da ultimo ricordato da D. AMIRANTE, *Il costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'antropocene*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 7 «parlare di diritto ambientale oggi equivale ad addentrarsi nella più profonda, anche se a lungo sottovalutata, crisi di civiltà dell'epoca contemporanea». Secondo l'A., peraltro, il compito dei giuristi (e in particolare dei costituzionalisti) è guardare alla sfida ambientale per ridisegnare il sistema tenendo conto del mutato contesto nel tentativo di «di stabilizzare il livello della tutela ambientale, escludendo ormai la possibilità di eccessive oscillazioni giurisprudenziali in sede di bilanciamento con altri valori e interessi» (p. 267) evitando però il rischio «di cristallizzare la nozione di costituzionalismo ambientale in un insieme chiuso di precetti» (p. 48).

quasi sullo sfondo, affliggono da almeno un ventennio un secolo in perenne subbuglio.

A questi traumatici eventi globali, si sommano problemi forse meno rilevanti a livello macro-sistemico ma non certo meno profondi che riguardano un modello, quello liberal-democratico, che solo trent'anni fa sembrava destinato a conquistare il mondo mentre oggi stenta a ritrovare la strada: da decenni, ormai, i politologi si interrogano sulla polarizzazione politica, sull'impatto delle nuove tecnologie sul voto, sull'ingresso nella scena politica dei populismi, sul ritorno degli autoritarismi, sul crollo delle identità, sulla ascesa delle *identity politics* e così via. Tutti questi elementi, insieme a molti altri, sembrano dar ragione a chi ha descritto il XXI secolo come il tempo «delle incertezze»⁶, della «post-democrazia»⁷, della «post-verità»⁸. Un tempo in cui domina, per la prima volta da generazioni, l'incertezza per il futuro economico, sociale, energetico, ambientale, democratico.

Viviamo ormai nell'epoca delle «crisi ininterrotte», come l'ha definita Bauman, «che si intensificano e si alimentano»⁹ generando un paradosso sistemico in cui l'emergenza «non [è] più configurabile come rottura episodica dell'usuale, ma come dato costante dell'esperienza, aspetto ineliminabile della nostra quotidianità»¹⁰. L'uomo post-moderno, si trova così a dover trovare sempre nuove forme di resilienza ad una crisi costante, nel vano tentativo di ripristinare un equilibrio ormai perennemente instabile: in tal modo, la post-modernità sembra punirci con una novella fatica di Sisifo in cui siamo costretti a spingere un grosso masso sulla sommità del monte solo per vederlo ruzzolare inesorabilmente a valle una volta raggiunta la cima.

⁶ E. HOBSBAWM, *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914-1991*, Michael Joseph, Chicago, 1994.

⁷ C. CROUCH, *Post-democracy*, Polity Press, Londra, 2004.

⁸ R. KEYES, *The Post-Truth Era: Dishonesty and Deception in Contemporary Life*, Mcmilan, Londra, 2004.

⁹ Z. BAUMAN, *Questo non è un diario*, La Terza, Roma-Bari, 2012, p. 11: «Viviamo in un'epoca di crisi ininterrotta, crisi che si intensificano e si autoalimentano, sfidando la nostra capacità di resistere e di trovare soluzioni efficaci».

¹⁰ M. LONGO, G. PREITE, *Governo e immaginario delle emergenze. Una introduzione*, in *Iconocrazia*, 20(2), 2021, p. 6.

Ecco allora che i quesiti sopra posti impongono una riflessione anche alla scienza del diritto, chiamata ad interrogarsi su come offrire un valido contributo per rispondere alle costanti sfide di un secolo tanto travagliato. In tempo di crisi, insomma, il compito dei giuristi è quello di «trarre dalla emergenza in corso» i «punti di forza» che sorreggono «il corretto funzionamento degli Stati», per preservare «il valore» capace di «far fronte ai diversi rischi che minacceranno il nostro orizzonte»¹¹. Questa prospettiva è certamente corretta; come saggiamente ricordato, infatti, la pandemia ha costituito «l'ultimo stress-test per gli ordinamenti democratici»¹², e le emergenze invitano quindi i giuristi, e in special modo i comparatisti, a saggiare la tenuta dei sistemi, evidenziando le diverse soluzioni adottate per verificare, nelle similitudini come nelle differenze, elementi positivi da poter eventualmente proporre o replicare in futuro.

Un primo alleato, i giuristi possono trovarlo nella storia. Proprio in passato, infatti, le crisi sistemiche hanno costituito momenti di “rottura” dell'ordine costituito capaci di innescare cambiamenti tanto profondi da ridefinire le fondamenta del costituzionalismo moderno, perché traducendo in un patto politico-costituzionale le grandi idee dell'illuminismo, le rivoluzioni liberali del XVIII secolo hanno disegnato il primo abbozzo di democrazia liberale per come la conosciamo. E sono, ancora una volta, le trasformazioni (formali ed informali) delle Costituzioni innescate da emergenze globali che hanno portato a ridefinire regole e principi quali l'uguaglianza sostanziale e la dignità umana che sorreggono lo Stato democratico-sociale. Seguendo questa medesima strada Wiston Churchill e i padri dell'Europa Unita non hanno preso l'occasione di costruire, sulle ceneri di uno dei più grandi drammi della storia, un sistema politico-giuridico di relazioni interstatali e sovranazionali che ha inaugurato un periodo di pace, ricchezza e prosperità così vasto e duraturo come mai avvenuto prima.

Guardare la storia con occhi del comparatista consente così di indivi-

¹¹ G. D'IGNAZIO, *L'impatto del Covid-19 sui federalizing process degli Stati composti. Riflessioni comparate*, in *DPCE on line*, Sezione monografica: Diritto e pandemia tra rotture e continuità, 1, 2023, p. 498.

¹² A. VEDASCHI, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE on line*, 43, 2020, p. 1453 ss.

duare i punti di snodo della evoluzione del costituzionalismo, o – per usare una famosa espressione di Bruce Ackerman – quei *constitutional moments* che hanno trasformato i patti politico-costituzionali che è sono base delle nostre attuali democrazie. Se osserviamo alle crisi passate, tuttavia, l'impressione è che, per la maggior parte dei giuristi, il tema della “tenuta” delle democrazie stabilizzate abbia riguardato soprattutto il bilanciamento tra diritti e/o valori fondamentali. Così è accaduto, ad esempio, durante la crisi terroristica, quando lo sguardo dei costituzionalisti si è concentrato sulla pericolosità di certe misure riguardanti la detenzione preventiva dei (sospetti) terroristi e sulle invasive limitazioni della libertà dei cittadini disposte dalle misure del *Patriot Act* statunitense. Analogamente, durante la crisi economica, molte delle riflessioni giuridiche si sono concentrate sugli effetti che le misure di austerità europee hanno avuto su paesi già in grave difficoltà economica e, quindi, sulla tenuta dei diritti sociali. E ancora, da ultimo, durante la pandemia, nel corso della quale il dibattito dottrinale è stato fortemente influenzato dal tentativo giustificare il corretto bilanciamento tra le limitazioni dei diritti personalissimi inevitabilmente causate dalle misure emergenziali, e l'interesse della collettività alla salvaguardia della salute pubblica gravemente minacciata dalla furia del virus.

Si tratta di un approccio del tutto comprensibile. Sempre, e soprattutto in periodi di emergenza, aleggia sopra le teste dei giuristi il fantasma di Carl Schmitt e della sua discutibile teoria per cui «sovrano è chi decide sullo stato di eccezione», il quale sta, dunque, «al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente»¹³. Una affermazione, questa, che ha già mostrato tutta la sua equivoca pericolosità in passato e che spinge a guardare con sospetto scelte pubbliche che, animate da un afflato eccessivamente securitario, possano costituire minacce per le libertà. Allo stesso modo, appare ragionevole l'affermazione per cui, nel momento più cupo della pandemia, «la bilancia [possa] pend[ere] di più a favore del diritto alla salute», perché – si sa – «la vita, prima di tutto»¹⁴.

¹³ C. SCHMITT, *Teologia politica*, in G. MIGLIO, P. SCHIERA (a cura di), *C. Schmitt, Le categorie del “politico”*, Il Mulino, Bologna, 1972, rispettivamente pp. 33 e 34.

¹⁴ E. FROSINI, *Le Regioni nella pandemia costituzionale*, in *DPCE on line*, n. Sp, nov. 2022, p. 95.

Vi è però un altro angolo prospettico da cui si può analizzare l'epoca delle emergenze e, in particolar modo, l'ultima crisi pandemica. Come acutamente rilevato da Rolando Tarchi, il rischio di «qualsiasi situazione di crisi» è che «innesc[hi] delle tensioni sulla regolarità democratica del funzionamento delle istituzioni (...) che possono consolidarsi anche *pro futuro*»; le emergenze, infatti, «spingono gli ordinamenti giuridici verso le loro “colonne d'ercole”: gli scenari imprevedibili che si palesano entrano in conflitto con i principi del *rule of law*, che incontra enormi difficoltà nel disciplinare queste situazioni in via preventiva e in maniera sufficientemente predeterminata». Se questo è vero in generale, ancora di più lo è nella recente crisi, durante la quale proprio l'eccezionale importanza attribuita al «principio *salus populi suprema lex esto*» rischia potenzialmente di sovvertire «qualsiasi forma di regolarità costituzionale»¹⁵.

È questa suggestione a costituire l'ipotesi di ricerca del presente lavoro. Questo libro non è un tentativo di ricostruire le modalità con cui i sistemi costituzionali comparati hanno affrontato la pandemia facendo ricorso, o meno, alle proprie misure (o clausole) emergenziali; già altri, in passato, hanno provveduto a fornire una ricca comparazione sul punto¹⁶. Lo scopo non è nemmeno quello di studiare tali tentativi per rispondere alla domanda di quale sia, in prospettiva comparata, il *giusto* e *corretto* bilanciamento tra tutela della salute pubblica e libertà individuali.

Piuttosto, questo lavoro intende usare la crisi pandemica come un punto di osservazione privilegiato per studiare le torsioni subite dai poteri costituzionali durante la pandemia, nel tentativo di verificare se gli ordinamenti costituzionali abbiano o meno varcato le “colonne d'ercole” del *rule of law*. Nel far ciò, ci si concentrerà pertanto sulla tenuta e sugli svi-

¹⁵R. TARCHI, in *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato. Riflessioni a margine di un seminario pisano*, in *Rivista Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, Numero Speciale, 1, 2020, pp. 4-5.

¹⁶Tra i moltissimi contributi, sia consentito di rinviare ai numeri speciali della Rivista «Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale» – *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, allegato al n. 2/2020, a cura di R. Tarchi, e con H. Frazão, V. Fredianelli, A. Gatti, V. de Oliveira Mazzuoli, F. Spagnoli, R. Tarchi, e di *DPCE on line*, vol. 54 No Sp (2022) *I Federalizing Process europei nella democrazia d'emergenza. Riflessioni comparate a partire dai 'primi' 20 anni della riforma del Titolo V della Costituzione italiana*, a cura di G. D'Ignazio, A.M. Russo.

luppi del principio della separazione dei poteri che se un tempo costituiva un solido pilastro posto a sostegno delle nostre democrazie liberali, oggi sembra essere, almeno in parte, un elemento dimenticato.

Si tratta di una dimenticanza che non affonda le sue radici nel percorso innescato dal secolo delle emergenze né tantomeno nella recente pandemia; siamo, al contrario, di fronte ad una crisi più radicale e profonda, figlia delle trasformazioni del costituzionalismo (e soprattutto del neo-costituzionalismo), che ha fatto dubitare autorevole dottrina della attuale utilità di una formula ormai troppo fragile per reggere il peso dello Stato costituzionale post-moderno. Come vedremo, infatti, molti hanno in passato giudicato tale principio come obsoleto, inconsistente, utile solo come slogan; altri ne hanno apprezzato esclusivamente una versione minimale (quella che, dopo Henry De Bracton, impone la separazione tra *gubernaculus* e *iurisdictio*) mentre altri ancora hanno celebrato l'importanza della sacra trinità di Montesquieu solo per salutarla definitivamente¹⁷.

Eppure, la separazione dei poteri continua ad interessare gli studiosi di diritto e di filosofia politica di tutto il mondo, e la fortunata formula di Montesquieu secondo cui le *pouvoir arrête le pouvoir* continua ad essere insegnata nelle facoltà di diritto. Siamo forse di fronte a sentimenti nostalgici nei confronti di un vecchio principio ormai superato dagli eventi? O è forse rimasto qualcosa in quelle idee che possa aiutarci a comprendere il costituzionalismo contemporaneo?

Lo scopo di questa ricerca è verificare se e come durante la pandemia il sistema della separazione dei poteri abbia garantito un corretto equili-

¹⁷ Cfr. *infra*, Cap. I, par. 1 e 2. Sotto questo profilo, è interessante notare che (per le ragioni che proveremo in parte a spiegare nel corso del lavoro) mentre i sistemi europei hanno enfatizzato il principio della separazione dei poteri soprattutto in relazione al problema della indipendenza del potere giudiziario, nel costituzionalismo americano (ma anche in parte in quello australiano) tale principio ha una dimensione più ampia, e costituisce un meccanismo che informa la struttura costituzionale di entrambi i sistemi. Questo spiega ad esempio perché, nel famoso Opening Statement on American Exceptionalism to a Senate Judiciary Committee – 5 ottobre 2011 – (cfr. <https://www.americanrhetoric.com>) il giudice Antonin Scalia ha spiegato «the distinctiveness of America» ricordando che “Sometimes I go to Europe to talk about separation of powers, and when I get there I find that all I’m talking about is independence of the judiciary, because the Europeans don’t even try to divide the two political powers, the two political branches – the legislature and the chief executive».

brio e un reciproco controllo tra i poteri capace di frenare le spinte dei sistemi in emergenza. Nella prima parte del lavoro (Cap. I) proveremo quindi a riscoprire, sul piano storico e comparato, le ragioni per cui il principio è diventato un cardine del costituzionalismo occidentale, per capire, seguendo le trasformazioni che esso ha subito nel corso dei secoli, se esso può essere ancora utile alla comparazione dei nostri ordinamenti.

Questa prima parte del percorso è necessaria per comprendere e impostare la comparazione giuridica riguardante il funzionamento e l'effettività delle norme costituzionali che sorreggono i due sistemi costituzionali presi a riferimento: Australia e Stati Uniti¹⁸. La scelta di comparare questi Paesi dipende dagli elementi di uniformità e differenziazione che informano i due sistemi: come noto, entrambi nascono dalla Common Law inglese ma se ne distaccano tramite l'approvazione di Costituzioni lunghe e rigide che poggiano su una robusta architettura federale e sul principio della separazione dei poteri. Essi, tuttavia, si differenziano circa i meccanismi di *checks and balances* introdotti per regolare l'equilibrio tra organi (che è diretta conseguenza delle diverse forme di governo adottate), e rispetto le modalità concrete di funzionamento dei rispettivi meccanismi di divisione verticale dei poteri.

Inoltre, contestualizzando un ulteriore elemento di differenziazione rispetto alla peculiare situazione, entrambi i sistemi presi in esame hanno risposto all'emergenza pandemica elaborando due strategie di contenimento del virus che sembrano agli antipodi. L'Australia è riuscita a perseguire una risposta pandemica tutto sommato unitaria attraverso l'adozione di lockdown lunghi e generalizzati, mentre negli Stati Uniti l'approccio libertario, tipico della cultura americana, unitamente alle profonde divergenze esistenti all'interno dei vari Stati, hanno condotto ad un approccio disorganico e difforme sul territorio nazionale.

Ed è proprio quest'ultima considerazione, in particolare, a rendere

¹⁸Cfr. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padova, 2007, p. 106: «gli studi di dottrine politiche si rivelano quasi sempre utili, spesso indispensabili, per la miglior comprensione dei fenomeni giuridici. (...) anche [questo] studio non può però esaurire la ricerca comparatistica che resta saldamente ancorata al diritto positivo».

estremamente interessante la comparazione; come vedremo (Capp. II e III), indipendentemente dalla riuscita o meno delle strategie utilizzate da ciascun ordinamento, entrambi i sistemi hanno dovuto far fronte a torsioni verticali ed orizzontali che non solo ci consentono di studiare il principio della separazione dei poteri prima e dopo la pandemia ma anche di comprendere se la crisi pandemica abbia o meno favorito una disarticolazione degli equilibri tra gli stessi in grado di costituire, in futuro, un nuovo *constitutional moment* di entrambi i Paesi.

Questo approccio metodologico consente, allora, di rispondere alle domande poste al principio di questa introduzione: non sprecare una crisi significa utilizzarla come una lente di ingrandimento capace di rivelare, più nel dettaglio, il funzionamento dei principi che informano le nostre democrazie liberal-democratiche, la loro tenuta, il loro sviluppo futuro.

CAPITOLO I

LA SEPARAZIONE DEI POTERI:
BREVE STORIA DI UN PRINCIPIO IN CRISI

SOMMARIO: 1. La separazione dei poteri: l'ascesa di un principio. – 2. (*Segue*): e il suo (apparente?) declino. – 3. Alle origini di un'idea: profili storici dello spirito della separazione dei poteri sulle due sponde dell'Atlantico. – 4. Lo spirito della separazione dei poteri e «*La Democrazia in America*». – 5. Due facce della stessa medaglia: la separazione dei poteri come regola e come principio. – 6. «*Goodbye Montesquieu!*». I vestiti nuovi dell'imperatore. – 7. Dal dorico al barocco: la nuova architettura della separazione dei poteri. – 8. Le caratteristiche dello spirito della separazione dei poteri democratico-sociale. – 8.1. «*Unelected branches*»: l'ascesa delle Corti costituzionali. – 8.2. (*Segue*): e l'avvento dello Stato amministrativo. – 9. Nuovi poteri, vecchi problemi? La separazione dei poteri nel XXI secolo. – 10. La separazione dei poteri nella «società globale del rischio»: profili ricostruttivi di un problema persistente. – 11. Prima e dopo la pandemia: metodologia della ricerca comparata. – 12. Australia e Stati Uniti: criteri di classificazione.

1. *La separazione dei poteri: l'ascesa di un principio.*

Fin dal principio, la teoria della separazione dei poteri ha costituito un'idea centrale per lo sviluppo dello Stato di diritto negli ordinamenti occidentali. Come provocatoriamente osservato da Christoph Moellers in *The Three Branches*, «even the Vatican shares the idea of separated powers» quando statuisce, all'art. 1 della sua Costituzione, che «il Sommo Pontefice, Sovrano dello Stato della Città del Vaticano, ha la pienezza dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario». Pur nelle molteplici e significative differenze con i sistemi democratici – a partire dall'ovvia considerazione per cui in questi ultimi la sovranità appartiene al popolo mentre il

potere del Papa discende da Dio ed è esercitato in modo monarchico – il linguaggio usato dalla Costituzione vaticana «have something in common with democratic constitutions: it connects the unity of the state with a trinity of powers»¹. L'art. 1 della Costituzione vaticana, in realtà, nulla ha a che fare con la divisione dei poteri, perché si limita ad elencare le funzioni esercitate da un sovrano. Ma la provocazione di Moellers è comunque interessante perché svela, anche solo dal punto di vista linguistico, la straordinaria rilevanza assegnata dalla storia alla fortunata formula della tripartizione dei poteri: pare quasi che per parlare di potere sovrano occorra distinguere le tre funzioni attraverso cui esso si esercita, dal momento che, persino in sistemi che non possono certo essere definiti democratici, è presente «a conceptual distinction of powers (...) even if all of these remain under the control of one person»².

L'avvento della dottrina moderna del principio della separazione dei poteri deve essere certamente ricondotto alla formidabile opera di Montesquieu *Lo spirito delle leggi*³, in cui il filosofo francese enuncia «la tesi fondamentale» per cui «l'unica garanzia» contro l'abuso «del potere governante è che “il potere arresti il potere”, cioè la divisione dei poteri»⁴. In realtà, l'intuizione di fondare un sistema politico che dividesse i poteri

¹ C. MOELLERS, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 16.

² *Ibidem*.

³ Come osservato da J.M.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2 ed., Liberty Fund, Indianapolis, 1998, pp. 94-99: «The name most associated with the doctrine of the separation of powers is (...) Montesquieu. His influence upon later thought and upon the development of institutions far outstrips, in this connection, that of any of the earlier writers we have considered. It is clear, however, that Montesquieu did not invent the doctrine of the separation of powers, and that much of what he had to say in Book XI, Chapter 6 of the *De l'Esprit des Loix* was taken over from contemporary English writers, and from John Locke». La ricostruzione storica del principio può considerarsi ben più ampia, tanto che alcuni autori, nel delineare la teoria moderna della separazione dei poteri, invece che a Montesquieu o a Locke risalgono al pensiero di Marsilio da Padova. Cfr. ad esempio A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in *Enciclopedia giuridica vol. XXIII*, Istituto Poligrafico Zecca di Stato, Roma, 1990, p. 1 ss. F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Unione Tipografica Editrice, Torino, 1966, p. 474 ss.

⁴ J. STAROBINSKI, *Montesquieu*, Marietti, Genova, 1989, p. 66.

ha attraversato tutta la storia del pensiero filosofico giuridico, partendo dalla Grecia antica⁵ (quando Aristotele aveva lucidamente osservato che in tutte le forme di governo – *politia* – si possono riconoscere tre elementi politici)⁶, giungendo fino a Locke (per cui «nello Stato dovrebbero distinguersi tre poteri: il legislativo, l'esecutivo ed il federativo, ossia il potere di dichiarare la guerra e fare la pace»⁷) e poi, in seguito, a Kant⁸, solo per citarne alcuni dei massimi pensatori che si sono occupati del tema.

⁵ Sullo sviluppo storico del concetto a partire dalla Grecia antica, e in particolare dalla idea del Mixed government proposta da Aristotele e ripresa durante l'epoca romana v. J.M.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., 1998; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1984; S.G. CALABRESI, M.E. BERGHAUSEN, S. ALBERTSON, *The Rise And Fall Of The Separation Of Powers*, in *106 Nor. U. L. Rev.*, 2012, p. 527 ss.; A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in Enciclopedia giuridica, cit.; F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo digesto italiano*, cit.

⁶ M. RICCI, *Trattato della politica di Aristotele, volgarizzamento dal Greco con note e discorso preliminare*, Le Monnier, Firenze, 1853, pp. 309-310: «per definire ciò che meglio ad ognuna di quelle convenga (...): il primo è l'autorità deliberante sui comuni negozi; il secondo le varie magistrature (...); il terzo elemento politico è finalmente la potestà giudiziaria».

⁷ Così G. CORPORALI, (voce) *La Separazione dei Poteri*, in *Enciclopedia Treccani online*, 2018. L'idea della tripartizione dei poteri di Locke in *Two Treatises of Government* è parzialmente diversa da quella che poi è stata recepita secondo la nota definizione di Montesquieu, anche se in realtà le idee che stanno alla base della teoria sono simili. Cfr. J. LOCKE, *Secondo Trattato sul Governo*, Feltrinelli, Milano, 1998, parr. 313-316: «Per le persone che hanno il potere di fare le leggi può essere una tentazione troppo grande, rispetto alla fragilità umana, così pronta a impadronirsi del potere, avere nelle mani anche il potere di eseguirle (...). Perciò in una comunità politica bene ordinata, nella quale il bene del tutto è considerato nella misura dovuta, il potere legislativo è posto nelle mani di persone diverse (...). Sebbene, come ho detto, il potere esecutivo e il potere federativo di ogni comunità siano realmente distinti in se stessi, tuttavia essi possono difficilmente essere separati, e collocati, nello stesso tempo, nelle mani di persone distinte. Infatti entrambi, nel loro esercizio, richiedono la forza della società, ed è quasi praticamente impossibile collocare la forza della comunità politica in mani distinte e non subordinate l'una all'altra, o collocare il potere esecutivo e quello federativo in persone che possono agire separatamente, sicché la forza del pubblico sarebbe collocata sotto comandi diversi; il che potrebbe condurre un giorno o l'altro a causare disordine e rovina».

⁸ E. KANT, *Principes Métaphysiques du Droit*, in ID., *Principes Métaphysiques du Droit au quels ont été ajoutés le projet de paix perpetuelle et l'analyse très détaillée de ceux deux ouvrages par Mellin*, trad. francese di J. Tissot, Paris, 1837, pp. 168-169 e p. 175, ripor-

Il successo di Montesquieu si deve probabilmente, oltre che alla efficacia dei suoi scritti, anche alla loro tempistica: pubblicato nel 1748, *Lo spirito delle leggi* è divenuto uno dei testi che maggiormente ha ispirato il pensiero politico delle grandi rivoluzioni della fine del XVIII secolo che, come noto, segnarono la nascita dello Stato di diritto⁹. Non è insomma un caso che l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 statuisse che «ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione», né che, dall'altra parte dell'oceano, i *Framers* costruissero attorno tale principio l'intera architettura costituzionale degli Stati Uniti d'America¹⁰.

La fortuna della separazione dei poteri è pertanto legata ai moti di rivolta contro l'assolutismo che si sono svolti con tempi e modalità diverse da paese a paese; in Inghilterra, la istaurazione del *mixed government* è datata 1668, mentre in altri sistemi europei «la divisione dei poteri si attuò pienamente solo dopo la metà del secolo XIX». Tuttavia, proprio il fatto

tato da G. CORPORALI, (voce) *La Separazione dei Poteri*, cit.: «la volontà universalmente congeniata in una tripla persona (*trias politica*): il potere sovrano (sovranità) nella persona del legislatore, il potere esecutivo (dopo la legge) nella persona del governo, ed il potere giudiziario (come riconoscimento del mio di ciascuno secondo la legge) nella persona del giudice (*potestas legislatoria, rectoria et judiciaria*). Colui che comanda il popolo (il legislatore) non può dunque essere allo stesso tempo colui che lo governa; perché questo secondo è sottomesso alla legge, è obbligato da essa, in conseguenza della virtù di un altro, del sovrano. (...) Infine colui che comanda e colui che governa non possono giudicare, ma solamente istituire dei giudici, come magistrati. Il popolo si giudica da se stesso per mezzo di quelli tra i suoi concittadini che sono eletti liberamente e che sono come i suoi rappresentanti, ma solamente per ciascun atto particolare relativo all'oggetto per il quale sono stati nominati».

⁹ Cfr. A.S. DIAMOND, *The Zenith of Separation of Powers Theory: The Federal Convention of 1787*, in *Publius*, 8(3), 1978, p. 45 ss.

¹⁰ Da questo discende la caratteristica pratica della teoria moderna della separazione dei poteri: come osservato da G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 670, «la teoria moderna della separazione dei poteri – quella per intenderci che comincia con Locke e Montesquieu – ha tentato di rendere possibile la pensabilità delle varie forme di articolazione e di differenziazione dei poteri pubblici (...). In questa prospettiva la teoria moderna – ma non contemporanea – costituisce una delle risposte storiche al problema fondamentale del rapporto [tra unità e pluralità dei centri di potere]». Cfr. anche G.U. RESCIGNO, *Divisione dei poteri*, in C. DONATI (a cura di) *Dizionario critico del diritto*, Savelli, Roma, 1980, p. 95 ss.

che questo principio abbia ispirato «nel lungo corso» le rivoluzioni costituzionali «di ordinamenti tanto differenti» costituisce una prova inconfutabile del suo successo¹¹.

Nonostante pensatori del calibro di Kelsen abbiano in seguito provato a criticare l'idea, sostenendo che «una “divisione dei poteri” comportante vera indipendenza dell'amministrazione e del giudiziario da un legislativo eletto dal popolo sarebbe contraria alla “democrazia”»¹², il principio ha continuato a essere al centro della riflessione da parte di giuristi, filosofi e scienziati politici di tutto il mondo e, quel che più conta, costituisce ancora oggi un pilastro strutturale delle democrazie moderne e un cardine del costituzionalismo occidentale. Del resto, la stessa parabola ascendente che a livello globale ha avuto la democrazia mostra come diffusa sia l'idea secondo cui un elemento indispensabile per il mantenimento della libertà sia la costruzione di un sistema costituzionale caratterizzato dalla distinzione delle diverse funzioni fondamentali, nonché dalla moltiplicazione delle strutture e dei processi di governo¹³.

2. (Segue): e il suo (apparente?) declino.

Tuttavia, oggi, il principio appare in crisi. In primo luogo, sotto il profilo teorico, la separazione dei poteri *pura* pare irrealizzabile¹⁴, e il

¹¹ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 13.

¹² ID., (*Scheda Bibliografica introduttiva*), pp. 2-3. Analogamente, v. anche G. GRASSO, R. MANFRELLOTTI, *Poteri e funzioni dello stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, in *Historia Constitucional (revista electrónica)*, n. 8, 2007, p.to 29: «nella ricostruzione Kelseniana ogni atto giuridico dello Stato risulta produttivo di norme per il livello inferiore che deve eseguire rispetto alla fattispecie regolata dalla norma superiore, mentre il principio della divisione dei poteri, oltre a basarsi “sopra una erronea valutazione pratica e politica dell'importanza del potere legislativo”, implicherebbe anche un “errore teorico sull'essenza della formazione del diritto”». Secondo Bognetti, tuttavia, «in tal modo il formalismo giuridico kelseniano preclude l'intelligenza del ruolo essenziale svolto dalla formula della divisione dei poteri nella genesi e nello sviluppo dello stato moderno: sostituisce alcune astratte ed esteriori notazioni concettuali» (G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 3).

¹³ Cfr. J.M.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. *passim*.

¹⁴ Va però ricordato quanto sostenuto da G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione*

modello montesqueviano sarebbe quindi da studiare come un semplice costruito teorico-ideale composto da «a set of standards to which the legal and constitutional arrangements of a modern state ought to conform»¹⁵. Del resto, anche la Costituzione degli Stati Uniti che, storicamente, più di ogni altra a tale principio si ispira, non si regge unicamente sulla semplice tripartizione rigida tra poteri distinti, ma sul controllo reciproco tra essi sorretto dai meccanismi di *checks and balances* costituzionali. Si è così sostenuto, non esistendo nella Costituzione statunitense una clausola che a tale principio faccia espresso riferimento, come essa «adopts no freestanding principle of separation of powers»¹⁶ e che quello istituito debba essere pertanto qualificato come un sistema di «separate institutions sharing powers»¹⁷.

dei), cit., pp. 670-671 secondo cui «la “dottrina pura” della separazione dei poteri è stata molto spesso usata come bersaglio di comodo, creato al solo scopo di essere colpito, per riaffermare l’unità e l’indivisibilità dello Stato sovrano». Come ben sintetizzato da N.W. BARBER, *Prelude to the Separation of Powers*, in 60 *Cambridge L.J.*, 59, 2001, p. 60: «Vile distinguishes between “pure” and “partial” versions of the doctrine. The pure theory calls for complete separation of the three branches of the state; a strict delineation of functions between the executive, the legislature and the judiciary. The division of power acts as a restraint on the power of the state. An alternative vision of the doctrine, the “partial” version, instead emphasises the significance of checks and balances within the constitution. Each of the institutions of state is given some power over the others, their functions are deliberately constructed so that they overlap. Friction is consequently created between the branches of state; no one institution has absolute autonomy».

¹⁵ A. KAVANAGH, *The Constitutional Separation of Powers*, in D. DYZENHAUS, M. THORBURN (a cura di), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2016, p. 221.

¹⁶ Pertanto, «The idea of separated powers unmistakably lies behind the Constitution, but it was not adopted wholesale» J.F. MANNING, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, in 124 *Harv. L. Rev.*, 1939, 2011, p. 1944. In realtà come osservato da J. WALDRON, *Separation of Powers in Thought and Practice*, in 54 *B.C.L. Rev.*, 433, 2013, p. 436: «There is no explicit textual principle of democracy in the U.S. Constitution.13 Nevertheless democracy is an indispensable part of our best theory of government, and it would be wrong to forego any interest in it simply on account of its lacking any explicit textual home. The same is true, also, of the rule of law (...) These examples suggest that, even when a principle lacks specific legal status, it still may be an indispensable part of our constitutionalism, an indispensable touchstone for evaluating the operation of and any change in our constitutional arrangements».

¹⁷ Per usare la famosa definizione di R. NEUSTADT, *Presidential Power and the Mod-*

In secondo luogo, il fatto che l'origine della dottrina sia piuttosto risalente ha fatto sì che quest'ultima subisse gli effetti del tempo, non fosse altro a motivo della sua interrelazione con altri principi fondamentali del costituzionalismo (come il pluralismo sociale, l'uguaglianza sostanziale, il controllo di costituzionalità e molti altri ancora) introdotti dal passaggio dallo Stato liberale a quello a democratico-sociale. Tale trasformazione (formale od informale) ha investito lo Stato di nuovi compiti e funzioni che mal si prestano ad essere rigidamente attribuiti ad organi del tutto distinti, e che chiedono invece la fattiva collaborazione tra essi per il perseguimento del bene comune.

L'avvento dello Stato interventista sembra pertanto aver sconvolto l'impianto della separazione dei poteri su cui si reggeva l'ordinamento liberale, sostituendo il tradizionale modello di divisione tra poteri costituzionali con una dinamica relazionale improntata sul continuo scambio di funzioni e di collaborazione tra organi¹⁸. L'estensione del potere esecutivo, così come la diffusione della funzione normativa anche al di fuori dell'atto tipico della legge, è ormai necessaria alla realizzazione di programmi politici/costituzionali, e ha spinto i poteri a condividere funzioni un tempo chiaramente distinte, inaugurando una crisi del rapporto tra forma e sostanza che ha portato alla sovrapposizione tra le tipologie di fonti destinate alla produzione di norme¹⁹. L'ordinamento giuridico contemporaneo è andato quindi man mano assumendo le sembianze di «un complesso unitario», le cui funzioni possono anche essere distinte ed isolate dal punto di vista teorico ma che in realtà «nella dinamica concreta si muovono e appaiono solo come unità istituzionali già formate dall'incontro del

ern Presidents: The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan, Free Press, New York, 1990, p. 29.

¹⁸ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 15.

¹⁹ In questo senso, la crisi del sistema delle fonti nel nostro ordinamento sarebbe un corollario della diversa concezione della separazione dei poteri oggi vigente. Sul punto, v. (da ultimo) R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, San Giuliano Milanese, 2021, p. 215: «il sistema delle fonti viene chiuso proprio laddove esso è sottoposto a maggior attacco: sul terreno della separazione dei poteri». Per una riflessione del nesso tra sistema delle fonti anche in senso della separazione dei poteri durante l'emergenza pandemica in Italia, v. A. MANGIA, *Emergenza, fonti fatte e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, 2/2021, p. 143 ss.

coagulo di più funzioni elementari interagenti»²⁰.

In terzo luogo, dal momento che la separazione dei poteri nasce e si sviluppa come una teoria di esercizio della sovranità, il principio ha seguito la crisi di quest'ultima, innescata dalla esponenziale crescita di centri di potere non sempre tra loro stabilmente e giuridicamente collegati, che è a sua volta figlia della interconnessione giuridica dei nostri ordinamenti. Il fenomeno è noto: la globalizzazione ha rafforzato l'interazione reciproca tra i sistemi democratici e promosso l'ascesa di strutture sovranazionali di *governance without government* che hanno eroso la sovranità statale e messo in discussione la classica dottrina della separazione dei poteri.

Si pensi, ad esempio, alla forma di governo dell'Unione europea che è solo vagamente ispirata a tale principio: gli organi comunitari sono stati istituiti «prendendo a prestito» una idea «derivante dal bagaglio di esperienza organizzativa dello Stato liberale» che sembra essere però poi rimasta «unicamente sullo sfondo»²¹. Per queste ragioni, è stato autorevolmente sostenuto che «Montesquieu never visited Bruxelles»²², dal momento che «nella UE non vige in senso proprio il principio di separazione ma quello dell'equilibrio dei poteri» ovvero «un bilanciamento fra i vari centri istituzionali, che assicura una limitazione in senso garantista e quindi una sorta di *check and balances* di stampo liberale»²³.

Gli effetti di questa architettura giuridica sui generis sono molteplici: la costruzione di un multilevel government ha avviato processi di ripensamento dei modelli di federalismo/regionalismo²⁴ incidendo sui fenomeni di partecipazione alle decisioni politiche²⁵, mentre il moltiplicarsi di Corti

²⁰ G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 710.

²¹ G. DE VERGOTTINI, (voce) *Forma di governo dell'Unione Europea – XXI Secolo*, in *Treccani on line*, 2009.

²² La frase, pronunciata da Giuliano Amato nella dichiarazione di apertura della European Convention nel 2002, è riportata da P. PONZANO, *Democracy and European Governance*, in <https://graspe.eu/document/Ponzano201209.pdf>, 2012.

²³ G. DE VERGOTTINI, (voce) *Forma di governo dell'Unione Europea – XXI Secolo*, cit.

²⁴ V. L. VIOLINI, *Federalismo, regionalismo e sussidiarietà come principi organizzativi fondamentali del diritto costituzionale comune europeo*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Diritto costituzionale comune europeo*, Jovene, Napoli, 2002, p. 95 ss.

²⁵ B. VIMERCATI, *Natura e strumenti della better regulation: Un contributo allo studio dell'integrazione tra i diversi livelli di governo*, Giappichelli, Torino, 2018.

sovrannazionali dei diritti ha favorito l'ascesa del neo-costituzionalismo e, con esso, del fenomeno della *judicialization of politics*. Già mezzo secolo fa Mauro Cappelletti aveva sollevato «the mighty problem of the legitimacy of judge-made-law»²⁶, nato dalla crescente importanza riservata ai giudici dei diritti nel corso del XX secolo. Ma con l'avvento delle Corti transnazionali, tale fenomeno ha assunto proporzioni continentali²⁷, al punto che, come affermato da Alec Stone Sweet ormai più di vent'anni fa, «in today multi-tiered European polity, the sovereignty of the legislature, and the primacy of the national executives are dead. In concert or in rivalry, European legislators govern with judges»²⁸.

Queste ragioni, tra le altre, hanno indotto parte della dottrina a giudicare la separazione dei poteri come «un'idea-mito»²⁹, «insostenibile»³⁰, «poco utile»³¹, che finisce per essere utilizzata come «mero slogan

²⁶ M. CAPPELLETTI, *The Mighty Problem of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis*, in 53 *Cal. L. Rev.*, 409, 1979, p. 411. Tali riflessioni sono poi riportate (e sviluppate in modo più compiuto), in M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989: «paradoxically (...) the expansion of legislation has brought about a parallel expansion of judge-made-law. (...) and the mighty problem of such law-making» (pp. 3-4).

²⁷ ID., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, cit., p. 163: «the emergence of transdimensional dimension of judicial review, a phenomenon that we have already seen reflected in landmark judgment of the Cour de Cassation of France is in fact becoming a development of continental proportions».

²⁸ A. STONE SWEET, *Governing with Judges*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2002, p. 94.

²⁹ L'espressione è di M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Jandi Sapi, Roma, 1960, p. 57 riportato da F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, cit., p. 478.

³⁰ F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, cit., p. 478 che critica la «teoria giuridica tradizionale assolutistica o formale-sostanziale, della divisione dei poteri» giudicandola «per un duplice verso insostenibile: da un lato non riesce ad assimilare la funzione politica, o di governo, che in realtà rende possibile il coordinamento del potere legislativo (...) dall'altro presume di operare una distinzione contenutistica delle funzioni che, per più versi, non regge e che ci sembra oggi completamente relativizzata». L'A. prosegue, peraltro, osservando come sul piano della realizzazione storica del principio, anche in USA «in seguito alla evoluzione storica del sistema i poteri non sono risultati poi così separati (...) come la previsione teorica avrebbe lasciato credere» (p. 480), per concludere che, in ogni caso, «la nostra Costituzione non sembra contenere, se non per qualche remini-

politico»³², al di qua e al di là dell'Atlantico: se da tempo nell'Europa continentale «traditional separation of power doctrines are in deep crisis»³³, anche in America, ormai, «it is suffering through an enfeebled old age»³⁴. Si tratterebbe, in sostanza, di una teoria che parla ad un'epoca lontana, superata dal tempo e dagli eventi, perché oggi la complessità policentrica delle nostre società giuridiche non può più essere spiegata con la fortunata formula di Montesquieu: da qui la necessità di «ripudiarla»³⁵ o quanto meno di «dirle addio»³⁶.

Nonostante queste autorevoli valutazioni, l'idea della separazione dei poteri continua a suscitare un certo interesse tra gli studiosi di tutto il

scenza sporadica e soprattutto avulsa dal contesto e dalle implicazioni della teoria tradizionale, il principio organizzativo della divisione dei poteri». Giudica superato il principio anche F. BASSI, *il principio della separazione dei poteri (evoluzione e problematiche)*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1965, p. 17 ss.

³¹ N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1983, p. 252: «il principio della divisione dei poteri, nella versione di Montesquieu (...), sembra assai poco utile per comprendere il funzionamento dei nostri sistemi parlamentari nei quali è venuta meno ogni distinzione fra esecutivo e legislativo e vi è, invece, una continuità di potere o un processo politico che ha il suo momento iniziale nelle elezioni e il suo momento terminale nell'azione di governo».

³² C. ROSSANO, *La divisione dei poteri nella attuale struttura costituzionale dello stato di diritto e sociale*, in *Studi in memoria di Domenico Pettiti*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1973, p. 1300 riportato da G. GRASSO, R. MANFRELLOTTI, *Poteri e funzioni dello stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, cit., nota 7, secondo cui condivide il giudizio «anche F. CUOCOLO, *Gli atti dello Stato aventi "forza di legge"*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1961, p. 105, che, citando un'affermazione di G. Chiovenda in merito alla nozione di sentenza, sostiene che la dottrina della separazione dei poteri fa parte di quelle concezioni che «rimangono campate in aria dopo che le circostanze da cui nacquero sono ormai dileguate».

³³ A. STONE SWEET, *Governing with Judges*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2002, p. 130.

³⁴ E. POSNER, A. VERMEULE, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010, p. 208.

³⁵ M. CAPPELLETTI, *Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of "Constitutional Justice"*, in 35 *Cath. U. L. Rev.*, 1, 1986, p. 1 ss.

³⁶ B. ACKERMAN, *Good-bye, Montesquieu*, in S.R. ACKERMAN, P.L. LINDSETH (a cura di), *Administrative Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham UK-Northampton USA, 2010, p. 129.

mondo e persino in ordinamenti tradizionalmente ad essa avversi. Emblematico è il caso del Regno Unito³⁷, dove l'appello a «taking separation of powers seriously» introducendo nel sistema «at least some aspects» che sono eredità di tale dottrina³⁸ sembra essere stato timidamente accolto negli ultimi decenni. Parte della dottrina ha infatti osservato come la profonda trasformazione della sovranità e della Costituzione britannica avvenuta a partire dal secondo dopoguerra³⁹ abbia portato ad un «progressivo scivolamento [di quest'ultima] da una *political* constitution ad una

³⁷ Come ricordato già nel 1860 da Sir William Bagehot, «The efficient secret of the English Constitution may be described as the close union, the nearly complete fusion, of the executive and legislative powers». Come noto, il sistema inglese non si fonda sulla separazione dei poteri, ma dall'idea del mixed government derivante dalle dottrine politiche di pensatori come Aristotele, Polibio, San Tommaso d'Aquino, Machiavelli. Tale formula politica combina elementi di monarchia, aristocrazia e democrazia promuovendo meccanismi di checks and balances tra le tre classi sociali presenti al tempo nella società (il monarca, i signori e il popolo). Essa è stata adottata a partire dal XIV secolo dalla Costituzione inglese nella quale «all three institutions (the King, the House of Commons, The House of Lords) were subordinated to the law and to the documentary constitution and neither the King nor the judges could review an Act of Parliament because the King-in-Parliament was sovereign when that act was adopted» (W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lippincott company, Philadelphia, 1769, p. 185). In riferimento alla storia del costituzionalismo inglese, v. (in lingua italiana) A. TORRE, *Il Regno Unito*, in P. CAROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, La Terza, Bari, 2009, p. 61 ss.; C. MARTINELLI, *I diritti oltre la manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, il Mulino, Bologna, 2008.

³⁸ Così E. BARENDT, *Separation of powers and constitutional government*, in *Public Law*, 1995, p. 599 ss. che esplicitamente ha promosso l'idea come cardine di una futura riforma costituzionale: lo scopo del suo lavoro, infatti «is to explore the extent to which the modern United Kingdom constitution observes the separation of powers, or at least some aspects of this complex doctrine or set of Principles (...)» e di «concludes with a few observations on the implications for constitutional reform which would flow from taking the separation of powers more seriously» (p. 600).

³⁹ Vedi (da ultimo) C. MARTINELLI, *La Brexit e la Costituzione britannica. Come e perché il Regno Unito è uscito dall'Europa*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 230-231 «non vi è dubbio che dal Secondo dopoguerra la *British Constitution* abbia avviato un percorso trasformativo molto profondo che non poteva che impattare anche sulla sovranità: dalla Devolution alla protezione dei diritti fondamentali, dalla struttura degli organi di governo all'istituzione della Corte Suprema, dall'affermazione del referendum alla partecipazione ai consessi internazionali ».

sempre più marcata *legal constitution*»⁴⁰, per effetto della quale essa «had in effect become transformed from one based on parliamentary sovereignty to one based on a separation of powers»⁴¹.

Non è dunque fuori luogo domandarsi perché un principio apparentemente in crisi sia in grado ancora oggi di suscitare tanta attenzione. Siamo forse di fronte a sentimenti nostalgici per i vecchi principi di un tempo passato e per idee ormai obsolete che nulla hanno a che vedere con la complessità dello Stato democratico pluralista contemporaneo?⁴² O è forse rimasto qualcosa in quegli insegnamenti che possa aiutarci a comprendere il nostro costituzionalismo (e la sua crisi)?

Il presente capitolo prova a dare risposta a questi quesiti. Seguendo gli insegnamenti di un maestro del diritto comparato, il percorso che seguiremo non sarà però teso ad individuare «l'essenza storica» del principio, ricercando nell'antichità come nel presente il «“vero”, adeguato concetto di “divisione”» al fine di «proporre la definizione *giusta e definitiva* di ciò che è “separazione dei poteri”»⁴³. Al contrario, il tentativo sarà quello di recuperare le ragioni per cui il principio è diventato un cardine del costi-

⁴⁰ Sempre ID. ricorda infatti che «tale percorso normativo è stato talmente profondo (...) da indurre V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, Bloomsbury Publishing, London, 2009, ad avanzare la nota tesi secondo cui la classica Costituzione britannica aveva subito uno shift strutturale dalla “Parliamentary Sovereignty” alla “Sovereignty of the Constitution”. In sostanza, un progressivo scivolamento da una *political constitution* ad una sempre più marcata *legal constitution*» (p. 231 nota 3).

⁴¹ V. BOGDANOR, *Reply to McHarg and Young*, in *U.K. Const. L. Blog*, 14 Settembre 2021: «I argued that in consequence of these reforms, the British constitution had in effect become transformed from one based on parliamentary sovereignty to one based on a separation of powers».

⁴² Come sembra suggerire J. ROUSSIN, *An Obsolete Separation of Powers?*, in <https://booksandideas.net/An-Obsolete-Separation-of-Powers.html>, 13 luglio 2017 commentando il libro di J. WALDRON, *Political Theory. Essays on Institutions*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2016: «On several occasions, he seems to express a certain nostalgia for the past. He maintains that while the “old principles” (p. 85) of the separation of powers or of deliberative assembly may seem obsolete in the era of political parties and independent administrative agencies, it is nevertheless important to study them, as if to remember what has been lost».

⁴³ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 13 definisce questo approccio «fuorviante».

tuzionalismo occidentale, per provare poi a capire, seguendo le trasformazioni che esso ha subito nel corso dei secoli, se la separazione dei poteri possa essere ancora utile alla comparazione dei nostri ordinamenti, o se invece essa vada piuttosto accantonata e lasciata agli studi degli storici del diritto.

3. *Alle origini di un'idea: profili storici dello spirito della separazione dei poteri sulle due sponde dell'Atlantico.*

Secondo i sostenitori della separazione dei poteri, al fine di meglio promuovere la libertà del popolo occorre mantenere separate le tre principali funzioni (legislativa, esecutiva, giudiziaria) nelle quali si esprime il potere di imperio dello Stato e attribuirle a tre istituzioni tra loro indipendenti⁴⁴. Da questo punto di vista, la separazione orizzontale dei poteri «riguarda in modo preminente, la distribuzione delle funzioni tra gli organi dello Stato-apparato (sia questo configurato formalmente come persona giuridica o no)»⁴⁵.

A prima vista, questa (breve) definizione sembra già in grado di sintetizzare il contenuto giuridico della dottrina della separazione dei poteri: distribuendo tre funzioni tra tre organi distinti, essa fornirebbe la regola pratica che informa il nucleo giuridico-costituzionale del principio. A ben guardare, essa non pare però adeguata a spiegare le ragioni del successo avuto dal principio nella storia del costituzionalismo occidentale. In

⁴⁴ Cfr. J.M.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 14. Secondo l'A., «the “pure” doctrine of the separation» può essere descritta nei seguenti termini: «It is essential for the establishment and maintenance of political liberty that the government be divided into three branches or departments, the legislature, the executive, and the judiciary. To each of these three branches there is a corresponding identifiable function of government, legislative, executive, or judicial. Each branch of the government must be confined to the exercise of its own function and not allowed to encroach upon the functions of the other branches. Furthermore, the persons who compose these three agencies of government must be kept separate and distinct, no individual being allowed to be at the same time a member of more than one branch».

⁴⁵ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 12.

primo luogo, districarsi nella distinzione tra funzioni e poteri non è così semplice come sembra ed anzi proprio questa difficoltà è una delle ragioni che ha alimentato le critiche ricordate in precedenza⁴⁶.

Ma in modo ancor più significativo, la dottrina della separazione dei poteri non è l'unica (né la prima) teoria politica che si occupa di costruire un governo (*government*) efficiente e libero: come già ricordato, infatti, questa è una questione che appassiona i filosofi della politica fin dalla antica Grecia e, già nel XIII Secolo (cioè in un'epoca in cui il potere era ancora strettamente connesso alla teoria del diritto divino), Henry de Bracton aveva ideato la formidabile distinzione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*⁴⁷, che

⁴⁶ Sul punto, v. le puntuali osservazioni di A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *D&Q*, 7, 2007, p. 202 ss. che distingue una separazione non specializzata da una separazione specializzata e indica le principali critiche (logiche, costituzionali e giuridiche) mosse al principio anche sulla scorta del problema definitorio di *potere e funzione*.

⁴⁷ A.C. BRADLEY, C. PINELLI, *Parliamentarism*, in M. ROSENFELD, A. SAJO, (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford-Londra, 2013. Come acutamente ricordato da O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Jovene, Napoli, pp. 108-110 alcune teorie del costituzionalismo hanno da sempre criticato l'idea della separazione dei poteri, a partire da C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* (ed it. a cura di N. Matteucci), il Mulino, Bologna, 1990 per cui il costituzionalismo si fonda sulla distinzione tra *gubernaculum* (potere politico, più o meno responsabile politicamente di fronte al popolo) e *iurisdictio* (l'insieme dei diritti, privilegi, principi che il diritto sottrae alla sfera del primo). McIlwain, ha fin da subito contestato l'idea stessa propugnata da Montesquieu, ritenendo che essa «non si applica veramente alla materia giudiziaria» e pertanto «non si può incorrere nell'errore di confondere la separazione dei poteri con l'indipendenza dei giudici, poiché si tratta di due cose ben diverse» (Chessa, p. 108). Seguendo questa impostazione, «il costituzionalismo si risolvrebbe essenzialmente nella limitazione giuridica del potere politico attraverso l'istituzione di un potere giudiziario indipendente, ma non esigerebbe affatto la ripartizione dello stesso potere politico, del *gubernaculum*, tra più organi reciprocamente indipendenti e potrebbe benissimo convivere con la sua sostanziale unitarietà (...) Questa visione del costituzionalismo si attaglierebbe alla perfezione ai regimi parlamentari contemporanei (...) Se il governo parlamentare realizza, come spesso si dice, una "fusione tra legislativo ed esecutivo", se ne conclude allora che è ben possibile che la limitazione giuridica del potere, l'essenza del costituzionalismo, conviva con assetti nei quali manca una vera separazione dei poteri» (p. 109). Si spiega così perché già L. BLUM, *La riforma*

è stata poi fondamentale per la costruzione del mixed government e della Costituzione britannica⁴⁸.

In sintesi, gli studi sulla forma politica di governo non sono stati inventati dalle grandi idee illuministe, e anche la dottrina della separazione dei poteri «finds its roots in the ancient world, where the concepts of governmental functions, and the theories of mixed and balanced government were evolved»⁴⁹. La tradizionale distinzione di poteri e funzioni che informa la regola pratica della dottrina della separazione dei poteri non dà quindi completamente conto del perché sia diventata così importante in un'epoca particolare né del perché si sia strettamente intersecata con l'idea stessa di costituzionalismo.

È utile allora ricordare che il principio «nasce storicamente, e via via si perfeziona, in funzione di un rapporto tra Stato e società civile fondato sull'ideale borghese-liberale dell'integrale individualismo» ovvero sia su un valore che «nella storia dell'uomo costituiva una novità radicale»⁵⁰. Solo muovendo da questa premessa è possibile cogliere lo spirito del principio della separazione dei poteri che, come noto, fiorisce come corollario della teoria politica della democrazia elaborata da Locke, Rousseau e Montesquieu per difendere la fragilità delle nuove Repubbliche dal potere assoluto delle grandi monarchie europee del XIV e XVI secolo.

In America, tale idea si è ben sposata con la teoria del self-government abbracciata per contestare la tirannia di Re Giorgio III; ripudiando il dogma della sovranità derivante dal diritto divino e ben sintetizzata dalla fa-

gouvernementale, Éditions Bernard Grasset, Paris, 1936, pp. 150-151, sostenesse che «in regime democratico, il dogma della separazione dei poteri non è altro, per quanto riguarda il legislativo e l'esecutivo, che una semplice finzione giuridica, sulla quale i nostri giuristi potranno mettersi d'accordo con i nostri storici. La verità è che, ad ogni momento e ad ogni proposito, il legislatore e l'esecutivo vivono in uno stato di penetrazione e di dipendenza reciproche, e che siffatta continua collaborazione rappresenta la legge stessa della nostra attività di governo». Secondo Chessa, tuttavia, questa lettura del costituzionalismo esprime «un modello teorico generale che non fa adeguatamente i conti con la complessità del principio della separazione dei poteri» (p. 112).

⁴⁸ Cfr. (tra gli altri) C. MARTINELLI, *Le radici del costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2016, in particolare p. 53.

⁴⁹ J.M.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 3.

⁵⁰ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 14.

mosa frase attribuita a Luigi XIV «l'État, c'est moi!»⁵¹, i *Framers* americani costruiscono un nuovo ordine politico radicato nel principio politico secondo cui la fonte e il detentore della sovranità fosse “We The People”. Riunendo in un'unica Nazione Stati e territori tra loro indipendenti, infatti, «New World republicans would keep Old World monarchs at distance and thus make democracy work on a scale never before dreamed possible»⁵².

Si coglie così perché, specialmente negli Stati Uniti, l'intuizione storica di creare un governo «*from the People, by the People and for the People*»⁵³ si sia fortemente legata al principio della divisione dei poteri: è proprio contro un potere assoluto e monarchico che gli americani delle colonie si erano ribellati. Riprendendo le parole di Madison, infatti, «in verità nessuna massima politica (...) possiede intrinseco e grande valore più di questa (...) tra coloro che si sono distinti come paladini della libertà. La concentrazione di tutti i poteri, legislativo esecutivo e giudiziario nelle medesime mani, siano esse quelle di molti o di pochi o di uno, abbiano diritti ereditari o elettivi ovvero quelli che derivano da un auto-nomina, può essere a ben ragione essere definita come una vera tirannia»⁵⁴. Ed è forse proprio questo il motivo per cui i *Framers* americani non hanno pensato di codificare il principio della separazione dei poteri né, originariamente, un catalogo di diritti⁵⁵: come mirabilmente ricordato da Hamilton, «la verità è che, dopo tanta retorica cui abbiamo dovuto prestare

⁵¹ La frase è riportata da FRANÇOIS-RENE DE CHATEAUBRIAND, nel famoso *Mémoires d'outre-tombe*, (ed it. F. Vasarri, Portaparole, Roma, 2012, p. 366): «Jamais despote n'a expliqué plus énergiquement sa nature: c'est le mot retourné de Louis XIV: "L'État, c'est moi"».

⁵² A.R. AMAR, *America's Constitution*, Random House, New York, 2005, p. 5.

⁵³ Come ricordato dal Presidente Lincoln nel famoso Gettysburg Address del 19 novembre 1863, in G.S. BORRIT (a cura di), *Of the People, by the People, for the People and Other Quotations from Abraham Lincoln*, Columbia University Press, New York, 1995, p. 15.

⁵⁴ J. MADISON, *The Federalist*, n. 47, in *Il Federalista*, ed. it. a cura di M. Negri, Nischi Lischi, Pisa, 1955, pp. 325-326.

⁵⁵ Sul dibattito relativo alla approvazione dei primi dieci emendamenti, v. A.R. AMAR, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, Yale University Press, New Haven, 1998.

orecchio, la Costituzione stessa [nella sua struttura n.d.r.] costituisce sotto ogni punto di vista razionale, e a tutti gli effetti, una dichiarazione dei diritti»⁵⁶.

Quest'ultima considerazione segna una distanza con lo spirito con cui la separazione dei poteri è stata compresa e ratificata dall'altro lato dell'oceano Atlantico. In modo curiosamente speculare, i rivoluzionari dell'Assemblea nazionale poggiarono l'atto fondativo della nuova Repubblica non su una Costituzione, ma sulla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, ovvero sia sul primo lungo elenco di principi e diritti dell'Europa continentale⁵⁷.

Tuttavia, il pensiero post-rivoluzionario francese è stato condizionato più da Rousseau che da Montesquieu, dal momento che il costituzionalismo francese si è fondato sulla teoria di una sovranità unica, indivisibile, inalienabile⁵⁸, nella quale «la gerarchia degli organismi segue la gerarchia delle funzioni e mai un potere subordinato potrà controllare un'autorità superiore» e dove la separazione dei poteri non è in grado di «compro-

⁵⁶ A. HAMILTON, *The Federalist*, n. 84, in *Il Federalista*, ed. it. a cura di M. Negri, Nischi Lischi, Pisa, 1955, p. 592. L'interconnessione tra diritti e poteri è così radicata in Hamilton da giudicare dannosa l'introduzione di un *Bill of Rights* nella Costituzione: «Io mi spingo ancora più in là ed affermo addirittura che la Dichiarazione dei diritti, per quel che se ne discute, non è soltanto superflua per la Costituzione che ci viene proposta ma addirittura potrebbe mostrarsi pericolosa. Essa infatti conterrebbe diverse allusioni a poteri che la stessa [Costituzione n.d.r.] non contempla e che per questo motivo offrirebbe comodi sotterfugi a chi desiderasse rivendicarli. Infatti perché mai dichiarare illegittime alcune azioni per le quali non esiste il corrispondente potere? Perché infatti dichiarare che la libertà di stampa non dovrà essere limitata se non si conferisce alcun potere atto a limitarla? Non sosterrò certo che una tal dichiarazione conferisca poteri di limitazione della libertà di stampa, ma è ovvio come essa offrirebbe a individui già propensi ad avvalersi di usurpazioni, un pretesto plausibile per rivendicare tali poteri» (p. 590).

⁵⁷ Cfr. *supra*, par. 1. Sull'importanza della dichiarazione, v. (tra gli altri) G. JELLI-NEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, ed. it. a cura di G. Bongiovanni, La Terza, Bari, 2002. Per la storia del pensiero che ha dato origine alla rivoluzione francese, v. C. MARTINELLI, *Le radici del costituzionalismo*, cit., p. 185 ss.

⁵⁸ J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Libro II par. 1, Feltrinelli, Milano, 2014, p. 56: «afferma dunque che la sovranità, non essendo che l'esercizio della sovranità generale, non può essere mai alienata, e che se il corpo sovrano, il quale è soltanto un ente collettivo, non può essere rappresentato che da se stesso: può trasmettere il potere, ma non la volontà».

mettere l'unità della sovranità» perché essa rimarrà, sempre, nelle mani salde del potere legislativo⁵⁹.

Abbracciando «l'integralismo democratico di Rousseau»⁶⁰, i costituenti francesi hanno posto una Assemblea parlamentare al centro del loro sistema politico e le hanno conferito il potere esclusivo di esprimere la Volontà Generale del popolo oltre che di nominare e revocare i membri di un esecutivo debole e subalterno. Meno spazio è riservato nel sistema francese alla divisione tra Stato ed individuo, perché la libertà dal potere si è invece appoggiata sulla fiducia nel Parlamento e nella legge come atto della volontà generale. Ciò ha favorito la realizzazione di quello che è stato definito come un modello «statico» di separazione dei poteri a cui si accompagna un quadro «debole» di *checks and balances* tra gli stessi⁶¹. La prevalenza del legislativo sugli altri poteri, pertanto, ha fatto sì che, anche se espressamente codificata nell'articolo 16, l'idea di Montesquieu è rimasta, in Francia, più una dichiarazione di principio e un esercizio teoretico-dottrinale che una realtà politico-costituzionale⁶².

⁵⁹ M. TROPER, *Separation of powers*, in *Montesquieu Dictionary* [online], (ENS Lyon 2013), <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/en/article/1376427308/en>: «the hierarchy of organisms follows the hierarchy of functions and never will a subordinate power be able to check a superior authority. Therefore the separation of powers does not compromise the unity of sovereignty, for it always remains a sovereign power and it is the legislative power».

⁶⁰ L'espressione è di C. MARTINELLI, *Le radici del costituzionalismo*, cit., p. 111, che descrive in modo efficace la distanza esistente tra il giusnaturalismo contrattualistico Locke e la teoria politica di Rousseau soprattutto rispetto alla proprietà privata, che per il primo è «un diritto naturale» mentre per il secondo «un godimento consentito dalla legge della comunità» (p. 115).

⁶¹ T. GEORGOPOULOS, *The "Checks and Balances" Doctrine in Member State as a Rule of EC Law. The Case of France and Germany*, in 9 *ELJ*, 2003, p. 533 ss.: «Revolutionary and later Constitutions have not opted for a pure separation of the departments and a certain interaction between the Legislature and the Executive has always been present. The weak development of controls between the departments stemmed from the incontestable superiority of the Legislature, which banned any possibility of an Executive veto or a judicial review of legislative acts. The unconditional trust to the parliament equals a static separation of the powers' system».

⁶² Così, M. TROPER, *Pour une theorie juridique de l'Etat*, Press Universitaires de France, Parigi, 2004, p. 226.

4. *Lo spirito della separazione dei poteri e «La Democrazia in America».*

Mentre a Philadelphia il vento della separazione dei poteri gonfiava silenziosamente le vele della Costituzione federale, a Parigi il principio è stato issato sull'albero maestro della dichiarazione dei diritti, ma ha finito per soffiare come un refole in grado al massimo di sventolare stancamente le bandiere di cortesia a poppa. Fin dal principio, pertanto, l'intuizione di Montesquieu per cui *le pouvoir arrête le pouvoir* è parsa una formula efficacissima sulla carta, che però ha stentato ad essere riconosciuta in modo unitario dalle due rivoluzioni liberali, e ciò ha contribuito a alimentare una certa confusione nella interpretazione della separazione, o divisione, dei poteri.

Una delle ragioni è, forse, riconducibile al fatto che mentre in America la teoria è stata fin da subito rimodellata da pensatori dotati anche di un certo pragmatismo politico come Madison, Hamilton, Jay, Jefferson, in Francia l'Assemblea si è rapidamente persa dietro ai conflitti tra Girondini e Giacobini, e le idee filosofiche di Rousseau (ma anche di Montesquieu e Voltaire) sono rimaste prive della necessaria concretezza politica per poi essere accantonate – di lì a poco – con la Restaurazione. Oltre alla differente concretizzazione storica dei principi dell'illuminismo liberale, tuttavia, il diverso modo in cui la separazione dei poteri è stata accolta sulle due sponde dell'oceano ha profondamente condizionato lo sviluppo futuro dei sistemi politico-costituzionali, delle forme di governo, dei meccanismi di *checks and balances*⁶³.

La fede politica nella legge come atto di volontà generale (che dalla Francia si è diffusa nell'Europa continentale) ha storicamente favorito l'ascesa del parlamentarismo; di converso, negli Stati Uniti, lo scetticismo per la concentrazione del potere ha incentivato lo sviluppo del presidenzialismo. Queste due forme di governo, accanto al modello Westminster, hanno influenzato le Costituzioni delle democrazie occidentali e (in parte) dei governi di tutto il mondo, dove hanno assunto forme diverse, anche

⁶³ Per l'impatto delle rivoluzioni sulla storia del costituzionalismo (o dei costituzionalismi: uno di derivazione anglosassone, l'altro di derivazione giacobina) v. A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, La Terza, Roma-Bari, 2006.

frutto di un'ibridazione tra le due (semipresidenzialismo; presidenzialismo forte)⁶⁴.

Non è però alle forme di governo che dobbiamo rivolgere innanzitutto lo sguardo se vogliamo comprendere a fondo lo spirito della separazione dei poteri. Occorre piuttosto provare ad osservare il fenomeno storico con gli occhi di chi, per primo, lo ha vissuto e raccontato. Nel celebre libro *La Democrazia in America*, Alexis De Tocqueville scandaglia, per primo, la Costituzione americana con le lenti della comparazione⁶⁵ e con lo sguardo pragmatico di un aristocratico che aveva vissuto di persona la rivoluzione francese, ricavandovi la precoce intuizione che la storia della modernità sarebbe coincisa con il movimento verso l'eguaglianza delle condizioni, da realizzare con il trapasso della società aristocratica⁶⁶.

È con questo piglio disincantato che il filosofo francese compie il suo viaggio in America: «sono ben lontano da credere che [gli americani] abbiano trovato la sola forma di governo che possa darsi la democrazia» scrive nell'introduzione «ma basta il fatto che in due paesi la causa generatrice delle leggi e dei costumi sia la medesima perché in noi debba sorgere un immenso interesse a conoscere quello che essa ha prodotto. Non è dunque per soddisfare una curiosità, d'altronde legittima, che ho studiato l'America [e la sua rivoluzione], ma per trovarvi insegnamenti utili

⁶⁴ C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di governo*, Jovene, Napoli, 2006; J.M. COLOMER, *Comparative Constitutions*, in R.W. RHODES, S.A. BINDER, B.A. ROCKMAN, (a cura di), *The Oxford handbook of Political Institutions*, Oxford University Press, London 2006, p. 217 ss. Sul punto, si consenta di rinviare a L.P. VANONI, *Checks and Balances*, in R. GROTE, F. LACHENMANN, R. WOLFRUM (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law (MPECCoL)*, Oxford University Press, Oxford, Oxford Constitutions (<http://oxcon.oupplaw.com>), 2020.

⁶⁵ Sulle virtù di Tocqueville come comparatista, v. da ultimo le riflessioni di P. RIDOLA, *Gorla, Tocqueville e la comparazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2, 2021, p. 4 ss.

⁶⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *La Democrazia in America*, ed. it. a cura di G. Candeloro, Rizzoli, Milano, 1999, p. 27: «mi sembra fuor di dubbio che presto o tardi arriveremo anche noi, come gli americani, alla parità quasi completa delle condizioni». Sulle premesse “realiste” dell'aristocratico Tocqueville, v. A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, cit., pp. 26-27.

per noi (...) allo scopo di discernerne con chiarezza le naturali conseguenze e vedere, se possibile, quali siano i mezzi per renderla profittevole all'umanità»⁶⁷.

Partendo da queste premesse, l'opera di Tocqueville raccoglie minuziosamente ogni indicazione utile a comprendere l'idea della democrazia come espressione della inevitabilità della società tra uguali. Prendendo le distanze dalla idea della onnipotenza parlamentare formulata da Rousseau, Tocqueville osserva che «il potere del popolo è cosa diversa dalla libertà del popolo», indicando anzi il rischio che il «dispotismo della maggioranza» possa schiacciare l'individuo: le nazioni, infatti, «non possono evitare che le condizioni diventino uguali; ma dipende da loro che l'uguaglianza le porti (...) alla civiltà o alla barbarie, alla prosperità o alla miseria»⁶⁸. Quanto alla divisione dei poteri, il comparatista francese dubitava che la libertà potesse davvero fiorire all'interno del mixed government⁶⁹, perché in tale modello la presenza della aristocrazia avrebbe rischiato di frapporsi all'inevitabile raggiungimento della uguaglianza di condizioni, mentre soltanto un ostacolo posto dinanzi al potere avrebbe potuto rallentarne il cammino «dandogli il tempo di moderarsi»⁷⁰.

Per questo, la sua preferenza va al modello della separazione dei poteri: un legislativo che rappresenta la maggioranza⁷¹, un esecutivo che, seppur parzialmente dipendente, «mantiene una forza propria»⁷² e un giudi-

⁶⁷ A. DE TOCQUEVILLE, *La Democrazia in America*, cit., p. 28.

⁶⁸ ID., p. 513. Sull'importanza di questo pensiero, cfr. anche A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, cit., p. 27.

⁶⁹ Che invece, aveva colpito Montesquieu, il quale nel suo viaggio in Inghilterra tra il 1729 e il 1731 aveva maturato le idee che confluiranno poi nello *Spirito delle leggi*, restando «affascinato dalla nazione, dalle istituzioni, dai costumi (...) trovando in Inghilterra il modello dell'antico buon governo» (A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, cit., p. 26).

⁷⁰ ID., p. 425.

⁷¹ ID., p. 120: «se si considerano gli abitanti degli Stati Uniti come formanti un solo popolo, era naturale che fosse solo la maggioranza dei cittadini dell'Unione a fare la legge».

⁷² ID., p. 123: «l'azione del corpo legislativo sul potere esecutivo può essere diretta e abbiamo visto poco fa che gli americani avevano preso cura che non lo fosse, ma può essere anche indiretta. Le camere, togliendo al funzionario pubblico lo stipendio, gli tolgono una parte della sua indipendenza; e avendo la facoltà di fare le leggi, si deve te-

ziario «indipendente», che «esercita una grande influenza sul destino degli angloamericani e occupa un posto importante tra le istituzioni propriamente dette»⁷³.

Non è però primariamente nella separazione orizzontale dei poteri che Tocqueville individua il segreto dell'eccezionalismo americano⁷⁴: fermamente persuaso che «lo spirito umano inventa più facilmente le cose che le parole» e che questo porti «all'uso di termini impropri ed espressioni

mere che esse annullino a poco a poco quel potere che la costituzione gli voleva conservare. Questa dipendenza del potere esecutivo è uno dei difetti maggiori delle costituzioni repubblicane. Gli americani non hanno potuto distruggere la tendenza che spinge le assemblee legislative a impadronirsi del governo, ma l'hanno resa meno temibile».

⁷³ ID., p. 137. Per Tocqueville, inoltre, il potere giudiziario è uno dei più complessi da regolare e può esercitare una grande influenza sul popolo: «è una cosa veramente sorprendente la fiducia accordata in genere dagli uomini all'intervento dei tribunali. Essa è tanto grande, che si appiglia alla forma giudiziaria anche quando la sostanza non esiste più, e dà corpo alle ombre». Per questo, continua il pensatore francese, «è necessario senza dubbio, per la sicurezza dei singoli e le libertà di tutti, che il potere giudiziario sia separato da tutti gli altri, ma non è meno necessario per l'esistenza della nazione che i differenti poteri dello stato abbiano la stessa origine, seguano gli stessi principi, e agiscano nella stessa sfera, in una parola che essi siano *correlati ed omogenei*». Tocqueville considera il potere giudiziario così importante (e pericoloso) da riservargli inoltre l'intero capitolo IV del primo volume della sua opera (pp. 101-112).

⁷⁴ Secondo P. RIDOLA, *Gorla, Tocqueville e la comparazione*, cit., p. 15 «Sebbene l'*E-sprit des lois* di Montesquieu abbia rappresentato una importante fonte di ispirazione per Tocqueville, questi ne rifiuta in modo radicale l'enfatizzazione del governo misto, e l'antitesi, sulla quale era costruita la dottrina della separazione dei poteri, tra governo dispotico e governo temperato». A parere di chi scrive, non si tratterebbe in realtà di un rifiuto tanto netto, ma solo la considerazione del fatto che per Tocqueville – come vedremo – non è quel principio a garantire agli uomini la libertà. Analogamente, anche chi ritiene il principio della separazione dei poteri controproducente o irrealizzabile, ammette che «Tocqueville escludeva che si potesse conservare la libertà attraverso la commistione di principi diversi nell'organizzazione dello Stato. Il regime misto gli sembrava una «chimera» e quand'anche si fosse realizzato sarebbe stato dilaniato da spinte contrarie così forti da determinare il dissolvimento o la rivoluzione della società. Perciò la sua preferenza andava all'«unica garanzia di libertà», la separazione dei poteri, nella sua configurazione classica: un legislativo composto in modo tale da rappresentare la maggioranza, un esecutivo dotato di forza propria ed un giudiziario «indipendente dagli altri due» (F. CAMMISA, *Tecniche costituzionali alla prova dei fatti: governo misto e separazione dei poteri nel modello inglese e francese*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 2).

incomplete»⁷⁵, egli poggia il suo pensiero, in prima battuta, su una attenta osservazione pragmatica della realtà sociale americana, certo che «lo scrittore che volesse far conoscere l'insieme di un simile quadro prima di averne mostrato i particolari cadrebbe necessariamente in oscurità e ripetizioni»⁷⁶.

Tocqueville imposta così il suo lavoro partendo dallo studio delle amministrazioni locali, cioè «di quell'aspetto del governo che tocca più da vicino gli interessi e la vita quotidiana dei cittadini»⁷⁷, nella convinzione che «in America il principio di sovranità non [sia] nascosto e non rest[i] sterile come in altre nazioni, ma [sia] riconosciuto dai costumi e proclamato dalle leggi»⁷⁸. Secondo il filosofo, la «vita politica e amministrativa divisa in centri di azione» è paragonabile «ai diversi centri nervosi che fanno muovere il corpo umano», tutti importanti perché tutti tra loro connessi. È però nelle istituzioni comunali (ovverosia «la sola associazione naturale così naturale che, ovunque vi siano uomini riuniti, si forma») che «risiede la forza dei popoli liberi» in quanto «esse sono per la libertà quello che le scuole primarie sono per la scienza: la mettono a portata del popolo, e facendogliene gustare l'uso l'abituano a servirsene. Senza istituzioni comunali una nazione può darsi bensì un governo libero, ma non uno ha ancora lo *spirito* della libertà»⁷⁹.

Indirizzando la ricerca a partire da questo angolo prospettico, Tocqueville individua «la prima garanzia di libertà in una società democratica» nella distinzione tra accentramento *politico* (che è indispensabile per

⁷⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *La Democrazia in America*, p. 155.

⁷⁶ ID., p. 69.

⁷⁷ G. CANDELORO, *Prefazione*, in A. DE TOCQUEVILLE, *La Democrazia in America*, cit., p. 10.

⁷⁸ A. DE TOCQUEVILLE, *La Democrazia in America*, cit., p. 65. Secondo l'A. «esaminare l'Unione prima di studiare gli Stati significa percorrere una via cosparsa di ostacoli. La forma di governo federale è l'ultima a nascere negli Stati Uniti; essa non è stata che la modificazione della repubblica, un riassunto dei principi politici diffusi in precedenza nell'intera società e sussistenti indipendentemente da essa (...) lo scrittore che volesse far conoscere l'insieme di un simile quadro prima di averne mostrato i particolari cadrebbe necessariamente in oscurità e ripetizioni».

⁷⁹ A. DE TOCQUEVILLE, *La Democrazia in America*, cit., p. 70.

l'esistenza stessa dello Stato) e accentramento *amministrativo*⁸⁰, «notando come negli Stati Uniti esista il primo (sebbene diviso tra gli Stati particolari e l'Unione), ma non il secondo, perché vi regna la completa libertà comunale»⁸¹.

La ricerca non si limita però a definire il funzionamento politico/amministrativo delle istituzioni americane, ma si spinge a descrivere anche i limiti dell'individualismo dei suoi cittadini⁸² e ad individuare i modi con cui essi combattono l'egoismo attraverso l'istituzione di «libertà locali»⁸³ e «associazioni libere»⁸⁴. Secondo Tocqueville, pertanto, «il vero argine nei confronti del dispotismo è costituito dall'esistenza e dalla vitalità di uno spazio pubblico che si interpone tra la sfera privata e la sfera del governo» il quale è sostenuto dalla struttura della Costituzione federale che

⁸⁰ Questo è, come ricorda lo stesso Tocqueville, un punto che segna una distanza significativa tra gli Stati Uniti e i sistemi europei (e in particolare quello francese). Come acutamente osservato da G. BOGNETTI, *L'equilibrio dei poteri e la lotta per i poteri*, in *Il Sole 24 ore*, 23 maggio 1993: «gli attori della prima fase della Rivoluzione [francese] non colsero le esigenze di una autentica divisione liberale dei poteri. Essi non videro che quella divisione, per realizzare i suoi fini, richiedeva un controllo giurisdizionale delle attività amministrative. La loro svista, come noto, segnerà il destino del diritto pubblico sul continente europeo e sarà rimediata soltanto dal sorgere, nel XIX secolo, di organi speciali di giustizia amministrativa».

⁸¹ G. CANDELORO, *Prefazione*, cit., p. 10.

⁸² ID., p. 519: «il dispotismo, pauroso per natura, vede nell'isolamento degli uomini un pegno sicuro di durata e generalmente adopera ogni cura per isolarli. Nessun vizio del cuore umano lo diletta quanto l'egoismo: un despota perdona facilmente i governati di non amarlo, purché essi non si ammirino tra loro».

⁸³ ID., p. 521: «le libertà locali, che fanno sì che un grande numero di cittadini ricerchino l'affetto dei loro vicini e dei loro parenti, conducono dunque continuamente gli uomini gli uni verso gli altri, malgrado gli istinti che cercano di separarli e li costringono ad aiutarsi tra loro».

⁸⁴ ID., p. 523: «le associazioni politiche formano solo un particolare dell'immenso quadro di tutte le associazioni qui esistenti (...). Ho trovato in America certe associazioni di cui confesso che non avevo neanche idea e ho spesso ammirato l'arte infinita con cui gli americani riescono a fissare uno scopo comune agli sforzi di un grande numero di uomini e farli camminare liberamente verso di esso. (...) Il paese più democratico al mondo è anche quello in cui gli uomini hanno perfezionato e applicano più di frequente l'arte del perseguire in comune gli oggetti dei desideri comuni».

limita orizzontalmente i poteri e verticalmente i livelli di governo, ma anche dalla vitalità della società che, liberamente e politicamente, vive la sfera pubblica intermedia che si pone tra «gli istituti della democrazia rappresentativa» e «l'attività dell'individuo singolo»⁸⁵.

5. *Due facce della stessa medaglia: la separazione dei poteri come regola e come principio.*

Il genio pragmatico di Tocqueville ci aiuta a far luce sulle ragioni profonde che spinsero i *Framers* a costruire un'unione politica federale in grado di proteggere la libertà del popolo dal dispotismo di un unico sovrano. La formula originale del costituzionalismo liberale americano – che «con una forzatura della realtà storica gli europei chiameranno “regime presidenziale” o “governo del Presidente”»⁸⁶ – realizza «la “separazione” della società civile (*society*) dal sistema di governo statale (*government*) per assicurare in tutti i campi – tra i quali, importantissimo, quello economico – la libertà giuridica dell'individuo e delle sue iniziative»⁸⁷.

In quest'ottica, la *spirito* della divisione dei poteri (o anche: la divisione *del potere*⁸⁸) imprime al sistema una spinta (per così dire) *verticale*, in quanto la sua declinazione orizzontale, pensata da Montesquieu e ripresa

⁸⁵ R. GIANNETTI, *Alla ricerca di una «scienza politica nuova». Liberalismo e democrazia nel pensiero di Alexis de Tocqueville*, Rubettino, Soveria Manelli, 2018, rispettivamente pp. 62 e 65.

⁸⁶ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 45.

⁸⁷ G. BOGNETTI, *Per il bicentenario del federalista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, ripubblicato in M. IACOMETTI (a cura di), *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 160.

⁸⁸ Così O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, cit., p. 129 «la concezione separazionista forte del modello madisoniano (e montesquieiano) accolto nel costituzionalismo statunitense dovrebbe in realtà chiamarsi “separazione *del potere*”, poiché postula che tutte le funzioni che si connettono alla direzione politica siano oggetto di condivisione sostanziale tra più organi reciprocamente indipendenti e provvisti di legittimazioni autonome».

da Madison, costituisce solo un necessario corollario utile a realizzare un spazio pubblico intermedio tra lo Stato e gli individui: «poiché il suo compito principale è la protezione della società civile “separata”, lo Stato deve dare al suo apparato di governo una organizzazione che sia adeguata allo scopo (...) e questa presuppone, come minimo, la divisione dei poteri intesa come attribuzione *tendenzialmente* esclusiva a tre organi distinti (...) delle tre funzioni fondamentali»⁸⁹.

Questo imprime alla declinazione americana dello spirito della separazione dei poteri una pervasività tale da ricomprendere l'intera struttura dello Stato federale, incluso il principio del federalismo. Se in Europa il federalismo è stato (ed è) largamente inteso quale meccanismo giuridico volto a regolare la distribuzione verticale delle funzioni legislative e/o amministrative tra diversi livelli di governo, negli Stati Uniti esso costituisce, innanzitutto, espressione di una teoria politica volta a garantire la libertà dalla autorità. Tale principio, infatti, nasce e si sviluppa come uno strumento ideato principalmente per proteggere la libertà conquistata dai cittadini delle ex colonie dalle ingerenze dello Stato federale, connettendosi quindi idealmente allo spirito della separazione dei poteri⁹⁰. Alla «recente

⁸⁹ G. BOGNETTI, *Per il bicentenario del federalista*, cit., p. 161 (corsivo aggiunto). In sostanza, secondo l'A. «la formula politica liberale maturò e si impose storicamente in contrapposizione ai precedenti assetti di una società civile ripartita in ceti e organizzata in corporazioni e di uno stato apparato dai poteri concentrati e con limiti giuridici indefiniti. Costituì un grande avanzamento storico nella promozione della causa dell'uomo, e ancora oggi rappresenta, per alcuni, un modello ideale a cui bisognerebbe ritornare».

⁹⁰ Alla base di tale distinzione, vi è il fatto che il federalismo è stato studiato sia come un ideal-tipo, un'astrazione concettuale che permetterebbe di gestire e regolare la complessità fenomenica degli assetti e delle organizzazioni istituzionali complesse, ma anche come un valore che si distingue dalla classificazione delle varie declinazioni verticali dei livelli di governo. Mentre una certa scienza giuridica formalistica ha tentato di descrivere le tipologie di federalismo distinguendo il grado più o meno accentuato di autonomia conferito agli enti territoriali inferiori, incasellando tali realtà in categorie astratte (con una metodologia che, causticamente, G. BOGNETTI, *Federalismo*, Utet, Torino, 2001, p. 5 descrive come «passione che meglio potrebbe confarsi ad un entomologo afflitto da pedanteria»), oggi le analisi comparative hanno evidenziato la necessità studiarlo invece come un processo dinamico grazie al quale gli ordinamenti politici tendono a ripartire – in vari modi e con diverse intensità – i poteri pubblici tra diversi centri o livelli di governo. In questa accezione più ampia, il federalismo (o *federalizing process* C.J. FRIE-

scoperta (...) dell'ordinata ripartizione del potere in diverse branche», i Framers «osano» aggiungere una nuova idea che, «per quanto possa apparire strana», è volta a contenere «l'allargamento dell'orbita in cui il sistema deve muoversi sia in relazione alle dimensioni di un singolo Stato, sia in relazione al consolidamento dei vari Stati piccoli in una grande Confederazione»⁹¹.

Hamilton, in particolare, riprende l'idea di «Repubblica Confederata come mezzo per ampliare la sfera dei governi popolari e per conciliare i vantaggi di un regime monarchico con quelli repubblicani»⁹² proprio da Montesquieu, secondo cui «questa specie di unione di società» sarebbe in grado di proteggere i cittadini sia dagli attacchi esterni, sia dal rischio del despotismo interno, dal momento che «se un singolo individuo dovesse tentare di impadronirsi dell'autorità suprema, egli non potrebbe certo sperare di trovare, in ogni Stato confederato, egual credito»⁹³. Da qui attecchisce non solo l'idea della distinzione tra accentramento politico e amministrativo descritta da Tocqueville, ma altresì quella «garanzia di li-

DRICH, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Pall Mall Press, London, 1968) è un principio quasi universale di organizzazione politica che consente di mantenere il necessario equilibrio tra autonomia e collaborazione, tra centri e periferie, tra politiche comuni ed interessi particolari; l'essenza del federalismo, in pratica, non risiede tanto nella forma di un ordinamento, ma nel desiderio delle società e dei popoli di realizzare una «unità nella diversità» e di dotarsi di strumenti idonei al raggiungimento di questo scopo. Cfr., a riguardo, D.J ELAZA, *Idee e forme del federalismo*, Giuffrè, Milano, 1998; G. DE VERGOTTINI, *Stato federale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 831 ss.; G. LOMBARDI, *Stato Federale, profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1987; S. BALDIN, L. PEGORARO, A. RINELLA, *Tre lezioni sul federalismo*, EUT, Trieste, 2000; T. GROPPPI, *Il federalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2004; F. PALERMO, K. KÖSSLER, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

⁹¹ A. HAMILTON, *The Federalist*, n. 9, in *Il Federalista*, ed. it. a cura di M. Negri, Nischi Lischi, Pisa, 1955, p. 51.

⁹² ID., p. 52. Hamilton, in particolare, parte dalla considerazione per cui, secondo Montesquieu, «le repubbliche non devono avere grande estensione territoriale» e «i modelli che lui aveva in mente erano di dimensioni assai inferiori a quelli che sono i confini di quasi tutti i nostri Stati».

⁹³ Così *Lo spirito delle leggi*, vol I, Libro IX, Cap. I, citato da A. HAMILTON, *The Federalist*, n. 9, cit., p. 53.

bertà per il popolo» che Madison indicherà come un cardine della Repubblica federale, e che – analogamente a quanto accade nella dimensione orizzontale della separazione dei poteri – permette ai vari livelli di governo «di controllar[si] l'un l'altro e al medesimo tempo autocontrollar[si]»⁹⁴.

Ecco che allora si iniziano a mettere in ordine gli elementi che instradano verso la risposta alla domanda sul perché la dottrina della separazione dei poteri abbia assunto, accanto al principio della rappresentanza popolare, tanta importanza per lo sviluppo del costituzionalismo. Letta come teoria politica, affiora lo spirito più profondo della separazione dei poteri, che non è da intendersi quale mera *regola pratica* attraverso cui è necessario, funzionalmente, dividere i tre poteri e regolarne il funzionamento mediante meccanismi di *checks and balances*, ma anche – e soprattutto – quale *principio ideale* che individua nella libertà dal potere il fine ultimo dello Stato costituzionale moderno al cui interno, tanto in senso orizzontale quanto verticale, «l'ambizione deve essere usata come antidoto all'ambizione»⁹⁵.

Questo modo di concepire la separazione dei poteri è stato però origine di diverse incomprensioni ed equivoci⁹⁶. Un conto è infatti studiare lo scopo ultimo della separazione dei poteri, che è quello di contenere l'arbitrio del potere⁹⁷. Un altro è discutere dei mezzi utilizzati per conseguire tale

⁹⁴ J. MADISON, *The Federalist*, n. 51, cit., p. 353: «Nella repubblica federale d'America, avviene che il potere cui il popolo rinuncia sia prima diviso tra due diversi sistemi costituzionali, indi, nell'ambito di ciascuno di essi, nuovamente suddiviso in vari settori ed organi. Di qui la doppia garanzia di libertà per il popolo. I vari governi, infatti, si controlleranno l'un l'altro e al medesimo tempo si autocontrolleranno».

⁹⁵ ID., p. 351.

⁹⁶ Come ricordato da J. WALDRON, *Separation of Powers in Thought And Practice?* cit., p. 439 «it is common (...) using the language of separation of powers loosely and inaccurately» mentre secondo J.M.C. VILE, *Constitutionalism and The Separation of Powers*, cit., p. 3 «it represents an area of political thought in which there has been an extraordinary confusion in the definition and use of terms».

⁹⁷ J.M.C. VILE, *Constitutionalism and The Separation of Powers*, cit., p. 2: «Western institutional theorists have concerned themselves with problem of ensuring that the exercise of governmental power, which is essential to the realization of the values of their societies, should be controlled in order that it should not itself be destructive of the values it intended to promote (...). Of the theories of government which have attempted

scopo (che nella Costituzione degli Stati Uniti sono fortemente legati alla regola della divisione orizzontale e verticale del potere, ma in altri ordinamenti hanno assunto nel tempo anche altre forme⁹⁸) e quindi delle regole giuridiche che, in ciascuna forma di governo, sono chiamate a disciplinare il funzionamento degli organi costituzionali⁹⁹.

Una analoga distinzione tra gli obiettivi e i mezzi della separazione dei poteri intesa come regola o come principio, e della confusione che essa ha generato tra gli studiosi, è tracciata da Jeremy Waldron. Secondo tale autore, «the separation of powers conceived as a political principle» deve essere distinta «from two other important principles that are commonly associated, if not identified with it»: il principio della divisione *del potere* (principle of the *division of power*) e il principio dei pesi e contrappesi (principle of *checks and balances*). Entrambi sono strettamente dipendenti dalla idea politica della separazione dei poteri, ma mentre il primo ci invita ad «evitare eccessive concentrazioni di potere politico nelle mani di una sola persona, gruppo, o agenzia», il secondo «stabilisce che l'esercizio di un potere debba essere bilanciato e controllato dall'esercizio di un altro potere»¹⁰⁰.

to provide a solution to this dilemma, the doctrine of the separation of powers has, in modern times, been the most significant, both intellectually and in term of its influence upon institutional structures».

⁹⁸ Solo per fare un esempio, la garanzia della libertà e dell'uguaglianza tra cittadini è perseguita anche attraverso la predisposizione di carte dei diritti che, in una Costituzione rigida, limitano la discrezionalità del potere legislativo. Questo esempio coglie una delle caratteristiche dell'eccezionalismo americano, che – almeno originariamente e fino alla approvazione degli emendamenti della guerra civile – proprio alla separazione orizzontale (e soprattutto) verticale aveva affidato tale compito, anche una volta approvato il *Bill of Rights* del 1791: come ricordato (su tutti) da A. AMAR, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, cit., p. 4, il Bill of Rights americano fu «solidamente fondato sulla teoria del federalismo» e la sua approvazione non fu orientata al solo fine di limitare i poteri statali, ma a limitare il potere legislativo della federazione che, nella sua attività normativa, sarebbe stata costretta, da quel momento in poi, a rispettare il catalogo dei diritti appena approvato.

⁹⁹ A questo si riferiscono parte delle critiche alla separazione dei poteri analizzate in precedenza su cui v. *supra*, par. 2.

¹⁰⁰ J. WALDRON, *Separation of Powers in Thought and Practice*, cit., p. 433: «My topic is the separation of powers, conceived as a political principle for evaluating the legal

Nel cercare di delineare se la separazione dei poteri costituisca qualcosa di più, o di diverso, del combinato disposto di questi due principi, Waldron elabora una complessa teoria nella quale «the separation of powers (...) is one of a close-knit set of principles that work both separately and together as touchstones of institutional legitimacy»¹⁰¹. Ma per quel che qui più rileva, secondo il filosofo, «the *separation of powers* might be thought of as a mean to the *division of power*. Because we want to divide power up, what would be better than to begin by dividing the power of a

and constitutional arrangements of a modern state. What is this principle and why is it important? The question takes us in interesting directions if we distinguish the separation of powers from two other important principles that are commonly associated, if not identified with it. These other principles are, first, the principle of the division of power – counseling us to avoid excessive concentrations of political power in the hands of any one person, group, or agency; and, second, the principle of checks and balances – holding that the exercise of power by any one power-holder needs to be balanced and checked by the exercise of power by other power-holders».

¹⁰¹ ID., p. 438: «Understood in this way, the separation of powers does not operate alone as a canonical principle of our constitutionalism. It is one of a close-knit set of principles that work both separately and together as touchstones of institutional legitimacy. The principles I have in mind are the following: 1. The principle of the separation of the functions of government from one another (the “Separation of Powers Principle”). 2. The principle that counsels against the concentration of too much political power in the hands of any one person, group, or agency (the “Division of Power Principle”). 3. The principle that requires the ordinary concurrence of one governmental entity in the actions of another, and thus permits one entity to check or veto the actions of another (the “Checks and Balances Principle”). 4. The principle that requires laws to be enacted by votes in two co-ordinate legislative assemblies (the “Bicameralism Principle”). 5. The principle that distinguishes between powers assigned to the federal government and powers reserved to the states or the provinces (the “Federalism Principle”)). È interessante osservare come alcuni di questi principi (quali il federalismo e il bicameralismo, ad esempio) non paiono – in sé – essenziali alla realizzazione di un ordinamento che voglia dirsi “costituzionale” perché è ben possibile che i valori del costituzionalismo – ed anche della separazione dei poteri – possano essere perseguiti in un sistema monocamerale o territorialmente unitario. Ancora una volta, però, si coglie come il Costituzionalismo americano sia costruito attorno all’intelaiatura della separazione dei poteri, perché anche questi principi in tal senso devono essere concepiti, studiati e capiti. In questa prospettiva, la teoria di Waldron diviene non interamente applicabile al concetto della separazione dei poteri in chiave comparata, perché si relaziona – espressamente – alla concretizzazione madisoniana di quella teoria all’interno del sistema americano.

judge from that of a legislator and from that of an executive official?»¹⁰².

La teoria politica della separazione dei poteri ha avuto larga fortuna nella creazione dello Stato di diritto liberale perché lo *spirito* di libertà *dal* potere che animava le grandi rivoluzioni ha trovato nella *divisione del potere* lo scopo ultimo dei suoi grandi ideali, e nella separazione dei poteri/funzioni (per Waldron: “Separation of Powers Principle”) e nella definizione dei meccanismi di controllo tra essi (per Waldron: “Checks and Balances Principle”) i mezzi (o le garanzie) per la sua concreta realizzazione. Solo distinguendo i principi-finalità che informano la dottrina della separazione dei poteri dai principi-mezzi pensati per la sua realizzazione è possibile capirne a fondo lo spirito, e comprendere perché, soprattutto in epoca liberale, essa sia diventata così importante.

La risposta fin qui abbozzata potrebbe risultare però parziale. Se infatti lo spirito della separazione dei poteri è così fortemente connesso all’idea della autonomia (verticale, orizzontale,) dal potere (legislativo, esecutivo, giudiziario, amministrativo), come è possibile che essa possa orientare le nostre attuali società complesse, dove il rapporto tra cittadino e Stato è decisamente diverso da quello che informava i sistemi ottoventeschi liberali? Come è possibile conciliare la dottrina classica della separazione dei poteri con le nuove sfide del costituzionalismo contemporaneo? Qual è la reale utilità del modello di Montesquieu oggi?

¹⁰² ID., p. 440. Come ricordato nella nota precedente, la teoria di Waldron è ben più complessa. Così continua, infatti, il filosofo: «But that cannot be the whole story about the separation of powers. For one thing, the Division of Powers Principle might require a much finer – grained division than Separation of Powers can supply: it might look for bicameral division within the legislature, for example, or it might look to reject any theory of the unified executive. (...) On the other hand, the separation of powers may have features that are unpalatable from the perspective of the Division of Power Principle. The functional separation of powers may be associated with something like a principle of legislative supremacy, at least in the sense that it envisions the legislature as having an initiating place on the assembly line of law-making/law enforcement» (pp. 440-441). Se tali considerazioni hanno una struttura che si sposa in modo specifico con il sistema statunitense, sotto il profilo storico, esse aiutano il nesso instaurato tra separazione dei poteri e costituzionalismo liberale.

6. «Goodbye Montesquieu!». *I vestiti nuovi dell'imperatore.*

Per rispondere capire il ruolo occupato oggi dalla separazione dei poteri, può essere utile prendere in considerazione due opere fondamentali per il costituzionalismo comparato contemporaneo che – con approcci, stili, risultati in parte simili e in parte diversi – descrivono i pregi e difetti di tale principio: *The New Separation of Powers* di Bruce Ackerman e *La divisione dei poteri* di Giovanni Bognetti.

Scritti entrambi all'inizio del nuovo millennio, questi studi ci restituiscono uno spaccato dei sistemi e dei modelli costituzionali presenti nelle democrazie occidentali stabilizzate che si colloca nel momento dell'epoca matura dello Stato democratico-sociale e appena prima della sua attuale crisi.

Nel suo importante saggio, Ackerman sfida a viso aperto il trionfalismo con cui certa dottrina aveva celebrato il «brillante successo del modello statunitense nel mondo»¹⁰³, ritenendo, al contrario, che si debba rifuggire dalla tentazione di esportarlo perché, sebbene esso abbia funzionato tutto sommato bene in America, «it has proved nothing less than disastrous abroad»¹⁰⁴.

Ackerman riconosce il contributo storico del costituzionalismo americano alla diffusione nel mondo di concetti quali la Costituzione rigida, le

¹⁰³ La critica è rivolta, almeno direttamente, a S.G. CALABRESI, *An Agenda for Constitutional Reform*, in W.N. ESKRIDGE, S. LEVINSON (a cura di), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, New York University Press, New York, 1998, p. 22 secondo cui, come riportato dallo stesso Ackerman nel suo lavoro, «The Federalist Constitution has proved to be a brilliant success, which unitary nation states and parliamentary democracies all over the world would do well to copy. (...) Almost wherever one looks, written constitutions, federalism, separation of powers, bills of rights, and judicial review are on the ascendancy all over the world right now – and for a good reason. They work better than any of the alternatives that have been tried».

¹⁰⁴ B. ACKERMAN, *The New Separation of Powers*, *The New Separation of Powers*, in *Harvard Law Review*, 113, 2000, p. 640: «The first thesis is negative and cautions against the export to other countries of an American-style separation among house, senate, and presidency. Although this system has worked well enough at home, it has proved nothing less than disastrous abroad. We should reject Professor Calabresi's invitation to transform it into one of the bright lodestars of the new millennium».

carte dei diritti e, almeno in parte, del federalismo, ma critica apertamente il modello americano della separazione dei poteri, invitando i suoi colleghi ad abbandonare ogni riferimento «pietistico» alle dottrine passate per dedicarsi alle «differenti modalità di funzionamento dei sistemi giuridici nel mondo»¹⁰⁵. Il suo lavoro è dichiaratamente critico nei confronti della dottrina classica della separazione dei poteri, tanto che, concludendo, l'autore ricorda che «it will serve its purpose if it jogs us out of ritualistic incantations of Madison and Montesquieu»¹⁰⁶.

Tale pensiero è stato ripreso quasi dieci anni più tardi e in un lavoro intitolato, non a caso, *Goodbye Montesquieu!*: «dopo quasi tre secoli», scrive Ackerman, «è arrivato il momento di ripensare alla santa trinità di Montesquieu» che, «a dispetto della sua canonicità, (...) ci rende ciechi di fronte alla ascesa di nuove forme istituzionali che non possono certo essere categorizzate nella rigida tripartizione legislativo/esecutivo/giudiziario, ma che stanno ugualmente giocando un ruolo fondamentale nei sistemi di governo contemporanei». Una «nuova separazione dei poteri», continua Ackerman, «sta emergendo nel ventunesimo secolo» e il «quadro concettuale» che dovremo elaborare per capirne le sue caratteristiche «deve ricomprendere almeno cinque o sei riquadri, forse anche di più». È giunto il tempo, insomma, di «porgere i nostri più affettuosi saluti a Montesquieu» per guardare avanti e «costruire un nuovo fondamento per il diritto comparato che sia all'altezza delle sfide del mondo attuale»¹⁰⁷.

¹⁰⁵ ID., p. 638. In troppo pochi, scrive Ackerman, si stanno dedicando a questo problema. La sua è quindi una critica rivolta non solo a Steven Calabresi, ma a tutta la dottrina costituzionalistica americana che, a differenza degli scienziati politici (D. LAZARE, *The Frozen Republic: How The Constitution is Paralyzing Democracy*, Houghton Mifflin Harcourt, New York, 1996), sembra non cogliere adeguatamente le problematiche che affliggono il modello americano (cfr. nota 11).

¹⁰⁶ ID., p. 723.

¹⁰⁷ B. ACKERMAN, *Good-bye, Montesquieu*, cit., p. 129: «Almost three centuries later, it is past time to rethink Montesquieu holy trinity. Despite its canonical status, it is blinding us to the word-wide rise of new institutional forms that cannot be neatly categorized as legislative, judicial, or executive. Although the traditional tripartite formula fails to capture their distinctive modes of operation, these new and functionally independent units are playing an increasingly important role in modern government. A “new separation of powers” is emerging in the Twenty-First Century. To grasp its distinctive features will require us to developed a conceptual framework containing five or six boxes – or maybe more.

A tal fine alcune preziose indicazioni sono offerte già nello scritto *The New Separation of Powers*. Mirando, quindi, a delineare i contorni di una nuova forma di separazione di poteri capace di pianificare l'architettura di modelli sempre più complessi e tra loro interconnessi, Ackerman individua dapprima i tre «legitimizing ideals» che, a suo parere, sono posti a sostegno dell'idea della separazione dei poteri: «democracy, professional competence, and protection of human rights»¹⁰⁸. Dopo aver separato questi «separationism's three rationales»¹⁰⁹ dalla forma tripartita classica, egli ne studia a fondo le caratteristiche, da qui estrapolando le ragioni per rigettare il sistema presidenziale americano.

Le conclusioni di Ackerman, a riguardo, sono nette: «I reject Westminster as well as Washington as my guide and proffer the model of constrained parliamentarianism as the most promising framework for future development of the separation of powers»¹¹⁰. Partendo da tale assunto, il costituzionalista americano descrive quindi con dovizia le caratteristiche del sistema parlamentare razionalizzato (o vincolato) scelto, ponendo al

And so we must say a fond farewell to Montesquieu, and create a new foundation for comparative law that is equal to the challenges of modern government».

¹⁰⁸ B. ACKERMAN, *The New Separation of Powers*, cit., pp. 639-640: «More concretely, I return repeatedly to three legitimizing ideals in answering the question, "Separating power on behalf of what?" The first ideal is democracy. In one way or another, separation may serve (or hinder) the project of popular self-government. The second ideal is professional competence. Democratic laws remain purely symbolic unless courts and bureaucracies can implement them in a relatively impartial way. The third ideal is the protection and enhancement of fundamental rights. Without these, democratic rule and professional administration can readily become engines of tyranny».

¹⁰⁹ ID., p. 723 «As we explored each of separationism's three rationales, we found plenty of reasons to question received American wisdom».

¹¹⁰ ID., p. 640. Il sistema parlamentare razionalizzato sarebbe dunque il modello più promettente per accogliere la nuova separazione dei poteri: «Not only has this model set the terms of the post-war settlement with the Axis powers, but it also characterizes many of the more successful democratic regimes that have emerged from the dissolution of the British Empire. For all their differences, the constitutions of India, Canada, and South Africa fit within the broad contours of the basic model. Moreover, the success of the German Constitution has inspired other countries, most notably Spain, to use it as a reference point in their own transitions from authoritarianism. Constrained parliamentarianism, then, is a rising force in the world, and there is much to be learned from its practical operation over the past half-century».

centro del suo modello «a democratically elected house in charge of selecting a government and enacting ordinary legislation» per poi individuare «a host of special-purpose branches» cui è affidato una funzione di bilanciamento e controllo della prima camera in riferimento ai «legitimizing ideals» di democrazia, competenza e rispetto dei diritti umani¹¹¹.

Fin dalle sue premesse metodologiche, la riflessione di Ackerman è interessante per almeno tre ordini di ragioni. In primo luogo, come nella famosa favola, egli svela che la nudità dell'imperatore, svestito dell'abito confezionato da Montesquieu, ormai divenuto troppo corto e troppo stretto per coprire tutte le ramificazioni di cui si compone lo Stato contemporaneo. L'illusione di poter cucire abiti nuovi partendo da un tessuto logoro e insufficiente è pura utopia. Del resto, anche il sistema americano – che da sempre è descritto come il più adatto ad indossare il modello classico della tripartizione dei poteri – non è più composto da tre poteri ma «contains (at least) five branches: House, Senate, President, Court, and independent agencies such as the Federal Reserve Board»¹¹².

In secondo luogo, separando la forma trinitaria di Montesquieu e Madison dalla loro saggezza politica, Ackerman incoraggia i comparatisti a non rinnegare le loro brillanti intuizioni, ma solo a guardare oltre. Così facendo, egli sfugge il classico errore di buttare via il bambino con l'acqua

¹¹¹ ID., p. 723: «At the centerpiece of my model of constrained parliamentarianism is a democratically elected house in charge of selecting a government and enacting ordinary legislation. The power of this center is checked and balanced by a host of special-purpose branches, each motivated by one or more of the three basic concerns of separationist theory. From the side of democratic legitimacy, the center is constrained by the previous decisions of the people rendered through serial referenda and enforced by a constitutional court. It may also be checked by a subordinate federal senate or a more powerful second chamber organized on national lines. From the side of functional specialization, the center is constrained not only by an independent court system, but also by an integrity branch scrutinizing the government for corruption and similar abuses, as well as a regulatory branch forcing the bureaucracy to explain how its supplemental rulemaking will actually improve upon the results generated by the invisible hand. From the side of liberal rights, the center is constrained by a democracy branch seeking to safeguard each citizen's participatory rights, a distributive justice branch focusing on minimum economic provision for those citizens least able to defend their rights politically, and a constitutional court dedicated to the protection of fundamental human rights for all».

¹¹² ID., p. 724.

sporca: «la separazione dei poteri», egli scrive, «è una buona idea» e non c'è alcuna ragione di pensare che la saggezza dei classici abbia esaurito le sue virtù¹¹³. Ma un conto è riconoscere l'importanza di tale teoria, un altro è esportarla in contesti che appaiono significativamente differenti da quello di un tempo, e promuovere «il sistema americano come ideale per le aspiranti democrazie di tutto il mondo»¹¹⁴. In definitiva, secondo Ackerman, «we honor Montesquieu and Madison best by seeking new constitutional forms to master these challenges, even at the cost of transcending familiar trinitarian formulations»¹¹⁵.

Infine, uno dei meriti dell'opera di Ackerman è indubbiamente quello di aver acceso i riflettori del diritto costituzionale comparato sul principio della separazione dei poteri proprio all'inizio del nuovo millennio, ovvero nel momento di maggior fulgore delle democrazie occidentali (e dell'America in particolare). Spiegando i vantaggi del parlamentarismo vincolato, Ackerman ha spinto il dibattito sulle *regole giuridiche* della dottrina della separazione dei poteri, individuando una particolare forma di governo (probabilmente analoga al modello che opera in Germania o in Sudafrica) che pare essere più promettente di altre per il futuro del costituzionalismo.

Raccogliendo questa sfida, numerose sono le riflessioni fiorite in dottrina: Steven Calabresi ha difeso le virtù del presidenzialismo americano¹¹⁶ mentre altri autori hanno studiato la separazione dei poteri

¹¹³ ID., p. 723: «The separation of powers is a good idea, but there is no reason to suppose that the classical writers have exhausted its goodness. To the contrary».

¹¹⁴ ID., p. 725: «Despite our present military and cultural hegemony, we should be very reluctant to hold the American system up as an ideal for aspiring democracies throughout the world (...) Rather than praising this development as a latter-day vindication of the eternal truths first glimpsed by Montesquieu and the American Founders, we should view it with anxious concern. Are we beginning yet another round of Latin America's disastrous nineteenth century experience with the North American model, but this time on a global scale?».

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ S.G. CALABRESI, *The Virtues of Presidential Government: Why Professor Ackerman is Wrong to Prefer the German to the U.S. Constitution*, in *18 Const. Comment.*, 2001, p. 103: «One question that inevitably arises is, should a newly emerged democracy hold direct elections for its chief executive leader or should that person be elected by the leg-

all'interno del sistema britannico, segnalando nuovi errori di Montesquieu¹¹⁷ o individuando nel principio di efficienza il suo vero scopo¹¹⁸. Altri ancora hanno introdotto nel dibattito il semipresidenzialismo della Quinta Repubblica Francese, sostenendo che – a dispetto di quanto sostenuto sia da Ackerman che da Calabresi – quest'ultima forma di governo «has rapidly gained ground in new democracies around the world»¹¹⁹.

Se si osserva attentamente il dibattito stimolato da Ackerman, spicca come quest'ultimo abbia tuttavia evitato di prendere in considerazione il problema legato alla trasformazione della separazione dei poteri rispetto al *principio politico* della divisione *del potere*, concentrando invece la sua attenzione sulla separazione dei poteri come *regola*. Affrontando il tema

islature? Bruce Ackerman has an answer to that question. His answer is wrong. U.S.-style presidential government is better than the form of German-style constrained parliamentary government defended by Ackerman. It is more democratic, more stable, less ideological, and more compatible with economic growth, federalism, and judicial review than is parliamentary government».

¹¹⁷ L. CLAUS, *Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 2010, p. 419 ss.

¹¹⁸ N. BARBER, *Prelude to the Separation of Powers*, in 60(1) *Cambridge Law Journal*, 2001, p. 59 ss.; E. CAROLAN, *The New Separation of Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2009. Questa idea, tuttavia, contrasta nettamente con l'impostazione americana della separazione dei poteri (qui accolta), in ossequio alla quale «the doctrine of the separation of powers was adopted by the convention of 1787 not to promote efficiency, but to preclude the exercise of arbitrary power. The purpose was not to avoid friction but, by means of the inevitable friction incident to the distribution of the governmental powers among three departments, to save the people from autocracy» (US Supreme Court *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926)).

¹¹⁹ C. SKACH, *The "newest" separation of powers: Semipresidentialism*, in *I-CON*, 5(1), 2007, p. 93: «But reviewing the new democracies around the world today, the constitutional model rapidly being imported by these newly democratic states is neither the American – style presidentialism, so vigorously defended by Calabresi, nor the constrained parliamentary model advocated by Ackerman. Rather, semipresidentialism – an undertheorized constitutional type that is most often associated with the French Fifth Republic – has rapidly gained ground». Sulla diffusione della forma di governo semipresidenziale nei paesi dell'Europa orientale, cfr. A. RINELLA, *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e "circolazione" del modello francese in Europa centro-orientale*, Giappichelli, Torino, 1997.

dell'equilibrio giuridico che deve orientare i sistemi costituzionali contemporanei, la sua ricerca finisce per spostarsi interamente sulla individuazione di quella forma di governo che, a suo parere, meglio sarebbe in grado di adattarsi alla complessità contemporanea. Come acutamente osservato da Roznai, la teoria di Ackerman (ma anche quella di chi ne ha seguito il percorso) «focus on *horizontal separation of powers* between different political actors and governmental branches» mentre esiste «another, oldest (...), type of separation of powers, a *vertical* one, between the *people and the government*»¹²⁰. Un aspetto, quest'ultimo, che è invece affrontato, sotto il profilo della sua trasformazione storica, da Giovanni Bognetti nel libro *La divisione dei poteri*.

7. *Dal dorico al barocco: la nuova architettura della separazione dei poteri.*

Bognetti concorda con Ackerman su una questione fondamentale: i tempi sono cambiati e dobbiamo probabilmente abiurare la Santa Trinità di Montesquieu, per la sua incapacità di reggere la complessità contemporanea. Differentemente dal collega americano, egli è però giunto a questa conclusione riflettendo sullo sviluppo storico delle forme di Stato

¹²⁰ Y. ROZNAI, *The Newest-Oldest Separation of Powers*, X. CONTIADES, A. FO-TIADOU (a cura di), *Participatory Constitutional Change: The People as Amenders of the Constitution*, in *European Constitutional Law Review*, 14(2), p. 431. L'A., provocatoriamente, indica questa dimensione verticale come «the Oldest-Newest separation of powers», statuendo che «This separation of powers is the oldest but at the same time the newest as it is awarded recent flourishing in constitutional design». L'intenzione dell'Autore è quella di indagare il rapporto tra potere costituente e potere costituito, offrendo interessanti riflessioni anche in relazione al tema della democrazia diretta: in questo senso, la dimensione verticale della separazione dei poteri costituisce il più vecchio tipo di divisione (dal momento che «A constitution cannot constitute itself and it presupposes a constitution-making power. This power cannot itself be constituted. This separation between constituent and constituted powers is the very first separation of powers which is prior to the separation of constituted powers») ma anche la più nuova, perché «it is awarded recent flourishing in constitutional design».

e, in particolare, analizzando l'evoluzione dello Stato costituzionale da liberale a democratico-sociale.

L'indagine di Bognetti è infatti tesa ad individuare quei momenti costituzionali che, modificando il rapporto tra libertà e autorità, hanno portato a trasformazioni formali o informali del patto costituzionale, influenzando gli scopi e le regole della separazione dei poteri. Se dunque Ackerman aveva rivolto la sua attenzione prevalentemente alla separazione dei poteri come *regola giuridica*, Bognetti guarda all'altro lato della medaglia, radicando la sua teoria sul *principio politico* della divisione dei poteri (e del potere) per poi ricavare, da esso, le sue considerazioni costituzionali.

Definendo in premessa la metodologia utilizzata, Bognetti chiarisce di voler «mantenersi strettamente sul terreno dell'analisi storico-comparatistica dell'istituto della divisione dei poteri come realizzatosi negli ordinamenti giuridici positivi»¹²¹, non mirando, invece, a individuare «l'essenza storica» del principio o a proporre «la [sua] definizione giusta e definitiva», perché un tale approccio sarebbe, a suo avviso, «fuorviante»¹²². La separazione dei poteri è infatti una caratteristica che ha accomunato la fisionomia delle organizzazioni istituzionali degli ordinamenti occidentali in una ben determinata fase storica, quella del passaggio dallo Stato assoluto ad uno Stato, quello liberale, preordinato ad assicurare alla società civile di «auto-organizzarsi autonomamente in ogni campo», riconoscendo a tal fine la più ampia «protezione dei diritti di libertà dell'individuo»¹²³.

L'approccio storico-comparatista qui utilizzato aiuta a mettere in luce due importanti indicazioni metodologiche preliminari. In primo luogo, se la dottrina classica della separazione dei poteri è inestricabilmente legata alla più ampia divisione tra libertà e autorità essa deve essere studiata alla luce dello sviluppo e delle trasformazioni delle democrazie costituzionali. Pertanto, secondo Bognetti, «studiare la divisione dei poteri come una mera struttura degli apparati di imperio, fuori dalla [sua] stretta connessione genetica con lo stato dell'individualismo libe-

¹²¹ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri (Scheda Bibliografica introduttiva)*, cit., p. 3.

¹²² G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 13.

¹²³ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., pp. 13-14.

rale (...) inibisce l'intelligenza del *genuino spirito* del modello e delle sue vere caratteristiche»¹²⁴.

In secondo luogo, dal momento che la dottrina della divisione del potere riguarda il rapporto effettivo tra cittadini e Stato, essa non è un principio giuridico immutabile quanto, piuttosto, un equilibrio mutevole soggetto alle trasformazioni storiche¹²⁵ e capace di adattarsi alle reali esigenze delle società giuridiche; «guardato realisticamente alla luce della sua evoluzione storica concreta», infatti, «il diritto di un ordinamento appare come un grande ghiacciaio che è sempre in movimento, lento o rapido a seconda dei casi, ma mai in semplice conformità a regole prefissate di sviluppo»¹²⁶.

Queste due premesse portano a concludere che se anche la separazione dei poteri deve essere studiata in prospettiva storica, bisogna innanzitutto riconoscere come non esista un solo modello del principio, bensì (almeno) due: il primo, sviluppatosi in epoca liberale e che possiamo chiamare *classico*, «eleva la libertà giuridica dell'individuo a parametro sovrano per la costruzione dell'intero ordinamento» ed è poggiato sulla semplicità e sulla purezza «di uno stile architettonico-politico di tipo attico-dorico». Il secondo, introdotto dall'ascesa dello Stato sociale interventista, «ha sconvolto l'impianto originario iniettandovi elementi che derivano da correzioni e integrazioni del parametro della libertà individuale liberale secondo un più complesso criterio di giustizia e di convenienza politica» e ha assunto così le sembianze di «una architettura tendenzialmente barocca» che sostiene il peso del-

¹²⁴ *Ibidem* (corsivo aggiunto).

¹²⁵ Sul punto la letteratura è amplissima. Per quanto riguarda la dottrina italiana, v. (tra i molti), V.E. ORLANDO, *Il nome di Stato*, in *Diritto pubblico generale*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 185 ss.; N. BOBBIO, *Stato*, in *Enciclopedia*, Einaudi, Torino, 1981, XIII, p. 463; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Stato*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, 1993, XXX, p. 1 ss.; F. LANCHESTER, *Stato (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1990, XLIII, p. 796 ss.; M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, XLIII, 1990, p. 708 ss.; G. AMATO, *Forme di Stato e forme di Governo*, Il Mulino, Bologna, 2006; C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di governo*, Jovene, Napoli, 2006.

¹²⁶ G. BOGNETTI, *Sistemi giuridici comparati*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. VIII, Treccani, Roma, 1998, p. 45.

l'ordinamento attraverso la rivisitazione di elementi classici¹²⁷.

Questa analogia con gli stili architettonici è estremamente espressiva della teoria dualistica della separazione dei poteri. Nell'era liberale, la struttura degli ordinamenti costituzionali era simile a un antico tempio greco: tre poteri classici si ergono, uguali e divisi, come colonne doriche che sostengono il frontone del governo (*government*) dello Stato, poggiandosi sui valori di libertà e uguaglianza e sulla rigida separazione tra Stato e società.

L'ascesa dello Stato interventista ha scosso le fondamenta di questa struttura e ha mutato radicalmente i valori costituzionali che la sostenevano, perché ha eroso la divisione classica tra società e Stato sostituendola con un modello di cooperazione reciproca, promuovendo nuovi valori e libertà costituzionali (come i diritti sociali) e intraprendendo azioni positive utili a proteggere lo sviluppo economico, l'uguaglianza sostanziale, la dignità sociale.

Per realizzare questi nuovi compiti, la struttura della separazione dei poteri è stata così sottoposta a modifiche e torsioni che la portano ad assomigliare, oggi, più ad una cattedrale barocca che ad un tempio greco. Lungi dall'essere semplici pilastri che sostengono un frontone leggero, i poteri del modello sociale (che ora sono cresciuti in dimensione e nume-

¹²⁷ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., pp. 15-16: «La verità è che, storicamente, di modelli di divisione dei poteri ne abbiamo a rigore due. Il primo è quello che si innesta sul tronco degli ordinamenti liberali e che possiamo chiamare – oltretutto liberale – *classico*. Classico, perché esso sta in relazione con una versione della civiltà politico-giuridica che occupa un posto privilegiato nella storia in quanto eleva la libertà giuridica dell'individuo a parametro sovrano per la costruzione dell'intero ordinamento. Le linee dell'ordinamento, così costruito, riflettono, in conseguenza, tutta la purezza e la semplicità di uno stile architettonico-politico di tipo attico-dorico (o, se si vuole, di tipo prima rinascenza italiana). Ma l'avvento dello “stato interventista” ha sconvolto l'impianto dell'ordinamento liberale, iniettandovi elementi che derivano da correzioni e integrazioni del parametro della libertà individuale liberale mercé l'applicazione di altri parametri, secondo un più complesso criterio di giustizia e di convenienza politica. L'ordinamento tipo dei nostri giorni ha pertanto assunto le sembianze, in certo senso, di una architettura tendenzialmente *barocca*. E, in questo quadro, la divisione dei poteri classica è stata sottoposta anch'essa a una torsione che l'ha trasformata in altra cosa rispetto al modello originario. Il nuovo modello è il modello che possiamo chiamare sociale (o democratico e sociale), perché “sociale” è il nome con cui si suole designare la nuova figura dello stato “interventista”».

ro) sono elementi architettonici ellittici, progettati per riempire e decorare la facciata principale dell'edificio e per sostenerne la pesante cupola.

8. *Le caratteristiche dello spirito della separazione dei poteri democratico-sociale.*

La prospettiva storico-comparatistica consegnata da Bognetti traccia la strada per rispondere a come la dottrina della separazione dei poteri possa influenzare, oggi, le nostre società complesse. Non è guardando alle forme di governo contemporanee, né rifugiandoci nella antica tripartizione dei poteri che riusciremo a comprendere l'attuale modello, ma indagandone le caratteristiche alla luce della trasformazione della forma di Stato descritta in precedenza¹²⁸.

È noto come l'evoluzione degli ordinamenti giuridici da liberali a democratico-sociali abbia impresso profondi cambiamenti nella natura e nella distribuzione delle funzioni statali che si ritenevano fondamentali, favorendo l'emersione di nuovi compiti essenziali che hanno cancellato l'impronta classica sostituendola – più o meno analogamente in tutte le forme di governo esistenti oggi – con un nuovo modello fondato sulla cooperazione¹²⁹.

Innanzitutto, il passaggio allo Stato sociale è stato favorito «dall'allargamento della base sociale» conseguente al diffondersi della società industriale che, già in epoca tardo-liberale, aveva portato ad una articolazione della società in gruppi organizzati determinati a far valere i loro bisogni attraverso «la rappresentanza dei propri interessi collettivi»¹³⁰. Mentre il

¹²⁸ Questo è, del resto, l'invito che lo stesso Bognetti fa alla scienza comparatistica ID., p. 16: «È compito della scienza giuridica scoprire, assieme a quelle del modello classico, tutte le caratteristiche che connotano il nuovo modello di divisione dei poteri e definirne lo spirito».

¹²⁹ ID., pp. 58-59: «come al modello della “separatezza” tra stato e società corrispondeva all'ingrosso una certa divisione dei poteri, così al modello della “cooperazione” ha finito per corrispondere, tendenzialmente, un tipo di divisione diversa».

¹³⁰ G. AMATO, *Forme di Stato e forme di governo*, cit., p. 59. Come ricordato da G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 55, «È subentrato il convincimento che lo Stato debba, non abolire del tutto o quasi del tutto i congegni delle libertà individuali

costituzionalismo liberale si era retto su una classe sociale tutto sommato omogenea, l'apertura del processo politico alla partecipazione delle masse «ha fatto fuoriuscire quest'ultimo dai canali di organizzazione costituzionale nell'alveo del quale le costituzioni liberali lo avevano preservato», sovraccaricando le Costituzioni «del compito di unificazione politica» e della «organizzazione del pluralismo sociale»¹³¹.

A cambiare sono quindi, in prima battuta, le condizioni nelle quali lo Stato-apparato esercita la sua autorità sullo Stato-comunità, e – pertanto – la disciplina con cui regola il suo rapporto con la società che non è più, come in epoca liberale, di protezione dello spazio pubblico, ma di interconnessione e di integrazione del tessuto sociale¹³².

Inoltre, promuovendo l'ideale democratico dell'uguaglianza sostanziale tra tutti gli individui, lo Stato è invitato ad intervenire nel campo dell'economia attraverso l'ampliamento dei poteri di spesa, che – anche avvantaggiandosi dell'indebitamento pubblico – rispondono alle esigenze della collettività grazie alla costruzione di scuole, ospedali, enti previdenziali, e alla creazione di «un modello economico misto» che combina «elementi privatistici (iniziativa economica, autonomia contrattuale ecc.) e pubblicistici (Stato “regolatore”, Stato “finanziatore” ecc.)»¹³³. Questa trasformazione è alimentata dai nuovi valori costituzionali e dalla necessità da essi derivante di eliminare tutti quegli ostacoli che (per usare la formulazione dell'art. 3 della nostra Costituzione) limitando «di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» e la piena partecipazione «all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»¹³⁴.

(come vorrebbe l'ideologia collettivista) ma, pur preservandoli anche in campo economico, correggere abbastanza largamente i modi e i risultati del loro operare, così da rendere più equa per tutti la convivenza in seno alla collettività, porgendo in particolare un aiuto agli strati sociali e ai gruppi più deboli».

¹³¹ P. RIDOLA, *Prestoria, origini e vicende del costituzionalismo*, cit., p. 47.

¹³² V. (tra gli altri) P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Stato*, in *Enciclopedia Giuridica*, cit., p. 10; F. LANCHESTER, *Stato (forme di)*, cit., p. 775.

¹³³ G. BOGNETTI, *La Costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in AA.VV. *La Costituzione economica*, Atti del convegno AIC a Ferrara 11-12 ottobre 1991, Cedam, Padova, ripubblicato in M. IACOMETTI (a cura di), *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, cit., pp. 213-214.

¹³⁴ Non va dimenticato, peraltro, che l'intervento dello Stato in campo economico è

Avviene così una doppia torsione degli ideali del sistema liberale classico: da un lato, con l'intervento massiccio in campo economico, l'ordinamento democratico-sociale mette in discussione la trinità simbolica del liberalismo fondata su vita, libertà e proprietà, degradando quest'ultima a diritto comprimibile, a determinate condizioni, per il perseguimento di interessi pubblici collettivi. Dall'altro, nel ritagliarsi uno spazio significativo anche in campo sociale, l'ordinamento si discosta dall'ideale di autonomia dell'individuo dallo Stato «estendendo l'applicazione del principio democratico oltre la sfera dei rapporti politici strettamente intesi, all'intera struttura complessiva della comunità statale»¹³⁵.

Di fronte ad una società tanto diversa da quella che aveva concepito i valori della separazione dei poteri, è naturale che questa nuova forma di Stato abbia favorito «il dissolvimento del legame che aveva unito in modo indissolubile i congegni di garanzia e di protezione *contro* il potere sovrano con le esigenze fondative dell'ordine e della egemonia borghese»¹³⁶. Lo spirito della separazione dei poteri non è più incentrato «sulla divisione tra Stato e società e sulla autonomia sottoinsiemi sociali funzionali al dispiegamento della libertà individuale»¹³⁷; con l'allargamento della base sociale, l'avvento del pluralismo e la centralità della effettività di nuovi diritti, «il problema centrale del costituzionalismo democratico novecentesco diventa quello della compatibilità tra ordine sociale e ordine politico»¹³⁸.

stato necessario per correggere le disuguaglianze che la società capitalistica di fine ottocento aveva prodotto all'interno dei sistemi sociali europei e non. È anche per questo che «nella seconda metà del XX secolo tutti i maggiori ordinamenti occidentali – respinte le seduzioni dell'organicismo fascista e del collettivismo comunista – sono ormai approdati ad un comune modello di rapporto tra stato-apparato e società civile: un modello che, in luogo della “separatezza”, pone, potremmo dire, la “cooperazione”» (G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 56).

¹³⁵ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952 citato da C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di governo*, cit., p. 120.

¹³⁶ P. RIDOLA, *Prestoria, origini e vicende del costituzionalismo*, cit., p. 46.

¹³⁷ D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, Francoforte, 1991, P. RIDOLA, *Prestoria, origini e vicende del costituzionalismo*, cit., p. 47.

¹³⁸ P. HABERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Recht (SÖR), Berlino, 1978, P. RIDOLA, *Prestoria, origini e vicende del costituzionalismo*, cit., 47.

Questo profondo cambiamento della società e dei valori imprime una nuova direzione al funzionamento del principio di separazione dei poteri, oltre che di tutti i principi ad esso connessi indicati da Waldron¹³⁹. In primo luogo, lo Stato interventista favorisce la traslazione della funzione dell'indirizzo politico che, un tempo saldamente nelle mani dei Parlamenti in quanto espressione della volontà del popolo¹⁴⁰, è ai nostri giorni esercitato prevalentemente dal potere esecutivo.

Le ragioni di questa modifica sono note; da un lato, le domande della nuova società complessa chiedono che lo Stato-apparato si doti di un organo capace di svolgere in modo possibilmente rapido ed efficiente la funzione di indirizzo e di guida dell'ordinamento. Dall'altro, la struttura dei Parlamenti ottocenteschi, con la loro produzione legislativa lenta ed accidentata e in alcuni casi costituzionalmente frenata dal doppio controllo del bicameralismo, non è più in grado di rispondere in tempo alle pressanti sollecitazioni della realtà e ai bisogni che la nuova Costituzione sociale-economica fa sorgere nella società.

È toccato così all'esecutivo svolgere il compito di dirigere, anche attraverso la pubblica amministrazione, la realizzazione del programma politico-sociale che fissa gli interventi e tutela l'integrità dei valori e degli interessi generali. Questa trasformazione ha investito sia i sistemi presidenziali (con riferimento ai quali, a partire dagli anni Settanta, si è cominciato a parlare dei «Presidenza Imperiale»¹⁴¹) sia quelli parlamentari, dove il cir-

¹³⁹ V. Cap. I nota 101. Si pensi, ad esempio, all'impatto generato dall'avvento dello Stato sociale al principio del federalismo americano (ma non solo). Disegnato originariamente per fornire una «doppia garanzia dei diritti», esso si ispirava all'idea della sovranità duale e al modello competitivo attraverso la clausola della enumerazione dei poteri e del X emendamento della Costituzione. Al contrario, l'avvento dello Stato sociale ha rafforzato il ruolo dello Stato centrale attraverso l'utilizzo dello Spending power e della Interstate commerce clause (art. I sez. 8 Cost.), spingendo verso meccanismi di cooperazione tra la federazione e gli Stati attraverso il meccanismo dei *grants in aids* (cfr. a riguardo *infra*, Cap. III).

¹⁴⁰ G. BOGNETTI, *La separazione dei poteri*, cit., p. 46: «La “centralità” del Parlamento è una caratteristica essenziale del modello liberale della divisione dei poteri; e nei termini che abbiamo accennati essa si riscontra presente in tutti gli ordinamenti che accolgono il modello, quale che sia la particolare forma di governo da essi prescelta. Tuttavia è chiaro che la misura di quella “centralità” varia, ed anche sensibilmente, a seconda della forma di governo in questione».

¹⁴¹ Per usare l'espressione coniata da A. SCHLESINGER, *The Imperial Presidency*, Houghton Mifflin, Boston, 1973.

cuito di condivisione dell'indirizzo politico tra legislativo ed esecutivo ha in parte contenuto il fenomeno, senza però aver comunque impedito ai governi di usare (e in alcuni casi di abusare) la legislazione delegata per dare attuazione al proprio programma politico¹⁴². Pur prendendo strade anche molto diverse tra loro, tutti gli ordinamenti democratico-sociali sono così giunti – ognuno mantenendo le sue specificità – ad attribuire ai propri governi una funzione di motore e guida dell'intero sistema, al punto che il potere esecutivo – un tempo chiamato ad «eseguire» le volontà altrui – ai nostri giorni «ha piuttosto l'aspetto di un potere che comanda: di un vero e proprio “Potere governante”»¹⁴³.

L'imponenza dello Stato sociale ha inoltre mutato la forma e le dimensioni della separazione dei poteri al punto che, negli ordinamenti contemporanei i «poteri in cui si divide ed articola lo Stato-apparato non sono più tre, bensì cinque»; accanto ai tre poteri classici (che però, come visto, sono stati comunque investiti dalla trasformazione del sistema) ne sono comparsi altri due ovvero sia le Corti costituzionali e la pubblica amministrazione, che – soprattutto a partire dalla seconda metà del Novecento – hanno cominciato lentamente ad acquisire una certa indipen-

¹⁴² Sulla individuazione della funzione di indirizzo politico, v. M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 84 ss. secondo cui la classificazione tradizionale appare in crisi, perché la complessità dello Stato contemporaneo rende complesso riconoscere l'organo titolare dell'indirizzo politico in ragione del numero di attori che ormai concorrono alla sua determinazione. Come ricordato da G. MORBIDELLI, *Mauro Volpi comparatista*, in *DPCE on line*, 4, 2021, p. 4254, «per forza di cose la forma di governo viene ad essere delineata attraverso un'opera di setaccio che investe tutto il complesso di istituzioni “formanti” ai vari livelli dell'indirizzo politico e che vanno ben oltre la trilogia Governo-Parlamento-Presidente della Repubblica: basti pensare alle istituzioni europee, alle autorità indipendenti, alla Corte Costituzionale». Per una recente ricostruzione teorica della funzione di indirizzo politico nel nostro ordinamento, v. A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2018, p. 7 ss. che distingue la funzione di indirizzo politico da quella di governo, sostenendo che «l'indirizzo politico sia una funzione non (più) fondata o, comunque, non fondata nel senso della dottrina tradizionale» e che pertanto «occorre verificare (e ricostruire di conseguenza) che proprio una teoria slegata da fondamenti a priori, riconduce l'indirizzo politico ad una dimensione realistica, che corrisponde meglio a quella che chiamerò “attività di governo”» (p. 9).

¹⁴³ G. BOGNETTI, *La separazione dei poteri*, p. 70.

denza dagli altri poteri¹⁴⁴. Occorre quindi ora verificare se e in che modo l'ascesa di questi due nuovi poteri abbia alterato lo spirito della separazione dei poteri o come essa abbia contribuito a trasformarne il funzionamento.

8.1. «Unelected branches»: *l'ascesa delle Corti costituzionali*.

La modifica degli scopi e dei fini degli ordinamenti costituzionali descritta in precedenza ha travolto gli assetti classici dello spirito della separazione dei poteri, modificando i compiti tradizionalmente assegnati ai tre poteri originari e, in particolar modo, ai due poteri "politici" (parlamento e governo). Così, ad esempio, il Parlamento degli ordinamenti democratico-sociali non è più il luogo della rappresentanza degli interessi della società borghese che orienta la sua azione a difesa delle libertà dei cittadini, ma svolge una funzione di controllo e freno delle azioni del

¹⁴⁴ ID., p. 76. In questo modo, Bognetti condivide con Ackerman la necessità di abbandonare la tripartizione classica di Montesquieu. Mentre però il giurista americano sembra aver adattato la nuova ripartizione alla struttura del costituzionalismo americano, individuato tra i cinque nuovi poteri «Camera, Senato, Governo, Corti, Pubblica Amministrazione», Bognetti non considera il principio del Bicameralismo nel conteggio, perché entrambe le camere svolgono – tendenzialmente – compiti comuni sotto il profilo della separazione dei poteri, differenziandosi (come ad esempio avviene in Germania) sono in ragione della separazione verticale tra *Länder* e *Zentralregierung*. Inoltre, nei sistemi parlamentari, si potrebbe individuare un sesto potere nella figura del Capo dello Stato: sebbene Bognetti sostenga che «negli ordinamenti con governo parlamentare il Capo dello stato (monarca o presidente) costituisce – come già in epoca liberale – un Potere a parte, tendenzialmente apolitico e "neutrale" con potestà generiche di garanzia riguardo al buon funzionamento dei rapporti tra gli altri Poteri» (p. 70), le recenti cronache potrebbero suggerire che – soprattutto in tempo di crisi politico/partitica – la figura del capo dello Stato è in grado di assumere significativi poteri, incidendo in modo significativo sulla realizzazione dei valori del sistema costituzionale generalmente inteso. In riferimento a questa problematica nel nostro ordinamento, v. (di recente) I. PELLIZZONE, *Il ruolo del Parlamento nella rielezione presidenziale, tra vuoto dei leader e crisi di governo. Riflessioni a margine della seconda elezione del Presidente Mattarella*, in *federalismi.it*, 31 gennaio 2022, p. 1 ss.; C. BASSU, F. CLEMENTI, G.E. VIGEVANI (a cura di), *Quale Presidente? La scelta del Presidente della Repubblica nelle crisi costituzionali*, il Mulino, Bologna, 2022.

nuovo potere governante, vero centro motore del sistema¹⁴⁵. La nuova separazione dei poteri ha inciso anche sul potere giudiziario e sulla tradizionale distinzione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, laddove, nello Stato sociale, i giudici non sono più «the least dangerous branch» né «la bouche de la loi»¹⁴⁶, ma esercitano un potere decisionale sempre più vasto, che sfrutta i meccanismi della interpretazione conforme o orientata ai valori costituzionali e – nel continente europeo – ai principi del diritto comunitario¹⁴⁷.

Del resto, la complessità e «l'oscurità» del linguaggio legislativo obbliga spesso il giudice «a operazioni interpretative sempre più sofisticate» che non giovano alla certezza del diritto, ma che, soprattutto, mostrano come «nei sistemi costituzionali pluralistici contemporanei l'entrata in vigore di una legge spesso non è affatto un punto di arrivo definitivo» dal

¹⁴⁵ La nuova divisione dei poteri chiede infatti che gli organi collegiali di rappresentanza democratica svolgano un serio controllo dell'azione di governo del potere governante cui, come visto, è affidata ormai la guida complessiva dello Stato-apparato. Questo avviene, naturalmente, nei sistemi parlamentari, dove il meccanismo della fiducia (costruttiva – Spagna, Germania – o meno – Italia) permette ai rappresentanti eletti di limitare l'azione del governo, sia in quelli presidenziali o semi-presidenziali, in cui il principale strumento di check and balance previsto è probabilmente quello del controllo sulla spesa attraverso la definizione della legge di bilancio (oltre i previsti meccanismi di checks and balance, come ad esempio il bicameralismo che negli Stati Uniti può portare al *grindlock* del sistema). In ogni caso, siamo lontani dalle prerogative affidate ai legislativi in epoca liberale, quando il parlamento definiva, legislativamente, le politiche della nazione e il governo era chiamato – almeno tendenzialmente – ad eseguirle. In sostanza, oggi, ID., p. 80, «la tipica funzione del legislativo, quella che ne contraddistingue il ruolo negli attuali assetti dello stato, può definirsi come la funzione della solenne convalidazione, della eventuale integrazione, e della eccezionale, ipotetica reiezione dell'indirizzo politico stabilito dal Potere governante dello stato».

¹⁴⁶ Come sostenuto rispettivamente da A. HAMILTON in *The Federalist*, n. 78, in *Il Federalista*, ed. it. a cura di M. Negri, Nischi Lischi, Pisa, 1955, p. 639 e da Montesquieu nel Libro XI de *L'esprit des lois*.

¹⁴⁷ M. CARTABIA, *The Rule of Law and the Role of Courts*, in *Italian Journal of Public Law*, 2018, 10, p. 3: «a robust constitutional culture and consciousness permeates the mentality of all judges, also first-level judges, and gives them a broad discretionary power. Given the poor quality of parliamentary legislation, the interpretative power of judges has hugely expanded, in the form of interpretation value-oriented, in the form of interpretation in conformity with the constitution, with the European Convention and with EU law».

quale il giudice possa ricavare indicazioni «chiare, determinate e misurabili», bensì «il punto di partenza di una “lotta” per la specificazione del significato» normativo delle disposizioni «e, dunque, per la definizione della regola stessa»¹⁴⁸.

Protagonisti di questa lotta per la specificazione del significato delle regole sono, in special modo, i giudici costituzionali cui è affidato il compito di controllare, limitare, orientare il lavoro del legislatore. Questo ruolo della giurisprudenza costituzionale è stato sospinto dall'indiscutibile successo ottenuto dalla esportazione del modello della *judicial review* nel mondo; se prima della istituzione della Corte costituzionale austriaca nel 1920 solo due ordinamenti avevano previsto un potere di revisione costituzionale (Stati Uniti e Norvegia), al giorno d'oggi questo strumento è esplicitamente riconosciuto da quasi tutte le democrazie europee e da oltre 80 Paesi¹⁴⁹. Originariamente, il compito assegnato ai giudici costituzionali era quello di «legislatori negativi» ai quali, a differenza dei Parlamenti che legiferano esercitando una piena discrezionalità politica, era affidato un potere di *judicial review* strettamente limitato all'annullamento di leggi in conflitto con i principi o le clausole della Costituzione¹⁵⁰.

Negli ultimi tre decenni, però, il peso dei giudici costituzionali (e sovranazionali) è enormemente cresciuto, tanto che termini come *courtocracy* o *juristocracy* sono sempre più ricorrenti nella dottrina comparatistica di tutto il mondo¹⁵¹. Nei sistemi costituzionali contemporanei, infatti,

¹⁴⁸ F. BIONDI, N. ZANON, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2011, pp. 2-3.

¹⁴⁹ S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, Donzelli, Roma 2009; A.M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, New Haven, 2004.

¹⁵⁰ Secondo la nota definizione data da H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 47.

¹⁵¹ La letteratura, al riguardo, è amplissima. Generalmente, l'idea della *judicialization of politics* serve a descrivere le trasformazioni storiche del posto occupato dalla giustizia e a designare l'espansione incrementale del potere giudiziario (v. ad es. M. SHAPIRO, *The Juridicalization of Politics in the United States*, in *International Political Science Review*, 15(2), 1994, p. 101). Già nel 1977 D. HOROWITZ, *Courts and Social Policy*, The Brookings Institution, Washington, DC aveva coniato il termine “*jurocracy*”, ma la fortuna recente si deve probabilmente al libro di R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cam-

«there is now hardly any moral, political, or public policy controversy in the new constitutionalism world that does not sooner or later become a judicial one»¹⁵², e i confini tra discrezionalità politica e attività giudiziaria hanno cominciato a farsi sempre più sottili al punto che «the relationship between law and politics is mostly commonly conceptualized has lagged far behind what is actually happening»¹⁵³.

Invero, da tempo la dottrina aveva segnalato il problema della crescente intersezione tra la funzione legislativa e quella giudicante, che sfida la legittimità democratica delle Corti costituzionali sollevando la c.d. *counter-majoritarian difficulty*¹⁵⁴. Ma, negli ultimi tempi, teorie come quella del neo-costituzionalismo hanno incoraggiato le Corti ad assumere il compito relevantissimo (e quasi esclusivo) di reperire dalla evoluzione della coscienza sociale nuovi valori¹⁵⁵, che porta con sé il rischio

bridge, MA, 1994. Il termine “courtocracy” è invece utilizzato da K.L. SCHEPPELE, *Democracy by Judiciary (or why can courts be sometimes be more democratic than Parliaments)*, in A.W. CZARNOTA, M. KRYGIER, W. SADURSKI (a cura di), *Rethinking the Rule of Law in Post-Communist Europe*, CEU Press, Budapest, 2005, p. 263 per descrivere lo stesso concetto (ma presentando una tesi differente).

¹⁵² R. HIRSCHL, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 11(1), 2004, p. 71.

¹⁵³ A. STONE SWEET, *Governing with Judges*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 39.

¹⁵⁴ A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, The Bobbs-Merrill, New York, 1962.

¹⁵⁵ È questa, ad esempio, la tesi proposta dal Presidente emerito della Corte costituzionale P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, Lezione inaugurale alla Scuola Superiore della Magistratura, 2017, www.cortecostituzionale.it: «Entro il progetto moderno (e la sua conseguente visione del diritto) il giudice doveva adattare il fatto alla norma (una norma pensata come premessa maggiore di un procedimento sillogistico, cioè – ripetiamolo – squisitamente logico-deduttivo). Oggi, in questo nostro tempo giuridico post-moderno, il giudice, attraverso operazioni squisitamente valutative, deve comprendere il caso da risolvere e adattare la norma al fatto di vita, individuandone la più adeguata disciplina. E la sua ricerca si concretizza, appunto, in una invenzione, che è un procedimento contrario a quello sillogistico perché in essa non è coinvolta solo la razionalità del giudice con le sue capacità di loico, ma soprattutto qualità di intuizione percezione comprensione, tutte segnate sul piano assiologico». La tesi è stata rilanciata da un altro Presidente emerito della Corte, Mario Morelli, che nella conferenza stampa di insediamento «ha affermato di riconoscere “il ruolo della stam-

concreto di uno sconfinamento del giudice in valutazioni politiche specialmente qualora la questione da risolvere metta in gioco ragioni etiche o ideali che nella società sono diversificate, e sulle quali non esiste una interpretazione costituzionale univoca¹⁵⁶.

Tale fenomeno è stato accolto con entusiasmo da pensatori come Ronald Dworkin, che hanno salutato l'espansione del *judicial activism* dei giudici come un passo importante per l'allargamento della tutela dei diritti umani e verso il rafforzamento della democrazia in tutto il mondo¹⁵⁷. Altri, ne hanno invece messo in discussione la legittimità democratica, criticando la *judicial supremacy* di certe decisioni¹⁵⁸, o quanto

pa nel segnalare l'emersione di nuovi diritti", diritti che, successivamente, la giurisprudenza (anche costituzionale) dovrebbe, da parte sua, incaricarsi di riconoscere effettivamente» (frase riportata da N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi*, 3, 2021, p. 95, nota 6, che però se ne discosta vigorosamente concludendo: «non riesco a immaginare tesi meno convincente di questa, quanto ai rapporti tra diritti nuovi o vecchi), evoluzione della coscienza sociale, Costituzione e giurisprudenza»).

¹⁵⁶ Come acutamente ricordato da N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 927: «In tali casi, sarebbe necessario – per gli interpreti dotati di reale potere decisionario, appunto i giudici – recuperare una deontologia e un lessico minimali, ispirati al *self-restraint*, alla *judicial modesty* (nel senso di Posner 2005), al rigoroso e controllato ricorso ai canoni interpretativi». Tale suggerimento è non è sempre attuato della cultura giuridica odierna che, sempre più spesso, usa le giurisdizioni (nazionali ma soprattutto sovranazionali) per portare all'attenzione della società i propri problemi e le proprie rivendicazioni politiche. Il *judicial activism* dei giudici si accompagna così sempre più alla pratica (nata nel diritto internazionale) della *strategic litigation*, ovvero alla ideazione di *moot-cases* che mettono i giudici nella condizione di definire valori, principi, diritti anche nuovi grazie alla loro attività interpretativa (cfr. H. DUFFY, *Strategic Human Rights Litigation*, Bloomsbury Publishing, New York, 2018).

¹⁵⁷ R. DWORKIN, *A bill of rights for Britain: why British liberty needs protection*, in cui l'A. scrive a favore dell'incorporazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel sistema britannico e del conferimento ai giudici britannici del potere di interpretarla e applicarla rispetto alle leggi approvate dal Parlamento. Come osservato da L. HILBINK, *Assessing the New Constitutionalism*, in *Comparative Politics*, 40(2), 2008, p. 227, «Dworkin claimed that such incorporation would help cultivate (or re-invigorate) a 'culture of liberty' in Britain» and «it would be in no way incompatible with a correct or 'true' understanding of democracy».

¹⁵⁸ J. WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *Yale Law Jour-*

meno segnalandone i possibili problemi¹⁵⁹ e persino gli eventuali abusi¹⁶⁰.

Quale che sia il giudizio sulla espansione del ruolo delle Corti costituzionali (e sovranazionali)¹⁶¹ è indubbio che – sotto il profilo della separazione dei poteri – esse non siano più il null-power di John Marshall, e forse neppure quel «correttivo “aristocratico”»¹⁶² descritto da Boggetti; come

nal, 115(6), 2006, p. 1346 ss.; ID., *Judicial Review and Judicial Supremacy*, in *New York University Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, n. 24-57, p. 27 ss.: «judicial review tilts towards judicial supremacy when courts begin to think of themselves and present themselves as pursuing a coherent program or policy, rather than just responding to particular abuses identified as such by a Bill of Rights as they crop up».

¹⁵⁹ Degne di nota sono le considerazioni di C. GRABENWARTER, *Separation of Powers and the Independence of Constitutional Courts and Equivalent Bodies*, Keynote Speech, 16 January 2011, 2nd Congress of the World Conference on Constitutional Justice, Rio de Janeiro, www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/AUT: «Especially in cases where the legislature has obviously intended a solution which the constitutional court found unconstitutional, the court substitutes the original meaning with a new one, it is materially “amending” the law. In cases where the legislator could have chosen another solution that was also in line with the constitution and taking into account the fact that the majority in parliament would have opted for a different solution, the approach may limit the legislature de facto in its range of action (...) There may be situations where legislation was necessary according to the constitution or simply for practical reasons, but there was no consensus in Parliament for a solution. Under such circumstances, it is possible for one of the conflicting parties to submit a more or less political question to the constitutional court, which is often willing to decide that question by means of constitutional law». (pp. 4-5).

¹⁶⁰ R. DIXON, D. LANDAU, *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy*, in *UC Davis Law Review*, 53, 2020, p. 1313: «Both in the United States and around the world, courts are generally conceptualized as the last line of defense for the liberal democratic constitutional order. But it is not uncommon for judges to issue decisions that intentionally attack the core of electoral democracy. Courts around the world, for example, have legitimated antidemocratic laws and practices, banned opposition parties to constrict the electoral sphere, eliminated presidential term limits, and repressed opposition-held legislatures. We call this practice abusive judicial review».

¹⁶¹ In argomento, sia consentito rimandare a L.P. VANONI, *New Challenges to the Separation of Powers: The Role of Constitutional Courts*, in A. BARAGGIA, C. FASONE, L.P. VANONI (a cura di), *New challenges to the separation of powers: dividing power*, Elgar Publishing, Cheltenham UK-Northampton USA, 2020, p. 46 ss. a cui rimando.

¹⁶² G. BOGGETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 72: «l'attuale sindacato di costitu-

ricordato dal Presidente emerito della Corte costituzionale Paolo Grossi, è ormai il tempo di salutare Montesquieu perché «è certo che quell'assillo separativo segnato a tinte indelebili e ritenuto qualcosa di sacro e intoccabile, deve essere riletto criticamente alla luce dell'evolversi delle forme politiche e soprattutto dell'esperienza»¹⁶³. A ben guardare, però, rimane così inevasa la famosa domanda posta da Mauro Cappelletti già negli anni ottanta dello scorso secolo: «who watches the Watchmen?»¹⁶⁴.

8.2. (Segue): *e l'avvento dello Stato amministrativo.*

Se nello Stato di diritto liberale l'amministrazione poteva ancora essere concepita come un mero strumento di realizzazione concreta dei fini indicati per via astratta dalle leggi, nel tempo il suo ruolo è immensamente cambiato¹⁶⁵. Per sostenere i valori dello Stato socialdemocratico, essa è divenuta una possente e complessa macchina chiamata a gestire, autoriz-

zionalità deve concepirsi come un correttivo degli esiti più crudi e immediati dei processi della democrazia, oggi per ogni verso imperante. Un correttivo "aristocratico": se è caratteristica degli "aristoi" (dei migliori) preoccuparsi degli interessi generali di lungo corso, dei valori stabili di un modello civile (...) Ad ogni modo dappertutto è ormai vincente l'idea che i limiti ai Poteri dello stato – sempre ed enfaticamente riconosciuti, in linea di principio, dalla tradizione del costituzionalismo occidentale – vanno oggi rinforzati attraverso l'attività di un efficiente controllo giurisdizionale capace di incidere anche sulle leggi formali. Sta lì la suprema garanzia della Costituzione».

¹⁶³ P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, cit.

¹⁶⁴ M. CAPPELLETTI, *Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility*, in *The American Journal of Comparative Law*, 31(1), 1983, p. 1 ss. Analoga domanda è stata sollevata anche da E.W. BÖCKENFÖRDE, *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 190: «it requires a way of ensuring that constitutional jurisdiction does not turn from one way of safeguarding the constitution into domination over the constitution and thus depart from the democratic ground. Can this be done, and if so, how?».

¹⁶⁵ G. GRASSO, R. MANFRELOTTO, *Poteri e funzioni dello stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, cit., p.to 90: «nello Stato costituzionale contemporaneo, la legislazione e l'amministrazione recuperano tale matrice unitaria, in quanto entrambe strumentali, non più all'attuazione dell'indiscutibile volontà soggettiva del sovrano, ma alla concretizzazione della (parimenti indiscutibile) volontà obiettiva che il Costituente, unico titolare della sovranità, ha trasposto nel Patto».

zare, regolare, le azioni che sono necessarie per realizzare gli scopi dello Stato democratico-sociale. Per svolgere un compito di così immensa portata, lo Stato amministrativo si compone attualmente di una rete complessa di organi nella quale sono presenti anche centri autonomi, sempre meno soggetti al comando di chi è costituzionalmente investito della titolarità del potere governante. Di qui, la trasmutazione di un potere che era «un tempo *longa manus* dell'esecutivo» e che oggi «deve considerarsi come un Potere a sé, distinto dal Potere governante», non più concettualmente riducibile «a meccanico applicatore della volontà del governo»¹⁶⁶.

Alla crescita dello Stato amministrativo concorrono diversi fattori, in parte legati alle specificità degli ordinamenti costituzionali presi a riferimento¹⁶⁷. Negli Stati Uniti, a titolo esemplificativo, essa è direttamente connessa al cambiamento informale della Costituzione avvenuto a seguito della rivoluzione del New Deal, che ha profondamente scompigliato l'assetto del limited government sia sotto il profilo verticale (attraverso l'interpretazione di clausole quali la Commerce Clause o il Tax and Spending Power), sia orizzontale (con il rafforzamento della Presidenza e il conseguente indebolimento del Congresso). Per quanto concerne la pubblica amministrazione, il New Deal ha provocato una moltiplicazione delle *Agencies* o *Commissions*, chiamate – ognuna nel suo precipuo ambito di competenza – ad affiancare il governo e i dicasteri nello svolgimento delle loro funzioni.

In alcuni casi, queste *Commissions* svolgono però compiti di tutela dell'interesse pubblico generale, e si sono così almeno in parte staccate dal controllo dell'esecutivo acquisendo una loro indipendenza. Istituite con legge del Congresso a partire dalla fine del 1800, le *Independent Regulatory Commissions* non solo regolano una certa area della vita sociale, approvando provvedimenti amministrativi puntuali di autorizzazione o ingiunzione, ma esercitano altresì un potere quasi-legislativo, mediante l'adozione di regolamenti, e un potere quasi-giurisdizionale, che consente loro di risolvere controversie e di irrogare sanzioni¹⁶⁸.

¹⁶⁶ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 83.

¹⁶⁷ Cfr. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, il Mulino, Bologna, 1992.

¹⁶⁸ Sul punto, si rimanda alle interessanti considerazioni in chiave comparata di M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive: alcune considerazioni*, cit., p. 25 ss.

Il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti non è il frutto di un disegno prestabilito né di una logica istituzionale complessiva. Negli Stati Uniti, tali organi trovano origine per esigenze legate alla complessità della macchina burocratica federale, e hanno acquisito una libertà politico-funzionale soprattutto a seguito della sentenza *Humphrey v. United States* del 1935, con cui la Corte Suprema ha dichiarato illegittimo il licenziamento disposto dal Presidente Roosevelt di un membro della *Federal Trade Commission* – precedentemente nominato da Hoover – per divergenze circa la linea politica da adottare¹⁶⁹. La Corte, in particolare, ha riconosciuto a tale *Commission* la qualifica di «independent (...) quasi-judicial, quasi-legislative nonpartisan body of experts»¹⁷⁰, sancendo una distinzione chiara tra il corpo della amministrazione federale generale (che è tenuta ad attenersi alle direttive del Presidente) e organi indipendenti che le leggi hanno voluto esplicitamente, e quindi legittimamente, sottrarre al controllo dell'esecutivo.

Seguendo l'esempio americano – e pur rispettando le molteplici differenze che esistono tra vari sistemi – tali organi si sono largamente diffusi prima nel Regno Unito (*independent commission*)¹⁷¹, e poi anche nell'Europa continentale, condizionando sistemi che si reggono su un modello gerarchico-piramidale fondato sul principio di responsabilità come la

¹⁶⁹ *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935).

¹⁷⁰ ID., p. 602: «The Federal Trade Commission Act fixes the terms of the Commissioners and provides that any Commissioner may be removed by the President for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office. Held that Congress intended to restrict the power of removal to one or more of those causes. This construction of the Act is confirmed by a consideration of the character of the Commission – an independent, nonpartisan body of experts, charged with duties neither political nor executive, but predominantly quasi-judicial and quasi-legislative, and by the legislative history of the Act. When Congress provides for the appointment of officers whose functions, like those of the Federal Trade Commissioners, are of legislative and judicial quality, rather than executive, and limits the grounds upon which they may be removed from office, the President has no constitutional power to remove them for reasons other than those so specified».

¹⁷¹ Cfr. A. HUNTER, C. BOSWELL, *Comparing the political functions of independent commissions*, in *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 17(1), 2015, p. 10 ss.

Francia (*autorités administratives indépendantes*) e l'Italia¹⁷². In tali ordinamenti, le autorità indipendenti svolgono funzioni definite per legge in settori considerati particolarmente sensibili o ad alto contenuto tecnico, solitamente sottratte al controllo politico dell'esecutivo¹⁷³.

Le ragioni di questo successo sono molteplici. Viene in rilievo, innanzitutto, la rapida diffusione nel mondo del modello di Stato interventista, il quale, per far fronte efficientemente ai gravosi compiti che discendono dai nuovi valori costituzionali nel frattempo affermatasi, è giocoforza tenuto a costruire strutture amministrative sempre più articolate. Deve essere menzionato, in secondo luogo, il diffondersi dell'idea che la regolazione di determinati settori, quali quello della salute o della privacy dei cittadini, caratterizzati dalla complessità delle questioni tecniche e scientifiche da regolare, non possa essere affidata a organi politici¹⁷⁴.

Quando fin qui ricordato da conto del perché le amministrazioni indipendenti siano ormai da considerarsi come un nuovo, distinto, potere; il che a sua volta è testimonianza di una rottura e di un superamento del-

¹⁷² Cfr. L. COLELLA, V. PEPE (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica*, ESI, Napoli, 2012; N. LONGOBARDI, (voce) *Autorità amministrative indipendenti*, in *Treccani on line*, 2018: «In Francia la paternità della nozione spetta al legislatore e data dal 1978 (Commission nationale de l'informatique et des libertés – CNIL). Ben dieci autorità amministrative sono state qualificate indipendenti dal Parlamento d'oltralpe tra il 1984 ed il 2001 (...). In Italia il fenomeno si è delineato progressivamente a seguito dell'istituzione della CONSOB (Commissione nazionale per le società e la borsa – 1974), del Garante per l'editoria (1981) e dell'ISVAP (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private – 1982) e si è sviluppato negli anni novanta del secolo scorso (...) Nonostante persistenti difficoltà, il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti si è ugualmente consolidato nel nostro ordinamento ed ha avuto nuovi sviluppi nei tempi più recenti». In Italia, inoltre, v. le osservazioni di G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 1996, p. 1, riportate da M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive: alcune considerazioni*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1, 2022, p. 25 ss.

¹⁷³ Cfr. G. CORDINI, *Introduzione*, in L. COLELLA, V. PEPE (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica*, cit., p. 7.

¹⁷⁴ Una specificazione del ruolo del diritto amministrativo e delle *independent regulatory commissions* condotta alla luce delle competenze tecniche (e scientificamente controverse) è svolta – per prima – da L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo, Centrali nucleari e sostanze cancerogene negli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1986.

lo spirito originario della separazione dei poteri. Mentre in epoca liberale il compito del governo – dare esecuzione alle leggi – giustificava un controllo gerarchico sulle attività della pubblica amministrazione, oggi il potere governante si occupa in prevalenza di definire l'indirizzo politico, e questo giustifica la nascita di organi indipendenti da esso perché chiamati a tutelare interessi generali diffusi che sgorgano dai valori costituzionali sostanziali. Allo stesso tempo, però, tale trasformazione mette in discussione il principio del c.d. *Unitary executive* americano¹⁷⁵ o, per fare un esempio che attinge dal continente europeo, l'art. 20, co. 2, della Costituzione francese secondo cui «Le Gouvernement (...) dispose de l'administration»¹⁷⁶.

La nascita delle autorità indipendenti ha celebrato la genesi dello Stato amministrativo, le cui agencies tendono a distaccarsi dal controllo del governo per tutelare interessi pubblici diffusi. È dunque la complessità delle società moderne a rendere necessario, e legittimo, il ricorso a organi amministrativi specializzati ed indipendenti, perché solo grazie alla loro esperienza e alle loro conoscenze tecniche è possibile far funzionare la multiforme macchina dello Stato sociale contemporaneo¹⁷⁷. Questo conduce però ad un «metaphorical oxymoron», dal momento che organi non eletti trovano la loro legittimazione nella loro competenza tecnica, «but

¹⁷⁵ Il principio deriva dalla interpretazione della *Vesting clause* (art. II sec. 2 cl. 7 Cost. «The executive Power shall be vested in a President of the United States of America») nonché da altri poteri conferiti al Presidente quali la *Take Care clause* (U.S. art. II, sec. 3, cl. 3 «the President take Care that the Laws be faithfully executed»). Cfr. S.G. CALABRESI, K.H. RHODES, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, in *Harvard L. Rev.*, 5(19), 1992, p. 1153 ss.; G.P. MILLER, *The Unitary Executive in a Unified Theory of Constitutional Law: The Problem of Interpretation*, in *Cardozo L. Rev.*, 1993, p. 201 ss.; S.G. CALABRESI, C.S. YOO, *The Unitary Executive: Presidential Power from Washington to Bush*, Yale University Press, New Haven, 2008.

¹⁷⁶ Occorre però sottolineare come una comparazione stringente tra il sistema americano e quello francese sia metodologicamente inopportuna, se non finanche scorretta, perché la forma di governo semipresidenziale della quinta repubblica francese divide la attività di governo da quella di indirizzo politico. Cfr. G. BIGOT, *La responsabilità dell'amministrazione in Francia: storia e teoria*, in *Scienza e politica*, 24, 2010, p. 1 ss.

¹⁷⁷ M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 450: «a new branch of government comprising office-holders who possess the type of expertise and specialized knowledge that has become the basis of effective governmental decision making».

this contrasts with the democratic legitimation of the traditional branch of government»¹⁷⁸.

Se sciogliere questo ossimoro è assai arduo, tale operazione sembrerebbe spingere – sul piano della separazione dei poteri – per la sostituzione del conflitto (politico) con la norma (tecnica) finalizzata a far prevalere l'efficienza sulla decisione, e – per tal via – favorire la creazione di «un'area non rappresentativa» che, «esprimendo competenze, incarna un bisogno sempre più sentito nelle società contemporanee: quello di “correggere” la scelta del popolo con quella dei competenti»¹⁷⁹. Tale interpretazione dello Stato amministrativo, tuttavia, rischia di favorire l'ascesa di un sistema aristocratico (dei migliori) il cui compito non è più quello di assicurare una divisione della società *dal potere*, ma quello di rendere efficiente l'incidenza di quest'ultimo nella vita dei cittadini; nascondendosi dietro «la conoscenza specialistica degli individui, fornita e certificata dalla struttura stessa della società» il principio aristocratico finisce per incidere sul principio democratico e per alimentare il fenomeno della tecnocrazia¹⁸⁰.

Non va peraltro dimenticato che, sotto il profilo giuridico, i poteri sono conferiti agli organi della amministrazione pubblica da leggi istitutive o, come avviene negli Stati Uniti, da specifiche deleghe legislative¹⁸¹.

¹⁷⁸ A. BARAGGIA, *The Rise of Conditionality within the Global Administrative Space*, in A. BARAGGIA, C. FASONE, L.P. VANONI, *New Challenges to the Separation of Powers: Dividing Power*, cit., p. 84.

¹⁷⁹ S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Milano, 2017.

¹⁸⁰ Sul punto acutamente L. CASTELLANI, *L'ingranaggio del potere*, Liberilibri, Macerata, 2020, pp. 24-25: «la permanenza e l'evoluzione del principio aristocratico nei nostri sistemi politici è uno degli *arcana imperii* con cui è necessario fare i conti (...) nelle società avanzate il principio aristocratico ha, nell'organizzazione del potere politico della società, un peso superiore rispetto a quanto comunemente si è portati a credere o ad ammettere. Nelle democrazie contemporanee questo principio aristocratico si fonda sulla competenza, cioè sulla conoscenza specialistica degli individui, fornita e certificata dalla struttura stessa della società attraverso istituzioni educative, programmi di studio, titoli, esami e concorsi. Questo principio aristocratico-gerarchico convive con il principio democratico-rappresentativo di cui, negli ultimi decenni, ha progressivamente eroso significativi spazi».

¹⁸¹ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 60: «Limitata formalmente o no, la funzione normativa del legislativo trova ormai accanto a sé, in quasi tutti gli ordinamen-

Proprio il tema della delega costituisce, infine, un punto di snodo fondamentale per comprendere la trasformazione della separazione dei poteri¹⁸². La necessità di affidare la funzione normativa su questioni tecnicamente complesse ha persuaso i Parlamenti di quasi tutti gli ordinamenti – anche quelli che costituzionalmente non prevedevano meccanismi di delega – a trasferire in modo corposo la propria potestà legislativa, al punto che è stato provocatoriamente sostenuto che «the post-New Deal administrative state is unconstitutional» perché «its validation by the legal system amounts to nothing less than a bloodless constitutional revolution»¹⁸³.

9. Nuovi poteri, vecchi problemi? La separazione dei poteri nel XXI secolo.

Abbandonata la vecchia formula di Montesquieu, la nuova separazione dei poteri pare dunque ormai reggersi sulla delega di «policy-making

ti occidentali, una funzione normativa della pubblica amministrazione di dimensioni cospicuisime. Questa prospera in modo particolare – come delegated legislation – proprio nei paesi – Gran Bretagna, Stati Uniti – ove un tempo si guardava con speciale sospetto ai poteri regolamentari dell'esecutivo. Il legislativo in teoria, può e dovrebbe indirizzare, dettando “principi”, la normazione amministrativa (cfr. per es., Germania, Grundgesetz, art. 80; Stati Uniti, la giurisprudenza costituzionale in proposito). Di fatto, molto spesso e inevitabilmente, alla pubblica amministrazione vengono lasciati poteri vasti di scelta politica indipendente».

¹⁸² Sul problema del rapporto tra deleghe legislative e stato amministrativo (specialmente in epoca di emerenza nazionale) v. *infra*, Cap. II e III. Va peraltro ricordato che la delega legislativa consente una parziale ricomposizione degli equilibri tra poteri, dal momento che «although the de facto delegation of legislative powers to agencies and the combination of functions threaten the purposes that animate the original scheme of separation of powers, Congress itself has created a second-order structure that reproduces at least some of the original constitutional good». (cfr. A. VERMEULE, *The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge*, in M. TUSHNET, S. LEVINSON AND M.A. GRABER (a cura di), *The Oxford Handbook of the United States Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 259 ss.).

¹⁸³ G. LAWSON, *The Rise Rise of Administrative State*, in *Harvard Law Review*, 107, 1994, p. 1231. L'A. usa la parola «unconstitutional» to mean “at variance with the Constitution’s original public meaning”» (cfr. nota 1).

authority to semi-autonomous, professional bodies»¹⁸⁴ cui sono affidate funzioni un tempo prerogative dell'esecutivo, del legislativo, del giudiziario¹⁸⁵.

L'ascesa dello Stato amministrativo, in particolare, ha visto il moltiplicarsi di agenzie indipendenti, banche centrali, organi amministrativi che sono progressivamente ritenute indispensabili per il funzionamento degli ordinamenti, intervenendo attivamente, nella sanità, nell'istruzione, nella previdenza e in tutte le altre aree che incidono sulla vita sociale e politica del paese¹⁸⁶. In molti sistemi, a queste istituzioni sono stati attribuiti ruoli centrali in aree chiave del processo decisionale, a fronte di un inesorabile processo di erosione delle tradizionali competenze riconducibili agli organi democraticamente eletti. Unitamente al ruolo assunto dalla *judicial review* nella definizione di nuovi diritti e principi costituzionali¹⁸⁷,

¹⁸⁴ R. HIRSCHL, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, cit., p. 4.

¹⁸⁵ M. RAPPAPORT, *A Stronger Separation of Powers for Administrative Agencies*, in *The Regulatory Review*, 18 dicembre 2019: «at present, agencies exercise not merely the executive power of enforcing the laws, but also substantial legislative and judicial power. Congress has delegated significant authority to agencies to enact numerous regulations and to adjudicate a multitude of cases and this represents a troubling departure from the very essence of the separation of powers».

¹⁸⁶ Il fenomeno è relevantissimo. Come osservato da F. VIBER, *The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers*, CUP, Cambridge, 2009, p. 18: «The pervasiveness of unelected bodies wielding official powers in the structures of modern democratic societies comes as a surprise to many. In the UK, where a comprehensive list is now provided, it has been estimated that there were at the end of 2004 over 650 'public bodies' outside central government departments. The majority of these (around 400) were in the business of providing advice to government departments and a further 20 were bodies involved in Britain's national health service. This still left about 250 bodies with executive responsibilities. Of these, it has been separately estimated that around 120 have regulatory functions. The rise of the unelected is an international phenomenon. In the United States two main waves of agency creation are usually identified – agencies created in the 1930s under the New Deal and agencies created in the 1960s and 1970s. A current tally lists over 1,000 federal agencies, of which the large majority were located within the executive branch, but around 200 were listed as independent or were more loosely attached. In the case of Sweden there are over 100 official agencies (excluding temporary advisory committees) and in the Republic of Ireland over 60 agencies and statutory independent bodies».

¹⁸⁷ Rispetto al problema della democraticità della *Judicial Review*, Cfr. J. WALDRON,

tale fenomeno non finisce solo per affidare decisioni relevantissime ai c.d. «unelected branches»¹⁸⁸.

Questo fenomeno, che si è nutrito della crisi dello Stato liberale, sembra aver tratto nuova spinta dalla globalizzazione intesa come interconnessione tra ordinamenti nazionali e sovranazionali, delineando i tratti della versione “matura” della separazione dei poteri propria dello Stato democratico-sociale. Come ricordato da Bognetti, infatti, «il modello voluto dal Novecento non sembra affatto sul punto di tramontare e pare anzi destinato a prolungarsi e ad estendersi». Anche ordinamenti giuridici sui generis come quello dell’Unione Europea, pertanto, potevano essere inquadrati, all’inizio del nuovo secolo all’interno del modello di divisione tra poteri da lui ideato, dal momento che anche nel nuovo mondo giuridico globalizzato «un’organizzazione di poteri politici che voglia provvedere a un governo adeguato di un vasto corpo sociale (...) ha bisogno di modellarsi secondo uno schema di divisione che fa spazio ad un (...) “Potere governante”»¹⁸⁹.

Questo giudizio, tuttavia, è espresso nel 2001, ovverosia nel momento di massimo successo del costituzionalismo liberal-democratico in generale, e dell’Unione Europea in particolare, e quindi prima delle criticità sistemiche che stiamo vivendo in questo inizio secolo.

Lette a più di venti anni di distanza, però, tali parole non sembrano in grado di spiegare la crisi degli ordinamenti contemporanei; lo stesso Bognetti, del resto, aveva saggiamente ricordato che il suo giudizio era valido per «l’immediato futuro» ma avrebbe potuto «farsi tutto diverso (...) anche soltanto a distanza di venti anni dalla data odierna»¹⁹⁰. È difficile

The Core of the Case against Judicial Review, cit., p. 1353, «judicial review is vulnerable to attack on two fronts. It does not, as is often claimed, provide a way for a society to focus clearly on the real issues at stake when citizens disagree about rights; on the contrary, it distracts them with side-issues about precedent, texts, and interpretation. And it is politically illegitimate, so far as democratic values are concerned: By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights».

¹⁸⁸ F. VIBER, *The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers*, cit., p. 1.

¹⁸⁹ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 175.

¹⁹⁰ ID., p. 176: (corsivo aggiunto) «La conclusione di queste brevi note circa l’impatto della globalizzazione sui modi della divisione (orizzontale) dei poteri nei paesi del-

dire se i cambiamenti sociali e culturali a cui stiamo assistendo siano destinati o meno ad alterare radicalmente l'attuale, precario, equilibrio tra poteri, ma di certo quest'ultimo sembra sottoposto a forti spinte e costanti tensioni.

In primo luogo, la globalizzazione giuridica ha avuto un forte impatto sulle strutture architettoniche delle nostre democrazie, favorendo la condivisione di modelli e soluzioni legali tra diversi organi giudicanti. Tale fenomeno è stato in parte sostenuto dalla cooperazione orizzontale tra Corti costituzionali, che ha agevolato la circolazione di soluzioni giuridiche tra diversi sistemi avviando un proficuo «dialogo tra giudici»¹⁹¹. A volte, questa «mutual relationship» traspare dalle argomentazioni delle Corti, che – attraverso l'uso della comparazione – esplicitano affinità e divergenze con le soluzioni adottate da alti sistemi¹⁹². Altre volte, però, «the co-operation between judges is subtler and almost invisible» perché «takes place by way of mutual visits, with talks and common seminars on recent problems in the jurisprudence of two constitutional courts»¹⁹³.

A questo fenomeno va aggiunta l'incalzante influenza esercitata sulle giurisdizionali domestiche dalle Corti sovranazionali che suggeriscono ai loro colleghi nazionali una sintesi di valori o principi, talvolta anche distanti dalle tradizioni legali proprie dei singoli Stati¹⁹⁴. Se la crescita del

l'Occidente – e cioè la constatazione che il modello voluto dal Novecento non sembra affatto sul punto di tramontare e pare anzi destinato a prolungarsi e ad estendersi – vale soltanto, a dir il vero, se lo sguardo si limita a percorrere i fatti del presente e a speculare sulle probabilità dell'immediato futuro. Il discorso si fa tutto diverso se ci si domanda cosa potrebbe accadere in materia di organizzazione e divisione dei poteri politici anche soltanto a distanza di venti anni dalla data odierna».

¹⁹¹ Secondo la definizione dell'ex Presidente della Corte costituzionale tedesca A VORCKHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund European*, in *Eur Const Law Rev.*, 6, 2010, p. 178.

¹⁹² Sul quale, in modo in ogni caso critico, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*.

¹⁹³ C. GRABENWARTER, *Separation of Powers and the Independence of Constitutional Courts and Equivalent Bodies*, cit., pp. 10-11.

¹⁹⁴ Come acutamente osservato da B. VIMERCATI, *Il disaccordo costituzionale europeo: sussidiarietà e better regulation*, in *Percorsi Costituzionali*, 2020, p. 82: «L'aver investito organi giurisdizionali, privi di legittimazione democratica e di sistemi di accountability, di questioni che, tramite il sindacato sui diritti, esercitano un impatto sulle singole espe-

potere interpretativo dei giudici aveva già modificato orizzontalmente il tradizionale rapporto tra legislativo e giudiziario, l'ascesa delle Corti sovranazionali ha impattato invece su quello verticale, in quanto le decisioni di quest'ultime «carry great weight and have forced many countries to incorporate transnational legal standards into their domestic legal system»¹⁹⁵. Per questo, come ricordato da Stone Sweet, «traditional, continental separation of power doctrines are in deep crisis (...)»; sebbene sia facile distinguere, astrattamente, i compiti del legislatore europeo da quelli del giudiziario «today judges legislate, parliaments adjudicate, and the boundaries separating law and politics – the legislative and judicial functions – are little more than academic reconstructions»¹⁹⁶.

La relazione tra ordinamenti nazionali e sovranazionali ha inoltre segnato profondamente la tradizionale struttura gerarchica della pubblica amministrazione che è stata «sovertita da una “ragnatela” di diversi organismi»¹⁹⁷ ora incaricati di regolare «aree politiche» un tempo riservate alle

rienze nazionali, ha dato adito ad un'eterogenesi dei fini, esacerbando le critiche rivolte alle istituzioni europee. È anche per questa ragione che, intervenendo tecnocraticamente al di fuori del circuito democratico anche in settori destinati a produrre ricadute sensibili per il tessuto sociale europeo, tali istituzioni – già accusate di un perdurante deficit democratico – vengono oggi percepite come élites lontane dai reali bisogni dei cittadini e finiscono con l'alimentare il disaccordo verso l'Europa».

¹⁹⁵ R. HIRSCHL, *The Political Origins of the New Constitutionalism* in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, cit., pp. 105-6: «The judgments of these European courts (as well as of other supranational tribunals such as the Inter-American Court of Human Rights) carry great weight and have forced many countries to incorporate transnational legal standards into their domestic legal system».

¹⁹⁶ A. STONE SWEET, *Governing with Judges*, cit., p. 130: «Traditional, continental separation of power doctrines are in deep crisis. Conceived as a set of prescriptions, they appear increasingly obsolete and incoherent. Conceived as descriptions, they obscure more than they clarify what is currently going on in the world. Although other very important factors are at work, systems of constitutional justice have operated – inherently, in my view – to undermine the utility and relevance of the classic doctrine. We can easily list the institutional characteristics that distinguish a European legislature from a European court; but today judges legislate, parliaments adjudicate, and the boundaries separating law and politics – the legislative and judicial functions – are little more than academic reconstructions».

¹⁹⁷ A. BARAGGIA, *The Rise of Conditionality within the Global Administrative Space*, cit., p. 79.

amministrazioni statali, dando vita al fenomeno definito “global administrative law” “nel quale «the strict dichotomy between domestic and international has largely broken down» e «administrative functions are performed in often complex interplays between officials and institutions on different levels, and in which regulation may be highly effective despite its predominantly non-binding forms»¹⁹⁸. Il diritto amministrativo, che fino a circa trent’anni fa era appannaggio esclusivo della legislazione statale, si è fatto oggi globale, e ha raggiunto una propria consistenza e giustiziabilità a livello sovranazionale¹⁹⁹, sfuggendo al controllo delle regole della separazione dei poteri degli Stati. Questa trasformazione ha trovato terreno fertile nel sistema dell’Unione europea, dove negli ultimi tre decenni gli organi amministrativi hanno acquisito un potere sempre maggiore²⁰⁰ e dove l’(instabile) equilibrio tra poteri ha velocizzato il processo di affievolimento della fonte-legge promuovendo «modelli operativi non dissimili dalle forme di esercizio delle funzioni amministrative» che presumono una sostanziale «omogeneità tra la legislazione e l’amministrazione»²⁰¹.

¹⁹⁸ N. KRISCH, B. KINGSBURY, *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, in *IJIL*, 17, 2006, p. 2.

¹⁹⁹ Si tratterebbe, secondo S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, il Mulino, Bologna, 2013, di un «sistema “neomedioevale”» in cui «un ruolo determinante è svolto dai circa 2000 regimi regolatori internazionali attualmente esistenti», molti dei quali si sovrappongono o si combinano tra loro».

²⁰⁰ Ma anche nel resto del mondo, come ricordato da A. BARAGGIA, *The Rise of Conditionality within the Global Administrative Space*, cit., p. 80: «A similar process has occurred in other parts of the globe (NAFTA in North America, MERCOSUR in South America, ASEAN in Asia, and APEC in the Asia-Pacific region), and even at a supranational and international level (institutions like the International Monetary Fund and the World Trade Organization, for example, are at the forefront of fiscal and trade policy, with their policies addressed to states)».

²⁰¹ G. GRASSO, R. MANFRELOTTO, *Poteri e funzioni dello stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, cit., p.to 92: «Al riguardo, è interessante la ricostruzione della funzione legislativa all’interno delle direttive 85/337/CEE, in materia di v.i.a., e 2001/42/CE, concernente la v.i.a. strategica. Questi due atti riferiscono al procedimento legislativo una serie di obblighi procedurali (in primo luogo, quello di trasparenza e quello di integrazione del contraddittorio tra gli interessi sociali contrastanti: si confrontino l’art. 1 della direttiva del 1985 e l’art. 6 di quella del 2001) identici a quelli stabiliti in merito ai procedimenti amministrativi».

La costante interconnessione a cui sono sottoposte le nostre democrazie post-nazionali sembra quindi aver aggiunto una nuova dimensione al già complesso schema della separazione tra i cinque poteri dello Stato social-democratico che incide e/o tridimensionalmente sul sistema, «transcending the boundaries of national states and operating between international institutions and national ones»²⁰². Sul piano amministrativo come su quello giudiziario, la globalizzazione sta pertanto disarticolando la separazione orizzontale dei poteri attraverso una torsione verticale alimentata dal continuo *federalizing process*: per usare la metafora architettonica di Bognetti, non abitiamo più in un tempio greco sostenuto dalla linearità delle tre colonne doriche e, forse, neppure in una cattedrale barocca dove ricercati elementi architettonici ellittici sostengono una pesante volta sopra le nostre teste. Gli ordinamenti giuridici post-nazionali assomigliano piuttosto ad un moderno grattacielo in cui gli Stati sono alloggiati all'interno di un palazzo comune; essi mantengono una certa libertà nel decorare o arredare il proprio appartamento, ma sono vincolati alle strutture portanti dell'edificio e, nel prendere certe decisioni, anche alle inflessibili regole condominiali.

10. *La separazione dei poteri nella «società globale del rischio»: profili ricostruttivi di un problema persistente.*

Il superamento della concezione classica (e forse anche barocca) della separazione dei poteri ha spinto gli studiosi ad immaginare nuove formule capaci, allo stesso tempo, di comprendere lo spirito dei tempi e di giustificarne, normativamente, la struttura giuridica. Negli Stati Uniti, ad esempio, l'ascesa del Potere governante ha portato Ackerman a parlare di «declino» e «caduta» della Repubblica americana, perché i *Framers* avrebbero dedicato molte clausole della Costituzione per bilanciare il potere del Congresso, dimenticando però di frenare l'istituto della presidenza

²⁰² A. BARAGGIA, *The Rise of Conditionality within the Global Administrative Space*, cit., p. 81.

che «nel corso dei due secoli successivi» si è rivelato essere «il potere più pericoloso»²⁰³.

Mentre la rigida separazione dei poteri dello «schema madisoniano» ha generato «una serie di patologie legislative e interrotto la coerenza dell'amministrazione pubblica professionale»²⁰⁴, il mancato freno alla Presidenza ha permesso invece a quest'ultima di assumere un potere molto esteso, «spianando la strada» ad un «sinistro futuro»²⁰⁵. I tre mali che affliggono questo potere («estremismo; irrazionalità; unilateralismo») sarebbero tanto radicati che porvi rimedio appare ormai assai difficile, perché «sono proprio le stesse caratteristiche che hanno fatto della presidenza un podio per tribuni del popolo credibili come Lincoln o Roosevelt che stanno oggi tramando, in condizioni del tutto diverse, per farne negli anni a venire un veicolo di populismo demagogico e incurante delle leggi»²⁰⁶.

Lette ad oltre dieci anni di distanza – e dopo i quattro anni di Presidenza Trump²⁰⁷ – le parole di Ackerman suonano come una profezia avverata. L'aspetto più interessante è però forse il contesto in cui sono state scritte, perché l'analisi di Ackerman prende le mosse dalle crisi emergenziali vissute dal sistema americano nel primo decennio del nuovo secolo, e dalla constatazione per cui il «governo in nome dell'emergenza» permette ai Presidenti «di convincere il grande pubblico che la sua accumulazione di poteri sia *legittima*»²⁰⁸.

²⁰³ B. ACKERMAN, *Tutti i poteri del Presidente. Ascesa e declino della Repubblica Americana*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 29.

²⁰⁴ B. ACKERMAN, *The New Separation of Powers*, cit., p. 721: «by separating power among President, House, and Senate, the Madisonian pattern not only generates a host of lawmaking pathologies, but also disrupts the coherence of professional public administration».

²⁰⁵ B. ACKERMAN, *Tutti i poteri del Presidente. Ascesa e declino della Repubblica Americana*, p. 16.

²⁰⁶ ID., p. 17.

²⁰⁷ Sugli effetti della Presidenza Trump sulla democrazia USA, v. M. PATRONO, A. VEDASCHI, *Donald Trump e il futuro della democrazia americana*, Bocconi University Press, Milano, 2022.

²⁰⁸ B. ACKERMAN, *Tutti i poteri del Presidente*, cit., pp. 99-100. Ackerman individua tre momenti che contraddistinguono l'ascesa del governo dell'emergenza: «1) si invoca

Questa critica costituisce un interessante angolo prospettivo per leggere, la tenuta nel presente dei principi della separazione dei poteri del XXI secolo. Se è vero infatti che viviamo nella «società globale del rischio»²⁰⁹, e che «il governo della emergenza rappresenta ormai un elemento consolidato del repertorio di legittimazione costituzionale»²¹⁰, la lezione da trarre è che le crisi emergenziali (di cui la pandemia costituisce solo l'ultimo, macroscopico, esempio) rappresentano una occasione per testare²¹¹ il funzionamento dei meccanismi di *checks and balances* immaginati dalle democrazie, e per verificare se e come essi siano ancora in grado (o meno) di difendere l'antica idea della divisione del potere.

A tal proposito, si prendano a riferimento le parole di Posner e Vermeule: «we live in a regime of executive-centered government, in an age *after* the separation of powers, and the legally constrained executive is now a historical curiosity»²¹². L'analisi dei due Autori converge, in premessa, con quella di Ackerman e di molti altri studiosi del diritto costituzionale americano²¹³: è ormai una «conventional wisdom that our Presi-

una crisi 2) si giustifica una azione molto dubbia o palesemente illegale che 3) ha conseguenze giuridiche durature, destinate a permanere a lungo anche dopo che la crisi è cessata».

²⁰⁹ J. YATES, *Paura e società del rischio Un'intervista a Ulrich Beck*, in *Lo Sguardo – Rivista di filosofia*, 21, 2016.

²¹⁰ B. ACKERMAN, *Tutti i poteri del Presidente*, cit., 107.

²¹¹ Parla esplicitamente delle crisi emergenziali come «stress test» A. VEDASCHI, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE on line*, 43(2), 2020, 1453 ss.

²¹² E.A. POSNER, A. VERMEULE, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 4. (corsivo aggiunto). Non a caso anche le considerazioni di Posner e Vermeule sono – come per Ackerman – originate dal susseguirsi delle crisi emergenziali (terroristica ed economica): «The 9/11 attack provided a reminder of just how extensive the president's power is. The executive claimed the constitutional authority to, in effect, use emergency powers (...) The financial crisis of 2008-2009 also revealed the extent of executive power. Acting together, the Fed, the Treasury, and other executive agencies spent hundreds of billions of dollars, virtually nationalizing parts of the financial system» (p. 207).

²¹³ Oltre al già citato A. SCHLESINGER, *The Imperial Presidency*, cit., il riferimento è (tra i molti) a T.E. MANN, N.J. ORNSTEIN, *The Broken Branch: How Congress Is Failing America and How to Get It Back on Track*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

dent is now “imperial” and Congress “broken”»²¹⁴. Del resto, la struttura costituzionale disegnata da Madison (e definita come «liberal legalism») non è in grado di contenere «l'enorme potere esecutivo (inteso sia come Presidenza sia come agencies amministrative)». Al di là delle sofisticate teorie costituzionali, la realtà è che nello Stato amministrativo moderno «massive delegation to executive and frequent crises threat to relegate legislatures and courts to the sidelines»²¹⁵.

La delega dei poteri legislativi, unita alla attivazione di quelli emergenziali, costituisce infatti il «twin problems» del sistema americano: a seguito del superamento della *nondelegation doctrine*, i poteri rimasti nelle mani del Congresso per frenare, o controllare, l'operato dell'esecutivo sono sostanzialmente inefficaci. Di conseguenza, questo doppio problema non solo priva il Parlamento della sua funzione primaria, come era originariamente previsto nella separazione dei poteri classica, ma lo rende sostanzialmente ininfluenza anche rispetto al compito di ripiego assegnatogli dal modello di separazione dei poteri democratico-sociale, perché i tentativi legal-procedurali attivati dal Congresso nel corso degli anni si sono rivelati come palliativi generati da un corto circuito logico-giuridico²¹⁶.

A partire da queste premesse, Posner e Vermeule concludono il loro saggio in modo quanto meno coraggioso: non solo occorre ripudiare la vecchia formula di Montesquieu, ma anche l'intero meccanismo dei

²¹⁴ Così, sintetizzando il pensiero di Vermeule e Posner, A.Z. HUQ, *Binding the Executive (by Law or by Politics)*. Review *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, in *The University of Chicago L. Rev.*, 2012, p. 778.

²¹⁵ E.A. POSNER, A. VERMEULE, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, cit., p. 3.

²¹⁶ ID., p. 9: «Here too, the response has been a series of legal constraints, such as the APA's restrictions on emergency administrative action, and frame – work statutes such as the National Emergencies Act, which regulates the president's ability to invoke grants of emergency powers granted under other laws. One of our main claims is that these approaches are palliatives that have proven largely ineffective, and that fail to cure the underlying ills of liberal legalism. The same institutional and economic forces that produce the problems of delegation and emergencies also work to undermine legalistic constraints on the executive». Sulle complesse vicende legate alla evoluzione dei *delegate and emergency powers* in USA si rinvia a *infra*, Cap. III.

checks and balances pensato da Madison, in considerazione del fatto che «the major constraints on the executive, especially in crises, do not arise from law or from the separation-of-powers framework defended by liberal legalists, but from politics and public opinion»²¹⁷. In tal modo, gli Autori sembrano aderire – pur con riserve – alla famosa teoria di Carl Schmitt in virtù della quale «sovrano è chi decide sullo stato di eccezione», e per tale ragione «sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente»²¹⁸.

La prospettiva di Posner e Vermeule è forse troppo sbilanciata sul sistema americano per essere presa integralmente a riferimento in ottica comparata²¹⁹. È vero che la nuova teoria politica post-madisoniana «does affect parliamentary systems as well»²²⁰ ma i meccanismi che le Costituzioni stabiliscono per l'esercizio dei poteri emergenziali/delegati differiscono profondamente l'uno dall'altro, e pongono quindi problemi anche profondamente diversi da quelli che si verificano nel sistema statunitense. Nonostante ciò, la sfida lanciata da Posner e Vermeule è fondamentale per capire l'attuale funzionamento della separazione dei poteri, in un'epoca in cui, sempre più spesso, l'eccezione emergenziale è diventata una costante con cui tutti sistemi costituzionali devono fare i conti.

Questa sfida è stata recentemente raccolta da Tom Ginsburg e Mila Versteeg in una lunga e articolata ricerca comparata sulle modalità con cui i paesi nel mondo hanno risposto alla crisi emergenziale generata dal-

²¹⁷ ID., p. 4. Questa considerazione, peraltro, non vale solo nei periodi di crisi perché «[l]egislatures and courts (...) are continually behind the pace of events in the administrative state; they play an essentially reactive and marginal role, modifying and occasionally blocking executive policy initiatives, but rarely taking the lead».

²¹⁸ C. SCHMITT, *Teologia politica*, in C. Schmitt (a cura di G. Miglio e P. Schiera), *Le categorie del "politico"*, il Mulino, Bologna, 1972, rispettivamente pp. 33 e 34.

²¹⁹ È quanto, del resto, ammettono anche gli stessi Autori: E.A. POSNER, A. VERMEULE, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, cit., p. 16: «We do not claim that the new order can be discerned everywhere, in every liberal democratic polity that has an administrative state».

²²⁰ ID., p. 17: «However, the crucial Schmittian insight that the increasing pace of economic and social change produces increasingly executive-centered government does affect parliamentary systems as well, and was of course initially formulated to characterize the parliamentary system of Weimar Germany».

la recente pandemia²²¹. Sorprendentemente, gli Autori confessano di aver trovato «little evidence that courts and legislatures are unable to provide effective constraints on executive power»²²², dal momento che i dati riportati dimostrano un sostanziale funzionamento dei meccanismi di *checks and balances* e, in particolare, una singolare capacità dei giudici di rispondere alle complesse sfide emergenziali. Il quadro complessivo che emerge dalla crisi pandemica, in sintesi, «is not one of an unbound executive but one of Madisonian constraints»; nei momenti di crisi così come in tempo ordinario, pertanto, «Madisonian checks and balances, not Schmittian dictatorship, remains the central orienting point for democratic governance»²²³.

11. *Prima e dopo la pandemia: metodologia della ricerca comparata.*

Il dibattito tra Posner/Vermeule, da un lato, e Ginsburg/Versteeg, dall'altro consente di esplicitare le ragioni e la metodologia comparata sottese al presente lavoro. Per riavvolgere il filo dei passaggi fin qui svolti: il funzionamento del principio della separazione dei poteri ha subito profonde trasformazioni nel corso del tempo che ne hanno modificato lo spirito originario alterandone – in parte – anche le regole. La globalizzazione, inoltre, sembra aver impresso una torsione significativa ai meccanismi originalmente previsti dalla formula classica e poi modificati da quella che abbiamo definito “barocca”. Un elemento, in particolare, non deve sfuggire: la crescita delle c.d. unelected branches appare una realtà indiscutibile²²⁴, e le teorie che provano a ricostruire verticalmente il sistema attraverso il «dialogo tra le corti» o il «global administrative

²²¹ T. GINSBURG, M. VERSTEEG, *The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic*, in *Univ. of Chicago, Public Law Working Paper No. 747*, 2020, p. 1 ss.

²²² ID., p. 55.

²²³ ID., p. 56.

²²⁴ F. VIBER, *The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers*, p. 18 «The pervasiveness of unelected bodies wielding official powers in the structures of modern democratic societies comes as a surprise to many».

space» non paiono in realtà rispondere al quesito originario: se il miglior antidoto per difendere la libertà dei cittadini è contrapporre l'ambizione all'ambizione, come è possibile catturare un potere che sembra ormai fuori dagli orizzonti della vita dei cittadini?²²⁵.

Non pare un caso che, entrambi questi poteri, non fossero originariamente previsti dalla tripartizione di Montesquieu, né indicati nei meccanismi di *checks and balances* ideati dai *Framers*. Se dunque è una Repubblica Madisoniana quella di cui abbiamo bisogno, come è possibile controllare poteri divenuti tanto sfuggenti?

Per quanto non interamente condivisibile, la tesi proposta da Posner e Vermeule pone infine una formidabile domanda a cui è indispensabile rispondere: «what, then, prevents the executive from declaring spurious emergencies and using the occasion to consolidate its power – or for that matter, consolidating its power during real emergencies so that it retains that power even after normal times return?»²²⁶.

Quest'ultima domanda orienta l'ipotesi di lavoro che si approfondirà nelle pagine a seguire. La pandemia, come ogni altra crisi emergenziale di dimensioni tanto vaste, costituisce un punto di osservazione privilegiato per verificare il funzionamento della separazione dei poteri nelle nostre società complesse. Il lavoro, tuttavia, non si concentra semplicemente sullo studio dell'efficacia o meno dei meccanismi emergenziali dei Paesi colpiti dal virus, ma prova ad analizzare come il principio e le regole che disciplinano la divisione dei poteri nei sistemi presi a riferimento abbiano

²²⁵ Sotto questo aspetto, le osservazioni contenute nel Cap. 5 (Global Liberal Legalism) del libro di E.A. POSNER, A. VERMEULE, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, cit., p. 231 ss. appaiono certamente condivisibili: «With globalization, many topics that had been matters of domestic policy became issues of foreign relations and hence presumptively within the control of the executive. Legislatures and judiciaries could only lose out. International organizations, which are so adored by global liberal legalists, turned out to be dominated by executives, who appoint national representatives to international organizations, negotiate with them, and otherwise deal with them on a day-to-day basis. When international organizations, including courts, try to act independently, they discover that national governments can work around them by creating new organizations that fragment international law».

²²⁶ ID., p. 208.

funzionato *prima e dopo* la pandemia, al fine di saggiare se l'idea nata secoli fa di difendere la libertà attraverso una struttura costituzionale volta a contrastare il potere in senso orizzontale come verticale, sia ancora un principio vitale per il costituzionalismo contemporaneo.

A partire da questo angolo prospettico, la pandemia non è quindi studiata per giudicare le clausole costituzionali emergenziali ideate dai diversi sistemi costituzionali, ma come lente di ingrandimento che consente di guardare con più facilità le tensioni tra poteri che già prima della diffusione del virus attraversavano le nostre democrazie. L'obiettivo, inoltre, è comprendere se l'emergenza sanitaria abbia o meno favorito cambiamenti – intesi nel senso della teoria dei constitutional moments – che sembrano destinati a perdurare anche oltre il termine della crisi. Solo in questo modo, infatti, è possibile afferrare fino in fondo lo spirito della separazione dei poteri che investe le nostre democrazie post-nazionali emergenziali, e contestualmente rispondere alla domanda sollevata da Posner e Vermeule.

Un esempio può forse essere utile per chiarire ulteriormente l'ipotesi di ricerca. Dopo l'attacco alle torri gemelle dell'11 settembre 2001, il sistema costituzionale americano ha reagito alla crisi terroristica approvando una contestata legge che disponeva numerosi strumenti straordinari per combattere il terrorismo internazionale; inizialmente ideata come misura temporanea, la validità del *Patriot Act* è stata prorogata ben due volte (prima da Bush nel 2006 e poi da Obama nel 2011) fino a quando la legge è stata definitivamente sostituita dal *USA Freedom Act* del 2015²²⁷.

Il famigerato *Patriot Act* è stato, fin da subito, aspramente contestato dalla dottrina che lo ha descritto come «un attacco alle libertà civili» e «un grave pericolo il futuro della nazione» dal momento che consentiva all'amministrazione americana di aggirare una serie di garanzie processuali e sostanziali che definiscono, invece, uno dei fondamenti del *rule of law*²²⁸.

²²⁷ *Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (Usa Patriot Act) ACT* – Public Law 107-56, 2001.

²²⁸ Cfr. (tra i primi) R. DWORKIN, *Terror and the Attack on Civil Liberties*, in *The New York Review* del 6 novembre 2003, pp. 15-17 riportato da C. BASSU, *La legislazione antiterrorismo e la limitazione della libertà personale in Canada e negli Stati Uniti*, in

In molti si sono così soffermati sulla «torsione stridente con i principi di uno Stato di diritto»²²⁹ disposta da alcune misure del *Patriot Act*, tra cui spicca la possibilità per l'esecutivo di far giudicare i terroristi (o sospetti tali) da tribunali militari senza riservare loro le usuali garanzie procedimentali. In questo modo, il dibattito si è prevalentemente articolato sul bilanciamento tra la necessità di garantire anche agli enemy combatant i diritti del giusto processo e dell'*habeas corpus* da un lato, e l'esigenza di combattere efficacemente la minaccia terroristica attraverso strumenti detentivi anche durissimi (quali quelli previsti dalla base/prigione di Guantanamo²³⁰) dall'altro²³¹. Almeno parzialmente, la Corte Suprema ha risolto tali controversie, riconoscendo che il diritto di *habeas corpus* non dipende dallo status di cittadino (*Rasul v. Bush*)²³² e che la *due process* contenuta nel V Emendamento della Costituzione consente anche ai c.d. enemy combatants di impugnare la detenzione davanti ad un giudice imparziale (*Hamdi v. Rumsfeld*)²³³. I c.d. *Guantanamo cases*²³⁴ testimoniano quindi come le

T. GROPPI, *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, ESI, Napoli, 2006, p. 328.

²²⁹ L'espressione è di T.E. FROSINI, *Lo stato di diritto si è fermato a Guantánamo, Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2005, p. 349 ss. Sul punto v. anche il volume collettaneo curato da T. GROPPI, *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, ESI, Napoli, 2006.

²³⁰ Come recentemente riportato da C. ROSEMBERG, *They Won Guantánamo's Supreme Court Cases. Where Are They Now?* in *New York Times*, 11 gennaio 2023: «About 780 men and boys were taken to Guantánamo, all by the George W. Bush administration, beginning 21 years ago, on Jan. 11, 2002. Of them, 35 prisoners remain. Some still have court cases that challenge the legal limits of the war against terrorism and continue to shape its legacy».

²³¹ Questa, ad esempio, la corretta impostazione del problema di A. VEDASCHI, *Has the balancing of rights given way to a hierarchy of values?*, in *Comparative Law Review*, 2(1), 2010, p. 1 ss. «the flexible mechanisms of the balancing of rights in favour of the more rigid mechanisms of the hierarchy of values, which places security at the top of the theoretical pyramid».

²³² *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

²³³ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

²³⁴ Ai due già citati, occorre aggiungere – per lo meno – *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006) (in cui la Corte Suprema ha ritenuto che: «neither an act of Congress nor the inherent powers of the Executive laid out in the Constitution expressly author-

Corti possano, nel bilanciamento dei diritti, ripristinare la legalità sospesa (o negata) da misure adottate in tempo di emergenza²³⁵.

Meno attenzione è stata però riservata in quegli anni a disposizioni che, predisponendo una riorganizzazione delle agencies federali, hanno prodotto cambiamenti permanenti rispetto a materie che solo tangenzialmente sembrano avere un impatto sulla guerra al terrorismo. Con l'approvazione dell'*Homeland Security Act* del 2002, infatti, l'amministrazione americana ha disposto la soppressione dell'Immigration and Nationality Service (INS) e il trasferimento delle funzioni ad esso affidate al neonato Department of Homeland Security (DHS), il cui principale compito è quello di «prevenire attacchi terroristici negli Stati Uniti, ridurre la vulnerabilità del paese alla minaccia terroristica, minimizzare i danni di potenziali attacchi e disastri naturali»²³⁶.

Approvata sull'onda degli attacchi alle torri gemelle, tale disposizione ha profondamente segnato il diritto dell'immigrazione americano, consolidando un nesso strumentale tra controllo dei flussi e sicurezza nazionale e spingendo verso un cambiamento culturale nella percezione dei fenomeni migratori²³⁷. Sono anche queste misure, inoltre, che hanno consen-

ized the sort of military commission at issue in this case. Absent that express authorization, the commission had to comply with the ordinary laws of the United States and the laws of war. The Geneva Convention, as a part of the ordinary laws of war, could therefore be enforced by the Supreme Court, along with the statutory Uniform Code of Military Justice» cfr. Oyez.org) e *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008) (secondo cui: «The detainees were not barred from seeking habeas or invoking the Suspension Clause merely because they had been designated as enemy combatants or held at Guantanamo Bay» cfr. Oyez.org).

²³⁵ Il che non risolve tutte le criticità, come ben evidenziato – anche rispetto a casi italiani – da A. VEDASCHI, *The Dark Side of Counter-Terrorism: Arcana Imperii and Salus Rei Publicae*, in *American Journal of Comparative Law*, 66(4), p. 877 ss.

²³⁶ La modifica è stata disposta tramite un emendamento del *Immigration and Nationality Act* del 1952, cfr. INA § 317. La definizione dei compiti di DHS è tratta da *Mission statement of the Department of Homeland Security*, Washington D.C., Department of Homeland Security, 2002, in www.dhs.org.

²³⁷ La diffidenza o l'ostilità verso i nuovi venuti che sembra oggi caratterizzare il popolo americano, e che tanto impatto ha avuto sulla elezione del Presidente Trump, non è infatti una consuetudine di un sistema che, pur con moltissime contraddizioni, ha saputo accogliere da sempre i rifugiati politici di tutto il mondo. Gli Stati Uniti sono in-

tito a Trump di attuare dare attuazione ad alcune delle sue politiche sull'immigrazione attraverso la predisposizione centinaia di aggiustamenti tecnici, linee guida restrittive e ordini esecutivi mirati. Agendo sul piano della amministrazione federale, e utilizzando la connessione con il DHS, il Presidente ha così potuto trasformare il funzionamento del diritto dell'immigrazione americano senza dover passare dal Congresso per approvare una comprensiva legge di riforma²³⁸.

Questo esempio mostra in modo chiaro come, nei momenti di crisi emergenziale, non è solo ai diritti che i costituzionalisti devono prestare attenzione, perché se un bilanciamento di costituzionalità errato può sempre essere corretto²³⁹, meno semplice è intervenire quando l'emergenza altera il rapporto tra poteri attraverso modifiche strutturali e permanenti dell'ordi-

fatti la nazione che, più di ogni altra, è stata influenzata dal costante flusso di popoli e culture diverse, che hanno plasmato il nucleo del melting pot americano al punto che «you cannot spill a drop of American blood without spilling the blood of the whole word» (H. MELVILLE, *Redburn. His First Journey*, NorthWestern University Press, Chicago, 1969, p. 169).

²³⁸ Cfr. S. PIERCE, J. BOLTER, *Dismantling and Reconstructing the U.S. Immigration System*, MPI Report, luglio 2020, <https://www.migrationpolicy.org> p. 1: «After pledging to take one of the most activist agendas on immigration in modern times, the administration has delivered on nearly everything the president promised on the campaign trail, almost exclusively via executive fiat, ignoring a Congress he had originally pledged to work with on systemic reform. Lawmakers, who remained gridlocked on immigration, sat by as the administration reshaped the system in ways unseen in decades, executing – with methodical detail – a plan to drastically narrow humanitarian benefits, increase enforcement, and decrease legal immigration».

²³⁹ Come ad esempio avvenuto (tardivamente) con l'overruling (o secondo alcuni il forte distinguishing) dell'infamous case *Korematsu v. United States* 323 US 214 (1944) deciso dal C.J. Roberts in *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. (2018): «The forcible relocation of U.S. citizens to concentration camps, solely and explicitly on the basis of race, is objectively unlawful and outside the scope of Presidential authority. But it is wholly inapt to liken that morally repugnant order to a facially neutral policy denying certain foreign nationals the privilege of admission». Il passaggio è ripreso positivamente da Sotomayor che, pur dissentendo con la decisione della maggioranza, ha scritto che «Today, the Court takes the important step of finally overruling *Korematsu*, denouncing it as “gravely wrong the day it was decided”. (...) This formal repudiation of a shameful precedent is laudable and long overdue».

namento (in questo caso della amministrazione federale), perché «to assume power is easier than to return power»²⁴⁰

12. *Australia e Stati Uniti: criteri di classificazione.*

Cogliendo gli insegnamenti che si possono trarre dalla esemplificazione proposta sulla risposta americana alla emergenza terroristica, nel prosieguo del lavoro si vuole utilizzare la pandemia come “amplificatore” delle sfide a cui la separazione dei poteri è oggi sottoposta. Lo scopo di questo lavoro, infatti, non è quello di trovare la *giusta e definitiva* modalità con cui i sistemi hanno risposto alle sfide della crisi sanitaria, ma piuttosto indagare le torsioni che hanno investito il potere governante, amministrativo e legislativo durante l'emergenza in due ordinamenti (quello australiano e quello Statunitense) che, ognuno a suo modo, riconoscono la separazione dei poteri come un fondamento del loro ordinamento.

La scelta dei due sistemi è dipesa dalle similitudini e dalle differenze che essi presentano in prospettiva comparata. Quanto ai punti di convergenza, entrambi sono germinati per distacco dalla Common law inglese a seguito dell'approvazione di Costituzioni scritte e rigide, anche se – come noto – la prima (quella statunitense) nasce dalle ceneri di un violento conflitto, mentre la seconda (quella australiana) è figlia del pacifico distaccamento dal Regno unito ma non dal Commonwealth, che porta ancora gli australiani a considerare il Re d'Inghilterra come il loro capo di Stato²⁴¹.

²⁴⁰ F. UHLMANN, O. AMMANN, *Switzerland and the COVID-19 pandemic: a look back and a look into the future*, in *VerfBlog*, 3, 2021.

²⁴¹ L'indipendenza australiana è stata acquisita a seguito dell'*Australian Commonwealth Act del 1901*, con il quale le sei colonie britanniche costituirono, con lo stato di dominion, la Federazione dell'Australia (facente parte del Commonwealth): C. BASSU, *Australia. Si governano così*, il Mulino, Bologna, 2012, p 8: «i legami con la madrepatria non vennero però recisi, restarono ben saldi, trovando conferma nei numerosi accordi bilaterali stipulati nel corso del tempo». Sebbene il Re inglese sia ancora formalmente il capo di Stato, esso mantiene in realtà un ruolo prettamente di rappresentanza cerimo-

In secondo luogo, tanto l'Australia quanto gli Stati Uniti fondano il loro diritto su una robusta architettura federale, che – seppur con le naturali differenze – è pensata per difendere la libertà dei territori dalla ingerenza dello Stato centrale. L'idea di prendere in considerazione due sistemi federali ha un duplice vantaggio; da un lato, consente di guardare al comportamento della separazione dei poteri osservando anche le pressioni verticali a cui tale principio è sempre più sottoposto²⁴². Studiando il nesso tra le tensioni verticali (tra Stati e federazione) e quelle orizzontali (Parlamento, Amministrazione, Governo, Corti) a cui è sottoposto il sistema è quindi possibile analizzare tridimensionalmente il problema della separazione dei poteri durante l'emergenza. Inoltre, la materia interessata dalla attuale crisi (la tutela della salute) si presta naturalmente a conflitti tra diversi livelli di governo, come testimoniato dai numerosi scontri avvenuti tra governatori e Stato centrale negli Stati Uniti così come in Au-

niale; conformemente a quanto previsto dall'art. 2 Cost., egli « nomina un governatore generale (Governor-general) che rappresenta Sua Maestà nella Confederazione e un governatore per ogni Stato, tenuto alle funzioni di rappresentanza in ambito territoriale. La Costituzione definisce i poteri del governatore generale che sono caratterizzati da una natura meramente formale e comprendono la possibilità di convocare, prorogare e sciogliere il Parlamento; dare l'assenso ai progetti di legge; nominare il Primo Ministro e i ministri; istituire i dipartimenti governativi; nominare i giudici della High Court. Il governatore generale riveste inoltre la carica di comandante delle forze navali e militari» (ID., p. 38). Tra i compiti del Governor-general c'è anche, come vedremo *infra*, Cap. II, quello di dichiarare l'emergenza nazionale.

²⁴² Naturalmente, queste pressioni non sono uguali se il sistema di riferimento è uno Stato federale a tutti gli effetti, o se invece è un organismo sovranazionale anomalo che, come l'Unione europea, corrisponde a quello *speciale federalismo* di cui parla Giovanni Bognetti (G. BOGNETTI, *Lo speciale federalismo dell'Unione europea*, in M. PEDRONI (a cura di), *Modelli giuridici ed economici per la costituzione europea*, ripubblicato in M. IACOMETTI, *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, cit., p. 433 ss.). Tuttavia, seguendo la teoria del *federalizing process* elaborata da Carl Friedrich, è possibile rifiutare l'identificazione di tale fenomeno con l'instaurazione di uno Stato federale in senso stretto, per studiarlo invece come un processo dinamico grazie al quale gli ordinamenti politici tendono a ripartire – in vari modi e con diverse intensità – i poteri pubblici tra diversi centri o livelli di governo. Questa impostazione ci permette di studiare, in una prospettiva pienamente federalista, anche ordinamenti giuridici non descrivibili in senso tecnico come Stati federali, o di ricavare (come in questo caso) da ordinamenti tecnicamente federali indicazioni (si spera utili) per lo sviluppo della dimensione del costituzionalismo europeo in senso verticale.

stralia, ma persino in sistemi non federali come il nostro. Del resto, la dottrina comparatistica ha da subito individuato il tema delle competenze verticali come un nodo concettuale da sciogliere per far fronte all'emergenza medica, testimoniando così la necessità di analizzare anche la separazione verticale dei poteri²⁴³.

Da ultimo – naturalmente – entrambe le Costituzioni poggiano sulla teoria della separazione dei poteri. Quanto all'ordinamento statunitense, si è già messo in luce come esso sia quello che, più di ogni altro, su tale teoria ha fondato la sua istituzione. Quanto alla Costituzione australiana, l'eredità americana traspare fin da subito dalla struttura dei suoi primi tre capitoli, che indicano – dividendoli – i tre classici poteri: “The Parliament”, “The Executive Government” e “The Judicature”. Ma il lascito dei *Framers* americani è facilmente riscontrabile anche nelle ragioni indicate dai costituenti australiani per giustificare la loro scelta di non includere nella Costituzione una carta dei diritti: «a Federal Constitution, which brings about a division of power in actual practice, is a more secure protection for basic political freedoms than a bill of rights»²⁴⁴. Queste parole, che riecheggiano quelle di Hamilton n. 78, fanno affiorare il ruolo che i costituenti volevano affidare alla teoria della separazione dei poteri, tanto che tuttora – a differenza degli americani – gli Australiani poggiano sulla loro architettura costituzionale la tutela dei diritti e delle libertà.

Per quanto riguarda il sistema dei *checks and balances*, la Costituzione australiana sancisce innanzitutto «the strict insulation» dei giudici dagli altri due poteri politici, riconosciuto anche dalla High Court già nel 1915: «when the fundamental principle of the separation of powers as marked out in the Australian Constitution is observed and borne in mind, it relieves the question of much of its obscurity (...). The distinct

²⁴³ Si veda, per tutti, il numero speciale di *DPCE on line*, curato da G. D'IGNAZIO, A.M. RUSSO, *I Federalizing Process europei nella democrazia d'emergenza Riflessioni comparate a partire dai 'primi' 20 anni della riforma del Titolo V della Costituzione italiana*, in *DPCE on line*, Numero speciale 2022, p. 3 ss. con interventi di oltre 45 studiosi del diritto comparato. Per la dottrina straniera, v. R. CHATTOPADHYAY, F. KNUPLING, D. CHEBENOVA, L. WHITTINGTON, P. GONZALEZ, *Federalism and the Response to COVID-19*, Routledge, Londra-New York, 2022.

²⁴⁴ H. GIBBS, *A Constitutional Bill of Rights*, in K. BAKER, *An Australian Bill of Rights: Pro and Contra*, Institute of Public Affairs, Melbourne, 1986, p. 325.

command of the Constitution is that whatever judicial power (...) is to be exerted in the name of the Commonwealth, must be exercised by these strictly so called judicial tribunals»²⁴⁵.

Diverso è invece il rapporto tra Parlamento e Governo; importando dal sistema di Common law il principio e le convenzioni costituzionali del Responsible government, a «strict separation of powers between the legislative and the executive is not maintained»²⁴⁶.

La High Court ha avuto modo di chiarire il problema nel famoso caso *Dignan* quando, chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità dello strumento della delega legislativa, ha ritenuto che il principio della separazione dei poteri australiana non impedisce al Parlamento di trasferire la sua funzione legislativa al governo «so long as the regulation is within the scope of the delegated authority»²⁴⁷. In una lunga ed articolata opinion, il giudice Dixon ha affrontato il tema della separazione dei poteri alla luce dei precedenti della Corte Suprema americana, ritenendo però che, sebbene i membri della Convenzione del 1887 «embodied the theory of separation of powers in the fundamental law which they were framing», il tema della legittimità delle deleghe «may be ascribed to a conception of that legislative power which depends less upon juristic analysis and perhaps more upon the history and usage of the British legislation and the theories of English law»²⁴⁸. Pur riaffermando l'importanza della dottrina per il costituzionalismo australiano, la High Court ha ritenuto ragionevole moderarne la rigidità perché «after a long history of parliamentary delegation in british co-

²⁴⁵ *Wheat Case (1915)* 20 CLR 54.

²⁴⁶ A. ZIMMERMANN, *Introduction: The Commonwealth of Australia*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2012, p. 5: «Responsible government is a system in which the Executive Government (the Prime Minister and other Ministers) is accountable to the House of Representatives, which is in turn accountable, under the principle of representative government, to the electorate. In *Nationwide News Pty v Wills (1992)* 108 ALR 681, the High Court defined representative government, together with the federal system and the concept of separation of powers, as “one of the three main general doctrines of government which underlie the Commonwealth Constitution and are implemented by its Provisions”».

²⁴⁷ *Victorian Stevedoring and General Contracting Co Pty Ltd and Meakes v. Dignan [1931]* HCA 34.

²⁴⁸ *Id.*, pp. 101-102.

lonies it might be right to treat subordinate legislation (...) when there has been an attempt to confer any very general legislative capacity»²⁴⁹.

La comparazione tra i due sistemi, inoltre, appare ulteriormente interessante alla luce delle differenze che emergono dalla prospettiva comparata. In primo luogo, diverse sono le forme di governo adottate dai due sistemi; una diversità che costringe a valutare la tenuta del principio di separazione dei poteri alla luce di due regole di funzionamento dei meccanismi di *checks and balances* tra poteri non uguali. Inoltre, il sistema costituzionale australiano non ha mai approvato un *Bill of Rights*, cosicché le (inevitabili) limitazioni della libertà dei cittadini imposte dalle misure emergenziali di contenimento del virus devono necessariamente essere valutate dal Parlamento nel processo di controllo successivo degli atti delegati, o dalle Corti alla luce del principio di legalità. Questi profili di differenziazione consentiranno quindi di valutare la fondatezza della tesi di Bruce Ackerman, per cui il malfunzionamento della teoria della divisione dei poteri dipende innanzitutto dalle storture del sistema presidenziale americano, tanto che un nuovo modello di separazione deve essere fondato sul *constrained parliamentarism*.

Infine, i due sistemi hanno reagito alla emergenza pandemica adottando politiche di contenimento del virus agli antipodi; l'Australia è riuscita – grazie anche alla fattiva collaborazione degli Stati e dei territori – a perseguire una risposta pandemica tutto sommato unitaria, attraverso l'uso combinato della chiusura dei confini nazionali e di durissimi lockdown imposti alla popolazione locale. Negli Stati Uniti, al contrario, a causa dell'approccio libertario insito nella cultura americana, unitamente alle profonde divergenze esistenti tra Stati sul modo migliore di bilanciare i rischi alla salute con i danni economici, è mancato un approccio comune, mentre si sono registrati plurimi interventi dei governatori che hanno risposto alle prime sollecitazioni delle proprie popolazioni.

Da un lato, quindi, quella che è stata definita «a Fortress strategy» e, dall'altro, un «libertarian approach»²⁵⁰: due modelli che hanno generato, alternativamente, successo e critiche tanto in merito al basso/alto tasso di

²⁴⁹ ID., p. 102.

²⁵⁰ D.J. HEMEL, *Four Futures for U.S. Pandemic Policy*, in *University of Chicago Legal Forum*, 6, 2021, p. 145.

mortalità della popolazione quanto in merito alla democraticità/antidemocraticità delle decisioni prese. Indipendentemente dalla riuscita o meno delle strategie utilizzate, però, entrambi i sistemi hanno dovuto far fronte a torsioni verticali ed orizzontali tra poteri, rendendoli un fruttuoso terreno di studio della tenuta del principio della separazione dei poteri prima e dopo la pandemia.

CAPITOLO II

«A NATION FOR A CONTINENT»: FEDERALISMO ESECUTIVO E DELEGHE LEGISLATIVE NELL'EMERGENZA PANDEMICA AUSTRALIANA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il federalismo australiano tra *Dual Sovereignty* e *Responsible Government*. – 3. Dalla centralizzazione alla cooperazione. Il federalismo pragmatico. – 4. La separazione delle competenze in materia sanitaria: i titoli competenziali della gestione pandemica. – 5. Centralizzare l'emergenza: l'istituzione del *National Cabinet*. – 6. *National Cabinet v. Council of Australian Governments (COAG)*: nuove risposte a vecchi problemi? – 7. Luci e ombre del *National Cabinet: Executive federalism*. – 7.1. Le decisioni del *National Cabinet* tra responsabilità e confidenzialità. – 8. Rispondere alla crisi: i poteri emergenziali nel sistema costituzionale australiano. – 8.1. La *section 61* e gli *executive powers*: la scelta del Governo di non avvalersi dei *prerogative powers of the Crown* e dei *Nationhood powers*. – 9. I poteri di delega legislativa in Australia. – 9.1. I limiti dei *delegated powers*. – 9.2. *Delegated powers* e *separation of powers*. – 10. Il *Biosecurity Act* come fonte normativa federale. – 11. *Disallowance Exemptions* e *Henry VIII Clauses*: i limiti legislativi al controllo parlamentare degli atti delegati. – 11.1. La mancata *disallowance* durante la pandemia. – 11.2. Le *Henry VIII Clauses* del *Biosecurity Act*. – 12. Principio di Legalità ed emergenza pandemica. – 13. La chiusura dei confini australiani alla prova del principio di legalità: *the Djokovic saga*. – 14. «Exit strategy from the Prison Island»: il caso *LibertyWorks Inc v. Commonwealth*. – 15. «The right to come home»: *Newman v. Minister for Health and Aged Care*.

1. *Introduzione.*

In modo per certi aspetti insperato, la risposta australiana dell'epidemia Covid-19, è la storia di un (sostanziale) successo. Se si guardano i dati pubblicati dalla John Hopkins University relativi al contenimento

della malattia e al tasso di mortalità della popolazione, infatti, l'Australia ha conseguito uno dei risultati migliori tra le democrazie stabilizzate¹. Sfruttando la sua conformazione geografica di continente-isola, (e forse anche la sua storia di isola-prigione), la nazione australiana ha aggredito la minaccia pandemica istituendo rigidissimi lockdown nazionali e territoriali al fine di contenere la diffusione del virus e flettere la curva dei contagi.

Tuttavia, questa strategia ha avuto un (inevitabile) costo in termini di limitazione delle libertà fondamentali dei cittadini che ha portato con sé una serie di incrinature al principio del *rule of law* e della democrazia rappresentativa, «dal momento che «a positive outcome does not necessarily mean the best democratic process were in place»². Le criticità costituzionali emerse a seguito della pandemia hanno riguardato non solo la tutela dei diritti fondamentali (riprendendo l'ultradecennale dibattito sulla necessità di approvare – anche in tale ordinamento – un Bill of Rights)³, ma anche l'individuazione del soggetto titolato ad intervenire per rispondere efficacemente alla minaccia.

Sotto quest'ultimo profilo, la pandemia ha sollecitato la divisione dei poteri australiana, mettendo in tensione non solo l'equilibrio verticale della ripartizione delle competenze tra federazione e Stati già gravato dalle fatiche del federalismo australiano, ma anche la complessa relazione orizzontale tra Parlamento e Governo che in Australia si regge sulle anti-

¹ Se si guardano i dati della John Hopkins University Coronavirus Center, *Mortality Analysis*, <https://coronavirus.jhu.edu/data/mortality>, l'Australia risulta aver avuto un tasso di observed case-fatality ratio pari allo 0,2 % (superato solo dalla Sud Corea con lo 0,1%) che, parametrato alle morti per 100.000 abitanti è indicato come 76.88 (contro i 341.11 degli Stati Uniti – meglio della Australia solo Giappone, Corea e Filippine).

² J. GROGAN, *COVID-19, The Rule of Law and Democracy. Analysis of Legal Responses to a Global Health Crisis*, in *Hague J Rule Law*, 14 (2-3), 2022, p. 355.

³ V. (tra per tutti) G. WILLIAMS, *A Bill of Right for Australia*, UNSW Press, Sidney, 2000; A. MASON, *A bill of rights for Australia?*, in *Australian Bar Rev.*, 5(1), 1989, p. 79 ss.; J. DEBELJAK, *Does Australia Need a Bill of Rights?*, in P. GERBER, M. CASTAN (a cura di), *Contemporary Human Rights Issues in Australia*, Thomson Reuters, Toronto, 2013, p. 37 ss.; R. FRENCH, *Protecting Human Rights without a Bill of Rights*, in *J. Marshall L. Rev.*, 43, 2009-2010, p. 769 ss.; D. Kirby, *A bill of rights for Australia – but do we need it?*, in *Commonwealth Law Bulletin*, 21(1), 1995, p. 276 ss.

che regole delle Constitutional conventions del Regno Unito.

La diffusione della pandemia ha così sollecitato i meccanismi di bilanciamento ideati dalla Costituzione australiana, mettendone in luce i punti di forza e di debolezza. L'ordinamento si regge infatti su un doppio equilibrio incrociato, frutto dell'incontro tra due anime.

In primo luogo, il cardine del sistema australiano è l'istituto del Representative and Responsible Government della Common law inglese, sistema da cui l'Australia non si è mai costituzionalmente del tutto emancipata. Si tratta di un principio adottato dal costituzionalismo australiano per mitigare la brevità con cui i governi delle colonie si succedevano assecondando la mutevolezza insita nella alternanza delle fazioni politiche all'interno dei parlamenti coloniali⁴. Questa ragione di carattere eminentemente politico ha spinto per la scelta di un modello che, come ricorda la dottrina, «emphasises a “public interest” administrative culture, where the role of the state is limited, instrumental and pragmatic»⁵. Il che comporta, altresì, che gli esecutivi australiani siano oggi «democratically accountable for the effective implementation of their policies by parliaments (...) and ultimately by the people» e «legally accountable for the ways in which their actions and decisions directly affect individuals and companies»⁶.

Inoltre, l'ordinamento australiano si è lasciato ispirare anche dal principio del federalismo duale nato dalla intuizione dei Framers americani, che ha permesso di importare un meccanismo capace di «preserving state rights with the most jealous caution»⁷. Si è pertanto optato per ordina-

⁴ Cfr. P. LOVEDAY, A.W. MARTIN, *Parliament Factions and Parties: The First Thirty Years of Responsible Government in New South Wales*, Carlton-New York, Melbourne University Press-Cambridge University Press, 1966.

⁵ J. HALLIGAN, *The fate of administrative tradition in anglophone countries during the reform era*, in M. PAINTER, B.G. PETERS (a cura di), *Tradition and Public Administration*, Palgrave Macmillan, Houndmills-Basingstoke, 2010, p. 129 ss. Cfr. altresì C. POLLITT, G. BOUCKAERT, *Public Management Reform. A Comparative Analysis. Into The Age of Austerity*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

⁶ J. BOUGHEY, *Executive power in emergencies: Where is the accountability?*, in *Alternative Law Journal*, 45, 2020, p. 168 ss.

⁷ A. DEAKIN, *Speech*, in *Debates and proceedings of the Australasian federation Conference*, Melbourne, 6-14 febbraio 1890.

mento ispirato da una ripartizione verticale delle competenze che, sulla carta, affida al Commonwealth il compito di legiferare su poche e delimitate materie lasciando agli Stati ogni competenza residuale, ma nel quale, in realtà, l'equilibrio tra centro e periferia ha costituito e ancora costituisce «un tema costituzionale onnipresente»⁸ segnato dalla continua sovrapposizione tra compiti e dalla forte forza centripeta impressa al sistema dalla High Court.

Come vedremo, lo scoppio della pandemia ha acuito la difficile convivenza di queste due anime del sistema australiano; nella prima parte di questo capitolo, valuteremo quali sono state le risposte riguardanti il fondamentale problema del coordinamento verticale delle politiche sanitarie con i territori federali, su cui insistono una molteplicità di titoli competenziali che non agevolano l'individuazione delle istituzioni competenti. La capacità del federalismo australiano di ideare, pragmaticamente, strumenti di coordinamento intergovernamentali, inoltre, costituisce un interessante punto di osservazione per verificare l'efficacia e le criticità di tali soluzioni.

Nella seconda parte del capitolo, invece, indagheremo le tensioni orizzontali a cui il circuito Governo-Parlamento è stato sottoposto dall'insorgere della crisi pandemica, esaminando le modalità con cui il primo ha agito in forza di poteri emergenziali a lui delegati. Proprio il tema del controllo degli atti delegati rappresenta una problematica aperta all'interno del sistema australiano che l'avvento della pandemia ha contribuito a riacutizzare. Nell'ultima parte infine, verificheremo gli effetti sulle libertà personali della principale strategia utilizzata per contenere il virus (la chiusura dei confini nazionali e locali), analizzando se e come il principio di legalità sia stato in grado di vigilare sulle azioni compiute dall'esecutivo.

⁸ S. BATEMAN, A. STONE, *Australia – Covid-19 And Constitutional Law*, in J.M. SERNA DE LA GARZA (a cura di), *Covid-19 and Constitutional Law*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City, 2020, p. 223.

2. *Il federalismo australiano tra Dual Sovereignty e Responsible Government.*

In una audizione tenuta nel 2011 presso il senato federale, Geoff Gallop ha iniziato il suo discorso sul federalismo australiano narrando un episodio, originariamente riferitogli da Gary Sturges, riguardante i lavori di una fantomatica Commissione di studio sugli elefanti: «molti» ricorda lo studioso «sono stati i contributi provenienti dalle varie nazioni del mondo. I tedeschi hanno redatto un report sulle tecniche di addestramento dell'animale. I francesi, da canto loro, ne hanno teoreticamente messo in dubbio l'esistenza. Per il Regno Unito, lo studio si è concentrato sul contributo offerto dagli elefanti durante l'espansione coloniale. Gli Stati Uniti hanno invece presentato ben due ricerche: la prima, proveniente dalla East coast, dal titolo "Taking over elephants-economies of scale and synergetic benefits", la seconda prodotta nella West coast e focalizzata invece su "The joy of elephants". Per ultimo, lo studio degli australiani: "Elefanti: una responsabilità della Federazione o degli Stati?"»⁹.

Questa breve storia testimonia l'importanza che il popolo australiano riserva a quello che è stato descritto come «the greatest political achievement in Australian history»¹⁰. Il federalismo in Australia è così pervasivo che anche *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth* statuisce che «the Federal idea (...) pervades and largely dominates the structure of the newly-created community, its parliamentary, executive and judiciary departments»¹¹, e, insieme alla separazione dei poteri e al principio del Responsible government, incarna «one of the three main general doctrines of government which underlies the Commonwealth Constitution»¹².

⁹ Cfr. G. STURGES, *The progress towards Commonwealth/state rationalization*, in *Royal Australian Institute of Public Administration National Newsletter*, 1(2), 1991, p. 12, riportato da G. GALLOP, *How Healthy is Australian Federalism?*, 25 febbraio 2011, <https://www.aph.gov.au>.

¹⁰ J. HIRST, *Federation*, in G. DAVISON, J. HIRST, S. MACINTYRE (a cura di) *Oxford Companion to Australian History*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 245.

¹¹ J. QUICK, R.R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, Legal Books, Sydney, 1976, p. 332.

¹² *Pty v. Wills* (1992) 108 ALR 681.

Le ragioni di tale scelta sono teoriche e pratiche. All'inizio del secolo scorso, il federalismo appariva come una idea di moda sostenuta dagli accademici, che intravedevano in tale sistema un sofisticato ed elegante meccanismo capace di mettere insieme le ragioni dell'unità con quelle della differenziazione¹³. L'esempio canadese e quello svizzero fornivano buoni modelli a cui ispirarsi, ma è soprattutto dagli Stati Uniti che gli australiani hanno ricavato la loro architettura federale, riprendendo dai *Framers* l'idea di legittimare l'ordinamento dal basso e, di conseguenza, di riservare agli Stati tutte le materie non espressamente attribuite al centro¹⁴. La ragione di ciò è spiegata già nei lavori della prima Assemblea costituzionale del 1891 da Sir Samuel Griffith: «gli Stati separati» devono rinunciare solo a «quel tanto di potere che è necessario per a costituzione di un governo generale» ma sono, allo stesso tempo, «corpi autonomi» che esercitano la loro sovranità territoriale e detengono il potere in ogni ambito non affidato alla federazione, in modo che quest'ultima «faccia per loro collettivamente quello che essi non possono fare individualmente per se stessi»¹⁵. Su questa idea di federalismo duale gli australiani hanno

¹³ Cfr. G. APPLEBY, N. ARONEY, T. JOHN, *Australian federalism: past, present and future tense*, in G. APPLEBY, N. ARONEY, T. JOHN (a cura di) *The Future of Australian Federalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 2: «Distinguished scholars and statesmen across the English-speaking world saw federalism as a highly sophisticated legal and political mechanism for accommodating both unity and diversity within a coherent system of government».

¹⁴ Come ricordato dal Giudice Gageler in *Plaintiff M68/2015 v. Minister for Immigration and Border Protection & Ors* [2016] HCA 1, 115 (a sua volta citando J. BRYCE, in *History and Jurisprudence*, 1, 1901, p. 482): «The framers of the Australian Constitution engaged in what was fairly described in informed contemporary commentary as an endeavour of “constructive statesmanship”, in which they used the experience of the mother country and of their predecessors in the work of federation-making ... in no slavish spirit, choosing from the doctrines of England and from the rules of America, Switzerland, and Canada those which seemed best fitted to the special conditions of their own country». Secondo N. ARONEY, *The Constitution of a Federal Commonwealth: The Making and Meaning of the Australian Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009 capitoli. 3 e 4, i founding fathers australiani hanno in realtà pragmaticamente recuperato meccanismi federali anche dai sistemi sopra menzionati, anche se è – appunto – dagli Stati Uniti che essi hanno importato la struttura portante delle clausole che regolano il federalismo australiano.

¹⁵ S.W. GRIFFITH, *Convention Debates*, Official Report of the National Australasian

riposto il sogno di istituire per la prima volta nella storia «a Nation for a continent, and a continent for a Nation»¹⁶.

L'istituzione di un modello simile a quello americano, tuttavia, ha sollevato alcuni problemi circa la sua compatibilità con il sistema della Common law inglese. In primo luogo, mentre nel federalismo Statunitense si regge sul riconoscimento della sovranità di «We the People»¹⁷, la Costituzione australiana nasce ricavando la sua legittimità costituzionale direttamente dalla Corona, dal momento che «popular sovereignty is not and never has been the doctrine of British public law»¹⁸. La questione non riguardava semplicemente la fonte della sovranità costituzionale, ma anche la compatibilità della fedeltà al Re e alla nuova nazione; come ricomporre questa duplice lealtà «in Australian polity under the British Crown and within British Empire?»¹⁹ E ancora: in che modo la Com-

Convention Debates, 1891, University of Sidney, <https://adc.library.usyd.edu> pp. 31-32: «The separate states are to continue as autonomous bodies, surrendering only so much of their powers as is necessary to the establishment of a general government; to do for them collectively what they cannot do individually for themselves, and which they cannot do as a collective body for themselves».

¹⁶ La frase è stata pronunciata durante una manifestazione a favore della Costituzione federale tenutasi nella periferia di Melbourne nel 1897 da Edmund Barton, poi divenuto l'1 gennaio 1901 il primo Prime Minister of the Commonwealth of Australia. Cfr. R. DIXON, «A Nation for a Continent»: *Australian Literature and the Cartographic Imaginary of the Federation Era*, in *Antipodes*, 28(1), 2014, p. 141; J. HIRST, *The sentimental nation: The making of the Australian commonwealth*, Oxford University Press, Melbourne, 2000, p. 6.

¹⁷ Sebbene teorie sulla sovranità popolare siano state avanzate anche dai giudici della High Court (cfr. *Australian Capital Television Pty Ltd & New South Wales v. Commonwealth* [1992] 177 CLR 106), sotto il profilo storico il popolo australiano non ha mai ereditato, come nella teoria americana, la sovranità dal Re inglese, ed esercita dunque il suo ruolo come attore politico attraverso le elezioni. La Costituzione Australiana, pertanto, più che fondare il suo potere originario da We the People, «derives its authority solely from the text and structure of the Constitution itself». Cfr. W.M.C. GUMMON, *The Constitution: Ultimate Foundation of Australian Law?*, in *Australian Law Journal*, 79, 2005, p. 170.

¹⁸ G.W.C. ROSS, *The Constitutional Law of Federalism in the United States and Australia*, in *Virginia L. Rev.*, 29(7), 1943, p. 881.

¹⁹ S. CRENNAN, *Federation*, in C. SAUNDERS, A. STONE (a cura di), *The Oxford Handbook of Australian Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 80.

mon law può essere compresa «in a federal system of government embodies a written Constitution?»²⁰.

Queste difficoltà teoriche si sono amalgamate con le necessità pratiche che stanno ugualmente alla base della Costituzione australiana. All'inizio del secolo scorso, l'ipotesi di inglobare le sei colonie presenti nel continente in una nazione unitaria era inimmaginabile, perché queste ultime avevano goduto, per oltre un secolo, di una grande autonomia²¹. È vero che, soprattutto a cavallo tra del XVIII e del XIX secolo, i sempre più costanti scontri sulle politiche commerciali, doganali e fiscali tra le colonie (e in particolare tra i due territori più sviluppati del New South Wales e di Victoria)²² avevano sollevato la necessità di istituire un governo centrale, ma le dimensioni geografiche del continente suggerivano l'adozione di un sistema fortemente decentralizzato.

È probabilmente grazie a questo pragmatismo politico²³ che l'Australia ha raccolto l'eredità degli Stati Uniti; sotto il profilo della compatibilità giuridico/costituzionale, il modello più semplice da seguire sarebbe probabilmente stato quello canadese, che già si ispirava al Westminster government. Ma, sotto il profilo della separazione delle competenze tra federazione e Stati, la Costituzione canadese riservava (e riserva ancor oggi) al governo centrale i *residual powers* non espressamente conferiti ai territori²⁴, delineando così un rapporto tra periferia e centro

²⁰ *Ibidem*.

²¹ G. APPLEBY, N. ARONEY, T. JOHN, *Australian federalism: past, present and future tense*, cit., p. 1.

²² S. CRENNAN, *Federation*, cit., p. 80.

²³ Come efficacemente rilevato da H. IRVING, *To Constitute a Nation. A Cultural History of Australia's Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, p. 7: «Australians displayed an ability to reconcile the demands of pragmatism with the urge of romanticism».

²⁴ Sec. 91 British North America Act (BNA) 1867: "It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces (...)". Sul punto, v. G. CARBONI, *Modelli di federalismo fiscale, Canada e Italia a confronto*, in *Diritto e Storia*, www.dirittoestoria.it, n. 9, 2010: «Secondo la section 91 del British North America Act (BNA) 1867 la Federazione ha pote-

che, agli occhi dei costituenti australiani, appariva troppo sbilanciato a favore di quest'ultimo²⁵.

Partendo da questa esigenza pratica, i founding fathers hanno guardato le caratteristiche fondamentali del federalismo americano descritte da Madison in *The Federalist*, ricavando da esse soprattutto l'idea che il fondamento della federazione, così come le fonti da cui essa può attingere i suoi poteri ordinari, debbano essere prestabiliti: per questo, pur riconoscendo l'autorità sovrana del Re d'Inghilterra, il Preambolo del Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 statuisce che «*the people of New South Wales, Victoria, South Australia, Queensland, and Tasmania (...) have agreed to unite in one indissoluble Federal Commonwealth under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*»²⁶.

ri normativi nelle materie ivi previste, che sono, tra l'altro, debito pubblico, proprietà, disciplina del commercio, difesa, moneta e sistema bancario, penale, imposizione fiscale e ogni altra materia non espressamente attribuita alle Province (*residual power*). L'elenco delle attribuzioni federali è preceduto da una formula che consente al Parlamento di approvare leggi al fine di assicurare peace, order and good government of Canada, in relazione alle materie che non sono riservate alle Province. Si tratta chiaramente di una disposizione che, assieme al riconoscimento del potere generale di imposizione, avrebbe dovuto assicurare, nelle intenzioni dei costituenti, la preminenza della Federazione sui governi delle province».

²⁵ Sull'influenza dei principi fondamentali del costituzionalismo britannico nei sistemi definibili come «ordinamenti di matrice anglosassone» (Canada, Australia, Nuova Zelanda), v. F. DURANTI, *Ordinamenti costituzionali di matrice anglosassone. Circolazione dei modelli costituzionali e comparazione tra le esperienze di Australia, Canada, Nuova Zelanda e Regno Unito*. Aracne, Roma, 2012.

²⁶ *An Act to constitute the Commonwealth of Australia*, 9 luglio 1900. Preambolo: (corsivo aggiunto) «WHEREAS the people of New South Wales, Victoria, South Australia, Queensland, and Tasmania, humbly relying on the blessing of Almighty God, have agreed to unite in one indissoluble Federal Commonwealth under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and under the Constitution hereby established». I costituenti australiani, in realtà, non dimenticano che il fondamento della Costituzione deve passare anche dal riconoscimento della corona, statuendo così che: «Be it therefore enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows: (...)». In questo modo la "sovranità" Australiana sembra fondarsi sul doppio legame tra la sovranità dei popoli

Costruendo questa una sorta di sovranità “ibrida”, i founding fathers australiani hanno così ottenuto l’avallo del Parlamento britannico; come scritto da Dicey in una delle edizioni di *Introduction to the Study of the British Constitution*: «The Commonwealth is in the strictest sense a federal government. It owes its birth to the desire for national unity (...) combined with the determination on the part of the several colonies to retain as states of the Commonwealth as large a measure of independence as may be found compatible with the recognition of Australian nationality»²⁷.

3. Dalla centralizzazione alla cooperazione. Il federalismo pragmatico.

L’influenza americana sul federalismo australiano traspare da alcuni elementi della Costituzione²⁸. Innanzitutto, analogamente al Congresso

degli stati (e quindi: non ancora «We The People» come invece avvenuto in America) e quella del Re.

²⁷ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Constitution* (1885), Liberty Fund, Indianapolis, 1982, p. 387.

²⁸ Secondo N. ARONEY, *Design*, in C. SAUNDERS, A. STONE (a cura di), *The Oxford Handbook of Australian Constitutional Law*, cit., pp. 727-730 sono quattro i principi che sorreggono il disegno federale della Costituzione australiana: «Firstly, the foundational element concerns the origins of the Constitution in a negotiated agreement between constituent States (...) Secondly, the Constitution simultaneously established the governing institutions of Commonwealth of Australia (ss. 1, 61, 71), guaranteed the continuing existence and operation of governing institutions of constituent States (s. 106), and made provisions and made provisions for their concurrent operation in their respective jurisdictions (ss. 51, 107, 109). (...) Thirdly, the governing institutions of the Commonwealth reflect the fact that the federation was, and is, a composition of constituent States, and this is primarily secured by the bicameral structure of the federal Parliament (...) and also by requiring to the Ministers of the Crown to hold seats in the Parliament (s. 64) and by constructing the financial powers of the two houses (...). Fourthly, the Constitution establishes an indissoluble federal Commonwealth [and] neither the Commonwealth or the States have power to dissolve or change the federal union unilaterally. (...) These fourth themes are fundamental to the Constitution’s federal design. While the Constitution gives effect to several other important constitutional principles and values, virtually all the provisions of the Constitution are related to and shaped by federalism in a way pr in another».

statunitense, il Parlamento federale è organizzato secondo uno schema bicamerale, in cui la House of Representative rappresenta «the people of the Commonwealth», e il Senato «the people of the States»²⁹. Inoltre, la distribuzione competenze tra Stati e federazione è ispirata a tre principi: «the original and continuing powers of the states, the enumeration of specific heads of federal legislative power, and the provision that federal laws would prevail over inconsistent state laws»³⁰. A ciò si aggiunge la già ricordata architettura dualistica del federalismo australiano, diretta eredità del sistema statunitense³¹.

²⁹ Rispettivamente s. 24 («The House of Representatives shall be composed of members directly chosen by the people of the Commonwealth, and the number of such members shall be, as nearly as practicable, twice the number of the senators») e s 7 della Costituzione Australiana («The Senate shall be composed of senators for each State, directly chosen by the people of the State, voting, until the Parliament otherwise provides, as one electorate»).

³⁰ Cfr. G APPLEBY, N. ARONEY, T. JOHN, *Australian federalism: past, present and future tense*, cit., p. 3 che ricavano tali principi dalle ss. 51-2, 106-7, 109 della Costituzione Australiana.

³¹ Come ricordato da A. FENNA, *The Centralization of Australian Federalism 1901-2010: Measurement and Interpretation*, in *The Journal of Federalism*, 42(1), 2019, p. 32 «The colonial delegates who drafted the Commonwealth Constitution were quite clear about their desire for a decentralized union where the States would retain the bulk of the extensive powers and responsibilities they had exercised as self-governing colonies (Zines 1986, 76-77; La Nauze 1972, 40). “The central purpose of most if not all of the founding fathers was the creation of a strictly limited central government” (Craven 1992, 51). In pursuit of this goal, the framers put in place an American-style division of powers whereby the respective governments would have full responsibility for legislation and administration in their assigned areas of jurisdiction. On this basis, the two orders of government were expected to function autonomously – in what K.C. Wheare (1963, 2) described as a “co-ordinate” fashion, or what Corwin (1950) characterised as “dual federalism” in the United States (also Sawyer 1969, 64). “Generally, the Commonwealth and the States were seen by many delegates as independent entities, each carrying out its governmental functions within its own territory” (Zines 1986, 81)». Cfr. anche N. ARONEY, *Imagining a Federal Commonwealth: Australian Conceptions of Federalism, 1890-1901*, in *Federal Law Review*, 30(2), 2002, p. 265 ss.; R.R. GARRAN, *The Coming Commonwealth: An Australian Handbook of Federal Government*, Angus & Robertson, Sydney, 1897. In lingua italiana, v. Cfr. (in lingua italiana) L. SCAFFARDI, *L'ordinamento federale australiano. Aspetti problematici*, Cedam, Padova, 2000.

Nel corso del tempo, tuttavia, lo sviluppo del *federalizing process* australiano non ha sempre seguito uno sviluppo coerente con queste premesse, e la tensione tra centro e periferia si è quasi sempre risolta a favore del primo. Le ragioni di questa centralizzazione sono molteplici, in parte comuni alla evoluzione dei sistemi federali, in parte legate a particolarità proprie dell'esperienza australiana.

Innanzitutto, costituisce una tendenza comune a tutti sistemi federali – e, come vedremo, anche agli Stati Uniti – assistere ad una compressione e ridefinizione al ribasso delle competenze dei governi territoriali originata dal passaggio dell'epoca liberale a quella democratico-sociale che, come noto, porta inevitabilmente lo Stato centrale ad estendere i suoi compiti e le sue attività. Inoltre, con l'avvento della globalizzazione, anche l'Australia ha dovuto fare i conti con la competizione dei mercati internazionali e con le sfide della finanza mondiale, nonché con le ricorrenti emergenze di questo inizio secolo quali la guerra al terrorismo, la diffusione di malattie virali (oltre a Covid-19, anche l'influenza suina e la SARS), il cambiamento climatico (quale la *Bushfire crisis* dell'estate de 2019³²) e ad altre minacce globali che, per essere affrontate, sollecitano una risposta tendenzialmente unitaria.

Oltre alle cause ora ricordate, esistono però anche ragioni più direttamente legate alla cultura giuridica australiana che giustificano (o per lo meno spiegano) la centralizzazione del sistema federale. In primo luogo, un certo pragmatismo costituzionale spinge gli interpreti a guardare, più che al rigoroso tenore letterale delle clausole federali, al soggetto che meglio possa rispondere ai problemi concreti³³. Di fronte a sfide che chiedono risposte comuni, gli australiani hanno così sostanzialmente giustificato l'intervento del Commonwealth, al punto che l'ultimo decennio è stato caratterizzato dalla pressante richiesta della popolazione al governo

³² Sulla quale v. *infra*, par. 4.

³³ Così R. HOLLANDER, H. PATAPANIN, *Pragmatic Federalism: Australian Federalism from Hawke to Howard*, in *AJPA*, 66(3), 2007, p. 281: «In Australia (...) pragmatism has been central to defining Australian federalism. By pragmatism we do not mean a flighty or mercenary opportunism, or even a dry utilitarianism. Rather, pragmatic federalism is characterised by a direct engagement or confrontation with pressing problems, an engagement unmediated by larger theoretical concerns».

perché esso «will act quickly, efficiently and effectively» per risolvere problemi «of both national and local focus»³⁴.

Da ultimo, come è naturale, l'interpretazione fornita dalla High Court nel corso di oltre un secolo ha profondamente inciso sul funzionamento del sistema. In una primissima fase di vita della federazione, i giudici supremi avevano tentato di rimanere fedeli all'originario impianto duale tramite l'applicazione della *Implied Immunity of Instrumentalities doctrine*³⁵ e della *State Reserved Powers doctrine*³⁶; entrambe le dottrine sono state però superate già a partire dagli anni '20 quando, nel caso *En-*

³⁴G. APPLEBY, N. ARONEY, T. JOHN, *Australian federalism: past, present and future tense*, cit., p. 4: «Indeed, there is today a very audible discontent about how Australia's federal system is operating and serving the community. The last decade has been characterized by expectations within the community that 'government' will act quickly, efficiently and effectively to address emergent issues of both national and local focus».

³⁵La *Implied Immunity of Instrumentalities Doctrine* è stata pensata per garantire sia ai governi centrali che a quelli degli Stati una sostanziale separazione di ambiti e competenze, finalizzata a garantire ad entrambi l'immunità rispetto agli effetti giuridici prodotti dai regolamenti approvati da un diverso livello di governo. Come sostenuto dal Chief Justice Griffith in *D'Emden v. Pedder* [1904] HCA 1, infatti, «In considering the respective powers of the Commonwealth and of the States it is essential to bear in mind that each is, within the ambit of its authority, a sovereign State, subject only to the restrictions imposed by the Imperial connection and to the provisions of the Constitution, either expressed or necessarily implied... a right of sovereignty subject to extrinsic control is a contradiction in terms». Tale dottrina è comparativamente ricavata dalla teoria della intergovernmental immunity elaborata dalla Corte Suprema americana Cfr., a riguardo, R. SACKVILLE, *The Doctrine of Immunity of Instrumentalities in the United States and Australia: A Comparative Analysis*, in *Melb. U. L. Rev.*, 7(15), 1970, p. 15 ss.

³⁶La *Reserve Power Doctrine* è un principio interpretativo della Costituzione australiana che, attingendo ai principi del federalismo, prevedeva un approccio restrittivo all'interpretazione dei poteri specifici del Parlamento federale, per preservare i poteri che dovevano essere lasciati agli Stati. Il fondamento costituzionale è ricavato dalla s 107 secondo la quale «Ogni potere del Parlamento d'una Colonia che sia divenuta o diventi uno Stato, a meno che da questa Costituzione ne sia esclusivamente investito il Parlamento federale o sia sottratto al Parlamento dello Stato, continuerà qual'era nel momento in cui fu istituita la Confederazione o nel momento dell'ammissione o dell'approvazione della Costituzione dello Stato, a seconda del caso». Per una recente difesa della legittimità di tale interpretazione, v. N. ARONEY, *Constitutional choices in the Work choices case, or what exactly is wrong with the reserved powers doctrine?*, in *Melbourne University L. Rev.*, 32(1), 2008, p. 1 ss.

gineers, la High Cort ha statuito che il potere legislativo del Commonwealth può essere interpretato «in modo ampio» anche se ciò comporta una significativa restrizione dei poteri statali³⁷. La sentenza *Engineers* ha condizionato l'evoluzione del federalizing process australiano in tutte le sue fasi³⁸, giustificando un approccio interpretativo delle clausole costituzionali che ha consentito una significativa espansione dei poteri federali. Grazie, ad esempio, a «the virtually unlimited reading of the federal grants power in section 96 of the Constitution»³⁹, o all'esercizio del

³⁷ *The Amalgamated Society of Engineers v. The Adelaide Steamship Company Limited and Ors* [1920] HCA 54. La Corte ha dovuto stabilire se il Parlamento del Commonwealth avesse il potere di emanare leggi che vincolassero gli Stati per quanto riguarda la conciliazione e l'arbitrato delle controversie industriali che si estendevano oltre i confini di uno Stato. Con una maggioranza di 6 voti contro 1, i giudici hanno deciso a favore dell'Unione, fornendo una interpretazione ampia dei poteri conferiti dalla s. 51 (xxxv) della Costituzione, e rigettando la precedente giurisprudenza. Come ricordato dal giudice Isaac, infatti: «The more the decisions are examined, and compared with each other and with the Constitution itself, the more evident it becomes that no clear principle can account for them. They are sometimes at variance with the natural meaning of the text of the Constitution; some are irreconcilable with others, and some are individually rested on reasons not founded on the words of the Constitution or on any recognized principle of the common law underlying the expressed terms of the Constitution, but on implication drawn from what is called the principle of "necessity", that being itself referable to no more definite standard than the personal opinion of the Judge who declares it» (141-2).

³⁸ G. APPLEBY, N. ARONEY, T. JOHN, *Australian federalism: past, present and future tense*, cit., distinguono quattro diverse fasi del federalismo australiano, che – pur in modo non lineare – hanno da ultimo favorito una forte centralizzazione: «While the various phases of Australian federalism jurisprudence demonstrate the High Court's willingness to interpret federal legislative and executive power within very broad 'limits', there is still no single tier of government that has the undoubted constitutional jurisdiction, financial resources, political legitimacy, and practical experience to respond unilaterally to all urgent issues of national or regional importance».

³⁹ G. APPLEBY, N. ARONEY, T. JOHN, *Australian federalism: past, present and future tense*, cit., p. 5 che riporta a sostegno di tale affermazione i casi *Victoria v. New South Wales* (1926) 38 CLR 399; *Deputy Federal Commissioner of Taxation (NSW) v. WR Moran Pty Ltd* (1939) 61 CLR 735, AC 838; *South Australia v. Commonwealth* ('First Uniform Tax case') (1942) 65 CLR 373; *Victoria v. Commonwealth* ('Second Uniform Tax case') (1957) 65 CLR 373; *Attorney-General (Vic); Ex rel. Black v. Commonwealth* ('DOGS case') (1981) 146 CLR 559.

potere fiscale⁴⁰ – che, secondo parte della dottrina, avrebbe ingenerato una tale stortura nella distribuzione delle competenze da far ipotizzare l'avvento di un federalismo di tipo coercitivo⁴¹ – la High Court ha avallato, nel corso del tempo, un corposo sbilanciamento dei rapporti tra centro e periferia⁴².

In definitiva, come ricordato da Gallop, il federalismo australiano nasce per tutelare i territori delle ex colonie, ma realizza poi un sistema in cui «the Commonwealth rather than the states has been the winner». E questo non solo per «a mixture of wartime necessity and constitutional interpretation» ma anche per la presenza di una corrente ideologica (dapprima nata in seno ai partiti di sinistra in quanto legata ad una visione democratico-socialista ma tramandata oggi a quelli di destra), secondo cui la centralizzazione sarebbe la strada migliore per l'efficienza economica e per la buona politica pubblica⁴³.

Si può dunque pensare che, nella fusione tra il principio federale americano e quello del Responsible government, la High Court abbia forse implicitamente fatto prevalere il secondo, dal momento che la centralizzazione delle competenze può essere letta come una conferma del fatto che «the purpose of Responsible government is to unify and consolidate

⁴⁰ Si veda J. PHILLIMORE, T. ARKLY, *Policy and Policy Analysis in Australian States*, in B. HEAD, K. CROWLEY (a cura di) *Policy Analysis in Australia*, Bristol University Press, Bristol, 2015, p. 87: «State governments are part of a federation in which the Commonwealth Government is fiscally dominant and has greatly expanded its policy ambition and reach over the past century».

⁴¹ In questo senso J. KINCAID, *From cooperative to coercive federalism*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 509(1), 1990, p. 139 ss.

⁴² Si vedano, ex multis, A. FENNA, *The Centralization of Australian Federalism 1901-2010. Measurement and Interpretation*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 49(1), 2019, p. 30 ss.; C. SAUNDERS, M. FOSTER, *The Australian federation: A story of the centralization of power*, in D. HALBERSTAM, M. REIMANN (a cura di), *Federalism and legal unification: A comparative empirical investigation of twenty systems*, Springer, Dordrecht, 2014, p. 87 ss.; D. BRAUN, *How centralized federations avoid over-centralization*, in *Regional and Federal Studies*, 21(1), 2011, p. 35 ss.; G. CRAVEN, *The states: Decline, fall, or what?*, in G. CRAVEN (a cura di), *Australian federation: Towards the second century*, Melbourne University Press, Carlton, 1992, p. 49 ss.

⁴³ G. GALLOP, *How Healthy is Australian Federalism?*, cit.

political power whereas that of federalism is to fragment and circumscribe its exercise»⁴⁴. Sembra così essersi avverata la profezia del deputato del New South Wales Sir. John Winthrop Hackett il quale, all'inizio del secolo scorso, aveva osservato che «either the Responsible government will kill the federation, or the federation will kill Responsible government»⁴⁵.

Questa forza centripeta impressa all'ordinamento ha cominciato così a mettere in dubbio la stessa esigenza di dividere, verticalmente, i livelli di governo⁴⁶. Un grido di allarme è stato, lanciato dal giudice Callinan, per cui, nonostante il fatto che «nothing in the text or the structure of the

⁴⁴ B. GALLIGAN, *A Federal Republic: Australia's Constitutional System of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pp. 45-47: «Federalism was copied from the American model and was designed specifically to prevent government, and in particular central government, from prescribing and promoting common good (...). The purpose of responsible government is to unify and consolidate political power whereas that of federalism is to fragment and circumscribe its exercise (...). Hence responsible government presupposes undivided sovereignty since it derives from the English tradition of parliamentary sovereignty in which there were considered to be no legal limits on sovereignty of parliament».

⁴⁵ Riportata da M. BEVIR, R. RHODES, *Governance Stories*, Routledge, Oxon, 2012, p. 349.

⁴⁶ Cfr. B. GALLIGAN, C. WALSH, *Australian Federalism. Yes or no*, in *Federalism Research Center Discussion Papers*, Australian National University, 1991). Questo pensiero emerge in numerosi autori australiani che hanno accusato il federalismo di essere inutile se non distruttivo: «The complex division of powers ordained by federalism makes it difficult for any administration to implement coherent policy. Essential functions may be controlled by another level of government dominated by a rival party. How can a federal government formulate plausible macroeconomic policy, for example, when the constitution has been interpreted to deny Canberra power to set prices and wages, or the right to nationalize industries? Similarly, how can Australians expect cogent fiscal measures when the power to levy some taxes, such as personal income tax, rests with the federal government, but important state and payroll taxes belong to seven different states. When a government's power is fragmented then so, in consequence, will be its policies» (G. DAVIS, J. WANNA, J. WARHURST, P. WELLER, *Public Policy in Australia*, Allen & Unwin, Sydney, 1988, p. 48); si veda altresì E.G. WHITLAM, *The Cost of Federalism*, in A. PATIENCE, J. SCOTT (a cura di), *Australian Federalism: Future Tense*, Melbourne, Oxford University Press, 1983, p. 28 ss.; G. MADDOX, *Australian Politics: Theory and Practice*, Longman Cheshire, Melbourne, 1985.

Constitution to suggest that the Commonwealth's powers should be enlarged», i Parlamenti degli Stati stanno inesorabilmente perdendo potere decisionale al punto che, tra non molto, saranno «no more than an impotent debating society». «This Court too» – conclude il 99 giudice – «is a creature of the Constitution [and] it goes beyond power if it reshape[s] the federation: by doing that it also subverts the sacred and exclusive role of the people»⁴⁷. Nonostante la fondatezza di queste critiche, tuttavia, la tendenza predominante che emerge dalle decisioni della High Court è quella di un centralismo originato non tanto da «a theoretically informed jurisprudence» quanto soprattutto da «the same pragmatism that has shaped the politics of federalism in Australia»⁴⁸.

Proprio l'idea di questo *pragmatic federalism* pare essere alla base dell'ultima evoluzione in senso cooperativo dell'ordinamento australiano. Facendo affidamento su tale filosofia, il sistema si è infatti adattato per sostenere e promuovere forme di collaborazione che, pur in un assetto federale anomalo, favoriscano lo sviluppo di strategie condivise tra diversi livelli di governo⁴⁹. La storia del federalismo cooperativo australiano, è

⁴⁷ *State of NSW v. Commonwealth of Australia (Work Choices Case)* [2006] HCA 52, (Callinan J dissenting) 779: «There is nothing in the text or the structure of the Constitution to suggest that the Commonwealth's powers should be enlarged, by successive decisions of this Court, so that the Parliament of each State is progressively reduced until it becomes no more than an impotent debating society. This Court too is a creature of the Constitution. Its powers are defined in Ch III, and legislation made under it. The Court goes beyond power if it reshape[s] the federation. By doing that it also subverts the sacred and exclusive role of the people to do so under s 128».

⁴⁸ R. HOLLANDER, H. PATAPANIN, *Pragmatic Federalism: Australian Federalism from Hawke to Howard*, cit., p. 288: «the High Court's federal judicial review is complex, with both a jurisprudence that has tended to favour the Commonwealth at the expense of the states, as well counter-vailing judgments that have elevated other constitutional principles above those concerning federalism. The overall or predominate trend, however, has been centralising. Importantly, this trend has not been shaped by a theoretically informed jurisprudence, but rather with the same pragmatism that has shaped the politics of federalism in Australia. Accordingly, we argue, in the absence of a definite theoretical structure, the judiciary's tendency to favour the Commonwealth accounts in large measure for the reason pragmatic federalism has become centralised federalism in Australia».

⁴⁹ Il cambiamento del sistema verso forme di cooperazione è stato favorito dal *New Intergovernmental Agreement on Federal Financial Relations*, approvato nel Novembre

contraddittoria, perché la Costituzione non fa espressamente riferimento a tale modello in modo generale, e, in *Re Wakim* la High Court lo ha pertanto definito come «a political slogan and not a constitutional term»⁵⁰. Tuttavia, soprattutto negli ultimi decenni, esso è stato utilizzato come un meccanismo utile per «the removal of inconvenient impediments to good government which the Australian Constitution foster rather than forbids»⁵¹.

Il ricorso al federalismo cooperativo è stato favorito, in Australia, da alcune caratteristiche storiche e costituzionali. Seppure fosse ben chiara l'esigenza di costruire una federazione in modo da non privare le ex colonie britanniche della loro autonomia, il federalismo australiano non è originato – come quello statunitense – da una un'innata diffidenza per potere centrale, né dalla necessità di tutelare le differenze etniche o religiose tra i suoi cittadini⁵². Mentre l'America nasce dalla guerra scatenata contro Re Giorgio III, l'Australia acquisisce l'indipendenza pacificamente, e ha accettato di buon grado Edoardo VII come proprio Capo di Stato. Questa differenza storico-culturale è importante per comprendere il diverso sentimento della popolazione australiana rispetto a quella americana nei confronti della centralizzazione delle competenze.

2008 dal COAG, che «shifts the focus of the Commonwealth – State funding relationship from inputs and processes to the achievement of mutually agreed outcomes» statuendo che «the new Commonwealth government committed to renew federalism by working cooperatively and collaboratively with all Australian jurisdictions». Sempre sul piano istituzionale, importante è segnalare il *Final Report To The Council For The Australian Federation – Common Cause: Strengthening Australia's Cooperative Federalism* del Maggio 2009, predisposto da J. WANNA, J. PHILLIMORE, A. FENNA, J. HARWOOD, J. CURTIN, che indica i principi e le soluzioni da adottare per un miglioramento, in senso cooperativo, del federalismo australiano. I principi indicati dal *Report*, in particolare sono: «Subsidiarity: proximity of government to the community; Alignment of responsibilities: the allocation of roles and responsibilities to the level of government with the corresponding geographical scale (also referred to as the logic of assignment); Cooperation: engagement and cooperation between the levels of government, including the comity principle» (p. 9).

⁵⁰ *Re Wakim; Ex parte McNally* [1999] HCA 27, 54 (McHugg J).

⁵¹ ID., 209.

⁵² R. FRENCH, *Co-operative Federalism*, in C. SAUNDERS, A. STONE (a cura di), *The Oxford Handbook of Australian Constitutional Law*, cit., p. 811.

Sebbene in termini generali il federalismo istituisca «independent governments (...) exercising powers in different fields of action carefully defined by law»⁵³, la Costituzione «leaves space for extensive intergovernmental cooperation»⁵⁴, dal momento che alcune clausole della stessa invitano, con modalità differenti, ad utilizzare forme di cooperazione per perseguire interessi comuni o condivisi⁵⁵. È sfruttando tali meccanismi che il sistema australiano ha potuto, in parte, controbilanciare la forza centripeta innescata dalla interpretazione estensiva della High Court. La stessa Corte, del resto, ha nel tempo riconosciuto l'importanza di tale strumento, dichiarando che «co-operation on the part of Commonwealth and States may well achieve objects that neither alone could achieve»⁵⁶ o che «a federal Constitution which divides legislative powers between the central legislature and the constituent legislatures necessarily contemplates that there will be joint co-operative legislature action to deal with matters that lie beyond the powers of any single legislature»⁵⁷.

In definitiva quindi, il federalismo cooperativo è praticato in Australia come strumento che favorisce accordi intergovernativi finalizzati al perseguimento di obiettivi che vanno oltre a quelli raggiungibili dal solo Commonwealth o dai soli Stati. Tornando alla metafora degli elefanti, quando gli australiani si chiedono “Elefanti: una responsabilità della Federazione o degli Stati?”, gli americani corrono ad individuare le clausole contenute nella loro Costituzione che, lette alla luce dei precedenti della Corte Suprema, possano fornire una adeguata risposta al quesito, mentre, nel frattempo, gli australiani, stanno immaginando chi, nelle circostanze attuali, possa più efficacemente farsi carico della responsabilità di gestire l'animale.

⁵³ *Fortescue Metal Group Ltd v. Commonwealth* [2013] HCA 34, 605.

⁵⁴ R. FRENCH, *Co-operative Federalism*, cit., p. 813.

⁵⁵ Sulle diverse tecniche di cooperazione e sul complesso funzionamento tecnico del federalismo cooperativo australiano v. (per tutti) ID., p. 825; *Final Report To The Council For The Australian Federation – Common Cause: Strengthening Australia's Cooperative Federalism*, cit.

⁵⁶ *Deputy Federal Commissioner of Taxation (NSW) v. WR Moran Pty Ltd* (1939) 61 CLR 735.

⁵⁷ *The Queen v. Duncan; Ex Parte Australian Iron and Steel Pty. Ltd.* (1983) 158 CLR 535.

Il federalismo cooperativo-pragmatico favorisce allora la collaborazione intesa non come «a sterile rational exercise in a laboratory setting», ma piuttosto «a policy-development ‘dance’ consisting of seemingly random movements rather than choreographed order»⁵⁸.

Questo modello federale è probabilmente uno dei segreti della risposta australiana alla pandemia Covid-19. Secondo diversi commentatori, esso ha infatti rappresentato – almeno durante la prima ondata della pandemia – l’arma vincente per la buona riuscita delle politiche di contenimento del virus, tanto che l’azione del continente alle molteplici sfide poste dal diffondersi dell’emergenza epidemiologica è stata descritta «as a federalism success story»⁵⁹.

Un successo che, come vedremo, è stato agevolato dalla predisposizione di meccanismi di coordinamento intergovernamentali che hanno favorito una divisione di responsabilità e competenze tra federazione e i singoli Stati non determinata in maniera rigida e stringente ma capace di sfruttare la flessibilità del sistema. Da un lato, infatti, il federalismo australiano «permits competition amongst jurisdictions, the tailoring of policies and services to meet local needs, and innovation on a sub-national scale»; dall’altro, «it permits jurisdictions to come together to seek consistency where there is value in this»⁶⁰. Questo virtuoso equilibrio necessita però di essere continuamente regolato: il segreto di «a well-managed federation» è infatti quello di essere continuamente in grado di «identify when consistency is needed and when there is benefit in diversity, competition and innovation»⁶¹.

⁵⁸ G. DAVIS, C. ALTHAUS, P. BRIDGMAN, *The Australian Policy Handbook*, Allen & Unwin, Crow’s Nest, 2012, p. 21.

⁵⁹ J.R MURPHY, E. ARBAN, *Assessing the Performance of Australian Federalism in Responding to the Pandemic*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 51(4), 2021, p. 629.

⁶⁰ P. CONRAN, *Review of COAG Councils and Ministerial Forums*, Report to National Cabinet, 2020.

⁶¹ *Ibidem*.

4. *La separazione delle competenze in materia sanitaria: i titoli competenziali della gestione pandemica.*

Con specifico riferimento alla materia sanitaria, se di primo acchito il funzionamento del sistema australiano e il relativo riparto di competenze potrebbe sembrare fornire un quadro di agile interpretazione, in realtà esso ha rivelato – in maniera esponenzialmente evidente durante la pandemia – il suo vero e complesso volto. Storicamente, e per lungo tempo, la legislazione in materia di salute pubblica è stata considerata in Australia «an area of state responsibility», muovendo anzitutto dal riconoscimento fattuale per cui la maggior parte delle prime leggi fondamentali sulla salute erano state emanate dai parlamenti coloniali prima della nascita della federazione⁶². Si trattava inoltre di interventi normativi che, profondamente ispirati dalla regolamentazione britannica (*Public Health Act 1848*), contenevano disposizioni sostanzialmente omogenee tra loro; il che aveva reso almeno in parte non necessario intervenire in materia al fine di armonizzare i diversi quadri regolatori.

È forse anche per questa ragione che nemmeno l'istituzione della federazione nel 1901 ha, almeno inizialmente, alterato il radicamento della competenza statale; sebbene infatti il Commonwealth provveda in parte al finanziamento del sistema sanitario, la Costituzione non conferisce al Parlamento un potere legislativo esplicito in materia tutela della salute, che rimane pertanto una competenza piena ed esclusiva degli Stati che la esercitano gestendo e regolando le strutture ospedaliere all'interno dei rispettivi territori.

Questo radicamento della competenza statale in materia di salute e, quindi, il suo mantenimento in capo ai singoli Stati si avvantaggiano del-

⁶² C. REYNOLDS, *Public Health and the Australian Constitution*, in *Australian Journal of Public Health*, 19(3), 1995, p. 243 ss., il quale prosegue affermando che: «Australian public health law has traditionally been seen as an area of state responsibility. The core health laws—the Public Health Act—predated federation; they were passed by the colonial governments in the second half of the 19th century (Victoria in 1854, New South Wales in 1896 and South Australia in 1873) and provided the basic requirements for sanitation, disease control, the removal of public nuisances and other environmental problems considered hazardous to health».

la più generale struttura federale australiana e trovano conferma sul piano costituzionale nella section 51 Cost. ovvero sia la disposizione che la Costituzione australiana riserva alla enumerazione degli ambiti materiali su cui può intervenire la Federazione e tra i quali non risulta espressamente la tutela della salute, potendosi così inferire come essa possa essere collocata nell'ambito di una sorta di competenza residuale statale.

A ciò si aggiunga che la stessa section 51 non prevede una competenza esclusiva paragonabile a quella di cui all'art. 117 Cost. co. 2 della nostra Costituzione. Solo nelle materie indicate in tale disposizione può intervenire il livello centrale e quindi tale sezione vale a perimetrare lo spazio di azione del Parlamento federale; senza però che questo escluda nei medesimi ambiti un intervento del livello territoriale, nonostante quest'ultimo sia destinato a soccombere rispetto alle disposizioni contenute nella cd. *Inconsistency clause* di cui alla section 109. Per il tramite di questa previsione, la Costituzione enuncia una clausola ai sensi della quale, muovendosi dal riconoscimento della supremazia della legge federale, si statuisce che, qualora nell'ambito delle competenze di cui alla section 51 si esprima con legge il Parlamento federale, la legge così approvata prevalga sulle eventuali leggi statali «to the extent of the inconsistency»⁶³.

Forte di questa separazione delle competenze, ciascuno Stato ha così autonomamente risposto alle prime avvisaglie dell'emergenza sanitaria limitando la circolazione e le attività dei propri cittadini e adottando altre misure necessarie a prevenire e a contrastare la diffusione della malattia⁶⁴. Nella section 51 sono però indicati molteplici titoli competenziali che trasversalmente impattano su tale materia e che hanno toccato la sfera della tutela della salute a fronte della peculiare dimensione della pandemia, ai quali il Parlamento federale ha fatto appello per giustificare la sua competenza ad agire con l'obiettivo di fronteggiare una crisi che, per sua natura, non si cura dei confini territoriali. Tra i titoli competenziali invo-

⁶³ Commonwealth Constitution, s 109: «When a law of a State is inconsistent with a law of the Commonwealth, the latter shall prevail, and the former shall, to the extent of the inconsistency, be invalid».

⁶⁴ A. TWOMEY, *Federal and State Powers to Deal with Pandemics. Cooperation, Conflict and Confusion*, in B. BENNET, I. FRECKELTON (a cura di) *Pandemics, Public Health Emergencies and Government Powers*, Federation Press, Alexandria, 2021, p. 52.

cati dallo Stato si ricordino: l'erogazione di prestazioni farmaceutiche, ospedaliere e, più latamente, di prestazioni mediche, ossia il cd. *benefits power* (s. 51(xxiii a) Cost.)⁶⁵; il controllo del traffico aeroportuale (art. 52 (i) Cost.); la regolamentazione dei flussi migratori (s. 51(xxvi) Cost.); la disciplina degli «external affairs» (s. 51(xxix) Cost.) nella quale, per pacifica giurisprudenza della High Court si possono annoverare quegli atti legislativi volti a dare esecuzione a trattati e accordi internazionali⁶⁶.

Per quel che qui rileva, si ricordi infatti che il *National Health Security Act* del 2007 era stato emanato dal Parlamento proprio per consentire la condivisione di informazioni con l'Organizzazione mondiale della sanità e i paesi interessati da qualsiasi evento relativo alla salute pubblica nonché per dare attuazione all'*International Health Regulations* del 2005⁶⁷. Si tratta di sfere di competenza che, oltretutto, sono state nel tempo oggetto di una interpretazione estensiva da parte della High Court la quale, unitamente agli ampi poteri in ambito finanziario riconosciuti in capo al livello federale, ha consentito di registrare – già ben prima della pande-

⁶⁵ Questa section è stata introdotta con il *Constitution Alteration (Social Services)* del 1946. Si tratta di una delle poche modifiche che hanno interessato la Costituzione australiana e che è stata fortemente voluta dall'allora Primo Ministro Chifley quale punto essenziale del programma per la ricostruzione post secondo conflitto mondiale.

⁶⁶ L'*external affair power* è stato interpretato in maniera ampia e flessibile dalla High Court australiana che entro il suo perimetro tende a ricondurre le questioni e gli affari fisicamente fuori dai confini australiani; le relazioni con altri stati e organismi; l'implementazione di accordi e trattati e, infine, questioni di rilevanza internazionale. In dottrina si rimanda a P.B. VAN SON, *The Australian Constitution: The External Affairs Power and Federalism*, in *California Western International Law Journal*, 12(1), 1982, p. 46 ss.; G. SAWER, *The External Affairs Powers*, in *Federal Law Review*, 14(3), 1984, p. 199 ss.; D.R. ROTHWELL, *The high court and the external affairs power: consideration of its outer and inner limits*, in *Adelaide Law Review*, 15(2), 1993, p. 209 ss.; C. SAUNDERS, *The external affairs power in the Australian Constitution*, in *International Law News*, 24, 1994, p. 36 ss.; M. CROCK, *Federalism and the external affairs power*, in *Melbourne University Law Review*, 14(2), 1983, p. 238 ss.

⁶⁷ Questo regolamento, che è uno strumento di diritto internazionale giuridicamente vincolante, fornisce un quadro giuridico generale con cui si definiscono i diritti e gli obblighi dei paesi nella gestione di eventi ed emergenze di salute pubblica suscettibili di travalicare i confini nazionali.

mia – un significativo sviluppo della legislazione del Commonwealth nell'ambito della tutela della salute pubblica latamente intesa⁶⁸.

Indubbiamente, tra le aree di competenza federale ricomprese nella section 51, la più immediata e significativa per far fronte alla attuale pandemia è quella di cui alla lettera (ix), a norma della quale «il Parlamento esercita il suo potere legislativo al fine di assicurare la pace, l'ordine e il buon governo del Commonwealth in materia (...) di quarantena»⁶⁹. Il potere di istituire a livello nazionale la quarantena pone però più di un interrogativo circa la sovrapposizione di competenze tra Commonwealth e Stati, perché, spettando a questi ultimi la tutela della salute, anch'essi sono in grado di disporre, nei propri territori, tale misura⁷⁰.

La spiegazione di questa sovrapposizione deve essere ricercata nella storia del sistema australiano che, da ex colonia penale britannica, si è fin dalle origini posta il problema di come controllare il diffondersi di malattie portate nel continente dalle navi di detenuti inglesi⁷¹. Tale competenza si collega così ad altri titoli competenziali riconducibili al Parlamento federale tra i quali quello in materia di immigrazione così come quello relativo alla disciplina del commercio interstatale o con altri Paesi, dai quali è discesa l'attribuzione – rimasta ferma ancora oggi – agli uffici doganali e o dell'immigrazione del compito di controllare che all'interno del territorio non entrino passeggeri⁷² o piante, animali e beni di con-

⁶⁸ C. REYNOLDS, *Public Health and the Australian Constitution*, cit.

⁶⁹ Cfr. *Commonwealth Constitution*, s. 51 (ix) «The Parliament shall, subject to this Constitution, have power to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to: (...) quarantine».

⁷⁰ A. TWOMEY, *Who is responsible for quarantine under the "Constitution"?*, in *Australian Law Journal*, 95(4), 2021, p. 253 ss.

⁷¹ Come ricordato da A. TWOMEY, *Federal and State Powers to Deal with Pandemics*, cit., p. 53 nota 5, la Quarantena fu applicata per la prima volta alle navi che arrivavano in Australia a partire dal 1804 su base informale, e poi dagli anni '20 del XIX secolo in modo più strutturato. Dal 1832 al 1984 i passeggeri in arrivo a Sydney su navi con casi di malattia furono messi in quarantena presso la stazione di quarantena di North Head. Le stazioni di quarantena furono istituite nei porti di tutta l'Australia che ricevevano passeggeri internazionali.

⁷² *Commonwealth Constitution*, s. 51(xxii) «immigration and emigration».

sumo⁷³ capaci di alterare l'equilibrio ecosistemico o di introdurre malattie sconosciute all'interno del fragile ed isolato continente australiano.

Già dalla fine del XIX, pertanto, ci si interrogava sulla compatibilità e sulla convivenza della sovrapposizione di competenze statali e federali in materia. Seguendo un dibattito avviato da Richard O'Connor alla Constitutional Convention del 1897⁷⁴, la High Court aveva fornito una prima risposta a questo interrogativo chiarendo, nel 1928, che le quarantene disposte a livello federale e statale possono coesistere, dal momento che «the safeguards which [State quarantine laws] create and the regulations which they impose are capable of taking effect side by side with the Federal law»⁷⁵.

Questo primo tentativo di risposta non ha però risolto del tutto l'intreccio di competenze, a fortiori considerando come, nel corso degli anni, l'interazione tra Parlamento federale e Parlamenti statali in materia di quarantena è stata significativamente rimodellata rispetto al disegno originario che prevedeva la competenza del primo finalizzata ad impedire l'ingresso delle malattie nel territorio, lasciando ai secondi il compito di combatterne gli effetti all'interno⁷⁶. Persino prima della decisione della High Court del 1928 e, segnatamente, a partire dal 1920, la sezione 2A del *Quarantine Act 1908* (Cth)⁷⁷ stabiliva una clausola di sospensione degli effetti delle leggi statali disposta, in casi specificati e giustificati, dal

⁷³ *Commonwealth Constitution*, s. 51 (i) «trade and commerce with other countries, and among the States».

⁷⁴ Come riportato da ID., pp. 53-54, il dibattito riguardava in particolare la possibilità che il Commonwealth esercitasse i suoi poteri per impedire alle malattie esterne di entrare nel continente, mentre agli Stati fosse conferita la competenza nella gestione delle pandemie interne: «During the Constitutional Convention debates of 1897, Richard O'Connor raised the question of whether the power should be confined to preventing the entry of disease. He proposed that the head of power should be: 'public health in relation to infection or contagion from outside the Commonwealth' (...) The change was dropped due to lack of support. Isaac Isaacs interpreted the existing provision as permitting State quarantine laws to survive, but allowing the Commonwealth to act in an emergency».

⁷⁵ *Ex parte Nelson (No 1)* (1928) 42 CLR 209, 218 (Knox CJ, Gavan Duffy and Starke JJ).

⁷⁶ Cfr. sul punto C. REYNOLDS, *Quarantine in Times of Emergency: The Scope of s 51(ix) of the Constitution*, in *Journal of Law and Medicine*, 12, 2004, p. 166 ss.

⁷⁷ *The Quarantine Act 1908* (No 3 of 1908).

Governor-general. In seguito, con l'approvazione del *Commonwealth Places (Application of Laws) Act 1970* (Cth), le prime quarantine stations furono gradualmente spostate sotto il controllo del Commonwealth, lasciando a quest'ultimo il monitoraggio in particolare le vaccinazioni anti vaiolo. Infine, dopo aver a lungo controllato la maggior parte dei centri vaccinali e di quarantena del paese, il governo australiano «progressively closed them (...) especially in capital cities», lasciando l'Australia «ill-equipped to deal with a major pandemic»⁷⁸.

Le difficoltà causate dalla sovrapposizione delle competenze in materia di quarantena risultano evidenti se si guarda al mancato coordinamento avvenuto in Australia nelle prime settimane di pandemia ed emerso plasticamente nella gestione del caso della nave *Ruby Princess*. Giunti nel porto di Sidney l'8 marzo del 2020 dopo una crociera nel sud est asiatico, i passeggeri sono stati sbarcati dalle autorità del New South Wales; il governo centrale, intanto, ha mancato di esercitare le sue competenze in materia, provocando la diffusione di un focolaio di almeno settecento infetti, tra cui si contano una ventina di deceduti⁷⁹. L'interazione tra competenze statali e federali in materia di quarantena e il difficile raccordo tra esse ha reso quindi più complesso, almeno in un primo momento, il coordinamento strategico necessario per arginare la pandemia globale.

5. Centralizzare l'emergenza: l'istituzione del National Cabinet.

La necessità di un efficace coordinamento territoriale in materia sanitaria era stata riconosciuta fin all'inizio dello scorso secolo⁸⁰, quando

⁷⁸ A. TWOMEY, *Federal and State Powers to Deal with Pandemics*, cit., p. 56 che riporta le considerazioni fatte da Australian Bureau of Statistics, 'Human Quarantine – The Australian Approach to a World Problem'.

⁷⁹ Cfr. N. DAVIS, *The Ruby Princess cruise ship, COVID-19 and the sea of governing laws*, 25 marzo 2020, <https://www.mondaq.com>; K. MIDDLETON, *NSW lays blame for Ruby Princess on feds*, *The Saturday Paper*, 13 giugno 2020, <https://www.thesaturdaypaper.com.au>.

⁸⁰ La crisi sanitaria innescata dal diffondersi del virus Covid-19 non è infatti la prima

– anche a seguito delle considerazioni emerse qualche decennio prima nella Australasian Sanitary Conference del 1884 e dopo l’approvazione del *Quarantine Act* del 1908⁸¹ – il Commonwealth aveva tentato di ideare un meccanismo di cooperazione federale tra territori coordinato dal Federal Quarantine Service che affidava ai Chief Health Officers degli Stati i poteri di vigilanza e controllo necessari per rispondere ad emergenze sanitarie.

Testata durante l’influenza spagnola, tale misura aveva prodotto una serie di accordi tra i Ministri della salute degli Stati nel Novembre del 1918⁸² che vincolavano i territori a notificare immediatamente i casi di contagio, attivando i poteri di controllo e chiusura dei confini esercitati dal Commonwealth⁸³. Questo meccanismo di coordinamento federale “dal basso”, tuttavia, ha dato prova di malfunzionamento quando la mancata comunicazione di un focolaio all’interno di uno Stato aveva portato alla rapida diffusione del contagio nei territori limitrofi, producendo «a general sense of betrayal and mistrust»⁸⁴ e alimentando all’in-

esperienza di emergenza pandemica affrontata dalla nazione australiana. Come ricordato da G. WOLF, *COVID-19 in Historical Context: Australian Legal and Regulatory Responses to Past Influenza Pandemics*, in B. BENNET, I. FRECKELTON (a cura di) *Pandemics, Public Health Emergencies and Government Powers*, Federation Press, Sidney, 2021, p. 34, «Australians experienced five influenza pandemics that occurred between the end of the 19th century and the emergence of COVID-19: Russian flu (1889); Spanish flu (1918); Asian flu (1957); Hong Kong flu (1968); and swine flu (2009)».

⁸¹ Abrogato nel 2016, il *Quarantine Act* 1908 (Cth) fu approvato per regolare i poteri di quarantena in attuazione dell’art. 51 s (ix) della Costituzione. Cfr. S. DURANT, T.A. FAUNCE, *Analysis of Australia’s New Biosecurity Legislation*, in *JLM*, 25(3), 2018, p. 647 ss.

⁸² G. WOLF, *COVID-19 in Historical Context: Australian Legal and Regulatory Responses to Past Influenza Pandemics*, p. 38: «At a national influenza planning conference on 26 and 27 November 1918, they adopted 13 resolutions to this effect, which concerned the States’ and Territories’ use of public health powers reserved to them in the Constitution, but also authorised the federal government to play a pivotal role in managing the crisis».

⁸³ *Quarantine (Pneumonic Influenza) Regulations* 1919 (Cth).

⁸⁴ H. MCQUEEN, “Spanish Flu” – 1919: *Political, Medical and Social Aspects*, in *Medical Journal of Australia*, 1(18), 1975, pp. 565-566; F. ALEXANDER, *Australia Since Federation: a narrative and critical analysis*, Thomas Nelson, Melbourne, 1967.

terno del neonato sistema federale «confusion over and tension between the governments' respective rights and obligations»⁸⁵.

Accanto a questo precedente storico più risalente, l'inadeguatezza del federalismo australiano in tempo di crisi si è imposta, di recente, in occasione della c.d. Bushfire Crisis avvenuta solo pochi mesi prima dell'inizio della pandemia. Il disastro ecologico innescato nell'estate del 2019 dai numerosi incendi spontanei ha sollevato più di un interrogativo sulla ripartizione costituzionale delle competenze federali. Sebbene esistano ambiti che possono in alcuni casi sovrapporsi, la gestione delle crisi generate dai disastri naturali sono affidate alla responsabilità degli Stati e non del Commonwealth⁸⁶, come testimoniano le specifiche legislazioni approvate negli anni da ciascun territorio⁸⁷. Tuttavia, l'ampiezza del disastro ambientale generato dalla Bushfire Crisis ha di fatto ben presto travalicato i confini territoriali, esigendo una risposta da parte del governo centrale che però, assumendo la mancanza di «legislative power to declare a state of emergency»⁸⁸, ha in un primo momento rilevato come i compiti e le responsabilità di spegnere gli incendi fossero dei territori e non del Commonwealth.

Di fronte all'aggravarsi della situazione e alla impossibilità per gli Stati

⁸⁵ G. WOLF, *COVID-19 in Historical Context: Australian Legal and Regulatory Responses to Past Influenza Pandemics*, cit., p. 39.

⁸⁶ Come ricordato da A. GRAY, *Use of the Military in an Emergency and the Constitution*, in *UNSW Law Journal*, 44(1), 2021, p. 359: «No doubt, it was intended at Federation that response to emergencies caused by natural disasters like bushfires, floods and health issues would be a responsibility of state, not federal, governments».

⁸⁷ Cfr. *State Emergency and Rescue Management Act 1989* (NSW); *Emergency Management Act 1986* (Vic); *Emergency Management Act 2013* (Vic); *Disaster Management Act 2003* (Qld); *Emergency Management Act 2005* (WA); *Emergency Management Act 2004* (SA); *Emergency Management Act 2006* (Tas); *Emergencies Act 2004* (ACT); *Emergency Management Act 2013* (NT). Come messo in luce dal Final Report della Royal Commission into National Disaster Arrangements del 2020, non è inoltre nemmeno presente un «civil national emergency response team».

⁸⁸ A. GRAY, *Use of the Military in an Emergency and the Constitution*, cit., p. 359; si rimanda altresì a L. ZINES, *Changing Attitudes to Federalism and its Purpose*, in R. FRENCH, G. LINDELL, C. SAUNDERS (a cura di), *Reflections on the Australian Constitution*, Federation Press, Sydney, 2003; B. GALLIGAN, C. WALSH, *Australian Federalism: Yes or No?*, cit., 1991.

di affrontare le numerose minacce alla popolazione, il Commonwealth era tardivamente intervenuto utilizzando le proprie risorse nazionali⁸⁹, anche se ciò ha spinto il Primo Ministro Morrison ad esprimere pubblicamente alcune perplessità sul fatto che la federazione «was acting at the edges of constitutional power»⁹⁰. Proprio per sciogliere tali dubbi Morrison aveva pertanto istituito una apposita commissione volta a verificare fino a che punto si sarebbero potuti estendere i poteri del Commonwealth in casi di emergenza nazionale.

Al di là dei pur interessanti esiti della ricognizione svolta da questa commissione, la vicenda è in questa sede rilevante perché mette in luce le difficoltà che l'architettura federale australiana incontra specialmente in situazioni di crisi e di emergenza, in balia di risposte non sempre pronte ed efficaci da parte dei singoli Stati che agiscono in ordine sparso e non del tutto responsabilmente, a fortiori in mancanza di un momento e di un luogo di coordinamento⁹¹. Quando la pandemia ha colpito il territorio australiano, di conseguenza, pochi pensavano che il sistema federale sarebbe stato in grado di gestire una emergenza tanto pervasiva, perché «the system's "patchwork" of powers» unitamente alle difficoltà già sperimentate durante la crisi degli incendi del bush certo non deponevano a favore della sua efficienza⁹².

⁸⁹ Come riportato da L. ALBECK-RIPKA, J. TARABAY, I. KWAI, *As fires rage, Australia sees its leader as missing in action*, 2020, in <https://www.nytimes.com/2020/01/04/world/australia/fires-scottmorrison.html>, Daniel Flitton del Lowy Institute aveva descritto la situazione del Primo Ministro australiano di fronte alla tragedia degli incendi come il suo «George W. Bush moment after Hurricane Katrina in 2005. He seemed to be out of touch and misread the depths of public concern».

⁹⁰ Cfr. A. TWOMEY, *Federal and State Powers to Deal with Pandemics*, cit., p. 58. Per questa ragione, il Primo Ministro Morrison ha istituito la Royal Commission into National Natural Disaster Arrangements, 'Report' (Commonwealth of Australia, 28 October 2020), al fine di «consider the extent to which the Commonwealth has the power to respond to national emergencies».

⁹¹ Tanto che, nel tirare le somme della gestione della *Bushfire Crisis*, più di un interrogativo sulla efficacia del sistema federale e sulla necessità di una sua riforma sono stati sollevati. Cfr. M. EBURN, C. MOORE, A. GISSING, *The Potential Role of the Commonwealth in Responding to Catastrophic Disasters*, Report No 530, Bushfire and Natural Hazards Cooperative Research Centre, 2019.

⁹² Così, tra gli altri, A. FENNA, *The Pleasant Greyness of Australian Federalism*, in 50

Contro ogni aspettativa, invece, grazie alla acquisita consapevolezza di questi elementi di debolezza, il sistema australiano non si è fatto cogliere del tutto impreparato. Dopo un iniziale momento di sottovalutazione della reale portata della diffusione del contagio e di smarrimento che si è riflesso su reazioni spesso differenziate e inconciliabili nei diversi territori della federazione⁹³, il governo centrale ha impostato la reazione alla crisi sanitaria sviluppando una effettiva cooperazione attraverso l'ideazione del National Cabinet⁹⁴.

Quest'ultimo veniva costituito come organo intergovernativo del Commonwealth composto dal Primo Ministro australiano, dai Premier di ciascuno Stato e dai Chief Minister dei territori del Federal Australian Territory e del Northern Territory. Operativo a partire dal 13 marzo 2020⁹⁵, esso ha svolto funzioni di coordinamento tra i vari Stati così da

Shades of Federalism, 2020, <http://50shadesoffederalism.com> che utilizza l'espressione di G. HOWSE, *Managing emerging infectious diseases: Is a federal system an impediment to effective laws?*, in *Australia and New Zealand Health Policy*, 1, 7, 2004, p. 1 ss.; B. BENNETT, T. CARNEY, R. BAILEY, *Emergency Powers & Pandemics: federalism and the management of public health emergencies in Australia*, in *University of Tasmania Law Review*, 31(1), 2012, p. 37 ss.

⁹³ Come ricordato da J.R MURPHY, E. ARBAN, *Assessing the Performance of Australian Federalism in Responding to the Pandemic*, cit., p. 629: «The early Australian response to the pandemic was characterized by conflicting messages from the leadership of state and federal governments (...). It was thus possible that Australia's federal structure might have resulted in an uncooperative, politicized, and inefficient response to the pandemic, as occurred in the United States».

⁹⁴ Descritto da A. Twomey come «a cooperative body that has been re-badged for the occasion, presumably as an indicator of collective leadership and the gravity of the situation» (riportato da N. BONYHADY, J. DUKE, *Leaders in unprecedented "national cabinet" to tackle coronavirus*, 2020, in <https://www.smh.com.au>).

⁹⁵ S. Morrison (Prime Minister), *Transcript of press conference with premiers and chief ministers*, media release, 13 marzo 2020. Nello stesso giorno sono state adottate dal COAG sia la National Partnership on Covid-19 Response (Agreement on a National Partnership on Covid-19 Response, Austl. Cap. Terr.-Commonwealth of Austl.-N.S.W.-N. Terr.-Queensl.-S. Austl.-Tas.-Vict.-W. Austl., Mar. 13, 2020, Council of Austl. Gov'ts) che la National Partnership of Disaster Risk Reduction (Agreement on a National Partnership on Disaster Risk Reduction, Austl. Cap. Terr.-Commonwealth of Austl.-N.S.W.-N. Terr.-Queensl.-S. Austl.-Tas.-Vict.-W. Austl., Mar. 13, 2020, Council of Austl. Gov't).

garantire una azione proattiva e organica, avvalendosi altresì del costante aggiornamento, dei pareri e delle linee guida fornite da una fitta e capillare rete di organi e comitati tecnici preesistenti o istituiti durante la pandemia, tra i quali il National Coordination Mechanism (NCM)⁹⁶ e l'Australian Health Protection Principal Committee (AHPPC)⁹⁷. Nell'ambito di quest'ultimo, significativo rilievo è stato assunto da tre sottocomitati: il Communicable Disease Network of Australia (CDNA), il Public Health Laboratory Network (PHLN) e, infine, l'Infection Prevention and Control Expert Group (ICEG)⁹⁸. In particolare, il Communicable Diseases Network of Australia (CDNA) ha svolto le funzioni di direzione nazionale delle politiche sanitarie, implementando pratiche di prevenzione e controllo della malattia ed elaborando specifiche linee guida (SoNGS) per il tramite delle quali sono stati offerti consigli e indicazioni coerenti circa la gestione appropriata dei casi e dei contatti pandemici⁹⁹.

⁹⁶ Anche questo organo è il frutto di un coordinamento delle principali agencies australiane del Commonwealth e dei territori. Nato a seguito della emergenza nazionale pandemica nell'ambito dei compiti dell'Home Affairs, l'NCM «brings together agencies of the Australian Government, state and territory governments and industry and private sector stakeholders (...) and has embedded as a permanent response tool in the Australian Government Crisis Management Framework (AGCMF) ensuring the government can bring together the relevant representatives of both government and non-government organisations to coordinate, communicate and collaborate during responses to crisis in our country. The NCM provides holistic advice to the AGCRC (...) and will ensure coordination, communication and collaboration, but is not a mechanism for command and control». Cfr. <https://www.homeaffairs.gov.au>.

⁹⁷ Quest'ultimo è un organo permanente istituito nel 2006 presso il Department of Health and Age Care e formato dai Chief Medical Officers del Commonwealth, degli Stati e dei Territori, con il precipuo scopo di «mitigating emerging health threats related to infectious diseases, and the environment as well as natural and human made disasters» tanto da essere qualificato come «the key decision-making committee for health emergencies» (si rimanda a <https://www.health.gov.au/committees-and-groups/Australian-health-protection-principal-committee-ahppc>).

⁹⁸ Tale organo fornisce informazioni e suggerimenti tecnici per supportare le migliori pratiche di prevenzione dell'infezione e di controllo in ospedali o altre istituzioni.

⁹⁹ Cfr. *Communicable Diseases Network Australia, Coronavirus Disease 2019 (COVID-19): CDNA National Guidelines for Public Health Units* (Version 3.8, 23 agosto 2020), in <https://www.health.gov.au/>.

6. National Cabinet v. Council of Australian Governments (COAG): *nuove risposte a vecchi problemi?*

Il National Cabinet, in realtà, non è il primo organo intergovernativo ideato dal sistema australiano per facilitare il coordinamento tra centro e periferia, dal momento che tale compito era già svolto in precedenza dal Council of Australian Governments (COAG) istituito nel 1992 e, ancor prima, dalle Premier's Conferences. Considerate quali «elite negotiations»¹⁰⁰ poiché per lo più «focused around disputes between Canberra and the state and territory leaders over the level of funding for the states»¹⁰¹, questa prassi delle Conferences era stata soppiantata dalla istituzione del COAG che, composto dal Primo Ministro, dagli State and Territory Premiers e Chief Ministers, e dal presidente della Australian Local Government Association (ALGA), era incaricato di «promote policy reforms that are of national significance, or which need coordinated action by all Australian Governments»¹⁰².

Il COAG nasceva infatti, in costanza di un intenso e vivace periodo di riforme politiche e di deregolamentazione¹⁰³, in reazione alla già avvertita

¹⁰⁰ A. BANFIELD, N. CHURCH, *Next steps for National Cabinet*, Parliamentary Library Briefing Book, <https://www.aph.gov.au/>, 2022.

¹⁰¹ Cfr. C. SHARMAN, *The Premier's Conference. An Essay in Federal State Interaction*, The Australian National University, 1977; G. MADDOX, *Australian Democracy in Theory and Practice*, Pearson Education Australia, Frenchs Forest, 2005.

¹⁰² A. TWOMEY, *Federal and State Powers to Deal with Pandemics – Cooperation, Conflict and Confusion*, cit., p. 59. In dottrina si vedano altresì G. ANDERSON, *The Council of Australian Governments: A New Institution of Governance for Australia's Conditional Federalism*, in *The University of New South Wales Law Journal*, 31(2), 2008, p. 493 ss.; J. MENZIES, *Blowing Hot and Cold. Intergovernmental Relations Capacity in the Commonwealth Government*, in *Australian Journal of Public Administration*, 70(4), 2012, p. 408 ss.; P. KILDEA, A. LYNCH, *Entrenching "Cooperative Federalism": Is it Time to Formalise COAG's Place in the Australian Federation?*, in *Federal Law Review*, 39, 2011, p. 103 ss.; M. PAINTER, *Multi-level Governance and the Emergence of Collaborative Federal Institutions in Australia*, in *Policy and Politics*, 29(2), 2001, p. 137 ss.

¹⁰³ Si vedano M. PAINTER, *Collaborative federalism: Economic reform in Australia in the 1990s*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998. Nel *Australian Govern-*

impellenza di un efficace coordinamento tra diversi livelli di governo che ha da tempo interessato il federalismo australiano, indipendentemente da situazioni di tensione e di stress.

Il complicato intreccio delle competenze federali ha spinto infatti l'ordinamento australiano verso una crescente sovrapposizione dell'ambito di intervento di molteplici materie, al punto che «it has become a herculean task to separate out the roles of the Commonwealth and the states (...) in many vital areas»¹⁰⁴. In questo tortuoso quadro, reso ancora più complesso dalla lacuna nella Costituzione australiana di meccanismi costituzionali di raccordo tra i diversi livelli di governo¹⁰⁵, l'introduzione del COAG avrebbe dovuto sciogliere tali nodi costituzionali, favorendo un confronto cooperativo nell'ottica dell'efficientamento del sistema nel suo complesso¹⁰⁶.

Tuttavia, esso ha mostrato nel tempo tutta la sua fragilità sia a livello strutturale che politico¹⁰⁷, al punto da diventare – per usare le parole del-

ment, Department of the Prime Minister and Cabinet, Reform of the Federation White Paper, 2015, il COAG viene descritto «as a forum for high level discussion of matters of strategic national importance that can only be solved by cooperation and collaboration».

¹⁰⁴ Cfr. P. KILDEA, A. LYNCH, G. WILLIAMS (a cura di), *Tomorrow's Federation: Reforming Australian Government*, The Federation Press, Annandale, 2012.

¹⁰⁵ Si veda J. MENZIES, *Reducing Tensions in Australian Intergovernmental Relations through Institutional Innovation*, in *Australian Journal of Public Administration*, 72(3), 2013, p. 382: «Because Australia was established as a coordinate federation, the Constitution did not create mechanisms to manage intergovernmental relations (IGR).⁴ The result is an ad hoc system of intergovernmental relations which is subject to renegotiation when there is a change of Prime Minister, or a change of government at the subnational level, and a working relationship between the Commonwealth and the states waxing and waning depending on the Prime Minister's interest or whether the states are in a cooperative or obstructionist phase».

¹⁰⁶ Ne valuta positivamente l'impatto come luogo di scambio paritario di idee A. TIERNAN, *Reforming Australia's Federal Framework: Priorities and Prospects*, in *Australian Journal of Public Administration*, 74(4), 2015, p. 398 ss.

¹⁰⁷ Come rilevato da G. WILLIAMS, P. KILDEA, *COAG: How to turn a 'parking lot for tough decisions' into something really useful*, *The Conversation*, 24 Marzo 2011: «The greatest threats to COAG's effectiveness lie (...) first, in a lukewarm political commitment to its reform agenda; and second, in its outdated governance structures». Si veda

l'allora Primo Ministro del New South Wales Barry O' Farrel – «a parking lot for tough decisions»¹⁰⁸. Da più voci era stato evidenziato come, lungi dal soddisfare l'obiettivo di una efficace collaborazione, il COAG avesse risposto alla esigenza di un coordinamento verticale mancando però di mettere in collegamento i diversi membri della federazione sul piano orizzontale, fungendo piuttosto da strumento di soddisfazione delle priorità poste dal Primo Ministro¹⁰⁹ e quale veicolo di «exclusivity in decision-making about significant, strategic national directions»¹¹⁰. Tale organo, è stato così accusato di sostenere la centralizzazione e di promuovere un federalismo di tipo esecutivo¹¹¹, e criticato per l'atteggiamento di indifferenza assunto nei confronti della corretta distribuzione dei poteri all'interno della struttura federale australiana¹¹².

altresì P. MCCLINTOCK, *Harnessing Federalism – the Missing Key to Successful Reform*, Sir Roland Wilson Foundation Lecture, The Australian National University, Canberra, 2012, secondo il quale «it is because COAG has not developed processes that one would expect to be part of a comprehensive approach to accountability – processes that “close the loop” and provide for COAG to regularly consider the findings and reflect on their implications for government action»; sul problema della accountability del COAG si veda anche J. MENZIES, *Executive Federalism and Accountability. A Workable System*, COAG Reform Council, 2012, [https:// webarchive.nla.gov.au/](https://webarchive.nla.gov.au/).

¹⁰⁸ Riportato da G. WILLIAMS, P. KILDEA, *COAG: How to turn a 'parking lot for tough decisions' into something really useful*, cit. Tra coloro che hanno invece evidenziato i pregi del COAG si rimanda a G. DAVIS, *Carving Out Policy Space for State Government in a Federation: The Role of Coordination*, in *Publius. The Journal of Federalism*, 28, 1998, p. 147 ss.

¹⁰⁹ D.C. DOWNEY, W.M. MYERS, *Federalism, Intergovernmental Relationships, and Emergency Response: A Comparison of Australia and the United States*, in *American Review of Public Administration*, 50(6-7), 2020, p. 526 ss.

¹¹⁰ G. HILL, J. GARRICK, N. BARTON, *Faultlines of federation: Australia's Intergovernmental Cooperation and Human Rights During the Pandemic*, in *Journal of Transnational*, 30, 2020-2021, p. 119 ss.

¹¹¹ G. ANDERSON, *The Council of Australian Governments: A New Institution of Governance for Australia's Conditional Federalism*, in *UNSW Law Journal*, 31(2), 2008, p. 493 ss.; C. SAUNDERS, M. FOSTER, *The Australian Federation: A Story of the Centralization of Power*, in D. HALBERSTAM, M. REIMANN (a cura di), *Federalism and Legal Unification. A Comparative Empirical Investigation of Twenty Systems*, Springer, 2014, p. 87 ss.

¹¹² G. GRIFFITH, *Managerial Federalism. COAG and the States*, Briefing Paper No 10/09 NSW Parliamentary Library, 2009.

Il COAG è stato qualificato come un'istituzione «atipica» o «amorfa» la cui natura non è definita né a livello legislativo né a livello costituzionale e appare quindi come «an administrative creation of executive will (...) constantly changing and adapting to political and other circumstances» che svincolato da un diretto controllo parlamentare, viveva in «a kind of governance vacuum»¹¹³.

Pur sostituendo operativamente il COAG, la struttura e il funzionamento del National Cabinet se ne discosta significativamente. In primo luogo, l'agenda dei lavori del COAG era decisa dal Commonwealth sulla base di ipotesi di coordinamento a lungo raggio; in aggiunta, incontrandosi raramente e solo su impulso del governo centrale, esso aveva finito per essere «bogged down by bureaucracy»¹¹⁴. Al contrario, il National Cabinet, non solo ha dovuto incontrarsi di frequente per rimanere al passo con i continui e repentini mutamenti della pandemia, ma ha svolto i suoi compiti a partire da un principio di responsabilità rovesciata dal momento che, riconoscendo la competenza dei singoli Stati e territori, il Cabinet «accepted the democratic reality that each Premier or Chief Minister is responsible to their own legislature and can only act pursuant to the powers set out in its laws»¹¹⁵.

Proprio la scelta di assumere come dato di partenza la constatazione di una responsabilità e di una competenza nazionale ha forse rafforzato lo spirito di coordinamento del National Cabinet¹¹⁶, che è ora intera-

¹¹³ L. BLAYDEN, *COAG*, Parliament of NSW, NSW Parliamentary Research Service, 2013, <https://www.parliament.nsw.gov.au/>.

¹¹⁴ A. TWOMEY, *Federal and State Powers to Deal with Pandemics – Cooperation, Conflict and Confusion*, cit., p. 60.

¹¹⁵ ID., p. 59.

¹¹⁶ Il coordinamento presuppone una sfera di autonomia del soggetto che deve essere coordinato, richiamando la nota definizione di coordinamento offerta da Bachelet: «il coordinamento può definirsi come una figura (almeno tendenzialmente) di sovraordinazione predisposta per realizzare la unità di indirizzo di uffici od enti dotati di autonomia» (V. BACHELET, *Coordinamento*, voce in *Enciclopedia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 631). Nella dottrina straniera, sull'importanza del coordinamento all'interno di sistemi federali si rimanda, più di recente, a J. SCHNABEL, *Managing Interdependencies in Federal Systems: Intergovernmental Councils and the Making of Public Policy*, Palgrave Macmillan, Cham, 2020.

mente fondato sulla condivisione delle competenze esecutive; così, anche di fronte a contrasti sull'applicazione di talune misure, il Commonwealth ha generalmente fatto aggio su un criterio sussidiario, coordinando politiche che venivano poi svolte dai livelli di governo più vicini ai cittadini ¹¹⁷.

Scardinando le «command and control techniques» ¹¹⁸ che avevano fino a quel momento informato le relazioni intergovernative e, quindi, svolgendo attività di coordinamento non strettamente vincolante che hanno lasciato una certa flessibilità ai singoli territori nel determinare il modo più efficace di perseguire gli obiettivi comuni, il National Cabinet ha così dato prova di svolgere efficacemente il proprio compito, al punto da costruire il primo passo per l'ideazione di una riforma del sistema federale australiano.

Solo pochi mesi dopo la sua istituzione, infatti, il Primo Ministro Morrison ne ha lodato il funzionamento ¹¹⁹, preannunciando come tale organo sarebbe divenuto il perno della nuova Australia's Federal Relations Architecture, un articolato meccanismo «where Commonwealth, state and territory ministers can meet to progress a range of priority cross-jurisdictional issues» ¹²⁰. La riforma annunciata dal Primo Ministro è sta-

¹¹⁷ Così, ad esempio, le critiche espresse dal Ministro dell'Istruzione del Commonwealth per la chiusura delle scuole nello Stato di Victoria, sono state respinte ricordando che non è competenza del Commonwealth la gestione del sistema educativo scolastico. Tale episodio ha portato alle scuse pubbliche del Primo Ministro, che ricordò che l'unica persona che i cittadini dello Stato di Victoria avrebbero dovuto ascoltare riguardo alle scuole era il loro Premier. Cfr. N. SAVVA, *Coronavirus: It's the PM's national cabinet – but not all the time*, in *The Australian*, 23 Aprile 2020.

¹¹⁸ C. SAUNDERS, *The National Cabinet has Worked. Can it Last?*, in *Pursuit*, The University of Melbourne, 11 giugno 2020, in <https://pursuit.unimelb.edu.au>.

¹¹⁹ Proprio il criterio dell'efficienza è stato indicato in conferenza stampa dal Primo Ministro Morrison per una comprensiva riforma amministrativa: «By any measure, National Cabinet has proven to be a much more effective body for taking decisions in the national interest than the COAG structure» (riportato da A. TUDGE, *Second reading speech: COAG Legislation Amendment Bill 2021*, House of Representatives, *Debates*, (proof), 21 settembre 2021, p. 3).

¹²⁰ I compiti e le policies adottate dal Australia's Federal Relations Architecture sono indicate dal Final Report del National Cabinet, *A culture of cooperation: First Secretaries Group's Review of Ministerial Councils*, 30 settembre 2022. <https://federation.gov.au/>.

ta realizzata, il 20 maggio 2020, da Peter Conran, ex Director-General of the Western Australian Department of Premier and Cabinet, incaricato dallo stesso National Cabinet, di ideare una razionalizzazione e semplificazione delle procedure di coordinamento finalizzata alla costruzione di un «cooperative and responsible federalism»¹²¹. Con questo obiettivo di fondo, la riforma ha sostituito il precedente organo intergovernativo Council of Australian Governments (COAG) con il National Federation Reform Council (NFRC)¹²², «a joint forum» nel quale il National Cabinet – congiuntamente al Council on Federal Financial Relations (CFFR) e alla Australian Local Government Association (ALGA) – si occupano di definire le principali questioni federali. Questa più ampia investitura del National Cabinet trova oggi conferma nella previsione per cui, passata la fase acuta della pandemia, esso ha mantenuto tra le sue priorità quella di gestione dell’impatto sanitario ma anche economico del Covid-19, assurgendo, al contempo, a strumento nelle mani del Primo Ministro per affrontare in modo collaborativo un’ampia gamma di questioni di rilevanza nazionale.

L’istituzione del NFRC e il ruolo centrale occupato in tale organo dal National Cabinet rispondono dunque, sotto il profilo della divisione verticale dei poteri, ad una esigenza sentita dalla federazione australiana. Sfruttando la necessità originata dall’insorgere della pandemia di centralizzare le competenze, il governo australiano ha potuto colmare le inadeguatezze del precedente sistema intergovernativo sostituendolo con una struttura più snella e quindi più efficiente, che è stata in grado di fornire soluzioni tempestive¹²³. Sebbene il rischio di una eccessiva centralizzazione fosse concreto, l’aver sfruttato le potenzialità insiste nei meccanismi intergovernativi ha, soprattutto in un primo momento e al di là di qualche inevitabile tensione, favorito l’ideazione di un sistema «lauded for its

¹²¹ P. CONRAN, *Review of COAG Councils and Ministerial Forums, Report to National Cabinet*, 2020, <https://www.pmc.gov.au>.

¹²² La sostituzione del COAG con il National Cabinet, anticipata dalla Conran Review, ha alimentato una riflessione parlamentare più ampia che è confluita nel COAG Legislation Amendment Bill 2021, 30 ottobre 2021, Bills Digest No. 21, 2021-22.

¹²³ Sebbene «the pandemic has placed stress on federal relations (...), the National Cabinet has, as a general matter, been perceived as successful and efficient» (S. BATEMAN, A. STONE, *Australia – Covid-19 And Constitutional Law*, cit., p. 314).

operation and for the cooperative manner in which that occurred»¹²⁴. L'efficace risposta australiana alla diffusione del virus ha così fatto intravedere, almeno in questa occasione, «the capacity of the Australian federal system to respond to a global crisis in a manner that is both centrally coordinated and regionally differentiated»¹²⁵.

7. *Luci e ombre del National Cabinet: Executive federalism*

L'efficienza dimostrata dal National Cabinet durante la crisi sanitaria non ha però impedito che la dottrina sollevasse su quest'ultimo molteplici interrogativi giuridico-costituzionali¹²⁶ che in parte si sovrappongono ai punti di criticità che erano stati messi in luce per il COAG, tanto che si è fatto riferimento al National Cabinet affermando come esso non fosse altro che «the COAG by another name»¹²⁷.

Tra gli interrogativi costituzionali due sono in particolare quelli che qui meritano di essere presi in considerazione e, segnatamente, quelli che riguardano, da un lato, la sua similarità con modelli di federalismo esecutivo adottati da altri paesi del Commonwealth britannico e, dall'altro, la natura giuridica di un meccanismo che, soprattutto in ragione del nome, sembrerebbe presentare caratteristiche tipiche di organo connesso al Commonwealth Cabinet della tradizione inglese, ma che in realtà se ne discosta significativamente, sollevando più di una criticità sia con riferi-

¹²⁴ A. FENNA, *The Pleasant Greyness of Australian Federalism*, cit.

¹²⁵ N. ARONEY, M. BOYCE, *Australia and The COVID-19 Pandemic: Federal, State and Local Responses*, in N. STEYTLER (a cura di), *Comparative Federalism and Covid-19*, Routledge, Londra, 2021, p. 305.

¹²⁶ Cfr. C.W. MARK, *Australia's National Cabinet and its Coronavirus Response: Implications for Australian Federalism*, in *The Kyoritsu journal of international studies*, 38(3), 2021, p. 119 ss.: «The constitutional status of the National Cabinet is rather ambiguous, as the conventions and rules of the regular cabinets of the federal and state governments, such as legally protected confidentiality and principles of cabinet solidarity once decisions are passed, may not necessarily apply».

¹²⁷ J. MENZIES, *Explainer: What is the National Cabinet and is it democratic?*, in *The Guardian*, 31 marzo 2020.

mento alla trasparenza delle sue decisioni sia con riguardo al rapporto tra esecutivo e legislativo.

Innanzitutto, stressando l'accento cooperativo del federalismo australiano, il National Cabinet istituisce una cabina di regia degli esecutivi nella quale convergono le principali decisioni pubbliche che interessano non solo le istituzioni federali ma anche quelle statali, chiamate in prima linea a farsi carico degli impellenti interventi causati dal diffondersi della pandemia. In questa prospettiva, tale organo pare strutturarsi come forma avanzata di «executive federalism» ovvero di «a processes of intergovernmental negotiation that are dominated by the executives of the different governments within the federal system»¹²⁸.

Sviluppatosi originariamente nel sistema canadese con l'istituzione della First Ministers' Conferences¹²⁹ per rispondere alla grande depressione degli anni '20 dello scorso secolo¹³⁰, l'executive federalism è un

¹²⁸ R.L. WATTS, *Executive Federalism: A Comparative Analysis*, Print Book, London, 1989, p. 3; il termine «executive federalism» è stato coniato da D. Smiley alla fine degli anni Sessanta dello scorso secolo in uno studio sul bilinguismo commissionato dalla Royal Commission, e successivamente elaborato in D. SMILEY, *Canada in Questions. Federalism in the Seventies*, McGraw-Hill Ryerson, Toronto, 1972. Come recentemente ricordato da C.A. BOTCHWAY, *The need for executive federalism in federal-provincial relations: The Canadian example*, in *Journal of Public Administration and Policy*, 9(5), p. 96 non è un caso che il federalism esecutivo sia nato e si sia sviluppato proprio nel sistema canadese in quanto «the unique nature of Canada's federation meant that there was always competing interests between the provincial and federal orders of government, culminating in heated tensions and threats of secession from the federation by some provinces. These tensions are fuelled by various linguistic, cultural and regional concerns. Through it all, Canada has successfully gone through an enviable record of nation building characterized by the institution and processes of executive federalism».

¹²⁹ D. CAMERON, R. SIMEON, *Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism*, in *The Global Review of Federalism*, 32(2), 2002, p. 49 ss.: «executive federalism o federal provincial diplomacy has been considered the defining characteristic of Canadian federalism which combines federalism and Westminster – style cabinet government».

¹³⁰ Cfr. H. BAKVIS, G. BAIER, D. BROWN, *Contested Federalism: Certainty and Ambiguity in the Canadian Federation*, Toronto, Oxford University Press, Toronto, 2009 in particolare p. 105 ss.

modello di cooperazione federale che si differenzia dal federalismo cooperativo istituito per via costituzionale e/o legislativa. Quest'ultimo, infatti, individua le forme e le modalità attraverso cui l'organo di coordinamento delle politiche federali deve introdurre le decisioni assunte comunitariamente in politiche territorialmente vincolanti; in un sistema come quello australiano, questo modello richiederebbe che ciascuno degli otto Stati/territori che compongono la federazione traduca tali politiche in atti legislativi specifici (legislative mirror) attraverso passaggi che «can take years of negotiations, due to differences in the policy and legislative agendas of state parliaments dominated by opposing political parties»¹³¹.

Diversamente, le forme di federalismo esecutivo presuppongono meccanismi di negoziazione diretta¹³² che affidano al governo centrale il coordinamento generale delle politiche in un determinato settore, lasciando liberi gli esecutivi locali di darne esecuzione a livello territoriale. Proprio in quanto espressione del federalismo esecutivo, il National Cabinet è stato pertanto in grado di sfruttare pragmaticamente la capacità di coordinamento, ideando una soluzione coerente sul piano federale nella quale si fornisce uguale rilevanza anche ai territori più piccoli o meno popolati¹³³ e si va ad allineare la c.d. «dual allegiances» dei cittadini au-

¹³¹ J.R. MURPHY, E. ARBAN, *Assessing the Performance of Australian Federalism in Responding to the Pandemic*, cit., p. 632. Cfr. altresì J. PHILLIMORE, A. FENNA, *Intergovernmental councils and centralization in Australian federalism*, in *Regional and Federal Studies*, 27(5), 2017, p. 597 ss.; N. BEHNKE, S. MUELLER, *The purpose of intergovernmental councils: A framework for analysis and comparison*, in *Regional and Federal Studies*, 27(5), 2017, p. 507 ss.

¹³² Così R. SIMEON, *Federal-Provincial Diplomacy: The Making of Recent Policy in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, 2006, p. 5: «executive federalism refers to direct negotiation between the executives of different governments».

¹³³ J. MENZIES, *Explainer: what is the national cabinet and is it democratic?*, cit.: «The national cabinet helps reconcile the dual allegiances citizens have to the national government and their state or territory government. People are looking for a coherent national approach through the crisis, but they do not want to see their individual jurisdiction to be disadvantaged compared to the rest of the country. At the national cabinet, the smaller states have equal representation, whereas in parliament their representation is proportionate to their population size».

straliani, così doppiamente rappresentati nel processo di *politics-making nazionale*¹³⁴.

È dal sistema canadese da cui si è mutuato il modello di federalismo esecutivo traslato nel National Cabinet, che si possono però trarre altri elementi di criticità sul piano costituzionale. In Canada, l'introduzione dell'*executive federalism* come strumento di interconnessione tra centro e periferia ha investito gli esecutivi, attraverso l'esclusione dei rispettivi rami legislativi, di poteri negoziali simili a quelli esercitati dagli Stati in campo internazionale e, di conseguenza, strettamente legati alla personalità dei ministri federali e provinciali e dei funzionari pubblici coinvolti¹³⁵.

Simile obiezione è stata avanzata anche per il sistema australiano ove l'assemblea tra esecutivi formata dal National Cabinet avrebbe il limite di escludere dalla negoziazione delle politiche pubbliche – in favore della maggior capacità decisionale degli esecutivi e, soprattutto, della loro maggior efficienza – il potere legislativo, ossia il principale luogo della rappresentanza politica in un sistema parlamentare. Del resto, dubbi sulla legittimità dei meccanismi federali di cooperazione intergovernativa australiani erano stati avanzati già in passato, quando la tendenza del governo del Commonwealth ad accentrare le politiche pubbliche aveva di fatto contribuito a delineare i contorni di un federalismo esecutivo in cui «*democratic accountability and parliamentary responsibility are sidelined*»¹³⁶.

¹³⁴ Come osservato da R. SIMEON, *Federal-Provincial Diplomacy: The Making of Recent Policy in Canada*, cit., p. 295 rispetto al sistema canadese, «in a sense, each voter is represented twice in national policy making – by Ottawa and by a provincial government».

¹³⁵ ID., p. 293 ss. Che questo sia o meno conforme al principio democratico, continua Simeon, è una questione aperta: «Ultimately judgments about how democratic the [intergovernmental negotiating] process depends on the observer's own conceptions of democratic representation. If he prefers a system in which a majority will be elected and then govern with relatively few restrictions, the system is undemocratic. If, however, he believes that a multiplicity of checkpoints enhances the chances for rational decision-making and for maximizing consent... then it is more democratic» (p. 296).

¹³⁶ Cfr. N. ARONEY, *Reforming Australian Federalism: The White Paper Process in Comparative Perspective*, in M. BRUERTON, R. HOLLANDER R. LEVY (a cura di), *A People's Federation*, Federation Press, Annadale, 2017, p. 147 ss.: «Although the framers of the Constitution did not want or foresee this, the practical working of Australian feder-

Ma non solo. La stessa struttura della Costituzione australiana non sembra del tutto compatibile e perfettamente convergente con il modello di federalismo esecutivo per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, si ricordi che la Costituzione australiana è nata per conciliare la forma di governo di Westminster con l'unione, volontaria e pacifica, di colonie tra loro distinte; sebbene i legislativi delle colonie non fossero inizialmente sovrani nel significato proprio che tale parola assume nel sistema inglese, è a tali organi che la corona attribuì «a wide power to legislate for the peace, order and good government»¹³⁷. Sono infatti i legislativi delle colonie ad aver approvato gli *Enabling Acts* del 1891 e del 1897 con cui si sono istituite le due Conventions che avrebbero portato alla redazione della Costituzione. E ciò testimonia, fin dal principio, la centralità attribuita al potere(i) legislativo(i) dall'ordinamento australiano.

Inoltre, la Costituzione australiana ha combinato il principio del federalismo duale con gli istituti della Parliamentary Sovereignty and Responsible Government. Il risultato di tale innesto è una forma di «hybrid of Parliamentary and Federal Government» che ha permesso di «preserve the colonies as States along with their established systems of local government, and continue Australia's membership of the British Empire»¹³⁸. Il federalismo australiano è quindi sorretto dalla supremazia del livello federale su quelli statali, ma anche da una certa priorità del potere legislativo rispetto a quello esecutivo.

Conformemente a questa impostazione, la Costituzione consente ai Parlamenti statali di delegare le proprie competenze legislative al Parlamento federale (art. 51(xxxvii) Cost.) ma non di trasferire il proprio potere all'esecutivo: come precisato dalla High Court in *Thomas v. Mow-*

alism is, in reality, a species of executive federalism, increasingly dominated – but not absolutely controlled – by the Commonwealth government (...) The federal and state legislatures are sidelined in importance, and what really matters are inter-governmental relations between the executive governments of the federation and the state. Executive federalism is the result».

¹³⁷ P. CANE, *Controlling Administrative Power. An Historical Comparison*, Cambridge University Press, Canberra, 2016, p. 137.

¹³⁸ B. GALLIGAN, *Parliament's Development of Federalism*, Research Paper 26 2000-01, 28 giugno 2001, <https://www.aph.gov.au>.

bray, infatti, «it is critical to the constitutional design apparent in s 51(xxxvii) that the referral of power there envisaged is made by the Parliament of the State concerned, not merely by the Executive Government. Parliament represents all the electors in the State. The fact that the Government of a State might be willing to accept a wider reference of power to the Federal Parliament than the State Parliament has enacted is not determinative of what that Parliament has done»¹³⁹.

Se quindi i meccanismi di executive federalism sono indubbiamente in grado di favorire «inter-governmental relations between the executive governments of the federation and the states», essi rischiano però in questo modo di «colonize the reference of legislative powers from the States to the Commonwealth»¹⁴⁰.

7.1. *Le decisioni del National Cabinet tra responsabilità e confidenzialità.*

Come ricordato dal Primo Ministro Morrison, «one of the reasons why National Cabinet has worked is it has actually operated *as a Cabinet*»¹⁴¹. Pur richiamando nel nome (“Cabinet”) una istituzione storicamente presente nei paesi del Commonwealth britannico, il suo status giuridico «is not entirely clear» trattandosi di un organo «with no formal legal basis»¹⁴². A dispetto della denominazione, infatti, tale organo non è perfettamente equiparabile ai Cabinet britannici perché, a differenza

¹³⁹ *Thomas v. Mowbray* (2007) 233 CLR 307, 381.

¹⁴⁰ N. ARONEY, *Reforming Australian Federalism: The White Paper Process in Comparative Perspective*, cit., p. 13.

¹⁴¹ Cfr. S. MORRISON, *Transcript of press conference: Australian Parliament House*, ACT, 29 Maggio 2020, in <https://parlinfo.aph.gov.au>: «One of the reasons why National Cabinet has worked is it has actually operated as a Cabinet. And that means it operates within Cabinet rules and it operates under the Federal Cabinet’s rules and that relates to the security of documents, process, procedure ... Having these groups operate like a fair dinkum Cabinet, I think has been really important. We’re all members of Cabinet so we all understand what those rules are and I don’t think that has been the MO for how COAG has operated and I think that’s a really big change».

¹⁴² S. BATEMAN, A. STONE, *Australia – Covid-19 And Constitutional Law*, cit., p. 224.

di questi ultimi, esso non è responsabile nei confronti del Parlamento federale.

L'analogia più stringente va forse ricercata – dal punto di vista storico – con l'Advisory War Council (AWC) istituito sistema australiano nel 1940 al fine riunire in un solo organo i componenti dei principali partiti presenti in Parlamento durante la II Guerra Mondiale¹⁴³. A ben vedere, però, il paragone è in realtà solo apparente perché il War Cabinet non replicava in alcun modo la polarità federale del sistema australiano, essendo composto unicamente da ministri del governo federale e da membri del partito di opposizione¹⁴⁴. Il National Cabinet, al contrario, è uno strumento che si articola verticalmente; attraverso la fattiva cooperazione intergovernativa tra i centri decisionali del sistema federale australiano, si costruisce un meccanismo capace di riunire in un'unica cabina di regia informazioni e competenze utili a saggiare la realizzabilità di politiche pubbliche condivise.

Essendo la sua istituzione formalmente riconducibile ad un «memorandum of understanding», il suo funzionamento non ha richiesto un passaggio formale presso i legislativi dei vari Stati, e ciò ha permesso di sfruttare pragmaticamente la coesione creatasi spontaneamente per far fronte alla crisi, evitando gli ostacoli della politica partitica, sia nazionale che statale¹⁴⁵.

I problemi definitori del National Cabinet non restano però confinati

¹⁴³ Cfr. S. BATEMAN, A. STONE, *Australia – Covid-19 And Constitutional Law*, cit., p. 224: «The closest analogy to the National Cabinet is the War Cabinet established during the Second World War. However, the War Cabinet solely comprised of select Ministers of the federal government».

¹⁴⁴ T. TULICH, M. RIZZI, F. MCGAUGHEY, *Cooperative Federalism, Soft Governance and Hard Laws in Australia's State of Emergency*, in *VerfBlog*, 2020, <https://verfassungsblog.de/>. L'analogia con il War Cabinet non è stata individuata solo dalla dottrina, ma anche dalla stampa che – esplicitamente – ha descritto quello di Morrison come uno strumento in cui, come in tempo di guerra, «State, territory and federal leaders are setting aside party politics to try to manage the Covid-19 pandemic». Cfr. K. MIDDLETON, *Inside Morrison's Covid-19 war cabinet*, *The Saturday Papers*, 21 marzo 2020.

¹⁴⁵ Cfr. J.R. MURPHY, E. ARBAN, *Assessing the Performance of Australian Federalism in Responding to the Pandemic*, cit., p. 630.

a dubbi meramente nominalistici, ma ricadono sulla stessa natura giuridica dell'organo che, a sua volta, impatta sul suo funzionamento istituzionale. In primo luogo, pur formalmente istituito come un "comitato" collegato del Commonwealth Cabinet (detto anche Federal Cabinet)¹⁴⁶, esso non è in realtà equiparabile ad un organo connesso all'esecutivo federale, poiché le sue decisioni sono il frutto dell'accordo tra i Primi Ministri degli Stati e dei Territori che – a differenza del governo australiano – non sono politicamente responsabili nei confronti del Parlamento federale, ma solo dei rispettivi legislativi statali¹⁴⁷.

Inoltre, proprio perché formalmente istituito come un comitato del Commonwealth Federal Cabinet in conformità a quanto previsto dalla Cabinet Convention, esso dovrebbe essere soggetto – almeno sulla carta – ai principi di *solidarity*, *collective responsibility* e *confidentiality*¹⁴⁸. Tale ipotesi è stata confermata dallo stesso Primo Ministro il quale, nella imminenza della sua istituzione, ha chiarito che tale organo opera «accord-

¹⁴⁶ Cfr. Commonwealth of Australia, 'Cabinet Handbook' (Department of Prime Minister and Cabinet, 16 October 2020).

¹⁴⁷ A. TWOMEY, *Federal and State Powers to Deal with Pandemics – Cooperation, Conflict and Confusion*, cit., p. 60: «[National Cabinet] cannot be treated as a committee of the Commonwealth Cabinet, whose decisions must be endorsed by, and can be overridden by, the Commonwealth Cabinet. Clearly, the majority of members of the 'National Cabinet' are not Commonwealth Ministers and are not responsible to the Commonwealth Parliament».

¹⁴⁸ La Convention of Responsible Government costituisce una di quelle "unwritten rules" derivanti dal sistema costituzionale inglese che, secondo l'opinione di Geoffrey Marshall, sono «rules that define major non-legal rights, powers and obligations of office-holders in the three branches of government, or the relationship between government and organs of governments» (G. MARSHALL, *Constitutional Conventions: The Rules and Form of Political Accountability*, Oxford University Press, Oxford, 1987, p. 179). Nel sistema australiano «Collective responsibility gives rise to the conventions around the secrecy and solidarity of Cabinet decision. While having the status of conventions, they have informed the development of common law and statutory legal norms, and can be seen, for example, in exceptions to freedom of informative regimes, the limits of the upper House's power to demand the production of documents, and the justiciability of the prerogative powers» (G. APPLEBY, *Unwritten Rules*, in C. SAUNDERS, A. STONE (a cura di), *The Oxford Handbook of Australian Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 224).

ing to longstanding conventions of Cabinet government, including the guiding principles of collective responsibility and solidarity»¹⁴⁹.

L'applicazione di tali principi alle decisioni prese dal National Cabinet non appare però così semplice. Con riferimento ai principi di solidarietà e responsabilità, la Cabinet Convention prevede che ciascun membro del gabinetto sia solidalmente responsabile in pubblico delle decisioni assunte dall'organo e, attraverso la collective responsibility, nei confronti del Parlamento¹⁵⁰. Tuttavia, poiché il National Cabinet è un organo intergovernativo, i suoi membri non sono responsabili collettivamente nei confronti di un solo Parlamento, ma individualmente nei confronti di nove Parlamenti distinti, oltre che degli interessi delle loro circoscrizioni. Non potendo quindi questi ultimi essere tenuti a rispondere della solidarietà o della responsabilità collettiva del Gabinetto¹⁵¹, ne consegue che entrambi i principi che regolano la Cabinet Convention saranno difficilmente applicabili a questo contesto, o – quanto meno – «it is not clear how the usual conventions of cabinet responsibility and solidarity, could apply to it»¹⁵².

Per quel che concerne invece il Cabinet confidentiality, esso costituisce un principio nato dapprima nel solco della Common Law inglese¹⁵³

¹⁴⁹ Cfr. Whole-of-Government Submission to the Senate Select Committee on COVID-19, 12 Maggio 2020, riportato da T. TULICH, B. REILLY, S. MURRAY, *The National Cabinet: Presidentialised Politics, Power-sharing and a Deficit in Transparency*, cit.

¹⁵⁰ Ciò comporta che, sebbene le decisioni prese all'interno del Cabinet possano non essere condivise da tutti i suoi membri, ognuno è comunque responsabile della decisione finale. Come precisato da M. RODRIGUES, *Cabinet confidentiality*, in *Politics and Public Administration Section*, 28 maggio 2010, <https://www.aph.gov.au>: «While disagreement may be aired within the confines of a Cabinet meeting, it is a convention that cabinet decisions will be fully and publicly supported by all Ministers, despite any personal views held by individual Ministers. Ministers and any officials are expected to refrain from public comment on matters to be considered by Cabinet».

¹⁵¹ Così M. RIZZI, T. TULICH, *All Bets on the Executive(s)! The Australian Response to COVID-19*, in J. GROGAN, A. DONALD (a cura di), *Routledge Handbook of Law and the COVID-19 Pandemic*, Routledge, Londra, 2022, p. 5 ss.

¹⁵² N. ARONEY, M. BOYCE, *Australia and The COVID-19 Pandemic: Federal, State and Local Responses*, cit., p. 305.

¹⁵³ Nel sistema inglese, la parola "Cabinet" si riferiva originariamente a una "piccola

e, in seguito, formalmente istituito nel territorio australiano dal Governatore del New South Wales nel 1825¹⁵⁴, e, più tardi, gradualmente adottata anche a livello federale. Inizialmente introdotta come una pratica non scritta, essa è oggi ratificata dal Cabinet Handbook, che stabilisce la possibilità di sottrarre dalla divulgazione i documenti e le deliberazioni confidenziali prese dai Ministri, classificandoli con la dicitura «Cabinet-in-Confidence»¹⁵⁵. Lo scopo del principio è quello di proteggere la libertà dei singoli ministri nella discussione delle misure da adottare, garantendo la riservatezza delle loro comunicazioni nonché dei documenti finali adottati dall'organo, ben potendo, al contrario, la divulgazione non autorizzata e/o prematura di tali documenti rischiare di minare la responsabilità ministeriale collettiva¹⁵⁶.

stanza o ripostiglio” ed è stato ampliato per includere un gruppo di persone che si riunivano per deliberare in privato. All'inizio del 1600, il termine è stato utilizzato per una serie il Privy Council ovvero sia un comitato composto da una cerchia interna di consiglieri. Il ruolo del comitato crebbe di e nel 1700 arrivò a sostituire il Consiglio Privato nella sua importanza e nel suo potere. A partire dal 1700, il Cabinet ha sostituito il Provy Council, e a partire dal 1771 Giorgio I cominciò a presiedere tale organo, ma tanto lui quanto il suo successore Giorgio II non parlavano inglese, e questo comportava un certo imbarazzo per la politica inglese. Da quel momento in poi, alla parola Cabinet è stata associata la segretezza delle riunioni dell'organo, e tale è rimasta fino ad oggi. Cfr. N. WILDING, P. LAUNDRY, *An Encyclopedia of Parliament*, St. Martin's Press, New York, 1971; E.R. TURNER, *The Cabinet Council of England in the seventeenth and eighteenth centuries 1622-1784*, Johns Hopkins Press, Baltimore, 1930.

¹⁵⁴ Sulla storia della Cabinet Confidentiality in Australian v. M. RODRIGUES, *Cabinet confidentiality*, cit. Decisamente pessimisti sulla possibilità che questi principi possano essere applicati al National Cabinet sono T. TULICH, B. REILLY, S. MURRAY, *The National Cabinet: Presidentialised Politics, Power-sharing and a Deficit in Transparency*, cit., secondo cui «it cannot therefore be held to account by collective cabinet responsibility to the Parliament, or beholden to cabinet solidarity».

¹⁵⁵ Cfr. Department of the Prime Minister and Cabinet, *Cabinet handbook*, sixth ed., DPMC, Canberra, luglio 2009, pp. 11-12. http://www.dPMC.gov.au/guidelines/docs/cabinet_handbook.pdf.

¹⁵⁶ Come indicato dal *Cabinet Handbook*, cit., p. 4, infatti, «Ministry, Cabinet and Cabinet committees are forums in which ministers, while working towards a collective position, are able to discuss proposals and a variety of options and views with complete freedom. The openness and frankness of discussions in the Cabinet Room are protected by the strict observance of this confidentiality».

Nonostante l'alone di opacità che la confidenzialità del Gabinetto getta sulla trasparenza e sulla democraticità delle decisioni del governo¹⁵⁷, essa è confermata dal sistema australiano dal *Freedom of Information Act* 1982 che, alla S 34, include i Cabinet Documents nella tipologia di atti esclusi dalle regole generali diritto di accesso ai documenti dell'esecutivo e della pubblica amministrazione¹⁵⁸. Tale disposizione fornirebbe «a blanket protection» antitetica ai valori di trasparenza e responsabilità del governo perché impedisce il legittimo controllo pubblico delle sue attività¹⁵⁹. Di contro, però, aprire i lavori del Cabinet ad una piena e totale trasparenza potrebbe inficiare il funzionamento di un sistema politico amministrativo sempre più complesso, e occorre pertanto bilanciare tali interessi «with benefits of stable government and the facility of confidential, frank and informed consideration of policy advice by the executive»¹⁶⁰.

¹⁵⁷ G. TERRILL, *Secrecy and openness: the federal government from Menzies to Whitlam and beyond*, Melbourne University Press, Carlton South, 2000; M. PATERSON, *Freedom of information and privacy in Australia: Government and information access in the modern state*, in *Privacy Law and Policy Reporter*, 11(7), 2005, p. 4 ss. Una critica storica del principio della *cabinet confidentiality* è quella di W. BAGEHOT, *The English constitution*, London, [1867] 1993, p. 70, secondo cui: «The most curious point about Cabinet is that so very little is known about it. The meetings are not only secret in theory, but secret in reality. By present practice, no official minute in all ordinary cases is kept of them. Even a private note is discouraged and disliked. The House of Commons, even in its most inquisitive and turbulent moments, would scarcely permit a note of a cabinet meeting to be read. No Minister who respected the fundamental usages of political practice would attempt to read such a note. No description of it, at once graphic and authentic, has ever been given». Solleva preoccupazioni sulla scarsa trasparenza del National Cabinet, con particolare riguardo alla segretezza ed elusività sui possibili conflitti di interessi dei suoi membri E. HICKS, *Private Actors & Crisis: Scrutinising the National Covid-19 Commission Advisory Board*, in *Governing During Crises Policy Brief*, n. 4, Melbourne School of Government, The University of Melbourne, 2020.

¹⁵⁸ Cfr. section 34 of the *Freedom of Information Act* 1982 (Cth). Le esenzioni alle regole generali includono, tra l'altro, gli allegati alle proposte del Gabinetto, e i casi in cui il materiale riguarda informazioni fattuali che rivelerebbero una deliberazione o una decisione del Gabinetto che non è stata ufficialmente divulgata.

¹⁵⁹ Così J.R. HERMAN, *The urgent need for reform of Freedom of Information in Australia*, Public Right to Know conference, University of Technology, Sydney, 21 agosto 2004, riportato da M. RODRIGUES, *Cabinet confidentiality*, cit., p. 10.

¹⁶⁰ M. RODRIGUES, *Cabinet confidentiality*, cit., p. 18. Per questo, continua l'Autore,

I dubbi sollevati dalla dottrina australiana sulla conformità della cabinet confidentiality aumentano ulteriormente se applicati alla peculiare struttura istituzionale del National Cabinet. Come ricordato tale organo non decide le sue politiche in conformità ai principi della *collective responsibility and solidarity*, che sono invece un corollario connesso alla confidentiality secondo le disposizioni della Cabinet Convention. Inoltre, pur definito come un comitato del Commonwealth Federal Cabinet, il National Cabinet è composto da soggetti che non sono responsabili nei confronti del Parlamento federale, né di ogni altro organo del Commonwealth, ma solo dei rispettivi parlamenti nazionali; la peculiare struttura di tale organo non si presta pertanto alla applicazione di Convenzioni che sono, invece, tradizionalmente legate al principio del Responsible Government.

Questi dubbi sono sfociati in uno scontro istituzionale quando, di fronte alla esplicita richiesta di prendere visione dei documenti approvati dal National Cabinet promossa dal Senatore Rex Patrick, il Primo Ministro Morrison ne ha negato l'accesso, ritenendo che essi fossero «shielded them from a key mechanism for ensuring democratic accountability of executives in Australia»¹⁶¹.

Il conflitto si è così spostato nelle aule di giustizia amministrativa, dove il giudice White ha ritenuto che, ai fini della applicabilità delle eccezioni previste dal *Freedom and Information Act*, «[a committee of Cabinet is] a group of persons derived from the Cabinet and performing a function for, or on behalf of, the Cabinet»¹⁶². In questo caso, tuttavia, il Primo Ministro «is the only federal Cabinet member who is also a member of National Cabinet» mentre i rimanenti componenti sono non appartengono all'esecutivo federale; tale organo non può dunque essere ritenuto un comitato collegato al Federal Cabinet, perché «a group is not a

«A possible middle-ground between blanket confidentiality and open transparency in Cabinet might be a harm-based approach where protections are removed where there is no significant threat to the broader Cabinet process, considering the public interest merits of individual document».

¹⁶¹ L'interrogazione parlamentare tra Patrick e il Primo Ministro Morrison è riportata da M. RIZZI, T. TULICH, *All Bets on the Executive(s)! The Australian Response to COVID-19*, cit., p. 8.

¹⁶² *Patrick and Secretary, Department of Prime Minister and Cabinet (Freedom of Information)* [2021] AATA 2719 5 agosto 2021, 64.

committee simply because the Prime Minister calls it one»¹⁶³. Il giudice White accoglie dunque il ricorso, ritenendo che «a better explanation of these arrangements is that the Premiers and Chief Ministers are responsible to their respective State and Territory parliaments rather than being collectively responsible to the Commonwealth parliament Hence the National Cabinet was not closely related enough to the Cabinet to count as its committee»¹⁶⁴.

La seppur breve storia del National Cabinet australiano rivela, pertanto, un quadro chiaroscurale dove accanto a significativi elementi di pregio si scorgono profili di criticità non di poco conto. Indubbiamente, tale organo ha consentito di realizzare in modo comprensivo, rapido ed efficace la risposta australiana alla pandemia, assumendo le vesti di una imprescindibile cabina di regia verso la quale far convergere le principali decisioni pubbliche che interessavano non solo le istituzioni federali ma anche quelle statali, chiamate in prima linea a farsi carico delle impellenti misure richieste dal diffondersi del virus.

Allo stesso tempo, però, un simile approccio ha inciso sui meccanismi di controllo ideati dall'ordinamento australiano per contenere l'espansione dei poteri del Commonwealth; il National Cabinet è stato definito come «an amorphous and unchallengeable committee»¹⁶⁵ che ha portato ad una perdita di trasparenza delle decisioni pubbliche e ad una centralizzazione delle decisioni.

L'impressione è quindi che l'istituzione del National Cabinet australiano sia stata originata dalla necessità di coordinare l'emergenza pandemica, ma – analogamente a quanto avvenuto in altri sistemi – essa sia divenuta ora duratura perché capace di rispondere efficacemente alla mancanza di clausole costituzionali in grado di favorire la necessaria interazione tra federazione e territori. Se questo può essere comprensibile in un

¹⁶³ ID., pp. 68-89.

¹⁶⁴ Così la decisione riportata da D. TAN, *Confidentiality and the National Cabinet*, in *Public Law Review*, 32(4), 2021, p. 4. A commento della decisione, v. anche A. FLANNERY, *National Cabinet Unlocked: AAT issues Freedom of Information ruling*, *Holdingedlich.com*, 1 ottobre 2021.

¹⁶⁵ M. RIZZI, T. TULICH, *All Bets on the Executive(s)! The Australian Response to COVID-19*, cit., p. 7.

momento di crisi emergenziale, più complesso è però giustificare – solo in nome dell’efficienza – il suo funzionamento permanente, perché tale scelta porta con sé il rischio, non solo astratto e teorico, che «that inter-governmental “power-sharing” will be dominated by “coercive” Commonwealth power»¹⁶⁶.

8. *Rispondere alla crisi: i poteri emergenziali nel sistema costituzionale australiano.*

Se con l’ideazione del National Cabinet il governo australiano ha potuto rispondere alla necessità di sviluppare forme di coordinamento verticale dei poteri tra centro e periferie, la seconda esigenza innescata dalla pandemia ha interessato, sul piano orizzontale, l’esercizio costituzionale dei poteri emergenziali delegati. La Costituzione australiana non contiene disposizioni tipizzate che identificano e definiscono lo stato di emergenza, né tanto meno regole per la sua attivazione. Nonostante la High Court abbia negli anni provato a delinearne i contorni¹⁶⁷, esso rimane un concetto elastico che «does not permit of any exact definition» e «connotes a state of matters calling for drastic action»¹⁶⁸. Una simile lacuna si rispecchia anche a livello statale dove nelle diverse Costituzioni degli Stati non sono presenti meccanismi di attivazione dei poteri emergenziali tra loro uniformi. A ciò si aggiunga che in Australia non è nemmeno possibile rinvenire un approccio legislativo che definisca in maniera generalizzata le caratteristiche tipiche di una emergenza nazionale¹⁶⁹.

¹⁶⁶ T. TULICH, B. REILLY, S. MURRAY, *The National Cabinet: Presidentialised Politics, Power-sharing and a Deficit in Transparency*, cit.

¹⁶⁷ Così, tra le altre, *Pape v. Federal Commissioner of Taxation* (2009) 238 CLR 1, 233: «The Executive Government is the arm of government capable of and empowered to respond to a crisis be it war, natural disaster or a financial crisis».

¹⁶⁸ *Bhagat Singh & Ors v. The King Emperor*, AIR 1931 PC 111.

¹⁶⁹ In mancanza di definizioni costituzionali esplicite, la dottrina ha cercato di tipizzare gli stati di emergenza in tre distinte categorie: «“wartime” emergencies; emergencies pertaining to “serious civil disturbances”, including treason, sabotage or terrorism; and “civil emergencies”, including from natural, medical and industrial disasters, strikes in

Nell'ordinamento australiano, la dichiarazione dello stato di emergenza spetta agli Stati e ai Territori del Commonwealth. La principale ragione dell'ancoraggio di tale potere dipende, ancora una volta, dalla struttura duale del federalismo australiano che, attribuendo ai singoli Parlamenti Statali la competenza legislativa primaria (plenary legislative powers), affida loro anche il compito di definire le caratteristiche dello stato di emergenza e le condizioni di esercizio dei conseguenti poteri. Ciò significa, in pratica, che il Parlamento di uno Stato può redistribuire il potere legislativo ed esecutivo come meglio ritenga necessario in risposta ad uno stato di emergenza che è libero di definire¹⁷⁰.

Allo scoppio della crisi pandemica, dunque, i governi degli Stati e del Commonwealth hanno inizialmente attivato i poteri loro delegati dai rispettivi Parlamenti seguendo la ripartizione dei compiti prevista dalla divisione verticale delle competenze. Pertanto, mentre il governo del Commonwealth ha esercitato la propria competenza prevalentemente in materia di immigrazione, controllo doganale e sussidi economici, i governi degli Stati e dei territori si sono fatti carico di limitare gli spostamenti e le attività delle persone attraverso la chiusura di scuole, aziende, luoghi pubblici e strutture comunitarie, emanando ordini esecutivi finalizzati all'isolamento imposto dal social distancing.

Neanche con riferimento ai poteri emergenziali, però, il quadro ordinamentale è esente da sovrapposizioni e intrecci. Accanto allo spazio di azione statale, non si deve infatti dimenticare come al Commonwealth siano riconosciuti, benché non direttamente, poteri emergenziali ricavabili dalla interpretazione delle leggi e delle norme della Common law. Nella nota sentenza *Williams v. The Commonwealth* del 2012, la stessa High Court ha rammentato come l'ordinamento australiano attribuisca all'esecutivo federale tre tipologie di poteri su cui occorre soffermare l'attenzione: i «powers conferred by statute; the prerogative powers of the Crown; and the “nationhood” power»¹⁷¹.

essential services, and economic emergencies». Cfr. H. MCLEAN, B. HUF, *Emergency Powers, Public Health And Covid-19*, Research Paper No 2 (Research Paper, Department of Parliamentary Services, Parliament of Victoria), 9 agosto 2020, pp. 5-6.

¹⁷⁰ H.P. LEE, M.W. ADAMS, C. CAMPBELL, P. MERTON, *Emergency Powers in Australia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 7.

¹⁷¹ Cfr. S. BRENKER, *An Executive Grab for Power During COVID-19?*, in *AUSPU-*

Durante il periodo della pandemia non tutti questi poteri sono però stati utilizzati dal Governo federale che si è principalmente avvantaggiato dei powers conferred by statute, ovvero sia i poteri conferiti attraverso delega legislativa sui quali concentreremo in particolare la nostra attenzione. Nello specifico, l'esecutivo ha fatto uso del quadro legislativo relativo alla quarantena, che già a partire dal *Quarantine Act* del 1908 (Ch) consente al governo di intervenire per far fronte al contenimento di malattie gravemente infettiva. Tale atto, adottato in attuazione della già ricordata competenza prevista dalla s. 51 (ix) della Cost., autorizzava il Governatore generale a dichiarare l'esistenza di un'epidemia, o il pericolo di epidemia, causata da un morbo soggetto a quarantena e, in virtù di tale dichiarazione, ad attivare una serie di poteri esercitabili dall'esecutivo.

Queste previsioni sono state più di recente trasposte nel *Biosecurity Act* del 2015 (Ch) che ha sostituito il *Quarantine Act* andando così a definire l'attuale normativa di riferimento, sulla base del quale il 18 marzo 2020 il Governatore Generale ha attivato lo stato di emergenza nazionale¹⁷². Inoltre, sebbene in misura minore, l'esecutivo australiano ha potuto avvalersi dei poteri delegati dal *National Health Security Act 2007* (Cth) che – esercitando gli «external affair powers» di cui alla s. 51 (xxix) della Costituzione – ha dato attuazione al Regolamento sanitario internazionale dell'Organizzazione mondiale della sanità, istituendo un quadro di riferimento per il coordinamento e la condivisione delle informazioni durante le emergenze sanitarie.

8.1. *La section 61 e gli executive powers: la scelta del Governo di non avvalersi dei prerogative powers of the Crown e dei Nationhood powers.*

Tra gli altri poteri riconducibili all'esecutivo federale vi sono “the prerogative powers of the Crown” di cui l'esecutivo – pur potendo avvalersene – ha deciso di non fa uso durante la pandemia. Se infatti nella tradizione della Common law inglese, dalla quale promanano, tali poteri co-

BLAW, 13 Maggio 2020, che riporta la decisione *Williams v. The Commonwealth* (2012) 248 CLR 156 at [22].

¹⁷² Biosecurity (Human Biosecurity Emergency) (Human Coronavirus with Pandemic Potential) Declaration 2020 (18 marzo 2020) <https://www.legislation.gov.au>.

stituiscono «rights and capacities» che declinano la «special pre-eminence» e la «regal dignity» che «the king enjoys alone, in contradistinction to others»¹⁷³, essi vedono attenuarsi tali connotazioni una volta contestualizzati nel sistema costituzionale australiano. In quest'ultimo, il rapporto tra le tradizioni storiche e le loro conseguenze giuridiche è mediato da una Costituzione scritta che delimita l'ambito e l'esercizio dei poteri costituzionali; pertanto, la fonte e l'esercizio del potere esecutivo rimangono subordinati agli atti del Parlamento, sebbene forte sia il richiamo alla Corona espresso nella section 61 della Costituzione.

Tale disposizione, rubricata «Executive powers», prevede infatti che il potere esecutivo del Commonwealth, conferito al Sovrano, sia esercitabile dal Governatore Generale in qualità di suo rappresentante, potendosi estendere tale potere all'esecuzione e al mantenimento della Costituzione e delle leggi del Commonwealth¹⁷⁴. La section 61 segna i confini esterni del potere esecutivo del Commonwealth attraverso una formulazione che non giunge a definire tali poteri in maniera puntuale, non potendosi quindi prescindere – per coglierne la portata – non solo dalla storia costituzionale britannica, ma anche dalle convenzioni e dalla Common law¹⁷⁵.

Non sempre univoca è stata l'interpretazione fornita a questa disposizione che ha infatti prestato il fianco ad almeno due letture divergenti; da una parte, si pone un approccio più risalente – noto come Common law

¹⁷³ E. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England* (1765, ed Robert Malcolm Kerr, London, John Murray 1857), Book 1, p. 234.

¹⁷⁴ Commonwealth Constitution s 61: «The executive power of the Commonwealth is vested in the Queen and is exercisable by the Governor-General as the Queen's representative, and extends to the execution and maintenance of this Constitution, and of the laws of the Commonwealth».

¹⁷⁵ G. WINTERTON, *Parliament, the Executive and the Governor General: A Constitutional Analysis*, Melbourne University Press, Melbourne, 1983. Tale suggestione deriva anche dalla stessa giurisprudenza della High Court. Nella sentenza Dignan, con diretto riguardo al tema della *delegated legislation* ma ampliabile a tutto il sistema australiano, è infatti il giudice Dixon a sostenere che «The existence in Parliament of power to authorize subordinate legislation may be ascribed to a conception of that legislative power which depends less upon juristic analysis and perhaps more upon the history and usages of British legislation and the theories of English law».

view – e volto a contenere i poteri di cui alla s. 61, secondo l’adagio per cui tale norma «incorporates the power of the crown recognized by the common law, its ambit generally limited by them»¹⁷⁶. Dall’altra, la tendenza ad oggi prevalente, soprattutto grazie alla più recente giurisprudenza della High Court, contrasta un approccio limitativo del raggio di azione della section 61. Con la sentenza *Pape v. Federal Commissioner of Taxation* del 2009, infatti, si è stabilito come da tale disposizione possa derivare «some inherent content to that power beyond the common law powers»¹⁷⁷. Sicché, come chiaramente affermato dalla dottrina australiana, è ormai accettato che «in addition to executive powers sourced directly in the Constitution and conferred by statute, s 61 incorporates all of the common law or ‘non-statutory’ powers of the Crown that are appropriate to the Commonwealth, subject to the federal distribution of powers effected by the Constitution»¹⁷⁸.

Muovendo pertanto dall’assunto secondo cui dalla section 61 sarebbe possibile ricavare direttamente alcuni poteri emergenziali non delegati dalle leggi¹⁷⁹, è stato ipotizzato che l’esecutivo possa avvalersi di prerogative powers qualora riesca a individuarne un fondamento stabile in un principio ricavato dalle Corti nella interpretazione della Common law¹⁸⁰; così, ad esempio, «in Covid-19 crisis (...) one possibility is rely on the “power of self-protection” which includes the power to respond to “a na-

¹⁷⁶ P. GERANGELOS, *The executive power of the Commonwealth of Australia: section 61 of the Commonwealth Constitution, “nationhood” and the future of the prerogative*, in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 12(1), 2017, p. 97 ss. Sempre in dottrina, si rimanda a L. ZINES, *Commentary*, in H.V. EVATT, *The Royal Prerogative*, The Law Book Co., North Ryde, 1987, p. 5.

¹⁷⁷ P. GERANGELOS, *The executive power of the Commonwealth of Australia*, cit.

¹⁷⁸ P. STEPHENSON, *Nationhood And Section 61 Of The Constitution*, *University of Western Australia L. Rev.*, 43(2), 2018, p. 150.

¹⁷⁹ Come ricordato da C. MOORE, *Crown and Sword*, Australian National University Press, Acton, 2017, p. 60 «The High Court has confirmed, in *Pape* and *Williams*, that some nonstatutory executive powers derive from s 61 of the Constitution itself rather than relying on prerogative or common-law authority. On this view, section 61 can be informed by prerogative power but is itself the source of authority».

¹⁸⁰ A. TWOMEY, *Pushing the Boundaries of Executive Power – Pape, the Prerogative and Nationhood Powers*, in *Melbourne University L. Rev.*, 34, 1, 2010, p. 313 ss.

tional emergency, [where there is] an urgent necessity for taking extreme steps for the protection of the Realm”»¹⁸¹.

Tuttavia, oltre a sussistere dubbi sulla sua effettiva esistenza, il potere di autoprotezione della nazione inferito dalla menzionata dottrina dalla giurisprudenza della High Court si riferisce prevalentemente ad incursioni o azioni di guerra da parte di nazioni straniere¹⁸², rivelandosi pertanto inadeguato a fondare un potere esecutivo non delegato come possibile risposta ad una crisi pandemica.

Proprio il richiamo alla protezione della Nazione, consente di ricordare come dalla section 61, oltre ai prerogative powers of the Crown, si potrebbero ricavare ulteriori poteri emergenziali laddove si legga tale disposizione in combinato disposto con la section 51 (xxxix)¹⁸³ della Costituzione in virtù della quale il Parlamento federale può intervenire con legge per regolamentare questioni accessorie all’esercizio di qualsiasi potere conferito dalla presente Costituzione al Parlamento o a una delle sue Camere.

Lette congiuntamente, le due disposizioni sono così ormai considerate la fonte del cd. “nationhood power” ossia del potere del Commonwealth – e segnatamente dell’esecutivo federale – di emanare norme basate sull’identificazione del Commonwealth quale nazione. Un potere che è stato

¹⁸¹ Così S. BRENKER, *An Executive Grab for Power During COVID-19?*, cit., che ricava tale potere dalla decisione *Burmah Oil Co Ltd v. Lord Advocate* [1965] AC 75 at 136.

¹⁸² Come chiarito dai giudici della High Court Brennan, Deane and Dawson in *Chu Kheng Lim v. Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs*, (1992) 176 CLR 1, 19, infatti «[W]hy should an Australian court hold that an officer of the Commonwealth (...) can [act] (...) without any statutory authority? Reference to the so-called non-statutory executive power of the Commonwealth, provides no answer to that question. Reference to the royal prerogative provides no answer. Reference to “the defence and protection of the nation” is irrelevant, especially if it is intended to evoke echoes of the power to declare war and engage in war-like operations».

¹⁸³ S. 61: «The executive power of the Commonwealth is vested in the Queen and is exercisable by the Governor-General as the Queen’s representative, and extends to the execution and maintenance of this Constitution, and of the laws of the Commonwealth» s. 51 (xxxix) «Matters incidental to the execution of any power vested by this Constitution in the Parliament or in either House thereof, or in the Government of the Commonwealth, or in the Federal Judicature, or in any department or officer of the Commonwealth».

sempre più spesso utilizzato per dare esecuzione a dibattuti e delicati programmi federali di spesa oppure per contrastare crisi nazionali o, ancora, per escludere i non cittadini dal territorio australiano. Da quest'ultima deriva infatti il riconoscimento del Commonwealth come costituente un governo nazionale autonomo, che (agendo come tale) sarebbe implicitamente dotato di «a capacity to engage in enterprises and activities peculiarly adapted to the government of a nation», anche al di fuori di quanto espressamente previsto dalla Costituzione o esplicitamente delegato all'esecutivo dal Parlamento qualora «such enterprises and activities cannot otherwise be carried on for the benefit of the nation»¹⁸⁴.

Benché animato da un intento positivo (sia sul piano squisitamente costituzionale sia tenendo conto del tipico pragmatismo australiano che ne ha informato la divisione e la separazione dei poteri), il nationhood power si scontra primariamente con la tradizionale concezione del Commonwealth britannico, in cui la sovranità è esercitata in nome del Re e non della nazione.

In secondo luogo, occorre ricordare come ancora controversa sia la possibilità, ed entro quali limiti, per il nationhood power di facultizzare l'adozione di misure coercitive che impongono ad individui o ad altri soggetti di compiere, o di astenersi dal compiere, determinati comportamenti secondo una declinazione che, a lungo rigettata dalla High Court, ha trovato uno spiraglio di legittimità attraverso la sentenza con cui la Full Federal Court chiudeva il caso *Ruddock v. Vadarlis* del 2001. In tale occasione si è riconosciuto, nell'alveo della section 61, un nationhood power capace di sostenere azioni coercitive in assenza di autorità statutaria, pervenendo ad una conclusione, assolutamente non pacifica, che è stata però successivamente avvallata dal giudice Gageler nel caso *Plaintiff M68* del 2016 tramite un *obiter dictum* in cui non si è categoricamente esclusa l'esistenza di un simile potere¹⁸⁵.

Non si tralascino infine gli attriti che tale potere fa emergere con la separazione verticale dei poteri prevista del federalismo australiano; in questa prospettiva, il nationhood power può essere esercitato su questioni

¹⁸⁴ Cfr. *Victoria v. The Commonwealth* ("AAP Case") (1975) 134 CLR 338 at 397.

¹⁸⁵ *Plaintiff M68/2015 v. Minister for Immigration and Border Protection* [2016] HCA 1.

che sono autenticamente di natura “nazionale”, e comunque mai in materie in cui vi sia una concreta competizione con e tra gli Stati¹⁸⁶.

Nonostante gli effetti della pandemia siano sicuramente di portata nazionale, non è agevole sostenere che il governo possa esercitare tale potere in una materia come quella della tutela della salute che è di competenza degli stati e non del Commonwealth¹⁸⁷; come ricordato la High Court nel caso *Pape*, per quanto importanti, le esigenze del governo nazionale «cannot be invoked to set aside the distribution of powers between Commonwealth and States and between the branches of government for which this Constitution provides»¹⁸⁸.

9. I poteri di delega legislativa in Australia.

A motivo delle molteplici ragioni giuridico-costituzionali (oltre che di opportunità politica) che hanno spinto l'esecutivo federale a non far ricorso ai particolari poteri di cui alle section 61 e 51 (xxxix), i principali poteri emergenziali attivati dall'esecutivo australiano derivano da clausole contenute in leggi – prima fra tutte il *Biosecurity Act 2015* – che delegano espressamente il Governo federale ad esercitare poteri specifici a seguito della dichiarazione dello Stato di emergenza.

Tale scelta, oltre a costituire la soluzione più semplice, appare anche la più conforme alla struttura costituzionale australiana a norma della quale, ad eccezione di specifiche eccezioni per lo più confinate allo stato di guerra, «the executive power is grounded in law» e, pertanto, «the bulk of the emergency powers enjoyed by the Australian executive are those that have been conferred by statute»¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Così *Commonwealth v. Tasmania* (“*Tasmanian Dam Case*”) (1983) 158 CLR 1, 252.

¹⁸⁷ Nel ricostruire la struttura e lo scopo del “nationhood power”, S. SMITH, *The Scope of a Nationhood Power to Respond to COVID-19: Unanswered Questions*, in *AUSPU-BLAW*, 13 maggio 2020 ha rilevato che, «a brief consideration of the jurisprudence on nationhood power, and in particular, the decision in *Pape* and its application to COVID-19, raises fertile questions for further inquiry in that direction».

¹⁸⁸ *Pape v. Federal Commissioner of Taxation* (*Pape case*) (2009) 238 CLR 1, 60.

¹⁸⁹ H.P. LEE, M.W. ADAMS, C. CAMPBELL, P. MERTON, *Emergency Powers in Australia*, cit., p. 81.

Prima di entrare nel merito dell'utilizzo dei poteri legislativi delegati, è opportuno ricordare come il loro utilizzo non costituisca una novità figlia delle crisi emergenziali, ma una pratica coerente con la Common law inglese e presente, nel sistema australiano, fin dall'epoca della colonizzazione. Ad oggi, esistono infatti centinaia di clausole approvate nella legislazione primaria che facoltizzano non solo l'esecutivo ma anche le agencies del Commonwealth ad esercitare il potere normativo delegato, al punto che non è peregrino affermare come la maggior parte delle disposizioni normative che informano il sistema australiano siano approvate, piuttosto che con la legislazione primaria del Parlamento, attraverso regulations, ordinances, determinations, orders o rules¹⁹⁰.

Per molto tempo, la fonte principale delle *delegated legislations* era rappresentata dalle c.d. *regulations*; numerosi erano gli atti del Parlamento che contenevano clausole specifiche con cui si affidava al Governor-General (e, tramite lui, ai ministri) il compito «to make regulations “required or permitted” by the statute» ovvero «to be made or “necessary or convenient to be prescribed for carrying out or giving effect” to the statute»¹⁹¹. Più di recente, invece, le fonti normative che derivano dalle deleghe legislative sono enormemente cresciute¹⁹², e la regolamentazione della legislazione secondaria è affidata alle specifiche tipologie di diversi “legislative instruments” descritte, a partire dal 2016, dal *Legislation Act* originariamente approvato nel 2003¹⁹³. In particolare, il *Legislation Act*

¹⁹⁰ Come messo in luce dal Report della Australian Law Reform Commission, *Traditional Rights and Freedoms – Encroachments by Commonwealth Laws* (ALRC 129), 2016, p. 448, «In Australia, delegated legislation has been a major part of the law since colonisation. Today, far more laws are made under delegation than directly by parliaments (...) There are thousands of legislative instruments currently in force in Australia, covering a wide range of subject matter».

¹⁹¹ Cfr. Odgers' Australian Senate Practice, 14th Edition, 2022, Cap. 15, *Delegated Legislation*, www.aph.gov.au.

¹⁹² Cfr. ID.: «The types of legislative instruments are extremely diverse. In 1970 there were only three different kinds; by the 1990s this had increased to over 100».

¹⁹³ Prima del 2005 la legislazione delegata era disciplinata dall'Acts Interpretations Act del 1901. Se per diverso tempo questa regolamentazione non era stata posta in discussione, negli anni '70 erano emersi con forza i punti di debolezza dell'Acts Interpretations Act che aveva consentito lo sviluppo di un sostanzioso corpus normativo

2003 stabilisce che «If a primary law gives power to do something by legislative instrument, then: (a) if the thing is done, it must be done by instrument; and (b) that instrument is a legislative instrument» (s. 8 (1)).

Sulla base di tale definizione, quindi, la legge australiana chiarisce e definisce i criteri per indentificare i “legislative instruments”, ovvero sia quegli strumenti che sono «described and registered as such, or which have been made under the primary law» (s. 8-10)¹⁹⁴. Le tipologie di legislazione delegata non sono difatti riferibili ad un’unica fonte normativa, ma possono riguardare diverse tipologie di atti quali «ordinances; determinations; orders and rules; by-laws; standards, principles, guidelines, declarations, notices, plans of management and approvals»¹⁹⁵.

Lo strumento della delega legislativa si configura quindi come una pratica regolata nella legislazione primaria ma non direttamente dalla Co-

poco trasparente e conoscibile nonché non sottoposto a nessun tipo di controllo parlamentare. Tali lacune erano state a più riprese sottolineate. Di particolar rilievo furono le osservazioni dell’Administrative Review Council trasposte nel report del 1992 “Rule Making by Commonwealth Agencies”, nel quale si offrivano anche una serie di raccomandazioni volte ad orientare una modifica delle allora vigente regolamentazione delle delegated laws. Sulla base di tali osservazioni, un decennio successivo, veniva approvato il Legislative Instruments Act, entrato in vigore nel 2003, con cui si predisponeva un organico regime di regolamentazione degli strumenti legislativi del Commonwealth. Tale atto è stato ulteriormente oggetto di una più recente modifica. Nel 2016, sulla scia di un processo di riforma avviato nel 2008 (anno in cui è stato redatto il report intitolato Review of the Legislative Instruments Act 2003), è infatti entrato in vigore l’Acts and Instruments (Framework Reform) Act 2015, tramite il quale non solo è stata modificata la nomenclatura del Legislative Instruments Act (ad oggi infatti rubricato Legislation Act) ma si è consegnata una nuova e più chiara definizione di “strumento legislativo”, anche grazie alla rimozione dei riferimenti contenuti nella previgente normativa al “carattere legislativo” di uno strumento (cfr. Australian Government, Office of Parliamentary Council, Instruments Handbook, September 2022, <https://www.opc.gov.au>).

¹⁹⁴ In definitiva, come ricordato da L. NEUDORF, *Strengthening the Parliamentary Scrutiny of Delegated Legislation: Lesson from Australia*, in *Canadian Parliamentary Review*, 42(4), 2019, p. 26 «the idea is that a legislative instrument must be truly legislative in character, in the sense of creating or changing general law, as opposed to essentially administrative act making an order or designation».

¹⁹⁵ Cfr. House of Representative Praticce, Cap. 10, Delegated Legislation, 7th Ed., 2018, <https://www.aph.gov.au/>.

stituzione, che sul punto tace. Questo silenzio, da cui non è quindi possibile inferire – non essendo analogamente esplicitato – un divieto di *delegated legislation* non ha pertanto inibito che essa si imponesse come una pratica utilizzata dall'esecutivo e avallata dalla High Court in continuità con quanto previsto dalla Common law inglese. Tale possibilità è ammessa oramai da diversi secoli dall'ordinamento britannico, dove il principio del King in Parliament consente una trasmissione più semplice del potere normativo tra i diversi organi, che è stata regolata a partire dallo Statutory Act del 1946¹⁹⁶.

La High Court Australiana, inoltre, ha legittimato tale pratica fin dal 1931¹⁹⁷ rilevando, nel famoso caso *Dignan*, che «a statute conferring upon the Executive a power to legislate upon some matter contained within one of the subjects of the legislative power of the Parliament is a law» in quanto «the distribution of legislative, executive and judicial powers in the Constitution does not operate to restrain the power of the Parliament to make such a law»¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Sul punto v. S.A. SMITH, *Delegated Legislation in England*, in *The Western Political Quarterly*, 4, 1949, p. 514 ss.

¹⁹⁷ La legittimità delle deleghe legislative è stata riconosciuta dalla Corte oltre un secolo fa in *Baxter v. Ah Way* (1910) 8 CLR 626, pp. 637-638. Decisa prima dell'istituzione della Costituzione Australiana, tale decisione si fondava sulle disposizioni della Common law inglese, riconoscendo la validità delle deleghe legislative in quanto «a shared assumption of politics in the British constitution tradition». Cfr. C. SAUNDERS, *Separation of Legislative and Executive Power*, in C. SAUNDERS, A. STONE (a cura di) *The Oxford Handbook of Australian Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 622. Come riconosciuto dal Giudice O' Connor in *Baxter v. Ah Way* [1909] HCA 30, infatti, «Now the legislature would be an ineffective instrument for making laws if it only dealt with the circumstances existing at the date of the measure. The aim of all legislatures is to project their minds as far as possible into the future, and to provide in terms as general as possible for all contingencies likely to arise in the application of the law. But it is not possible to provide specifically for all cases, and, therefore, legislation from the very earliest times, and particularly in more modern times, has taken the form of conditional legislation, leaving it to some specified authority to determine the circumstances in which the law shall be applied, or to what its operation shall be extended, or the particular class of persons or goods to which it shall be applied». (637-8).

¹⁹⁸ *The Victorian Stevedoring and General Contracting Company Proprietary Limited v. Dignan* (1931) 46 CLR 73, 101. In sostanza, come osservato da C. SAUNDERS, *Austral-*

La complessità dello Stato moderno rende inoltre sempre più necessario il ricorso a tale strumento, che è divenuto oggi «an essential adjunct to practice of government»¹⁹⁹, per assumere decisioni pubbliche efficaci, in quanto in grado di definire in modo appropriato regole tecniche e dettagliate che difficilmente possono essere discusse e comprese dall'intero arco parlamentare. Seguendo questa lettura, la dottrina ritiene che la legislazione delegata sia «both legitimate and desirable» in almeno tre casi e/o situazioni: anzitutto, per alleggerire il carico dei lavori parlamentari, operando quindi la legislazione delegata quale strumento deflattivo dell'attività parlamentare.

In secondo luogo, quando la disciplina da regolare presenti un alto grado di complessità tecnica e di dettaglio sicché, se lasciata al dibattito parlamentare, essa non potrebbe essere valutata in un tempo adeguato e con le necessarie competenze tecniche.

Infine, qualora l'intervento legislativo afferisca ad un oggetto o ad una situazione in rapida evoluzione o circondata da incertezze; entrambe caratteristiche che richiederebbero una reattività e una flessibilità che il processo parlamentare non sarebbe in grado di garantire²⁰⁰. Tutte e tre i casi richiamati esprimono quindi la tensione propria dei *delegated powers*,

ian Democracy and Executive Law-making: Practice and Principle (Part II), Papers on Parliament no. 66, 2016, <https://www.aph.gov.au/>, p. 74, «Dignan also confirms the constitutional separation of legislative and executive power, while denying its application in this context and acknowledging consequential “asymmetry”». L'anno precedente alla sentenza Dignan, sia R.G. Menzies che K.H. Bailey si erano espressi a rafforzamento della teoria della legislazione delegata nelle audizioni tenute nel 1930 davanti al Select Committee del Senato. Nello specifico, il primo aveva sostenuto che «There is no doubt at one time whether the Commonwealth had the power to legislate by regulation. The High Court ruled that the Commonwealth had that power. The decision was based on the ground that the Commonwealth Parliament does not exercise delegated power, but original power. It may, however, delegate power to the executive. That decision was arrived at in the case of *Baxter v. Ah Way*». Il secondo, invece, aveva affermato che «It is for the executive in making regulations to declare what Parliament itself would have laid down had its mind been directed to the precise circumstances» (rispettivamente, Parliamentary Paper S1/1929-31, pp. 12 e 20; J., 1929-1931, pp. 560 e 568).

¹⁹⁹ Così D. PEARCE, S. ARGUMENT, *Delegated legislation in Australia*, Lexis Nexis Butterworths, Chatswood, 2012, p. 170.

²⁰⁰ ID., p. 6.

visti come un male necessario ma tollerato a motivo dell'evoluzione delle funzioni dei governi moderni²⁰¹.

9.1. *I limiti dei delegated powers.*

L'esercizio dei poteri delegati non può però essere indefinito. Muovendo dall'assunto secondo cui la *delegated legislation* «is the “child” of the power in the “parent” Act»²⁰², tali poteri possono e devono incontrare limiti che possono essere ricavati tanto dalle disposizioni costituzionali, quanto dal sistema Common law inglese. In primo luogo, delegare in modo indiscriminato il potere normativo al governo costituirebbe una violazione sia della dottrina della sovereignty of Parliament, sia una compromissione del bilanciamento e dell'equilibrio tra esecutivo e legislativo disegnato dalla Costituzione. In secondo luogo, soprattutto qualora una legge contenga disposizioni normative che incidono sulla libertà dei cittadini, è necessario che esse siano decise dai loro rappresentanti democraticamente eletti o, quanto meno, sottoposte alla loro valutazione²⁰³. Nel consentire all'esecutivo un indiscriminato esercizio dei poteri delegati, si correrebbe il rischio di «subverting the rule of law ideal, fundamental to the control of government, that those who carry out the law should be restrained by those who make it»²⁰⁴.

Per contenere tali rischi, la distinzione tra la legislazione primaria e

²⁰¹ S. ARGUMENT, *Delegated legislation*, in M. GROVES, H. LEE (a cura di), *Australian Administrative Law: fundamentals, principles and doctrines*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 135.

²⁰² Secondo la evocativa definizione fornita dalla Hansard Society for Parliamentary Democracy nel report *Taking Back Control for Brexit and Beyond. Delegated Legislation, Parliamentary Scrutiny and the European Union*, Hansard Society, September 2017.

²⁰³ ID., p. 11: «First, that if the executive has power to make laws, the supremacy or sovereignty of parliament will be seriously impaired and the balance of the Constitution altered. Second, if laws are made affecting the subjects, it can be argued that they must be submitted to the elected representatives of the people for consideration and approval».

²⁰⁴ D. MEYERSON, *Rethinking the Constitutionality of Delegated Legislation*, in *Australian Journal of Administrative Law*, 11(1), 2003, p. 52.

quella delegata è indicata anche dal *Legislation Handbook* approvato dal Department of the Prime Minister and Cabinet, nel quale – seppur non in modo esaustivo né tassativo – ci si preoccupa di suggerire una sorta di “riserva di legge”, menzionando una serie di materie che dovrebbero essere preferibilmente ed auspicabilmente regolate attraverso primary legislation, tra le quali si collocano disposizioni che abbiano un impatto significativo sui diritti e sulle libertà, quelle che dispongono reati a cui sono collegate sanzioni particolarmente gravi e quelle che prevedono la allocazione di fondi federali²⁰⁵.

Il *Legislation Handbook* precisa inoltre come sia preferibile utilizzare «Acts of Parliament» anche per decidere «significant questions of polity»²⁰⁶; tale indicazione – definita come «a catch-all reference»²⁰⁷ – serve a suggerire all’esecutivo un criterio prudenziale generale evitando che, attraverso un abuso della delega, esso possa intaccare il principio del *rule of law* in forza del quale le politiche più rilevanti per la libertà dei cittadini devono essere decise, preferibilmente, dai rappresentanti del popolo.

Limiti costituzionali alla delega legislativa sono infine indicati nel già citato caso *Dignan* dallo stesso giudice Dixon, secondo il quale, nonostante le difficoltà pratiche nel delimitare i confini di ogni potere portino ad escludere una interpretazione rigida della separazione dei poteri, ciò non comporta che ogni legge che trasferisca in modo ampio o indeterminato l’esercizio del potere legislativo all’esecutivo sia valida purché non travalichi i confini del potere federale²⁰⁸. Di conseguenza, non sono da

²⁰⁵ Cfr. *Legislation Handbook, Department of Prime Minister and Cabinet, Canberra*, 2017, p.to 1.10, p. 2. Tale Manuale ha lo scopo di descrivere «the procedures involved in making a law, especially those coordinated by the Department of the Prime Minister and Cabinet». Quanto alle indicazioni sul rapporto tra primary e subordinate legislation, il p. 1.10 stabilisce che – sebbene «it is not possible or desirable to provide a prescriptive list of matters suitable for inclusion in primary legislation and matters suitable for inclusion in subordinate legislation», le materie indicate nella lista «are examples of matters generally implemented only through Acts of Parliament».

²⁰⁶ ID., pto. 1.10, par. (b).

²⁰⁷ Così C. SAUNDERS, *Australian Democracy and Executive Law-making: Practice and Principle (Part II)*, cit., p. 73.

²⁰⁸ *The Victorian Stevedoring and General Contracting Company Proprietary Limited v.*

considerarsi conformi al sistema costituzionale deleghe troppo vaghe ed incerte, non essendo facoltizzato il Parlamento a spogliarsi del proprio potere legislativo trasferendolo interamente all'esecutivo attraverso deleghe indefinite²⁰⁹. In altri termini, come rilevato in dottrina, questioni importanti (intendendosi con tale locuzione le questioni su cui è necessario esercitare una discrezionalità di tipo politico) devono essere ricondotte alla legislazione primaria mentre «the delegated legislation is for the detail, for the machinery»²¹⁰.

9.2. Delegated powers e separation of powers.

Coerentemente con quello che è stato anche lo sviluppo della *delegated legislation* nel sistema britannico e nonostante i limiti tracciati all'esercizio di tali poteri delegati, se collocata nella trama costituzionale del sistema australiano, essa appare come un «flashpoint for the separation of

Dignan (1931) 46 CLR 73, 91 e 101: «It is one thing to adopt and enunciate a basic rule involving a classification and distribution of powers of such an order, and it is another to face and overcome the logical difficulties of defining the power of each organ of government, and the practical and political consequences of an inflexible application of their delimitation (...) This does not mean that a law confiding authority to the Executive will be valid, however extensive or vague the subject matter may be, if it does not fall outside the boundaries of Federal power. There may be such a width or such an uncertainty of the subject matter to be handed over that the enactment attempting it is not a law with respect to any particular head or heads of legislative power. Nor does it mean that the distribution of powers can supply no considerations of weight affecting the validity of an Act creating a legislative authority».

²⁰⁹ Come rilevato dal giudice Evatt in *The Victorian Stevedoring and General Contracting Company Proprietary Limited v. Dignan* (1931) 46 CLR 73, 131, «On final analysis therefore, the Parliament of the Commonwealth is not competent to “abdicate” its powers of legislation. This is not because Parliament is bound to perform any or all of its legislative powers or functions, for it may elect not to do so; and not because the doctrine of separation of powers prevents Parliament from granting authority to other bodies to make laws or by-laws and thereby exercise legislative power, for it does so in almost every statute; but because each and every one of the laws passed by Parliament must answer the description of a law upon one or more of the subject matters stated in the Constitution».

²¹⁰ D. PEARCE, S. ARGUMENT, *Delegated legislation in Australia*, cit., p. 119.

powers doctrine»²¹¹. L'anomalia costituzionale dei *delegated powers* è insita nella loro natura che esprime l'intrinseca necessità di un bilanciamento tra la flessibilità e la convenienza legislativa di tali poteri e l'imprescindibilità di un loro completo ed efficace controllo, per evitare che essi possano mettere a rischio fondamentali valori democratici nonché la stessa legittimità della legge²¹².

Tale anomalia si impone con tutta evidenza ricordando come la struttura costituzionale australiana sia non solo influenzata dall'ordinamento britannico ma anche profondamente ispirata dalla separazione dei poteri americana²¹³. I costituenti australiani hanno voluto attribuire al Parlamento – in quanto organo rappresentativo del popolo – il potere legislativo, ritenendo che solo un organo costituzionale realmente rappresentativo fosse in grado di esercitare «the open-ended discretion to choose ends which is essential to legislative task»²¹⁴; per questo, come precisato dal Odgers' *Australian Senate Practice*, la legislazione delegata «has the appearance of a considerable violation of the principle of separation of powers»²¹⁵.

L'impronta americana emerge, in questa prospettiva, anche nel modo in cui l'ordinamento australiano ha cercato di mitigare l'anomalia della

²¹¹ C. ANGUS, *Delegated legislation: Flexibility at the cost of scrutiny?*, in *NSW Parliamentary Research Service*, 2019.

²¹² D. MEYERSON, *Rethinking the Constitutionality of Delegated Legislation*, cit., p. 54.

²¹³ Cfr. S. ARGUMENT, *Delegated Legislation*, cit., p. 135: «the more problematic issue is that delegated legislation might be regarded as challenging the concept of the separation of powers, in that it is 'legislative in form and executive in source'». Sempre nella nota sentenza *Dignan*, il giudice Dixon ricordava come le disposizioni della Costituzione Australiana volte a disciplinare la separazione dei poteri in senso orizzontale «both in substance and in arrangement, closely follow the American model upon which they were framed».

²¹⁴ D. MEYERSON, *Rethinking the Constitutionality of Delegated Legislation*, cit., p. 53. Analogamente, P. GERANGELOS, H.P. LEE, N. ARONEY, S. MURRAY, S. EVANS, P. EMERTON (a cura di), *Winterton's Australian Federal Constitutional Law: Commentary and Materials*, Lawbook Company, Sydney, 2013, p. 500: «the modern state depends on realm of delegated legislation».

²¹⁵ H. EVANS, R. LAING (a cura di), *Odgers' Australian Senate Practice*, 14th Edition, in www.aph.gov.au, 2022, p. 429.

delegated legislation, preservando il principio della separazione dei poteri attraverso l'istituzione di un meccanismo di controllo parlamentare successivo sugli atti delegati in conformità del quale le due Camere del Parlamento possono annullare i *legislative instruments* approvati dai titolari di cariche esecutive. Così facendo, il sistema australiano ha mantenuto un controllo da parte del potere legislativo sugli atti normativi dell'esecutivo che pare in linea con la trasformazione della separazione dei poteri conseguente all'istituzione dello stato moderno socialdemocratico dove l'indirizzo politico è esercitato (prevalentemente) dagli esecutivi, mentre al legislativo è attribuita una funzione di controllo sul loro operato.

Pensato anche al fine di contenere un eccessivo utilizzo dei poteri di delega, il più ampio ruolo di supervisione parlamentare è assicurato dall'obbligo per l'esecutivo di presentare (*table*) gli atti delegati ad entrambe le Camere per consentire a Deputati e Senatori di valutare la conformità o l'opportunità dell'utilizzo del potere delegato e di procedere, nel caso, alla sua disapplicazione (*disallowance*). Il potere parlamentare di annullare atti delegati rappresenta un elemento fondamentale nel rapporto tra esecutivo e legislativo, perché, spogliandosi del potere legislativo, «the parliament entrusts the executive with the relevant powers (...) on the basis that a significant degree of supervision is retained by the parliament itself»²¹⁶. Nella stessa sentenza *Dignan*, del resto, il Giudice Dixon ricordava che «the power [to disallow] may be considered as a substitute in the case of delegated legislation for the requisite of a prior assent in the case of direct legislation»²¹⁷.

Per svolgere il suo ruolo di supervisore, il Parlamento australiano si avvale del lavoro di commissioni parlamentari ad uopo istituite: lo Scrutiny Bill Committee e – soprattutto – il Senate Standing Committee for the Scrutiny of Delegated Legislation²¹⁸ che, a partire dal 1932, ha il

²¹⁶S. ARGUMENT, *Australian Democracy and Executive Law-making: Practice and Principle (Part I)*, Papers on Parliament no. 66, 2016, p. 70.

²¹⁷*Dignan v. Australian Steamships Pty Ltd* [1931] HCA 19, 208.

²¹⁸Tale commissione è stata istituita nel 1932 con il nome di *Senate Standing Committee on Regulations and Ordinances*. Più di recente (il 27 novembre 2020), il Senato australiano ha emendato i suoi *Standing Orders*, modificando (tra l'altro) il nome della Commissione in *Senate Standing Committee for the Scrutiny of Delegated Legislation* e apportando altre modifiche utili ad aggiornarne i poteri e le funzioni.

compito di vagliare sotto il profilo tecnico la legislazione delegata, verificandone oggi la compatibilità con le disposizioni contenute nel *Legislation Act 2003*²¹⁹.

Ai sensi del Senate Standing Orders 23, infatti, i *legislative instruments* approvati sotto l'autorità di un Act of Parliament²²⁰ sono sottoposti alla valutazione del Comitato del Senato, che ne saggia la loro conformità sulla base di determinati criteri²²¹ rinviandoli, nel caso, al Parlamento affinché vengano sottoposti alla procedura di disconoscimento (*disal-*

²¹⁹ Anche statutory-based Human Rights Committee: Parliament of Australia, Parliamentary Joint Committee on Human Rights, *Scrutiny Report No 5 of 2020: Human rights scrutiny of COVID-19 legislation* (29 April 2020). Il passo indietro compiuto dal Parlamento federale durante la pandemia e lo spazio di azione acquisito dal Governo è stato, secondo parte della dottrina Australiana, compensato dal ruolo svolto dai parliamentary committees quali strumenti di check dell'operato dell'esecutivo federale. Cfr. S. MOULDS, *Scrutinising COVID-19 laws: An early glimpse into the scrutiny work of federal parliamentary committees*, in *Alternative Law Journal*, 45(3), 2020, p. 180 ss.

²²⁰ *Senate Standing Orders* s 23 (2): «All instruments made under the authority of Acts of the Parliament, which are subject to disallowance, disapproval or affirmative resolution by the Senate and which are of a legislative character, shall stand referred to the committee for consideration and, if necessary, report».

²²¹ Contenuti nel *Senate Standing Orders* s 23 (3): «The committee shall scrutinise each instrument as to whether: a) it is in accordance with its enabling Act and otherwise complies with all legislative requirements; b) it appears to be supported by a constitutional head of legislative power and is otherwise constitutionally valid; c) it makes rights, liberties, obligations or interests unduly dependent on insufficiently defined administrative powers; d) those likely to be affected by the instrument were adequately consulted in relation to it; e) its drafting is defective or unclear; f) it, and any document it incorporates, may be freely accessed and used; g) the accompanying explanatory material provides sufficient information to gain a clear understanding of the instrument; h) it trespasses unduly on personal rights and liberties; i) it unduly excludes, limits or fails to provide for independent review of decisions affecting rights, liberties, obligations or interests; j) it contains matters more appropriate for parliamentary enactment; k) in the case of an instrument exempt from sunset, it is appropriate for the instrument to be exempt from sunset; l) in the case of an instrument that amends or modifies the operation of primary legislation, or exempts persons or entities from the operation of primary legislation, the instrument is in force only for as long as is strictly necessary; m) it complies with any other ground relating to the technical scrutiny of delegated legislation that the committee considers appropriate».

lowance) stabilita ai sensi della section 42 del *Legislation Act 2003*²²², in ossequio alla quale qualora «a notice of a motion to disallow a legislative instrument» sia trasmessa ad una delle Camere, esse possono entro 15 giorni disconoscere tale misura attraverso una risoluzione *ad hoc*. La mozione di annullamento (parziale o totale) deve essere presentata entro quindici giorni presso la Camera di appartenenza del proponente e deve essere discussa entro i successivi quindici pena la sua decadenza²²³; infine, gli atti delegati non possono essere riproposti dall'esecutivo mentre sono soggetti alla procedura di *disallowance* né qualora siano stati annullati a seguito del voto favorevole alla mozione, nei sei mesi successivi tale disconoscimento²²⁴.

Il ruolo dello Standing Committee è fondamentale nella definizione costituzionale dei poteri delegati in Australia. Esso non si limita ad un controllo strettamente formale e procedurale degli atti delegati, ma si accerta altresì che essi siano consoni a quanto previsto dalla legge di delega o non siano contrastanti con altre e diverse leggi primarie; che non violino indebitamente i diritti e le libertà personali; che non abbiano l'effetto di subordinare le libertà attribuite ai cittadini a decisioni amministrative che non sono soggette a una revisione di merito²²⁵. Tale lavoro è condotto regolarmente dai membri del comitato che provvedono ad una pun-

²²² Come osservato da L. NEUDORF, *Strengthening the Parliamentary Scrutiny of Delegated Legislation: Lesson From Australia*, in *Canadian Parliamentary Review*, 2019, p. 26 «as there is only 15 sitting days period during which a notice of motion can be placed to disallow a legislative instrument, the committee must complete the work fairly quickly».

²²³ *Legislation Act 2003*, s 42. La legge dispone altresì che in caso di scioglimento, scadenza o proroga del Parlamento, prima della scadenza dei primi 15 giorni, l'atto legislativo oggetto dell'istanza di annullamento si considera presentato alla Camera il primo giorno di seduta successivo allo scioglimento, alla scadenza o alla proroga. L'eventuale *disallowance* stabilita nella precedente legislatura (o, in caso di proroga, nella precedente seduta) deve essere confermata affinché possa avere effetto con una nuova decorrenza di ulteriori 15 giorni. Per l'atto che non è stato oggetto di istanza di rigetto, il conteggio dei 15 giorni di seduta prosegue nella successiva seduta o Parlamento.

²²⁴ *Legislation Act 2003*, s 47 e 48.

²²⁵ Come efficacemente sintetizzato dal *Guides to Senate Procedure*, Australian Senate, Cap. 19 <https://www.aph.gov.au/>.

tuale e scrupolosa analisi delle disposizioni delegate volta ad accertare che la legislazione delegata «does not contain matter more appropriate for parliamentary enactment»²²⁶.

Nel corso degli anni, l'uso della legislazione delegata da parte dell'esecutivo australiano è cresciuto in modo rilevantissimo sia in termini numerici sia per importanza delle norme adottate mediante tale strumento, al punto che, oggi, «the life of citizens tends to be more directly affected by delegated legislation than it is by general framework type laws passed by the Houses of Parliament»²²⁷. Come riportato da una ricerca del Center for Public Integrity che si basa sui dati contenuti negli Annual e General Reports del Senate Standing Committee for the Scrutiny of Delegated Legislation²²⁸, l'uso della legislazione delegata da parte dell'esecutivo australiano è raddoppiato negli ultimi trent'anni passando da una media di circa 872 atti negli anni tra il 1983 e il 1988 ad una media di 1738 atti negli anni dal 2013 al 2018, senza considerare come questa tendenza non solo sia stata confermata ma persino amplificata durante l'emergenza pandemica.

Lo stesso Senate Standing Committee for the Scrutiny of Delegated Legislation, nel Report pubblicato nel luglio del 2019, evidenzia come sono oltre 14.000 i *legislative instruments* scrutinati dal Comitato dal 2010 al 2018, di cui approssimativamente il 13% è stato ritenuto tecnicamente non conforme²²⁹. Tale tendenza, inoltre, non coinvolge solamente il livello federale, ma anche quello statale; una recente analisi condotta nel New South Wales mette in luce come delle 437 leggi pubblicate nel NSW legislation website nel 2019, solo il 6% (ossia 25

²²⁶ *Senate Standing Orders* s 23 (3)(d).

²²⁷ H. XANTHAKI, *Drafting Legislation: Art and Technology of Rules for Regulation*, Hart Publishing, Oxford, 2014, p. 261.

²²⁸ The Center for Public Integrity, *Executive law-making doubles while accountability decreases*, 2020, https://publicintegrity.org.au/research_papers.

²²⁹ Come riportato dal Senate Standing Committee on Regulation and Ordinance, *Parliamentary scrutiny of Delegated Legislation*, Report 3 giugno 2019, <https://www.aph.gov.au/>, p.to 1.27, p. 9: «From 2010 to 2018, the committee scrutinised a total of 14,862 legislative instruments, and commented on 1,947 of these (approximately 13 per cent)».

provvedimenti) fossero legislazione primaria mentre il 94% (412 provvedimenti), fossero “*regulations*” ossia atti approvati attraverso *delegated legislation*²³⁰.

Anche solo questi dati meramente numerici aiutano a spiegare perché l'utilizzo crescente della legislazione delegata costituirebbe, secondo la dottrina, «the very real limitations of parliamentary scrutiny»²³¹; sebbene il meccanismo di controllo successivo predisposto dal Commonwealth conferisca un considerevole controllo sulla legislazione delegata, tanto da essere indicato come un esempio virtuoso tra i sistemi di Common law²³², «it is difficult for parliamentarians to keep abreast of the hundreds of instruments tabled each year». Nonostante gli avvertimenti del Senate Standing Committee for the Scrutiny of Bills, troppo spesso questioni di rilevanza significativa sono affidate alla legislazione delegata senza che il Senato abbia concretamente la possibilità di svolgere un controllo coerente delle sue implicazioni politiche²³³.

La principale difficoltà legata al controllo parlamentare successivo degli atti delegati riguarda, pertanto, il loro esponenziale crescente utilizzo

²³⁰ I dati, sono riportati nel documento *Inquiry into Regulation Committee, Making of Delegated Legislation in New South Wales*, Parliament of New South Wales Report, 27 luglio 2020. Cfr. P. DENY, J.R. MURPHY, *Pandemic Parliamentary Oversight on Delegated Legislation: Comparing the Performance of Westminster Systems*, in *ICL Journal*, 15(4), 2021, p. 465 ss. nota 2.

²³¹ P. DENY, J.R. MURPHY, *Pandemic Parliamentary Oversight of Delegated Legislation: Comparing the Performance of Westminster Systems*, cit., p. 466.

²³² L. NEUDORF, *Strengthening the Parliamentary Scrutiny of Delegated Legislation: Lesson from Australia*, cit.

²³³ Cfr. Senate Standing Committee on Regulation and Ordinance, *Parliamentary scrutiny of Delegated Legislation*, cit., p. X: «Unlike many other parliaments, the Australian Parliament has considerable control over delegated legislation (through its power to veto, or disallow, legislative instruments made by the executive). Yet, in practice, it is difficult for parliamentarians to keep abreast of the hundreds of instruments tabled each year, and all too often significant matters of policy are left to be determined by delegated legislation (despite the warnings of the Senate Standing Committee for the Scrutiny of Bills). While the committee draws its technical scrutiny concerns about delegated legislation to the Senate's attention, there is no consistent scrutiny of its policy implications. Therefore, where delegated legislation gives rise to significant issues, policy committees should be notified and consider whether to conduct an inquiry into its policy merits».

che ha subito una ulteriore brusca accelerazione a seguito della emergenza pandemica, quando cioè «countries across the globe have delegated extraordinary powers to their executives»²³⁴.

10. *Il Biosecurity Act come fonte normativa federale.*

Come ricordato, la principale risposta del governo del Commonwealth all'emergenza Covid-19 ha fatto in special modo affidamento sul potere di quarantena di cui alla s. 51(ix) Cost., esercitato attraverso il *Biosecurity Act 2015* (Cth), ovverosia la legge federale che fornisce un quadro normativo completo per la gestione dei rischi derivanti da «diseases and pests that may cause harm to human, animal or plant health or the environment»²³⁵. Abrogando il *Quarantine Act 1908*, tale atto legislativo si occupa di regolare gli interventi normativi ed amministrativi da predisporre al fine di proteggere la salute umana dalla diffusione di malattie gravi che sono espressamente individuate dal Director of Human Biosecurity. Quest'ultimo, in virtù di quanto disposto dalla section 42 del *Biosecurity Act*, può infatti stabilire, per iscritto, che una determinata malattia possa essere aggiunta all'elenco delle listed human disease qualora si tratti di una infezione trasmissibile e suscettibile di causare significativi danni alla salute umana.

Tale procedura richiede che il Director svolga delle preliminari consultazioni con il chief health officer di ogni Stato e di ogni Territorio e con il Director of Biosecurity²³⁶. Tale prerogativa è stata sfruttata allo scoppio della pandemia dal Director of Human Biosecurity che aveva in-

²³⁴ P. DENY, J.R. MURPHY, *Pandemic Parliamentary Oversight od Delegated Legislation: Comparing the Performance of Westminster Systems*, cit., p. 466.

²³⁵ *Biosecurity Act 2015* (Cth), s. 3.

²³⁶ Che nel sistema australiano coincide con il Segretario all'Agricoltura. È al Director of Biosecurity che, tra le diverse prerogative, si riconduce la responsabilità di assicurare il rispetto degli obblighi e dei diritti dell'Australia, compresi quelli derivanti dall'International Health Regulations, dal SPS Agreement and dalla Biodiversity Convention.

fatti aggiornato la listed of human diseases, inserendovi – il 21 gennaio 2020 – il SARS-CoV-2²³⁷.

Inoltre, la legge recepisce una serie di accordi internazionali in materia di salute pubblica²³⁸, e si coordina con il *National Health Security Act 2007*²³⁹, approvato dal Parlamento australiano per dare attuazione alla International Health Regulations (IHR), che sancisce l'obbligo per i paesi contraenti di «develop, strengthen and maintain (...) the capacity to detect, assess, notify and report events that may constitute a public health emergency of international concern»²⁴⁰. Sotto questo profilo, la section 51 (xxix) Cost. (che, lo si rammenti, attribuisce al Parlamento il potere di dare attuazione agli external affairs) fornisce una ulteriore base costituzionale ai poteri del Commonwealth in materia di salute pubblica²⁴¹.

²³⁷ Cfr. *Biosecurity (Listed Human Diseases) Amendment Determination 2020*, 21 gennaio 2020, <https://www.legislation.gov.au/Details/F2020L00037>. A seguito di tale emendamento, il Ministro della salute individua oggi otto diverse tipologie di infezioni umane che, ricomprese nella listed of human diseases (LHD), sono in grado di attivare i meccanismi previsti dal *Biosecurity Act*: Human influenza with pandemic potential; Plague; Severe acute respiratory syndrome (SARS); Middle East respiratory syndrome; Smallpox; Viral haemorrhagic fevers; Yellow Fever; Human coronavirus with pandemic potential (e.g. COVID-19). Cfr. *A Listed Human Disease (LHD) is a human disease which is communicable and may cause significant harm to human health*, AUS Dep of Health and Aged Care, 21 settembre 2020, <https://www1.health.gov.au>.

²³⁸ Tra cui the World Health Organization International Health Regulations, the World Trade Organization Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures 1994 (SPS Agreement), the International Convention for the Control and Management of Ships' Ballast Water and Sediments 2004 (Ballast Water Convention), the United Nations Convention on the Law of the Sea 1994 (UNCLOS) and the Convention on Biological Diversity 1992 (Biodiversity Convention). Cfr. *Biosecurity Act 2015* (Cth) s 4(b); *Explanatory Memorandum, Biosecurity Bill 2014* (Cth) 7, 11.

²³⁹ S. ARGUMENT, *Delegated legislation*, cit.

²⁴⁰ Cfr. World Health Organization, *International Health Regulations (2005)* (WHO, 3rd ed, 2016). L'art. 2.1 di tale accordo internazionale definisce «public health emergency of international concern» come «an extraordinary event which is determined, as provided in these Regulations: (i) to constitute a public health risk to other States through the international spread of disease and (ii) to potentially require a coordinated international response».

²⁴¹ In questo senso v. P. STEPHENSON, I. FRECKELTON, B. BENNETT, *Public Health*

Il *Biosecurity Act*, intervenendo in un ambito che richiede una pronta reazione da parte del decisore pubblico, conferisce all'esecutivo una serie di poteri – su cui a breve indugeremo – la cui attivazione richiede però il verificarsi di un necessario presupposto logico-giuridico ovverosia, ai sensi della section 475, la dichiarazione formale dello Stato di emergenza. Tale dichiarazione deve essere disposta dal Governor-General quando l'emergenza in atto soddisfi due essenziali e concomitanti condizioni: a) riguardi una malattia contenuta nella listed human diseases la cui diffusione, a livello nazionale, pone una seria minaccia alla salute umana a livello nazionale e b) tale dichiarazione sia essenziale per limitare l'ingresso o contenere la diffusione del morbo all'interno di uno o più territori del continente²⁴².

Solo una volta dichiarato lo stato di «human biosecurity emergency», infatti, il Ministro della Salute Federale può adottare, ai sensi della section(1) 477 del *Biosecurity Act*, «ogni misura ritenga necessaria» al fine di «prevenire o controllare» l'ingresso e/o la diffusione della malattia all'interno del territorio australiano²⁴³ con i soli limiti indicati dalla sottosezione 4 che, in sintesi, prescrive che le misure adottate siano appropriate,

Emergencies in Australia, in B. BENNET, I. FRECKELTON (a cura di) *Pandemics, Public Health Emergencies and Government Powers*, Federation Press, Sidney, 2021, p. 71.

²⁴² Cfr. *Biosecurity Act 2015* (Cth) s 475(1)(a): «The Governor-General may declare that a human biosecurity emergency exists if the Health Minister is satisfied that: (a) a listed human disease is posing a severe and immediate threat, or is causing harm, to human health on a nationally significant scale; and (b) the declaration is necessary to prevent or control: (i) the entry of the listed human disease into Australian territory or a part of Australian territory; or (ii) the emergence, establishment or spread of the listed human disease in Australian territory or a part of Australian territory».

²⁴³ *Biosecurity Act 2015* (Cth) s 477 (1): «During a human biosecurity emergency period, the Health Minister may determine any requirement that he or she is satisfied is necessary: (a) to prevent or control: (i) the entry of the declaration listed human disease into Australian territory or a part of Australian territory; or (ii) the emergence, establishment or spread of the declaration listed human disease in Australian territory or a part of Australian territory; or (b) to prevent or control the spread of the declaration listed human disease to another country; or (c) if a recommendation has been made to the Health Minister by the World Health Organization under Part III of the International Health Regulations in relation to the declaration listed human disease-to give effect to the recommendation».

proporzionate e limitate allo scopo previsto dall'azione²⁴⁴.

Pur essendo stato inserito il Covid-19 nella lista delle human diseases dal gennaio 2020, la dichiarazione di emergenza nazionale è stata sancita il 18 Marzo 2020, così consentendo da quel momento al Ministro della salute di disporre dei poteri a lui delegati per definire una lunga serie di misure restrittive. Facendo aggio su tali poteri, il Ministro, solo nelle prime settimane, ha quindi disposto il divieto uscire dal territorio nazionale (international travel ban)²⁴⁵, la cancellazione delle crociere²⁴⁶, l'acquisizione di hotel privati da destinare a luoghi per la quarantena²⁴⁷, limitazioni sul funzionamento dei negozi al dettaglio²⁴⁸, provvedimenti sul costo dei beni essenziali (tra cui i dispositivi di protezione)²⁴⁹, criteri sull'utilizzo dei dati sensibili circa l'utilizzo della Covid-19 tracing app²⁵⁰ e così via.

²⁴⁴ *Biosecurity Act 2015* (Cth) s 477(4): «Before determining a requirement under subsection (1), the Health Minister must be satisfied of all of the following: (a) that the requirement is likely to be effective in, or to contribute to, achieving the purpose for which it is to be determined; (b) that the requirement is appropriate and adapted to achieve the purpose for which it is to be determined; (c) that the requirement is no more restrictive or intrusive than is required in the circumstances; (d) that the manner in which the requirement is to be applied is no more restrictive or intrusive than is required in the circumstances; (e) that the period during which the requirement is to apply is only as long as is necessary».

²⁴⁵ *Biosecurity (Human Biosecurity Emergency) (Human Coronavirus with Pandemic Potential) (Overseas Travel Ban Emergency Requirements) Determination 2020* (Cth).

²⁴⁶ *Biosecurity (Human Biosecurity Emergency) (Human Coronavirus with Pandemic Potential) (Emergency Requirements) Determination 2020* (Cth).

²⁴⁷ *Biosecurity (Human Health Response Zone) (Swissotel Sydney) Determination 2020* (Cth).

²⁴⁸ *Biosecurity (Human Biosecurity Emergency) (Human Coronavirus with Pandemic Potential) (Emergency Requirements-Retail Outlets at International Airports) Determination 2020* (Cth).

²⁴⁹ *Biosecurity (Human Biosecurity Emergency) (Human Coronavirus with Pandemic Potential) (Essential Goods) Determination 2020* (Cth).

²⁵⁰ *Biosecurity (Human Biosecurity Emergency) (Human Coronavirus with Pandemic Potential) (Emergency Requirements – Public Health Contact Information) Determination 2020* (Cth).

I poteri emergenziali attivati a livello federale, inoltre, si sono incrociati con le misure adottate in modo analogo dagli Stati e dai Territori del Commonwealth, forti anche della *concurrent operation clause* racchiusa nel *Biosecurity Act*, che consente alle leggi sulla biosicurezza dei singoli Stati e territori di continuare a operare nella massima misura possibile, fatte salve le limitazioni costituzionali pertinenti.

Ad eccezione del New South Wales che ha semplicemente attivato i poteri emergenziali già contenuti nelle leggi sulla sanità²⁵¹, tutti gli Stati della federazione hanno dichiarato lo stato di emergenza territoriale²⁵² dando attivazione a poteri «both extensive and highly elastic» che conferiscono all'esecutivo la facoltà «to compel individuals in a broad range of ways and confer wide discretion on the relevant decision-maker»²⁵³.

In questo modo, l'ordinamento australiano ha predisposto – almeno inizialmente – una doppia strategia per far fronte alla pandemia rispettando le competenze assegnate dalla Costituzione al livello federale e statale. Il governo federale ha esercitato i suoi poteri prevalentemente in ma-

²⁵¹ Questo perché l'ordinamento del New South Wales stabilisce la possibilità, ai sensi del *Public Health Act 2010* (NSW) s 7, di attivare poteri emergenziali sulla base dell'accertamento di «a risk to public health» senza procedere, preventivamente, ad una dichiarazione di emergenza nazionale. La prima ordinanza volta a contenere e combattere la diffusione del virus è stata attivata dal NSW Minister of Health il 15 Marzo 2020.

²⁵² La dichiarazione «state of emergency» può essere attivata dalle leggi statali sulla salute pubblica o sulla emergenza territoriale (o entrambe). Quanto alla prima categoria essa ha riguardato gli Stati/Territori di Australia Capital Territory (*Public Health Act 1997* (ACT)); Tasmania (*Public Health Act 1997* (Tas)); Victoria (*Health and Wellbeing Act 2008* (Vic)); South Australian (*Public Health Act 2011* (SA)); North Territory (*Public and Environmental Health Act 2011* (NT)); Western Australia (*Public Health Act 2016* (WA)). Hanno utilizzato leggi relative allo stato di emergenza gli Stati/Territori di Queensland (*Disaster Management Act 2003* (Qld)); South Australia (*Emergency Management Act 2004* (SA)); Tasmania (*Emergency Management Act 2006* (Tas)); West Australia (*Emergency Management Act 2005* (WA)); Australia Capital Territory (*Emergencies Act 2004* (ACT)); Northern Territory (*Emergency Management Act 2013* (NT)); Victoria (*Emergency Management Act 2013* (Vic)). L'unico tra gli Stati che non ha dichiarato lo stato di emergenza è stato il New South Wales (NSW).

²⁵³ N. ARONEY, M. BOYCE, *Australia and the COVID-19 Pandemic: Federal, State and Local Responses*, cit., p. 306.

teria di «migration, customs, economy (including social security payments)», mentre i singoli stati hanno adottato restrizioni sulla circolazione dei propri cittadini «requiring people to isolate and manteing social distancing and closing business, schools, public spaces and community facilities»²⁵⁴.

Allo stesso tempo, però, il Commonwealth ha tentato di coordinare in modo centralizzato l'emergenza, ideando piani e strategie comuni. A titolo esemplificativo si ricordi quanto accaduto con riferimento ai vaccini. Non attribuendo la Costituzione australiana alcuna competenza generale al Commonwealth, è compito dei singoli Stati membri a stabilire i casi in cui il vaccino debba considerarsi obbligatorio. Durante la pandemia Covid-19, il governo del Commonwealth ha però lavorato per favorire lo sviluppo di una strategia nazionale (rollout strategy) per la vaccinazione della popolazione mediante l'istituzione di un comitato consultivo nazionale e fornendo finanziamenti agli Stati e ai territori per assisterli nella implementazione di tale strategia.

Tornando sul piano più generale della gestione della pandemia, dopo un primo momento di sostanziale coordinamento tra territori, la frammentazione delle misure adottate dai singoli Stati ha fatto sorgere più di un problema all'interno del continente australiano. Si rievochino le forti critiche mosse dal Commonwealth nei riguardi della prolungata chiusura dei confini disposta dal Western Australia, sostenute dalla convinzione che essa impattasse in modo significativo sullo scambio di beni e, quindi, sulla economia nazionale. Così come le critiche mosse anche da uno Stato verso l'altro tra le quali ha avuto significativo risalto la pubblica opposizione del Premier del New South Wales per le condizioni «irrealistiche» poste dal governo del Queensland per la riapertura dei propri territori. In definitiva, quindi, la frammentazione delle competenze ha portato ad un «patchwork of inconsistent state and territory-based rules that ignore the reality of the way small and large businesses operate»²⁵⁵. Il che non aveva

²⁵⁴ A. BOUGHEY, *Emergency power in emergency: Where is the accountability?*, in *Alternative Law Journal*, 45(3), 2020, p. 169.

²⁵⁵ Queste le critiche pubblicamente espresse dagli imprenditori australiani. Cfr. R. FERGUSON, R. URBAN, A. ORE, *Business Demands Action on Borders*, in *The Australian*, 24 agosto 2020 riportato da N. ARONEY, M. BOYCE, *Australia and The COVID-19 Pandemic: Federal, State and Local Responses*, cit., p. 307.

fatto altro che rafforzare la convinzione di chi aveva visto nell'ideazione del National Cabinet una misura necessaria per una gestione efficace del federalismo australiano, per lo meno in tempo di crisi.

L'utilizzo dei poteri delegati contenuti nel *Biosecurity Act*, unitamente alle strategie di coordinamento dei poteri emergenziali statali predisposta attraverso il National Cabinet, ha permesso al governo del Commonwealth di fornire una risposta immediata alla pandemia in atto. Allo stesso tempo, però, esso «has represented an unprecedented expansion of power by the federal executive»²⁵⁶ che ha fatto affiorare ragguardevoli problematiche riguardanti l'uso eccessivamente ampio dei poteri delegati e il conseguente indebolimento dei meccanismi di controllo del Parlamento. Sebbene il fenomeno dell'utilizzo estensivo della legislazione delegata non sia, come già ricordato, un fenomeno inedito, l'attivazione dei meccanismi del *Biosecurity Act* (e in particolare del Cap. 8 di tale legge) ha messo in allarme la dottrina australiana per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, molte delle misure più significative adottate dal governo attraverso i poteri delegati sono state espressamente esentate dalle ordinarie procedure di controllo e annullamento svolte dal Parlamento (*disallowance procedures*). In secondo luogo, alcune clausole del *Biosecurity Act 2015* consentono all'esecutivo federale di approvare atti dotati di una forza attiva che li rende capaci di modificare o abrogare norme contenute nella legislazione primaria, conferendo di fatto all'esecutivo un potere legislativo pieno attraverso il meccanismo conosciuto nei sistemi di Common Law con il termine *Henry VIII Clause*.

Come vedremo nel prosieguo, entrambe queste problematiche sono sfociate in un disallineamento dei tradizionali equilibri che regolano il rapporto tra legislativo ed esecutivo che, per quanto giustificato da esigenze fattuali e di pragmatica utilità a fronte di una singolare e colossale crisi sanitaria, può dare impulso ad una non temporanea alterazione della separazione tra poteri e del *rule of law* in Australia.

²⁵⁶ S. BRENKER, *An Executive Grab for Power During COVID-19?*, cit.

11. Disallowance Exeptions e Henry VIII Clauses: *i limiti legislativi al controllo parlamentare degli atti delegati.*

Il principale meccanismo disegnato dal sistema costituzionale australiano per compensare le insidie connaturate all'utilizzo della legislazione delegata è costituito dal controllo *ex-post* sugli atti delegati e dalla procedura di *disallowance*. Solo il controllo successivo da parte del Parlamento, infatti, può fornire legittimità ad un atto sostanzialmente legislativo approvato dall'esecutivo.

Malgrado sotto il profilo teorico lo strumento della delega potrebbe apparire sufficiente per motivare l'esercizio della funzione legislativa da parte di un organo diverso da quello a cui è tradizionalmente affidata, il fatto che le deleghe legislative australiane non siano previste esclusivamente per regolare puntualmente una materia seguendo le indicazioni e le tempistiche definite, ma anche per attivare, in futuro, poteri emergenziali al seguito del verificarsi di determinati avvenimenti richiede, necessariamente, che il Parlamento mantenga il potere di controllare, ed eventualmente annullare, l'atto delegato.

Il controllo parlamentare diviene così strumento con cui i rappresentanti eletti possono valutare e discutere il contenuto politico degli atti approvati dall'esecutivo, dotando questi ultimi indirettamente ed in un momento successivo alla loro formulazione della necessaria legittimazione democratica. Attribuendo a deputati e senatori la facoltà annullare, in tutto o in parte, gli atti delegati, la *disallowance* incarna, sotto il profilo costituzionale, «one of the most important tools that Parliaments has at its disposal to maintain control of delegated legislation»²⁵⁷.

Il *Legislation Act 2003*, tuttavia, stabilisce alla section 44 due tipologie di casi in cui tale procedura non può trovare applicazione: qualora la legislazione primaria «facilitates the establishment or operation of an inter-governmental body or scheme» o «authorises the instrument to be made by the body for the purposes of the body or scheme»²⁵⁸, oppure quando

²⁵⁷ Senate Standing Committee for the Scrutiny of Delegated Legislation, Parliament of Australia, *Inquiry into the Exemption of Delegated Legislation from Parliamentary Oversight (Interim report, 2 December 2020)*, p. XIV.

²⁵⁸ *Legislation Act 2003*, s 44 (1).

l'atto normativo di delega (sia esso una legge primaria o un regolamento) disponga esplicitamente che «the instrument is not subject to disallowance»²⁵⁹.

La prima eccezione ha lo scopo di evitare una modifica ex-post che vanifichi un *legislative instrument* che, nella sua articolata struttura, è pensato per stabilire le modalità procedurali con cui favorire l'accordo tra soggetti portatori di interessi tra loro diversificati. Avrebbe, infatti, poco senso conferire all'esecutivo, attraverso legge del Commonwealth, un potere di adottare atti di coordinamento con gli Stati e i territori della federazione, per poi annullare unilateralmente tali atti attraverso una procedura parlamentare federale perché, come chiarito dall'Explanatory Memorandum della legge, «the Commonwealth Parliament should not, as part of a legislative instruments regime, unilaterally disallow instruments that are part of a multilateral scheme»²⁶⁰.

Più complesso sembra invece giustificare la seconda eccezione contenuta nella s 44 (2) della legge, che di fatto abilita il Parlamento ad approvare deleghe legislative che prevedono, anticipatamente, la loro esenzione dalla procedura di controllo successivo. La norma è probabilmente il frutto del tentativo di costruire meccanismi di collaborazione tra Governo e Parlamento che permettessero a quest'ultimo di decidere i casi in cui la delega legislativa si perfezioni ex-ante affidando all'esecutivo il compito di completare, autonomamente, le regole normative. In tal senso, il già citato Explanatory Memorandum chiarisce che le eccezioni disposte dalla legge dovrebbero disciplinare solo aspetti specifici e delimitati che riguardano, ad esempio, le direttive concernenti «an internal management tool for Government», o procedure in cui «the rule-making process has been appropriately depoliticised». In ogni caso, l'impressione è che la legge abbia voluto riservare al Parlamento, attraverso una clausola particolarmente ampia, la possibilità di delegare definitivamente il potere normativo quando «the Executive control is intended»²⁶¹.

²⁵⁹ *Legislation Act 2003*, s 44 (2) (a) e (b).

²⁶⁰ Cfr. 2002-2003 The Parliament of The Commonwealth Of Australia House Of Representatives Legislative Instruments Bill 2003, *Explanatory Memorandum*, in <https://parlinfo.aph.gov.au/>.

²⁶¹ ID., p. 23: «Some of the rationales for the exemptions of particular types of in-

Nel corso del tempo, tuttavia, l'utilizzo delle eccezioni alla *disallowance* procedure sembra essere andato oltre il disegno originario, e sempre più spesso leggi che delegano poteri all'esecutivo e alla amministrazione federale ospitano disposizioni che escludono il controllo parlamentare successivo. È questo il caso del *Biosecurity Act*, il quale dispone che tanto la dichiarazione formale di emergenza nazionale del Governor-General²⁶², quanto i conseguenti poteri conferiti al Minister of Health per prevenire il diffondersi della malattia²⁶³ siano coperti da una clausola di esclusione della *disallowance procedure*. La legge, inoltre, statuisce che alcuni poteri, anche rilevanti, affidati all'esecutivo non possano essere rubricati come legislative instruments, aggirando così sotto il profilo formale l'applicazione delle disposizioni contenute nel *Legislation Act 2003*, tra cui anche la procedura di *disallowance* regolata dalla s. 42²⁶⁴.

strument include: where there is an alternate parliamentary role in relation to that type of instrument (...); where the rule-making process has been appropriately depoliticised (...); where the instrument is an internal management tool for Government (...); where the exposure of instruments to potential disallowance would cause problems such as commercial delay or commercial uncertainty (...); [in general] where Executive control is intended».

²⁶² Cfr. *Biosecurity Act 2015* (Cth) s 475(2) (2) «A human biosecurity emergency declaration is a legislative instrument, but Section 42 (disallowance) of the *Legislation Act 2003* does not apply to the declaration»; s 476(2) «A variation made under subsection (1) is a legislative instrument, but section 42 (disallowance) of the *Legislation Act 2003* does not apply to the variation».

²⁶³ Cfr. *Biosecurity Act 2015* (Cth) ss 477(1) «During a human biosecurity emergency period, the Health Minister may determine any requirement that he or she is satisfied is necessary (...)» (2) «A determination made under subsection (1) is a legislative instrument, but section 42 (disallowance) of the *Legislation Act 2003* does not apply to the determination».

²⁶⁴ Così, ad esempio, la s. 478 del *Biosecurity Act 2015* (Cth) stabilisce che, durante una *human biosecurity emergency* il Ministro della Salute possa «give any direction, to any person» al fine di controllare il diffondersi della pandemia, e che «A person who fails to comply with a direction given under this subsection may commit an offence». La legge specifica inoltre alla s 572 che il termine “direction” si intendono anche direttive scritte che però, a meno che ciò non sia diversamente specificato nella legge, [are] not legislative instruments». Di conseguenza, la legge delega al Ministro della Salute poteri anche molto ampi di disporre ordini vincolanti a qualsiasi persona in ragione della lotta alla pandemia, e che tali ordini non possono essere scrutinati, nel loro contenuto, dal Parlamento.

11.1. *La mancata disallowance durante la pandemia.*

Così schermata da forme di controllo da parte del Parlamento, l'attivazione di tali poteri durante la pandemia Covid-19 ha sollevato più di una riflessione critica: in prima istanza, l'ampia e apparentemente illimitata natura dei poteri emergenziali conferiti dal Biosecurity act è stata ritenuta preoccupante²⁶⁵ perché attribuisce poteri straordinari a singoli Ministeri, che alimentano un eccessivo dominio dell'esecutivo nel processo decisionale²⁶⁶.

In secondo luogo, essi sono in grado di incidere in modo anche ragguardevole sui diritti e sulle libertà dei cittadini del Commonwealth dal momento che legittimano il Ministro della Salute, come avvenuto in pandemia, a disporre una serie limitazioni alla libertà di circolazione o ad imporre regole sulla quarantena a cui è oltretutto corredata, in caso di mancato rispetto, l'erogazione di pene severe²⁶⁷.

Infine, il fatto che tali previsioni siano espressamente escluse dall'applicazione della *disallowance procedure* priva il Parlamento australiano del principale strumento di controllo sulla legittimità degli atti delegati, accrescendo considerevolmente la discrezionalità dell'esecutivo con riferimento a disposizioni che, per la loro importanza, dovrebbero chiamare in causa i soggetti e i procedimenti propri della legislazione primaria.

²⁶⁵ A. GRAY, *The Australian quarantine and biosecurity legislation: Constitutionality and critique*, in *Journal of Law and Medicine*, 22(4), 2015, p. 803. L'A. analizza il Biosecurity Act poco tempo dopo la sua approvazione, osservando come – anche solo sotto il profilo teorico – tale legge abbia replicato alcune delle criticità che già emergevano nella disciplina precedente e che, sebbene qualche passo in avanti sulla democraticità delle disposizioni sia stato fatto, «there is a concern with the broad power in both the old and new legislation conferred upon quarantine officials in order to detention».

²⁶⁶ Come osservato da P. DEY, J. MURPHY, *Accountable Lawmaking. Delegated Legislation & Parliamentary Oversight during the Pandemic*, University of Melbourne School of Government – Governing During Crises Series, Policy Brief n. 9, 7 febbraio 2021, p. 3: «Biosecurity act establishes extraordinary powers to individual ministers, resulting in excessive executive dominance in policymaking».

²⁶⁷ Il *Biosecurity Act 2015* (Cth) s 479 ss (1) (2) stabilisce infatti che «A person must comply with a requirement determined under subsection 477(1) [and/or] (...) with a direction given under subsection 478 (1)» e che tali comportamenti costituiscono «offenses» punibili con «Imprisonment for 5 years or 300 penalty units, or both».

Tali preoccupazioni non sono del resto sfuggite al Senate Standing Committee for Delegated Legislation, che già alla fine del 2020 aveva espresso dubbi di legittimità sulla produzione delle misure emergenziali anti-Covid; l'Interim Report, infatti, riporta che almeno il 20% delle quasi mille misure adottate dall'esecutivo nel corso dell'anno erano coperte da disallowance exceptions, con l'effetto di una deprivazione al Parlamento del suo ruolo di controllo che, anche in tempo di emergenza (e finanche a fortiori in tempo di emergenza), risulta fondamentale soprattutto a fronte di misure suscettibili di impattare sulle libertà dei cittadini. Dal canto suo, il Governo ha giustificato l'opportunità dei propri interventi: ricordando come la maggior parte delle decisioni fossero state adottate sulla base di dati tecnici e/o medico-scientifici, secondo l'esecutivo federale gli atti approvati «need to be insulated from political considerations»²⁶⁸.

In realtà, l'indagine del Committee mostra come, indipendentemente dalla valutazione sul merito di tali politiche, l'attivazione dei poteri emergenziali possa aprire alcune crepe nella architettura costituzionale della separazione tra poteri, perché «where a law trespasses on personal rights and liberties (...) our system of representative democracy requires elected representatives to have the opportunity to scrutinise and, if necessary, repeal that law»²⁶⁹.

In ogni caso, l'attivazione delle clausole di eccezione, unitamente alla previsione per cui, specialmente nei momenti più duri della pandemia, il Parlamento australiano ha smesso di riunirsi per quasi cinque mesi, hanno impedito al legislativo di valutare le misure contestate, aprendo piuttosto riflessioni sulla possibilità di riformare i meccanismi descritti che rischiano di incidere sul ruolo affidato al legislativo dal sistema costituzionale australiano.

²⁶⁸ Come riportato da *Standing Committee for the Scrutiny of Delegated Legislation – Inquiry into the exemption of delegated legislation from parliamentary oversight Interim report 2019*, 2 dicembre 2020, p. XIV: «The government has justified exempting instruments made under the Biosecurity Act from disallowance on the grounds that they are based on technical or scientific decisions and therefore need to be insulated from political considerations».

²⁶⁹ *Ibidem*.

11.2. *Le Henry VIII Clauses del Biosecurity Act.*

Un secondo ordine di criticità relativo all'attivazione dei poteri emergenziali delegati riguarda la facoltà riservata agli atti secondari di abrogare o sospendere norme approvate attraverso la legislazione primaria; facoltà che è collegata alla attivazione della c.d. delle *Henry VIII Clauses*. Come è facilmente intuibile dal termine impiegato, tale strumento normativo ha origine nella Common Law inglese, e si riferisce ad una clausola normativa contenuta nello *Statute of Sewers* del 1531 (23 Hen 8 c. 5) e nello *Statute of Proclamations* del 1539 (31 Henry 8 c.8)²⁷⁰, che attribuivano al Re e ai suoi Commissioners il potere di approvare rules o proclamations aventi la stessa forza della legge (Act) approvata dal Parlamento.

Adottate durante il regno di Enrico VIII, tali leggi sono oggi abrogate e il termine "*Henry VIII*" è utilizzato per descrivere clausole che riservano agli atti approvati dall'esecutivo una particolare forza passiva e, pertanto, un alto grado di resistenza alla legislazione ordinaria. Tali clausole, tuttavia, sono considerate come una eccezione tanto del principio della sovranità parlamentare quanto della separazione dei poteri, e riflettono «the English king's penchant for making laws which were 'autocratic in flavour'»²⁷¹.

L'utilizzo delle *Henry VIII Clauses* nella legislazione delegata è motivato dalla necessità di consentire agli atti dell'esecutivo di trovare il giusto bilanciamento all'interno della legislazione ordinaria, permettendo aggiustamenti delle discipline che non rendano illegittimo l'atto delegato per contrasto con la primary legislation. Allo stesso tempo, però, il loro uso è stato giudicato «inappropriate» sia dal Senate Standing Committee for the

²⁷⁰ Cfr. *Statute of Proclamations 1539* (31 Henry VIII ch 8): «The King for the Time being, with the Advice of his Council, or the more Part of them, may set forth Proclamations under such Penalties and Pains as to him and them shall seem necessary, which shall be observed as though they were made by Act of Parliament». Tale legge è stata poi abrogata durante il Re di Edoardo VI, ma il termine "*Henry VIII Clause*" è rimasto all'interno della Common Law per descrivere clausole che consentono alla secondary legislation di abrogare Acts of Parliaments.

²⁷¹ Cfr. G. ROBIN, *AQ: Australian Quarterly*, 92(4), p. 31 che riporta una definizione del *Macquarie Dictionary of Modern Law*.

Scrutiny of Bills²⁷² sia dal Legislation Handbook, che – a sottolineare l'eccezionalità di tali strumenti – richiede all'amministrazione che abbia intenzione di farne uso di specificare in modo circostanziato le ragioni che rendono il loro utilizzo necessario e imprescindibile nel caso specifico²⁷³.

Pur costituendo quindi una deviazione nella normale attribuzione dei poteri, le clausole *Henry VIII* sono tollerate dal sistema australiano quando utilizzate in casi eccezionali, giustificabili e per uno scopo limitato; come ricordato dal giudice Beaumont in *Ismail v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs* «whilst it may be true to say that the courts have indicated their dislike of the use of Henry VIII clauses (...) a finding of invalidity is another matter»²⁷⁴.

Nel gestire l'emergenza pandemica, il Governo del Commonwealth ha utilizzato il meccanismo delle *Henry VIII Clauses*. Entrambe le disposizioni principali del Cap. 8 del *Biosecurity Act*, infatti, contengono clausole che stabiliscono rispettivamente che un procedimento deciso ai sensi della s 477(1), o una direttiva impartita ai sensi del s 478(1), prevalgono su qualsiasi altra disposizione australiana, ivi comprese quelle adottate con legge dal Parlamento del Commonwealth²⁷⁵.

Attraverso tali disposizioni, il Ministro della salute ha così potuto, tra le altre cose, imporre divieti di viaggio all'estero; imporre requisiti di

²⁷² Cfr. ad esempio, *Senate Standing Committee for the Scrutiny of Bills*, Annual Report 2018, febbraio 2019, pp. 33-34.

²⁷³ *Legislation Handbook* Department of the Prime Minister and Cabinet, cit., pto. 7.29 «Officers involved in preparing an explanatory memorandum need to be aware of issues that fall within the Committee's terms of reference and ensure that: (...) f) the use of subordinate legislation is appropriate and an explanation is given for any unusual arrangements, such as using regulations for important measures that would normally be included in primary legislation or a "Henry VIII" clause which authorises the amendment of primary legislation by delegated legislation (e.g. that "rules" can modify the effect of the primary legislation)».

²⁷⁴ Cfr. Unreported, Federal Court of Australia, Beaumont J, 25 March 2006, "Isman Ismail", riportato da G. NG, *Slaying The Ghost Of Henry VIII: A Reconsideration Of The Limits Upon The Delegation Of Commonwealth Legislative Power*, in *Federal Law Review*, 38(2), 2010, p. 227.

²⁷⁵ Rispettivamente, *Biosecurity Act* s 477 (5) «A requirement determined under subsection (1) applies despite any provision of any other Australian law» e s 478 (4) «A direction may be given under subsection (1) despite any provision of any other Australian law».

emergenza per le comunità remote; proibire alle navi da crociera di entrare nei porti australiani; proibire il commercio da parte di punti vendita al dettaglio negli aeroporti internazionali nonché disporre prezzi calmierati in relazione a beni essenziali²⁷⁶.

Combinando lo strumento delle *Henry VIII Clauses* con quello della *disallowance exceptions*, il Governo del Commonwealth ha pertanto goduto di un amplissimo potere capace di incidere in modo significativo sulla libertà dei cittadini australiani, senza che il Parlamento fosse in grado di operare uno scrutinio efficace su tali atti. L'uso significativo della legislazione delegata e degli strumenti che non possono essere disconosciuti dal Parlamento, ostacola la capacità di quest'ultimo di svolgere la sua funzione costituzionale, alterando la naturale ripartizione delle funzioni tra organi.

12. Principio di Legalità ed emergenza pandemica.

Gli amplissimi poteri conferiti al Ministro della salute durante la pandemia dal *Biosecurity Act* hanno quindi comportato una contrazione dei naturali meccanismi attraverso cui il sistema australiano difende le libertà dei cittadini dalle possibili ingerenze del potere²⁷⁷.

Le eccezioni previste dalla *disallowance procedure*, unitamente alle *Henry VIII Clauses*, non hanno consentito al Parlamento di attivare il controllo della legislazione delegata, impedendo ai Senate Committees di riequilibrare il potere esercitato dall'esecutivo anche in relazione alla verifica della lesione delle c.d. common law liberties riconosciute dal costituzionalismo australiano. Inoltre, come noto, l'Australia è una delle uniche democrazie al mondo a non avere codificato un Bill of Rights federale; un ruo-

²⁷⁶ Altro esempio è stato l'utilizzo da parte del Ministro delle Politiche Sociali della Henry VIII clause inserita nel Coronavirus Economic Response Package Omnibus Bill 2020. Tale atto attribuisce al Ministro il potere di modificare "any qualification criteria" e "any payment rate" per qualsiasi social security payment senza bisogno di una preventiva approvazione da parte del Parlamento.

²⁷⁷ Cfr. S. BATEMAN, A. STONE, *Australia – Covid-19 And Constitutional Law*, cit., pp. 230-231.

lo di controllo sulla conformità delle leggi e dei *legislative instruments* è stato così affidato, a partire dal 2011, al Parliamentary Joint Committee on Human Rights (PJCHR).

Istituita a seguito della approvazione dello *Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011*²⁷⁸, tale commissione è chiamata in primo luogo ad esaminare le proposte di legge e i *legislative instruments* per verificarne la compatibilità di tali misure con i Trattati internazionali ratificati dall'ordinamento australiano²⁷⁹, e di riferire ad entrambe le Camere del Parlamento potenziali violazioni con i diritti umani ivi contenuti.

Il lavoro della Commissione, tuttavia, si limita a identificare di potenziali criticità degli atti analizzati e a suggerire al Parlamento eventuali raccomandazioni in tal senso²⁸⁰; a conferma di ciò si richiama il Report 5 del 2020 che ha giudicato le misure emergenziali adottate in forza del *Biosecurity act* «likely to promote and protect the rights to life and health», ma allo stesso tempo «may also limit the rights to freedom of movement and equality and non-discrimination». A conclusione del Report, la Commissione ha costì raccomandato al ministro di considerare la possibilità di adeguare le disposizioni adottate ai principi di proporzionalità, ragionevolezza, necessità²⁸¹.

²⁷⁸ No. 186, 2011.

²⁷⁹ Si tratta, in particolare, degli Human Rights contenuti nei seguenti Trattati internazionali: International Covenant on Civil and Political Rights ratificato in Australia con 1980] ATS 23; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights [1976] ATS 5; International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination [1975] ATS 40; Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women [1983] ATS 9; International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination [1975] ATS 40; Convention on the Rights of the Child [1991] ATS 4; Convention on the Rights of Persons with Disabilities [2008] ATS 12.

²⁸⁰ Come riportato dal *Parliamentary Joint Committee on – Human Rights Human rights scrutiny report of COVID-19 legislation*, Report 5 2020, 29 aprile 2020, p. viii: «Where legislation raises human rights concerns, the committee's usual approach is to seek a response from the legislation proponent, or draw the matter to the attention of the proponent and the Parliament on an advice-only basis».

²⁸¹ Cfr. ID., 1.25 «The committee considers that the measure, which is designed to prevent the spread of COVID-19, is likely to promote and protect the rights to life and

Al di fuori del controllo parlamentare, il principale strumento che residua per la tutela dei diritti rispetto alla adozione di poteri emergenziali delegati è rappresentato dal ricorso alle corti federali cui spetta un controllo di conformità degli atti al principio di legalità. Nel sistema costituzionale australiano, tale principio costituisce un criterio complementare al *rule of law* e svolge una funzione essenziale nel garantire che l'esercizio del potere sia legittimo, trasparente e responsabile²⁸².

Nei sistemi di Common law, infatti, la crescente interconnessione tra legalità e *rule of law* dipende dal sempre maggior peso assunto dalla tutela dei diritti fondamentali e, conseguentemente, all'accresciuto ruolo attribuito a tal fine alle Corti. Secondo la famosa definizione di Lord Hoffman in *Ex parte Simms*, il principio di legalità impone al Parlamento di confrontarsi seriamente con le conseguenze e i costi delle proprie decisioni, perché i diritti fondamentali non possono essere scavalcati da disposizioni normative vaghe ed ambigue, pena il deterioramento del processo democratico: in assenza di un significato inequivoco, pertanto, «the courts (...) presume that even the most general words were intended to be subject to the basic rights of the individual»²⁸³.

Tale definizione collega la legalità al contenuto sostanziale del *rule of law*, statuendo una protezione della libertà dall'arbitrio del potere soprattutto in quegli ordinamenti come il Regno Unito o la Nuova Zelanda

health, noting that the right to life requires Australia to take positive measures to protect life and the right to health requires Australia to take steps to prevent, treat and control epidemic diseases. The committee notes that the measure may also limit the rights to freedom of movement and equality and non-discrimination. These rights may be subject to permissible limitations if they are shown to be reasonable, necessary and proportionate».

²⁸² Cfr. D. MEAGHER, M. GROVES (a cura di), *The Principle of Legality in Australia and New Zealand*, Sidney, 2017.

²⁸³ *R v. Secretary of State for the Home Department Ex Parte Simms* (2000) 2 AC 115, 131-132 (Ex parte Simms): «[T]he principle of legality means that Parliament must squarely confront what it is doing and accept the political cost. Fundamental rights cannot be overridden by general or ambiguous words. This is because there is too great a risk that the full implications of their unqualified meaning may have passed unnoticed in the democratic process. In the absence of express language or necessary implication to the contrary, the courts therefore presume that even the most general words were intended to be subject to the basic rights of the individual».

che hanno introdotto leggi specifiche a protezione degli Human Rights. Ma, a partire dagli anni ottanta dello scorso secolo, l'utilizzo della legalità come specificazione del *rule of law* si è fatto sempre più frequente anche nelle sentenze della High Court Australiana²⁸⁴, testimoniando il «judicial return to foundational values in the face of statutory challenges to operating assumptions in the law (such as procedural fairness and general judicial review jurisdiction)»²⁸⁵.

In Australia, le origini del principio possono essere rintracciate già nel 1908 nella sentenza *Potter v. Minohan*, quando la High Court ha implicitamente utilizzato l'idea della legalità per fornire un'interpretazione delle norme contenute nella sec. 3 dell'*Immigration Restriction Act 1901* (Cth)²⁸⁶. Ritenendo «improbable» che il legislatore avesse voluto limitare le libertà dei cittadini «without expressing its intention with irresistible clearness»²⁸⁷, il

²⁸⁴ Come riportato da F. CARDELL-OLIVER, *Parliament, The Judiciary and Fundamental Rights: The Strength of The Principle of Legality*, in *Melbourne University Law Review*, 41(1), 2017, p. 31 nota 3, sono numerosi i riferimenti a tale principio nelle sentenze della High Court degli ultimi decenni: cfr. *R & R Fazzolari Pty Ltd v. Parramatta City Council* (2009) 237 CLR 603, 619 [43]; *KGeneration* (n 1) 520 [47]; *South Australia v. Totani* (2010) 242 CLR 1, 28-9 [31]; *Momcilovic* (n 1) 46 [43]; *Lacey v. A-G (Qld)* (2011) 242 CLR 573, 583 [20]; *A-G (SA) v. Adelaide City Corporation* (2013) 249 CLR 1, 30-1 [42], 66 [148] ('Corneloup's Case'); *X7 v. Australian Crime Commission* (2013) 248 CLR 92, 132 [87], 153 [158]; *Lee v. New South Wales Crime Commission* (2013) 251 CLR 196, 202-3 [3]; *Tajjour v. New South Wales* (2014) 254 CLR 508, 545 [28]; *Australian Communications and Media Authority v. Today FM (Sydney) Pty Ltd* (2015) 255 CLR 352, 373-4 [41], 381-2 [67]; *Independent Commission Against Corruption v. Cunneen* (2015) 256 CLR 1, 27 [54], 35 [86]; *R v. Independent Broad-Based Anti-Corruption Commissioner* (2016) 256 CLR 459, 470-1 [40] ('IBAC'); *Tabcorp Holdings Ltd v. Victoria* (2016) 328 ALR 375, 389 [68].

²⁸⁵ D. MORTIMER, *The Constitutionalization of Administrative Law*, in C. SAUNDERS, A. STONE, *The Oxford Handbook of Australian Constitutional Law*, cit., p. 706.

²⁸⁶ Cfr. *Potter v. Minohan* ('Potter') (1908) 7 CLR 277.

²⁸⁷ ID., 304: «It is in the last degree improbable that the legislature would overthrow fundamental principles, infringe rights, or depart from the general system of law, without expressing its intention with irresistible clearness; and to give any such effect to general words, simply because they have that meaning in their widest, or usual, or natural sense, would be to give them a meaning in which they were not really used».

giudice ha così riconosciuto il diritto a rientrare nel Paese dopo un periodo di assenza²⁸⁸.

Tuttavia, se per lunga parte della storia costituzionale australiana, il principio è stato evocato dai giudici australiani nel suo contenuto “minimo”²⁸⁹, a partire dalla fine dello scorso secolo che la High Court ha cominciato a sfruttarne le potenzialità e a non sottovalutarne le implicazioni. È stato pertanto osservato che, in concomitanza a tale periodo, il catalogo dei diritti fondamentali implicitamente iscritti nella Common law si è espanso oltre i confini della «holy trinity of life, liberty and property» mentre una certa lettura della Costituzione ha rinvigorito – se non direttamente ispirato – «the strengthening of the common law rights to fair trial, procedural fairness and court access from legislative encroachment»²⁹⁰.

La rinnovata centralità attribuita al principio è riconducibile, in particolare, a tre sentenze della High Court di fine anni ottanta/inizio anni novanta. La Corte ha dapprima chiarito in *Re Bolton* che il principio opera come canone interpretativo delle leggi, statuendo che «[u]nless the Parliament makes unmistakably clear its intention to abrogate or suspend a fundamental freedom» le corti «will not construe a statute as having that operation»²⁹¹. Dopo aver confermato tale lettura in *Bropho v. Western Australia*²⁹², i giudici australiani hanno poi avuto l'occasione di spe-

²⁸⁸ D. MEAGHER, *The common law principle of legality*, *Alternative Law Journal*, 38(4), 2022, p. 209.

²⁸⁹ Come osservato da L.B. CRAWFORD, *An Institutional Justification For The Principle Of Legality*, in *Melbourne University L. Rev.*, 42(2), 2022, p. 512: «Historically, the principle was justified as a heuristic for ascertaining Parliament's intent. But in more recent years, it has been justified on other, more explicitly normative, bases. The most prominent of these is the 'democracy-enhancing' account. This account abandons the pretence that Parliament does not actually intend to abrogate fundamental rights». Cfr. anche C. GEIRINGER, *The Principle of Legality and the Bill of Rights Act: A Critical Examination of R v. Hansen*, in 6(1) *New Zealand Journal of Public and International Law*, 59, 2008.

²⁹⁰ D. MEAGHER, *The Common Law Presumption of Consistency with International Law: Some Observations from Australia (and Comparisons with New Zealand)*, in *New Zealand Law Review*, 2012, p. 465.

²⁹¹ *Re Bolton Ex parte Beane* (1987) 162 CLR 5 14. 523 (Brennan J) ('Re Bolton').

²⁹² *Bropho v. Western Australia* (1990) 171 CLR I, 17-18.

cificare ulteriormente la natura e lo scopo del principio nella sentenza *Coco v. The Queen*²⁹³.

Il caso veniva istruito a seguito del ricorso presentato da un cittadino che chiedeva l'annullamento della sentenza di condanna per concussione sostenendo che l'organo giudiziario avesse esercitato in modo illegittimo la propria autorità autorizzando intercettazioni telefoniche come mezzo di prova. Nell'interpretare le disposizioni contenute nell'*Invasion of Privacy Act* 1971 del Queensland, la High Court ha accolto le pretese del ricorrente, osservando come, di fronte alla inesistenza di una espressa volontà del Parlamento di limitare «the basic immunities which are the foundation of our freedom»²⁹⁴, le Corti non possono ricavare tale intenzione per via interpretativa da parole vaghe, ambigue o generali poiché, al contrario, essa «must be clearly manifested by unmistakable and unambiguous language»²⁹⁵.

In questo modo, la legalità opera in Australia come una regola che governa la relazione tra potere legislativo, esecutivo e giudiziario, imponendo ai giudici una particolare attenzione quando essi siano chiamati ad interpretare estensivamente disposizioni che possano inficiare le c.d. "fundamental common law protections". Si tratta, come osservato dal giudice

²⁹³ *Coco v. The Queen* (1994) 179 CLR 427, 437. A commento della decisione e delle sue implicazioni per la information privacy in Australia, v. P. GUNNING, *Coco v. The Queen*, in *Privacy Law & Policy Reporter*, 51, 1994.

²⁹⁴ ID., 456: «In England, Lord Browne-Wilkinson has expressed the view that the presence of general words in a statute is insufficient to authorize interference with the basic immunities which are the foundation of our freedom».

²⁹⁵ ID., 446 (Mason CJ, Brennan, Gaudron and McHugh JJ): «The insistence on express authorization of an abrogation or curtailment of a fundamental right, freedom or immunity must be understood as a requirement for some manifestation or indication that the legislature has not only directed its attention to the question of the abrogation or curtailment of such basic rights, freedoms or immunities but has also determined upon abrogation or curtailment of them. The courts should not impute to the legislature an intention to interfere with fundamental rights. Such an intention must be clearly manifested by unmistakable and unambiguous language. General words will rarely be sufficient for that purpose if they do not specifically deal with the question because, in the context in which they appear, they will often be ambiguous on the aspect of interference with fundamental rights».

Kiefel, di uno standard interpretativo di un certo rilievo²⁹⁶, che – secondo l'ulteriore precisazione del Chief Justice Gleeson – richiede non solo una non-ambiguità del linguaggio adoperato nelle disposizioni normative, ma anche che il Parlamento «*consciously decided upon abrogation or curtailment*»²⁹⁷.

Per tal via, la legalità non assume solo il ruolo di canone interpretativo ma invero quella declinazione del *rule of law* che «governa il rapporto tra Parlamento, esecutivo e Corti»²⁹⁸ e quindi, di rimando, una specificazione del principio di divisione dei poteri che informa l'ordinamento australiano. Richiamando nuovamente le parole del Chief Justice Gleeson in *Electrolux*, infatti, la presunzione di illegittimità che opera come canone interpretativo quando il Parlamento non ha chiaramente indicato di voler comprimere una libertà «is not merely a common sense guide to what a Parliament in a liberal democracy is likely to have intended; it is a working hypothesis, the existence of which is known both to Parliament and the courts, upon which statutory language will be interpreted. The hypothesis is an aspect of the rule of law»²⁹⁹.

È pertanto attraverso l'applicazione di tale principio che i giudici australiani sono riusciti ad estendere il loro controllo su una categoria di diritti descritti come «the common law bill of rights»³⁰⁰, tutelando tanto libertà sostanziali quali gli equitable interests in property³⁰¹, i diritti di

²⁹⁶ «“That is not a low standard” as justice Kiefel recently observed in *X7 v Australian Crime Commission*». Cfr. D. MEAGHER, *The common law principle of legality*, cit., p. 210.

²⁹⁷ *Al-Kateb v. Godwin*; (2004) 219 CLR 562.

²⁹⁸ *Australian Crime Commission v. Stoddart* (2011) 282 ALR 620.

²⁹⁹ *Electrolux Home Products Ptd Ltd v. Australian Workers'Union* (2004) 221 CLR 309, 329 [21].

³⁰⁰ Secondo la nota definizione elaborata dal Chief Justice Spigelman in J. SPIGELMAN, *Statutory Interpretation and Human Rights: McPherson Lecture Series 3*, University of Queensland Press, 2008, p. 3 ss.: «the general principle is reflected in numerous specific principles of the law of statutory interpretation which can be set out as a common law bill of rights, based on the presumed intention of Parliament which operates in the absence of a clear indication to the contrary in the statute».

³⁰¹ *Commissioner of State Revenue v. Can Barz Pty Ltd* (No 2) [2017] 2 Qd R 537, [16]-[21].

manifestazione e di parola³⁰², quanto garanzie processuali quali quella del giusto processo a seguito di errori giudiziari³⁰³ e il divieto di self-incrimination³⁰⁴.

Sotto il profilo teorico, inoltre, l'estensione del principio nel sistema costituzionale australiano sembra mettere in evidenza una evoluzione e un rafforzamento del *rule of law* già osservato nella Common law inglese, dove si è stato registrato uno sviluppo della legalità da «classic principle» ad «argued principle», che, in questa seconda accezione, investe i giudici del compito di valutare la conformità della misura al principio di proporzionalità³⁰⁵. Seguendo tale distinzione, è stato pertanto recentemente osservato che il contenuto e i limiti applicativi del principio di legalità possano essere riassunti e scorporati nei seguenti tre criteri interpretativi: «a) nessun diritto può essere limitato senza l'espressa autorizzazione di una legge del Parlamento e la legislazione che incide su tali diritti senza una chiara autorizzazione non potrà essere sanata da una successiva risoluzione delle Camere (PL1); b) le disposizioni normative non possono essere interpretate in modo da limitare i diritti della common law a meno che ciò non risulti in modo espresso (PL2A); c) anche se in presenza di disposizioni esplicite, una legge del Parlamento non potrà essere interpretata in modo da comprimere i diritti fondamentali dei cittadini quando persegue uno scopo illegittimo o sproporzionato (PL2B)»³⁰⁶.

³⁰² *Evans v. New South Wales* (2008) 168 FCR 576 ('Evans').

³⁰³ *Lacey v. Attorney-General* (Qld) (2011) 275 ALR 646 ('Lacey').

³⁰⁴ *X7 v. Australian Crime Commission* (2013) 248 CLR 92.

³⁰⁵ Seguendo la distinzione ideata da J. VARUHAS, *The principle of legality*, in *CLJ*, 79, 2020, p. 578 riportato da N. MCBRIDE, *Ill Fares the Land: Has COVID-19 Killed the Principle of Legality?*, 1 febbraio 2022, <https://ssrn.com/>, p. 2 nota 5.

³⁰⁶ È quanto osservato da N. MCBRIDE, *Ill Fares the Land: Has COVID-19 Killed the Principle of Legality?*, cit., p. 4 secondo cui «If this wider view of the principle of legality is correct, the principle of legality may be summed up as follows, in so far as it applies to an attempt by the executive to abridge people's rights. (PL1) No rights to be abridged without authorisation by an Act of Parliament, and secondary legislation that purports to abridge someone's rights without such authorisation will not be rendered lawful by approving resolutions of the Houses of Parliament. (PL2A) An Act of Parliament will not be interpreted as authorising the abridgment of someone's fundamental rights without express words being used. (PL2B) Even if express words are used, an Act

Pur nata nell'alveo della Common law inglese, questa tripartizione è in realtà del tutto mutuabile in via analogica anche al sistema australiano e fornisce ai giudici un test giudiziale in grado di orientare l'applicazione del principio nel rispetto del *rule of law*³⁰⁷. Ne consegue, quindi, che anche in Australia l'utilizzo del canone interpretativo della legalità come presupposto di base per comprendere le "intenzioni" del Parlamento arriva a costituire uno strumento essenziale per il potere giudiziario nello svolgimento della sua funzione di *judicial review*³⁰⁸.

13. *La chiusura dei confini australiani alla prova del principio di legalità: the Djokovic saga.*

Come fin qui emerso, la risposta australiana alle pandemie si è avvalsa dell'incrocio di leggi, decreti governativi, decisioni amministrative. Questo coacervo di fonti ha però unitariamente spinto verso una ampia devoluzione di poteri decisionali ai singoli Ministri, e la massiccia concentrazione di potere nelle mani dell'esecutivo ha sollevato più di un interrogativo circa l'applicazione del principio di legalità.

Fedele alla sua storia di continente isolato dalla terraferma, la prima reazione del Governo australiano all'aumento dei contagi è stata quella di chiudere i confini, disponendo il divieto di lasciare il Paese per tutti i cittadini con solo alcune sporadiche e circoscritte eccezioni concesse, ad

of Parliament will not be interpreted as authorising the abridgment of someone's fundamental rights for an illegitimate purpose, or in a disproportionate way».

³⁰⁷ Come espressamente riportato da ID., cit., p. 5, secondo cui «There is no reason to think that these principles (modified, of course, to reflect differences in the titles of the respective law-making bodies in those countries) do not apply with equal force in Australian or New Zealand law».

³⁰⁸ Cfr. D. MORTIMER, *The Constitutionalization of Administrative Law*, cit., p. 707: «Where the core task for courts on judicial review is to discern statutory limits of administrative power, employing legality as a basic assumption in understanding Parliament's 'intention' gives it jurisdictional effect. If the court's task on judicial review is expressed in constitutional terms, so legality gives constitutional authority to the constructional choices made».

esempio, a chi risiede abitualmente in un altro Paese, o è tenuto a svolgere lavori offshore a bordo di aerei o navi da trasporto.

A livello federale, la misura è stata approvata dal Ministro della salute sulla scorta dei poteri emergenziali contenuti nella già menzionata section 477 del *Biosecurity Act* che attribuisce all'esecutivo poteri molto ampi al fine di «prevent or control the spread of (...) disease to another country». In modo non troppo dissimile, anche i Governi dei singoli Stati hanno approvato, grazie anche al coordinamento svolto dal National Cabinet e sulla scorta dei rispettivi poteri emergenziali, misure analoghe, attivate imponendo ai loro cittadini il divieto di lasciare lo Stato, o di rientrarvi dopo essere stati all'estero³⁰⁹.

Il risultato del combinato disposto tra le misure statali e quelle federali è che il continente australiano ha vissuto uno dei lockdown più lunghi al mondo, in particolare nello Stato di Victoria e nella città di Melbourne dove la chiusura è durata 262 giorni continuativi³¹⁰.

Come prevedibile, tali misure hanno provocato numerose polemiche nella popolazione australiana che sono spesso sfociate in ricorsi presso le giurisdizioni statali e federali. In alcuni casi, il conflitto è stato originato dalla applicazione delle misure adottate a livello federale attraverso le norme del *Biosecurity Act*, che, ha spianato il terreno alla piena operatività delle misure di contenimento decise dall'esecutivo, permettendo ad atti amministrativi approvati dal Ministro della salute di intaccare la libertà degli australiani di lasciare³¹¹ o di rientrare nel paese³¹². In altri casi, la High Court è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di disposizioni statali, in ragione di disposizioni contenute nella Costituzione au-

³⁰⁹ Per prevenire la diffusione del virus, moltissimi Stati e territori australiani hanno deciso la chiusura dei propri confini impedendo alle persone residenti in altri territori di entrare. Per una cronologia di questi provvedimenti, v. R. STOREN, N. CORRIGAN, *COVID-19: A Chronology of State and Territory Government Announcements* Research Paper Series 2020-21, Parliamentary Library (Cth), 22 October 2020.

³¹⁰ Cfr. C. WAHLQUIST, *How Melbourne's 'short, sharp' Covid lockdowns became the longest in the world*, in *The Guardian*, 2 ottobre 2021, <https://www.theguardian.com/>.

³¹¹ *LibertyWorks Inc v. Commonwealth of Australia* [2021] FCAFC 90.

³¹² *Newman v. Minister for Health and Aged Care* [2021] FCA 517 [1].

straliana che non permetterebbero agli Stati di esercitare, anche durante l'emergenza, poteri tanto ampi³¹³.

Il caso mediaticamente più famoso deciso non riguarda, però, un cittadino australiano, bensì il noto tennista serbo Novak Djokovic a cui, nel gennaio del 2022, è stato negato il permesso di giocare il prestigioso torneo Australian Open perché sprovvisto della doppia vaccinazione richiesta dal Governo australiano per entrare nel paese.

Noto per le sue posizioni non espressamente favorevoli all'obbligo vaccinale, Djokovic aveva raggiunto l'Australia munito di un regolare permesso rilasciato dagli organizzatori del torneo che lo esentava per ragioni mediche dalla vaccinazione e, dopo aver seguito tutte le procedure richieste dalle autorità, aveva regolarmente ottenuto visto di ingresso. Una volta arrivato all'aeroporto di Melbourne, tuttavia, il campione è stato trattenuto per otto ore dagli Australian Border Force Officials, che hanno prima revocato il suo visto per problemi legali non del tutto chiariti, e poi trattenuto in un albergo in stato di fermo impedendogli di parlare con un avvocato.

Il caso ha chiaramente suscitato un certo imbarazzo nello stesso Governo australiano, costringendo il Primo Ministro (che solo 24 ore prima aveva dichiarato che «le regole di ingresso richieste per giocare l'Australian Open sono di competenza dello Stato di Victoria»³¹⁴) a convocare una conferenza stampa per rivendicare la piena competenza federale sul caso e per chiarire che, se il tennista non avesse prontamente fornito «nuove prove» della sua esenzione medica, «he will be on the next plane»³¹⁵. Djokovic,

³¹³ *Palmen v. Western Australia* [2021] HCA 5.

³¹⁴ Come riportato da *Novak Djokovic: The twists and turns of his Australia mess* BBC News, 15 febbraio 2022, <https://www.bbc.com> «Australian Prime Minister Scott Morrison initially said he would let the Victorian state government decide the matter. But he later backpedalled and said the final say would remain with the federal government and Australia's immigration authorities». Il repentino cambiamento di opinione del Primo Ministro, avvenuto peraltro mentre il Tennista era in volo, dipende probabilmente dalla reazione di sdegno suscitata nella popolazione australiana, e largamente rilanciata dai social network, che avevano visto nella vicenda un illegittimo trattamento preferenziale riservato ad un personaggio famoso ma discusso per le sue idee.

³¹⁵ *Tennis-Djokovic needs to prove exemption or go home – Australian PM*, Reuters, 5 gennaio 2022, <https://www.reuters.com/>.

dal canto suo, ha impugnato il provvedimento di revoca del visto davanti alla Corte del Circuito Federale che, ravvisate una serie di irregolarità formali e sostanziali, ha prontamente annullato l'ordine di espulsione e ordinato il rilascio del tennista³¹⁶.

Forse anche per sedare le numerose proteste della popolazione australiana piccata per il (presunto) favoritismo accordato al campione serbo³¹⁷, il Minister for Immigration, Citizenship, Migrant Services and Multicultural Affairs ha così emanato un secondo ordine esecutivo con cui ha disposto – sulla base della section 133C(3) del *Migration Act*, 1958 (Cth)³¹⁸ – la cancellazione del visto in quanto il richiedente «may pose a risk to the health of the Australian community, and good order, because his presence in the country may “foster anti-vaccination sentiment”»³¹⁹. Di fronte a questo secondo respingimento, Djokovic ha fatto ricorso presso la Full Federal Court, sostenendo l'irrazionalità del procedimento, dal momento che, data la portata ormai raggiunta dal caso, la sua espulsione avrebbe comunque potuto fomentare le proteste no-vax.

In un procedimento di urgenza tenuto il 16 gennaio, la Corte ha però rigettato il ricorso di Djokovic, escludendolo definitivamente dall'Austra-

³¹⁶Cfr. Federal Circuit Court of Australia, Order of Judge Kelly, 10 January 2022 <https://www.fccoa.gov.au/migration-law/online-file/djokovic>: «Judge Anthony Kelly reinstated Djokovic's visa, saying the government's actions were “unreasonable” “We all play by the same rules”, said Kelly, but in this case, “those rules were not observed.” In its haste to throw the rulebook at Djokovic, Australian officials overshot and threw it out the window».

³¹⁷Cfr. A. HIGGINS, *Novak Djokovic Through Australia's Pandemic Looking Glass: Denied Natural Justice, Faulted by Open Justice and Failed by a Legal System Unable to Stop the Arbitrary use of State Power*, in *Civil Justice Quarterly*, 2022, Forthcoming, 2022, in ssrn, p. 11: «Many Australians point to Djokovic's celebrity status and substantial resources as a reason not to feel any or much sympathy for him».

³¹⁸Sections 133C (3) and (4) are in the following terms: (3) The Minister may cancel a visa held by a person if: (a)the Minister is satisfied that a ground for cancelling the visa under section 116 exists; and (b)the Minister is satisfied that it would be in the public interest to cancel the visa. (4) The rules of natural justice, and the procedures set out in Subdivisions E and F, do not apply to a decision under subsection».

³¹⁹Così Minister's Statement of Reasons, 14 January 2022, 17, riportato da A. HIGGINS, *Novak Djokovic Through Australia's Pandemic Looking Glass: Denied Natural Justice*, cit., 2022, in ssrn, p. 5 nota 15.

lian Open³²⁰. In parte, la decisione è sostenuta dal fatto che, analogamente a quanto avviene in altri ordinamenti, la discrezionalità concessa al Governo in materia di immigrazione è amplissima³²¹ e, dal momento che la judicial review di decisioni amministrative si limita a verificare la legalità formale degli atti, ai giudici non è permesso «to substitute the Minister's decision with [their] own, which is characteristic of the strict separation of powers in Australia between the judiciary and the executive arms of government»³²².

In parte, però, le argomentazioni della sentenza circa la riconosciuta ragionevolezza dell'atto amministrativo appaiono interessanti per diversi ordini di motivi. Innanzitutto, i giudici hanno ricordato come lo stesso Ministro della salute australiano avesse qualificato come “basse” in termini generali, e “molto basse” se valutate nel contesto del torneo, le percentuali di rischio di una diffusione del contagio³²³. Non è quindi per ra-

³²⁰ *Djokovic v. Minister for Immigration* [2022] FCAFC 3.

³²¹ In particolare, la Section 133(4) del Migration Act 1958 (Ch) esclude esplicitamente il ricorso alla natural justice, che invece era stata applicata dal giudice Kelly nel primo provvedimento di espulsione: come chiarito dalla Federal Court, «As s 133C(4) makes clear, there was no requirement upon the Minister in exercising his powers under s 133C(3) to afford Mr Djokovic natural justice (that is procedural fairness)». Inoltre, come rilevato dai giudici, la S. 116(1)(e)(i) della legge Australiana stabilisce che «as with ss 133C(3)(a) and (b), the power in s 116 is engaged by or conditioned upon the Minister being *satisfied* of certain matters, here satisfied of the matters in para (e)(i). Those matters are, relevantly for present purposes, that the *presence* of the visa holder in Australia is or *may be*, or *might be*, a *risk* to the *health, safety or good order* of the Australian community or a segment of it». Pertanto, «Thus it is not the fact of Mr Djokovic being a risk to the health, safety or good order of the Australian community; rather it is whether the Minister was satisfied that his presence is or may be or would or might be such a risk for the purposes of s 116(1)(e)(i), through s 133C» (cfr. *Djokovic v. Minister for Immigration* [2022] FCAFC 3 p.ti 18, 19, 20).

³²² M. O'SULLIVAN, *Novak Djokovic and the Australian Migration System. The Broad Powers of the Australian Immigration Minister and Australian Public Law*, in <https://verfassungsblog.de>, 21 gennaio 2022.

³²³ Cfr. *Djokovic v. Minister for Immigration* p.to 48 «The Minister dealt with risk to the health of the community at D[11]-[26]. At D[11] (...) referred to advice from the Commonwealth Department of Health which concluded on certain assumptions as follows: a) 'Mr Djokovic is unlikely to be infectious with SARS-COV-2 and as such is

gioni di salute pubblica strettamente intesa che la misura adottata dal Ministro è stata giustificata quanto, piuttosto, in forza del fatto che la presenza di un personaggio tanto famoso avrebbe potuto favorire il diffondersi nella popolazione un sentimento anti-vaccinale non in linea con le politiche del Governo australiano³²⁴.

Relativamente a questa seconda giustificazione, la Corte ha riconosciuto che non vi è alcuna prova che Djokovic avesse in passato invitato la gente a non vaccinarsi³²⁵. Tuttavia, proseguono i giudici, non è insensato dedurre che l'opinione pubblica abbia percepito la sua contrarietà alle vaccinazioni, perché – come riportato dalla stampa – egli aveva dichiarato di non essere personalmente favorevole all'obbligo³²⁶. Tali esternazioni, continua il giu-

likely to constitute a LOW risk of transmitting SARS-CoV-2 to others. This assessment applies to all other demographic groups.' B) Having regard to the specific additional control measures applicable to the Australian Open, 'it is assessed that the risk of a transmission event related to the Australian Open is VERY LOW'».

³²⁴ Pur riconoscendo espressamente che la presenza di Djokovic «poses a negligible individual risk of transmitting COVID-19 to other persons» il ministro dell'immigrazione ha comunque ritenuto che egli «may be a risk to the health of the Australian community» perché «he is a high profile unvaccinated individual who has indicated publicly that he is opposed to becoming vaccinated against COVID-19 (which for convenience I refer to as 'anti-vaccination')» e pertanto «may foster anti-vaccination sentiment leading to (a) other unvaccinated persons refusing to become vaccinated, (b) other unvaccinated persons being reinforced in their existing view not to become vaccinated, and/or (c) a reduction in the uptake of booster vaccines». Cfr. *Djokovic v. Minister for Immigration*, p.ti 48 e 56.

³²⁵ *Djokovic v. Minister for Immigration*, 2022] FCAFC 3, p.to 78: «The central proposition of Mr Djokovic's argument was that the Minister lacked any evidence and cited none that his presence may "foster anti-vaccination sentiment". There was no evidence, it was submitted, that he had urged people not to be vaccinated. Nor was there any evidence that in the past his circumstances had fostered such a sentiment in other countries».

³²⁶ ID., p.to 79 «However, it was open to infer that it was perceived by the public that Mr Djokovic was not in favour of vaccinations. It was known or at least perceived by the public that he had chosen not to be vaccinated. There was material (in Attachment H) before the Minister and to which he referred in the reasons that anti-vaccination groups had portrayed Mr Djokovic as a hero and an icon of freedom of choice in relation to being vaccinated». Attachment H a cui fa riferimento la Corte si riferisce ad un articolo apparso su BBCNews (*What has Novak Djokovic actually said about vac-*

dice, possono influire su due categorie di persone: coloro che si oppongono fermamente alle vaccinazioni e coloro che invece sono semplicemente incerti o intimoriti dal vaccino. Il primo gruppo pare aver trasformato il campione in un simbolo di libertà come dimostrerebbe il sostegno manifestato sui social, mentre, secondo i giudici, la capacità di condizionare persone ancora indecise «non ha bisogno di prove» perché si evince «dal senso comune e dall'esperienza umana» dal momento che «una stella iconica del tennis mondiale può spingere le persone di tutte le età (...) ma soprattutto i giovani e gli impressionabili, ad emularlo»³²⁷. Per queste ragioni, conclude la Corte, «it was not irrational for the Minister to be concerned that the asserted support of some anti-vaccination groups for Mr Djokovic's apparent position on vaccination may encourage rallies and protests that may lead to heightened community transmission»³²⁸.

Sotto il profilo strettamente giuridico, la saga di Novak Djokovic non riguarda, specificamente, il funzionamento di disposizioni emergenziali pandemiche, quanto piuttosto delle regole del sistema di immigrazione australiano, da tempo aspramente criticate perché attribuiscono «an expansive personal power [to] the Immigration Minister», consentendogli «the *indefinite* detention of asylum seekers»³²⁹. Allo tempo stesso, però, il caso

cines?, 6 gennaio 2022, <https://www.bbc.com/news/world-59897918>) e ad una diretta Facebook in cui il campione avrebbe dichiarato che «he would not to be force by someone to take a vaccine to compete in tournament».

³²⁷ ID., p.to 82: «The possible influence on the second group comes from common sense and human experience: An iconic world tennis star may influence people of all ages, young or old, but perhaps especially the young and the impressionable, to emulate him. This is not fanciful; it does not need evidence. It is the recognition of human behaviour from a modest familiarity with human experience. Even if Mr Djokovic did not win the Australian Open, the capacity of his presence in Australia playing tennis to encourage those who would emulate or wish to be like him is a rational foundation for the view that he might foster anti-vaccination sentiment».

³²⁸ ID., p.to 82.

³²⁹ M. O'SULLIVAN, *Novak Djokovic and the Australian Migration System*, cit., «the broad powers of the Minister set out in s133C, relating to public order and the public interest, meant that the court had to apply the grounds of judicial review to those particular terms. Terms like 'public interest' have been used by Parliament to give the Minister broad power. In turn, the court is limited to only assessing legality, which made it very difficult to intervene in this case by quashing the second cancellation. Since the

ci restituisce uno spaccato dell'incidenza dei giudizi delle Corti amministrative australiane sugli atti dell'esecutivo, oltre che del contesto politico-culturale innescato dalla pandemia.

Quanto al primo profilo, colpisce il fatto che i giudici abbiano giustificato l'espulsione non sulla base di un concreto rischio di diffusione del contagio, quanto invece della percezione negativa che la popolazione avrebbe potuto associare alla presenza del tennista al torneo collegata alla presunzione dei suoi convincimenti circa l'obbligatorietà dei vaccini³³⁰. Rispetto al secondo profilo, esso svela quanto la minaccia della pandemia abbia influito sulla società australiana; come acutamente osservato, la vicenda Djokovic mostra «an ugly glimpse into Australia's pandemic mirror» che non racconta di per sé i rischi dell'autoritarismo, ma «a story about a clash between majoritarian democracy on the one hand and fair legal processes and individual rights on the other when the state, responding to public sentiment, decides to “go after” an individual»³³¹.

14. «Exit strategy from the Prison Island»: il caso LibertyWorks Inc v. Commonwealth.

Con la chiusura dei confini e l'imposizione di rigidi lockdown alla popolazione, il Governo australiano hanno ottenuto un notevole successo nel flettere la curva dei contagi al fine di perseguire lo stato di “nazione Covid-free”. Questo ambizioso obiettivo non è stato raggiunto intera-

Minister only had to demonstrate that Mr Djokovic might cause protests and civil unrest in Australia, the threshold for evidence was very low».

³³⁰ È presumibile pensare che Djokovic avrebbe potuto ricorrere presso la High Court per violazione della propria libertà di espressione; pur in assenza di un Bill of Rights, la Costituzione australiana garantisce infatti nel novero dei common law rights anche la “implied freedom of political communication”. Non è certo che la High Court avrebbe accolto il ricorso, ma il tema non si è comunque posto perché, essendo l'interesse del tennista unicamente finalizzato a giocare il torneo, il procedimento finale di espulsione ha di fatto chiuso ogni contesa.

³³¹ A. HIGGINS, *Novak Djokovic Through Australia's Pandemic Looking Glass: Denied Natural Justice*, cit., p. 2.

mente, ma la strategia ha comunque pagato in termini di contenimento della malattia, anche grazie alla collaborazione della popolazione che ha obbedito coscienziosamente alle disposizioni statali e federali, dichiarandosi in maggioranza favorevole anche alla chiusura totale dei confini.

Un anno più tardi, tuttavia, il prolungarsi dei divieti e la rigidità dei lockdown hanno generato un certo sconcerto nella popolazione e nei media, al punto tale che l'Australia, fino all'anno precedente invidiata dal resto del mondo per l'efficace risposta pandemica, ha cominciato ad essere descritta come «a prison island» o «an hermit kingdom» dalla quale era vietato uscire e nella quale era quasi impossibile rientrare senza prima sottoporsi a una rigida quarantena di 14 giorni in hotel al costo di circa 3000 dollari³³².

Il principale strumento giuridico utilizzato dal Governo federale per imporre la chiusura dei confini è la Biosecurity (Human Biosecurity Emergency) (Human Coronavirus with Pandemic Potential) (Overseas Travel Ban Emergency Requirements) Determination 2020 (Cth), approvata dal Ministro della Salute sulla scorta dei poteri a lui delegati dalla s. 477 del Biosecurity Act 2015, e rimasta in vigore (con modifiche) fino al 24 febbraio 2022. Questa misura ha imposto un divieto generale per i

³³² Cfr. C. UHLMANN, *When it comes to COVID-19, we cannot run a risk-free society*, The Sidney Morning Herald, 28 Aprile 2021: «It took us 233 years, but we have managed to turn Australia back into a penal colony: But our safety is a chimera, a short-term fix. We have slammed the jail doors and are safe inside. Excellent. So now what?»; T. SOUTPHOMMASANE and M. STEARS, *How Failure on Covid-19 has Exposed the Dangerous Delusion of "Fortress Australia"*, in *New Statesman-online*, 9 luglio 2021: «Australia was the envy of the world for much of 2020, but it is not anymore. Having endured the first year of Covid-19 with aplomb, the country is firmly in the grip of the virus once again. As London and New York open up, Sydney is in lockdown». A. DOWNER, *Prison Island: Australia's Covid Fortress Has Become a Jail*, The Spectator, 28 August 2021: «At first, Australia's Covid strategy was hailed as a triumph: it had moved fast, minimised deaths and was on course to make enough AstraZeneca vaccine to double-jab the whole country. Not only did the federal government seal off the country – to the outrage of the Australian diaspora – it also banned anyone from leaving the country without permission from the government. (...) The one million Australians abroad were told that if they wanted to return to their own country, they must go into 14-day quarantine, in a hotel room, at a cost of about \$3,000. Before too long, the hotel system was overwhelmed and a quota was slapped on international arrivals. At the last official count, some 38,000 Australians are still stranded».

cittadini e i residenti permanenti di lasciare l'Australia, fatte salve alcune categorie di lavoratori o, in generale, per cause eccezionali o motivi impellenti adeguatamente giustificati³³³. Approvata a seguito della dichiarazione di emergenza nazionale, la Determination prevale, ai sensi della section 477(5), su ogni altra disposizione di legge australiana, e rientra nel novero di atti esentati dalle procedure di *disallowance*.

Disponendo «one of the strictest coronavirus public health responses in the world»³³⁴, la Determination è stata descritta come «an utterly abnormal chapter»³³⁵ della storia australiana, al punto che l'eccezionalità della misura ha attirato l'attenzione di alcune associazioni internazionali «for potentially breaching human rights»³³⁶. Non essendo infatti presente nella Costituzione australiana un Bill of Rights, due sono le disposizioni potenzialmente intaccate dalla misura: l'art. 12 della International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) del 1966 che riserva ai cittadini la libertà di circolazione, ivi compreso il diritto «di

³³³ Biosecurity (Human Biosecurity Emergency) (Human Coronavirus with Pandemic Potential) (Overseas Travel Ban Emergency Requirements) Determination 2020 (Cth) ('Determination') cl. 6: «An exemption from the requirements of section 5 applies to the following persons: (b) a person who is a member of the crew of an aircraft or vessel (other than the outgoing aircraft or vessel) or is a worker associated with the safety or maintenance of an aircraft or vessel (other than the outgoing aircraft or vessel); (c) a person engaged in the day-to-day conduct of inbound and outbound freight; (d) a person whose travel is associated with essential work at an off-shore facility; (e) a person who is travelling on official government business (including a member of the Australian Defence Force); cl. 7 (2) 1 «For the purposes of subsection (1), exceptional circumstances are demonstrated by the Australian citizen, permanent resident or operator providing a compelling reason for needing to leave Australian territory».

³³⁴ S. MEIXNER, *Australia's Outbound Travel Ban is One of the Strictest Coronavirus Public Health Responses in the World*, in *ABC News-online*, 31 agosto 2020.

³³⁵ W. ALY, *The Nation that Cast Out Its Own*, in *The Age*, 25 February 2022.

³³⁶ Cfr. ad esempio, i Word Report degli anni 2021 e 2022 dello *Human Rights Watch* oltre che la dichiarazione rilasciata da Australian Lawyers for Human Rights (*Fortress Australia: Legal Body Calls for Rights of Appeal for Australians Denied Exit Permission under COVID-19 International Travel Restrictions*, 6 agosto 2021) riportate da B. CHEN, *No Way Out? Australia's Overseas Travel Ban and 'Rights-Based' Interpretation*, *Griffith Journal Of Law & Human Dignity*, Vol 10 (1), 2022, p. 53 ss.

entrare o lasciare» il proprio Stato³³⁷, e il principio di legalità come espressione del *rule of law*.

Quanto all'art. 12 ICCPR, esso opera nel sistema australiano attraverso common law presumption of consistency with international law, che vincola il Parlamento australiano a dare esecuzione alle norme internazionali e invita ad applicare le leggi interne in conformità con gli Human Rights Treaties «as far as its language permits»³³⁸. In caso di ambiguità delle disposizioni normative interne, pertanto, le Corti federali dovrebbero interpretarle in conformità con le regole internazionali, a meno che esse non siano «chiaramente contrastanti» il diritto interno³³⁹. Proprio l'ambiguità normativa costituisce però un elemento determinante anche per valutare la corrispondenza delle disposizioni al principio di legalità; quest'ultimo infatti si fonda sulla presunzione per cui il Parlamento «does not intend to abrogate or curtail fundamental common law rights, freedoms, immunities and principles, or to depart from the general system of law»³⁴⁰ e, secondo costante giurisprudenza della High Court, tale presunzione può essere superata solo da un linguaggio «unambiguous» dotato di «irresistible clearness»³⁴¹.

A questo riguardo, dubbi sono stati sollevati sul fatto che la formulazione del s. 477 *Biosecurity Act* sia sufficientemente chiara nel disporre

³³⁷ «Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence» 2. Everyone shall be free to leave any country, including his own. 3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant. 4. No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country.

³³⁸ Cfr. *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Teoh* (1995) 183 CLR 273, 287 (Mason CJ and Deane J).

³³⁹ Cfr. *CPCF v. Minister for Immigration and Border Protection* (2015) 255 CLR 514, 526-7 [8]; *Plaintiff M70/2011 v. Minister for Immigration and Citizenship* (2011) 244 CLR 144 ('Malaysian Declaration Case').

³⁴⁰ B. CHEN, *The Principle of Legality: Issues of Rationale and Application*, in *Monash University Law Review*, 41(2), 2015, p. 329.

³⁴¹ Cfr. *supra*, par. 12.

una limitazione dei diritti dei cittadini australiani tanto vasta e pervasiva, dal momento essa attribuisce al Ministro della salute il potere «to take steps that he/she is satisfied are necessary (...) to prevent or control the spread of disease to another country» (s 477 1(a)(b)) che includono «requirements governing the movement of people, goods or vehicles when entering or leaving specified places; when travelling between specified places, and requirements for specified places to be evacuated» (s 477 2 (a)(b)(c)). Secondo la dottrina, nessuna parola contenuta in tali norme «dispone espressamente la chiusura dei confini nazionali a milioni di cittadini», e – in ogni caso – la misura adottata dal Ministro sarebbe «sproporzionata rispetto al fine che la legge indica»³⁴², da ciò discendendo la sua incompatibilità con quanto previsto dalla section 477(4) del *Biosecurity Act*³⁴³.

Anche alla luce di tali argomentazioni, la Determination è stata pertanto impugnata dai membri della LibertyWorks Inc, un think tank che

³⁴² È questa l'opinione di N.J. MCBRIDE, *Ill Fares The Land: Has Covid-19 Killed The Principle of Legality?*, cit., p. 6 che nell'analisi delle disposizioni della s 477 del Biosecurity Act rileva come «no express words are used to indicate that locking in an entire population is the kind of thing authorised under s 477. Given this, it is strongly arguable that the 2020 Determination was unlawful under PL2A» e che in ogni caso «Even if this were not the case, it is also strongly arguable that the 2020 Determination was disproportionate and therefore unlawful under PL2B. By 25 March 2020, Covid-19 had shown up on all continents on the Earth (...) Given this, it is hard to see what tangible good could have been done by locking the Australian population within its borders that would offset the harms – both material and to civil liberties – that doing this would involve». Nel dividere le argomentazioni che dimostrerebbe l'incompatibilità tra le misure australiane il principio di legalità, l'A. fa riferimento tripartizione elaborata all'interno della common law inglese, ma applicabile anche al contesto australiano, indicata *supra*, par. 12.

³⁴³ Tale norma definisce i requisiti di proporzionalità della misura adottata stabilendo che «(4) Before determining a requirement under subsection (1), the Health Minister must be satisfied of all of the following: (a) that the requirement is likely to be effective in, or to contribute to, achieving the purpose for which it is to be determined; (b) that the requirement is appropriate and adapted to achieve the purpose for which it is to be determined; (c) that the requirement is no more restrictive or intrusive than is required in the circumstances; (d) that the manner in which the requirement is to be applied is no more restrictive or intrusive than is required in the circumstances; (e) that the period during which the requirement is to apply is only as long as is necessary».

aveva organizzato un convegno annuale a Londra, cui era stata negata l'autorizzazione a lasciare il paese perché l'attività convegnistica non rientrava nei casi di particolare necessità ed urgenza indicati dalla legge come eccezioni alla applicazione della misura emergenziale. Il ricorso si è concentrato sulla invalidità della disposizione individuando, dapprima, una violazione del diritto amministrativo australiano per l'irrazionalità ed eccesso di potere³⁴⁴, e quindi eccedendo una inosservanza del principio di legalità e della *presumption of consistency* con le norme di diritto internazionali relative alla libertà di circolazione.

Investita del ricorso, la Full Court of the Federal Court ha respinto le prime censure, ritenendo, al contrario, che la Determination non eccedesse i poteri assegnati al Ministro, avendo perseguito, attraverso un approccio «armonioso»³⁴⁵, lo scopo indicato dal Biosecurity Act 2015³⁴⁶. È

³⁴⁴ *Liberty Works v. Commonwealth of Australia* – [2021] FCAFC 90. I ricorrenti, in particolare, hanno rilavato innanzitutto che, dal momento che la norma di legge (s 477 (1)) indica espressamente che il Ministro della salute possa limitare la circolazione «in and between specific places», il termine «places» non può che riferirsi a luoghi presenti all'interno del continente, e quindi non potrebbe contemplare anche il divieto recarsi all'estero. In secondo luogo, i ricorrenti eccepiscono una incongruità logica tra la s 477 (1) e la s 477 (6) della legge: quest'ultima dispone che la misura adottata ai sensi della s 477 (1) «non deve richiedere che un individuo sia soggetto a una misura di biosicurezza» quali, ad esempio, quella contenuta nella s 96 (1) dispone che «an individual may, for a specified period of no more than 28 days, be required by a human biosecurity control order not to leave Australian territory on an outgoing passenger aircraft or vessel». In definitiva, pertanto, il ricorrente individua una incongruenza tra disposizioni: dal momento che la s 96 (1) della legge ha lo stesso scopo e lo stesso effetto della s 5 della Determination, quest'ultima il potere assegnato dalla legge al Ministro perché egli «cannot subject a group of individuals by a determination to a measure of a kind which the Chief Medical Officer could subject an individual by a biosecurity order» (p.to 26).

³⁴⁵ Cfr. ID., p.to 32.

³⁴⁶ La Corte, in particolare, rigetta il primo motivo di ricorso ritenendo che «LibertyWorks would read this so as to apply only to movement within Australia. But that would be contrary to the plain words of the subsection. To read it in this way would substantially limit the Minister's power, despite the fact that the power of the Minister to include in a determination the matters listed in subs (3) is expressed to apply without limiting subs (1)» (p.to 59). Quanto al secondo motivo, i giudici ritengono che le previsioni di cui alla s 96 (1) siano addizionali a quelle, più generali, contenute nella s 477

quindi guardando l'ampiezza delle disposizioni normative nel loro complesso interpretate alla luce della necessità di poteri emergenziali in tempo di pandemia che la Corte rinviene la legittimità della Determination: come rilevato dai giudici, infatti, una lettura troppo restrittiva come quella proposta dal ricorrente «would eviscerate the Minister's power [and] frustrate Parliament's clear intention in enacting the emergency powers»³⁴⁷.

Quanto alla presunta violazione del principio di legalità, la Corte si è limitata ad osservare che l'errore del ricorrente è stato quello di considerare la libertà di circolazione come un diritto assoluto non soggetto a restrizioni mentre, continuano i giudici, lo stesso articolo 12 della IC-CPR consente restrizioni disposte dalla legge qualora necessarie, tra le altre ragioni, per proteggere la salute pubblica, purché esse siano anche proporzionate allo scopo e adottate nella modalità meno intrusiva possibile. Sottolineando come il Biosecurity Act includa tali principi nella section 477(4), la misura è stata considerata conforme alle norme internazionali³⁴⁸.

(1), perché «In the hierarchy of provisions, subs (1) takes precedence. The power is very broad, as might be expected in the case of an emergency power with such a purpose». Per questo, a parere dei giudici, «The mere fact that a determination made under s 477(1) may affect individuals does not mean that the Health Minister is prevented from making it. Nor does it mean that the operation of s 96 has been rendered nugatory by the Determination. As the simplified outline in s 473 states, Pt 2 of Ch 8 contains additional powers to those available under Ch 2. Section 96 continues to permit the imposition of traveller movement measures on individuals irrespective of whether the individual is able to demonstrate "exceptional circumstances" for travel under s 7(2) of the Determination».

³⁴⁷ ID., p.to 63.

³⁴⁸ ID., p.to 69: «The problem with this submission is that it proceeds from the erroneous premise that the right is absolute. Yet Article 12 expressly allows for restrictions provided by law which are necessary, among other reasons, to protect public health. He Human Rights Compatibility Statement (HRC Statement) to the Biosecurity Bill recognised that the right could be limited in certain circumstances, including where it is justified to protect public health. It also recognised that the legislation contains provisions which may operate to limit the right, noting at the same time that "[t]he limitation must be necessary and proportionate to protect the purpose for which it is imposed and should be as least intrusive as possible to achieve the desired result". This issue is addressed in s 477(4) by requiring the Health Minister to be satisfied of such matters before determining a requirement under subs (1)».

Il ragionamento della Corte appare per un verso formale, e per un altro elusivo, perché i giudici si sono semplicemente limitati ad indicare la norma di legge che contiene il riferimento al limite della proporzionalità ritenendo con questo soddisfatto il principio della *presumption of consistency with international law*: «In dismissing the principle of legality simultaneously with the presumption of consistency with human rights», infatti, i giudici «erroneously subsumed both under the human rights approach to justification and proportionality»³⁴⁹.

Così facendo, la presunta lesione del principio di legalità viene riasorbita all'interno di una argomentazione che riguarda il rapporto tra il sistema australiano e gli *international human rights*, mentre come osservato dalla High Court, la *presumption of consistency with international law* è solo uno dei criteri collegati al principio di legalità inteso come espressione del *rule of law*³⁵⁰.

Si aggiunga poi che il principio di legalità richiede che le disposizioni legislative con cui si conferisce un potere in grado di incidere sulle libertà dei cittadini siano definite «with irresistible clearness»; se è vero che la s. 477(3)(b) offre all'esecutivo la possibilità di limitare la libera circolazione in generale³⁵¹, più difficile è sostenere che la clausola stabilisca espressamente il divieto di lasciare il paese. La Full Court pare sfuggente sul punto, non approfondendo l'interpretazione delle disposizioni di legge alla luce dei criteri stabiliti dalla High Court, mentre, secondo la dottrina, avrebbe dovuto «extended its analysis (...) rather than provide a perfunctory dismissal of the principle – given the requisite clarity demanded»³⁵².

³⁴⁹ B. CHEN, *The Principle of Legality: Issues of Rationale and Application*, cit., p. 16.

³⁵⁰ *Momcilovic v. The Queen* [2011] HCA 34, 43 «The principle of legality, after all (...) protects, within constitutional limits, commonly accepted “rights” and “freedoms”. It applies to the rules of procedural fairness in the exercise of statutory powers. It applies to statutes affecting courts in relation to such matters as procedural fairness and the open court principle, albeit its application in such cases may be subsumed in statutory rules of interpretation which require that, where necessary, a statutory provision be read down so as to bring it within the limits of constitutional power. It has also been suggested that it may be linked to a presumption of consistency between statute law and international law and obligation».

³⁵¹ *Biosecurity Act* s. 477(3)(b): «(...) requirements that restrict or prevent the movement of persons, goods or conveyances in or between specified places».

³⁵² ID., p. 17.

La decisione del caso *LibertyWork*, pertanto, finisce per marginalizzare del ruolo del principio di legalità all'interno del sistema australiano; se sul piano fattuale ciò è comprensibile vista la gravità della pandemia in atto, sotto il profilo giuridico la decisione apre alcune zone d'ombra, perché finisce per sminuire il ruolo che il principio dovrebbe occupare all'interno del sistema australiano soprattutto quando, come in questo caso, gli atti emergenziali dell'esecutivo non sono stati sottoposti alla procedura di *disallowance*.

15. «*The right to come home*»: Newman v. Minister for Health and Aged Care.

Meno di un mese prima del caso *LybertyWork*, la Federal Court of Australia era stata investita dal ricorso di un cittadino contro il c.d. India Travel Ban deciso da una diversa Determination, approvata il 30 aprile 2021 dal Ministro della Salute e anch'essa fondata sulla section 477 (1) del *Biosecurity Act*. La disposizione normative contestata era contenuta, in particolare, nella section 6 della Determination, a norma della quale «person who is a passenger of an aircraft on a relevant international flight must not enter Australian territory at a landing place if the person had been in India within 14 days before the day the flight was scheduled to commence»³⁵³.

Il ricorrente, Gary Newman, era un cittadino settantenne nato a Melbourne che si era recato in India per far visita ad alcuni amici il 6 marzo del 2020, e quindi prima della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale. Sorpreso dallo scoppio della Pandemia, Newman era rimasto in India per diversi mesi fino a quando, a Novembre 2020, quando, anche a causa della impellente scadenza del suo passaporto, ha provato a prenotare un aereo per Melbourne. In ragione delle disposizioni approvate dal Governo australiano, però la compagnia aerea ha cancellato i voli per

³⁵³ Biosecurity (Human Biosecurity Emergency) (Human Coronavirus with Pandemic Potential) (Emergency Requirements – High Risk Country Travel Pause) Determination 2021 (Cth), s 6.

l’Australia, rendendo impossibile a Newman il ritorno a casa. A seguito della approvazione della Determination, egli ha impugnato l’atto, sulla base di presunte violazioni del diritto amministrativo e costituzionale australiano.

In particolare, a giudizio del ricorrente, il Ministro della Salute non aveva adeguatamente spiegato in che modo l’atto adottato fosse 1) adeguato alla realizzazione dello scopo prefisso (s 477 (4)(a)) e proporzionato ai fini dell’azione (s 477 (4)(c))³⁵⁴; e 2) conforme al principio di legalità, dal momento che la s 477 non contiene alcun potere che, espressamente, permette all’esecutivo di vietare ai cittadini di rientrare a casa³⁵⁵. Infine, il ricorrente invocava 3) l’invalidità della intera Determination perché, gravante sulla implied freedom dei cittadini Australiani di tornare nel proprio paese garantito dalla Costituzione del Commonwealth³⁵⁶.

Quest’ultima argomentazione appare però poco incisiva rispetto al ricorso presentato. Come notato dalla dottrina, infatti, dal momento che l’Australia non ha uno *Human Rights Act* a livello federale, le censure mosse dal ricorrente si sono genericamente fondate sulla presunzione per cui, nei sistemi di Common law, il diritto di tornare a casa sarebbe ricavabile per via interpretativa dagli atti normativi, e tra questi quindi anche dalla Costituzione. In realtà, però, la Costituzione australiana «provides very few express rights protections, so they otherwise have to be implied by reference to the text and structure of the Constitution»³⁵⁷.

Rispetto agli altri motivi di ricorso, il giudice Thawley si è espresso nel senso della non invalidità della Determination per violazione dei principi di proporzionalità e di necessità che informano la section 477(a) del Biosecurity Act. Secondo l’organo giurisdizionale, tale clausola non stabilisce espressamente quali questioni il Ministro deve prendere in considerazione nel raggiungere il suo scopo, limitandosi ad indicare che la misura «is likely to be effective (...) achieving the purpose for which it is to be determined». Analogamente, il giudice ha ritenuto soddisfatti i requisiti

³⁵⁴ *Newman v. Minister for Health and Aged Care* – [2021] FCA 517, p.to 45.

³⁵⁵ ID., p.to 42(2)(a).

³⁵⁶ ID., p.to 3.

³⁵⁷ B. CHEN, *The COVID-19 border closure to India: Would an Australian Human Rights Act have made a difference?*, in *Alternative Law Journal*, 46(4), 2021, p. 3.

che impongono al ministro di usare il mezzo meno invasivo possibile, perché, interrogato sul punto, il Chief Medical Officer del Ministero della Salute, aveva individuato una serie di eccezioni che, se adottate, «will ensure the determination is appropriate and adapted to the purpose, no more restrictive or intrusive than required in the circumstances, and is applied in a manner that is no more restrictive or intrusive than required in the circumstances»³⁵⁸.

Rigettato il primo motivo di ricorso, la Federal Court ha inoltre affermato come l'approvazione della section 477 del *Biosecurity Act* intendesse esplicitamente attribuire «a broad power» all'esecutivo, attivabile a seguito della dichiarazione di emergenza del Governor-General; dal momento che la previsione riguarda eventi o minacce future e imprevedibili, non è insensato pensare che legislatore abbia voluto fornire un potere in grado di rispondere a qualsiasi minaccia alla biosicurezza umana, e che pertanto la legge «was deliberately drafted broadly to provide the Minister with power to determine “any” requirement»³⁵⁹. Tale considerazione riassume, di fatto, anche la censura mossa circa la presunta lesione del principio di legalità, poiché, dal punto di vista interpretativo, la misura adottata dal Ministro della Salute si colloca nella «[t]he statutory architecture» del *Biosecurity Act*, che in riferimento al caso di specie «suggests an assumption that rights will be impinged upon and provides a means for the relevant degree of impingement to be determined»³⁶⁰.

In definitiva dunque, neppure in *Newman* il principio di legalità sembra aver inciso come meccanismo interpretativo in grado di limitare

³⁵⁸ *Newman v. Minister for Health and Aged Care* [2021] FCA 517, p.to 38.

³⁵⁹ ID., p.to 92.

³⁶⁰ ID., p.to 94. Secondo Thawley J., inoltre, p.to 96: «Other provisions of the Act reveal an intention that Parliament intended to restrict the ability of persons, including citizens, to enter Australian territory at will. The Act empowers the Director of Biosecurity (being the Agriculture Secretary: s 540) to approve a direction that an aircraft not land at any landing place in Australian territory (s 241(2)) or that a vessel not be moored at any port in Australian territory (s 249(2)). The Director of Biosecurity may also approve a direction that an aircraft or vessel be moved to a place outside Australian territory: s 206(3)(a). Such powers are conferred whether or not a human biosecurity emergency has been declared and are not confined to the management of human biosecurity risks».

l'estensione dei poteri delegati in caso di lesione di un diritto o una libertà individuale.

In parte ciò è dovuto alla struttura del *Biosecurity Act*, che ponendosi proprio come una legge che conferisce all'esecutivo poteri emergenziali per far fronte a gravi minacce impreviste e future alla salute umana, difficilmente potrebbe contenere, in anticipo, tutte le tipologie di poteri che potrebbe essere necessario attivare per rispondere a tali minacce; si comprende così perché tale legge sia stata definita come un «legislative bulldozer» che «cleared the ground for the broad operation of the Minister's determinations»³⁶¹. Ma allo stesso tempo, le sentenze *Newman* e *Liberty Works* mettono in luce come, quando il Parlamento delega poteri ampi, «the principle of legality will be of very limited utility to a litigant seeking to challenge an exercise of power»³⁶².

³⁶¹ S. WALPOLE, W. ISDALE, *COVID-19, the Principle of Legality and the "Legislative Bulldozer" of the Biosecurity Act 2015 (Cth)*, cit., p. 4.

³⁶² ID., p. 5.

CAPITOLO III

L EMERGENZA PANDEMICA NEGLI STATI UNITI: «*WHO DECIDES?*»

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La pandemia tra sovranità duale e spinte unitarie: una premessa metodologica. – 3. La tutela della salute come espressione del *police power*: il ruolo degli Stati nella assistenza sanitaria. – 4. *Commerce Clause* e *Spending Power*: l'estensione delle competenze federali in materia di salute pubblica nel federalismo cooperativo. – 4.1. «Two Constitutional Gestalt»? *NFIB v. Sebellius* come esemplificazione delle tensioni federali. – 5. La gestione federale della pandemia tra conflitto e cooperazione. – 6. I poteri emergenziali nell'epoca liberale: una premessa. – 7. Dai poteri emergenziali impliciti a quelli delegati: l'emergenza nazionale nell'era del *New Deal*. – 8. Contenere l'emergenza *ex post*? Il *National Emergency Act* prima e dopo la sentenza *INS v. Chadha*. – 9. Lo Stato amministrativo americano: dalla *nondelegation doctrine* alla *Chevron deference*. – 10. Confini e limiti dello Stato amministrativo: la *major questions doctrine*. – 11. Un caso di specie: gli obblighi vaccinali nel sistema americano. – 11.1. Le competenze vaccinali alla prova del federalismo americano: competenze statali e federali. – 12. Obblighi vaccinali e separazione orizzontale dei poteri: i *vaccine mandates* della Presidenza Biden. – 13. Gli obblighi vaccinali Covid-19 di fronte alla Corte Suprema. – 13.1. *National Federation of Independent Business v. OSHA*. – 13.2. *Biden v. Missouri*. – 13.3. La separazione dei poteri come tutela dei diritti: uno sguardo d'insieme alle sentenze *NFIB v. OSHA* e *Biden v. Missouri*.

1. *Introduzione.*

Osservato sotto il profilo della tutela della salute pubblica e della efficacia delle soluzioni promosse, l'ordinamento costituzionale americano sembra aver dato prova di una strutturale fragilità durante l'emergenza pandemica: soprattutto nei primi mesi della diffusione del virus, il nu-

mero di morti negli USA è risultato tra i più alti al mondo se paragonato ai dati registrati nelle altre democrazie stabilizzate¹. Allo stesso tempo, però, se si considera il diverso profilo democratico-costituzionale, «the failure may not be so great» perché l'ordinamento sembra aver sostanzialmente accolto le sollecitazioni del popolo americano, rispondendo cioè alle preferenze ideali di quest'ultimo². Più che in altri Paesi, infatti, la pandemia ha animato un dibattito sul bilanciamento tra garanzia della salute pubblica e tutela delle libertà che, letto alla luce dell'approccio libertario tipico della cultura americana, deve inserirsi nel sistema democratico ed essere regolato «by political process, informed by technical information»³.

L'evidenziata divergenza tra inefficacia della azione pubblica e risposta democratica all'emergenza sanitaria svela una delle tante contraddizioni di un ordinamento costituzionale che, fin dal principio, ha ricavato la sua legittimità dalla capacità del processo politico di orientare le decisioni pubbliche nel quadro dei meccanismi di *checks and balances* stabiliti dalla Costituzione. Fedele alla sua natura originariamente disegnata per garantire la libertà dei cittadini attraverso la divisione e lo scontro tra poteri, il sistema americano ha quindi visto una doppia torsione dei meccanismi costituzionali immaginati dai *Framers*. Negli Stati Uniti, pertanto, la

¹ Cfr. i dati riportati dal John Hopkins University Coronavirus Center, *Mortality Analysis*, <https://coronavirus.jhu.edu/data/mortality>.

² Cfr. T. GINSBURG, *Covid-19 and the US Constitution*, in S. DE LA GARZA (a cura di), *Covid-19 and Constitutional Law*, Universidad Nacional Autónoma de México, Città del Messico, 2020, p. 69: «The COVID response in the United States has been extremely poor from a public health perspective. The country has the highest number of deaths in the world, and after Chile is the large country with the most cases per capita, as of this writing. (...) Yet from a constitutional and democratic perspective, the failure may not be so great. (...) Despite all its messiness, and its poor policy outcome, the coronavirus response in the United States has been successful in responding to the preferences of the public».

³ ID., p. 70: «A pandemic response has to balance public health, economic, and libertarian considerations, with lots of complicated processes, informed by technical information». Conclude l'A.: «So while the constitution has shown its efficacy in allowing a response that reflects the popular views, that response has also led to massive number of needless deaths. For this, we cannot blame the Constitution, but rather ourselves in the current state of the polity» (p. 74).

drammatica diffusione del Covid-19 ha fortemente sollecitato la divisione dei poteri sia in senso verticale che orizzontale.

Sul piano della divisione verticale dei poteri, la pandemia ha messo alla prova una architettura federale pensata per offrire una «doppia garanzia della Costituzione»⁴ e immaginata per scongiurare, attraverso il controllo politico di un livello di governo sull'altro, il rischio di una nuova tirannia. Sebbene la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale abbia portato, almeno sulla carta, ad un accentramento di alcune funzioni di coordinamento in capo alla amministrazione federale e ad un intervento del Congresso per rispondere alle conseguenti problematiche economiche, la rigida divisione tra competenze inscritta nel federalismo duale americano ha stimolato in primo luogo l'intervento dei Governatori nazionali, che hanno fornito soluzioni molto diverse anche in ragione del loro orientamento politico.

Le contrapposte scelte sanitarie dei Governatori repubblicani e democratici pongono in luce, come già avvenuto altre volte nel corso della sua lunga storia, i pregi e i difetti di un federalismo che, marcando una distinzione chiara tra le competenze, funziona per un verso come un «laboratorio di democrazia»⁵, ma, di converso, finisce con l'esacerbare la profonda polarizzazione politica che affligge da tempo l'ordinamento⁶.

⁴J. MADISON, *The Federalist*, n. 51, ed. it. a cura di G. Negri, il Mulino, Bologna, 1980, p. 321: «Nella repubblica composta d'America, il potere, cui il popolo rinunzia, viene prima diviso tra due organi distinti e separati. Di qui risulta una doppia garanzia per i diritti del popolo. I governi si controlleranno l'un l'altro e, nello stesso tempo, si autocontrolleranno».

⁵Per usare la nota definizione di Justice Brandeis, secondo cui «one of the happy incidents of the federal system that a [state may] serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the Country», *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932).

⁶Tale polarizzazione è stata ulteriormente alimentata dalle elezioni Presidenziali del 2020 che, come noto, si sono svolte durante la pandemia, svelando tutte le complessità e criticità di un sistema elettorale che prevede il macchinoso confronto tra regole federali e statali. Cfr. N.J. KNAUER, *The Covid-19 Pandemic and Federalism: Who Decides?*, in *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, 23(1), 2020, p. 6: «In many ways, the pandemic has exacerbated preexisting fissures in American society. It has added fuel to long standing partisan polarization and seized on the deep inequality that plagues our workforce and communities».

Sotto il profilo della separazione orizzontale dei poteri, la diffusione del Covid-19 ha testato la capacità del Presidente di esercitare il suo ruolo di capo della amministrazione federale e di titolare ultimo dei poteri emergenziali conferiti dalla Costituzione e dalle leggi federali. Negli Stati Uniti, oltretutto, la ricostruzione delle strategie messe in campo dalla Casa Bianca per fronteggiare la pandemia è resa ancor più complessa dalla significativa distanza che separa le politiche sanitarie ideate da Trump prima e quelle messe in campo da Biden la vittoria delle contestate elezioni presidenziali del 2020. Cionondimeno, astraendosi dalle divergenze e dalle polemiche politiche, è possibile individuare alcune linee di tendenza comuni che determinano i principali nodi concettuali relativi all'equilibrio tra poteri nel sistema Americano. Anche durante la pandemia, infatti, il combinato disposto tra poteri emergenziali e deleghe legislative ha rappresentato un ulteriore e per certi versi inedito stress test per la tenuta dell'equilibrio tra poteri costituzionali successivo al *New Deal* che ha rivela le profonde fratture di un sistema ideato ormai oltre due secoli fa.

Lo scontro verticale e quello orizzontale tra poteri negli Stati Uniti costituiscono le coordinate concettuali di questo capitolo. Nella prima parte ci occuperemo di delineare la ripartizione verticale delle competenze tra Stati e federazione in materia di salute pubblica, per individuare così le criticità costituzionali emerse durante la gestione della pandemia. La seconda parte del capitolo, invece, indaga lo spinoso problema delle deleghe legislative emergenziali e dell'annoso conflitto tra Presidente e Congresso rispetto a tale tema, all'interno della espansione dei compiti dello Stato amministrativo. Infine, concentreremo la nostra attenzione su una delle principali strategie messe in campo dalla Presidenza Biden come strumento di contrasto del virus, ovvero sia l'imposizione di obblighi vaccinali.

Quest'ultima non è, in realtà, l'unica misura emergenziale problematica: come vedremo, altre disposizioni adottate per combattere la pandemia hanno sollevato dubbi di incostituzionalità e le Corti federali sono state sollecitate in più direzioni. Ma gli obblighi vaccinali costituiscono, a mio avviso, un punto di osservazione privilegiato degli equilibri tra poteri durante la pandemia. Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di tali misure in due diversi ricorsi⁷, la Corte Suprema ha risolto le controversie sof-

⁷ Si tratta delle sentenze *National Federation of Independent Business v. OSHA* 595 U.S. _ (2022); *Biden v. Missouri* 595 U.S. _ (2022).

fermandosi sulle regole previste dal diritto Statunitense circa l'individuazione del soggetto a cui spetta il compito di regolare politiche sanitarie di tale portata, nel tentativo di rispondere alla domanda che sta da sempre al centro della separazione dei poteri in America: *who decides?*⁸ Lette in questa prospettiva, le decisioni dei giudici delineano iter argomentativi che, seppur in modo parziale, aiutano a svelare quella richiamata frizione esistente tra i meccanismi di *checks and balances* predisposti dalla Costituzione americana.

2. *La pandemia tra sovranità duale e spinte unitarie: una premessa metodologica.*

Anche negli Stati Uniti lo scoppio della pandemia ha sollecitato interventi del governo volti a contenerne la diffusione, predisponendo forme di coordinamento tra livelli nel tentativo di elaborare strategie efficaci sull'intero territorio nazionale. Tuttavia, l'estensione dello Stato americano e il fatto che il virus abbia colpito, almeno inizialmente, alcuni Stati più di altri ha sollecitato, in primis, la risposta dei Governatori statali, amplificando lo scontro tra diverse soluzioni messe in atto in luoghi e momenti diversificati.

Sebbene la pandemia abbia inciso in modo corposo sulla vita di tutti gli americani⁹, la strategia messa in campo dai diversi livelli di governo appare, soprattutto se paragonata a quella australiana, particolarmente «frastagliata» perché frutto di «comportamenti assai asimmetrici» e stru-

⁸ J. SUTTON, *Who Decides? States as Laboratories of Constitutional Experimentation*, Oxford University Press, Oxford, 2022.

⁹ Come riportato da N.J. KNAUER, *The Covid-19 Pandemic and Federalism: Who Decides?*, cit., p. 3: «By April 2020, ninety-five percent of Americans were under a “stay-at-home” order, and the workforce had shed over thirty million jobs. Every state in the union had been declared a federal disaster area. Colleges, schools and non-essential businesses either closed or retreated online. Concerts, sporting events, religious services, and other mass gatherings were cancelled for the foreseeable future. Air travel had declined by ninety-six percent. Americans were prohibited from gathering for cherished life cycle events, such as weddings, graduations, and funerals».

menti «di contenimento [tra loro] molto diversi», che rispecchiano anche la differente visione politica esistente a livello federale tra Repubblicani e Democratici, ed ancor più tra Governatori politicamente responsabili dei loro elettori locali¹⁰.

Se sotto il profilo politico la conflittualità sulla adozione di strategie comuni per la lotta al virus può essere spiegata anche dall'aggravamento della polarizzazione in un momento di estrema delicatezza e tensione, quello cioè a cavallo delle tormentate elezioni presidenziali del 2020 e dei noti avvenimenti che ne sono seguiti¹¹, dal punto di vista costituzionale la domanda sulla frammentazione della emergenza pandemica deve essere invece ricercata indagando le competenze in materia di salute pubblica attribuite ai diversi livelli di governo. La risposta alla pandemia, infatti, ha richiesto in primo luogo ai responsabili politici di valutare le competenze dei diversi rami del governo, investigando le tensioni ancora oggi presenti tra l'originaria struttura duale del federalismo americano e la più recente trasformazione in federalismo cooperativo. Sebbene tracce di cooperazione tra diversi livelli siano state rintracciate da autorevole dottrina fin dalle origini del sistema costituzionale ottocentesco¹², quest'ulti-

¹⁰ Così F. CLEMENTI, *Gli Stati Uniti e la risposta al Covid-19, tra Federazione e Stati, nell'anno delle elezioni presidenziali*, in *DPCE on line*, 2, 2020, p. 1876: «Peraltro, nonostante l'epidemia di Coronavirus abbia portato forti cambiamenti nella vita quotidiana di molti americani, permangono ancora comportamenti assai asimmetrici ed aree di significativo disaccordo nella gestione della risposta all'emergenza, tanto tra i due maggiori partiti politici – i Repubblicani e i Democratici – quanto, se non soprattutto, tra il Presidente Trump e molti dei Governatori degli Stati, i quali non di rado hanno adottato e stanno adottando, tra Stato e Stato e poi rispetto a quanto indicato dal Presidente, strategie di contenimento molto diverse».

¹¹ Sono note le controversie relative alla (infondata) accusa di brogli elettorali avanzata dall'ex Presidente Trump, sconfitto nelle elezioni dall'attuale Presidente Biden, che sono sfociate poi nei tragici eventi del 6 gennaio 2021 in cui i più accaniti sostenitori del Presidente uscente hanno assaltato il Campidoglio nel tentativo (forse solo dimostrativo ma in ogni caso violento) di interrompere il conteggio dei voti elettorali. Sul punto, v. (per tutti) il forum di *DPCE on line. La transizione: l'America dopo Trump*, curato da G. D'IGNAZIO, S. MANCINI, R. TONIATTI, G. ROMEO, 10 gennaio 2021, con interventi di Giuseppe Franco Ferrari, Andrea Buratti, Federico Spagnoli, Giovanna Tieghi, Davide Zecca, Giacomo Delledonne, Licia Cianci, Guerino D'Ignazio.

¹² È questa la tesi della famosa PhD dissertation di Elazar, pubblicata in D. ELAZAR, *The American Partnership, Intergovernmental Co-operation in the Nineteenth – Century*

mo è certamente nato e si è sviluppato come un ordinamento «caratterizzato da una *struttura dualistica*», che affida cioè «una sovranità esclusiva allo Stato centrale in politica estera e in pochissime materie di politica interna», mentre riserva agli Stati «una sovranità estesissima (...) in materie interne» tendenzialmente non soggette ad altri limiti «che non fossero i vincoli negativi della Costituzione»¹³.

Allo stesso tempo, il federalismo americano è profondamente mutato nel corso del tempo seguendo quelle trasformazioni formali ed informali della Costituzione che scandiscono i «constitutional moments»¹⁴ e che provocano un radicale cambiamento anche nella dottrina e nella giurisprudenza, e una nuova interpretazione del testo costituzionale¹⁵. Come ricordato da Corwin, il tradizionale assetto duale è terminato con la rivoluzione del *New Deal*¹⁶, che ha sconvolto gli assetti originari attraverso una rilettura di clausole costituzionali quali l'*Interstate Commerce Clause* o lo *Spending Power*, a cui ha fatto seguito «il rifiuto della Corte Suprema di trarre dal X emendamento indicazioni di sfere di competenza comunque impenetrabili da parte del legislatore federale»¹⁷.

United States, University of Chicago Press, Chicago, 1962 che, secondo alcuni, «demonstrated conclusively the inadequate explanator value of the theory of dual federalism and the prevalence of cooperative national-state relations in the period ending in 1913» (Cfr. J.F. ZIMMERMAN, *National-State Relations: Cooperative Federalism in the Twentieth Century*, in *Publius*, 31(2), 2001, p. 15). Come ricordato da G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 203, tuttavia, «questa obiezione alla tradizionale contrapposizione dei “i due federalismi” è infondata perché fraintende la vera portata e il vero significato dei termini “duale e cooperativo” con i quali si suole (da Corwin in poi) contrassegnare i sistemi di rapporto centro-periferia prevalsi in America rispettivamente nell'Ottocento e dopo il New Deal».

¹³ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, cit., p. 204.

¹⁴ B. ACKERMAN, *We the People. Foundation*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1991, p. 57.

¹⁵ In riferimento alle trasformazioni del federalismo americano, proprio sul concetto di sovranità, v. (in lingua italiana) A. PIN, *La sovranità in America*, Cedam, Padova, 2012.

¹⁶ E.S. CORWIN, *The Passing of Dual Federalism*, in *Va. L. Rev.*, 36(1), 1950, p. 4 ss.

¹⁷ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, cit., p. 205.

Si è pertanto assistito al passaggio da un modello definito come «layer-cake federalism»¹⁸, in cui la stratificazione di diverse competenze favoriva l'incontro/scontro tra diversi livelli di governo, ad una sorta di «marble-cake model of federalism»¹⁹, in cui Stati e Federazioni condividono obiettivi politici e compiti amministrativi interconnessi al fine di sviluppare una efficace cooperazione per il conseguimento di un bene comune. Il risultato complessivo di questa trasformazione è stato, quindi, «l'instaurazione in seno all'Unione federale, di un sistema di competenze dello Stato centrale e degli Stati membri quasi interamente *concorrenti* tra loro (con ovvia prevalenza della legislazione centrale)»²⁰.

Nonostante la metafora della torta descriva in modo efficace la trasformazione del federalismo innescata dalla torsione costituzionale del *New Deal*, la tensione tra natura duale e cooperativa del federalismo statunitense è riemersa nel corso degli anni, e continua ancora oggi ad incidere sulla interpretazione delle clausole costituzionali. Se nella prima metà del secolo scorso i giudici supremi sembravano aver definitivamente avallato la dimensione del federalismo cooperativo²¹, definendo il X

¹⁸ La definizione è tratta dal Center for the Study of Federalism, <http://encyclopedia.federalism.org/index.php/> e riportata da N.J. KNAUER, *The Covid-19 Pandemic and Federalism: Who Decides?*, cit., p. 10, nota 52.

¹⁹ Cfr. M. GRODZINS, *The Federal System*, in *President's Commission on National Goals, Goals for Americans*, Prentice-Hall, New York, 1960, p. 75: «The American form of government is often, but erroneously, symbolized by a three-layer cake. A far more accurate image is the rainbow or marble cake, characterized by an inseparable mingling of differently colored ingredients, the colors appearing in vertical and diagonal, strand, and unexpected whirls. As colors are mixed in the marblecake, so functions are mixed in the American federal system».

²⁰ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, cit., p. 219.

²¹ Così, ad esempio, in *Hodel v. Va. Surface Mining & Reclamation Ass'n*, 452 U.S. 264, 289 (1981), i giudici ricordano che il federalismo cooperativo «allows the States, within limits established by federal minimum standards, to enact and administer their own regulatory programs, structured to meet their own particular needs», rovesciando di fatto la previsione Costituzionale del X Emendamento che attribuisce alla federazione pochi poteri definiti, riservando agli Stati ogni altra competenza, anche se indefinita.

Emendamento della Costituzione come un «mero truismo»²², qualche decennio più tardi alcune decisioni della medesima Corte hanno riaperto le porte ad una lettura del sistema più fedele al modello duale originario, avviando la stagione del c.d. *New Federalism*²³.

Durante tale periodo, la c.d. Corte Rehnquist ha infatti individuato «some judicially-enforceable limits on the power of the federal government to regulate states»²⁴, dichiarando l'incostituzionalità di alcune disposizioni del livello centrale che, attraverso una interpretazione eccessivamente estensiva delle clausole federali, imponevano ai governi statali l'adozione di politiche pubbliche. Così, ad esempio, in *United States v. Lopez*, i giudici supremi hanno ritenuto che l'interpretazione estensiva della *Commerce Clause* – che nell'epoca del *New Deal* era stata sostanzialmente avallata dalla stessa Corte²⁵ – non può avere l'effetto di attribuire una competenza di carattere generale, ma deve esercitare una «influenza sostanziale» sul commercio interstatale, pena la lesione delle prerogative affidate ai singoli Stati²⁶. In *New York v. United States*, Justice

²² Cfr. *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941) 124: «The amendment states but a truism that all is retained which has not been surrendered. There is nothing in the history of its adoption to suggest that it was more than declaratory of the relationship between the national and state governments as it had been established by the Constitution before the amendment, or that its purpose was other than to allay fears that the new national government might seek to exercise powers not granted, and that the states might not be able to exercise fully their reserved powers».

²³ Si tratta, in particolare, delle decisioni *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985); *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991); *New York v. United States*, 505 U.S. 144, 159 (1992); *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995); *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997). Cfr., a riguardo, J. RESNICK, *Symposium, Constructing a New Federalism: Jurisdictional Competence and Competition: Afterword: Federalism's Options*, in *Yale J. O Reg.*, 14, 1996, p. 465 ss.

²⁴ Cfr. G. LAWSON, R. SHAPIRO, *Common Interpretation*, National Constitutional Center Debate on Tenth Amendment, <https://constitutioncenter.org/the-constitution/amendments/amendment-x/interpretations/129>.

²⁵ Cfr. *Wikard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942).

²⁶ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), in cui la Corte ha ritenuto che il possesso di una pistola in una zona scolastica locale non rappresenti un'attività economica tale da produrre, attraverso la ripetizione altrove, un effetto sostanziale sul commercio interstatale. La legge regola, dunque, una problematica di ordine pubblico che non ha nulla a che fare con il «commercio» o con qualsiasi tipo di attività economica.

O'Connor ha ricordato che il X Emendamento identifica dei limiti al potere federale, perché sebbene lo scopo e le funzioni del governo federale siano cambiate nel corso del tempo, «the constitutional structure underlying and limiting [its] authority has not»²⁷.

La descritta stagione del *New Federalism* non ha avuto, in realtà, l'effetto di rovesciare completamente la versione cooperativa del federalismo americano, perché la complessità dello stato moderno non consente di ripristinare interamente quella sovranità duale tipica della costituzione americana ottocentesca. Inoltre, è stato rilevato come con la «riscoperta» di alcune tutele costituzionali proprie della struttura federale competitiva, la Corte non intendesse probabilmente «ricondere la divisione verticale dei poteri alle condizioni proprie del “federalismo duale pre-newdeal”» ma solo «apportare qualche correzione alla eccessiva rigidità dei principi formali su cui si poggiava il nuovo “federalismo cooperativo”», dotando la ripartizione delle competenze «di contorni in qualche modo giustiziabili»²⁸.

Allo stesso tempo, però, l'identificazione di tali limiti ha innegabilmente portato alla riscoperta della sovranità degli Stati americani, avviando un processo che ha restituito loro lo scettro di guardiani delle competenze, il cui derivante potere può essere esercitato attraverso il contenzioso costituzionale. Pertanto, pur non istituendo un precedente costituzionale maggioritario, le decisioni del *New Federalism* hanno in qualche misura restituito agli Stati un potere che molti credevano perduto e ormai superato dalla necessità di realizzare grandi programmi nazionali. Tale processo, qui tratteggiato, ha senza dubbio inciso anche nell'epoca della attuale polarizzazione politica: in tale contesto, il diritto a far valere

²⁷ *New York v. United States*, 505 U.S. 144, 159 (1992): «The actual scope of the Federal Government's authority with respect to the States has changed over the years, therefore, but the constitutional structure underlying and limiting that authority has not. In the end, just as a cup may be half empty or half full, it makes no difference whether one views the question at issue in these cases as one of ascertaining the limits of the power delegated to the Federal Government under the affirmative provisions of the Constitution or one of discerning the core of sovereignty retained by the States under the Tenth Amendment».

²⁸ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, cit., p. 220.

la sovranità degli Stati contro il governo federale è stato sempre più invocato dai Governatori e il federalismo è tornato ad essere utilizzato come mezzo per rifiutare politiche sociali centralizzate e come presupposto del diritto dei cittadini statali di scegliere, attraverso i rappresentanti a loro più vicini, le politiche pubbliche preferite²⁹.

Lo scoppio della emergenza pandemica si inserisce quindi all'interno di questo federalizing process, mostrando in modo ancor più significativo le tensioni politico-costituzionali che emergono dallo scontro tra la dimensione duale e quella cooperativa del federalismo e che scuotono nel profondo le fondamenta del sistema. Ciò non deve stupire: comprendere a fondo il federalismo americano significa infatti confrontarsi con il suo «deep meaning» che, dopo tutto, «has been the primary political issue for most of American history»³⁰.

A differenza di quanto avviene negli ordinamenti federali o para-federali europei, la teoria federalista statunitense non è descrivibile semplicemente come un meccanismo più o meno efficace di distribuzione delle competenze, bensì come un ideale politico posto alla base dell'eccezionalismo americano che, orientando il rapporto tra libertà dei cittadini e autorità del potere pubblico, «is designed to ensure political freedom»³¹. Solo a partire da simili premesse si spiega l'accavallamento tra contrasti politici e costituzionali che caratterizza l'attuale momento storico: come è stato acutamente osservato, «State decision-making power can facilitate either a progressive or conservative impulse»; mentre la politica *liberal* tende ad utilizzare i principi del federalismo duale per consentire agli Stati di implementare politiche innovative sulla legalizzazione della marijuana, sul diritto a morire, su misure di contenimento del *climate change*, i Repubblicani invocano il potere degli Stati in materia di aborto o di libertà religiosa, perseguendo cioè una politica sociale conservatrice³².

²⁹ Analogamente, J.C. BLAKEMAN, C.P. BANKS, *The U.S. Supreme Court, New Federalism, and Public Policy*, in C.P. BANKS (a cura di), *Controversies in American Federalism and Public Policy*, Routledge, New York, 2018, p. 1 ss.

³⁰ R.S. MELNICK, *Statutory Reconstruction: The Politics of Eskridge's Interpretation*, in *Geo. L. J.*, 84(91), 1995, p. 120.

³¹ *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452, 458 (1991): «federalism is a constitutionally based, structural theory of government designed to ensure political freedom».

³² Così, efficacemente, N.J. KNAUER, *The Covid-19 Pandemic and Federalism: Who*

È quindi tenendo a mente l'articolato contesto politico-culturale del presente che il tema della attribuzione di competenze in materia di salute pubblica deve essere analizzato; sulla base di tale studio, diviene così possibile indagare utilmente l'efficacia degli strumenti di coordinamento tra Stati messi in campo dalla Casa Bianca per far fronte alla emergenza pandemica.

3. *La tutela della salute come espressione del police power: il ruolo degli Stati nella assistenza sanitaria.*

Per comprendere a fondo il tema della tutela della salute negli Stati Uniti, che risulta centrale per una analisi corretta e completa della gestione dell'emergenza pandemica, occorre studiare la Costituzione federale sia nella sua struttura letterale, che si articola predicando una sovranità duale e competitiva, sia seguendo il lungo percorso storico che ne ha mutato, anche radicalmente, il funzionamento pratico.

Come noto, la Costituzione non attribuisce al governo federale una competenza generale nel regolare questioni afferenti alla salute pubblica perché, coerentemente con quanto previsto dal principio degli enumerated powers, i poteri attribuiti alla federazione sono «pochi e definiti» mentre quelli lasciati agli Stati «numerosi e indefiniti»³³. Il Congresso può quindi esercitare la propria competenza solo nelle materie espressamente previste dall'art. I Sez. 8 Cost. e, per quanto le politiche sanitarie federali siano negli anni notevolmente aumentate, l'esercizio di tale competenza dovrebbe rimanere confinata a casi delimitati. Il X Emendamento, inoltre, rafforza il tenore letterale del principio di attribuzione delle compe-

Decides?, cit., che cita a supporto di tali considerazioni R.A. MIKOS, *On the Limits of Supremacy: Medical Marijuana and the States' Overlooked Power to Legalize Fed. Crime*, in *Vand. L. Rev.*, 62(5), 2009, p. 1424; R. BROWNSTEIN, *A New Age of Conflict Between Washington and the States*, in *Atlantic*, 30 maggio 2019, <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2019/05/kamala-harriss-plan-curb-state-anti-abortion-laws/590593>.

³³ Cfr. J. MADISON, *The Federalist*, n. 45, ed. it. a cura di G. Negri, il Mulino, Bologna, 1980, p. 425.

tenze, statuendo che «the powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people».

La struttura duale del federalismo americano ha così portato, fin dalla sua nascita, ad affidare agli Stati i poteri che, «in un ordinario andamento delle cose» riguardano «la vita, la libertà, la proprietà dei cittadini, nonché il miglioramento e la prosperità dello Stato stesso»³⁴.

Seguendo questa impostazione originaria, agli Stati è riservata la competenza di esercitare il c.d. *police power*. Questo termine ambiguo³⁵ e mai del tutto chiarito dalla Corte³⁶, attribuisce tradizionalmente al livello statale il compito di «regulate the conduct and relations of members of society» e denota «the power of state governments to promote the public welfare»³⁷. Quale che sia l'ambito e la portata di tale potere, esso sembra certamente ricomprendere funzioni relative alla salute pubblica che non sono disciplinate dall'art. I sez. 8 Cost. e che riguardano invece «reasonable restraints on the personal freedom and property rights of persons», al fine di tutelare «the public safety, health, and morals or (...) general prosperity»³⁸. Come del resto ricordato da John Marshall nel famoso caso *Gibbons v. Ogden*, il *police power* «form a portion of that immense mass of legislation which embraces everything within the territory of the state, not surrendered to the general government», nel quale devono essere ricomprese «*health laws of every description*»³⁹.

³⁴ ID., p. 426.

³⁵ Come ricordato da J.G. HODGE, *The Role of New Federalism and Public Health Law*, in *J. L. & Health*, 12(2), 1998, p. 319, nota 47: «Perhaps some of the confusion on the meaning of police powers stems from the misleading choice of the term itself. "This phrase is probably an unfortunate one as far as the man in the street is concerned since he tends to confuse it with the power of the policeman of the street corner." (Roetringer, *The Supreme Courts* note 31, at 10). Yet, the residual powers of the states entail much more than the enforcement of criminal laws».

³⁶ Cfr. in *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26, 31 (1954), «the states' police powers concept are neither abstractly nor historically capable of complete definition».

³⁷ E. FREUND, *The Police Power: Public Policy and Constitutional Rights*, Callaghan and Company, Chicago, 1904, pp. 3-4.

³⁸ *Black's Law Dictionary*, 6th ed., West Publishing Co., St Paul Minnesota, 1990.

³⁹ *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 203 (corsivo aggiunto). Il caso costituisce una delle

Almeno inizialmente, pertanto, la tutela della salute «lie at the core of the police power»⁴⁰, come dimostrano le numerose disposizioni statali sanitarie che, nel corso degli anni, hanno disciplinato, all'interno dei propri territori, l'assistenza sanitaria con regole riguardanti la quarantena, gli obblighi vaccinali, la salubrità e la sicurezza degli ambienti lavorativi ed ospedalieri, la contaminazione, l'inquinamento dell'acqua e così via⁴¹. Attraverso sovvenzioni pubbliche, molti Stati hanno sostenuto la costruzione di ospedali gestiti da associazioni no-profit⁴², svolgendo a lungo un compito primario nella prevenzione della diffusione dei contagi soprattutto nelle grandi città dove densità di popolazione e servizi igienici inadeguati aggravavano i problemi di salute. Sebbene il Congresso abbia talvolta approvato leggi nazionali sulla quarantena per impedire l'ingresso nel Paese di persone affette da malattie trasmissibili⁴³, il governo federale ha in generale esercitato un ruolo molto limitato nell'assistenza sanitaria, almeno fino al XX secolo.

La descritta distribuzione delle funzioni è stata avallata anche dalle

prime interpretazioni della *Interstate Commerce Clause* che, secondo il giudice John Marshall, attribuisce al Congresso una competenza nella regolamentazione della navigazione interstatale e del trasporto dei passeggeri: «Commerce, undoubtedly is traffic, but it is something more – it is intercourse (...). [A] power to regulate navigation is as expressly granted, as if that term had been added to the word 'commerce'. (...) [T]he power of Congress does not stop at the jurisdictional lines of the several states. It would be a very useless power if it could not pass those lines». Tale potere, inoltre, si estendeva al trasporto delle persone, in quanto, «Vessels have always been employed (...) in the transportation of passengers (...) Yet it has never been suspected that the general laws of navigation did not apply to them».

⁴⁰ W.E. PARMET, *Health Care and the Constitution: Public Health and the Role of the State in the Framing Era*, in *Hastings Const. L.Q.*, 20(2), 1993, p. 272.

⁴¹ Così J.G. HODGE, *The Role of New Federalism and Public Health Law*, cit., p. 324: «Matters of public health which states regulate pursuant to their police powers are not limited solely to the prevention and control of contagious or dangerous diseases, but rather include such matters as sanitation, waste disposal, pollution of water supplies, licensing and regulation of occupations, and injury prevention».

⁴² Si stima, ad esempio, che «by 1898, Pennsylvania had 113 benevolent or not-for-profit hospitals, of which 69 were aided by the state», R. STEVENS, *The Public-Private Health Care State: Essays on the History of American Health Care Policy*, Transaction Publishers, New Brunswick NJ, 2007, p. 10.

⁴³ Cfr. *National Quarantine Act of 1878*, Pub. L. 45-66.

Corti, che hanno peraltro mostrato una forte deferenza nei confronti delle leggi statali in materia di salute pubblica, facendo generalmente prevalere tali disposizioni sulla tutela delle libertà individuali dei cittadini. In alcuni casi, il *judicial restrain* dei giudici è stato così ampio da tradursi in una sorta di “immunità costituzionale” non troppo dissimile da quella esercitata dal Congresso in materia di immigrazione per effetto della c.d. *plenary power doctrine*⁴⁴: come ricordato dalla Corte Suprema dell'Arizona, infatti, «where the police power is set in motion in its proper sphere, the courts have no jurisdiction to stay the arm of the legislative branch»⁴⁵.

In taluni casi, invece, l'estensione eccessiva del potere statale ha portato i giudici ad operare un controllo più stringente, reputando, ad esempio, pretestuosa, irragionevole e discriminatoria nei confronti della comunità cinese una ordinanza sulla quarantena applicata dai Public Health Officers in alcuni quartieri di San Francisco al fine di contenere la diffusione della peste bubbonica⁴⁶. Al di là di simili casi palesemente illegittimi, le Corti hanno così generalmente riconosciuto la validità delle regole sanitarie adot-

⁴⁴ Elaborata dalla Corte Suprema a partire dal famoso caso *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889). In riferimento, v. (per tutti) S.H. CLEVELAND, *Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs*, in *Texas L. Rev.*, 81(1), 2002.

⁴⁵ *Arizona v. Southern Pacific Co.*, 145 P.2d 530 (1943), riportata da L. GOSTIN, *The Americans With Disabilities Act and the Corpus of Anti-Discrimination Law: A Force for Change in the Future of Public Health Regulation*, in *Health Matrix J. Of L. Med.*, 3(1), 1993, p. 81, secondo cui «The early courts were highly deferential to state public health regulation under the police powers. To some courts, the Constitution had no application to this class of case».

⁴⁶ *Jew Ho v. Williamson*, 103 F. 10 (C.C.N.D. Cal. 1900). A causa del numero di decessi causati dalla peste bubbonica, la città di San Francisco aveva approvato un'ordinanza che metteva in quarantena i quartieri delimitati dalle vie Broadway, Stockton, California e Kearney, abitate quasi esclusivamente dalla comunità cinese. La Corte ha ritenuto, date le circostanze, l'illegittimità della disposizione in quanto irragionevole, ingiusta e oppressiva, e quindi contraria alle leggi che limitano i poteri di polizia di Stato e municipalità in tali questioni. Inoltre, la Corte ha affermato che tale quarantena assumeva un carattere discriminatorio nei confronti della popolazione cinese della città; essa risultava pertanto contraria alle disposizioni del Quattordicesimo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti.

tate dalle autorità statali ogniqualvolta esse fossero ragionevolmente introdotte per garantire la salute pubblica all'interno dei propri territori.

Quest'ultima interpretazione, del resto, è alla base della decisione della Corte Suprema nel famoso caso *Jacobson v. Massachusetts* che – come vedremo anche in seguito – costituisce ancora oggi un precedente vincolante nella interpretazione dei limiti costituzionali in materia⁴⁷. Chiamati a giudicare un ricorso sulla imposizione di vaccinazioni obbligatorie, i giudici supremi hanno infatti confermato la validità della disposizione statale in forza del principio secondo cui «the police power of a State embraces reasonable regulations (...) protect[ing] the public health and safety»⁴⁸, attribuendo agli Stati una discrezionalità ampia e generale in tale ambito; ciò però a condizione che essa non sia esercitata in modo «arbitrary, oppressive, and unreasonable», e che dimostri quindi attinenza, «real or substantial»⁴⁹, con lo scopo ultimo di protezione dell'incolumità pubblica dalla diffusione dei contagi. In questo modo, la Corte Suprema ha delimitato l'ambito e la portata degli interventi normativi in materia health law, ribadendo peraltro come la Costituzione garantisca la libertà dei cittadini pur senza conferire un diritto assoluto a ogni persona di essere libera da costrizioni in ogni momento e in ogni circostanza.

4. Commerce Clause e Spending Power: l'estensione delle competenze federali in materia di salute pubblica nel federalismo cooperativo.

Con il cambiamento della forma di stato avvenuto a seguito dell'incidenza del governo federale nella regolamentazione della salute pubblica,

⁴⁷ Cfr. (tra gli altri) L. GOSTIN, *The Americans With Disabilities Act and the Corpus of Anti-Discrimination Law: A Force for Change in the Future of Public Health Regulation*, cit., p. 92, secondo cui «modern constitutional review is remarkably similar in approach to *Jacobson*».

⁴⁸ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905), «The police power of a State embraces such reasonable regulations relating to matters completely within its territory, and not affecting the people of other States, established directly by legislative enactment, as will protect the public health and safety».

⁴⁹ ID., rispettivamente p. 31 e p. 27.

sempre più spesso il Congresso e l'amministrazione hanno cercato di imporre dall'alto misure coordinate al fine di garantire il benessere dei cittadini all'interno di un rinnovato spirito di unità nazionale. Già negli anni '40 Roosevelt aveva suggerito di includere in Costituzione il diritto a cure mediche adeguate e l'opportunità di raggiungere e godere di buona salute, ma tale invito è rimasto lettera morta, lasciando inalterata la struttura della Costituzione che, come si è detto, non affida al Congresso una competenza generale in materia di salute pubblica.

L'amministrazione federale, pertanto, ha dovuto intervenire "ritagliando", all'interno delle materie conferitegli in via esclusiva dalla Costituzione, specifici interventi in materia sanitaria; questi trovavano la propria giustificazione politica nella pressante esigenza di conseguire unitariamente gli interessi generali della nazione, attraverso l'istituzione di *federal agencies* create allo scopo di centralizzare le strategie di intervento e migliorare le condizioni sociali e la salute pubblica dei cittadini. In questo modo, l'azione delle amministrazioni *post-New Deal* non ha solo avuto l'effetto di alterare il tradizionale assetto federale, ma ha anche sostanzialmente espanso l'area di intervento in materia di *public health law*; esercitando i propri poteri, infatti, i *federal officials* hanno inciso sulla definizione stessa degli obiettivi di salute pubblica, un tempo limitati alla lotta alla diffusione delle malattie e al contagio e oggi invece ricomprendenti ogni azione legislativa o regolamentare positiva riguardante la salute dei cittadini⁵⁰.

Sotto il profilo costituzionale, data la già richiamata assenza della salute tra le competenze affidate dall'art. I sez. 8 Cost. al Congresso, l'intervento federale in materia ha dovuto trovare legittimazione in una interpretazione estensiva della *Interstate Commerce* e della *Tax and Spending*

⁵⁰ Così J.G. HODGE, *The Role of New Federalism and Public Health Law*, cit., p. 312: «Original public health objectives, once limited to controlling contagious diseases, broadened to include the assurance of conditions for people to be healthy. Public health law subsequently expanded to include those laws and regulations passed, enforced, and adjudicated at the national, state, and local level which in some manner regulated the conditions that affect the public health». In riferimento alla espansione del *welfare state* americano v. (in lingua italiana) A. PIERINI, *Federalismo e welfare state*, in G. D'IGNAZIO (a cura di), *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Cedam, Padova, 2020, p. 230 ss.

Clauses che, grazie anche all'avvallo dei giudici, ha permesso di espandere alla salute pubblica le competenze federali.

Con riferimento alla *Interstate Commerce Clause*, essa stabilisce che il Congresso ha competenza «to regulate commerce among foreign nations, and among the several States»⁵¹. Utilizzata soprattutto a seguito della rivoluzione operata da Roosevelt, questa clausola consente al governo federale di intervenire in materie riservate alla competenza statale ogni volta che le politiche «affect interstate commerce in order to bring them within the scope of the commerce power»⁵². La materia regolata dalla legge federale attraverso il ricorso a tale clausola può inoltre non riguardare direttamente una operazione economica, perché, come riconosciuto dalla Corte Suprema, è sufficiente che essa influisca o sia in grado di incidere – anche in modo minimo – sul commercio a livello nazionale⁵³. Questa lettura teleologica del potere di commercio interstatale conferisce al legislativo federale la facoltà di determinare le regole generali della materia e al governo di darne esecuzione attraverso agencies specifiche.

La combinazione tra norme e disposizioni regolamentari ha così permesso di disciplinare il commercio di beni all'interno del sistema nazionale, influenzando, anche indirettamente, sulla centralizzazione della salute pubblica. Così, ad esempio, il *Federal Food, Drug and Cosmetic Act*⁵⁴ definisce una serie di disposizioni sulla messa in commercio di cibi e di farmaci, mentre – esercitando una delega espressamente prevista nella legge – la Food and Drug Administration (FDA) si occupa di predisporre i criteri relativi alla efficacia e sicurezza dei prodotti, operando un controllo che si avvale di regolamenti approvati dalla stessa agenzia. Analo-

⁵¹ Art. I sez. 8 Cl. 3 U.S. Const.

⁵² Cfr. F.P. GRAD, *The Public Health Law Manual*, American Public Health Association, WA, 2005, p. 13.

⁵³ Cfr. (tra le altre) *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942); *Fry v. United States*, 421 U.S. 542 (1975); *Hodel v. Virginia Surface Mining*, 452 U.S. 264 (1981). In *Wickard*, in particolare, la Corte ha ritenuto che il potere del Congresso sul commercio interstatale, di per sé plenario e completo (*plenary and complete in itself*), può essere esercitato fino alla sua massima estensione e non riconosce altre limitazioni oltre a quelle prescritte dalla Costituzione.

⁵⁴ 21 U.S.C. § 301 ss.

gamente, l'*Occupational Safety and Health Act* (OSHAct)⁵⁵, intervenendo in materia di condizioni di lavoro, è stato adottato utilizzando la *Commerce Clause*, ma – anche grazie il lavoro della Occupational Safety and Health Administration (OSHA) – finisce con lo stabilire, come vedremo, aspetti essenziali riguardanti la salubrità dei luoghi di lavoro, implementando specifiche disposizioni in materia di salute pubblica. Nel corso degli anni, pertanto l'interpretazione della clausola sopra delineata ha consentito al Congresso di disciplinare settori quali la qualità di aria, acqua e cibo, la salubrità di farmaci e pesticidi, la sicurezza dei consumatori, la salute dei lavoratori e così via⁵⁶.

Oltre ad esercitare le competenze ricavate dalla interpretazione della *Interstate Commerce Clause*, il governo federale ha perseguito le proprie politiche sanitarie anche attraverso la *Tax and Spending Clause*, che autorizza il Congresso a imporre tasse e tributi «to provide for (...) the general Welfare of the United States»⁵⁷. L'approvazione del XVI Emendamento, avvenuta nel 1913, ha dato nuovo impulso alla interpretazione estensiva del *Tax and Spendig Power*, riconoscendo al governo federale la facoltà di imporre tasse federali e dotandolo quindi di uno «strumento tributario indispensabile per la gestione di un contemporaneo modello “sociale”»; tale strumento è stato utilizzato non solo per procurare mezzi finanziari necessari al funzionamento del suddetto modello, ma anche «per dirigere, indirettamente, gli sviluppi delle attività economiche di carattere tipicamente locale»⁵⁸. L'imposizione di un'imposta sul reddito, infatti, aumenta le entrate disponibili permettendo al governo di fornire sovvenzioni ai governi statali volte a finanziare attività di interesse per il governo federale, tra cui la fornitura di assistenza medica. Così, ad esempio, il *Federal Maternity Act* del 1921 ha fornito finanziamenti federali agli Stati che si impegnavano a stabilire programmi volti a ridurre la mortalità materna e infantile o a proteggere la salute delle madri e dei bambi-

⁵⁵ 29 U.S.C. § 651 ss.

⁵⁶ Cfr. J.G. HODGE, *The Role of New Federalism and Public Health Law*, cit., p. 335.

⁵⁷ Art. 8 Sez. 3 Cl. 1 U.S. Const.

⁵⁸ G. BOGNETTI, *Lo spirito del Costituzionalismo americano. La costituzione democratica*, cit., p. 215.

ni, mentre attraverso un ruling del Internal Revenue Service (IRS) il governo federale ha incoraggiato lo sviluppo di piani assicurativi privati e volontari, stabilendo la deducibilità dei costi dei datori di lavoro per i premi assicurativi, e gettando così le basi per sviluppo su larga scala dell'assicurazione sanitaria privata⁵⁹.

Il combinato disposto del XVI Emendamento e della *Spending Clause* ha dunque permesso al governo di incidere in modo corposo su molti aspetti della vita socio-economica degli americani, utilizzando il denaro federale per promuovere le attività sociali anche all'interno dei territori statali. Inoltre, a partire dalla famosa sentenza *United States v. Butler*, la Corte Suprema ha riconosciuto al Congresso la facoltà di spesa per finanziare qualunque attività – pubblica o privata – che favorisca «il benessere generale» della nazione, risolvendo una antica questione interpretativa riguardante l'esatto significato della locuzione «to provide for the general welfare of the United States»⁶⁰.

Secondo Madison, tale clausola avrebbe dovuto essere letta unitamente alle disposizioni sulle competenze costituzionali federali che delimitano l'ambito materiale di intervento di spesa; al contrario, per Hamilton, la *General Welfare Clause* avrebbe dovuto essere interpretata senza considerare le restrizioni derivanti dalle materie contenute nell'art. I sez. 8 Cost.,

⁵⁹ Cfr. A. TARR, *Federalism and Health Care in the United States*, in REAF, 14, 2011, p. 14. Come riportato dall'A. in nota 9, «By mid-1958 nearly two-thirds of the population had some coverage for hospital costs, the most common type of insurance [and] when the main earner was fully employed, the probability of having some insurance was 78 percent». Cfr. anche P. STARR, *The Social Transformation of American Medicine*, Basic Books, New York, 1982, p. 334.

⁶⁰ *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936). Pur dichiarando incostituzionale l'*Agricultural Adjustment Act* del 1933 perché «Congress' Spending Power (Article I, Section 8) is restricted to situations in which it is being used for the general welfare of the people», la Corte ha fornito una interpretazione di tale clausola che ne amplia l'utilizzo, statuendo il principio per cui spendere non equivale a legiferare, ma sganciando così di fatto lo *spending power* dal principio degli *enumerated powers* contenuto nell'art. I sez. 8 della Costituzione. Cfr. (per tutti) A.J. ROSENTHAL, *Conditional Federal Spending and the Constitution*, in *Stan. L. Rev.*, XXXIX, 1987, p. 1103 ss.; L. TRIBE, *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 2000; C. BOLOGNA, *Stato federale e "National Interest"*, BUP, Bologna, 2010.

così ritenendo il potere di spesa federale esercitabile ogniquale volta esso sia finalizzato a perseguire il benessere generale della nazione. Giudicando quella di Madison una «lettura tautologica»⁶¹, il *Chief Justice* Roberts ha accolto l'interpretazione Hamiltoniana del *Tax and Spending power*, sganciandolo dal principio degli *enumerated powers*; in questo modo, nell'azionare tale potere, la federazione non è vincolata dalle materie che la Costituzione le attribuisce, ma solo dalle finalità «generali e non locali» della misura⁶².

Tale lettura ha permesso alla federazione di utilizzare quindi la *Tax and Spending Clause* come una sorta di «cavallo di troia»⁶³ del federalismo cooperativo, che gli ha consentito di regolare il potere di spesa anche in campi tradizionalmente affidati agli Stati membri, quali opere pubbliche locali, previdenza, assistenza pubblica, istruzione o ambiente. Così, a titolo esemplificativo, solo un anno più tardi, la Corte ha esteso il criterio interpretativo riconosciuto in *Butler* anche al campo della previdenza sociale, giudicando costituzionale l'istituzione delle pensioni di anzianità

⁶¹ *United States v. Butler* 297 U.S. 1 (1936) 65-66: «Since the foundation of the Nation, sharp differences of opinion have persisted as to the true interpretation of the phrase. Madison asserted it amounted to no more than a reference to the other powers enumerated in the subsequent clauses of the same section; that, as the United States is a government of limited and enumerated powers, the grant of power to tax and spend for the general national welfare must be confined to the enumerated legislative fields committed to the Congress. In this view, the phrase is mere tautology, for taxation and appropriation are, or may be, necessary incidents of the exercise of any of the enumerated legislative powers. Hamilton, on the other hand, maintained the clause confers a power separate and distinct from those later enumerated, is not restricted in meaning by the grant of them, and Congress consequently has a substantive power to tax and to appropriate, limited only by the requirement that it shall be exercised to provide for the general welfare of the United States».

⁶² *Id.*, pp. 66-67: «It results that the power of Congress to authorize expenditure of public moneys for public purposes is not limited by the direct grants of legislative power found in the Constitution (...). That the qualifying phrase must be given effect all advocates of broad construction admit. Hamilton, in his well-known Report on Manufactures, states that the purpose must be "general, and not local"».

⁶³ C. BOLOGNA, *Stato federale e "National Interest"*, cit., p. 287 che riporta la definizione di T.R. MCCOY, B. FRIEDMAN, *Conditional Federal Spending: Federalism's Trojan Horse*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1989, p. 85 ss.

disposta dal *Social and Security Act* del 1935⁶⁴. Attraverso il meccanismo dei grants-in-aid, il governo federale ha così potuto sollecitare le autorità statali e locali ad adottare politiche pubbliche coordinate dal centro, ampliando le politiche socioeconomiche della nazione.

Tale meccanismo, infatti, «costituisce una prassi consolidata nel federalismo cooperativo statunitense», finalizzata a perseguire almeno due obiettivi interconnessi: permettere alla federazione di «regolare senza normare», oltretutto «porre dei vincoli agli Stati in materie nelle quali il Congresso è privo della potestà legislativa» ma, allo stesso tempo, «coinvolgerli nella attuazione dei programmi», sfruttando la maggior capacità del livello più vicino ai cittadini di realizzare lo scopo prefissato⁶⁵. L'utilizzo dei grants-in-aid non è obbligatorio, perché il governo federale lascia liberi i destinatari di usufruire o meno dell'erogazione dei fondi; tuttavia, nel caso di utilizzo di questi ultimi, gli Stati sono tenuti a rispettare alcune misure, quali «minimal facilities and personnel standards», stabilite per legge. Se, di norma, il denaro federale «viene offerto per la concreta spesa degli Stati i quali, accettandolo, prevedono di amministrarlo», l'offerta dei grant-in-aid può «legittimamente accompagnarsi alla prescrizione di precise modalità di impiego e di amministrazione», consentendo così al Congresso di condizionare le politiche sociali locali così tanto da «ridurre la cooperazione degli Stati membri ad un lavoro di mera, vincolata esecuzione sulla quale il federal government può esercitare sorveglianza»⁶⁶.

Il sistema dei grant-in-aid ha fortemente inciso anche in materia di tu-

⁶⁴ *Helvering v. Davis*, 301 U.S. 619 (1937). La Corte ha ritenuto che al Congresso sia stato conferito il potere di spendere denaro per il bene pubblico e ha altresì respinto la tesi secondo cui la Legge in questione sarebbe stata promulgata in violazione del Decimo Emendamento. Riconoscendo nelle disposizioni normative approvate a livello centrale una forma di protezione e tutela delle persone più anziane e bisognose di assistenza, la Corte ha quindi rinvenuto nella Legge del Congresso l'unico strumento utile al fine di esercitare un potere nazionale, in grado di servire gli interessi di tutti i cittadini.

⁶⁵ C. BOLOGNA, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, in *Forumcostituzionale*, 15 ottobre 2012, p. 19.

⁶⁶ G. BOGNETTI, *Lo spirito del Costituzionalismo americano. La costituzione democratica*, cit., p. 215.

tela della salute già a partire dal *Hill-Burton Hospital Construction Program* del 1944 che ha stanziato fondi pubblici per la costruzione di ospedali statali o per l'ammodernamento di strutture gestite da associazioni no-profit⁶⁷; ma è soprattutto a partire dagli anni '60, durante l'epoca della *Great Society*, promossa da Kennedy prima e Johnson poi, che la federazione ha predisposto i programmi di assistenza sanitaria per gli anziani (Medicaid) e gli indigenti (Medicaid), oggi contenuti nel Title XVIII e del Title XIX del *Social Security Act*⁶⁸. Il governo centrale ha così fortemente inciso sulle modalità con cui la salute pubblica è amministrata e i metodi di erogazione del servizio, al punto che, come è stato osservato, «the taxing and spending power clearly has much impact on public health as does more direct exercise of power under the interstate commerce clause»⁶⁹.

In definitiva, quindi, pur rimanendo formalmente una materia di competenza statale soggetta al principio degli *enumerated powers*, la tutela della salute pubblica è stata profondamente influenzata dalla regolamentazione federale, in particolar modo a seguito della trasformazione – di cui si è più sopra parlato – del federalismo americano da competitivo a cooperativo. Tuttavia, il sistema costituzionale non ha mai attribuito una competenza generale ed esclusiva al governo centrale che non può dunque imporre direttive obbligatorie agli Stati, ma solo condizionarne le politiche. Come rilevato in precedenza, infine, l'avvento del *New Federalism* ha in qualche misura influito sull'approccio centralizzante sviluppatosi nella seconda metà del XX secolo, riaprendo l'antico dibattito sul ruolo della sovranità statale nella definizione delle politiche pubbliche.

4.1. «*Two Constitutional Gestalt*»? NFIB v. Sebellius come esemplificazione delle tensioni federali.

L'occasione per testare la portata del federalismo cooperativo in materia di salute pubblica è avvenuta con l'approvazione del *Patient Protection*

⁶⁷ Come riportato da F.P. GRAD, *The Public Health Law Manual*, cit., p. 13.

⁶⁸ Si tratta, rispettivamente del *Health Insurance for the Aged Act*, 79 Stat. 286. (42 U.S.C. § 1395 ss.) e del *Grants to States for Medical Assistance Programs Act* (42 U.S.C. § 1396 ss.).

⁶⁹ A. TARR, *Federalism and Health Care in the United States*, cit., p. 14.

and *Affordable Care Act* (ACA)⁷⁰ fortemente voluto dal Presidente Obama che, come noto, ha introdotto una riforma sanitaria volta a consentire l'universalità dell'accesso alle prestazioni sanitarie a milioni di cittadini privi di assistenza medica assicurativa.

Ideando un complesso meccanismo integrato di regole normative e programmi federali, la riforma c.d. *Obamacare* è articolata seguendo i principi di universalità, continuità e qualità delle prestazioni sanitarie, contenimento dei costi e sostenibilità finanziaria. Essa non solo predispone un obbligo individuale (*individual mandate*) – accompagnato da una sanzione pecuniaria – di acquisto di un'assicurazione sanitaria in grado di garantire «*minimum essential health coverage*»⁷¹, ma ridisegna anche il mercato delle polizze assicurative (*health insurance exchange*) definendo nuove regole per le imprese con almeno cinquanta dipendenti e modificando, infine, l'ambito di applicazione e il funzionamento del programma *Medicaid*⁷².

L'articolata riforma, qui solo tratteggiata nei suoi profili essenziali, ha suscitato critiche e resistenze nella società americana, scontrandosi con le profonde radici di un Paese legato alla logica del *laissez-faire* e della responsabilità individuale; dal punto di vista costituzionale essa, poi, «contiene diverse misure che toccano materie prima affidate agli stati», avvalendosi dei tradizionali strumenti costituzionali «tramite i quali il Congresso ha “eroso” i poteri»⁷³ statali; così, ad esempio, l'*individual mandate* è fondato sulla lettura teleologica della *Commerce Clause*, sulla base della quale l'obbligo individuale sarebbe in grado di incidere sul mercato assicurativo e quindi sulla economia nazionale, così da giustificarne l'adozione. Il programma di estensione di *Medicaid*, invece, ha sfruttato le potenzialità della *Tax and Spending Clause*, condizionando però l'accesso ai

⁷⁰ *Patient Protection and Affordable Care Act*, Pub. L. No. 111-148, 124 Stat. 119 (2010).

⁷¹ 26 U.S.C. § 5000A.

⁷² Per una sintesi dei numerosi provvedimenti definiti dalla riforma sanitaria Obama, v. (per tutti) S. ROSENBAUM, *The Patient Protection and Affordable Care Act: Implications for Public Health Policy and Practice*, in *Public Health Reports*, 126(1), 2011, p. 130 ss.

⁷³ C. BOLOGNA, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, cit., p. 20.

finanziamenti federali a misure che limitano fortemente l'autonomia statale⁷⁴.

Di fronte a disposizioni considerate una invasione «senza precedenti» delle proprie competenze, «molte assemblee legislative hanno approvato atti dimostrativi con i quali non sarà chiesto ai residenti di adempiere l'*individual mandate*», indicando referendum popolari o addirittura – come nel caso dell'Idaho – richiedendo formalmente l'inserimento in Costituzione del diritto individuale a non acquistare alcuna polizza sanitaria⁷⁵.

Le tensioni costituzionali generate dalla riforma *Obamacare* non hanno tardato a sollecitare i giudici federali⁷⁶, investendo nel 2012 anche la Corte Suprema: questa, in una complessa ed articolata pronuncia, ha giudicato legittima la misura dell'*individual mandate*, dichiarando invece parzialmente incostituzionale l'estensione del programma *Medicaid*⁷⁷.

Quanto alla prima questione, il *Chief Justice* Roberts ha rigettato

⁷⁴In riferimento, v. *Symposium: Health Care and the Constitution: A Forum on the Supreme Court's Affordable Care Act Decision*, pubblicato in *Fordham L. Rev.*, 81, 2012-2013, p. 1679-1749, con interventi di G. LAWSON, *Night of the Living Dead Hand: The Individual Mandate and the Zombie Constitution*, p. 1699 ss.; G. METZGER, T. MORRISON, *The Presumption of Constitutionality and the Individual Mandate*, p. 1715 ss.; R. KIRSCH, *The Politics of Obamacare: Health Care, Money, and Ideology*, p. 1737 ss.; A. GLUCK, *Federalism from Federal Statutes: Health Reform, Medicaid, and the Old-Fashioned Federalists' Gamble*, p. 1749 ss.

⁷⁵Come riportato da C. BOLOGNA, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, cit., p. 20. Per una analisi completa delle rivendicazioni statali v. E. WEEKS LEONARD, *Rhetorical Federalism: The Value of State-Based Dissent to Federal Health Reform*, in *Hofstra L. Rev.*, 39(1), 2010, p. 113 ss.

⁷⁶Ritenendo illegittima la riforma, ventisei Stati, diversi individui e la *National Federation of Independent Business* hanno sollevato il caso presso la Corte distrettuale federale, contestando la costituzionalità del mandato individuale e dell'espansione di *Medicaid*. La Corte d'Appello dell'Undicesimo Circuito ha confermato l'espansione di *Medicaid* come un valido esercizio di *spending power* del Congresso ma ha concluso che il Congresso non aveva l'autorità per emanare il mandato individuale (*Florida ex rel. Att'y Gen. v. U.S. Dep't of Health & Human Servs.*, 648 F.3d 1235, 1328 11th Cir. 2011). Il sesto circuito e il DC Circuit hanno invece rigettato il ricorso ritenendo costituzionale l'*individual mandate* (*Seven-Sky v. Holder*, 661 F.3d 1, 15-20 D.C. Cir. 2011; *Thomas More Law Ctr. v. Obama*, 651 F.3d 529, 549 6th Cir. 2011).

⁷⁷*National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 540 (2012).

l'interpretazione secondo cui, in quanto prestazione sanitaria, l'obbligo individuale trova il suo fondamento costituzionale nella *Commerce Clause*; ritenendo invece tale misura assimilabile ad una tassa federale, il giudice l'ha considerata costituzionale alla luce dello *Spending power*⁷⁸. Così facendo, Roberts ha provato ad eludere le criticità politiche sottese alla decisione, salvando per un verso la riforma *Obamacare* fortemente sostenuta dai Democratici e accogliendo per un altro una lettura della *Interstate Commerce Clause* volta a limitarne l'applicazione teleologica, da tempo invisata ai Repubblicani. La sentenza chiarisce infatti che «[t]he power to regulate commerce presupposes the existence of commercial activity to be regulated», poiché «[i]f the power to 'regulate' something included the power to create it, many of the provisions in the Constitution would be superfluous»⁷⁹. Sembra così incrinarsi l'interpretazione estensiva che, a partire da *Wickard*, aveva consentito al governo federale di intervenire in tutti i casi in cui la misura adottata fosse in grado di incidere, anche in modo minimo, sul commercio interstatale⁸⁰.

Se nella prima parte della sentenza la Corte ha dunque giustificato la misura dell'*individual mandate* sulla base di una ricostruzione estensiva del termine "tassa", nella seconda parte la maggioranza ha invece dichia-

⁷⁸ Il *Patient Protection and Affordable Care Act* prevede infatti che a coloro che non adempiono all'obbligo di acquistare una polizza sanitaria sia comminata una sanzione proporzionale al loro reddito. Partendo da questa considerazione, la maggioranza ricostruisce il significato giuridico di tale sanzione descrivendolo come un tributo imposto dal governo federale a coloro che decidano di non assicurarsi. Così facendo, la sentenza legittima l'*individual mandate*, fondandolo sul potere di *Tax and Spending Power*; la natura tributaria della misura non è pregiudicata, secondo il *Chief Justice*, neanche dal fatto che esplicitamente il PPACA la definisca come "penalty"; ciò in ragione del fatto che il compito dei giudici è quello di rintracciare «every reasonable construction must be resorted to, in order to save a statute from unconstitutionality».

⁷⁹ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 540 (2012).

⁸⁰ Il tono utilizzato da Roberts per smontare l'interpretazione teleologica della *Commerce Clause* non è sfuggito a G.P. MAGARIAN, *Chief Justice Roberts' Individual Mandate: The Lawless Medicine of NFIB v. Sebelius*, in *Nw. U. L. Rev. Colloquy*, 108, 2013, <http://colloquy.law.northwestern.edu/main/2013/07/chief-justice-robertss-individual-mandate.html>, secondo cui l'*opinion* sarebbe «by far the Court's most aggressive posture against federal power since the Justices struck down core elements of the New Deal seventy-five years ago».

rato l'incostituzionalità parziale del nuovo programma Medicaid fornendo una lettura restrittiva del *Tax and Spending power*. Secondo i giudici, l'ambito e la portata delle disposizioni dell'APA sono talmente innovativi da mutare «la vera natura del programma Medicaid», che da provvedimento rivolto agli indigenti finisce per trasformarsi in un «piano nazionale per la fornitura di una copertura sanitaria universale»⁸¹. La disciplina che regola l'estensione del programma costituirebbe quindi un'illegittima condizione «coercitiva» che trasforma la facoltà degli Stati di aderirvi in un obbligo inderogabile che non può essere imposto tramite l'esercizio del potere di spesa ma deve essere giustificato alla luce dei poteri legislativi enumerati⁸².

È chiaro, qui, il riferimento alla sentenza *South Dakota vs. Dole* che, oltre ad indicare i criteri che il Congresso è chiamato a rispettare nell'esercizio del potere di spesa, aveva stabilito che «a spending condition may be unconstitutional if it is so onerous as to be “coercive”»⁸³; per la prima volta nella sua storia, la Corte Suprema applica tale criterio, ritenendo che un grant federale sia unconstitutionally coercive⁸⁴.

⁸¹ ID., p. 54. «The Medicaid expansion, however, accomplishes a shift in kind, not merely degree. The original program was designed to cover medical services for four particular categories of the needy: the disabled, the blind, the elderly, and needy families with dependent children (...). Under the Affordable Care Act, Medicaid is transformed into a program to meet the health care needs of the entire nonelderly population with income below 133 percent of the poverty level. It is no longer a program to care for the neediest among us, but rather an element of a comprehensive national plan to provide universal health insurance coverage».

⁸² ID., p. 51. «We accordingly asked whether the financial inducement offered by Congress was so coercive as to pass the point at which ‘pressure turns into compulsion.’ (...) In this case, the financial “inducement” Congress has chosen is much more than “relatively mild encouragement” – it is a gun to the head (...) A State that opts out of the Affordable Care Act’s expansion in health care coverage thus stands to lose not merely “a relatively small percentage” of its existing Medicaid funding, but all of it».

⁸³ *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987). Come ricordato da I. SOMIN, *Federalism and the Constitution*, The Bill of Right Institute, 2016, <https://billofrightsinstitute.org/activities/>, la Corte Suprema «ruled that Spending Clause measures must meet four requirements in order to be constitutional. They must 1) promote the “general welfare,” 2) be “related” to a federal interest, 3) be clear and unambiguous, and 4) not violate any other part of the Constitution».

⁸⁴ Allo stesso tempo, però, la *opinion* ricorda che «nothing in [the Court’s decision]

NFIB v. Sebelius costituisce insomma un formidabile esempio delle tensioni che agitano le dimensioni duale e cooperativa del federalismo americano, e «reflects the fact that constitutional federalism remains a divisive issue for both the Supreme Court and American society as a whole»⁸⁵. Nonostante la torsione costituzionale del *New Deal* abbia comportato un forte impatto sulla interpretazione delle competenze federali, imprimendo una spinta centripeta al costituzionalismo americano, le forze centrifughe che resistono alla centralizzazione invocando una maggior autonomia degli Stati non sono scomparse, ed anzi negli ultimi decenni sembrano aver amplificato il proprio vigore.

A fronteggiarsi, quindi, non sono solo diverse interpretazioni delle clausole federali, ma due divergenti teorie della Costituzione con riferimento al suo ruolo e alle sue funzioni del potere federale stesso; questa dicotomia politico-costituzionale traspare dunque in *Sebelius* soprattutto dal tipo di linguaggio usato dai giudici che, pur salvando la riforma sanitaria, hanno ricordato che «the Framers created a Federal Government of limited powers, and assigned to this Court the duty of enforcing those limits»; in tale contesto, «the Court does not express any opinion on the wisdom of the Affordable Care Act», perché «under the Constitution, that judgment is reserved to the people»⁸⁶.

precludes Congress from offering funds under the [ACA] to expand [Medicaid] and requiring that States accepting such funds comply with the conditions on their use» (p. 55). Il risultato del rimedio elaborato da Roberts è che tutte le disposizioni dell'ACA, compresa l'espansione di *Medicaid*, rimangono in vigore come scritto dal Congresso.

⁸⁵ I. SOMIN, *Federalism and The Constitution*, cit.

⁸⁶ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 540 (2012) p. 59. Come acutamente osservato da L.B. SOLUM, *How NFIB v. Sebelius Affects the Constitutional Gestalt*, in *Wash. U. L. Rev.*, 91(1), 2013, p. 57, «On what was truly the main issue, NFIB did not result in an eight-to-one decision, or seven-to-two, or six to-three, or even five-to-four. With respect to the constitutional gestalt, the outcome was four and one-half to four and one half, an evenly divided Court. That leaves constitutional law in a peculiarly unsettled state. For the partisans of unlimited national power, the old gestalt prevails, and hence the old rules govern the complex practice of constitutional argument. For them, Justice Roberts was clearly right on the tax power and clearly wrong on both the Commerce Clause and the spending power; NFIB can be cited for its tax power holding, but the Commerce Clause discussion is obiter dictum. For them, the lesson of NFIB is clear – the dike held, the barbarians were held at the gate, and the banner yet waves».

Si comprende così perché l'opinione di Roberts sia stata definita da Lawrence Solum una decisione «curiosa» ed altalenante: da un lato, infatti, essa stabilisce che «the individual mandate should be upheld because policy choices are reserved for democratic politics and not for the courts» e, sebbene esso sia più facilmente associabile ad una prescrizione regolamentare che ad una tassa, «the Court should adopt a saving construction that avoids the constitutional problem». Dall'altro, il Chief Justice ha ritenuto che tale misura sia «beyond the Commerce Clause power because it is unprecedented, and the theories under which it is upheld imply that national legislative power is virtually unlimited». Così facendo, Roberts sembra abbracciare, contemporaneamente, due diversi Constitutional Gestalt: «the discussion of the taxing power fits the dominant conventional gestalt [while] the discussion of the Commerce Clause fits the alternative gestalt. Justice Roberts looks at the picture and sees both a duck and a rabbit»⁸⁷.

5. La gestione federale della pandemia tra conflitto e cooperazione.

Lo scoppio della pandemia Covid-19 si inserisce pienamente all'interno del processo federale sin qui descritto. Se infatti la dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria nazionale ha comportato uno spostamento di funzioni e poteri in capo al Presidente degli Stati Uniti, la ripartizione delle competenze federali in materia di salute pubblica non ha

⁸⁷ L.B. SOLUM, *How NFIB v. Sebelius Affects the Constitutional Gestalt*, cit., p. 55. L'immagine del "duck and rabbit" è presa a prestito dall'A. della famosa illustrazione del "duck rabbit", pubblicata sulla rivista *Popular Science* (J. JASTROW, *The Mind's Eye*, in *Popular Sci. Monthly*, 54, 1899) e resa famosa da L. WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, Basil Blackwell, Oxford, 1963, p. 194. Essa raffigura un'anatra che, se vista sotto una diversa angolazione, diventa un coniglio (e viceversa). A parere di Solum, «When perceptions of the image move from duck to rabbit or vice versa, a gestalt shift has occurred [but] Constitutional gestalt shifts are more complex than the simple duck-to-rabbit or rabbit-to-duck image shift (...). The dominant gestalt could hold, or we could look back on *NFIB* as a pivotal moment in a constitutional gestalt shift that started with the Rehnquist Court's New Federalism cases».

permesso al livello federale di esercitare una competenza piena ed esclusiva né di imporre direttive vincolanti. L'attività di coordinamento e gestione dell'emergenza è quindi dipesa dalla capacità di convincere i Governatori degli Stati ad attivare i propri poteri, perché «by dividing power, the Constitution creates resiliency in emergencies, but also demands cooperation between the federal and state government»⁸⁸.

Mentre la fase iniziale dell'emergenza ha provocato in molti paesi una formidabile confusione al livello istituzionale, negli Stati Uniti tale comprensibile disorganizzazione è stata acuita dalla discutibile e contraddittoria politica comunicativa del Presidente Trump; quest'ultimo, oltre ad aver minimizzato la pericolosità del virus⁸⁹, ha anche rivendicato pubblicamente a sé competenze di coordinamento della azione degli Stati per la chiusura ed apertura delle attività⁹⁰ che, in realtà, non parrebbe avere⁹¹ e che, in ogni caso, non sono state poi effettivamente eser-

⁸⁸ Così J. YOO, *No, Trump Can't Force States to Reopen*, in www.aei.org, 13 aprile 2020.

⁸⁹ Per una attenta analisi anche delle tematiche politiche sottese alla gestione della pandemia nei primi mesi, v. (in lingua italiana) F. CLEMENTI, *Gli Stati Uniti e la risposta al Covid-19, tra Federazione e Stati, nell'anno delle elezioni presidenziali*, cit., p. 1875 ss.; E. MOSTACCI, *Covid vs. Trump, presente il primo violino, si attende il direttore d'orchestra*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, p. 95 ss.; M. DI MASI, *Stati Uniti d'America e CoViD-19: alcune fasi della gestione di una pandemia annunciata*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, p. 753 ss.

⁹⁰ Cfr. *Remarks by President Trump, Vice President Pence, and Members of the Coronavirus Task Force*, in *Press Briefing*, 14 aprile 2020, www.whitehouse.gov.

⁹¹ Cfr. (oltre gli A. già citati), M. JAMSHIDI, *The Federal Government Probably Can't Order Statewide Quarantines*, in lawreview.uchicago.edu, 20 aprile 2020; D. PRINCE, D. SCOTT CARLTON, N.D. LUEDDEKE, *From Lockdown to a Showdown: What Questions Should Companies Consider Pertaining to the Authority of the Federal or State Governments to "Reopen" the Economy?*, in www.paulhastings.com, 22 aprile 2020. Come riportato da F. SPAGNOLI, *L'emergenza COVID-19 in Spagna e negli Stati Uniti: un bilancio comparato*, in *Rivista Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, 1, 2020, p. 45, nota 115: «La gran parte della dottrina statunitense che si è occupata della controversia tende a negare che il Presidente possieda il potere in questione, dato che non rientra fra i poteri della Federazione espressamente enumerati (X Emendamento), né ritiene che le restrizioni statali violino la Commerce Clause, come sostenuto ad esempio dall'Attorney General Barr (anche perché essa conferisce una competenza normativa al Congresso, non al Presidente)».

cite. Nonostante la dichiarazione di major disaster in tutti gli Stati⁹², l'amministrazione federale infatti non ha mai dichiarato il lockdown del Paese⁹³.

Almeno inizialmente, pertanto, il sistema ha reagito mostrando un doppio volto: a livello politico-esecutivo, la pandemia ha evidenziato tutte le criticità emergenti dalla polarizzazione che affligge il Paese almeno dalla presidenza Obama⁹⁴, e la divisione è stata accentuata dalle differenti strategie messe in atto dai Governatori degli Stati. A livello di amministrazione federale, invece, le numerose *agencies* istituite nel corso della

⁹²J. COLEMAN, *All 50 States under Disaster Declaration for First Time in US History*, Hill, 12 aprile 2020, <https://thehill.com/policy/healthcare/public-globalhealth/492433-all-50-states-under-disaster-declaration-for-first>.

⁹³È stato tuttavia osservato da J. KINCAID, J.W. LECKRONE, *Covid-19 and American Federalism: First Wave Responses*, in R. CHATTOPADHYAY, F. KNUPLING, D. CHEBENOVA, L. WHITTINGTON, P. GONZALEZ (a cura di), *Federalism and the Response to COVID-19. A Comparative Analysis*, Routledge, New York, 2022, p. 244, che «Although Trump lacked constitutional authority to close or open states' economies, he did not use his commanding media position to foster coherent, national leadership. Neither the president nor governors closed state borders, but many states required a 14-day quarantine for people entering their state from other states».

⁹⁴Secondo i dati riportati quasi dieci anni fa dal *Pew Research Center*, l'estremizzazione ideologica tra Repubblicani e Democratici era già ben presente durante la presidenza Obama, quando «partisan antipathy [was] deeper and more extensive than at any point in the last two decades» (Cfr. *Political Polarization in the American Public*, Pew Research Report 12 giugno 2014, <https://www.pewresearch.org/>), e l'attuale divisione nel Congresso – che rende arduo ogni compromesso legislativo – ha persino «roots that go back decades» (cfr. D. DELSIVER, *The Polarization in Today's Congress Has Roots that Go Back Decades*, Pew Research Center, 10 marzo 2022, <https://www.pewresearch.org/>: «Both parties have moved further away from the ideological center since the early 1970s. Democrats on average have become somewhat more liberal, while Republicans on average have become much more conservative»). Individualizzando il bisogno di riconoscimento del popolo, la polarizzazione identitaria sembra aver ormai intaccato quello spirito dialogico che consentiva di riassorbire il dissenso sociale all'interno di una comune cornice costituzionale. In questo contesto, il disaccordo politico – un tempo linfa della democrazia americana e motore dei grandi movimenti civili degli anni Sessanta – è oggi mutato in risentimento, rabbia e odio per l'oppositore politico. Sul punto (anche per i riferimenti alla dottrina) si consenta di rinviare a L.P. VANONI, *Dissenso e Costituzione. La democrazia americana nell'era della polarizzazione*, in S. PARINI (a cura di), *Le parole pericolose*, Giappichelli, Torino, 2023 (in corso di pubblicazione).

storia americana per rispondere alle emergenze e coordinare le azioni in materia di sanità pubblica hanno provato a mettere in campo azioni comuni per ridurre l'impatto del virus⁹⁵.

Prima ancora della dichiarazione di emergenza nazionale, di cui si parlerà a breve, l'esecutivo americano aveva fatto fronte alla minaccia sanitaria istituendo il 29 gennaio 2020 una apposita task force presieduta dal Secretary Health and Human Services (HHS) e composta anche da esperti scientifici (tra cui il nome più noto è certamente quello del Dr. Antony Fauci). A questo gruppo di esperti è stato dunque affidato il compito di elaborare strategie utili a guidare l'amministrazione federale nel monitoraggio della diffusione del virus, nel contenimento della curva dei contagi, nella prevenzione e informazione sugli effetti della malattia⁹⁶. I lavori della task force hanno avviato poi l'azione delle agencies federali che, ciascuna nell'ambito delle proprie competenze, hanno inizialmente predisposto interventi di coordinamento a favore delle zone del paese maggiormente colpite, nonché misure di contenimento, tra cui la chiusura dei voli provenienti dalla Cina⁹⁷ e, a seguito della Determination that a Public Health Emergency Exists del Segretario HHS, la quarantena di due settimane per gli americani di ritorno nel Paese⁹⁸.

L'acuirsi della crisi sanitaria ha poi spinto il Presidente a dichiarare il

⁹⁵ Analogamente, F. CLEMENTI, *Gli Stati Uniti e la risposta al Covid-19, tra Federazione e Stati, nell'anno delle elezioni presidenziali*, cit., p. 1875: «Da una parte questa doppia ed opposta strategia – l'Amministrazione che lavora per ridurre l'impatto del virus, crescentemente consapevole della situazione di grave diffusione nel Paese, e il Presidente che, invece, quasi nega la stessa presenza e diffusione del virus, ostentando palesemente ottimismo e serenità –, e dall'altra, l'incapacità di predisporre test per tutti, trova il suo punto di rottura tra la fine di febbraio e gli inizi di marzo, quando l'aumento del numero dei casi di Covid-19, convince definitivamente il Presidente a prendere atto della necessità di agire rapidamente per controllare la diffusione del virus».

⁹⁶ Cfr. *Statement from the Press Secretary Regarding the President's Coronavirus Task Force*, 29 gennaio 2020, www.whitehouse.gov.

⁹⁷ Proclamation 9984 del 31 gennaio 2020, *Suspension of Entry as Immigrants and Nonimmigrants of Persons Who Pose a Risk of Transmitting 2019 Novel Coronavirus and Other Appropriate Measures to Address this Risk*, 85 F.R. 6709, in www.govinfo.gov/.

⁹⁸ La *Determination that a Public Health Emergency Exists*, 31 gennaio 2020, in <https://www.phe.gov/emergency.aspx> è stata adottata ai sensi del *Public Health Service Act* (PHSA) sezione 319.

13 marzo 2020 lo stato di emergenza con la Proclamation 9994: questa, adottata sulla scorta del *National Emergency Act* del 1976, ha consentito alla Casa Bianca di intervenire in modo più strutturato⁹⁹, attivando una serie di poteri delegati dalla sezione 1135 del *Social Security Act* del 1935, che conferisce al HHS Secretary funzioni di coordinamento del servizio sanitario anche in deroga ai normali requisiti di legge. Spostando il luogo di legittimazione delle decisioni dal piano della divisione verticale dei poteri a quello orizzontale, la dichiarazione di emergenza nazionale ha pertanto consentito alle agencies federali di intervenire in modo più strutturato per far fronte alla crisi.

Così, ad esempio, il Center of Disease and Control (CDC) ha stabilito misure di quarantena, restrizioni ai viaggi internazionali, nonché linee guida sul social distancing e sull'utilizzo dei dispositivi di protezione che hanno indirizzato i governi locali ad adottare i propri stay at home orders¹⁰⁰. Utilizzando i poteri conferiti dal *Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act*, inoltre, il Presidente ha dichiarato «the preeminent responsibility of the Federal Government to take action to stem a nationwide pandemic», consentendo alla Federal Emergency Management Agency (FEMA) di attivare programmi di assistenza in favore delle popolazioni colpite e di sollecitare il Corpo degli Ingegneri dell'Esercito degli Stati Uniti (USACE) nella pianificazione e costruzione di nuovi ospedali o nella conversione di strutture pubbliche ad uso di unità di cure intensive. Entrambe le agenzie federali hanno dunque favorito il coordinamento tra gli Stati, predisponendo le condizioni necessarie per attingere ai fondi federali stanziati per far fronte alle emergenze. In generale, quindi, la direzione centralizzata della azione federale si è articolata in

⁹⁹ DCPD-202000156 – Proclamation 9994-*Declaring a National Emergency Concerning the Novel Coronavirus Disease (COVID-19) Outbreak*, in www.govinfo.gov.

¹⁰⁰ Cfr., in riferimento alle attività del CDC, L.O. GOSTIN, J.G. HODGE, L.F. WILEY, *Presidential Powers and Response to COVID-19*, in *JAMA*, 323(16), 2020, p. 1547 ss.; C. HANSEN, *CDC Advises All Americans to Wear Cloth Masks in Public*, US-News, 3 aprile 2020, in <https://www.usnews.com/>. Per una lista degli *stay at home orders* statali, cfr. S. MERVOSH, D. LU, V. SWALES, *Which States and Cities Have Told Residents to Stay at Home*, New York Times, 20 aprile 2020, <https://www.nytimes.com/>, Secondo la stima di tale report, sono stati investiti di *stay home orders* almeno 316 milioni di persone.

funzioni esercitate dal Presidente che, mediante l'adozione di numerosi executive orders, proclamation e presidential memoranda, ha indirizzato la risposta pandemica a livello federale; a quest'ultima si sono aggiunti, parallelamente, gli atti esecutivi approvati dai Governatori statali¹⁰¹.

Sotto il profilo della collaborazione intergovernativa, in questa prima fase di gestione dell'emergenza, il sistema ha reagito in modo significativamente differente rispetto a quanto avvenuto, come visto, nella esperienza australiana: gli Stati Uniti «has no umbrella intergovernmental institutions» e i rapporti tra federazione e Stati (nonché tra Stati e Stati) hanno mostrato di seguire, a livello politico, «informal party, associational, and customary channels» nonché di avvalersi, a livello burocratico-amministrativo, di percorsi di raccordo altamente istituzionalizzati, avviati dalle agenzie federali e in questo caso prevalentemente dal CDC¹⁰².

Al di là delle diverse modalità di comunicazione tra livelli di governo – culminate talvolta anche in una virtuosa collaborazione tra Governatori¹⁰³ –, l'esperienza americana ha posto in luce soprattutto il lato competitivo del federalismo e una gestione disordinata, nella quale gli Stati hanno agito adottando misure anche fortemente differenziate, sfociate in tensioni e contrasti non solo tra il livello federale e quello statale¹⁰⁴, ma

¹⁰¹ Una lista dei numerosi atti approvati dai Presidenti americani e dai Governatori per far fronte alla pandemia nonché dalla *agencies* federali coinvolte è disponibile sul Lexis/Nexis, *COVID-19 – Legislative Action & Regulatory Agency Response Updates* <https://www.lexisnexis.com/en-us/products/state-net/coronavirus-legislative-and-regulatory-updates.page>, nonché sul sito Comparative Covid Law, <https://www.comparativecovidlaw.it/untied-states-of-america/>.

¹⁰² J. KINCAID, J.W. LECKRONE, *Covid-19 and American Federalism: First Wave Responses*, cit., p. 242.

¹⁰³ ID., p. 243: «Some states developed working relationships. Governors organized regional agreements in the West (among three states), Northeast (seven states), and Midwest (seven states) to cooperate on reopening their economies and purchase medical supplies collaboratively».

¹⁰⁴ Soprattutto se si guarda in prospettiva comparata negli Stati Uniti «l'azione di coordinamento federale è quasi del tutto mancata» e ha comportato «una gestione caotica e disordinata, nella quale (...) gli Stati hanno agito in ordine sparso, adottando misure fortemente differenziate sia quanto ad intensità delle restrizioni sia per quel che riguarda, ad esempio, l'individuazione delle attività da considerarsi "essenziali" e quindi sottratte agli obblighi di chiusura», Cfr. F. GALLARATI, *La reazione alla pan-*

anche tra Stati ed enti locali¹⁰⁵ e in alcuni casi tra Stati confinanti¹⁰⁶.

L'inizio della Presidenza Biden, invece, si è aperto con un appello alla unità del Paese e, almeno sulla carta, nel segno della discontinuità con la precedente gestione pandemica¹⁰⁷. La Casa Bianca ha intensificato i contatti con i Governatori attraverso il Council of Governors e ha provato a razionalizzare l'azione federale soprattutto in campo economico, approvando l'American Rescue Plan e il Bipartisan Infrastructure Law, che si sono aggiunti al Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security Act (Cares Act) già approvato dal Congresso nella precedente presidenza. Nonostante tali gli sforzi abbiano senza dubbio prodotto una gestione maggiormente unitaria della pandemia, basata su un dialogo più costante

demia di Covid-19 negli ordinamenti composti: una panoramica comparata, in *DPCE on line*, 2, 2021, p. 1622.

¹⁰⁵ Come ricordato da J. KINCAID, J.W. LECKRONE, *Covid-19 and American Federalism: First Wave Responses*, cit.

¹⁰⁶ Come avvenuto a seguito della istituzione di posti di blocco in *Rhode Island* per impedire l'ingresso ai cittadini di New York. Cfr. N. BOGEL-BURROUGHS, *Rhode Island Pulls Over New Yorkers to Keep the Virus at Bay*, in *New York Times*, 28 marzo 2020, <https://www.nytimes.com/>.

¹⁰⁷ Per una ricostruzione delle strategie di collaborazione con gli Stati poste in essere da Biden, v. F. CLEMENTI, *President Biden and State Governors: Two Years of a Positive Old-Style Political Dialogue*, in *DPCE on line*, 56, No. Sp. 1, 2023, p. 77 ss. Secondo l'A. «there is the return, after the Trump experience, to a policy approach based on real dialogue between the President and the governors» che «has greatly reduced the margins of a political polarization that really risked splitting the country permanently». Sebbene la strategia adottata da Biden sia indiscutibilmente più collaborativa di quella del predecessore (la cui comunicazione sulla pandemia ha prodotto danni significativi), non è del tutto condivisibile l'idea che essa abbia contribuito ad abbassare la temperatura della polarizzazione politica: questa, al contrario, pare un fenomeno più profondo, alimentato anche dallo stesso partito dell'attuale Presidente. Ciò trova dimostrazione nella strategia messa in campo nelle ultime elezioni di *Mid-Term* dai Democratici e finalizzata a supportare – con milioni di dollari ed endorsement ufficiali – la campagna elettorale dei candidati trumpiani più estremi nelle primarie repubblicane allo scopo di sfruttare il dissenso sociale per un proprio tornaconto elettorale; una strategia, quella delineata, che è costata il seggio del deputato del Michigan Peter Meijer, ossia uno dei pochi Repubblicani ad aver votato per l'*impeachment* dell'ex Presidente. Cfr. L. GAMBINO, *Democratic Ads Boosted Extremists in Republican Primaries. Was that Wise?*, in *The Guardian*, 7 agosto 2022 www.theguardian.com/us.

tra il Presidente e gli Stati, le tensioni legate alla struttura del federalismo americano sono in qualche misura rimaste: come ammesso dallo stesso Biden ai Governatori statali nell'incontro della National Governors Association del 27 dicembre 2021, anche se «we're going to have your back in any way we can (...), there is no federal solution [because] this gets solved at a state level»¹⁰⁸.

In definitiva, quindi, nonostante le notevoli differenze tra la gestione di Trump e quella di Biden, l'emergenza pandemica pare aver confermato il funzionamento storico dell'eccezionalismo federale che, «pur nell'inevitabile accentramento di poteri nell'esecutivo federale», riserva prevalentemente «un ruolo strategico di direzione centralizzata delle politiche sanitarie» che, «in mancanza di strumenti costituzionali di coordinamento obbligatorio delle politiche statali da parte delle Federazione», resta però spesso confinato ad atti di indirizzo non vincolanti¹⁰⁹. Ad affermarsi, così, sono le spinte centripete e le contropunte centrifughe di un federalismo «caleidoscopico» in cui l'assenza di una interpretazione prevalente del principio federale (sia essa in senso duale o cooperativo) definisce un trend che «oscilla bidirezionalmente» e porta ad una «frammentazione» delle relazioni tra livelli di governo¹¹⁰.

¹⁰⁸ Cfr. *Remarks by President Biden at COVID-19 Response Team's Regular Call with the National Governor's Association, White House, 27 dicembre 2021*, <https://perma.ccl8JH4-N68Z>.

¹⁰⁹ F. SPAGNOLI, *L'emergenza COVID-19 in Spagna e negli Stati Uniti: un bilancio comparato*, cit., p. 47.

¹¹⁰ Cfr. A. PIERINI, *The Ambivalence of US Federalism Under the Biden Administration: Between the "Third Reconstruction" and New Challenges by the States to Cooperative Federalism in an Era of Political Polarization*, in *DPCE on line*, 56, No. Sp. 1, 2023, p. 74. Come acutamente rilevato dall'A., «On the one hand, federalism has taken on the guise of a renewed instrument designed to promote centralization and control by the Federal Government of public policies subject to forms of competition-co-administration between the Federal administration and the Member States (as in the case of policies designed to combat the SARS-COVID-19 emergency and hasten the exit from the recession induced by it). On the other hand, the same federal principle has been used according to the neo-federalist logic of restoring areas of autonomy (regulatory, administrative and financial) to the Member States in the management of the same public policies, as a function of the Presidential pursuit of the political objective of retreat (retrenchment) of the central government and the dismantling of public policies and fed-

Le difficoltà connesse al funzionamento dei meccanismi del federalismo cooperativo hanno così portato il Presidente ad utilizzare i poteri speciali conferiti in tempo di emergenza, a cui si aggiungono quelli da tempo delegati dal Congresso alle agencies federali, con i quali si è reso possibile, tra le altre cose, adottare anche misure di lotta alla pandemia e di implementazione della campagna vaccinale su tutto il territorio nazionale.

Proprio il conflitto sugli obblighi vaccinali rappresenta, come vedremo, uno snodo costituzionale fondamentale per comprendere il funzionamento della separazione dei poteri americani in tempo di emergenza pandemica: nel tentativo di aggirare gli scogli del federalismo duale competitivo, la Presidenza Biden ha provato a ricavare da deleghe legislative risalenti il potere di disporre, per via regolamentare, l'obbligo vaccinale per i lavoratori privati di aziende con oltre cento dipendenti e per operatori di strutture sanitarie che usufruiscono dei fondi federali dei programmi Medicare o Medicaid¹¹¹.

In questo modo, l'esecutivo ha però trasferito il conflitto sulla obbligatorietà della vaccinazione dal piano verticale della separazione dei poteri (che riguarda cioè l'individuazione del livello di governo cui spetta la competenza) a quello orizzontale, invitando la Corte Suprema a pronunciarsi sui limiti che regolano il rapporto tra potere legislativo, potere esecutivo e Stato amministrativo.

Per cogliere le ripercussioni generate, sotto tale profilo, dalla pandemia sul sistema e la strategia adottata dalla Casa Bianca per promuovere la politica vaccinale, occorre quindi studiare la tematica sotto questo nuovo angolo prospettico, al fine di verificare come l'uso dei poteri emergenziali e delle deleghe legislative abbia consentito l'espansione dello Stato amministrativo americano e, con esso, una torsione della separazione orizzontale dei poteri. Prima di affrontare i casi vaccinali, pertanto, è opportuno ripercorrere, nei prossimi paragrafi, l'evoluzione subita dai meccanismi ideati per la attivazione dei poteri presidenziali emergenziali, analizzandola all'interno della

eral standards introduced to protect public interests such as those related to environmental protection, welfare programs, and education», p. 56.

¹¹¹ Si tratta, rispettivamente, del *COVID-19 Vaccination and Testing; Emergency Temporary Standard*, 86 Fed. Reg. 61402 (2021), e del *CMS's Medicare/Medicaid Provider Mandate* 86 Fed. Reg. 61,555 (Nov. 5, 2021). Vedi *infra*.

complessa problematica costituzionale della delega delle funzioni legislative dal Congresso all'esecutivo e alla amministrazione federali.

6. *I poteri emergenziali nell'epoca liberale: una premessa.*

Rispettando la rigida separazione tra le funzioni dei vari organi costituzionali, la Costituzione americana non disciplina esplicitamente le modalità di attivazione dei poteri emergenziali, che possono essere ricavate solo implicitamente dai compiti attribuiti al Presidente di provvedere alla «common defence» della nazione. Pur non indicato da una clausola specifica, il potere del capo dell'esecutivo di far fronte alle situazioni di emergenza è però direttamente connesso alla sua facoltà di agire come Commander in Chief durante le situazioni di guerra, nonché ricavabile dal combinato disposto dell'art. I sez. 8 cl. 1 che affida al Congresso la facoltà di intervenire finanziariamente «to provide for the common Defense and general Welfare», e dell'art. II sez. 3 (*Take Care Clause*) che investe il Presidente del dovere di «take care that the laws be faithfully executed [in order to] to preserve the United States as a nation» consentendogli di, «take care of by declaring an emergency and doing what is permissible»¹¹².

Questa lettura dei poteri emergenziali costituzionali come immanenti alla stessa funzione dell'esecutivo, peraltro, non era sconosciuta ai *Framers*, che l'avevano ricavata dalla teoria offerta da John Locke in *Two Treatises of Government*, secondo cui particolari situazioni emergenziali possono riservare ai governi «the power to act according to discretion, for the public good, without the support of the law and sometimes

¹¹² Così M. TUSHNET, *Can the President Declare a National Emergency to Build the Wall?*, Podcast www.constitutioncenter.org, 10 gennaio 2019: «I actually have a fairly expansive view of presidential Authority. So just to outline the argument the president has the duty to take care that the laws be faithfully executed, those laws include the Constitution. The Constitution is the Constitution of the United States. So it presupposes that there is a United States. And so if in the president's judgment the action is necessary to preserve the United States as a nation. I think he can take care of by declaring an emergency and doing what is permissible».

even against it»¹¹³. Partendo da tale giustificazione ampia dei poteri emergenziali, Hamilton ne aveva riconosciuto poi la validità all'interno del costituzionalismo americano, ritenendo che «a perfect Constitution»¹¹⁴ non potesse che attribuire al governo federale «l'autorità necessaria a garantire una difesa comune», senza poterla circoscrivere preventivamente perché «è assolutamente impossibile prevedere o definire quale possa essere l'entità o la varietà delle esigenze nazionali, o delle corrispondenti entità o varietà dei mezzi necessari per soddisfarle»¹¹⁵.

Negli Stati Uniti, pertanto, la mancanza di esplicite disposizioni costituzionali sugli *emergency powers* non deriverebbe dalla volontà di contenere le funzioni dell'esecutivo, quanto più, al contrario, dalla consapevolezza che, non essendo possibile prevedere in anticipo le minacce alla comune difesa della nazione, la Costituzione deve essere interpretata estensivamente, così da «provide the government with whatever power may be needed to meet the emergency that is actually presented»¹¹⁶.

A conferma di tale teoria, i Presidenti americani hanno fin da subito fatto uso delle dichiarazioni di emergenza per rispondere a crisi nazionali militari e ripristinare la pace e la legalità all'interno della nazione. Già nel 1792, Washington ha utilizzato tale meccanismo per far fronte alla rivolta popolare di alcuni cittadini della Pennsylvania occidentale che si opponevano alla riscossione di una accisa sulla produzione ed esportazione del whiskey¹¹⁷. Questa vicenda ha rappresentato quindi il primo paradigma della legittimità degli *emergency power* negli Stati Uniti, divenendo una prassi comune nel XIX secolo, consolidatasi anche grazie alle numerose leg-

¹¹³J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, ed. Thomas I. Cook, New York, 1947, pp. 203-207.

¹¹⁴Il termine è utilizzato da C. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship in the Atomic Age*, in *The Review of Politics*, 11(4), 1949, p. 213, secondo cui «It is constitutional dogma that this document foresees any and every emergency, and that no departure from its solemn injunctions could possibly be necessary».

¹¹⁵J. HAMILTON, *The Federalist*, n. 23, ed. it. a cura di M. Negri, Pisa, 1955, p. 150.

¹¹⁶W.B. FISCH, *Emergency in the Constitutional Law of the United States*, in *Am. J. Comp. L. Supp.*, 38, 1990, p. 392.

¹¹⁷Cfr. J.D. RICHARDSON, *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents*, Vol. 1, Hanse, New York, 1897, pp. 149-154, riportato da H.C. RELYEA, *National Emergency Powers*, in *CRS Report*, 16 gennaio 2021, p. 4, <https://crsreports.congress.gov/>.

gi approvate, talvolta retroattivamente, dal Congresso allo scopo di conferire all'esecutivo poteri capaci di far fronte alle emergenze militari¹¹⁸.

Nel 1806, ad esempio, Jefferson decise di stanziare fondi militari per rispondere all'attacco di una fregata inglese ad una nave americana; questo senza il consenso del Congresso, ancora all'epoca dei fatti non insediatosi, e quindi in violazione della *Appropriation Clause* che affida esplicitamente al legislativo il compito di approvare le spese¹¹⁹. Denunciando l'illegittimità formale del suo atto, Jefferson chiese al Congresso di ratificare retroattivamente una decisione già presa sostenendo che, in particolari situazioni, «every good officer must be ready to risk himself in going beyond the strict line of the law» perché «when the public preservation requires it his motives will be a justification»¹²⁰.

Qualche decennio più tardi, la portata del potere emergenziale veniva nuovamente testata all'inizio della guerra civile, permettendo al Presidente Lincoln di sospendere, senza previa autorizzazione del Congresso, l'*habeas corpus* in alcune zone del paese, così trattenendo in arresto alcuni cittadini pur senza uno specifico mandato giudiziario. Tale misura era stata dapprima giustificata retroattivamente dal Congresso, ma, alla fine della guerra, la Corte Suprema chiarì che, tanto in tempo di guerra quanto di pace, la Costituzione non permette all'esecutivo di incidere sulle libertà dei cittadini, neppure in circostanze eccezionali, a meno che una legge, costituzionalmente legittima, non lo autorizzi preventivamente (*Ex*

¹¹⁸ Così H.C. RELYEA, *National Emergency Powers*, cit., p. 15.

¹¹⁹ Cfr. Art I, Sec 9, Cl 7 Const.: «No Money shall be drawn from the Treasury, but in Consequence of Appropriations made by Law; and a regular Statement and Account of the Receipts and Expenditures of all public Money shall be published from time to time».

¹²⁰ Riportato da J. LOBEL, *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, in *Yale L.J.*, 98(7), 1989, p. 1393. Come precisato dallo stesso Jefferson dopo la fine della sua presidenza, inoltre, «A strict observance of the written laws is doubtless one of the high duties of a good citizen, but it is not the highest. The laws of necessity, of self-preservation, of saving our country when in danger, are of higher obligation. To lose our country by a scrupulous adherence to written law, would be to lose the law itself, with life, liberty, property and all those who are enjoying them with us; thus absurdly sacrificing the end to the means», Cfr. *Letter from Jefferson to Colwin*, 20 settembre 1810, in P. FORD (a cura di), *The Works of Thomas Jefferson*, Putnam's Sons, New York, 1905, p. 148.

Parte Milligan)¹²¹; i giudici supremi avevano tuttavia chiarito che il Presidente aveva il potere di agire senza attendere l'espressa deliberazione del Congresso, attivando i poteri tipici dello stato di guerra, in caso di ribellione di parti del territorio nazionale (*Prize Cases*)¹²².

In definitiva, fondandosi su una teoria conosciuta dai *Framers* ma mai esplicitamente sancita dalla Costituzione, l'esercizio degli emergency powers si è inizialmente sviluppato oscillando tra la necessità di consentire al Presidente di intervenire tempestivamente in difesa degli interessi generali della nazione e la preoccupazione, tipica dell'epoca liberale, di limitarne il potere. Nel corso del XIX secolo, pertanto, si assiste al tentativo di «resolve the conflict between constitutional governance and emergency power by isolating and bounding emergency power within narrowly confined, non-constitutional limits»¹²³.

7. Dai poteri emergenziali impliciti a quelli delegati: l'emergenza nazionale nell'era del New Deal.

Con l'inizio del XX secolo, l'ascesa dell'impero americano e la costante apertura degli Stati Uniti nella politica globale mondiale hanno riaperto il dibattito sulla necessità di distinguere i confini tra poteri ordinari e poteri emergenziali che, anche per effetto dell'avvento dello Stato inter-

¹²¹ *Ex Parte Milligan* 71 U.S. 2 (1866): «The Constitution of the United States is a law for rulers and people, equally in war and in peace, and covers with the shield of its protection all classes of men, at all times, and under all circumstances. No doctrine, involving more pernicious consequences was ever invented by the wit of man than that any of its provisions can be suspended during any of the great emergencies of government».

¹²² *Prize Cases* 67 U.S. 635 (1863).

¹²³ J. LOBEL, *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, cit., p. 1396: «The following elements were required of official emergency action in violation of the law within this liberal tradition: the presence of an extreme emergency threatening the nation, the termination of the unlawful conduct when the emergency ended, the frank acknowledgment by the official that he had acted unlawfully, review of the unlawful conduct by Congress or the courts, and the appropriate implementation of legal remedies and congressional indemnification».

ventista, hanno cominciato a farsi sempre più sfumati¹²⁴. A questo si deve, forse, l'elaborazione da parte di Theodor Roosevelt della c.d. *stewardship theory* secondo cui il Presidente – e con lui ogni *executive officers* – dovrebbe essere considerato come «il supremo servitore degli interessi del popolo», cui la Costituzione affida un ruolo ultimo di decisore «che non può essere limitato a ciò che sia espressamente autorizzato» perché «non è solo un suo diritto, ma anche un suo preciso dovere rispondere a qualsiasi esigenza della Nazione a meno che ciò non sia proibito dalla Costituzione stessa, o dalle leggi»¹²⁵. Sfruttando una interpretazione particolarmente estensiva delle competenze attribuite al Presidente dall'art. II Cost, tale teoria finisce quindi «per renderlo in pratica quasi onnipotente in eventuali situazioni di emergenza» e, sebbene la Corte non abbia mai accolto una simile lettura, essa, nella sua integrità, nondimeno «ha lasciato traccia nella storia americana del XX secolo»¹²⁶.

Non tutti i Presidenti americani hanno però accolto la *stewardship theory*, ed anzi in alcuni casi la hanno espressamente avversata; secondo l'allora Secretary of War (e futuro Presidente) William Taft, infatti, il capo dell'esecutivo non può esercitare «alcun potere» che non sia «chiaramente e ragionevolmente» riconducibile ad una esplicita assegnazione o ad una implicita inclusione derivante da una attribuzione «necessaria e appropriata» prevista dalla Costituzione o dalle leggi federali; ciò dal mo-

¹²⁴ ID., p. 1398: «The rise of the American empire began to muddy the boundaries dividing emergency and normal legal orders, war and peace, totalitarianism and the republic. With the extrusion of American power abroad, the limitations on presidential power, so carefully guarded by the early leaders of the republic, began to erode».

¹²⁵ Così T. ROOSEVELT, *An Autobiography*, Macmillan, New York, 1913, pp. 388-389: la *stewardship theory* è «Insistence upon the theory that the executive power was limited only by specific restrictions and prohibitions appearing in the Constitution or imposed by the Congress under its constitutional powers». Nella concezione di T. Roosevelt, infatti, «every executive officer, and above all every executive officer in high position, was a steward of the people» e pertanto deve essere abbandonata l'idea per cui «what was imperatively necessary for the Nation could not be done by the President unless he could find some specific authorization to do it». In definitiva, quindi, per il Presidente «was not only his right but his duty to do anything that the needs of the Nation demanded unless such action was forbidden by the Constitution or by the laws».

¹²⁶ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, cit., p. 252.

mento che nessun «undefined residuum of power» può essere attivato solo in ragione dell'interesse pubblico generale¹²⁷.

La lettura estensiva di T. Roosevelt e quella restrittiva di Taft costituiscono dunque gli estremi entro cui l'interpretazione dei poteri emergenziali impliciti si è sviluppata nel corso del XX secolo, presentando diverse gradazioni che generalmente hanno rispecchiato la visione di ciascun Presidente chiamato ad esercitarli durante il suo mandato. In questa prospettiva, l'interpretazione degli emergency power ha finito per distaccarsi dalle sole fonti normative e costituzionali: piuttosto «the extent of their invocation and their use» risulta fortemente influenzato dalla concezione personale (e personalistica) del titolare della carica, al punto che non è azzardato sostenere che «in the last analysis, the authority of a President is largely determined by the President himself»¹²⁸.

Inoltre, già a partire dalla fine della guerra civile, il Congresso ha preso l'abitudine di fissare con legge i poteri che i Presidenti avrebbero potuto attivare in caso di emergenza nazionale, definendo quindi preventivamente l'ambito e la portata degli emergency powers dell'esecutivo. L'uso di questi ultimi, incrociandosi con l'impiego dei poteri delegati, ha consentito così alla Presidenza americana di estendere in modo incontrollato l'ambito delle sue competenze, innescando quello che è stato definito come «a massive shift of law-making authority to the Executive from the Legislative branch»¹²⁹.

Come vedremo, infatti, è anche attraverso l'uso delle deleghe legislative (espresse o “dormienti”) che l'esecutivo ha potuto gettare le fondamenta di quella che è stata efficacemente definita «la Presidenza impe-

¹²⁷ W.H. TAFT, *Our Chief Magistrate and His Powers*, Columbia University Press, New York, 1916, pp. 139-140: «the President can exercise no power which cannot be fairly and reasonably traced to some specific grant of power or justly implied and included within such express grant as proper and necessary to its exercise (...). Specific grant must be either in the Federal Constitution or in an act of Congress passed in pursuance thereof. There is no undefined residuum of power which he can exercise because it seems to him to be in the public interest».

¹²⁸ A.L. STURM, *Emergencies and the Presidency*, in *Journal of Politics*, 11, 1949, pp. 125-126.

¹²⁹ W.B. FISCH, *Emergency in the Constitutional Law of the United States*, p. 405.

riale»¹³⁰, dedita alla realizzazione di «programmi dirigistici che legittimano l'esistenza di un massiccio apparato burocratico», in grado di «fungere da catalizzatore politico, legittimando l'accumulo dei poteri presidenziali»¹³¹.

La prima proclamazione di emergenza nazionale che si è avvalsa dei poteri delegati è stata disposta dal Presidente Wilson il 5 febbraio 1917, che ha utilizzato i poteri conferiti dallo *Shipping Act* del 1916 per istituire, attraverso una Emergency proclamation, lo US Shipping Board al fine di controllare e regolare il trasporto marittimo¹³². Ma più ancora di Wilson, l'utilizzo estensivo dei poteri emergenziali e delegati è avvenuto ad opera di Franklin Delano Roosevelt, che nel corso della sua presidenza ha approvato sei emergency proclamations per far fronte alla crisi economica del '29 e alla grande depressione. Già 48 ore dopo il suo insediamento, infatti, il Presidente emanava la Proclamation 2039 – Bank Holiday, disponendo la chiusura degli istituti di credito e delle maggiori transazioni finanziarie al fine di verificare, attraverso il Ministero del Tesoro, la tenuta e la solvibilità del sistema bancario¹³³. Roosevelt aveva ricavato tale potere dalla Section 5 (b) dell'*Enemy Act* del 1917¹³⁴ che era stato in realtà pensato per conferire all'esecutivo poteri di investigazione e sorveglianza in un ambito, quello della regolazione dei flussi migratori, del tutto diverso da quello bancario. L'impiego di tale potere delegato appariva così assolutamente difforme dalla *ratio* della legge e, sebbene il Congresso sia poi intervenuto pochi giorni dopo con l'*Emergency Banking Act*¹³⁵, sa-

¹³⁰ A.M. SCHLESINGER, *The Imperial Presidency*, Houghton Mifflin, Boston New York, 1973.

¹³¹ B. ACKERMAN, *Tutti i poteri del Presidente*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 175.

¹³² Proclamation 1354 – Emergency in Water Transportation of the United States 39 Stat. 728.

¹³³ Proclamation 2039 – Bank Holiday, 6 marzo 1933, Inclusive.

¹³⁴ A norma della quale «the President may investigate, regulate, or prohibit, under such rules and regulations as he may prescribe, by means of licenses or otherwise, any transactions in foreign exchange and the export, hoarding, melting, or earmarkings of gold or silver coin or bullion or currency», cfr. *Enemy Act* 1917, Section 5 (b) 40 Stat. L. 411.

¹³⁵ L'*Emergency Banking Act* diede al Presidente ciò di cui aveva bisogno per assicurare la riapertura delle banche che aveva egli stesso garantito al popolo nel suo primo *Fire-*

nando così la problematica costituzionale, l'episodio costituisce un chiaro emblema della modalità con cui, dal *New Deal* in avanti, il combinato disposto tra poteri emergenziali e deleghe legislative abbia ampliato l'intervento dell'esecutivo in campo economico e sociale¹³⁶.

A partire dalla presidenza Roosevelt, l'attivazione di poteri delegati già previsti in leggi del Congresso attraverso le emergency proclamation ha cominciato a diventare prassi comune delle politiche presidenziali. Durante la seconda guerra mondiale, Roosevelt dichiarò lo stato di emergenza nazionale nel 1939 e nel 1941, estendendone l'operatività fino al 1947, quando alcune delle disposizioni di legge utilizzate per gestire l'emergenza vennero annullate dal Congresso. Anche a seguito della fine della guerra, tuttavia, l'esigenza di fornire maggior legittimità e chiarezza ai meccanismi che regolano le dichiarazioni di emergenza ha portato alla approvazione dell'*Emergency Powers Interim Continuation Act* prima e dell'*Emergency Powers Continuation Act*¹³⁷ poi, «which kept selected emergency delegations in force until August 1953»¹³⁸.

In seguito, sia Truman che Nixon hanno ampiamente utilizzato il sistema delle deleghe emergenziali per rispondere alle critiche sollevate dalla popolazione rispetto all'intervento armato in Corea e in Vietnam¹³⁹, ma anche per finalità di politica interna, opponendosi, ad esem-

side Chat. «Without that legislation, the President's words could not have carried the day», W.L. SILBER, *Why Did FDR's Bank Holiday Succeed?*, in *FRBNY Economic Policy Review*, 15(1), 2009, p. 24.

¹³⁶ Tale schema è stato replicato dopo l'approvazione dell'*Emergency Banking Act*, che ha consentito al Presidente di prolungare le "festività bancarie" fino a quando le banche non avessero accettato di condurre gli affari nel rispetto delle nuove politiche economico-sociali. Cfr. H.C. RELYEA, *National Emergency Powers*, cit., p. 6.

¹³⁷ Rispettivamente 66 Stat. 54; extended at 66 Stat. 96, 137, and 296; 66 Stat. 330; extended at 67 Stat. 18 and 131.

¹³⁸ H.C. RELYEA, *Declaring and Terminating a State of National Emergency*, in *Presidential Studies Quarterly*, 6-4, 1976, p. 37.

¹³⁹ La fine delle dichiarazioni di emergenza di Roosevelt del 1939 e del 1941 è stata infatti disposta dal Presidente Truman nel 1952 (66 Stat. c31), che con lo stesso atto ha però esentato dalla abrogazione la *Proclamation* del dicembre 1950 (64 Stat. A454), adottata al fine di rispondere alle ostilità militari in Corea; tale *Proclamation* è rimasta

pio, allo sciopero dello US Mail Service del marzo del 1970, e contenendo l'aumento dell'inflazione attraverso l'imposizione di un dazio del 10% sulle importazioni¹⁴⁰.

Le dichiarazioni di emergenza riportate rappresentano utili esempi per comprendere le particolari modalità di esercizio dell'indirizzo politico presidenziale dopo l'avvento del *New Deal*. L'uso degli emergency power si è articolato durante i due conflitti mondiali, intersecandosi con la complicata ricostruzione del potere di dichiarare guerra; quest'ultimo è conferito al Congresso dall'art. I sez. 8 cl. 11 ma è poi esercitato dal Presidente in ragione della sua funzione di Commander in Chief ex art. II sez. 2 Cost. Se nelle intenzioni dei *Framers* tale potere avrebbe dovuto prevedere una fattiva collaborazione tra i due organi costituzionali, il sempre più costante impegno degli Stati Uniti nel panorama geopolitico internazionale del dopoguerra ha di fatto «inasprito» il confronto tra Congresso e Presidente, al punto che, come noto, nel corso del XX e del XXI secolo, le operazioni militari sono state spesso avviate senza il consenso esplicito del Congresso. Almeno inizialmente, la dichiarazione di emergenza serviva così ad attivare poteri costituzionali delegati, sanando – in parte – la controversia costituzionale sul potere di dichiarare guerra. Dall'altro lato, soprattutto a partire da Roosevelt, le emergency proclamations sono state utilizzate per accelerare la realizzazione delle politiche presidenziali del *New Deal* finalizzate a rispondere alla crisi economica.

Forte di un consenso popolare e parlamentare larghissimo, Roosevelt aveva così aggirato i limiti costituzionali del suo potere facendo largo uso delle deleghe legislative al fine di realizzare, tempestivamente, il proprio programma¹⁴¹.

in vigore fino alla guerra del Vietnam. Cfr. H.C. RELYEA, *National Emergency Powers*, cit., p. 6.

¹⁴⁰ ID., p. 7: «Faced with a postal strike, President Richard Nixon declared a national emergency in March 1970, thereby gaining permission to use units of the Ready Reserve to assist in moving the mail. President Nixon proclaimed a second national emergency in August 1971 to control the balance of payments flow by terminating temporarily certain trade agreement provisos and imposing supplemental duties on some imported goods».

¹⁴¹ È proprio sfruttando tale consenso che egli riuscirà a giustificare l'adozione di una politica profondamente contrastante con il tradizionale assetto liberale, piegando le resi-

In questo modo, però, la tematica dei poteri emergenziali ha finito per incrociarsi e confondersi con quella del potere di delega: utilizzando il combinato disposto tra emergency proclamations, spesso protratte oltre la crisi nazionale, e i poteri già delegati dal Congresso attraverso leggi specifiche, l'esecutivo federale «no longer has to weigh the need for action against the lack of constitutional authority to act», dal momento che «the new constitutional flexibility allows the executive to respond to virtually all exigencies within the constitutional order»¹⁴².

Mentre in epoca liberale l'utilizzo extra-ordinem dei poteri esecutivi emergenziali era stato limitato dal funzionamento complessivo del sistema che, attraverso una interpretazione rigida della Costituzione, aveva cercato di contenerne per lo meno l'espansione temporale, con la trasformazione costituzionale del *New Deal* «flexibility, not strict or mechanical limits, is the constitutional command of the new age of emergency»¹⁴³, al punto che, come ricordato da Nixon, il confine tra un atto esecutivo legittimo ed uno illegittimo era divenuto ormai così sfumato che «when the President does it, that means that it is not illegal»¹⁴⁴.

In questo contesto si comprende perché, già nel 1948, lo storico Rositer avesse descritto gli Stati Uniti come «a Constitutional Dictatorship», preoccupato che l'uso eccessivo ed illimitato dei poteri emergenziali po-

stenze della Corte Suprema. Quest'ultima si era inizialmente pronunciata, in numerosi casi, determinando l'incostituzionalità di ampie parti del *New Deal*, quali il *National Industrial Act* e l'*Agricultural Adjustment Act*, approvate dal Congresso per risollevare l'economia. Tali normative sono state ritenute in aperto conflitto «con gli indirizzi giurisprudenziali che si erano consolidati nel precedente periodo liberale (...). La Corte suprema dichiarò dunque incostituzionale il primo New Deal per sconfinamento del Congresso e per l'uso improprio dei suoi poteri», Cfr. G. BOGNETTI, *Lo spirito del Costituzionalismo americano*, cit., p. 37.

¹⁴²J. LOBEL, *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, cit., p. 1406. Secondo l'A. «In sum, as emergency scenarios became the norm, interpretations of the foreign affairs power, the Commander in Chief clause, and the executive power clause developed so that the exercise of power necessary to meet the constant state of crisis was no longer extra-constitutional».

¹⁴³ID., p. 1407.

¹⁴⁴Cfr. N.Y. Times, 20 marzo, 1976, A16, col. 5, riportato da ID., p. 1407, nota 108: «According to Nixon, the only “dividing line” between constitutional and unconstitutional conduct in the area of national security is the President’s judgment».

tesse alterare il fragile equilibrio della democrazia americana¹⁴⁵. Una preoccupazione, questa, forse condivisa dai giudici della Corte Suprema nel caso *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* che hanno dichiarato l'incostituzionalità di un Executive Order approvato dal Presidente Truman¹⁴⁶.

Quest'ultimo, infatti, aveva incaricato il Segretario del commercio Sawyer di nazionalizzare la maggior parte delle acciaierie del Paese, prevenendo così il rischio che uno sciopero, già minacciato dagli operai delle fabbriche, potesse interrompere la produzione necessaria per sostenere allo sforzo bellico della guerra di Corea¹⁴⁷. Con una sentenza che i commentatori dell'epoca hanno giudicato come «a purely arbitrary construct destined to be ignored»¹⁴⁸, i giudici hanno disposto che «[t]he President's

¹⁴⁵ C. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship*, cit., p. 300: «all uses of emergency powers and all readjustments in the organization of the government should be affected in pursuit of constitutional or legal requirements. In short, constitutional dictatorship should be legitimate. It is an axiom of constitutional government that no official action should ever be taken without a certain minimum of constitutional or legal sanction. This is a principle no less valid in time of crisis than under normal conditions».

¹⁴⁶ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

¹⁴⁷ Il caso è originato dal fallimento delle trattative per i nuovi accordi di contrattazione collettiva tra le società siderurgiche e i sindacati, a cui seguì la dichiarazione di uno sciopero nazionale dei dipendenti del settore a partire dal 9 aprile 1951. Il giorno prima dello sciopero, però, il Presidente Truman aveva emanato l'*Executive Order* 10340, disponendo che, in ragione della emergenza nazionale generata dalla guerra di Crimea, «by virtue of the authority vested in me by the Constitution and laws of the United States, and as President of the United States and Commander in Chief of the armed forces of the United States, it is hereby ordered [that] The Secretary of Commerce is hereby authorized and directed to take possession of all or such of the plants, facilities, and other property of the companies named in the list attached hereto, or any part thereof, as he may deem necessary in the interests of national defense». L'ordinanza presidenziale non aveva quindi attivato un potere delegato dal Congresso, ma fondava la sua legittimità semplicemente sui poteri conferiti al Presidente dalla Costituzione e dalle leggi degli Stati Uniti e in qualità di capo dell'esecutivo e Comandante in Capo delle Forze Armate (art. II Cost.).

¹⁴⁸ E.S. CORWIN, *The Steel Seizure Case: A Judicial Brick Without Straw*, in *Colum. L. Rev.*, 53(1), 1953, p. 64. Come riportato da P.L. BELLIA, *Executive Power in Youngstown's Shadows*, in *Constitutional Commentary*, 19(1), 2002, p. 87 ss. molti commentatori dell'epoca avevano visto nella sentenza uno strappo della attuale composizio-

power, if any, to issue the order must stem either from an act of Congress or from the Constitution itself»; in assenza di una specifica legge del Congresso, il Presidente non può quindi agire, neppure in tempo di emergenza, requisendo la proprietà privata dei propri cittadini¹⁴⁹.

Il caso *Youngstown* è particolarmente importante per la tematica in analisi perché, oltre ad annullare un ordine presidenziale in un momento di forte espansione dei suoi poteri, ha il merito di chiarire, nella *concurring opinion* di Jackson, le tre modalità attraverso cui il Presidente esercita i suoi poteri esecutivi: a) quando la sua autorità è espressamente delegata e legittimata dal Congresso; b) quando egli agisce in assenza di una specifica attribuzione del Congresso ma in conformità con i suoi poteri indipendenti, che possono talvolta sovrapporsi con competenze conferite, ma non esercitate, dal legislativo; e c) quando adotta misure incompatibili con la volontà espressa o implicita del Congresso, e dunque da ritenersi illegittime¹⁵⁰.

ne dei poteri americani, al punto che «Scholars who observed the crisis and pronounced the Court's decision "destined to be ignored" might have been surprised at the thought that, fifty years later, a law review would devote all of its pages to a commemoration of the Youngstown case. The claims of Youngstown's detractors likewise would surprise modern first-year law students, who find the case prominently featured in the separation of powers section of their constitutional law case books».

¹⁴⁹ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952): «The Constitution is a framework for government. Therefore the way the framework has consistently operated fairly establishes that it has operated according to its true nature (...) short, a systematic, unbroken, executive practice, long pursued to the knowledge of the Congress and never before questioned, engaged in by Presidents who have also sworn to uphold the Constitution, making as it were such exercise of power part of the structure of our government, may be treated as a gloss on "executive Power" vested in the President by § 1 of Art. II».

¹⁵⁰ *Id.*, Jackson concurring, p. 634 ss.: «The actual art of governing under our Constitution does not, and cannot, conform to judicial definitions of the power of any of its branches based on isolated clauses, or even single Articles torn from context. (...) We may well begin by a somewhat over-simplified grouping of practical situations in which a President may doubt, or others may challenge, his powers, and by distinguishing roughly the legal consequences of this factor of relativity. 1. When the President acts pursuant to an express or implied authorization of Congress, his authority is at its maximum, for it includes all that he possesses in his own right plus all that Congress can delegate. In these circumstances, and in these only, may he be said (for what it may be worth) to personify the federal sovereignty. If his act is held unconstitutional under these circumstances, it usually means that the Federal Government, as an undivided

La tripartizione di Jackson è di estremo rilievo sotto il profilo simbolico, in quanto «recognizes the importance of limiting presidential conduct and provides courts with ready routes for upholding questionable presidential conduct»¹⁵¹. Allo stesso tempo, però, tale lettura ci consegna una visione realista della Costituzione, in cui i poteri presidenziali «are not fixed but fluctuate depending upon their disjunction or conjunction with those of Congress». Tali poteri, in particolare, cadono nelle zone d'ombra della seconda categoria citata: l'inerzia del legislatore, così come la sua incapacità di decidere questioni rilevanti, può infatti spingere il Presidente ad agire per rispondere a «the imperatives of events and contemporary imponderables»¹⁵². Soprattutto nelle sue *concurring opinion*, pertanto, la sentenza *Youngstown* non ha permesso di tracciare chiaramente il confine dei poteri presidenziali; al contrario, favorendo «fluid constitutional arrangements» tra Congresso e Presidente, a discapito di «fixed liberal dichotomies bounding executive power», questa decisione ha finito per diventare un precedente utilizzato per ampliare, anziché contenere, i poteri emergenziali¹⁵³.

whole, lacks power. A seizure executed by the President pursuant to an Act of Congress would be supported by the strongest of presumptions and the widest latitude of judicial interpretation, and the burden of persuasion would rest heavily upon any who might attack it. 2. When the President acts in absence of either a congressional grant or denial of authority, he can only rely upon his own independent powers, but there is a zone of twilight in which he and Congress may have concurrent authority, or in which its distribution is uncertain. Therefore, congressional inertia, indifference or quiescence may sometimes, at least, as a practical matter, enable, if not invite, measures on independent presidential responsibility. In this area, any actual test of power is likely to depend on the imperatives of events and contemporary imponderables, rather than on abstract theories of law. 3. When the President takes measures incompatible with the expressed or implied will of Congress, his power is at its lowest ebb, for then he can rely only upon his own constitutional powers minus any constitutional powers of Congress over the matter. Courts can sustain exclusive presidential control in such a case only by disabling the Congress from acting upon the subject. Presidential claim to a power at once so conclusive and preclusive must be scrutinized with caution, for what is at stake is the equilibrium established by our constitutional system».

¹⁵¹ P.L. BELLIA, *Executive Power in Youngstown's Shadows*, cit., p. 154.

¹⁵² 343 U.S. 635, Jackson concurring.

¹⁵³ J. LOBEL, *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, cit., p. 1411: «By emphasizing fluid constitutional arrangements between Congress and the President instead

8. *Contenere l'emergenza ex post? Il National Emergency Act prima e dopo la sentenza INS v. Chadha.*

Le crisi costituzionali generate dalla guerra in Vietnam prima e dallo scandalo Watergate poi hanno acuito le preoccupazioni legate alla espansione incontrollata della “Presidenza Imperiale”, al punto che persino uno strenuo sostenitore del rafforzamento del potere esecutivo quale Arthur Schlesinger cominciò a rivedere le sue posizioni¹⁵⁴. L'interpretazione realista della Costituzione fornita dalla Corte in *Youngstown Sheet*, inoltre, aveva rafforzato la convinzione che i limiti del potere esecutivo potessero essere definiti solo dal Congresso che, esercitando le proprie competenze, avrebbe potuto porre un freno all'uso incontrollato delle deleghe emergenziali.

All'inizio degli anni '70, il Congresso istituì così diverse commissioni di inchiesta, tra cui lo Special Committee on National Emergencies and Delegated Emergency Powers, al fine di provvedere ad una ricognizione delle misure emergenziali attivate e dei conseguenti poteri delegati ancora in vigore¹⁵⁵. Con un lungo lavoro di ricostruzione dello US Code e delle leggi emergenziali, la Commissione aveva individuato 470 disposizioni di legge contenenti deleghe all'esecutivo di poteri amplissimi, attivabili con o senza la preventiva emergency proclamation¹⁵⁶. Il Commit-

of the fixed liberal dichotomies bounding executive power, the legal realist approach to the Constitution and foreign affairs has effectively supported the extension of executive emergency authority. The Burger and Rehnquist Courts have subsequently utilized *Youngstown* to uphold broad assertions of executive power in *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981)».

¹⁵⁴ A.M. SCHLESINGER, *The Imperial Presidency*, cit.

¹⁵⁵ Cfr. H.C. RELYEA, *National Emergency Powers*, cit., p. 8.

¹⁵⁶ Come riportato nella audizione della direttrice di fronte al *Committee on the Judiciary* il 19 febbraio 2019, E. GOITEIN, *The National Emergencies Act of 1976*, 2019, <https://www.brennancenter.org>, i poteri delegati erano amplissimi: «On closer examination, the committee learned that four clearly outdated states of emergency were still in effect, giving the president access to literally hundreds of statutory emergency powers. These included powers to seize property and commodities, organize and control the means of production, call to active duty 2.5 million reservists, assign military forces abroad, seize and control all means of transportation and communication, restrict trav-

tee riconosceva inoltre che molto raramente, in passato, il Congresso aveva controllato, o delimitato, i poteri presidenziali¹⁵⁷. Alla conclusione dei lavori, pertanto, i senatori Frank Church e Charles Mathias avevano raccomandato al Congresso di provvedere tempestivamente ad annullare quelle «centinaia di disposizioni emergenziali» che, prese nel loro insieme, avrebbero consentito «al Presidente di governare il paese senza utilizzare l'ordinario procedimento costituzionale»¹⁵⁸.

Rispondendo a tale sollecitazione, il Congresso ha così emanato nel 1976 il *National Emergency Act* (NEA), ovverosia la legge che, ancor oggi, regola i meccanismi di attivazione degli emergency powers negli Stati Uniti¹⁵⁹. Suddivisa in cinque titoli, tale legge si occupava innanzitutto di razionalizzare la complessa situazione sopra descritta, abrogando o delimitando temporalmente l'efficacia di quella articolata serie di poteri delegati individuati dai lavori ricostruttivi del Committee, per poi fornire una procedura legalmente vincolante per l'accesso agli emergency powers,

el, and institute martial law, and, in many other ways, manage every aspect of the lives of all American citizens» (p. 3).

¹⁵⁷ Come ricordato nel Senate Report 93-549, *Report of the Special Committee on the Termination of the National Emergency United States Senate*, 19 novembre 1973, p. 6: «Over the course of at least the last 40 years (...) Presidents have had available an enormous – seemingly expanding and never-ending – range of emergency powers. Indeed, at their fullest extent and during the height of a crisis, these “prerogative” powers appear to be virtually unlimited, confirming Locke’s perceptions. Because Congress and the public are unaware of the extent of emergency powers, there has never been any notable congressional or public objection made to this state of affairs. Nor have the courts imposed significant limitations».

¹⁵⁸ *Spec. Comm. on National Emergencies Source Book*, 50, riportato da E. GOITEIN, *The National Emergencies Act of 1976*, cit., p. 4, nota 17: «While much work remains, none of it is more important than passage of the National Emergencies Act. Right now, hundreds of emergency statutes confer enough authority on the President to rule the country without reference to normal constitutional process. Revelations of how power has been abused by high government officials must give rise to concern about the potential exercise, unchecked by the Congress or the American people, of this extraordinary power. The National Emergencies Act would end this threat and ensure that the powers now in the hands of the Executive will be utilized only in time of genuine emergency and then only under safeguards providing for Congressional review».

¹⁵⁹ 50 U.S.C. § 1601-1651.

in tal modo assicurando che l'esercizio degli stessi da parte dell'esecutivo sia «responsabile, adeguato e tempestivo»¹⁶⁰.

Nel dettaglio, la procedura delineata dal NEA prevede che, in caso di emergenza nazionale, il Presidente possa attivare i poteri emergenziali già delegati solo indicandoli nella sua Proclamation, che deve essere tempestivamente inoltrata al Congresso e pubblicata sul *Federal Register*; la sezione 301 del NEA, statuisce espressamente che «nessun potere o autorità attribuito da una legge potrà essere utilizzato» prima che il Presidente «specifici le previsioni normative di cui lui, o i suoi officers, intendono avvalersi»¹⁶¹. In questo modo, il NEA permette, da un lato, di circoscrivere i poteri delegati “dormienti” attivati dal Presidente, e dall'altro, impone a quest'ultimo di darne giustificazione in relazione al tipo di emergenza nazionale. Il NEA, inoltre, inserisce un automatismo normativo che prevede la cessazione di ogni situazione di emergenza decorso un anno dalla Proclamation presidenziale, a meno che non intervenga l'espreso rinnovo del Presidente nelle stesse forme della dichiarazione iniziale. Infine, la sezione 202 della legge stabilisce il principale meccanismo di controllo procedurale dell'operato dell'esecutivo, affidando al Congresso la facoltà di terminare anticipatamente l'emergenza nazionale tramite «concurrent resolution» adottata da ciascuna delle due Camere, non sottoposta alla firma Presidenziale per la sua approvazione¹⁶².

Attraverso questo meccanismo di controllo successivo adottabile dalle Camere indipendentemente da motivi di fatto o di diritto, il NEA investe il Congresso di un potere di “veto legislativo” sulle dichiarazioni emergenziali del Presidente, con cui il legislativo si riserva la facoltà di controllare, ed eventualmente revocare, poteri delegati all'esecutivo, attivati attraverso Proclamation. La procedura ideata dal NEA determina quindi una inversione concettuale dei compiti di controllo disegnati dalla

¹⁶⁰ G. SLATER, *The National Emergencies Act of 1976 – End of Emergency Government?*, in *Iustitia*, 4(2), 1977.

¹⁶¹ 50 U.S.C. § 1631: «When the President declares a national emergency, no powers or authorities made available by statute for use in the event of an emergency shall be exercised unless and until the President specifies the provisions of law under which he proposes that he, or other officers will act».

¹⁶² 50 U.S.C. § 1622.

Costituzione liberale, che rispecchia però la nuova divisione dei poteri avviata dal *New Deal* e ormai strutturatasi nella Presidenza imperiale; mentre, infatti, in epoca liberale la Costituzione affidava al Congresso il potere di indirizzo politico e all'esecutivo una funzione di controllo sugli atti approvati, da quanto disposto dal NEA il Congresso sembra implicitamente riconoscere il nuovo ruolo dell'esecutivo di «propulsore del sistema», riservandosi però «nelle retrovie» un'importante funzione di sorveglianza e freno sugli atti del Presidente ¹⁶³.

Del resto, sotto il profilo del meccanismo del legislative veto, la sua introduzione nella sec. 202 del NEA recupera una strategia procedurale ben più risalente, che il Congresso americano aveva già ideato per contenere quel fenomeno delle deleghe legislative che, a partire dal secondo *New Deal*, era diventato ormai incontrollabile. Mentre in epoca liberale la rigida separazione dei poteri delineata dalla Costituzione aveva sostanzialmente impedito al Congresso di predisporre ampie deleghe all'esecutivo ¹⁶⁴, la trasformazione della forma di stato avvenuta durante la Presidenza Roosevelt aveva necessariamente spinto il legislativo a delegare la propria potestà legislativa per far fronte al fisiologico aumento della produzione normativa legata all'avvento dello Stato interventista.

Dopo una iniziale resistenza, anche la Corte Suprema aveva finito per arrendersi alla logica della nuova separazione dei poteri, avvallando una torsione costituzionale che ha invertito il ruolo di decisore ultimo originariamente affidato al legislativo a favore dell'esecutivo ¹⁶⁵. Allo scopo pe-

¹⁶³ Entrambe le definizioni sono di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, cit., p. 22.

¹⁶⁴ Come statuito in *Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892): «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».

¹⁶⁵ In un primo momento, infatti, la Corte è rimasta fedele ad una lettura liberale della Costituzione che, affidando al Congresso «tutti i poteri legislativi», non consente di procedere alla delega di tali funzioni. Sebbene all'inizio del XIX secolo taluni parziali meccanismi di delega fossero stati giudicati legittimi dalla Corte Suprema, questa aveva nondimeno chiarito come simili atti dovessero costituire una eccezione alla normale produzione normativa, confinata dunque a discipline di puro dettaglio (cfr. *Interstate ICC v. Louisville & Nashville R. Co.*, 227 U.S. 88 (1913)). Con l'avvento della Presidenza Roosevelt, il fenomeno delle deleghe legislative ha cominciato a diventare sempre più corpo-

rò di diminuire l'impatto di questo fenomeno, il Congresso aveva introdotto all'interno delle leggi delega una clausola con cui si riservava la facoltà di disapprovare, mediante una risoluzione adottata da una o entrambe le Camere e non soggetta al veto presidenziale, il regolamento delegato sancito dalla amministrazione federale.

La pratica di tale legislative veto ha dunque avuto il merito di adeguarsi alla nuova logica della separazione poteri ormai accettata dal sistema americano, introducendo un meccanismo di *checks and balances* non previsto dalla Costituzione ma di fatto reso necessario dalle trasformazioni informali del sistema costituzionale. Tanto nel caso degli emergency powers quanto in quello delle deleghe legislative, infatti, tale pratica attribuiva al legislativo quel ruolo di controllore ultimo dell'operato della amministrazione federale che, unitamente al potere di spesa, gli permette di contenere la progressiva espansione dell'esecutivo stesso.

Tuttavia, legando il suo destino a quello delle deleghe legislative¹⁶⁶, anche il meccanismo introdotto nella sezione 202 del NEA è stato rite-

so: dinanzi a tale tendenza, i giudici supremi hanno inizialmente opposto resistenza alle larghissime delegazioni di potere richieste da Roosevelt e avvallate dal Congresso, stando che «If legislative power is delegated subject to a condition, it is a requirement of constitutional government that the condition be fulfilled. In default of such fulfillment, there is in truth no delegation, and hence no official action, but only the vain show of it» (*Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935) e analogamente *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935)). Come noto, queste due decisioni hanno innescato il famoso conflitto tra Roosevelt e la Corte Suprema, che – anche a seguito della minaccia del Presidente di intervenire sulla composizione dei giudici della Corte attraverso il *Court packing plan* – ha poi portato al revirement giurisprudenziale noto come “the switch that save the nine” (cfr., tra gli altri, D.E. HO, K.M. QUINN, *Did a Switch in Time Save Nine?*, in *Journal of Legal Analysis*, 2, 2010, p. 69 ss.). Nonostante la Corte Suprema non abbia mai del tutto abbandonato la teoria della *non-delegation doctrine*, a partire dal secondo *New Deal* essa ha convalidato atti delegati approvati sulla scorta di principi delega generici e privi di ogni intelligibilità (*Yakus v. United States*, 321 U.S. 414 (1944)) o addirittura assenti (*Fahey v. Mallonee*, 332 U.S. 245 (1947)).

¹⁶⁶ Dubbi di costituzionalità quanto al *legislative veto* erano già stati presentati davanti alla Corte Suprema, la quale ha tuttavia preferito, prima del 1983, non affrontare la questione, relegando talvolta alle opinion dei giudici marginali riflessioni in merito. Così, ad esempio, in *Buckley v. Valeo* 424 U.S. 1 (1976), la Corte aveva deciso di evitare

nuto incostituzionale al seguito di una contestata sentenza della Corte Suprema del 1983 avente ad oggetto una clausola di veto legislativo contenuta nell'*Immigration and Nationality Act* che permetteva a ciascuna Camera di annullare il procedimento di espulsione disposto dall'Attorney General nei confronti degli immigrati¹⁶⁷. Con la sentenza *INS v. Chadha*, il Chief Justice Burger, considerando la concurrent resolution prevista per l'attivazione del veto legislativo a tutti gli effetti al pari di un «atto legislativo»¹⁶⁸, ha infatti ritenuto che essa dovrebbe essere sempre adottata da entrambe i rami del Congresso, pena la violazione del principio del bicameralismo sancito dall'art. I, sec. 1 Cost., e soprattutto che dovrebbe essere sottoposta alla ratifica del Presidente e dunque al suo eventuale veto (art. I, sec. 7 cl. 2 Cost.)¹⁶⁹.

il problema, statuendo che «The reason that I would not decide the question of the one House veto, which Byron [White] would decide, is that it is not necessary to decide it in view of the resolution of the appointment issue, and I think it is a sufficiently doubtful and multi-faceted question that we should not express a view upon it before we are required to do so». In riferimento, v. C.B. BROUGH, *From Chadha to Clinton: The Supreme Court in Legislative Process Separation of Powers Cases*, Graduate Research Theses & Dissertations 3202, 2018.

¹⁶⁷ 8 U.S.C. §§ 1104-1401 Section 244(c)(2).

¹⁶⁸ *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983) 988: «A veto by one House under § 244(c)(2) cannot be justified as an attempt at amending the standards set out in § 244(a)(1), or as a repeal of § 244 as applied to Chadha. The nature of the decision implemented by the one-House veto further manifests its legislative character».

¹⁶⁹ *Id.*, pp. 951-955: «We see therefore that the Framers were acutely conscious that the bicameral requirement and the Presentment Clauses would serve essential constitutional functions. The President's participation in the legislative process was to protect the Executive Branch from Congress and to protect the whole people from improvident laws. The division of the Congress into two distinctive bodies assures that the legislative power would be exercised only after opportunity for full study and debate in separate settings. The President's unilateral veto power, in turn, was limited by the power of two-thirds of both Houses of Congress to overrule a veto, thereby precluding final arbitrary action of one person. (...). It emerges clearly that the prescription for legislative action in Art. I, §§ 1, 7, represents the Framers' decision that the legislative power of the Federal Government be exercised in accord with a single, finely wrought and exhaustively considered, procedure (...). [The] carefully defined exceptions from presentment and bicameralism underscore the difference between the legislative functions of Congress and other unilateral but important and binding one-House acts provided

Questa doppia censura di incostituzionalità ha così privato il Congresso del principale strumento attraverso cui contenere l'espansione dello Stato amministrativo, come peraltro ricordato dalla *dissenting opinion* del giudice White, secondo cui «the legislative veto device (...) is far from an instance of legislative tyranny over the Executive» e, al contrario, funge da «necessary check on the unavoidably expanding power of the agencies, both Executive and independent, as they engage in exercising authority delegated by Congress»¹⁷⁰.

Come ben si può comprendere, le conseguenze prodotte dalla sentenza *Chadha* sono risultate determinanti nello sviluppo dello Stato amministrativo americano per quanto riguarda sia la pratica delle deleghe legislative, sia quella dell'esercizio dei poteri emergenziali¹⁷¹. Applicando una corretta ma rigida interpretazione delle clausole costituzionali, la Corte Suprema ha annullato un meccanismo in grado di temperare gli effetti della legislazione secondaria a vantaggio del potenziamento della Presi-

for in the Constitution. These exceptions are narrow, explicit, and separately justified; none of them authorize the action challenged here. On the contrary, they provide further support for the conclusion that congressional authority is not to be implied, and for the conclusion that the veto provided for in § 244(c)(2) is not authorized by the constitutional design of the powers of the Legislative Branch».

¹⁷⁰ ID., p. 1000 (J. White dissenting): «I do not suggest that all legislative vetoes are necessarily consistent with separation of powers principles. A legislative check on an inherently executive function, for example, that of initiating prosecutions, poses an entirely different question (...). I regret that I am in disagreement with my colleagues on the fundamental questions that these cases present. But even more I regret the destructive scope of the Court's holding. It reflects a profoundly different conception of the Constitution than that held by the courts which sanctioned the modern administrative state. Today's decision strikes down in one fell swoop provisions in more laws enacted by Congress than the Court has cumulatively invalidated in its history».

¹⁷¹ Come rilevato fin da subito dai primi commentatori. Cfr. P.L. STRAUSS, *Was There a Baby in the Bathwater – A Comment on the Supreme Court's Legislative Veto Decision*, in *Duke L.J.*, 4, 1983, p. 789 ss.; G. SPANN, *Deconstructing the Legislative Veto*, in *Minn. L. Rev.*, 68, 1983, p. 473 ss. La caratteristica più importante della sentenza *Chadha*, inoltre, è che la dichiarazione di incostituzionalità del veto legislativo non si basa sui fatti che hanno originato il ricorso, né valuta la conformità del meccanismo rispetto alla nuova separazione dei poteri, limitandosi esclusivamente a ricavare dal linguaggio testuale della Costituzione la formale illegittimità della misura. S. BREYER, *The Legislative Veto after Chadha*, in *Geo L. J.*, 72, 1984, p. 790 ss.

denza intesa come «nuovo potere governante»¹⁷².

Di conseguenza, colmando almeno in parte il vizio di incostituzionalità, il Congresso ha modificato la sez. 202 NEA, disponendo che solo una joint resolution di Camera e Senato possa portare all'annullamento delle dichiarazioni di emergenza presidenziali¹⁷³; questo emendamento, tuttavia, non colma tutte le criticità della sentenza *Chadha*: anche qualora approvata da entrambi i rami del Congresso, tale risoluzione rimane comunque soggetta al veto presidenziale, superabile solo con la supermajority dei 2/3 dei rappresentanti delle due Camere.

Sulla base e a seguito della sentenza *Chadha*, l'intero meccanismo ideato dal NEA per contenere l'espansione degli emergency power finisce così col divenire un'arma spuntata perché, affidando al Presidente piena discrezionalità nella attivazione delle emergenze nazionali, il Congresso non può più, *ex post*, saggiarne la ragionevolezza e annullarne le disposizioni. Si possono cogliere così i motivi per i quali, nel 2019, il Congresso non è riuscito ad annullare la discutibile e contestata Presidential Proclamation 9844 approvata dal Presidente Trump al fine di reperire i fondi, necessari alla costruzione del muro di confine con il Messico, che gli erano stati negati dall'approvazione del bilancio federale¹⁷⁴. Nonostante il tentativo di opporsi alla decisione presidenziale mediante una risoluzione congiunta passata prima alla Camera con 252 voti e poi al Senato grazie al voto di 12 Repubblicani (59 voti a favore)¹⁷⁵, dinnanzi al potere di ve-

¹⁷² G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, cit., p. 263.

¹⁷³ 99 Stat. 405, 448.

¹⁷⁴ *Presidential Proclamation 9844 on Declaring a National Emergency Concerning the Southern Border of the United States*, 84 Fed. Reg. 4949. Tale documento rinvia esplicitamente alle sezioni 201 e 301 del NEA, che conferiscono al Presidente «special or extraordinary power (...) during the period of a national emergency» e gli impongono di «specifies the provisions of law under which he proposes that he (...) will act». In ottemperanza a quest'ultima disposizione, la Casa Bianca ha individuato le fonti normative per realizzare l'opera, riallocando risorse già stanziare per altri fini (sec. 12302, 2808, 284, Titolo 10, USC).

¹⁷⁵ H.J. Res. 46 *Relating to a national emergency declared by the President on February 15, 2019*, in cui la Camera ha rilevato l'inconsistenza della *Proclamation* di Trump, evidenziando «a reckless disregard for the separation of powers and for [Trump's] own responsibilities under our constitutional system».

to prontamente esercitato da Trump, il Congresso è stato costretto a trovare una supermajority impossibile da raggiungere¹⁷⁶.

Lo scontro sul muro ha svelato quindi tutte le criticità del sistema che regola l'esercizio degli emergency powers nell'epoca della Presidenza imperiale. È vero, infatti, che l'emergenza nazionale dichiarata da Trump si fonda su una duplice inconsistenza pratica, considerando che i numeri dell'immigrazione illegale sono diminuiti negli ultimi anni e le risorse già stanziare dai precedenti Congressi avrebbero probabilmente potuto finanziare la costruzione di parte del muro, evitando il ricorso ai poteri di emergenza¹⁷⁷. Allo stesso tempo, però, l'interpretazione estensiva dei poteri presidenziali non è solo figlia della spregiudicata demagogia di Trump ma anche di uno sbilanciamento tra i poteri che ha coinvolto tutti i Presidenti dal dopoguerra in avanti. La storia delle dichiarazioni presidenziali adottate sia prima che dopo la promulgazione del NEA, del resto, svela come non esistano regole in grado di limitare l'azione del Presidente a casi reali di necessità e urgenza, perché «of the fifty-nine instances of declarations under the NEA compiled by the Brennan Center, the vast majority concern policy problems that were neither unforeseen nor exigent in nature»¹⁷⁸.

In definitiva, il combinato disposto tra emergency power e deleghe legislative consente oggi ai Presidenti di «legally do all kinds of extraordinary

¹⁷⁶ Conclusasi sul piano politico con una vittoria di Trump, la battaglia sulla costruzione del muro si è così spostata nelle aule giudiziarie grazie ai ricorsi presentati da alcuni cittadini americani (*Alvarez v. Trump*) e da sedici Stati guidati dal Procuratore californiano Xavier Becera (*State of California et al. v. Trump*) (cfr. S. SCHWIMM, in *Constitutional Professor Blog*, 16 e 19 febbraio 2019). Il conflitto sul muro, tuttavia, si è concluso con la vittoria alle elezioni del 2020 del Presidente Biden che, il giorno stesso del suo insediamento, ha firmato una serie di *executive orders* e *presidential proclamations* che hanno annullato le discusse misure (Cfr. *Proclamation on the Termination of Emergency with Respect to the Southern Border of the United States and Redirection of Funds Diverted to Border Wall Construction*, 20 gennaio 2021). In riferimento alla vicenda, sia consentito di rinviare a L.P. VANONI, *Il muro di Trump tra emergency powers e separazione dei poteri*, in *Quad. Cost.*, 2, 2019, p. 453 ss.

¹⁷⁷ Come correttamente osservato da K.L. SCHEPPELE, *Trump's not-Emergency Emergency Part II*, in *Verfassungsblog*, 17 febbraio 2019.

¹⁷⁸ S. ESTREICHER, D. MOOSMANN, *President Trump's Emergency Wall Declaration: A Guide to the Legal Issues*, in *Verdict*, 4 marzo 2019.

things» e la mancanza di controllo da parte del Congresso dei numerosi poteri delegati “dormienti” costituisce una seria preoccupazione per il corretto esercizio dei poteri democratici. Anche il meccanismo ideato dal NEA, come si è visto, ha di fatto consegnato «una bacchetta magica» nelle mani del Presidente¹⁷⁹: come ricordato dal giudice Robert Jackson nella famosa *dissenting opinion* del caso *Korematsu v. United States*, infatti, «each emergency power lies about like a loaded weapon, ready for the hand of any authority that can bring forward a plausible claim of an urgent need»¹⁸⁰.

La sentenza *Chadha*, poi, ha sicuramente inciso in modo rilevantissimo sulla interpretazione delle deleghe legislative da parte della amministrazione, innescando un ulteriore sbilanciamento del potere normativo. Sempre più spesso, infatti, l'amministrazione federale ricava le proprie competenze da disposizioni delegate vaghe o generiche, che – soprattutto in assenza di un controllo successivo del Congresso, reso difficile da realizzare a seguito della richiamata pronuncia *Chadha* – finiscono per attribuirle poteri anche amplissimi. È proprio attraverso l'interpretazione estensiva di questi poteri che lo Stato amministrativo americano ha potuto così puntualmente intervenire regolando la vita dei cittadini americani, ed è a questo apparato amministrativo-burocratico che, come vedremo, il Presidente Biden si è affidato per perseguire le sue politiche vaccinali. In questa prospettiva, occorre quindi ora esaminare l'evoluzione dei meccanismi che regolano le deleghe legislative nel sistema americano, per verificare se, e in che modo, lo sviluppo dello Stato amministrativo abbia inciso sulla gestione della emergenza pandemica.

¹⁷⁹ Come efficacemente dichiarato da K.L. Scheppele in una intervista rilasciata nel 2014 al Washington Post (*The United States Is in a State of Emergency – 30 of Them, Infact*, 19 novembre 2014): «What the National Emergencies Act does is like a toggle switch, and when the president flips it, he gets new powers. It's like a magic wand. and there are very few constraints about how he turns it on».

¹⁸⁰ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

9. *Lo Stato amministrativo americano: dalla nondelegation doctrine alla Chevron deference.*

Oltre trent'anni fa la Corte Suprema affermava che «an agency literally has no power to act (...) unless and until Congress confers power upon it»¹⁸¹. Lette oggi, le parole della Corte assumono un significato assai sfocato e non sono forse più in grado di spiegare lo sviluppo della *delegated legislation* e, con essa, dello Stato amministrativo americano. Sebbene infatti la Costituzione americana non preveda esplicitamente meccanismi di delega legislativa, come si è già evidenziato, la torsione costituzionale avviata dal secondo *New Deal* ha reso sempre più necessario il trasferimento di poteri normativi dal legislativo all'esecutivo per far fronte alle fisiologiche esigenze dello Stato interventista social democratico¹⁸².

Grazie anche all'avvallo della Corte Suprema, è così avvenuto che la legislazione secondaria, approvata sulla scorta di leggi-delega, diventasse il principale strumento normativo del Paese; soprattutto nei quaranta anni successivi al *New Deal*, il Congresso è stato generosissimo nel delegare, anche “in bianco”, potestà normative in materie di grande importanza ad una quantità vastissima di autorità amministrative, contribuendo ad ampliare i confini dello Stato amministrativo. Come già ricordato, il Congresso aveva individuato nel legislative veto il congegno capace di disinnescare, o quanto meno controllare, l'espansione della Presidenza imperiale; se attraverso deleghe legislative «generose» il Congresso aveva «in un certo senso contribuito alla rimozione di se stesso dal centro del sistema», l'introduzione della clausola del legislative veto in oltre duecento leggi approvate nei decenni successivi al *New Deal* aveva però permesso, almeno fino alla già richiamata sentenza *INS v. Chadha*, di recuperare almeno in parte un controllo successivo sulla legislazione secondaria, consenten-

¹⁸¹ *Pub. Serv. Comm'n v. FCC*, 476 U.S. 355, 374 (1986).

¹⁸² Come ricordato da G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La costituzione democratica*, cit., p. 259, lo stato interventista si ispira «ad un modello difficilmente conciliabile con un sistema di fonti del diritto che concentri nell'atto di un legislativo nazionale tutta o quasi la produzione normativa dell'ordinamento».

do abbastanza agilmente al Congresso stesso di «emendare i regolamenti delegati o anche solo di bloccarne gli effetti»¹⁸³.

Se, sotto il profilo della procedura di controllo *ex post* dell'esercizio dei poteri emergenziali, dunque, l'annullamento del legislative veto aveva di fatto trasformato il NEA in un'arma spuntata, con riferimento all'esercizio delle deleghe legislative l'effetto della sentenza *Chadha* avrebbe invece potuto essere più contenuto: tale pronuncia, infatti, invitava il Congresso a circoscrivere preventivamente il potere delle agencies tramite una stringente delimitazione dei principi e della portata delle leggi delega. In altri termini, secondo tale lettura, la decisione *Chadha* avrebbe dovuto rafforzare quella *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 amministrativa¹⁸⁴.

¹⁸³ ID., p. 262.

¹⁸⁴ Come noto, tale dottrina era stata ideata all'inizio del XX secolo per contenere il fenomeno delle deleghe legislative in *J.W. Hampton v. United States*, 276 U.S. 394 (1928), in cui la Corte Suprema aveva chiarito che «when Congress does give an agency the ability to regulate, Congress must give the agencies an “intelligible principle” on which to base their regulations». Ripresa all'epoca del *New Deal* in *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935) («Congress is not permitted to abdicate or to transfer to others the essential legislative functions with which it is thus vested»), tale dottrina non è mai stata formalmente superata dalla Corte Suprema e – pur non essendo stata applicata per molti decenni – è tornata ad essere studiata in combinato disposto con la dottrina *Chevron* (che, come vedremo in seguito, ha investito le amministrazioni federali del compito di interpretare le norme delegate). Come ricordato infatti da C.R. SUNSTEIN, *The American Nondelegation Doctrine*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 86, 2018, p. 1181, «an American nondelegation doctrine is flourishing. Contrary to the standard account, it does not forbid Congress from granting broad discretion to executive agencies. Instead, it is far narrower and more targeted. It says, very simply, that executive agencies cannot make certain kinds of decisions unless Congress has explicitly authorized them to do so». Cfr. a riguardo D.J. BARRON, E. KAGAN, *Chevron's Nondelegation Doctrine*, in *The Supreme Court Review*, 2001, 2001, p. 201 ss.; E.A. POSNER, A. VERMEULE, *Interring the Nondelegation Doctrine*, in *The University of Chicago Law Review*, 69(4), 2002, pp. 172 ss.; G. LAWSON, *Discretion as Delegation: The Proper Understanding of the Nondelegation Doctrine*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 73, 2005, p. 235 ss.; M. SEIDENFELD, J. ROSSI, *The False Promise of the New Nondelegation Doctrine*, in *Notre Dame L. Rev.*, 76(1), 2000, p. 1 ss.; K.E. WHITTINGTON, J. IULIANO, *The Myth of the Nondelegation Doctrine*, in *U. Pa. L. Rev.*, 165, 2017, p. 379 ss.

Nonostante tale precisazione, tuttavia, non sempre le leggi approvate dal Congresso hanno previsto deleghe chiare e precise; al contrario, molto spesso esse hanno ricondotto alle agencies poteri amplissimi, condizionando l'azione amministrativa al rispetto di «valori genericissimi, privi di ogni determinatezza, quali “l'interesse pubblico”, la “convivenza pubblica”, il “giusto e ragionevole” o formule analoghe»¹⁸⁵. Esempio di questa tendenza è rappresentato con estrema evidenza proprio dall'*Occupational Safety and Health Act* (OSHAAct), che contiene peraltro alcune delle disposizioni utilizzate dall'amministrazione Biden per imporre l'obbligo vaccinale ai lavoratori americani, di cui si parlerà in seguito. Approvato nel 1970, l'OSHAAct costituisce una delle più importanti leggi del Paese¹⁸⁶ e conferisce all'amministrazione federale il potere di regolamentare la sicurezza dei luoghi di lavoro.

Tale normativa 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 essi siano ritenuti «reasonably necessary or appropriate»¹⁸⁷ a garantire la salute dei lavoratori. In sostanza, in questo come in altri casi, il legislatore sembra aver rinunciato a delimitare in modo sostanziale il potere delegato, con la conseguenza che, a primo avviso, «a reader might be tempted to conclude that Congress has said, “make things better,” without giving the Secretary guidance about how, exactly, he is to go about accomplishing that task»¹⁸⁸.

L'ampiezza dei criteri di esercizio delle deleghe legislative, che complica l'individuazione dei limiti al potere della pubblica amministrazione, ha sollevato una serie di problematiche costituzionali. In primo luogo, la rigida separazione dei poteri prevista dalla Costituzione americana affida al popolo, attraverso i rappresentanti votati in Congresso, l'approvazione

¹⁸⁵ G. BOGNETTI, *Lo spirito del Costituzionalismo americano. La costituzione democratica*, cit., p. 260.

¹⁸⁶ C.R. SUNSTEIN, *Is Osha Unconstitutional?*, in *Va. L. Rev.*, 94, 2008, p. 1407 ss.

¹⁸⁷ 29 USC § 652(8).

¹⁸⁸ 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».

degli atti normativi, mentre all'amministrazione si riconduce il compito di darne esecuzione, operando come una «cinghia di trasmissione» delle decisioni del legislativo¹⁸⁹.

Come ricordato in precedenza, questo modello ha subito grandi trasformazioni nel corso del XX secolo, e il peso della amministrazione federale è cresciuto enormemente, tanto che la stessa Corte Suprema ha da tempo riconosciuto che, data la complessità della società contemporanea, «Congress simply cannot do its job absent an ability to delegate power under broad general directives»¹⁹⁰. La crescita in termini di portata e dimensioni dello Stato amministrativo americano, del resto, sono evidenziate anche dal *Federal Register*, contenente la regolamentazione secondaria approvata dalle agencies federali, che risulta oggi quattro volte più corposo dello *US Code of Laws*¹⁹¹.

È proprio anche dinnanzi a tale trasformazione che la mancanza di criteri chiari e precisi quanto all'esercizio delle deleghe legislative rischia innanzitutto di «deprive citizens of effective protections against the abusive exercise of administrative power»¹⁹². Ne deriva, problematicamente, come nello Stato amministrativo moderno il Congresso deleghi «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»¹⁹³.

In secondo luogo, l'ambiguità dei criteri contenuti nelle deleghe legislative pone il problema della loro interpretazione: la perimetrazione del

¹⁸⁹ R.B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harv. L. Rev.*, 88(8), 1975, p. 1675: «The traditional model of administrative law thus conceives of the agency as a mere transmission belt for implementing legislative directives».

¹⁹⁰ *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 409 (1989).

¹⁹¹ Cfr. S. DUDLEY, *Milestones in the Evolution of the Administrative State*, in *Dedalus*, 2021, pp. 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».

¹⁹² R.B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, cit., p. 1675.

¹⁹³ M.W. MCCONNELL, *Kavanaugh and the "Chevron Doctrine"*, in *SLS Blog*, 2 agosto 2018, <https://law.stanford.edu>.

potere delegato dal Congresso deve essere ricavata dalle disposizioni normative lette ed interpretate dalle stesse agencies delegate; può pertanto accadere, in tale contesto, che l'interpretazione offerta dalla amministrazione sia ritenuta troppo estensiva e, quindi, meritevole di essere contestata in sede giurisdizionale.

Il procedimento di approvazione delle regole amministrative è infatti disciplinato dall'*Administrative Procedure Act* (APA), che conferisce alle Corti un potere di controllo sulla legittimità degli atti normativi e delle *policies* adottate, statuendo che i giudici federali sono chiamati, tra l'altro, a «hold unlawful and set aside agency actions» qualora esse risultassero adottate «not in accordance with law» o «in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations»¹⁹⁴. A seguito del *New Deal*, le Corti hanno esercitato tale controllo sugli atti delegati assumendo una sostanziale condiscendenza nei confronti dell'amministrazione, soprattutto laddove, come spesso accade, l'ambiguità dei criteri definiti dalla legislazione le conferisce ampi margini interpretativo-discrezionali¹⁹⁵.

Seguendo questa lettura, la Corte Suprema ha elaborato, a metà degli anni Ottanta, la famosa *Chevron doctrine* che, proponendo un test di controllo diviso in due fasi, fa trasparire una certa deferenza giurisdizionale nei confronti delle agencies circa l'interpretazione delle norme delegate. Come stabilito in *Chevron, U.S.A., Inc. v. National Resources Defense Council, Inc.*, quindi, 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».

Inoltre, quando le deleghe stabilite nelle leggi indicano criteri ampi, il cui contenuto ambiguo può consentire spazi di manovra discrezionali e

¹⁹⁴ 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).

¹⁹⁵ 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».

dunque interpretazioni estensive delle disposizioni stesse, ai sensi della dottrina *Chevron* «the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute»¹⁹⁶. L'ampiezza della *Chevron deference*, quindi, 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»¹⁹⁷.

Tramite questo controllo bifasico, la dottrina *Chevron* è così in grado di distinguere i casi in cui l'interpretazione delle disposizioni approvate dal Congresso è chiara e definita da quelle in cui è invece generale ed ambigua; nel primo caso, i giudici devono far rispettare quanto previsto dalla legge dichiarando, eventualmente, l'illegittimità dei provvedimenti adottati dalla amministrazione. Dal momento però che spesso le norme del Congresso utilizzano criteri vaghi, il secondo step della *Chevron doctrine* conferisce di fatto all'amministrazione un potere amplissimo nella interpretazione del potere a lei delegato, che non è pertanto soggetto ad un controllo stringente da parte dei giudici federali.

Soprattutto quando una norma possiede più di un significato, infatti,

¹⁹⁶ *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».

¹⁹⁷ *Id.*, pp. 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».

l'unico limite imposto all'attività interpretativa delle agencies risulta essere la ragionevolezza; ciò finisce con l'ingenerare un paradossale risultato: anche qualora la Corte Suprema ritenga che la miglior interpretazione possibile della norma contestata sia diversa da quella fornita dall'amministrazione, quest'ultima sarebbe comunque libera di ignorare tale lettura ogni qualvolta venga adottata «a reasonable interpretation of a statutory provision»¹⁹⁸.

In definitiva, quindi, quanto sin qui delineato sembra invertire il criterio ideato dalla *nondelegation doctrine*: mentre in forza di quest'ultima l'amministrazione può esercitare solo il potere che le è conferito dal Congresso «with intelligible principles», la *Chevron doctrine* «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»¹⁹⁹.

10. *Confini e limiti dello Stato amministrativo: la major questions doctrine.*

La dottrina *Chevron* è rapidamente diventata una delle pietre angolari del diritto amministrativo americano, modificando l'equilibrio tra i poteri in un numero rilevantissimo di materie²⁰⁰. Per effetto di tale precedente, la

¹⁹⁸ A. HOWAYECK, *The Major Questions Doctrine: How the Supreme Court's Efforts to Rein in the Effects of Chevron Have Failed to Meet Expectations*, in *Roger Williams University Law Review*, 25(1), 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».

¹⁹⁹ M.W. MCCONNELL, *Kavanaugh and the “Chevron Doctrine”*, cit.

²⁰⁰ Come rilevato già trent'anni fa da C.R. SUNSTEIN, *Law and Administration after “Chevron”*, in *Col. Law Rev.*, 90(8), 1990, p. 2075, «in an extraordinarily wide range of

Corte Suprema ha potuto significativamente estendere negli anni la capacità di indirizzo politico del Presidente, che si avvale delle agencies federali per perseguire la sua agenda politica²⁰¹. Anche se la nascita dello Stato amministrativo non è interamente riconducibile a *Chevron*, tale decisione ne ha certamente ampliato i confini²⁰², al punto che «seems to have added prodigious new powers to an already titanic administrative state»²⁰³.

Negli ultimi decenni, la Corte Suprema ha cercato talvolta di arginare tale fenomeno, elaborando un controllo più stringente sugli atti delegati attraverso quella che è stata definita come la *major questions doctrine*. L'espressione, che la Corte Suprema non ha mai direttamente utilizzato, deriva da una elaborazione dottrinale²⁰⁴ e da alcune pronunce in cui i giudici supremi, pur senza contraddire espressamente i test elaborati in *Chevron*, ne hanno contenuto l'ambito applicativo. In questa prospettiva, tale dottrina è stata descritta come «a primary manifestation of the [judicial] skepticism» generato dalla estensione dello Stato amministrativo e volta a frenarne la forza espansiva «by depriving agencies of *Chevron* deference in a certain set of cases»²⁰⁵.

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».

²⁰¹ Così E. KAGAN, *Presidential Administration*, in *Harv. L. Rev.*, 114, 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».

²⁰² Come ricordato da P.J. WALLISON, *Judicial Fortitude: The Last Chance to Rein in the Administrative State*, Encounter Books, New York, 2019, p. 134, «*Chevron* is the most important single reason that the administrative state has continued to grow out of control».

²⁰³ Queste le considerazioni del giudice Gorsuch nella concurring opinion del caso *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1152 (10th Cir. 2016).

²⁰⁴ Il termine “major questions” deriva dalla citazione ricavata in S. BREYER, *Judicial Review of Questions of Law and Policy*, in *Admin. L. Rev.*, 38, 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*, in *Mich. J. Envtl. & Admin. L.*, 5, 479 ss.

²⁰⁵ 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>.

Volendo in questa sede proporre una sintetica ricostruzione della *major questions doctrine*, non si può che prendere avvio dalla sentenza *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* (2000), in cui la Corte Suprema era chiamata a stabilire se il *Food, Drug, and Cosmetic Act* (FDCA)²⁰⁶ conferisse o meno alla Food and Drugs Administration (FDA) l'autorità di regolamentare i prodotti del tabacco. L'amministrazione aveva ricavato tale competenza da una esegesi estensiva del termine "drugs": in ragione della comune attitudine a creare dipendenza nei consumatori, la nicotina presente nel tabacco era infatti stata assimilata ad una droga²⁰⁷.

Nel dirimere la controversia, l'attenzione dei giudici si è concentrata sul primo dei due test elaborati in *Chevron*. Anzitutto, la Corte ha verificato se il Congresso avesse specificamente affrontato la questione anzidetta sotto un triplice profilo: considerando il significato normativo della disposizione legislativa in primo luogo mediante una analisi testuale, contestualizzandola nell'ambito della legge in cui era collocata; in secondo luogo, valutando la legge alla luce di altri atti legislativi attraverso i quali il Congresso aveva disciplinato l'oggetto; infine, indagando le concrete probabilità che il Congresso avesse inteso delegare ad una agency una decisione di tale rilievo politico ed economico²⁰⁸. Dopo avere riscontrato che sotto i primi due profili la risposta alla domanda posta doveva ritenersi positiva, la Corte ha affrontato il terzo ambito di indagine, giungendo così a formulare una importante considerazione: sebbene sulla base della dottrina *Chevron* sia necessario presumere che, di fronte a norme ambigue, il Congresso attribuisca implicitamente 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»²⁰⁹. Pertanto, concludono i giudici, è

²⁰⁶ 21 U.S.C. § 301.

²⁰⁷ *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 126 (2000): «under the FDCA, nicotine is a "drug" (...) and cigarettes and smokeless tobacco are "devices" that deliver nicotine to the body».

²⁰⁸ *Id.*, p. 128.

²⁰⁹ *Id.*, p. 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».

presumibile pensare che, nel caso di specie, il Congresso non abbia inteso delegare una decisione di così ampia portata economica e sociale in modo tanto criptico²¹⁰.

Negli anni successivi, la Corte Suprema ha avuto modo di utilizzare questo criterio interpretativo²¹¹, estendendone ulteriormente il campo di applicazione. Questo è quanto avvenuto di recente nelle sentenze *Utility Air Regulatory Group v. EPA* e in *King v. Burwell*, nelle quali i giudici hanno ritenuto necessario limitare il potere di interpretazione delle agencies qualora esso possa portare ad «an enormous and transformative expansion in [their] regulatory authority without clear congressional authorization»²¹², o se riguardi «a question of deep “economic and political significance”»²¹³.

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

Appare quindi rovesciato il criterio della deferenza giudiziale elaborato in *Chevron*: mentre in forza di quel precedente, di fronte ad una ambiguità normativa, le agencies erano legittimate ad esercitare anche poteri impliciti a patto che l'interpretazione da loro fornita fosse ragionevole, in *King v. Burwell* la Corte sembra forse riscoprire il fondamento ultimo della *nondelegation doctrine*, ritenendo che, quando l'esercizio dei poteri

²¹⁰ ID., p. 160: «Congress could not have intended to delegate a decision of such economic and political significance to an agency in so cryptic a fashion».

²¹¹ Cfr., ad esempio, *Whitman v. American Trucking Ass'ns*, 531 U.S. 457, 468 (2001); *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243, 267 (2006).

²¹² *Utility Air Regulatory Grp. v. EPA*, 134 S. Ct. 2427, 2444 (2014).

²¹³ *King v. Burwell*, 135 S. Ct. 2480 (2015).

delegati comporta trasformazioni di grande impatto, sia più difficile ricavare la legittimità di tali poteri da disposizioni normative ambigue, risalenti o incerte. In altre parole, il Congresso «does not hide the delegation of elephant-like regulatory powers in the mousehole-like landscape of obscure and technical statutory provisions»²¹⁴. Nata come un corollario del controllo operato dai giudici all'interno del duplice test elaborato in *Chevron*, la *major questions doctrine* pare dunque via via distaccarsene, agendo come un criterio interpretativo autonomo capace in qualche misura di opporsi alla espansione dello Stato amministrativo.

Non può tuttavia non rilevarsi come, a motivo della mancata incontrovertibilità dei confini entro cui tale teoria potrebbe essere invocata, la sua applicazione resti ancora incerta²¹⁵. Anche la dottrina appare, sul punto, spaccata: alcuni autori hanno persino dubitato che essa esista concretamente, chiedendosi piuttosto se i casi qui elencati non possano forse essere meglio spiegati «on mundane grounds without positing a freefloating but unstated 'major issues' inquiry»²¹⁶. Altri autori, pur riconoscendone l'importanza, hanno evidenziato come la sua applicazione incostante e saltuaria l'abbia trasformata in «a toothless judicial tool»²¹⁷. Altri ancora hanno osservato come essa sia almeno potenzialmente in grado di alterare la *Chevron deference*, sottraendo alle *agencies* il potere di interpre-

²¹⁴ M. COENEN, S. DAVIS, *Minor Courts, Major Questions*, in *Vanderbilt Law Review*, 70(3), 2019, p. 788.

²¹⁵ Le difficoltà legate alla ricostruzione teorica di questa dottrina emergono anche dalla lettura “forte” o “debole” della stessa indicata da C.R. SUNSTEIN, *There are Two “Major Questions” Doctrine*, cit., pp. 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».

²¹⁶ Così G. LAWSON, *Federal Administrative Law*, West Academic Publishing, St Paul Minnesota, 2008, p. 673.

²¹⁷ 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*».

tazione delle leggi delegate, per riportarlo invece alle Corti²¹⁸ (o quanto meno alla Corte Suprema)²¹⁹.

Quale che sia la lettura corretta, ciò che appare chiaro è come, fino ad ora, la *major questions doctrine* abbia trovato applicazione solo in alcuni casi particolari e senza che la Corte abbia mai provveduto a spiegare espressamente quali siano i “major cases” in cui essa merita di essere invocata e in quali invece no. Ciò rende difficile ipotizzare che, almeno nell'immediato, tale dottrina possa soppiantare in modo generale la ben più radicata *Chevron deference*, che costituisce un criterio consolidato su cui ormai si poggia l'intero diritto amministrativo americano²²⁰.

²¹⁸ Cfr. J.J. MONAST, *Major Questions about the Major Questions Doctrine*, in *Adm. L. Rev.*, 68(3), 2016, p. 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».

²¹⁹ Secondo M. COENEN, S. DAVIS, *Minor Courts, Major Questions*, cit., pp. 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».

²²⁰ Come ricordato da K.E. HICKMAN, A.L. NIELSON, *The Future of Chevron Deference*, in *Duke L.J.*, 70(5), 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». Molto interessanti in questa prospettiva sono le considerazioni di J. POJANOWSKI, *Without Deference*, in *Mo. L. Rev.*, 81, 2016, p. 1075 ss. che prova ad immaginare «what judicial review of agency interpretations of law would look like if the Supreme Court abandoned Chevron deference».

11. *Un caso di specie: gli obblighi vaccinali nel sistema americano.*

Il complicato intreccio tra la separazione verticale ed orizzontale dei poteri sin qui descritto ha inciso in modo significativo sulla elaborazione delle strategie poste in essere dalla Casa Bianca per rispondere alla minaccia pandemica. Come si è avuto modo di ricostruire nei paragrafi precedenti, la tutela della salute è storicamente affidata al *police power* riservato ad ognuno dei cinquanta Stati americani, che – come noto – presentano al loro interno notevoli differenze politiche e culturali.

Complici anche le incertezze comunicative della Presidenza Trump, i Governatori degli Stati hanno quindi assunto un ruolo fondamentale nella lotta alla minaccia pandemica, al punto che – anche – il successo o l'insuccesso delle loro strategie in tale ambito è risultato determinante persino sulla tornata elettorale del 2020²²¹. Compreso nelle maglie strette del federalismo duale, il governo americano ha così agito utilizzando principalmente i poteri emergenziali e delegati attribuiti, come si è visto, nel corso del lungo sviluppo del costituzionalismo americano, dalla Costituzione e soprattutto dalle leggi federali: è ricorrendo a tali congegni che il Presidente ha potuto, almeno in parte, attivare la potente macchina organizzativa dello Stato amministrativo.

Il risultato di questo intreccio è che, per rispondere alla pandemia, il sistema americano ha messo in campo sia strategie unitarie elaborate dal centro, ad esempio mediante leggi e provvedimenti specifici per far fronte alla crisi economica, sia misure largamente disomogenee sul territorio na-

²²¹ Le ragioni delle differenti scelte al livello statale sono le più varie. Ad esempio, la conformazione geografica e la presenza o meno di centri urbani sovra-popolati ha decisamente influito sulle strategie dei diversi Stati, dal momento che il *social distancing* assume un certo grado di importanza in città come New York, mentre risulta decisamente meno determinante nelle grandi praterie del South Dakota o nei deserti della Arizona. È opportuno però ricordare che, come evidenziato dai dati Gallup, anche l'appartenenza politica dei decisori al partito Repubblicano o a quello Democratico ha fortemente influenzato le scelte dei Governatori, riconfermando, ancora una volta, la profondissima polarizzazione politica che affligge il sistema politico americano. Cfr. M. BRENNAN, *Leadership Ratings on Pandemic After One Year*, 9 marzo 2021, in <https://news.gallup.com> e i dati riportati già nei primi mesi della pandemia da D. BALDO, *USA: come hanno reagito i 50 Stati al Coronavirus*, 10 aprile 2020, <https://www.youtrend.it>.

zionale, come avvenuto con i provvedimenti di lockdown, che sono stati particolarmente stringenti in California o a New York e decisamente meno in Florida o in Texas.

In modo ancor più significativo, inoltre, le misure emergenziali si sono scontrate con la cultura libertaria del popolo americano, generando conflitti sulla congruità di alcune misure decise per tutelare la salute pubblica a scapito delle libertà costituzionali. Così, ad esempio, gli stay at home orders emanati dalla maggioranza degli Stati americani²²² hanno fortemente inciso sulle libertà di circolazione, associazione e riunione sancite dal I Emendamento, mentre la chiusura dei servizi non essenziali quali bar, ristoranti, teatri e chiese ha colpito le libertà economiche e di culto, ma anche il diritto a portare armi²²³. Tali conflitti hanno investito tutte le giurisdizioni statali e federali²²⁴, che hanno generalmente fatto affidamento su un bilanciamento proporzionato tra tutela della salute e libertà personali, arrivando anche alla Corte Suprema che, ad esempio, in materia di libertà religiosa si è pronunciata diverse volte nel giro di poco più di un anno²²⁵.

²²² Come ricordato da F. SPAGNOLI, *L'emergenza Covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti: un bilancio comparato*, cit., p. 43: «Eccetto Arkansas, Iowa, Nebraska, North Dakota, Marianne Settentrionali, Guam, Samoa Americane, mentre in South Dakota, Utah, Wyoming le misure hanno avuto carattere solo regionale, e in Kentucky, Massachusetts, Oklahoma di raccomandazione non obbligatoria. In Wisconsin l'ordinamento dal Governatore è stato giudicato incostituzionale dalla Corte Suprema statale».

²²³ AA. HYDER, M. WERBICK, L. SCANNELLI, N. PAICHADZE, *The COVID-19 Pandemic Exposes Another Commercial Determinant of Health: The Global Firearm Industry*, in *Glob Health Sci Pract.*, 9(2), 2021, p. 264 ss.

²²⁴ Tra i primi ricorsi presentati alle Corti statali, si veda (ad es.) *Friends of DeVito v. Wolf*, Supreme Court of Pennsylvania, Middle District, 68 MM 2020, in cui un gruppo di imprenditori locali ha impugnato, per violazione delle libertà contenute nel I Emendamento e del *due process of law*, l'*executive order* disposto dal Governatore della Pennsylvania, determinante la chiusura delle attività non essenziali. I giudici hanno rigettato il ricorso e stabilito la conformità delle limitazioni ai legittimi poteri d'emergenza esercitati dall'esecutivo statale.

²²⁵ I casi riguardavano ricorsi promossi dai fedeli di diverse confessioni religiose contro i provvedimenti statali di California, Nevada e New York che imponevano la chiusura dei luoghi di culto o la forte limitazione del numero degli ingressi negli edifici a ciò adibiti. In *South Bay United Pentecostal Church et al. v. Gavin Newsome, Governor of Ca-*

Il caso che però più di ogni altro ha messo in tensione l'equilibrio dei poteri americani federali e statali è quello degli obblighi vaccinali disposti dalla amministrazione Biden nel 2021: proprio questo caso, come vedremo, costituisce una chiara illustrazione dei conflitti costituzionali presenti nel sistema. Le due decisioni con cui la Corte ha risolto i ricorsi pre-

California et al., 92 U. S. ____ (2021) la Corte ha rigettato i ricorsi delle chiese pentecostali, sostenendo che le chiusure (prima totali poi, nelle more del ricorso, parziali) disposte dal Governatore della California fossero legittime e non sproporzionate, applicandosi anche ad analoghi luoghi di ritrovo laici come teatri, cinema, concerti. In modo analogo, la Corte ha deciso di negare l'*injunctive relief* al ricorso della Calvary Chapel Dayton Valley in Nevada, che lamentava il trattamento discriminatorio imposto dall'ordinanza del Governatore Sisolak; questa disposizione aveva permesso ad attività non essenziali, come i casinò e i parchi acquatici, di operare al 50% della capacità, limitando invece l'ingresso nei luoghi di culto ad un massimo di 50 persone, in qualsiasi circostanza. In *Calvary Chapel Dayton Valley V. Steve Sisolak, Governor Of Nevada, Et Al.*, 591 U. S. ____ (2020) la maggioranza della Corte non ha spiegato le ragioni della sua decisione, lasciando alla dissenting opinion del giudice Alito il compito di mostrare le incongruenze di una misura ai sensi della quale «while Calvary Chapel cannot admit more than 50 congregants even if families sit six feet apart, spectators at a bowling tournament can sit together in groups of 50 provided that each group maintains social distancing from other groups». Per Alito «[the] initial response was understandable. In times of crisis, public officials must respond quickly and decisively to evolving and uncertain situations (...). But a public health emergency does not give Governors and other public officials *carte blanche* to disregard the Constitution for as long as the medical problem persists. As more medical and scientific evidence becomes available, and as States have time to craft policies in light of that evidence, courts should expect policies that more carefully account for constitutional rights». Pochi mesi più tardi, queste ultime considerazioni sono state riprese dalla sentenza *Roman Catholic Diocese Of Brooklyn, New York V. Andrew M. Cuomo Governor of New York* 92 92 U. S. ____ (2020), che ha accolto il ricorso congiunto della diocesi cattolica e della comunità ebraica di New York contro le misure adottate dal Governatore Cuomo che imponevano forti restrizioni alla partecipazione a funzioni religiose nelle aree classificate come “rosse” (non più di 10 persone) o “arancioni” (non più di 25 persone); in tale pronuncia si legge infatti che «Not only is there no evidence that the applicants have contributed to the spread of COVID-19 but there are many other less restrictive rules that could be adopted to minimize the risk to those attending religious services». Come ricordato dalla concurring opinion del giudice Gorsuch: «Government is not free to disregard the First Amendment in times of crisis. At a minimum, that Amendment prohibits government officials from treating religious exercises worse than comparable secular activities, unless they are pursuing a compelling interest and using the least restrictive means available».

sentati contro l'obbligatorietà dei vaccini, infatti, rivelano la modalità con cui, nella visione della maggioranza dei giudici che attualmente siedono nel supremo organo giurisdizionale federale, le funzioni legislative e quelle amministrative aventi natura normativa dovrebbero essere esercitate e interagire affinché le relazioni tra potere legislativo ed esecutivo possano dirsi strutturate conformemente ai principi costituzionali fondamentali della separazione dei poteri e della legittimazione democratica.

11.1. *Le competenze vaccinali alla prova del federalismo americano: competenze statali e federali.*

La facoltà di imporre un obbligo vaccinale costituisce negli Stati Uniti un tema risalente, originariamente affidato – insieme alla tutela della salute – al *police power* degli Stati, a condizione che esso sia esercitato in modo ragionevole, proporzionato e compatibile con i diritti costituzionali. Questa lettura è stata confermata dalla giurisprudenza della Corte Suprema che, già nella sentenza *Jacobson v. Massachusetts* del 1905, ha ritenuto costituzionalmente legittima una legge statale attraverso cui si conferiva al Municipal Board of Health di Boston l'autorità di richiedere ai maggiori di 21 anni la vaccinazione antivaiolo; secondo quanto stabilito dal giudice Harlan, infatti, «[i]t is within the police power of a State to enact a compulsory vaccination law», dal momento che tali leggi hanno «a real [and] substantial relation to the protection of the public health and safety»²²⁶.

Poco tempo dopo, la Corte Suprema è tornata sul tema in *Zucht v. King* per dirimere una controversia sorta a partire dal ricorso presentato da due genitori che avevano contestato, per violazione della *Equal Protection Clause* e della *Due Process Clause*, l'obbligo vaccinale scolastico imposto ai figli dalle autorità cittadine di San Antonio (TX). Richiamando espressamente quanto statuito in *Jacobson*, il giudice Brandeis ha rigettato il ricorso: visto che «state may delegate to a municipality authority to determine under what conditions health regulations shall become operative», l'ordinanza contestata «confers not arbitrary power,

²²⁶ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905), 12 e31.

but only that broad discretion required for the protection of the public health»²²⁷.

In entrambe le sentenze, la Corte non ha accolto l'argomento dei ricorrenti secondo cui le vaccinazioni obbligatorie costituirebbero un esercizio irragionevole, arbitrario ed oppressivo del potere legislativo in quanto «hostile to the inherent right of every freeman to care for his own body and health»²²⁸. Nel rispondere a tali censure, il giudice Harlan ha infatti ricordato che «the liberty secured by the Constitution of the United States to every person within its jurisdiction does not import an absolute right in each person to be, at all times and in all circumstances, wholly freed from restraint», perché «organized society could not exist with safety to its members» e, pertanto, «persons and property are subjected to (...) restraints and burdens, in order to secure the general comfort, health, and prosperity of the State»²²⁹.

Prese nel loro complesso, le pronunce *Jacobson* e *Zucht* sembrano dunque fondare un potere ampio e generale in capo agli Stati. Si tratta, tuttavia, di decisioni molto risalenti nel tempo, e dubbi potrebbero essere – e invero in tempi più recenti sono stati – avanzati sulla loro attuale capacità di costituire precedenti vincolanti, soprattutto alla luce delle modalità con cui la Corte ha, nel corso degli anni, modificato la propria lettura della *substantive due process of law*.

Decise durante l'era *Lochner*, infatti, le sentenze svelano una sostanziale deferenza dei giudici nei confronti del legislativo che potrebbe non tenere conto delle trasformazioni subite dal sistema americano durante l'epoca del *New Deal*, così come del conseguente ruolo sempre più incisivo dei giudici nella tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini americani. È noto come, a partire dalla sentenza *Roe v. Wade*, i giudici supremi abbiano ampliato il concetto di privacy ricavato dal XIV Emendamento, statuendo la legittimità della compressione di tale diritto personalissimo da parte di leggi statali solo a fronte di un *compelling interest* talmente significativo da superare lo *strict scrutiny* della Corte²³⁰.

²²⁷ *Zucht v. King*, 260 U.S. 177 (1922).

²²⁸ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 25 (1905).

²²⁹ ID., p. 26.

²³⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973): «most of courts have agreed that the right of

L'evoluzione della giurisprudenza americana circa il concetto di privacy potrebbe quindi incidere sulla vincolatività di *Jacobson* come precedente, che – riconducibile a diversa epoca storica – ha ritenuto compito del legislatore, e non delle corti, «to determine whether vaccination is or is not the best mode for (...) the protection of the public health»²³¹. In ogni caso, come rilevato dalla dottrina, «although one can speculate that *Jacobson* might be decided differently today, to date no decisions have expressly undercut its authority», ed anzi tale precedente è stato citato anche in epoca più recente, al punto che «general principles set forth in *Jacobson* are sound and well-established»²³².

Ad ulteriore conferma della validità delle pronunce *Jacobson* e *Zucht*, è opportuno inoltre ricordare che è proprio a partire da tali precedenti che, nel corso del XX secolo, tutti i cinquanta Stati della Federazione hanno predisposto normative sull'obbligo vaccinale degli operatori sanitari e dei bambini in età scolare²³³. Malgrado differiscano da Stato a Stato e possano essere soggette ad eccezioni specifiche legate, ad esempio, ad autentiche credenze religiose (*sincere religious belief*), l'insieme di tali disposizioni conferma un approccio generale che vede gli Stati chiamati in prima istanza a disporre e regolare l'obbligatorietà dei vaccini. Contestate in alcuni casi, tali misure sono state generalmente ritenute legittime dalle Corti federali che, rigettando ricorsi presentati sulla base di presunte violazioni delle *Equal Protection* e *Due Process Clauses*, hanno riconosciuto «a

privacy, however based, is broad enough to cover the abortion decision; that the right, nonetheless, is not absolute, and is subject to some limitations (...). Where certain “fundamental rights” are involved, the Court has held that regulation limiting these rights may be justified only by a “compelling state interest”».

²³¹ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 12 (1905).

²³² D. RUBINSTEIN REISS, L.A. WEITHORN, *Responding to the Childhood Vaccination Crisis: Legal Frameworks and Tools in the Context of Parental Vaccine Refusal*, in *Buff. L. Rev.*, 63(4), 2015, p. 901.

²³³ Come recentemente riportato dalla *National Conference of State Legislatures*, «All 50 states have legislation requiring specified vaccines for students. Although exemptions vary from state to state, all school immunization laws grant exemptions to children for medical reasons». Cfr. *States With Religious and Philosophical Exemptions from School Immunization Requirements*, 10 gennaio 2022, in <https://www.ncsl.org/research/health/school-immunization-exemption-state-laws.aspx>.

considerable deference to the states' use of their police power to require immunization to protect public health»²³⁴.

L'avvento della pandemia ha ulteriormente ampliato il numero e la portata dei provvedimenti riguardanti gli obblighi vaccinali. A partire dal 2021, in particolare, l'esercizio del *police power* ha consentito agli Stati e alle autorità locali di imporre una serie di misure vaccinali ad alcune categorie di lavoratori. Cinque Stati hanno sottoposto gli operatori sanitari alla politica sanitaria «vaccination or termination», mentre altri ventuno hanno stabilito a «vaccination or regular test»²³⁵. L'obbligo di vaccinazione ha conosciuto una estensione anche ai dipendenti del governo statale in diciannove Stati; poche sono invece le misure previste per i lavoratori privati²³⁶. Sul fronte scolastico, solo cinque Stati hanno disposto un «statewide students covid-19 mandate»²³⁷, mentre sono addirittura di-

²³⁴ Così W.W. SHEN, *State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination*, in *CRS Report R46745*, 18 gennaio 2022, p. 3, disponibile su <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46745>, che cita, a supporto di tale considerazione, i casi *Phillips v. City of New York*, 775 F.3d 538, 542-44 (2d Cir. 2015); *Workman v. Mingo Cty. Bd. of Edu.* 419 F. App'x 348 (4th Cir. 2011); *Whitlow v. California*, 203 F. Supp. 3d 1079, 1085-89 (S.D. Cal. 2016).

²³⁵ Cfr. D. PEKRUHN, *Vaccine Mandates by State: Who Is, Who Isn't, and How?*, 22 dicembre 2021, in <https://leadingage.org/workforce/vaccine-mandates-state-who-who-isnt-and-how>.

²³⁶ Di fronte alle decisioni di alcune imprese private di introdurre policy aziendali volte ad imporre ai propri lavoratori misure restrittive condizionate alla avvenuta vaccinazione, taluni Stati hanno stabilito regole generali in materia. In particolare, negli Stati del Texas, Iowa, Utah, Nord Dakota, Kansas, Arizona, Alabama, Florida e West Virginia, sono state disposte regole che, pur consentendo ai datori di lavoro di prevedere obblighi vaccinali, hanno sottoposto la legittimità di questi ultimi all'inserimento di «exemption from the COVID-19 vaccination for medical reasons or sincerely held religious beliefs». In Montana e in Tennessee viene espressamente vietato ai datori di lavoro di discriminare i dipendenti in ragione del loro status vaccinale, mentre nel resto degli Stati non è prevista alcuna regola generale, essendo quindi la decisione demandata alle aziende private. Cfr. a riguardo i dati raccolti da NASHP, *State Efforts to Ban or Enforce COVID-19 Vaccine Mandates and Passports*, 14 gennaio 2022, <https://www.nashp.org/state-lawmakers-submit-bills-to-ban-employer-vaccine-mandates/>.

²³⁷ Si tratta di Louisiana, California, Illinois, New York e del territorio di DC. Per una analisi delle varie disposizioni relative agli obblighi vaccinali in ambito scolastico,

ciassette i Governatori che hanno sancito forti limitazioni o espliciti divieti di introdurre, all'interno del loro territorio, obblighi generalizzati. Ciò non ha comunque impedito a diverse università pubbliche di stabilire, sfruttando i propri spazi di autonomia, alcuni requisiti vaccinali a studenti e docenti come condizione per il ritorno in aula²³⁸.

Le misure di contenimento disposte dalle università pubbliche americane costituiscono il terreno su cui, per prima, si è misurata l'attuale tenuta dei principi sanciti in *Jacobson*. In *Klaassen v. Trustees of Indiana University*, i giudici del Settimo Circuito hanno ritenuto legittima la *policy* vaccinale della Indiana University, considerando il caso «easier than *Jacobson*»: a differenza della legge del 1905, la disposizione contestata è imposta a carico dei soli studenti e dipendenti ed è dotata di specifiche eccezioni. Secondo i giudici, pertanto, «[e]ach university may decide what is necessary to keep other students safe in a congregate setting» e le vaccinazioni sono «common requirements of higher education», dal momento che esse proteggono «not only the vaccinated persons but also those who come in contact with them, and at a university close contact is inevitable»²³⁹.

Più complesso è invece stabilire se, e in forza di quale competenza, il governo federale possa disporre l'obbligatorietà vaccinale su tutto il territorio nazionale. Come ricordato in precedenza, infatti, pur rimanendo una materia di competenza principalmente statale e soggetta al principio degli *enumerated powers*, la tutela della salute pubblica è stata nel corso del tempo fortemente condizionata dagli interventi federali; questi, attraverso

cfr. i dati raccolti da NASHP, *States Address School Vaccine Mandates and Mask Mandates*, 14 gennaio 2022, <https://www.nashp.org>.

²³⁸ Cfr. E. NADWORNY, *Full FDA Approval Triggers More Universities to Require the COVID-19 Vaccine*, in *NPR*, 1 settembre 2021, <https://www.npr.org>.

²³⁹ *Klaassen v. Trustees of Indiana University*, No. 21-2326 (7th Cir. 2021). Analogamente, i giudici americani hanno ritenuto legittime anche le policies delle università o delle scuole statali di New Jersey, Massachusetts e New York (cfr. *Children's Health Defense, Inc. v. Rutgers, the State University of New Jersey*, 2021 WL 4398743 D.N.J. Sept. 27, 2021; *Maniscalco v. New York City Department of Education*, 2021 WL 4344267 E.D.N.Y. Sept. 23, 2021; *Harris v. University of Massachusetts, Lowell*, 2021 WL 3848012, D. Mass. Aug. 27, 2021). Cfr., J.M. BECK, *Not Breaking News: Mandatory Vaccination Has Been Constitutional for Over a Century*, ABA Group, 28 ottobre 2021, <https://www.americanbar.org>.

l'interpretazione estensiva dell'*Interstate Commerce* e del *Tax and Spending Power*, hanno definito discipline comuni e apparati amministrativo-burocratici che regolano oggi, almeno in parte, la vita dei cittadini americani. Nonostante ciò, ricavare dalle clausole costituzionali citate un potere federale di imporre, su tutto il territorio nazionale, obblighi vaccinali generalizzati rimane ad oggi un'operazione complessa.

Innanzitutto, come visto, per quanto ampia, l'*Interstate Commerce Clause* è soggetta ad alcuni limiti definiti, da ultimo, dalla Corte Suprema in *NFIB v. Sebelius*. Innanzitutto, la disciplina vaccinale può essere regolata utilizzando il potere di commercio interstatale solo se una effettiva attività di scambio dei beni già esiste, perché l'*Interstate Commerce Clause* non attribuisce al Congresso «the power to create [a] commercial activity»²⁴⁰. Il primo scoglio da superare per il Congresso è dunque quello di giustificare in che modo una attività il cui scopo è strettamente connesso alla protezione della salute dei cittadini americani incida sulla regolamentazione del commercio. Prevedere un obbligo vaccinale per i lavoratori potrebbe ipoteticamente risultare legittimo quando le attività si svolgono già, per loro natura, tra diversi Stati, mentre più difficile sarebbe giustificarlo in caso di mansioni svolte all'interno di uno stesso Stato.

In secondo luogo, *NFIB v. Sebelius* ha precisato come dalla *Commerce Clause* non possa discendere un obbligo «to become active in commerce by purchasing a product»; riprendendo le parole della sentenza, infatti, «construing the Commerce Clause to permit Congress to regulate individuals precisely because they are doing nothing would open a new and potentially vast domain to congressional authority»²⁴¹. Anche se la portata di tale precedente non è del tutto chiara²⁴², esso è certamente in grado

²⁴⁰ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 540 (2012), cfr. *supra*, par. 4.1.

²⁴¹ *Id.*, p. 551.

²⁴² Come rilevato da A. NOLAN, M. LEWIS, *Federalism-Based Limitations on Congressional Power: An Overview*, CRS Report R45323, 27 Settembre 2018, p. 11, infatti, «Because no single opinion in *NFIB* enjoyed a majority of five Justices, it is uncertain whether the Chief Justice's and the dissenters' conclusions regarding the Commerce Clause constitute binding precedent. In any event, however, lower courts following *NFIB* have very rarely invalidated Commerce Clause legislation on "inactivity" grounds, largely because much of what Congress regulates can be described as a form of "activity"».

di sollevare più di un dubbio sulla legittimità di un obbligo vaccinale imposto a tutti i cittadini dal *Federal Government*: una simile disposizione «could be construed as compelling individuals who are “doing nothing” to engage in the commercial activity of receiving a specified health care service»²⁴³. Pertanto, muovendo dal presupposto che «our federal system reserves the leading role over public health to the states» e che la gestione della pandemia è stata in larga misura affrontata dagli Stati, «just as some governors imposed lockdowns, only governors can impose vaccination mandates on state residents»²⁴⁴. In alcune particolari circostanze, la *Interstate Commerce Clause* potrebbe forse consentire al potere federale di imporre la vaccinazione a certe categorie di cittadini, anche se è difficile ipotizzare che un obbligo generale sia in grado di superare il vaglio di costituzionalità, perché anche la situazione di emergenza «does not turn the Commerce Clause into a blank check»²⁴⁵.

Meno complesso può apparire ricavare la competenza federale ad istituire obblighi vaccinali dai meccanismi previsti dallo *Spending Power*. Come ricordato in precedenza, il governo federale ha spesso utilizzato tale clausola per regolare e coordinare con gli Stati alcune politiche sanitarie; analogamente, il Congresso potrebbe pertanto favorire indirettamente la campagna vaccinale imponendone l'obbligo come condizione necessaria per l'utilizzo dei fondi federali. Ciononostante, anche l'esercizio dello *Spending Power* è soggetto ad alcune limitazioni tra cui, come disposto in *South Dakota v. Dole*, il fatto che «the amount of federal funds offered is not so coercive as to pass the point at which pressure turns into compulsion»²⁴⁶.

Inoltre, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte Suprema a partire dai casi *New York v. United States* e *Prinz v. United States*²⁴⁷, il X

²⁴³ W.W. SHEN, *State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination*, cit., p. 31.

²⁴⁴ J. WOO, R.J. DELAHUNTY, *Why Biden's Vaccine Mandate Fails the Constitutional Test*, in *National Review*, 23 settembre 2021, <https://www.nationalreview.com/2021/09/why-bidens-vaccine-mandate-fails-the-constitutional-test/>.

²⁴⁵ E. LAWLEY, *The Federal Government Doesn't Have the Power to Issue a Vaccine Mandate*, in *Newsweek*, 6 gennaio 2022, <https://www.newsweek.com/>.

²⁴⁶ *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203, 211 (1987).

²⁴⁷ *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992); *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

Emendamento proibisce al governo federale di «commandeer or conscript state governments into implementing federal policies by directly compelling them to enact and enforce a federal regulatory program»²⁴⁸. Sebbene sia stata fortemente contestata dalla dottrina²⁴⁹, tale lettura è stata recentemente confermata dalla Corte in *Murphy v. NCAA*²⁵⁰, e potrebbe costituire un ostacolo anche nel caso di obblighi vaccinali federali. Come recentemente sostenuto dal Congress Research Center, infatti, «in the context of vaccination, this principle prevents Congress from directly requiring states or localities to pass mandatory vaccination laws or implement federal vaccination laws», mentre gli consente di utilizzare «its Spending Clause authority to incentivize states to do so, as long as the amount offered is not so significant as to effectively coerce, or functionally commandeer, states into enacting the mandate»²⁵¹.

12. *Obblighi vaccinali e separazione orizzontale dei poteri: i vaccine mandates della Presidenza Biden.*

Le difficoltà di individuare in modo chiaro una competenza federale in materia vaccinale spiega perché, prima della attuale pandemia, gli ambiti di intervento del governo centrale determinanti l'imposizione di obblighi vaccinali fossero pochi e circoscritti e riguardassero primariamente competenze ad esso attribuite quali l'immigrazione e le forze armate²⁵².

²⁴⁸ Cfr. A. NOLAN, M. LEWIS, *Federalism-Based Limitations on Congressional Power: An Overview*, cit., p. 16.

²⁴⁹ V. (da ultimo) S. SCHWINN, *It's Time to Abandon Anti-Commandeering (but Don't Count on this Supreme Court to Do it)*, in *SCOTUSblog*, 17 agosto 2017, <https://www.scotusblog.com>.

²⁵⁰ *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*, 584 U.S., (2018).

²⁵¹ W.W. SHEN, *State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination*, cit., p. 31.

²⁵² 8 U.S.C. § 1182(a)(1)(A), che stabilisce ad esempio che gli immigrati che chiedono l'ingresso permanente devono presentare una documentazione attestata «vaccination against vaccine-preventable diseases». Analogamente, il *Department of Defense's*

Con la diffusione dell'infezione Covid-19, tuttavia, il problema di definire politiche sanitarie e vaccinali uniformi sull'intero territorio nazionale è divenuto più stringente, e l'amministrazione Biden si è prodigata per individuare adeguati strumenti giuridici capaci di definire una propria competenza in tal senso. Operando in uno stato di emergenza, la Casa Bianca ha quindi cercato di fondare tale competenza nelle discipline normative, già approvate in passato, che delegano all'esecutivo alcune specifiche funzioni²⁵³: così facendo, il Presidente ha emanato diverse disposizioni che hanno obbligato a sottoporsi alla vaccinazione contro il virus SARS Covid-19 i dipendenti e i contractors del governo federale, gli operatori sanitari dei programmi Medicare e Medicaid (CMS's Medicare/Medicaid provider mandate)²⁵⁴ e, infine, i dipendenti di aziende con più cento dipendenti (OSHA's large-employer vaccination and testing mandate)²⁵⁵. Sebbene queste misure condividano l'obiettivo di regolare l'accesso ai luoghi di lavoro, la prima riguarda prevalentemente un ambito federale mentre le ultime assumono una portata più ampia, in grado di incidere all'interno dei singoli Stati.

Il CMS's Medicare/Medicaid provider mandate trova il proprio fondamento normativo nel *Social Security Act* (SSA) del 1935, che conferisce al *Secretary of Health* l'autorità di approvare regole «as may be necessary to the efficient administration of the functions with which [he] is charged»²⁵⁶, e di definire certi requisiti «in the interest of the health and safety of individuals who are furnished services in the institution»²⁵⁷. Seguendo un meccanismo consolidato poggiato sulla *Spending Clause*, l'am-

Immunization Program stabilisce un obbligo vaccinale annuale per tutto il personale impegnato nel *Department's medical treatment facilities*. Cfr. Dep't Of Defense Instruction 6205.02 § 1.2b (23 luglio 2019).

²⁵³ Exec. Order No. 14,042 of Sept. 9, 2021, 86 Fed. Reg. 50,985 (Sept. 14, 2021). Oltre a tali disposizioni, previste a carico dei civili americani, il *Secretary of Defense* ha anche disposto l'obbligo vaccinale per i militari. Cfr. a riguardo B.H.P. MENDEZ, *The Military's COVID-19 Vaccination Mandate*, CRS insight IN11764, 8 novembre 2021, <https://crsreports.congress.gov>.

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

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

²⁵⁶ 42 U.S.C. § 1302(a).

²⁵⁷ 42 U.S.C. §§ 1395x(e)(9).

ministrazione federale ha pertanto elaborato, negli anni, i requisiti che ospedali, ambulatori e cliniche specializzate devono rispettare per avvalersi dei fondi federali stanziati. In questa prospettiva, il 5 novembre 2021, il Centers for Medicare and Medicaid Services (CMS) ha approvato una *Interim Final Rule* (IFR) che introduce tra tali requisiti anche l'obbligo per le strutture che partecipano ai programmi federali di provvedere alla vaccinazione dei loro dipendenti²⁵⁸.

Più articolata è invece la ricostruzione dell'obbligo imposto ai lavoratori. Esso si fonda sull'*Occupational Safety and Health Act* (OSHAct), approvato dal Congresso nel 1970 al fine di «assure so far as possible every working man and woman in the Nation safe and healthful working conditions»²⁵⁹. Fondando la sua competenza sulla *Interstate Commerce Clause*²⁶⁰, la legge, come già ricordato, attribuisce al Secretary of Labour una ampia autorità nel promulgare regole riguardanti la sicurezza nei luoghi di lavoro, e istituisce la Occupational Safety and Health Administration (OSHA) a cui è affidato il compito di implementare le specifiche disposizioni. Nel tempo, tale agency ha predisposto una serie di misure e standard (quali, ad esempio, l'utilizzo di personal protective equipment o la definizione dei permissible exposure limits relativi all'utilizzo di sostanze chimiche) che vincolano i datori di lavoro ad approntare tutte le misure necessarie «to provide workplaces free of recognized serious hazards»²⁶¹.

La sezione 6(c) dell'OSHAct, inoltre, investe l'amministrazione del potere di approvare emergency temporary standard (ETS) immediatamente efficaci ogni qualvolta quest'ultima ritenga «(A) that employees are exposed to grave danger from exposure to substances or agents determined to be toxic or physically harmful or from new hazards» e «(B) that

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

²⁵⁹ 29 U.S.C. § 651 (2) (b).

²⁶⁰ Come riportato dallo stesso 86 Fed. Reg. 61402, 61505 (Nov. 5, 2021): «The Occupational Safety and Health Act is an exercise of Congress's Commerce Clause authority, and under Section 18 of the Act, 29 U.S.C. 667, Congress expressly provided that States may adopt, with Federal approval, a plan for the development and enforcement of occupational safety and health standards».

²⁶¹ 29 U.S.C. § 654(a)(1).

such emergency standard is necessary to protect employees from such danger»²⁶².

Forte di tale disposizione e della relativa procedura di emergenza, l'amministrazione federale ha quindi introdotto nel *Federal Register* regole e standard emergenziali della durata di sei mesi che impongono ai datori di lavoro con più di cento dipendenti di predisporre ed implementare specifiche policies aziendali e di verificare che i propri lavoratori abbiano completato il ciclo vaccinale o, alternativamente, che si sottopongono a test settimanali utilizzando, contestualmente, dispositivi di protezione individuale, pena il loro allontanamento dal posto di lavoro²⁶³. Fatte salve limitate eccezioni²⁶⁴, tale *policy* si applica a tutti i lavoratori indipendentemente dalla mansione svolta e definisce sanzioni pecuniarie in capo al datore di lavoro in caso di mancato adempimento²⁶⁵.

Entrambe le misure emergenziali dispongono, dunque, obblighi sanitari federali a carico dei cittadini all'interno dei singoli Stati. L'estensione della regola «vaccination or regular test» introdotta dall'OSHA, in particolare, è in grado di incidere sulla vita di oltre ottanta milioni di lavoratori, imponendo ai datori costosi obblighi di controllo ed implementazione. Ma, in modo ancor più significativo, entrambe le disposizioni sembrano spostare il problema costituzionale relativo agli obblighi sanitari dal piano verticale della separazione dei poteri a quello orizzontale, alimentando il conflitto tra potere legislativo ed esecutivo.

²⁶² 29 U.S.C. § 655(c)(1).

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

²⁶⁴ Le esenzioni indicate dal *Federal Register* riguardano «the employees of covered employers: (1) Who do not report to a workplace where other individuals, such as coworkers or customers, are present; or (2) while working from home; or (3) who work exclusively outdoors. Based on this scope, employers in nearly every sector are expected to be covered by this ETS», 86 Fed. Reg. 61402, 6140 (2021).

²⁶⁵ Le infrazioni sono sanzionate da un minimo di \$13,653 ad un massimo di \$136,532. Cfr. 29 C.F.R. 1903.15(d).

13. *Gli obblighi vaccinali Covid-19 di fronte alla Corte Suprema.*

È in questo complesso contesto che si inseriscono le sentenze sugli obblighi vaccinali decise entrambe dalla Corte Suprema 13 gennaio 2022. Come si dirà in questo paragrafo, i giudici supremi hanno risolto le controversie sorte a seguito dell'approvazione delle misure sopra illustrate in due diverse sentenze, sospendendo l'efficacia del provvedimento disposto a carico dei lavoratori privati in *NFIB v. OSHA*²⁶⁶ e confermando, invece, la legittimità dell'obbligo rivolto ad operatori sanitari in *Biden v. Missouri*²⁶⁷.

Entrambe le decisioni hanno suscitato una vasta eco mediatica in ragione dell'oggetto della controversia e del loro esito. In particolare, commentatori americani e stranieri sono rimasti stupiti del fatto che provvedimenti emergenziali dal contenuto apparentemente simile potessero portare i giudici a conclusioni tanto diverse²⁶⁸. Sul piano generale, gli obblighi vaccinali – considerati dalla Casa Bianca come uno dei più efficaci strumenti di contrasto della diffusione del virus – sono infatti assimilabili a misure straordinarie di tutela della salute pubblica che, in situazioni di emergenza come quella determinata dalla pandemia Covid-19, possono comportare una limitazione dei diritti individuali. Non si comprenderebbe quindi perché, posto che il virus non opera distinzioni tra le vittime in ragione della loro mansione, un obbligo vaccinale federale possa legittimamente comprimere la privacy di alcuni lavoratori e non di altri. Lo stesso Presidente Biden ha espresso il proprio rammarico per la decisione dei giudici di interrompere una misura «scientificamente e giuridicamente legittima», adottata con un provvedimento fondato sul «buon senso e a tutela della vita»²⁶⁹. Dal punto di vista strettamente giuridico,

²⁶⁶ *National Federation of Independent Business v. OSHA* 595 U. S. ____ (2022).

²⁶⁷ *Biden v. Missouri* 595 U. S. ____ (2022).

²⁶⁸ Cfr. D.M. DRISEN, *The Death of Law and Equity. A Comment on Two COVID Cases*, in *Verfassungsblog*, 19 gennaio 2022, <https://verfassungsblog.de/the-death-of-law-and-equity/>; S. FILIPPI, *Due pesi e due misure. La Corte Suprema USA si pronuncia sull'obbligo vaccinale rivolto ai dipendenti delle grandi aziende e ai sanitari*, in *Diritti Comparati*, 7 febbraio 2021, <https://www.diritticomparati.it>.

²⁶⁹ Cfr. *Statement by President Joe Biden on the U.S. Supreme Court's Decision on Vac-*

inoltre, è stato osservato come la Corte avrebbe usato «due pesi e due misure», redigendo due opinioni «inconciliabili tra loro» e fondate su «argomentazioni completamente diverse»²⁷⁰.

A ben vedere, la questione giuridica è più complessa di come appare. Collocate all'interno del sistema costituzionale americano, *NFIB v. OSHA* e *Biden v. Missouri* non si prestano a letture volte a cogliere esclusivamente il giusto bilanciamento tra la libertà individuale e l'interesse generale della salute pubblica. Le argomentazioni dei giudici, infatti, non si soffermano tanto sul delicato problema della costituzionalità degli obblighi vaccinali quanto, piuttosto, sulle regole previste dal diritto americano circa l'individuazione del soggetto deputato a regolare politiche sanitarie di tale portata.

Da un lato, la mancanza di una competenza federale specifica ed pone, sul piano della separazione verticale dei poteri, l'impossibilità di adottare una politica vaccinale generale valida per l'intero territorio nazionale. Dall'altro, l'utilizzo dei poteri delegati, ricavati anche implicitamente da leggi approvate in passato, attribuisce al Presidente, e alle agencies federali, la competenza ad intervenire in settori particolari per imporre obblighi vaccinali.

L'utilizzo delle deleghe legislative permette così al governo federale di sfruttare l'espansione dello Stato amministrativo e di ricavare le norme emergenziali attraverso cui si è conferito ad OSHA e a CMS il potere di definire politiche sanitarie nei luoghi di lavoro o a carico degli operatori sanitari. Entrambe le misure emergenziali impattano sulla vita dei cittadini americani, che sono investiti da misure federali approvate grazie ad una lettura estensiva di deleghe legislative, conferite peraltro da leggi approvate in un differente contesto storico e per ragioni diverse da quelle oggi invocate dall'amministrazione Biden.

Si comprende quindi, in tale contesto, perché, pochi giorni dopo la pubblicazione sul *Federal Register*, entrambi gli obblighi vaccinali siano stati impugnati da numerosi Stati di fronte alle Corti federali nel tentativo di impedire, attraverso il procedimento di *stay*, la loro entrata in vigo-

cine Requirements, 13 gennaio 2021, <https://www.whitehouse.gov/>: «I am disappointed that the Supreme Court has chosen to block common-sense life-saving requirements for employees at large businesses that were grounded squarely in both science and the law».

²⁷⁰ S. FILIPPI, *Due pesi e due misure*, cit.

re. Seguendo percorsi diversi, i ricorsi hanno avuto esiti opposti; per quanto concerne il CMS's Medicare/Medicaid provider mandate, infatti, la Corte distrettuale della Florida ha rigettato il ricorso, che è stato invece accolto dai giudici in Louisiana e Missouri. Analogamente, mentre il Fifth Circuit ha accolto il ricorso e sospeso l'efficacia del provvedimento, ritenendo che le ETS previste per i lavoratori americani «grossly exceeds OSHA's statutory authority»²⁷¹, il Six Circuit ne ha invece confermato l'efficacia, riscontrando la conformità del potere delegato alla amministrazione «to form and implement the best possible solution to ensure the health and safety of all workers»²⁷².

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

13.1. National Federation of Independent Business v. OSHA.

La sentenza *NFIB v. OSHA* si articola attorno a due coordinate concettuali. La prima riguarda l'interpretazione del significato delle disposizioni normative che fondano il potere dell'OSHA di regolamentare la fattispe-

²⁷¹ *Louisiana v. Becerra*, 2021 WL 5609846, 17.

²⁷² *Texas v. Becerra*, 2021 WL 5964687, 16.

cie. La seconda, inserendosi nel solco tracciato dallo sviluppo del diritto amministrativo americano, cerca invece di verificare il rapporto tra legislativo ed esecutivo nel quadro del principio di separazione dei poteri. Queste coordinate sono strettamente interconnesse tra loro: mentre la prima, però, è l'oggetto prevalente della *opinion di maggioranza* redatta dalla Corte *per curiam*, la seconda costituisce il centro delle riflessioni della *concurring opinion* di Gorsuch e delle critiche dei giudici dissenzienti.

Procedendo con ordine, la posizione di maggioranza fonda le sue argomentazioni a partire dall'analisi della fonte normativa che giustificerebbe, a parere dell'esecutivo, l'adozione delle misure emergenziali contestate. Come ricordato, l'approvazione dell'OSHAct ha avuto, fin dal 1970, quale scopo quello di consentire al Secretary of Labour di assicurare standard comuni sulla sicurezza lavorativa. La Corte sottolinea però che «no provision of the Act addresses public health (...) generally» e che, anzi, tale materia «falls outside of OSHA's sphere of expertise»²⁷³. Il ragionamento dei giudici di maggioranza confina il campo di applicazione della normativa federale ai luoghi di lavoro, legando chiaramente le competenze dell'OSHA a «work-related dangers». Nell'interpretazione offerta dalla amministrazione federale (e riportata dal Solicitor General nel ricorso), la diffusione del virus rientrerebbe però nella definizione di «grave danger» a cui anche i lavoratori sono esposti: dal momento che i non vaccinati hanno una più alta probabilità di contrarre e diffondere il morbo, essi sono costantemente esposti al «grave pericolo» del contagio nei luoghi di lavoro²⁷⁴. Questa considerazione giustificerebbe l'imposizione dell'obbligo vaccinale, dato che solo in questo modo risulterebbe possibile, come previsto dalla sez. sezione 6(c) dell'OSHAct, proteggere i lavoratori.

A parere dei giudici supremi, tuttavia, questa ricostruzione legislativa non tiene conto delle modalità specifiche di diffusione della malattia: benché essa possa interessare anche i luoghi di lavoro, il rischio di contagio non può essere definito come «an *occupational hazard*», ben potendo altresì colpire, come è facile constatare, ambienti domestici, scuole, stadi

²⁷³ *NFIB v. OSHA* 595 U.S., (2022), p. 6.

²⁷⁴ Come precisato dalle ETS dell'OSHA (86 Fed. Reg. 61403), infatti, «unvaccinated workers are much more likely to contract and transmit COVID-19», e pertanto essi «face grave danger from exposure to SARS-CoV-2 in the workplace».

e ogni altro luogo in cui si riunisce un certo numero di persone. La diffusione del virus è considerata quindi dalla Corte come un «universal risk» non troppo differente da altre malattie infettive, o finanche dall'inquinamento atmosferico; conferire alla amministrazione il potere di regolare «a daily life hazard» semplicemente in quanto potenzialmente idoneo a colpire i lavoratori americani «would significantly expand OSHA's regulatory authority without clear congressional authorization»²⁷⁵.

L'effetto della misura in esame, inoltre, non riguarda un intervento specifico volto a modificare il luogo o le condizioni di lavoro, ma possiede una portata ampia e generale che incide direttamente sulla vita di alcuni lavoratori americani, per il solo fatto che essi sono assunti da una azienda con più di cento dipendenti, imponendogli una prestazione sanitaria permanente che «cannot be undone at the end of the workday»²⁷⁶.

Nell'imporre il *vaccine or testing mandate*, le ETS non distinguono, infatti, in riferimento al contagio, le tipologie di imprese né le diverse mansioni lavorative svolte, limitandosi a precisare che la virulenza della pandemia è tale da poter colpire qualunque dipendente. Il compito dell'OSHA, invece, è quello di giustificare le misure adottate alla luce dei rischi che possono verificarsi in particolari situazioni; come precisato dalla Corte, sulla base di tali considerazioni, nulla impedirebbe a tale agenzia di definire standard di sicurezza nei casi in cui il virus ponga particolari pericoli in ragione delle specifiche mansioni lavorative svolte, ad esempio, da ricercatori medici che lavorano giornalmente a contatto con un agente patogeno, o da soggetti a cui è chiesto di operare in luoghi particolarmente affollati.

In definitiva, dunque, l'illegittimità della disposizione risiede nel fatto che «OSHA's indiscriminate approach fails to account for this crucial distinction between occupational risk and risk more generally» e, pertanto, «the mandate takes on the character of a general public health measure, rather than an “occupational safety or health standard”»²⁷⁷.

Quest'ultima considerazione si collega alla seconda coordinata concet-

²⁷⁵ *NFIB v. OSHA* 595 U.S., (2022), p. 7.

²⁷⁶ Come ricordato dalla *dissenting opinion* del Giudice Sutton in *In re MCP* No. 165, 20 F. 4th, at 274.

²⁷⁷ *NFIB v. OSHA* 595 U.S., (2022), p. 7.

tuale utilizzata dalla Corte (e dai giudici concorrenti e dissenzienti) nella sua decisione. Sono gli stessi giudici a rammentare, già nell'incipit della *opinion*, che le *agencies* federali sono «creatures of the statute», che esercitano il proprio potere normativo solo in ragione dell'autorità loro conferita dal Congresso²⁷⁸. La Corte rievoca così il tema delle deleghe legislative analizzato in precedenza: proprio perché l'OSHAct definisce criteri ampi ed ambigui nel delegare poteri normativi alla amministrazione, il problema dei giudici supremi è capire se l'obbligo vaccinale imposto ai lavoratori americani possa essere implicitamente ricompreso in una interpretazione estensiva della delega legislativa che spetta alle agency o se, al contrario, l'ampiezza delle misure adottate valga a ricomprenderle tra le *major rules*.

Posto in questi termini, il caso in esame costituiva un'occasione per la Corte di chiarire l'ambito e la portata della *major questions doctrine* e, di conseguenza, i limiti di applicazione della *Chevron deference*. L'opinione di maggioranza, tuttavia, non affronta direttamente tale problematica; essa si limita piuttosto ad osservare come la misura emergenziale approvata dall'OSHA, incidendo e condizionando la vita e la salute di oltre ottanta milioni di lavoratori americani, «is not everyday exercise of federal power». La portata della misura spinge pertanto la Corte ad una indagine più attenta delle disposizioni dell'OSHAct, perché «when authorizing an agency to exercise powers of vast economic and political significance» i giudici «expect Congress to speak clearly»²⁷⁹.

Nel caso di specie, il Congresso non sembra però aver espressamente investito l'amministrazione di tale potere. Nei suoi oltre cinquanta anni di vita, è facile constatare come l'OSHA – essenzialmente intervenuta in casi concernenti specifici luoghi o specifiche mansioni lavorative – non abbia mai approvato regole capaci di incidere sulla salute pubblica di un così vasto numero cittadini. A questa mancanza di precedenti storici si collega inoltre il fatto che, pochi giorni dopo l'approvazione delle regole emergenziali contestate, il Senato avesse approvato una risoluzione con

²⁷⁸ ID., p.5: «Administrative agencies are creatures of statute. They accordingly possess only the authority that Congress has provided».

²⁷⁹ ID., p. 6, citando *Alabama Assn. of Realtors v. Department of Health and Human Servs.*, 594 U.S., (2021).

cui veniva espressa la sua contrarietà a tale misura²⁸⁰. A giudizio della Corte, entrambi questi elementi costituirebbero «a “telling indication” that the mandate extends beyond the agency’s legitimate reach»²⁸¹.

Senza citare espressamente la *major questions doctrine*, la Corte sembra averne quindi indirettamente assorbito i criteri, rendendo il proprio controllo più stringente laddove l’esercizio dei poteri delle amministrazioni riguardi questioni economicamente e politicamente rilevanti, in mancanza di una espressa autorizzazione del Congresso. Tale impressione è confermata dalla concurring opinion di Gorsuch che, esplicitamente, rileva come la Corte abbia risolto il caso applicando un test che «we sometimes call the *major questions doctrine*»²⁸².

Oltre a richiamare l’utilizzo di tale dottrina, l’opinion di Gorsuch aiuta l’interprete a collocare il caso in esame all’interno di una determinata concezione del costituzionalismo americano. La vera questione sottoposta alla Corte, infatti, non sarebbe tanto quella di verificare se le misure adottate dalla amministrazione siano opportune per combattere la diffusione del virus, quanto quella di individuare chi sia il soggetto chiamato dalla Costituzione ad assumerle. La concurring opinion incardina dunque il tema all’interno del principio della separazione orizzontale e verticale dei poteri, ricordando che il compito dei giudici è quello di decidere se un obbligo vaccinale possa essere imposto da una amministrazione federale oppure debba essere riservato al Congresso o agli Stati. Sotto questo profilo, Gorsuch sottolinea che, mentre questi ultimi possono utilizzare «a general power of governing» la salute dei loro cittadini, le competenze federali «are not general but limited and divided» e devono essere esercitate

²⁸⁰ 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».

²⁸¹ *NFIB v. OSHA* 595 U.S., (2022), p. 8.

²⁸² *NFIB v. OSHA* 595 U.S., (2022), Gorsuch concurring, p. 2: «this Court has established at least one firm rule: “We expect Congress to speak clearly” if it wishes to assign to an executive agency decisions “of vast economic and political significance.” We sometimes call this the major questions doctrine [and] OSHA’s mandate fails that doctrine’s test».

tenendo in considerazione i limiti costituzionali derivanti dalla separazione (verticale ed orizzontale) dei poteri. È proprio in questa prospettiva che si comprende l'importanza della *major questions doctrine*: in primo luogo, essa «ensures that the national government's power to make the laws that govern us remains where Article I of the Constitution says it belongs with the people's elected representatives»²⁸³. In secondo luogo, collegandosi alla *nondelegation doctrine*, essa costituisce un test di controllo che opera come «a vital check on expansive and aggressive assertions of executive authority»²⁸⁴. In definitiva, «the question before us is not how to respond to the pandemic, but who holds the power to do so». E, a parere di Gorsuch, la risposta è chiara: «under the law as it stands today, that power rests with the States and Congress, not OSHA»²⁸⁵.

Quest'ultima affermazione è direttamente contestata dalla opinione dei tre giudici dissenzienti. Ricostruendo diversamente l'interpretazione delle norme dell'OSHAct, Breyer, Kagan e Sotomayor hanno asserito come l'amministrazione federale abbia agito esercitando legittimamente i poteri emergenziali conferiti dal Congresso per difendere i lavoratori da «a grave danger» costituito da «physically harmful agents». Se è vero che il virus può diffondersi anche al di fuori dell'orario lavorativo, ciò non significa che i luoghi di lavoro siano protetti dal contagio e, dal momento che l'OSHAct invita a tutelare i lavoratori, l'amministrazione ha esercitato correttamente i suoi poteri. Nessuna norma, infatti, delimita il potere dell'amministrazione qualora la diffusione del virus riguardi anche posti extra-lavorativi, e quando il Congresso «enact[s] expansive language offering no indication whatever that the statute limits (...), the Court cannot impos[e] limits on an agency's discretion that are not supported by the text»²⁸⁶.

Utilizzando un argomento dal sapore testualista, i giudici dissenzienti rovesciano quindi il criterio utilizzato da Gorsuch: di fronte alla mancanza di chiaro ed espresso limite all'esercizio del potere, la Corte deve esercitare una certa deferenza nei confronti della amministrazione, conside-

²⁸³ ID., p. 4.

²⁸⁴ ID., p. 5.

²⁸⁵ ID., pp. 6-7.

²⁸⁶ *NFIB v. OSHA* 595 U.S., (2022), *dissenting opinion*, p. 7.

rando tale potere come implicitamente delegato. Anche qui senza esplicitazione alcuna, risulta chiaro il velato riferimento alla *Chevron deference* che confina l'interpretazione normativa dei giudici di fronte a norme dal contenuto ampio e/o ambiguo.

In questa prospettiva, viene allora individuata la vera domanda che la Corte Suprema avrebbe dovuto porsi: chi è il soggetto maggiormente qualificato a stabilire efficaci protezioni dal Covid-19 per i lavoratori americani? Una *agency* esperta nell'individuare e combattere i rischi per la salute nei luoghi di lavoro o un organo giurisdizionale senza alcuna esperienza o conoscenza in materia?²⁸⁷ La risposta, per i giudici dissenzienti, è altrettanto chiara quanto lo era stata per Gorsuch: «Without legal basis, the Court usurps a decision that rightfully belongs to others»; pertanto, «It undercuts the capacity of the responsible federal officials, acting well within the scope of their authority, to protect American workers from grave danger»²⁸⁸.

13.2. Biden v. Missouri.

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

Come anticipato in precedenza, due sono le disposizioni che rilevano nel caso in esame: una di carattere generale, che affida a HHS il compito di approvare le disposizioni regolamentari necessarie ad esercitare le sue

²⁸⁷ *NFIB v. OSHA* 595 U.S., (2022), *dissenting opinion*, p. 12: «Underlying everything else in this dispute is a single, simple question: Who decides how much protection, and of what kind, American workers need from COVID-19? An agency with expertise in workplace health and safety, acting as Congress and the President authorized? Or a court, lacking any knowledge of how to safeguard workplaces, and insulated from responsibility for any damage it causes?».

²⁸⁸ *NFIB v. OSHA* 595 U.S., (2022), *dissenting opinion*, pp. 13-14.

funzioni²⁸⁹ ed una, più particolare, che investe il Secretary of Health and Human Service della responsabilità di individuare i requisiti che le strutture mediche del Paese devono soddisfare per ottenere i fondi federali stanziati da Medicare e Medicaid²⁹⁰. Basando la sua competenza su tali disposizioni, il CMS ha così aggiornato, seguendo una procedura di emergenza, tali requisiti, ricomprendendo l'obbligo vaccinale per i dipendenti e disponendo, in caso di mancato rispetto di tale obbligo, sanzioni pecuniarie o, nei casi più gravi, anche la sospensione della struttura dal programma. A parere dei giudici supremi, la misura approvata «rientra pienamente» nelle disposizioni delegate dal Congresso per due ragioni.

Anzitutto, provvedere un obbligo vaccinale per operatori sanitari serve a prevenire la diffusione del contagio all'interno di un contesto, quello ospedaliero, dove la tutela della salute è il primo e principale compito di chi vi lavora. Sarebbe infatti paradossale asserire che una amministrazione incaricata di stabilire efficienti ed efficaci condizioni di lavoro non possa essere in grado di stabilire misure che prevengono l'infezione dei pazienti.

È in questo senso che deve essere di conseguenza interpretata la disposizione che attribuisce al Secretary of Health il compito di predisporre le condizioni necessarie per garantire la salute e la sicurezza di coloro a beneficio dei quali è erogato il servizio stesso. La misura approvata dalla amministrazione rientra in questa competenza essendo, sottolineano i giudici, «necessary to promote and protect patient health and safety in the face of the ongoing pandemic»²⁹¹.

Secondo i giudici dissenzienti, le disposizioni invocate dalla amministrazione riguarderebbero invece in realtà solo «a list of bureaucratic rules regarding the technical administration of Medicare and Medicaid»²⁹². La maggioranza dei giudici respinge però tale restrittiva esegesi della norma, ricordando come in passato l'amministrazione federale avesse utilizzato

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

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

²⁹¹ *Biden v. Missouri*, 595 U.S., (2022), p. 5.

²⁹² *Id.*, p. 6.

tali disposizioni per imporre agli operatori particolari condizioni sanitarie, quali l'approvazione di linee guida specifiche volte a contenere e prevenire la diffusione di infezioni. Ne consegue che l'elenco delle misure già approvate dalla amministrazione come condizione necessaria per partecipare ai programmi federali documenta che «the Secretary's role in administering Medicare and Medicaid goes far beyond that of a mere bookkeeper²⁹³».

In secondo luogo, i giudici si focalizzano sulla portata della misura contestata, ovverosia sull'imposizione di un obbligo vaccinale previsto a carico di dieci milioni di lavoratori americani. La Corte è consapevole che l'ampiezza di tale misura non trova precedenti nel passato, ma rileva altresì come mai prima d'ora l'amministrazione si fosse trovata a fronteggiare una pandemia, di così vaste dimensioni²⁹⁴. Anche al di fuori di questo inedito contesto, la Corte osserva come non sia inusuale, all'interno del Paese, prevedere obblighi vaccinali a carico degli operatori sanitari dal momento che numerose leggi stabiliscono già analoghe misure contro specifiche malattie quali l'epatite B, l'influenza, la rosolia.

Questo argomento appare, in realtà, poco convincente sotto il profilo della ripartizione verticale dei poteri, perché le richiamate leggi che dispongono obblighi vaccinali per gli healthcare workers sono state approvate dai singoli Stati e non dal governo federale. In modo forse troppo elusivo, la Corte aggira il problema sostenendo come la previgente imposizione di obblighi vaccinali da parte del livello statale costituisca la «principale ragione» che aveva indotto la agency federale a non averle indicate come requisito necessario per accedere ai fondi federali²⁹⁵. In definitiva, quindi, la Corte Suprema ritiene che l'obbligo vaccinale predispo-

²⁹³ ID., p. 6.

²⁹⁴ ID., p. 7: «Of course the vaccine mandate goes further than what the Secretary has done in the past to implement infection control. But he has never had to address an infection problem of this scale and scope before».

²⁹⁵ ID., p. 7 «And his response is not a surprising one. Vaccination requirements are a common feature of the provision of healthcare in America: Healthcare workers around the country are ordinarily required to be vaccinated for diseases such as hepatitis B, influenza, and measles, mumps, and rubella (...). As the Secretary explained, these pre-existing state requirements are a major reason the agency has not previously adopted vaccine mandates as a condition of participation».

sto dal CMS costituisca, nelle circostanze attuali, «a straightforward and predictable example of the “health and safety” regulations that Congress has authorized the Secretary to impose»²⁹⁶.

A differenza di quanto avvenuto nel caso OSHA, la pronuncia qui analizzata ha avvallato l'interpretazione estensiva delle disposizioni normative fornita dalla amministrazione. Dalla penna dei giudici dissenzienti traspare, infatti, come nessuna disposizione del Medicare and Medicaid Act investa l'HHS del precipuo compito di stabilire un obbligo vaccinale a carico degli operatori sanitari. Al contrario, l'amministrazione sembra aver fondato la sua competenza su norme ampie e generali, ricavandola implicitamente dal potere di regolare la salute e la sicurezza dei pazienti, ma «has not made a strong showing that this hodgepodge of provisions authorizes a nationwide vaccine mandate»²⁹⁷.

La dissenting opinion insiste sulla interpretazione per cui, qualora ci si trovi di fronte a provvedimenti di così vasta portata, è necessario prestare particolare attenzione alle disposizioni normative, cercando di verificare se il Congresso abbia o meno voluto delegare un potere tanto ampio all'esecutivo; è presumibile, infatti, che il legislativo «does not hide “fundamental details” of a regulatory scheme in vague or ancillary provisions»²⁹⁸. Appare chiaro qui il riferimento allo schema argomentativo proprio della *nondelegation doctrine*, che presuppone che i poteri delegati alla amministrazione debbano essere chiaramente indicati dalle leggi delega, e che più difficilmente possa ricavarsi un potere di regolazione implicito da disposizioni vaghe e generali.

13.3. *La separazione dei poteri come tutela dei diritti: uno sguardo d'insieme alle sentenze NFIB v. OSHA e Biden v. Missouri.*

Balzate agli onori della cronaca in ragione delle loro soluzioni apparentemente contraddittorie, le sentenze *NFIB v. OSHA* e *Biden v. Missouri* hanno destato grande interesse più per le modalità scelte dai giudici per ri-

²⁹⁶ ID., p. 7.

²⁹⁷ *Biden v. Missouri*, 595 U.S., (2022), Thomas dissenting, p. 4.

²⁹⁸ ID., p. 4.

solvere i casi che non per il loro risultato finale. Entrambi i ricorsi riguardavano il delicato problema degli obblighi vaccinali, che tanta eco mediatica ha sollevato in tutti gli ordinamenti colpiti dalla pandemia. Le argomentazioni dei giudici non si sono però soffermate tanto sulla legittimità di tali obblighi sotto il profilo della lesione dei diritti quanto, piuttosto, sul corretto esercizio dei poteri federali da parte delle agencies coinvolte. Se osservate in questa prospettiva, è possibile forse individuare alcune ragioni che spiegano, almeno in parte, la divergenza che contraddistingue le pronunce.

Un primo ordine di motivi concerne la separazione orizzontale dei poteri: i casi in esame testimoniano un atteggiamento di diffidenza della maggioranza conservatrice della Corte Suprema nei confronti di un eccessivo utilizzo dei poteri delegati impliciti²⁹⁹. Questa sensibilità emerge plasticamente se si leggono le perplessità sollevate in passato dai giudici Thomas³⁰⁰, Roberts e Alito³⁰¹ e, più di recente, anche da Gorsuch e Kavanaugh, la cui contrarietà per una marcata deferenza nei confronti della amministrazione era già emersa durante il loro mandato da giudici federali³⁰², tanto da averne

²⁹⁹ Analogamente G. ROMEO, *Interpretazione della legge e judicial deference nella Corte Suprema del dopo Scalia*, in *DPCE*, 2, 2018, p. 524: «la componente conservatrice della Corte, tradizionalmente diffidente verso il big government, intraved[e] nella ridefinizione dei limiti interpretativi delle deference doctrines un'occasione per il protagonismo statale anche nella congiuntura storica più favorevole a un Administrative (federal) State».

³⁰⁰ *Michigan v. Evtl. Prot. Agency*, 576 U.S., (2015), Thomas concurring: «Chevron deference raises serious separation-of-powers questions».

³⁰¹ *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».

³⁰² Cfr. la dissenting opinion di Gorsuch in *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, no. 14-9585 (10th Cir. 2016): «For whatever the agency may be doing under Chevron, the problem remains that courts are not fulfilling their duty to interpret the law and declare invalid agency actions inconsistent with those interpretations in the cases and controversies 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

in parte condizionato il loro processo di nomina alla Corte Suprema³⁰³.

Si tratta, a ben vedere, di perplessità trasversali, come dimostrano le critiche per gli abusi del potere esecutivo presidenziale avanzate anche da deputati e senatori Democratici nei confronti della amministrazione Trump, il cui uso estensivo e non convenzionale degli emergency powers in materia di immigrazione è stato fortemente avversato³⁰⁴. In definitiva, al di là della indiscutibile polarizzazione istituzionale che investe da ormai almeno un decennio il sistema americano, la ricerca di un corretto equilibrio tra poteri rimane un problema costituzionale profondamente complesso³⁰⁵ che esula, almeno in parte, dalle preferenze politico-partitiche³⁰⁶.

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

³⁰³ Come ricordato da Justice Kavanaugh nel suo *hearing* di fronte al *Senate Judiciary Committee* il 5 settembre 2018: «I'm not a skeptic of regulation at all. I am a skeptic of unauthorized regulation, of illegal regulation, or regulation that's outside the bounds of what the laws passed by Congress have said. And that is what is at the root of our administrative law jurisprudence». Con riferimento alla nomina di Gorsuch, sia consentito il rinvio a L.P. VANONI, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale*, in *DPCE*, 3, 2017, p. 833 ss.

³⁰⁴ Così, ad esempio, come ricordato da M. MCCONNELL, *Kavanaugh and the "Chevron Doctrine"*, cit., «the federal Board of Immigration Appeals ordered the deportation of a lawful permanent resident under a statute that calls for removal of persons convicted of "child abuse." The agency interpreted "child abuse" to include driving under the influence with a child in the car not wearing a seat belt. Just a few days ago, a federal appellate court upheld this order under *Chevron* – even though "child abuse" is a term that, to most people, connotes a far more hateful and intentional crime. (*Martinez-Cedillo v. Sessions* (2018)). Obviously, this kind of interpretation can easily shift from administration to administration, effectively converting written law passed by Congress into variable policy molded by executive agencies». Sull'uso degli *emergency powers* da parte della amministrazione Trump v. *supra*, par. 8.

³⁰⁵ B. ACKERMAN, *The Decline and Fall of the American Republic*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2013.

³⁰⁶ Come osservato da M. MCCONNELL, *Kavanaugh and the "Chevron Doctrine"*, cit.: «unlike more focused questions of constitutional law like guns and abortion, the

Nei due casi in esame, la Corte Suprema si muove all'interno di questa problematica identificando un possibile punto di equilibrio tra una eccessiva deferenza nei confronti della amministrazione e un irrealistico attivismo fondato sui parametri incerti delle *major questions*. Di tale equilibrio si può forse trovare traccia nella posizione espressa da Kavanaugh durante il suo mandato di giudice del *D.C. Circuit*, secondo cui «while the Chevron doctrine allows an agency to rely on statutory ambiguity to issue ordinary rules, the major rules doctrine prevents an agency from relying on statutory ambiguity to issue major rules»³⁰⁷.

Con tutta probabilità, la differenza tra ordinary rules e major rules costituisce il punto di discriminazione tra le due decisioni: mentre l'obbligo vaccinale imposto agli operatori sanitari è stato deciso da una agency che, ordinariamente, è chiamata a stabilire le regole e i requisiti a cui gli ospedali che intendono partecipare ai programmi federali Medicare e Medicaid devono sottostare, la misura disposta da OSHA esorbita, in ragione della sua portata e in relazione alla competenza generalmente attribuita a tale agency, dall'esercizio ordinario dei suoi poteri. In altri termini, come ricordato da Somin, «the broad large-employer mandate effectively gives presidential administrations a blank check to control nearly every aspect of every workplace in the country, going beyond the authority given to the executive branch by Congress», mentre, al contrario, «the health care worker requirement is much narrower, well within the scope of existing law and does not threaten to set a problematic precedent»³⁰⁸.

Questa lettura trova una indiretta conferma anche sul piano della separazione verticale dei poteri che rappresenta il secondo ordine di ragioni che concorre a individuare i profili di divergenza tra le due posizioni assunte dalla Corte Suprema. Sebbene le opinions *per curiam* non si concentrino su tale problematica (che resta quindi del tutto marginale), non è un caso che, mentre l'obbligo vaccinale imposto ai lavoratori identifica il suo fondamento in una legge, approvata nel 1970, basata sulla interpretazione della *Interstate Commerce Clause*, la vaccinazione degli operatori

Chevron issue is not plainly a “conservative” or a “liberal” cause. The doctrine cuts both ways; it can be employed by administrations of any stripe».

³⁰⁷ *U.S. Telecom Ass'n v. FCC*, 855 F.3d 381, 418 (D.C. Cir. 2017).

³⁰⁸ I. SOMIN, *Supreme Court Blocks Vaccine Mandate for Businesses, Exposing Biden's Overreach*, in *NBCnews*, 13 gennaio 2019, <https://www.nbcnews.com/>.

sanitari utilizza un meccanismo consolidato che, poggiando sulla *Spending Clause*, consente al CMS di subordinare l'accesso degli ospedali ai fondi federali al rispetto di determinati requisiti.

Entrambe le disposizioni sono state adottate in condizioni di emergenza e in deroga alle normali procedure di predisposizione degli atti amministrativi. Il diverso fondamento giuridico espone la misura disposta da OSHA a maggiori criticità, dato che la Corte Suprema adotta uno scrutinio più rigoroso quando il governo federale esercita la propria competenza in materia di commercio interstatale per giustificare politiche sanitarie generali. La *Commerce Clause*, infatti, «gives the federal government a supporting role in confronting the pandemic (...) but [it] cannot turn into a general police power to regulate everything and everyone in the country»³⁰⁹. Le differenze evidenziate nelle due sentenze, pertanto, non si pongono il problema della correttezza delle politiche vaccinali³¹⁰, ma distinguono l'esercizio legittimo di un potere che, rivolto agli operatori sanitari, rientra nella competenza tecnica ordinaria del Ministero della Salute, da quello, illegittimo, che attribuiva implicitamente al Dipartimento del lavoro una competenza che concerne una politica di salute pubblica normalmente esercitata dagli Stati. In questa prospettiva, le sentenze *NFIB v. OSHA* e *Biden v. Missouri* contribuiscono a mettere in luce un tratto caratteristico del sistema americano ossia quello che vede nel corretto bilanciamento tra i poteri la prima e principale difesa dei cittadini nei confronti del potere pubblico.

³⁰⁹ J. WOO, R.J. DELAHUNTY, *Why Biden's Vaccine Mandate Fails the Constitutional Test*, cit.

³¹⁰ I SOMIN, *Supreme Court Blocks Vaccine Mandate for Businesses, Exposing Biden's Overreach*, cit.: «the administration's desire to increase the vaccination rate is laudable. Vaccines are essential to limit the spread of the disease and especially to prevent severe disease, hospitalization and death. But the government must respect legal limits on its power».

CONCLUSIONI

In un famoso libro di qualche decennio fa, Ralf Dahrendorf ha ricordato che interrogarsi sulla democrazia (e sulla sua crisi) significa dare risposta «a tre domande chiave: come possiamo produrre cambiamenti nelle nostre società senza violenza? (...) come possiamo, attraverso un sistema di “check and balance”, controllare quelli che sono al potere in modo da essere certi che non ne abusino? (...) e infine come può il popolo – tutti i cittadini – avere voce nell’esercizio del potere?»¹. Ognuna di queste domande apre molti interrogativi sul futuro dei sistemi liberal-democratici e sulla possibilità che essi siano in grado rispondere adeguatamente alle sfide del mondo globalizzato. Fino allo scorso secolo, infatti, «la democrazia è stata una formidabile soluzione al problema della forma di governo a livello degli Stati-nazione» ma oggi è difficile applicarla «ai molti livelli internazionali o multinazionali in cui si forma oggi la decisione politica»². Dahrendorf conclude «malinconicamente» che «possiamo sperare di affrontare e risolvere alcuni problemi posti dalla modernità più attraverso un’estensione internazionale dello stato di diritto che attraverso la costruzione di nuove e più ampie istituzioni democratiche»³.

C’è però un diverso modo di leggere le domande poste dal politologo tedesco. Tutte, infatti, riguardano l’esercizio e il controllo di un potere (il potere sovrano) che necessita di regole giuridiche per essere legittimato; gli ordinamenti liberali si reggono infatti su un paradosso ideale che si

¹ R. DAHRENDORF, *Dopo la democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2001, Edizione Kindle, pos. 49-56.

² ID., pos. 105.

³ ID., pos. 100. Secondo l’A. «l’ordine liberale è composto da due elementi distinti: uno è la democrazia, l’altro è lo stato di diritto, la sottomissione cioè di tutti i cittadini senza distinzioni alla legge. Sono entrambi importanti, ma non sono la stessa cosa» (pos. 85).

radica sulla fiducia incrollabile nella capacità degli individui di autogovernarsi, ma, al tempo stesso, riconosce che la natura umana è inevitabilmente sensibile al fascino corruttivo del potere e pone come condizione necessaria di esercizio di quest'ultimo la costruzione di «a government of law, not of men»⁴. Le Costituzioni nascono quindi per risolvere questo formidabile paradosso traducendo le idee della democrazia e dello stato di diritto in principi costituzionali giuridicamente interconnessi perché pensati l'uno a supporto dell'altro; senza la legittimazione del *demos* non può esserci un potere legittimamente costituito, ma senza le regole del *rule of law* quel potere rischia di trasformarsi in una tirannia (di un solo individuo o anche della maggioranza).

Quest'ultima considerazione ci aiuta forse a comprendere perché il principio della separazione dei poteri sia così importante per il costituzionalismo liberale. Se l'idea di Montesquieu si limitasse a descrivere le funzioni attraverso cui è opportuno dividere il potere, oggi apparirebbe in parte superata dagli eventi, dal momento che una separazione rigida in tre poteri funzionalmente separati l'uno dall'altro che incarna la linearità dorica del tempio greco non è più in grado di sorreggere il peso e la complessità delle nostre società⁵. Ma l'intuizione di Montesquieu e Madison è, più in profondità, quella per cui solo contrapponendo tra loro i poteri è possibile dividere *il potere* e garantire così la libertà dei cittadini dall'arbitrio dello Stato.

Letta in quest'ottica, la separazione dei poteri diventa un punto di connessione tra la teoria democratica e il principio del *rule of law*, perché permette di costruire un sistema di governo articolato in una molteplicità di organi responsabili nei confronti del popolo che, controllandosi l'uno con l'altro, sono in grado di promuovere una unità costituzionale incanalando al tempo stesso il dissenso politico all'interno di uno confronto/scontro istituzionale.

Si comprende così perché lo spirito della separazione dei poteri – pur nelle sue inevitabili trasformazioni storiche – costituisca una questione ancora aperta nei sistemi giuridici contemporanei, perché la necessità di

⁴ MADISON J., *The Federalist* n. 10, in *Il Federalista* ed. it. a cura di M. Negri, Nischi Lischi, Pisa, 1955, p. 58.

⁵ Cfr. *supra*, Cap I. par. 6 e 7.

dividere il potere non è venuta meno con la trasformazione della forma di Stato da liberale a democratico sociale, né con l'insorgere di nuovi poteri sovranazionali. Al contrario, il pluralismo delle nostre società mette a confronto realtà politiche e sociali tra loro anche molto diverse che necessitano però di trovare un punto di sintesi comune, dal momento che «vivere nel XXI secolo significa gestire identità multiple che vanno dal sentirsi radicati in una piccola comunità fino a raggiungere la dimensione transnazionale»⁶.

La necessità di «dividing, channelling and constraining governmental powers»⁷ è inoltre emersa in modo ancor più evidente durante la recente emergenza sanitaria, che – sollecitando una risposta eccezionale degli ordinamenti – ha mostrato in modo chiaro i problemi del funzionamento dei sistemi costituzionali presi a riferimento nella nostra ricerca comparata. Osservati sotto la lente di ingrandimento della pandemia, infatti, tanto il sistema Australiano quanto quello Statunitense hanno subito una torsione del normale equilibrio tra poteri costituzionali che può essere in futuro destinata a produrre modifiche permanenti.

In Australia, l'efficacia della risposta pandemica è stata il frutto di un approccio costituzionale pragmatico iniziato già prima dell'insorgere della pandemia; un approccio che ha portato negli anni l'ordinamento a smusare gli angoli dell'originario federalismo duale plasmandone i contorni fino a trasformarlo in un meccanismo di cooperazione tra livelli di governo. Ed è stato questo percorso che ha permesso l'istituzione del National Cabinet, ovvero di quel nuovo organo intergovernativo che è stato capace, soprattutto nei primi mesi della pandemia, di reagire in maniera tempestiva alle sfide poste dal dilagare del contagio.

⁶C. CROUCH, *Identità perdute. Globalizzazione e nazionalismo*, Laterza, Bari-Roma, 2019, p. 14.

⁷Per usare l'espressione di M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge MA London UK, 2022, p. 195. Per l'autore, il costituzionalismo si comporrebbe in «six main criteria: a comprehensive scheme of government (...) the principle of representative government (...) dividing, channelling and constraining governmental powers (...) a permanent governing framework (...) a system of fundamental law (...) a collective political identity». Ognuno di questi elementi del costituzionalismo avrebbe subito una profonda trasformazione nell'era globale-neoliberale, al punto che secondo l'A. l'idea del costituzionalismo andrebbe ormai superata.

Sotto il profilo politico, tale soluzione è stata probabilmente favorita dalla recente crisi dei *Bushfire*, rispetto alla quale i cittadini australiani avevano aspramente criticato il rimpallo delle responsabilità avvenuto tra territori e federazione, chiedendo anzi a gran voce al governo centrale di intervenire al di là della specifica attribuzione costituzionale delle competenze. Forse segnato da questo precedente, il Primo ministro del Commonwealth ha così aggredito tempestivamente la crisi pandemica, istituendo una cabina di regia funzionalmente idonea a velocizzare le comunicazioni tra la task force di esperti e i centri decisionali nel Paese e, quindi, a sviluppare una sintesi efficace delle decisioni.

Ottenuta sul piano verticale la collaborazione dei Governatori del Commonwealth, il Governo si è poi avvalso dei meccanismi emergenziali del *Biosecurity Act*, che – definito non a caso «a legislative bulldozer»⁸ – ha spianato la strada ad interventi di chiusura delle attività economiche, di previsione di quarantene e lockdown nelle zone più colpite del paese, di chiusura del traffico aereo internazionale in entrata e in uscita e così via. Attribuendo poteri amplissimi al Ministro della salute del Commonwealth, il *Biosecurity Act* ha pertanto consentito al sistema australiano di realizzare quella che è stata qualificata come a «Fortress strategy», ottenendo risultati inattesi sul contenimento della mortalità della popolazione⁹.

Dopo un iniziale assenso, i costituzionalisti australiani hanno però cominciato a domandarsi se questo «extraordinary grab of powers»¹⁰ sollevasse o meno qualche dubbio di legittimità rispetto alla tenuta dei principi del Responsible government e del *rule of law*. In primo luogo, infatti, il National Cabinet, pur non costituendo – nella sostanza – un comitato funzionale al Cabinet Government, si è avvalso degli strumenti della Cabinet Convention, e in particolare della segretezza degli atti e delle votazioni circa le decisioni prese durante l'epidemia. Se questo è apparso, per un certo verso, comprensibile nelle more dell'emergenza, più discutibile è stata la scelta del Primo Ministro – presa sull'onda del successo derivante dall'efficienza del nuovo sistema – di rendere tale organo permanente. L'altra faccia della medaglia del National Cabinet, che parte della dottri-

⁸ Cfr. *supra*, Cap. II, par. 15.

⁹ Cfr. *supra*, Cap. I, par. 12.

¹⁰ Cfr. *supra*, Cap. II, par. 8.

na costituzionalistica australiana ha messo in luce, è stata infatti la compatibilità di una sua messa a regime rispetto alle significative problematiche proprio in punto di separazione dei poteri, dal momento che già durante la pandemia era emersa con forza la scarsa incidenza e lo scarso margine di manovra riservato al Parlamento del Commonwealth (ma – attraverso il principio della *collective responsibility* – anche dei Parlamenti dei singoli Stati) nell’operare un serio ed efficace controllo sugli atti approvati da un simile organo.

Un problema per certi versi analogo è emerso altresì con riferimento alle procedure di controllo delle numerose Determinations approvate dal Ministro della Salute nell’alveo del *Biosecurity act* che, come visto, permette la delega di ragguardevoli poteri all’esecutivo, per di più sottratti al normale controllo sulla legalità (*disallowance*) svolto dallo Standing Committee del Senato. È risultato così molto difficile, se non proprio impossibile, provare l’illegittimità di tali atti rispetto diritto dei cittadini non solo di uscire dal paese, ma anche – e forse soprattutto – di fare ritorno a casa¹¹. In controtendenza rispetto alla sapiente costruzione di efficaci e

¹¹ Così i casi *LibertyWorks Inc v Commonwealth* e *Newman v Minister for Health and Aged Care*, cfr. *supra*, Cap. II par. 15 e 14. Deve essere ricordato che, mentre il caso *LibertyWorks* riguardava l’uscita dal paese dei membri di una associazione conservativa per un convegno, e può essere forse annoverato come un caso di *strategic litigation* volto a testare – e a criticare – le misure adottate dal governo prevalentemente per ragioni ideal/ideologiche, il caso *Newman* riguardava l’impossibilità per un cittadino ultrasettantenne di far ritorno a casa dopo esser stato bloccato, per oltre un anno, in India. Infine, per completezza, occorre ricordare che anche la High Court si è occupata – in un solo caso – di problematiche relative alla pandemia nel famoso caso *Palmer v Western Australia*, in cui i giudici supremi «dismissed a challenge to Western Australia’s border closure, which was implemented to prevent the spread of the COVID-19 virus. Mr Palmer challenged the Quarantine (Closing the Border) Directions (WA), which were authorised by the Emergency Management Act 2005 (WA), on the basis that they infringed freedom of intercourse between the states guaranteed by s 92 of the Australian Constitution». Pur molto discusso dalla dottrina (cfr. T. MANOUSARIDIS, *Palmer v Western Australia: A Critique of the High Court of Australia’s Approach to Constitutional Review of Executive Exercises of Power*; in *Sidney L. Rev.*, 44(2), 2022, p. 1 ss.; D.J. TOWNSEND, *Constitutional Algebra: Palmer v Western Australia Reunites the Broken Parts of s 92*, *Law Society Journal* 76, 2021, p. 84 ss.; A. STOKER, J. BEARDOW, *Mr “McGowan, Tear Down This Wall!”: Section 92 after Palmer v Western Australia*’ (Speech, Samuel Griffith Society, in *Online Speaker Series*, 2021, p. 10.) il caso si concentra tuttavia su una

lodati meccanismi di controllo degli atti delegati da parte del Parlamento che è tradizionalmente propria del sistema australiano, quest'ultimo si è così trovato disarmato e privato della esperibilità di utili rimedi per far fronte agli eventuali abusi commessi dal governo nei confronti di libertà fondamentali riconosciute ai cittadini dalla Common law.

Negli Stati Uniti, al contrario, l'approccio liberal-libertario della popolazione americana ha reso più difficile fronteggiare il virus per il tramite di una strategia comune e condivisa. È vero che l'estensione dello Stato americano e il fatto che il virus abbia colpito almeno inizialmente alcuni Stati più di altri ha sollecitato, in prima battuta, la risposta dei governatori più che della Casa Bianca. Ma il mancato intervento del livello federale non può essere ricondotto esclusivamente solo a motivi di carattere fattuale, avendo su questo probabilmente pesato anche motivi di ordine politico quali l'aggravarsi della polarizzazione esistente nel paese, così come l'alternarsi alla Casa Bianca di due Presidenti tanto diversi che ha aggiunto un ulteriore fattore di confusione all'interno del paese. Certo è che, sotto il profilo costituzionale, la pandemia ha mostrato tutta la tensione e lo scontro tra poteri che contraddistingue da sempre l'eccezionalismo americano.

Sotto il profilo verticale, la pandemia ha messo alla prova una architettura federale pensata per offrire una doppia garanzia costituzionale e immaginata per scongiurare, attraverso il controllo politico di un livello di governo sull'altro, il rischio della tirannia. Ciò ha favorito l'ascesa dei governatori statali, che si sono da subito imposti come i veri protagonisti della lotta al virus pur con posizioni radicalmente diverse: in taluni casi mediante l'adozione di *stay at home orders* molto rigidi (come avvenuto, ad esempio, a New York), mentre in altri evitando il più possibile la chiusura di attività commerciali anche non essenziali (come disposto invece in Florida). L'importanza delle differenti risposte locali è stata così rilevante per il popolo americano da aver influito sulla riconferma o meno dei propri governatori nelle elezioni del 2020¹²; è per questa ragione

misura restrittiva approvata da uno Stato (Western Australia) e non dal governo del Commonwealth, e quindi si articola per lo più come un problema di ricostruzione delle competenze legislative federali e non di separazione dei poteri.

¹² Molto significativo, in questo senso, il successo elettorale in Florida di Ron De-

che Tom Ginsburg ha giudicato la risposta americana «a successful in responding to the preferences of the public»¹³ anche se i dati sulla mortalità parlano di una tragedia molto più vasta di quella che ha colpito altre nazioni nel mondo¹⁴.

Con la diffusione dell'infezione Covid-19, tuttavia, il problema di definire politiche sanitarie e vaccinali uniformi sull'intero territorio nazionale è divenuto più stringente, e l'amministrazione Biden si è prodigata ad individuare adeguati strumenti giuridici funzionali a fondare la propria competenza ad intervenire. Non trovando risposte adeguate nella divisione verticale dei poteri, l'amministrazione ha così fatto affidamento sui meccanismi che regolano il rapporto orizzontale tra essi, cercando di ricavare una propria competenza dallo strumento delle deleghe legislative. Come si è messo in luce, infatti, l'esecutivo è riuscito ad approvare misure emergenziali che obbligavano molti lavoratori americani a vaccinarsi, facendo aggio sulla storica espansione dello Stato amministrativo americano e sulla lettura estensiva di deleghe legislative conferite da leggi approvate in un differente contesto storico. Non senza che questo portasse però ad innescare un contenzioso giuridico davanti alla Corte Suprema, risolto con le sentenze *NFIB v. OSHA* e *Biden v. Missouri*.

Al di là del differente risultato, ciò su cui interessa soffermare l'attenzione è come entrambe le pronunce abbiano affrontato il problema evidenziando un tratto caratteristico del sistema americano ossia quello che vede nel corretto bilanciamento tra i poteri la prima e principale difesa dei cittadini nei confronti del potere pubblico. Il percorso argomentativo dei giudici non si è infatti sviluppato a partire del corretto bilanciamento operato dalla amministrazione tra la necessità di imporre una misura di salute pubblica e il diritto conferito ai cittadini di decidere per sé delle cure vaccinali e pertanto verificando se le politiche federali vaccinali siano state giuste, bensì cercando di rispondere all'interrogativo: *who decides?* I giudici si sono domandati, in particolare, se tali politiche fossero o meno compatibili con l'attribuzione dei poteri stabilita dalla Costituzione e

Santis che gli ha permesso di accreditarsi come sfidante alle primarie repubblicane per la corsa alla Casa Bianca nel 2024.

¹³ Cfr. *supra*, Cap. III, par. 1.

¹⁴ Cfr. *supra*, Cap. III, par. 1, note 2 e 3.

quindi se l'amministrazione avesse o meno ecceduto nel suo potere interpretando disposizioni delegate in un contesto assai diverso da quello originariamente previsto.

Sia la strada seguita dalla Corte Suprema sia il dibattito sorto in Australia sul National Cabinet spostano i riflettori sulla considerazione per cui, specialmente durante crisi emergenziali, è *ai poteri* e non soltanto *ai diritti* che i giuristi devono prestare attenzione. Quando si spingono oltre le "colonne d'ercole" dei loro confini, i poteri costituzionali possono infatti innescare una modifica (formale o informale) degli equilibri costituzionali che rischia di diventare permanente¹⁵, perché, come acutamente ricordato, «to assume power is easier than to return power»¹⁶.

Questa trasformazione appare palese nel caso australiano, dove il successo del National Cabinet ha indotto il governo federale a rendere permanente tale organo, suscitando rilevanti problemi di costituzionalità legati alla trasparenza delle sue decisioni. È per questo che la ricordata pronuncia del giudice White della AAT Federal Court assume tanto rilievo; ritenendo tale organo solo nominalmente – e non sostanzialmente – collegato al governo, il giudice ha escluso che esso possa avvalersi del principio della *Cabinet confidentiality*, ritenendo al contrario che esso sia tenuto a trasmettere i documenti riguardanti le proprie decisioni al Senato in conformità al principio della trasparenza degli atti governativi/amministrativi¹⁷. Pur non impugnando la decisione, il governo del Commonwealth ha però provato a fare approvare dal Parlamento una riforma legislativa volta, tra l'altro, a rendere «non-disclosable» le decisioni del National Cabinet¹⁸. Presentata il 21 settembre del 2021, la riforma non è stata ad oggi approvata dal Parlamento¹⁹, ma non è impossibile che in

¹⁵ Come prospettato da Rolando Tarchi, cfr. *supra* Introduzione.

¹⁶ F. UHLMANN, O. AMMANN, *Switzerland and the COVID-19 pandemic: a look back and a look into the future*, in *VerfBlog*, 3, 2021.

¹⁷ Cfr. *supra*, Cap. II, par. 7.1.

¹⁸ Cfr. *COAG Legislative Amendment Bill 2021 (Cth)*, riportato da D. TAN, *Confidentiality and the National Cabinet*, cit., p. 4 ss.

¹⁹ Critico rispetto alla riforma è ID., pp. 7-11, secondo cui «Three important questions are highlighted by these recent developments. First, the appropriateness of statutory definitions that do not match reality. Second, whether Cabinet confidentiality is still

futuro essa possa essere riproposta, magari sfruttando il sostegno del sentimento popolare alimentato da una nuova crisi emergenziale.

Non di meno, una trasformazione per certi versi permanente è forse in atto anche negli Stati Uniti. Nelle argomentazioni della sentenza *NFIB v. OSHA*, la Corte ha elevato a test giurisprudenziale la contestata dottrina della *major question doctrine* spingendo la decisione oltre il caso di specie e distanziandosi da un consolidato orientamento giurisprudenziale deferente nei confronti della formidabile espansione dello Stato amministrativo (*Chevron doctrine*). Così facendo, i giudici hanno indicato un diverso punto di equilibrio nella separazione dei poteri tra Congresso ed esecutivo nell'esercizio delle deleghe ai sensi del quale, in casi straordinari aventi un rilevante impatto politico o economico (i c.d. *major cases*), l'amministrazione può esercitare i suoi poteri solo quando esistano chiare indicazioni in tal senso da parte del Congresso²⁰. Questo punto di equilibrio è

applicable in the modern age, and third, if it is still applicable, whether it should apply to the National Cabinet (or similar intergovernmental bodies) (...) Whether responsible government forms part of the Constitution or is simply convention or good policy, for the reasons discussed above it is hard to find a basis in principles of responsible government for extending confidentiality to the National Cabinet (or similar intergovernmental bodies). The existing justifications for the absolute confidentiality of National Cabinet deliberations seem unfounded».

²⁰ Il tema è complesso, e si collega – con differenti modalità – al funzionamento del principio di legalità in Australia che impone al Parlamento di esprimere *chiaramente* se le deleghe disposte intendano incidere sulle libertà conferite ai cittadini dalla common law. La connessione/differenza tra *major questions doctrine* americana e principio di legalità della azione amministrativa è acutamente colto da A. Rovagnati in A. ROVAGNATI, L.P. VANONI, *Separazione dei poteri ed emergenza sanitaria negli Stati Uniti. Osservazioni a margine della decisione della Corte Suprema NFIB v. OSHA*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2022, p. 174-176: «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 fugacemente 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). (...). Il principio di legalità, [è infatti evocato dalla] Corte Suprema all'inizio della motivazione della decisione, dove si legge che «Administrative agencies are creatures of statute. They accordingly possess only the authority that Congress has provided» (*NFIB v. OSHA* 90. Si può tuttavia osservare che un simile principio non comporta, di per sé, che sul piano interpretativo debba

stato infatti solo di lì a poco utilizzato per risolvere il caso *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, in cui la Corte suprema ha dichiarato l'incostituzionalità delle misure approvate dall'EPA (Environmental Protection Agency) che consentivano all'amministrazione di imporre limiti all'emissione di biossido di carbonio alle centrali elettriche²¹. Nel decidere la controversia, il Chief Justice Roberts ha fatto largo uso della *major question doctrine*, modificando ulteriormente l'equilibrio tra potere amministrativo e delega legislativa che – per oltre cinquant'anni – si era retto sulla *Chevron deference*. Di fronte alla domanda se il Clean Air Act consenta o meno all'agenzia amministrativa di emanare regolamenti per tutto il settore energetico anche qualora le misure adottate incidano su

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. (...). 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 *Chevron doctrine* e poi nella fase del suo successivo consolidamento».

²¹ *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. ____ (2022): «the Court has no occasion to decide whether the statutory phrase “system of emission reduction” refers exclusively to measures that improve the pollution performance of individual sources, such that all other actions are ineligible to qualify as the BSER. It is pertinent to the Court’s analysis that EPA has acted consistent with such a limitation for four decades. But the only question before the Court is more narrow: whether the “best system of emission reduction” identified by EPA in the Clean Power Plan was within the authority granted to the Agency in Section 111(d) of the Clean Air Act. For the reasons given, the answer is no».

una «major political and economic question», la Corte suprema ha ritenuto che sia necessario «qualcosa di più una mera base testuale plausibile» per esercitare, legittimamente, tale potere, concludendo pertanto (come riportato dalla dissenting opinion di Kagan) che «the agency “must point to clear congressional authorization for the power it claims”»²².

È certamente troppo presto per valutare gli effetti di questo nuovo orientamento giurisprudenziale; secondo Justice Kagan, la sentenza appare «preoccupante» perché la Corte rischia di sostituire il suo giudizio «a quello dell'autorità degli esperti quale decisore delle politiche climatiche»²³ assumendo un ruolo politico che non le competerebbe. Di contro, è necessario ricordare che la *Chevron deferece* ha consentito per anni una espansione incontrollata di rami dell'amministrazione pubblica che ha facoltizzato una «unelected branches» ad attivare a piacimento deleghe emergenziali molti risalenti nel tempo, utilizzandole come «a loaded weapon» capace di interferire in modo anche corposo nella vita dei cittadini americani²⁴.

Proprio durante l'emergenza, entrambi i sistemi sembrano dunque aver avviato modifiche dei loro equilibri che possono essere destinate a determinare il futuro sviluppo dei rispettivi ordinamenti e che ci spingono a prendere sul serio l'invito posto quasi dieci anni fa da Massimo Luciani secondo il quale «il compito dei costituzionalisti è quello di catturare nuovamente quel potere che molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare ai diritti»²⁵. È da questo rinnovato sguardo sul funzionamento attuale della separazione dei poteri che potremo dunque comprendere le trasformazioni del costituzionalismo contemporaneo. E tale invito può essere colto e arricchito grazie alla comparazione giuridica

²² *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. ____ (2022) (Justice Kagan dissenting), p. 15.

²³ *Id.*, p. 33 «The Court appoints itself-instead of Congress or the expert agency – the decision maker on climate policy. I cannot think of many things more frightening».

²⁴ È questo, come ricordato, il giudizio di Justice Jackson nella sentenza *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), in cui – come noto – la Corte ha avvallato proprio attraverso tale meccanismo l'infame detenzione preventiva dei cittadini giapponesi durante la II guerra mondiale. Cfr. *supra* Cap. III par. 8.

²⁵ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, IV, 2006, p. 1668.

che può aiutare a svelare, guardando sistemi anche distanti da noi, i problemi comuni che affliggono il costituzionalismo liberale, nel tentativo di comprenderne le cause, i problemi, i possibili rimedi.

In un suo recente libro sulla crisi e i limiti della democrazia liberale, Sabino Cassese ha ricordato che «il costituzionalismo si è sempre occupato di cercare nella democrazia i limiti del potere. Oggi, accanto a questo tema tradizionale, ve ne sono altri emergenti, che rispondono a problemi contemporanei» tra cui, in particolare, «uno è costituito dalle interdipendenze tra gli Stati, nonché tra questi e i vari poteri che si sono affermati nel mondo»²⁶. Una delle principali sfide che affrontano le società contemporanee è quella di verificare la tenuta dei principi del costituzionalismo oltre lo Stato, in una dimensione cioè che coinvolga, tridimensionalmente, anche attori sovranazionali il cui esercizio del potere non è direttamente e intrinsecamente legato al concetto ottocentesco di sovranità. Ma vi è di più, perchè la fondazione di un costituzionalismo oltre lo Stato si è poggiata sull'ascesa delle c.d. *unelected branches*, ovvero dei due nuovi poteri nati dopo la trasformazione degli ordinamenti da liberali a democratico-sociali. All'ascesa della supranational judicial review e del global administrative law si riconduce infatti, almeno in parte, il merito di aver favorito la risposta all'esigenza di interconnessione tra ordinamenti che costituisce una delle peculiarità dei sistemi costituzionali globali²⁷.

Un merito che si tributa altresì al combinato disposto diffuso dal costituzionalismo del dopoguerra tra «la tecnica dei limiti del potere dello Stato (componente liberale del costituzionalismo) e l'immissione del potere popolare nello Stato (componente democratica del costituzionalismo)»²⁸ al di fuori dell'area euroatlantica, nel tentativo di costruire interrelazioni tra Stati fondate sui principi di libertà, uguaglianza, dignità umana. Questo processo, noto anche con il nome di seconda ondata di democratizzazione, perseguiva il nobile intento portare la democrazia dei moderni al di fuori dell'area euroatlantica sfruttando le potenzialità del diritto internazionale attraverso la approvazione di carte sovranazionali di diritti.

²⁶ S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Milano, 2019, p. 118.

²⁷ Cfr. *supra*, Cap. I, par. 8.1 e 8.2.

²⁸ G. SARTORI, *Democrazia: cosa è*, Rizzoli, Milano, 1993, p. 18.

Soprattutto in Europa, l'espansione della teoria dei diritti umani è riuscita a creare le condizioni di interconnessione tra ordinamenti un tempo nemici. Al contempo, essa ha investito i giudici di compiti sempre più importanti, contribuendo a rafforzare il loro ruolo di decisori politici. Costruendo il suo successo sulla teoria del neo-costituzionalismo, l'idea del costituzionalismo globale (o cosmopolita) ha però poggiato la sua architettura interamente sulla tutela e la garanzia dei diritti, dimenticando che, storicamente, le Costituzioni si reggono non solo sulla garanzia dei diritti ma anche sulla separazione dei poteri. In questo modo, il costituzionalismo globale ha, da un lato, provocato uno slittamento di potere dalle istituzioni rappresentative agli organi giurisdizionali, giuridicizzando le politiche e depoliticizzando la sfera pubblica; dall'altro, involontariamente, ha favorito l'ascesa dei populistici antisistemici²⁹, e creato le condizioni per un uso (ma in realtà abuso) della *judicial review* che «intentionally attack the core of electoral democracy»³⁰.

In definitiva, pur mosso da intenti comprensibili, il costituzionalismo contemporaneo sembra aver dimenticato una antica lezione del costituzionalismo liberale secondo cui quando una garanzia dei diritti non è supportata da una reale divisione dei poteri anche il più sofisticato ed elaborato dei *Bill of Rights* non è altro che «a parchment guarantee»³¹.

²⁹ Come ricordato da A. PIN, *The transnational drivers of populist backlash in Europe: The role of courts*, in *German Law Journal*, 20, 2019, p. 226 «contemporary constitutionalism may have triggered or facilitated populism, its threats to the rule of law,7 and its illiberal agenda. In particular, it focuses on some of the legal doctrines that have characterized the growth of transnational and supranational judicial fora, contrasting them with populism in Europe. Without endorsing populism, this Article hypothesizes that populism's mounting wave in Europe can serve as an alert for some diseases that contemporary constitutionalism may have contributed to creating».

³⁰ D. LANDAU, R. DIXON, *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy*, cit., p. 1133.

³¹ Cfr. A. SCALIA, *Foreword: The Importance of Structure in Constitutional Interpretation*, *Notre Dame L. Rev.*, 83, 2008, 1417-18. «But it is a mistake to think that the Bill of Rights is the defining, or even the most important, feature of American democracy. Virtually all the countries of the world today have bills of rights. Consider, for example, the following sterling provisions of a modern bill of rights: (...) Wonderful stuff. These were provisions of the 1977 Constitution of the Union of Soviet Socialist Republics. They were not worth the paper they were printed on, as are the human rights guaran-

Riprendendo una recente autorevole provocazione, si potrebbe quindi concludere che «proprio in un tempo in cui i costituzionalisti studiano quasi unicamente “i diritti” e trascurano l’organizzazione dei poteri», l’art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino «andrebbe (...) letto invertendone i termini: in principio è la separazione dei poteri, la garanzia dei diritti seguirà», perché «solo una organizzazione che renda impossibile, a ciascuna istituzione, di godere di un unchecked power» trasforma «un Bill of Right from a paper assurance “to a living guarantee”»³².

Ciò non significa, si badi bene, che lo sforzo del costituzionalismo del dopoguerra di costruire una forte teoria dei diritti umani sia stato vano; al contrario, proprio facendo tesoro del terribile dramma delle due guerre mondiali, i costituzionalisti dell’epoca hanno saputo edificare un sistema che ha assicurato condizioni di giustizia, libertà, pace e prosperità mai sperimentate prima nella storia. E non si vuole altresì mettere in dubbio l’indispensabilità del ruolo svolto nelle democrazie contemporanee dai giudici costituzionali che hanno saputo garantire le minoranze contro gli abusi della maggioranza.

I sistemi contemporanei, tuttavia, sembrano ormai aver poggato tutto il peso dell’ordinamento sulle spalle dei giudici costituzionali e sovranazionali, costringendoli ad un difficile lavoro di ricomposizione politica degli interessi che li spinge a volte ad esorbitare dai loro compiti. Spostando dal piano dei poteri a quello dei diritti il luogo di risoluzione dei conflitti, il costituzionalismo ha finito così con il privilegiare un approccio prevalentemente dialettico che – attraverso le sentenze delle Corti – stabilisce la supremazia di un’opzione sulle altre a discapito di una ricomposizione dialogica del disaccordo in cui – nello scontro democratico tra poteri – diverse posizioni possono provare a coesistere all’interno di una cornice comune. Mentre il compito dei giudici è quello di porre fine

tees of a large number of still-extant countries governed by Presidents-for-life. They are what the Framers of our Constitution called “parchment guarantees,” because the real constitutions of those countries – the provisions that establish the institutions of government – do not prevent the centralization of power in one man or one party, thus enabling the guarantees to be ignored. Structure is everything».

³²N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, 3, 2021, p. 93 nota 5.

al dibattito decidendo il torto e la ragione, il sistema costituzionale fondato sulla divisione verticale ed orizzontale dei poteri «was not intended to end debate» quanto piuttosto «to begin debate, by forcing the contending political powers to push controversial issues back to the community»³³.

In questa prospettiva, lo studio della separazione dei poteri potrebbe essere utile per correggere una sorta di presbiopia costituzionale che, nel nobile sforzo di mettere a fuoco l'universalità dei diritti, ha finito per perdere di vista i confini dei poteri. L'insegnamento che possiamo forse trarre dalla storia e dalla comparazione è che se l'architettura costituzionale si regge su due architravi (la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri), il compito degli studiosi del diritto pubblico è quello di accorgersi dei cedimenti strutturali del sistema e di provare a rinforzare l'edificio proprio nei punti che appaiono, di volta in volta, più fragili. È quindi nel bilanciamento di tutti gli elementi che compongono gli ordinamenti che si rinviene la virtù storica del costituzionalismo, mentre ogni tentativo di favorire un solo principio sugli altri finisce per il rompere un equilibrio che, anche nei momenti di maggior successo, è in realtà estremamente precario. Solo prestando attenzione anche ai limiti, e alla separazione, dei poteri, sarà allora forse possibile rispondere alla crisi che affligge le nostre democrazie liberali; facendo mie le parole di Benjamin Franklin rivolte ad un gruppo di cittadini che gli chiedeva quale tipo di forma di governo avessero pensato per loro i delegati della Convenzione di Philadelphia, «a Republic, if you can keep it»³⁴.

³³ L. KRAMER, *Popular constitutionalism in the age of Trump*, 24 ottobre 2019, in www.legbranch.org.

³⁴ Secondo J.L. BELL, *How Dr. McHenry Operated on His Anecdote*, 27 marzo 2017, <https://boston1775.blogspot.com> esisterebbero due versioni dell'episodio: la prima, quella sopra narrata è quella che è rimasta nella storia. La seconda, invece, riportata da Dr. James McHenry sul giornale *Republican* il 15 luglio del 1803 così riporta il dialogo avvenuto tra Elizabeth Powell e Benjamin Franklin: «– *Powel*: Well, Doctor, what have we got? – *Franklin*: A republic, Madam, if you can keep it. – *Powel*: And why not keep it? – *Franklin*: Because the people, on tasting the dish, are always disposed to eat more of it than does them good».

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Symposium: Health Care and the Constitution: A Forum on the Supreme Court's Affordable Care Act Decision*, in *Fordham L. Rev.*, 81, 2012-2013, p. 1679 ss.
- ACKERMAN B., *We the People. Foundation*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1991.
- ACKERMAN B., *The New Separation of Powers*, in *Harvard Law Review*, 113, 2000, p. 632 ss.
- ACKERMAN B., *Tutti i poteri del Presidente. Ascesa e declino della Repubblica Americana*, il Mulino, Bologna, 2010.
- ACKERMAN B., *Good-bye, Montesquieu*, S.R. ACKERMAN, P.L. LINDSETH (a cura di), *Administrative Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham UK Northampton USA, 2010, p. 129 ss.
- ACKERMAN B., *The Decline and Fall of the American Republic*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2013.
- ALBECK-RIPKA L., TARABAY J., KWAI I., *As fires rage, Australia sees its leader as missing in action*, in *New York Times* 1 aprile 2020, in <https://www.nytimes.com>.
- ALEXANDER F., *Australia Since Federation: a narrative and critical analysis*, Thomas Nelson, Melbourne, 1967.
- ALY W., *The Nation that Cast Out Its Own*, *The Age*, 25 febbraio 2022.
- AMAR A.R., *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, Yale University Press, New Haven, 1998.
- AMAR A.R., *America's Constitution*, Random House, New York, 2005.
- AMATO S., *Forme di Stato e forme di Governo*, il Mulino, Bologna, 2006.
- AMBROSETTI A., *Papa Francesco, peggio di questa crisi, c'è solo il dramma di sperarla chiudendoci*, *acistampa.com*, 13 maggio 2020.
- AMIRANTE D., *Il costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'antropocene*, il Mulino, Bologna, 2022.
- ANDERSON G., *The Council of Australian Governments: A New Institution of Governance for Australia's Conditional Federalism*, in *The University of New South Wales Law Journal*, 31(2), 2008, p. 493 ss.

- ANGUS C., *Delegated legislation: Flexibility at the cost of scrutiny?*, in *NSW Parliamentary Research Service*, 2019.
- APPLEBY G., ARONEY N., JOHN T., *Australian federalism: past, present and future tense*, in G APPLEBY, N. ARONEY, A.T. JOHN (a cura di), *The Future of Australian Federalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 1 ss.
- APPLEBY G., *Unwritten Rules*, in C. SAUNDERS, A. STONE (a cura di), *The Oxford Handbook of Australian Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 209 ss.
- ARCONZO G., *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentoale*, Giuffrè, Milano, 2013.
- ARGUMENT S., *Delegated legislation*, in M. GROVES, H. LEE (a cura di), *Australian Administrative Law: fundamentals, principles and doctrines*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 135 ss.
- ARGUMENT S., *Australian Democracy and Executive Law-making: Practice and Principle (Part I)*, Papers on Parliament no. 66, 2016, p. 70 ss.
- ARONEY N., *Imagining a Federal Commonwealth: Australian Conceptions of Federalism, 1890-1901*, in *Federal Law Review*, 30(2), 2002, p. 265 ss.
- ARONEY N., *Constitutional choices in the Work choices case, or what exactly is wrong with the reserved powers doctrine?*, in *Melbourne University L. Rev.*, 32(1), 2008, p. 1 ss.
- ARONEY N., *The Constitution of a Federal Commonwealth: The Making and Meaning of the Australian Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- ARONEY N., *Reforming Australian Federalism: The White Paper Process in Comparative Perspective*, in M. BRUERTON, R. HOLLANDER, R. LEVY (a cura di), *A People's Federation*, Federation Press, Annadale, 2017, p. 147 ss.
- ARONEY N., BOYCE M., *Australia and the COVID-19 Pandemic: Federal, State and Local Responses*, in N. STEYTLER (a cura di), *Comparative Federalism and Covid-19*, Routledge, Londra, 2021, p. 299 ss.
- BACHELET V., *Coordinamento, voce in Enciclopedia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1962.
- BAGEHOT W., *The English constitution*, Paul Smith, London, [1867] 1993.
- BAKVIS H., BAIER G., BROWN D., *Contested Federalism: Certainty and Ambiguity in the Canadian Federation*, Toronto, Oxford University Press, Toronto, 2009.
- BALDIN S., PEGORARO L. RINELLA A., *Tre lezioni sul federalismo*, EUT, Trieste, 2000.
- BALDO D., *USA: come hanno reagito i 50 Stati al Coronavirus*, 10 aprile 2020, <https://www.youtrend.it>.

- BANFIELD A., CHURCH N., *Next steps for National Cabinet*, Parliamentary Library Briefing Book, 2022.
- BARAGGIA A., *The Rise of Conditionality within the Global Administrative Space*, in A. BARAGGIA, C. FASONE, L.P. VANONI (a cura di), *New challenges to the separation of powers: dividing power*, Elgar Publishing, Cheltenham UK, Northampton USA, 2020, p. 71 ss.
- BARBER N.W., *Prelude to the Separation of Powers*, in *Cambridge Law Journal*, 60(1) 2001, p. 59 ss.
- BARBERA A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, La Terza, Roma-Bari, 2006.
- BARENDT E., *Separation of Powers and Constitutional Government*, in *Public Law*, 1995, p. 599 ss.
- BARRON D.J., KAGAN E., *Chevron's Nondelegation Doctrine*, in *The Supreme Court Review*, 2001, p. 201 ss.
- BASSI F., *il principio della separazione dei poteri (evoluzione e problematiche)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1965, p. 17 ss.
- BASSU C., *La legislazione antiterrorismo e la limitazione della libertà personale in Canada e negli Stati Uniti*, in T. GROPPI, *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, ESI, Napoli, 2006, p. 328 ss.
- BASSU C., *Australia. Si governano così*, il Mulino, Bologna, 2012.
- BASSU C., CLEMENTI F., VIGEVANI G.E. (a cura di), *Quale Presidente? La scelta del Presidente della Repubblica nelle crisi costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2022.
- BATEMAN S., STONE A., *Australia – Covid-19 And Constitutional Law*, in J.M. SERNA DE LA GARZA (a cura di), *Covid-19 and Constitutional Law*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City, 2020, p. 223.
- BAUMAN Z., *Questo non è un diario*, La Terza, Roma-Bari, 2012.
- BECK J.M., *Not Breaking News: Mandatory Vaccination Has Been Constitutional for Over a Century*, ABA Group, 28 ottobre 2021, <https://www.americanbar.org>.
- BEHNKE N., MUELLER S., *The purpose of intergovernmental councils: A framework for analysis and comparison*, in *Regional and Federal Studies*, 27(5), 2017, p. 507 ss.
- BELL J.L., *How Dr. McHenry Operated on His Anecdote*, 27 marzo 2017, <https://boston1775.blogspot.com>
- BELLIA P.L., *Executive Power in Youngstown's Shadows*, in *Constitutional Commentary*, 19(1), 2002, p. 87 ss.
- BELLIA, A.J., *Federalism*, Wolker and Kluvers, Chicago, 2011.
- BENNETT B., CARNEY T., BAILEY R., *Emergency Powers & Pandemics: federalism and the management of public health emergencies in Australia*, in *University of Tasmania Law Review*, 31, 1, 2012, p. 37 ss.

- BEVIR M., RHODES R., *Governance Stories*, Routledge, Oxon, 2012.
- BICKEL A.M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, The Bobbs-Merrill, New York, 1962.
- BIGOT G., *La responsabilità dell'amministrazione in Francia: storia e teoria*, in *Scienza e politica*, 24, 2010, p. 1 ss.
- BIN R., *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, San Giuliano Milanese, 2021.
- BIONDI F., ZANON N., *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2011.
- BISCARETTI DI RUFFIA P., *Stato*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, 1993, XXX, p. 1
- BLACKSTONE W., *Commentaries On The Laws Of England*, Lippincott company, Philadelphia, 1769.
- BLAKEMAN J.C., BANKS C.P., *The U.S. Supreme Court, New Federalism, and Public Policy*, in C.P. BANKS (a cura di), *Controversies in American Federalism and Public Policy*, Routledge, New York, 2018, p. 1 ss.
- BLAYDEN L., *COAG*, Parliament of NSW, NSW Parliamentary Research Service, 2013, <https://www.parliament.nsw.gov.au>.
- BLUM L., *La réforme gouvernementale*, Paris, 1936.
- BOBBIO N., *Stato*, in *Enciclopedia*, Einaudi, Torino, 1981, XIII, p. 453 ss.
- BÖCKENFÖRDE E.W., *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- BOGDANOR V., *The New British Constitution*, Bloomsbury Publishing, London, 2009.
- BOGDANOR V., *Reply to McHarg and Young*, in *U.K. Const. L. Blog*, 14 Settembre 2021.
- BOGEL-BURROUGHS N., *Rhode Island Pulls Over New Yorkers to Keep the Virus at Bay*, in *New York Times*, 28 marzo 2020, <https://www.nytimes.com>.
- BOGNETTI G., *L'equilibrio dei poteri e la lotta per i poteri*, in *Il Sole 24 ore*, 23 maggio 1993.
- BOGNETTI G., *Sistemi giuridici comparati*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Vol. VIII, Treccani, Roma, 1998, p. 41 ss.
- BOGNETTI G., *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Giappichelli, Torino, 2000.
- BOGNETTI G., *Federalismo*, Utet, Torino, 2001.
- BOGNETTI G., *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2001.
- BOGNETTI G., *La Costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in AA.VV. *La Costituzione economica*, Atti del convegno AIC a Ferrara 11-12 ottobre 1991, Cedam, Padova ripubblicato in M. IACOMETTI (a cura di), *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 211 ss.

- BOGNETTI G., *Lo speciale federalismo dell'Unione europea*, in M. PEDRONI (a cura di), *Modelli giuridici ed economici per la costituzione europea*, ripubblicato in M. IACOMETTI, *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 433 ss.
- BOGNETTI G., *Per il bicentenario del federalista*, in *Giur. Cost.* 1986, ripubblicato in M. IACOMETTI (a cura di), *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 160 ss.
- BOLOGNA C., *Stato federale e "National Interest"*, BUP, Bologna, 2010.
- BOLOGNA C., *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, in *Forumcostituzionale*, 15 ottobre 2012, p. 1 ss.
- BONYHADY N., DUKE J., *Leaders in unprecedented "national cabinet" to tackle coronavirus*, 2020, in <https://www.smh.com.au/politics/federal/leaders-in-unprecedented-national-cabinet-to-tackle-coronavirus-20200313-p549wd.html>.
- BORRIT G.S. (a cura di), *Of the People, by the People, for the People and Other Quotations from Abraham Lincoln*, New York, 1995.
- BOTCHWAY C.A., *The need for executive federalism in federal-provincial relations: The Canadian example*, in *Journal of Public Administration and Policy*, 9(5), p. 96.
- BOUGHEY J., *Executive power in emergencies: Where is the accountability?*, in *Alternative Law Journal*, 45(3), 2020, p. 168 ss.
- BRADLEY A.C., PINELLI C., *Parliamentarism*, in M. ROSENFELD, A. SAJO (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford-Londra, 2013.
- BRAUN D., *How centralized federations avoid over-centralization*, in *Regional and Federal Studies*, 21(1), 2011, p. 35 ss.
- BRENAN M., *Leadership Ratings on Pandemic After One Year*, 9 marzo 2021, <https://news.gallup.com>.
- BRENKER S., *An Executive Grab for Power During COVID-19?*, in *AUSPU-BLAW*, 13 Maggio 2020.
- BREYER S., *The Legislative Veto after Chadha*, in *Geo L. J.*, 72, 1984, p. 790 ss.
- BREYER S., *Judicial Review of Questions of Law and Policy*, in *Admin. L. Rev.*, 38, 1986, p. 363 ss.
- BROUGH C.B., *From Chadha to Clinton: The Supreme Court in Legislative Process Separation of Powers Cases*, Graduate Research Theses & Dissertations 3202, 2018.
- BROWNSTEIN R., *A New Age of Conflict Between Washington and the States*, in *Atlantic*, 30 maggio 2019, <https://www.theatlantic.com>.

- CALABRESI S.G., *An Agenda for Constitutional Reform*, in W.N. ESKRIDGE, S. LEVINSON (a cura di), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, New York University Press, New York, 1998, p. 22 ss.
- CALABRESI S.G., *The Virtues of Presidential Government: Why Professor Ackerman is Wrong to Prefer the German to the U.S. Constitution*, in *Const. Comment.*, 18, 2001, p. 103 ss.
- CALABRESI S.G., YOO C.S., *The Unitary Executive: Presidential Power from Washington to Bush*, Yale University Press, New Haven, 2008.
- CALABRESI S.G., BERGHAUSEN M.E., ALBERTSON S., *The Rise And Fall Of The Separation Of Powers*, in *Nor. U. L. Rev.*, 106, 2012, p. 527 ss.
- CAMERON D., SIMEON R., *Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism*, in *The Global Review of Federalism*, 32(2), 2002, p. 49 ss.
- CANDELORO G., *Prefazione*, in A. DE TOCQUEVILLE, *La Democrazia in America*, Rizzoli, Milano, 1999 p. 3 ss.
- CANE P., *Controlling Administrative Power. An Historical Comparison*, Cambridge University Press, Canberra, 2016.
- CAPPELLETTI M., *The Mighty Problem of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis*, in *Cal. L. Rev.*, 53 1979, p. 409 ss.
- CAPPELLETTI M., *Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility*, in *The American Journal of Comparative Law*, 31(1), 1983, p. 1 ss.
- CAPPELLETTI M., *Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of "Constitutional Justice"*, in *Cath. U. L. Rev.*, 35, 1986 p. 1 ss.
- CAPPELLETTI M., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- CARBONI G., *Modelli di federalismo fiscale, Canada e Italia a confronto*, in *Diritto e Storia*, www.dirittoestoria.it, n. 9, 2010.
- CARDELL-OLIVER F., *Parliament, The Judiciary And Fundamental Rights: The Strength Of The Principle Of Legality*, 41(1) Melbourne University Law Review, 2017, p. 29 ss.
- CAROLAN E., *The New Separation of Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- CARTABIA M., *The Rule of Law and the Role of Courts'*, in *Italian Journal of Public Law*, 2018, 10, p. 1 ss.
- CASSESE S., *I tribunali di Babele*, Donzelli, Roma 2009.
- CASSESE S., *Chi governa il mondo?*, Il Mulino, Bologna, 2013.
- CASSESE S., *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Milano 2019.
- CASTELLANI L., *L'ingranaggio del potere*, Liberilibri, Macerata, 2020.

- CERRI C., *Poteri (divisione dei)*, in *Enciclopedia giuridica vol. XXIII*, Istituto Poligrafico Zecca di Stato, Roma, 1990, 1 ss.
- CHAPMAN R.J.K., *Australian Public Policy, Federalism, and Intergovernmental Relations: The Federal Factor*, in *Publius*, 20(4), 1990, p. 69 ss.
- CHATTOPADHYAY R., KNUPLING F., CHEBENOVA D., WHITTINGTON L., GONZALEZ P., *Federalism and the Response to COVID-19*, Routledge, Londra-NewYork, 2022.
- CHEN B., *The Principle of Legality: Issues of Rationale and Application*, in *Monash University Law Review*, 41(2), 2015, p. 329 ss.
- CHEN B., *The COVID-19 border closure to India: Would an Australian Human Rights Act have made a difference?*, in *Alternative Law Journal*, 46(4), 2021, p. 3.
- CHEN B., *No Way Out? Australia's Overseas Travel Ban and 'Rights-Based' Interpretation*, in *Griffith Journal Of Law & Human Dignity*, 10(1), 2022, p. 53 ss.
- CHESSA O., *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Jovene, Napoli, 2010.
- CLAUS L., *Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 2010, p. 419 ss.
- CLEMENTI F., *Gli Stati Uniti e la risposta al Covid-19, tra Federazione e Stati, nell'anno delle elezioni presidenziali*, in *DPCE-online*, 2, 2020, p. 1875 ss.
- CLEMENTI F., *President Biden and State Governors: Two Years of a Positive Old-Style Political Dialogue*, in *DPCE Online*, 56, No. Sp. 1, 2023, p. 77 ss.
- CLEVELAND S.H., *Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs*, in *Texas L. Rev.*, 81(1), 2002 p. 1 ss.
- COENEN M., DAVIS S., *Minor Courts, Major Questions*, in *Vanderbilt Law Review*, 70(3), 2019, p. 777 ss.
- COLELLA L., PEPE V. (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica*, ESI, Napoli, 2012.
- COLEMAN J., *All 50 States under Disaster Declaration for First Time in US History*, Hill, 12 aprile 2020, <https://thehill.com>.
- COLOMER J.M., *Comparative Constitutions*, in R.W. RHODES, S.A. BINDER, B.A. ROCKMAN (a cura di), *The Oxford handbook of Political Institutions*, Oxford University Press, London 2006.
- CONRAN P., *Review of COAG Councils and Ministerial Forums*, Report to National Cabinet, 2020.
- CORDINI G., *Introduzione*, in L. COLELLA, V. PEPE (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica*, ESI, Napoli, 2012, p. 2 ss.
- CORPORALI G., *La Separazione dei Poteri (voce)*, in *Enciclopedia Treccani on line*, 2018.

- CORWIN E.S., *The Passing of Dual Federalism*, in *Va. L. Rev.*, 36(1), 1950, p. 1 ss.
- CORWIN E.S., *The Steel Seizure Case: A Judicial Brick Without Straw*, in *Colum. L. Rev.*, 53(1), 1953, p. 53 ss.
- CRAVEN G., *The states: Decline, fall, or what?*, in G. CRAVEN (a cura di), *Australian federation: Towards the second century*, Melbourne University Press, Carlton, 1992, p. 49 ss.
- CRAWFORD L.B., *An Institutional Justification For The Principle Of Legality*, in *Melbourne University L. Rev.*, 42(2), 2022, p. 512 ss.
- CRENNAN S., *Federation*, in C. SAUNDERS, A. STONE (a cura di), *The Oxford Handbook of Australian Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 80 ss.
- CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952.
- CROCK M., *Federalism and the external affairs power*, in *Melbourne University Law Review*, 14(2), 1983, p. 238 ss.
- CROUCH C., *Identità perdute. Globalizzazione e nazionalismo*, Laterza, Bari-Roma, 2019.
- CROUCH C., *Post-democracy*, Polity Press, Londra, 2004.
- CUOCOLO C., *Gli atti dello Stato aventi "forza di legge"*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1961, p. 105 ss.
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato*, il Mulino, Bologna, 1992.
- D'AMICO M., *L'Europa dei diritti. Qualche riflessione a vent'anni dalla Carta di Nizza*, in AA.VV., *Europa società aperta*, Vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 657 ss.
- D'IGNAZIO G. (a cura di), *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Cedam, Padova, 2020.
- D'IGNAZIO G., *L'impatto del Covid-19 sui federalizing process degli Stati composti. Riflessioni comparate*, in *DPCE online*, Sezione monografica: Diritto e pandemia tra rotture e continuità, 1, 2023, p. 491 ss.
- D'IGNAZIO G., RUSSO A.M., *I Federalizing Process europei nella democrazia d'emergenza Riflessioni comparate a partire dai 'primi' 20 anni della riforma del Titolo V della Costituzione italiana*, in *DPCE Online*, Numero speciale 2022.
- D'IGNAZIO G., MANCINI S., TONIATTI R., ROMEO G. (a cura di), *Forum. La transizione: l'America dopo Trump*, in *DPCE Online* 10 gennaio 2021, <https://www.dpceonline.it>.
- DAHRENDORF R., *Dopo la democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2001, Edizione Kindle.

- DAVIS G, ALTHAUS C., BRIDGMAN P., *The Australian Policy Handbook*, Allen & Unwin, Crow's Nest, 2012.
- DAVIS G., *Carving Out Policy Space for State Government in a Federation: The Role of Coordination*, in *Publius. The Journal of Federalism*, 28, 1998, p. 147 ss.
- DAVIS G., J. WANNA, J. WARHURST, P. WELLER, *Public Policy in Australia*, Allen & Unwin, Sydney, 1988.
- DAVIS N., *The Ruby Princess cruise ship, COVID-19 and the sea of governing laws*, in *mondaq.com*, 25 marzo 2020.
- DE TOCQUEVILLE A., *La Democrazia in America*, ed. it. a cura di G. Candeloro, Rizzoli, Milano, 1999.
- DE VERGOTTINI G., *Stato federale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 831 ss.
- DE VERGOTTINI G., *Forma di governo dell'Unione Europea – XXI Secolo (voce)*, in *Treccani on line*, 2009.
- DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna, 2010.
- DEAKIN A., *Speech*, in *Debates and proceedings of the Australasian federation Conference*, Melbourne, in <https://parlinfo.aph.gov.au>, 6-14 febbraio 1890.
- DELAHUNTY R.J., *Why Biden's Vaccine Mandate Fails the Constitutional Test*, in *National Review*, 23 settembre 2021, <https://www.nationalreview.com/>.
- DELSIVER D., *The Polarization in Today's Congress Has Roots that Go Back Decades*, Pew Research Center, 10 marzo 2022, <https://www.pewresearch.org/>.
- DENY P., MURPHY J.R., *Accountable Lawmaking. Delegated Legislation & Parliamentary Oversight during the Pandemic*, University of Melbourne School of Government – Governing During Crises Series, Policy Brief n. 9, 7 febbraio 2021.
- DENY P., MURPHY J.R., *Pandemic Parliamentary Oversight Of Delegated Legislation: Comparing the Performance of Westminster Systems*, in *ICL Journal*, 15(4), 2021, p. 465 ss.
- DI MASI M., *Stati Uniti d'America e CoViD-19: alcune fasi della gestione di una pandemia annunciata*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, p. 753 ss.
- DIAMOND A.S., *The Zenith of Separation of Powers Theory: The Federal Convention of 1787*, in *Publius*, 8(3), 1978, p. 45 ss.
- DICEY A.V., *Introduction to the Study of the Constitution* (1885), Liberty Fund, Indianapolis, 1982.
- DIXON R., "A Nation for a Continent": *Australian Literature and the Cartographic Imaginary of the Federation Era*, in *Antipodes*, 28(1), 2014, p. 141 ss.
- DIXON R., LANDAU D., *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy*, in *UC Davis Law Review*, 53, 2020, p. 1313 ss.

- DOWNER A., *Prison Island: Australia's Covid Fortress Has Become a Jail*, *The Spectator*, 28 agosto 2021.
- DOWNEY D.C., MYERS W.M., *Federalism, Intergovernmental Relationships, and Emergency Response: A Comparison of Australia and the United States*, in *American Review of Public Administration*, 50(6-7), 2020, p. 526 ss.
- DRISEN D.M., *The Death of Law and Equity. A Comment on Two COVID Cases*, in *Verfassungsblog*, 19 gennaio 2022, <https://verfassungsblog.de>.
- DUDLEY S., *Milestones in the Evolution of the Administrative State*, in *Dedalus*, 2021, p. 33 ss.
- DUFFY H., *Strategic Human Rights Litigation*, Bloomsbury Publishing, New York, 2018.
- DURANT S., FAUNCE T.A., *Analysis of Australia's New Biosecurity Legislation*, in *JLM*, 25(3), 2018, p. 647 ss.
- DURANTI F., *Ordinamenti costituzionali di matrice anglosassone. Circolazione dei modelli costituzionali e comparazione tra le esperienze di Australia, Canada, Nuova Zelanda e Regno Unito*. Aracne, Roma, 2012.
- DWORKIN R., *A bill of rights for Britain: why British liberty needs protection*, Chatto & Windus, London, 1991
- DWORKIN R., *Terror and the Attack on Civil Liberties*, in *The New York Review* del 6 novembre 2003.
- EBURN M., MOORE C., GISSING A., *The Potential Role of the Commonwealth in Responding to Catastrophic Disasters*, Report No 530, Bushfire and Natural Hazards Cooperative Research Centre, 2019.
- EINSTEIN A., *Il significato della relatività e il mondo come lo vedo*, 1931, ed. it. a cura di E. Vinassa De Regny, W. Mauro, Newton Compton Editori, Pisa, 2014.
- ELAZAR D., *The American Partnership, Intergovernmental Co-operation in the Nineteenth-Century United States*, University of Chicago Press, Chicago, 1962.
- ELAZAR D.J., *Idee e forme del federalismo*, Giuffrè, Milano, 1998.
- ESTREICHER S., MOOSMANN D., *President Trump's Emergency Wall Declaration: A Guide to the Legal Issues*, in *Verdict*, 4 marzo 2019.
- EVANS H., LAING R. (a cura di), *Odgers' Australian Senate Practice*, 14th Edition, in www.aph.gov.au, 2022.
- EVATT, H., ZINES L., *The Royal Prerogative*, The Law Book Co., North Ryde, 1987.
- FENNA A., *The Centralization of Australian Federalism 1901-2010: Measurement and Interpretation*, in *The Journal of Federalism*, 42(1), 2019 p. 32 ss.

- FENNA A., *The Pleasant Greyness of Australian Federalism*, in 50ShadesofFederalism.com, luglio 2020.
- FERGUSON R., URBAN R., ORE A., *Business Demands Action on Borders*, in The Australian, 24 agosto 2020.
- FILIPPI S., *Due pesi e due misure. La Corte Suprema USA si pronuncia sull'obbligo vaccinale rivolto ai dipendenti delle grandi aziende e ai sanitari*, in *Diritti Comparati*, 7 febbraio 2021, <https://www.diritticomparati.it>.
- FIORAVANTI M., *Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, XLIII, 1990, p. 708 ss.
- FISCH W.B., *Emergency in the Constitutional Law of the United States*, in *Am. J. Comp. L. Supp.*, 38, 1990, p. 389 ss.
- FLANNERY A., *National Cabinet Unlocked: AAT issues Freedom of Information ruling*, Holdingredlich.com, 1 ottobre 2021.
- FORD P. (a cura di), *The Works of Thomas Jefferson*, Putnam's Sons, New York, 1905.
- FRANÇOIS-RENE DE CHATEAUBRIAND, *Mémoires d'outre-tombe*, ed it F. VASARRI, Portaparole, Roma, 2012.
- FREUND E., *The Police Power: Public Policy and Constitutional Rights*, Callaghan and Company, Chicago, 1904.
- FRIEDRICH C.J., *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Pall Mall Press, London, 1968.
- FROSINI T.E., *Lo stato di diritto si è fermato a Guantánamo*, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2005, p. 349 ss.
- FROSINI T.E., *Le Regioni nella pandemia costituzionale*, in *DPCE-Online*, Numero Speciale, nov. 2022, p. 95 ss.
- FUNICELLO A., *Machiavelli. Dalla crisi italiana alla crisi europea*, *Machiavelli. Dalla crisi italiana alla crisi europea*, il Mulino, 1, 2020, p. 120 ss.
- GALLARATI F., *La reazione alla pandemia di Covid-19 negli ordinamenti composti: una panoramica comparata*, in *DPCE Online*, 2, 2021, p. 1605 ss.
- GALLIGAN B., *A Political Perspective. Australian Federalism*, Melbourne, Long Cheshire, 1989.
- GALLIGAN B., *Parliamentary Responsible Government and the Protection of Rights*, Papers on Parliament No. 18, 1992, <https://www.aph.gov.au/>.
- GALLIGAN B., *A Federal Republic: Australia's Constitutional System of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- GALLIGAN B., *Parliament's Development of Federalism*, Research Paper 26 2000-01, 28 giugno 2001.
- GALLIGAN B., WALSH C., *Australian Federalism: Yes or No?*, Federalism Research Centre Discussion Papers, Australian National University, Canberra, 1991.

- GALLOP G., *How Healthy is Australian Federalism?*, in *Australian Parliament House*, 25 febbraio 2011, <https://www.aph.gov.au/>.
- GAMBINO L., *Democratic Ads Boosted Extremists in Republican Primaries. Was that Wise?*, in *The Guardian*, 7 agosto 2022 www.theguardian.com/us.
- GARRAN R.R., *The Coming Commonwealth: An Australian Handbook of Federal Government*, Angus & Robertson, Sydney, 1897.
- GEIRINGER C., *The Principle of Legality and the Bill of Rights Act: A Critical Examination of R v Hansen*, in *New Zealand journal of Public and international Law*, 6(I), 2008, p. 59 ss.
- GEORGOPOULOS Y., *The “Checks and Balances” Doctrine in Member State as a Rule of EC Law. The Case of France and Germany*, in *ELJ*, 9, 2003, p. 530 ss.
- GERANGELOS P., *The executive power of the Commonwealth of Australia: section 61 of the Commonwealth Constitution, “nationhood” and the future of the prerogative*, in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 12(1), 2017, p. 97 ss.
- GERANGELOS P., LEE H.P., ARONEY N., MURRAY S., EVANS S., EMERTON P. (a cura di), *Winterton’s Australian Federal Constitutional Law: Commentary and Materials*, Lawbook Company, Sydney, 2013.
- GIANNETTI R., *Alla ricerca di una «scienza politica nuova». Liberalismo e democrazia nel pensiero di Alexis de Tocqueville*, Rubettino, Soveria Manelli, 2018.
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Roma, Jandi Sapi, 1960.
- GIBBS H., *A Constitutional Bill of Rights*, in K. BAKER, *An Australian Bill of Rights: Pro and Contra*, Institute of Public Affairs, Melbourne, 1986.
- GINSBURG T., *Covid-19 and the US Constitution*, in S. DE LA GARZA (a cura di), *Covid-19 and Constitutional Law*, Universidad Nacional Autónoma de México, Città del Messico, 2020, p. 69 ss.
- GINSBURG T., VERSTEEG M., *The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic*, in *Univ of Chicago, Public Law Working Paper No. 747*, SSRN, 2020, p. 1 ss.
- GLUCK A., *Federalism from Federal Statutes: Health Reform, Medicaid, and the Old-Fashioned Federalists’ Gamble*, in AA.VV., *Symposium: Health Care and the Constitution: A Forum on the Supreme Court’s Affordable Care Act Decision*, in *Fordham L. Rev.*, 81, 2012-2013, p. 1749 ss.
- GOITEIN E., *The National Emergencies Act of 1976*, 2019, <https://www.brennancenter.org>.
- GOSTIN L., *The Americans with Disabilities Act and the Corpus of Anti-Discrimination Law: A Force for Change in the Future of Public Health Regulation*, in *Health Matrix J. Of L. Med.*, 3(1), 1993, p. 89 ss.
- GOSTIN L.O., HODGE J.G., WILEY L.F., *Presidential Powers and Response to COVID-19*, in *JAMA*, 323(16), 2020, p. 1547 ss.

- GRABENWARTER C., *Separation of Powers and the Independence of Constitutional Courts and Equivalent Bodies*, Keynote Speech, 16 January 2011, 2nd Congress of the World Conference on Constitutional Justice, Rio de Janeiro, www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/AUT.
- GRAD F.P., *The Public Health Law Manual*, American Public Health Association, WA, 2005, p. 1 ss.
- GRASSO G., MANFRELLOTTI R., *Poteri e funzioni dello stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, in *Historia Constitucional (revista electrónica)*, n. 8, 2007.
- GRAY A., *The Australian quarantine and biosecurity legislation: Constitutionality and critique*, in *Journal of Law and Medicine*, 22(4), 2015, p. 778 ss.
- GRAY A., *Use of the Military in an Emergency and the Constitution*, in *UNSW Law Journal*, 44(1), 2021, p. 359 ss.
- GRIFFITH G., *Managerial Federalism. COAG and the States*, NSW Parliamentary Library, 2009.
- GRIFFITH S.W., *Convention Debates*, Official Report of the National Australian Convention Debates, 1891, University of Sydney, <https://adc.library.usyd.edu>.
- GRIMM D., *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, Francoforte, 1991.
- GRODZINS M., *The Federal System*, in President's Commission on National Goals, *Goals for Americans*, Prentice-Hall, New York, 1960, p. 74 ss.
- GROGAN J., *COVID-19, The Rule of Law and Democracy. Analysis of Legal Responses to a Global Health Crisis*, in *Hague J Rule Law*, 14, 2022, p. 349 ss.
- GROPPI T., *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, ESI, Napoli, 2006.
- GROPPI T., *Il federalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2004.
- GROSSI P., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Interventi dei presidenti della Corte Costituzionale*, 2017, in <https://www.cortecostituzionale.it/>.
- GUMMON, W.M.C., *The Constitution: Ultimate Foundation of Australian Law?*, in *Australian Law Journal*, 79, 2005, p. 170 ss.
- GUNNING P., *Coco v The Queen*, in *Privacy Law & Policy Reporter*, 51, 1994.
- HABERLE P., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Recht (SÖR), Berlino, 1978.
- HALLIGAN J., *The fate of administrative tradition in anglophone countries during the reform era*, in PAINTER M., PETERS B.G. (a cura di), *Tradition and Public Administration*, Palgrave Macmillan, Houndmills-Basingstoke, 2010, p. 129 ss.

- HAMILTON A., *The Federalist* n. 9, in *Il Federalista* ed. it. a cura di M. Negri, Nischi Lischi, Pisa, 1955.
- HAMILTON A., *The Federalist* n. 23, in *Il Federalista* ed. it. a cura di M. Negri, Nischi Lischi, Pisa, 1955.
- HAMILTON A., *The Federalist* n. 78, in *Il Federalista* ed. it. a cura di M. Negri, Nischi Lischi, Pisa, 1955.
- HAMILTON A., *The Federalist* n. 84, in *Il Federalista* ed. it. a cura di M. Negri, Nischi Lischi, Pisa, 1955.
- HANSEN C., *CDC Advises All Americans to Wear Cloth Masks in Public*, US-News, 3 aprile 2020, <https://www.usnews.com>.
- HEMEL D.J., *Four Futures for U.S. Pandemic Policy*, in *University of Chicago Legal Forum*, 6, 2021, p. 145 ss.
- HERMAN J.R., *The urgent need for reform of Freedom of Information in Australia*, Public Right to Know conference, University of Technology, Sydney, 21 agosto 2004.
- HICKMAN K.E., A.L. NIELSON, *The Future of Chevron Deference*, in *Duke L.J.*, 70(5), 2021, p. 1015 ss.
- HICKS E., *Private Actors & Crisis: Scrutinising the National Covid-19 Commission Advisory Board*, Governing During Crises Policy Brief No. 4, Melbourne School of Government, The University of Melbourne, 2020.
- HIGGINS A., *Novak Djokovic Through Australia's Pandemic Looking Glass: Denied Natural Justice, Faulted by Open Justice and Failed by a Legal System Unable to Stop the Arbitrary use of State Power*, in *Civil Justice Quarterly* 2022 (Forthcoming) in ssrn.com.
- HILBINK L., *Assessing the New Constitutionalism*, in *Comparative Politics*, 40(2), 2008, p. 227 ss.
- HILL G., GARRICK J., BARTON N., *Faultlines of federation: Australia's Intergovernmental Cooperation and Human Rights During the Pandemic*, in *Journal of Transnational*, 30, 2020-2021, p. 119 ss.
- HIRSCHL R., *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1994.
- HIRSCHL R., *The Political Origins of the New Constitutionalism* in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 11(1), 2004, p. 71 ss.
- HIRST J., *Federation*, in G. DAVISON, J. HIRST, S. MACINTYRE (a cura di), *Oxford Companion to Australian History*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 245 ss.
- HIRST J., *The sentimental nation: The making of the Australian commonwealth*, Oxford University Press, Melbourne, 2000.

- HO D.E., QUINN K.M., *Did a Switch in Time Save Nine?*, in *Journal of Legal Analysis*, 2, 2010, p. 69 ss.
- HOBBSAWM E., *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914–1991*, Michael Joseph, Chicago, 1994.
- HODGE J.G., *The Role of New Federalism and Public Health Law*, in *J. L. & Health*, 12(2), 1998, p. 309 ss.
- HOLLANDER R., PATAPANIN H., *Pragmatic Federalism: Australian Federalism from Hawke to Howard*, in *AJPA*, 66(3), 2007, p. 281 ss.
- HOROWITZ D., *Courts and Social Policy*, The Brookings Institution, Washington, DC, 1977.
- HOWAYECK A., *The Major Questions Doctrine: How the Supreme Court's Efforts to Rein in the Effects of Chevron Have Failed to Meet Expectations*, in *Roger Williams University Law Review*, 25(1), 2020, p. 173 ss.
- HOWSE G., *Managing emerging infectious diseases: Is a federal system an impediment to effective laws?*, in *Australia and New Zealand Health Policy*, 1(7), 2004, p. 1 ss.
- HUNTER A., BOSWELL C., *Comparing the political functions of independent commissions*, in *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 17(1), 2015, p. 10 ss.
- HUQ A.Z., *Binding the Executive (by Law or by Politics). Review The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, in *The University of Chicago L. Rev.*, 2012, p. 778 ss.
- HYDER A.A., WERBICK M., SCANNELLI L., PAICHADZE N., *The COVID-19 Pandemic Exposes Another Commercial Determinant of Health: The Global Firearm Industry*, in *Glob Health Sci Pract.*, 9(2), 2021, p. 264 ss.
- IRVING H., *To Constitute a Nation: A Cultural History of Australia's Constitution*, Cambridge University Press, Melbourne, 1999.
- JAMSHIDI M., *The Federal Government Probably Can't Order Statewide Quarantines*, in lawreview.uchicago.edu, 20 aprile 2020.
- JASTROW J., *The Mind's Eye*, in *Popular Sci. Monthly*, 54, 1899, p. 1 ss.
- JELLINEK G., *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, ed. it. a cura di G. Bongiovanni, La Terza, Roma-Bari, 2002.
- KAGAN E., *Presidential Administration*, in *Harv. L. Rev.*, 114, 2001, p. 2245 ss.
- KAVANAGH A., *The Constitutional Separation of Powers*, in D. DYZENHAUS, M. THORBURN (a cura di), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford-New York, 2016, p. 221 ss.

- KELLY P., *National Cabinet Usurps COAG Role*, in *The Australian*, 8 aprile 2020.
- KELSEN H., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981.
- KEYES R., *The Post-Truth Era: Dishonesty and Deception in Contemporary Life*, Mcmilian, Londra, 2004.
- KILDEA P., LYNCH A., *Entrenching "Cooperative Federalism": Is it Time to Formalise COAG's Place in the Australian Federation?*, in *Federal Law Review*, 39, 2011, p. 103 ss.
- KILDEA P., LYNCH A., WILLIAMS G. (a cura di), *Tomorrow's Federation: Reforming Australian Government*, Federation press, Annandale, 2012.
- KINCAID J., *From cooperative to coercive federalism*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 509(1), 1990, p. 139 ss.
- KINCAID J., LECKRONE J.W., *Covid-19 and American Federalism: First Wave Responses*, in R. CHATTOPADHYAY, F. KNUPLING, D. CHEBENOVA, L. WHITTINGTON, P. GONZALEZ (a cura di), *Federalism and the Response to COVID-19. A Comparative Analysis*, Routledge, New York, 2022, p. 239 ss.
- KIRSCH R., *The Politics of Obamacare: Health Care, Money, and Ideology*, in AA.VV., *Symposium: Health Care and the Constitution: A Forum on the Supreme Court's Affordable Care Act Decision*, in *Fordham L. Rev.*, 81, 2012-2013, p. 1737 ss.
- KNAUER N.J., *The Covid-19 Pandemic and Federalism: Who Decides?*, in *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, 23(1), 2020, p. 1 ss.
- KNIGHT K.W., *Australian Journal of Public Administration*, in *The Study of Australian Federalism*, 39(3-4), 1980, p. 318 ss.
- KRAMER L., *Popular constitutionalism in the age of Trump*, 24 ottobre 2019, in www.legbranch.org.
- KRISCH N., KINGSBURY B., *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, in *IJIL*, 17, 2006, p. 2.
- LANCHESTER F., *Stato (forme di)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1990, XLIII, p. 796 ss.
- LAWLEY E., *The Federal Government Doesn't Have the Power to Issue a Vaccine Mandate*, in *Newsweek*, 6 gennaio 2022, <https://www.newsweek.com>.
- LAWSON G., *The Rise Rise of Administrative State*, in *Harvard Law Review*, 107, 1994, p. 1231 ss.
- LAWSON G., *Discretion as Delegation: The Proper Understanding of the Nondelegation Doctrine*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 73, 2005, p. 235 ss.
- LAWSON G., *Federal Administrative Law*, West Academic Publishing, St Paul Minnesota, 2008.

- LAWSON G., *Night of the Living Dead Hand: The Individual Mandate and the Zombie Constitution*, in AA.VV., *Symposium: Health Care and the Constitution: A Forum on the Supreme Court's Affordable Care Act Decision*, in *Fordham L. Rev.*, 81, 2012-2013, p. 1699 ss.
- LAWSON G., SHAPIRO R., *Common Interpretation*, National Constitutional Center Debate on Tenth Amendment, <https://constitutioncenter.org>.
- LAZARE D., *The Frozen Republic: How The Constitution is Paralyzing Democracy*, Houghton Mifflin Harcourt, New York, 1996.
- LEE H.P., ADAMS M.W., CAMPBELL C., MERTON P., *Emergency Powers in Australia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- LESKE K.O., *Major Questions About the "Major Questions" Doctrine*, in *Mich. J. Envtl. & Admin. L.*, 5, 479 ss.
- LOBEL J., *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, in *Yale L.J.*, 98(7), 1989, p. 1385 ss.
- LOCKE J., *Two Treatises of Government*, ed. Thomas I. Cook, New York, 1947.
- LOMBARDI G., *Stato Federale, profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1987.
- LONGO M., PREITE G., *Governo e immaginario delle emergenze. Una introduzione*, in *Iconocrazia*, 20(2), 2021, p. 6 ss.
- LONGOBARDI N., *Autorità amministrative indipendenti (voce)*, in *Treccani – on line*, 2018.
- LOUGHLIN M., *Foundations of Public Law*, in Oxford University Press, Oxford, 2010.
- LOVEDAY P., MARTIN A.W., *Parliament Factions and Parties: The First Thirty Years of Responsible Government in New South Wales*, Carlton-New York, Melbourne University Press-Cambridge University Press, 1966.
- LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, IV, 2006, p. 1643.
- MADDOX G., *Australian Politics: Theory and Practice*, Melbourne: Longman Cheshire, 1985.
- MADDOX G., *Australian Democracy in Theory and Practice*, Pearson Education Australia, Frenchs Forest, 2005.
- MADISON J., *The Federalist* n. 10, in *Il Federalista* ed. it. a cura di M. Negri, Nischi Lischi, Pisa, 1955.
- MADISON J., *The Federalist* n. 45, in *Il Federalista* ed. it. a cura di M. Negri, Nischi Lischi, Pisa, 1955.
- MADISON J., *The Federalist* n. 47, in *Il Federalista* ed. it. a cura di M. Negri, Nischi Lischi, Pisa, 1955.

- MADISON J., *The Federalist* n. 51, in *Il Federalista* ed. it. a cura di M. Negri, Nischi Lischi, Pisa, 1955.
- MAGARIAN G.P., *Chief Justice Roberts' Individual Mandate: The Lawless Medicine of NFIB v. Sebelius*, in *Nw. U. L. Rev. Colloquy*, 108, 2013, <http://colloquy.law.northwestern.edu/>.
- MANGIA A., *Emergenza, fonti fatto e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, 2/2021, p. 143 ss.
- MANN T.E., ORNSTEIN N.J., *The Broken Branch: How Congress Is Failing America and How to Get It Back on Track*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- MANNING J.F., *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, in *Harv. L. Rev.*, 124, 2011, p. 1939 ss.
- MANOUSARIDIS T., *Palmer v Western Australia: A Critique of the High Court of Australia's Approach to Constitutional Review of Executive Exercises of Power*, in *Sidney L. Rev.*, 44(2), 2022, p. 1 ss.
- MARK C.W., *Australia's National Cabinet and its Coronavirus Response: Implications for Australian Federalism*, in *The Kyoritsu journal of international studies*, 38(3), 2021, p. 119 ss.
- MARSHALL G., *Constitutional Conventions: The Rules and Form of Political Accountability*, Oxford University Press, Oxford, 1987.
- MARTINELLI C., *I diritti oltre la manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- MARTINELLI C., *Le radici del costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2016.
- MARTINELLI C., *La Brexit e la Costituzione britannica. Come e perché il Regno Unito è uscito dall'Europa*, Giappichelli, Torino, 2023.
- MATTEUCCI N., *Costituzionalismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1983, p. 252 ss.
- MCBRIDE N., *Ill Fares the Land: Has COVID-19 Killed the Principle of Legality?*, 1 Febbraio 2022, Available at SSRN: <https://ssrn.com/>.
- MCCLINTOCK P., *Harnessing Federalism – the Missing Key to Successful Reform*, Sir Roland Wilson Foundation Lecture, The Australian National University, Canberra, 2012.
- MCCONNELL M.W., *Kavanaugh and the "Chevron Doctrine"*, in *SLS Blog*, 2 agosto 2018, <https://law.stanford.edu>.
- MCCOY T.R., FRIEDMAN B., *Conditional Federal Spending: Federalism's Trojan Horse*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1989, p. 85 ss.
- MCILWAIN C.H., *Costituzionalismo antico e moderno* (ed it. a cura di N. Matteucci), Il Mulino, Bologna.
- MCLEAN H., HUF B., *Emergency Powers, Public Health And Covid-19*, Research

- Paper No 2 (Research Paper, Department of Parliamentary Services, Parliament of Victoria), 9 agosto 2020.
- MCQUEEN H., "Spanish Flu" – 1919: *Political, Medical and Social Aspects*, in *Medical Journal of Australia*, 1(18), 1975, p. 565 ss.
- MEAGHER D., GROVES M. (a cura di), *The Principle of Legality in Australia and New Zealand*, Sidney, 2017.
- MEAGHER D., *The Common Law Presumption of Consistency with International Law: Some Observations from Australia (and Comparisons with New Zealand)*, in *New Zealand Law Review*, 2012, p. 465 ss.
- MEAGHER D., *The common law principle of legality*, in *Alternative Law Journal*, 38(4), 2022, p. 209.
- MEIXNER S., *Australia's Outbound Travel Ban is One of the Strictest Coronavirus Public Health Responses in the World*, ABC News-online, 31 agosto 2020.
- MELNICK R.S., *Statutory Reconstruction: The Politics of Eskridge's Interpretation*, in *Geo. L. J.* 84(91), 1995, p. 91 ss.
- MELVILLE H., *Redburn. His First Journey*, NorthWestern University Press, Chicago, 1969.
- MENDEZ B.H.P., *The Military's COVID-19 Vaccination Mandate*, CRS insight IN11764, 8 novembre 2021, <https://crsreports.congress.gov>.
- MENZIES J., *Blowing Hot and Cold. Intergovernmental Relations Capacity in the Commonwealth Government*, in *Australian Journal of Public Administration*, 70(4), 2012, p. 408 ss.
- MENZIES J., *Executive Federalism and Accountability. A Workable System*, CO-AG Reform Council, 2012, <https://webarchive.nla.gov.au>.
- MENZIES, J., *Explainer: What is the National Cabinet and is it democratic?*, in *The Guardian*, 31 marzo 2020.
- MERVOSH S., D. LU, V. SWALES, *Which States and Cities Have Told Residents to Stay at Home*, New York Times, 20 aprile 2020, <https://www.nytimes.com>.
- METZGER G., MORRISON T., *The Presumption of Constitutionality and the Individual Mandate*, in AA.VV., *Symposium: Health Care and the Constitution: A Forum on the Supreme Court's Affordable Care Act Decision*, in *Fordham L. Rev.*, 81, 2012-2013, p. 1715 ss.
- MEYERSON D., *Rethinking the Constitutionality of Delegated Legislation*, in *Australian Journal of Administrative Law*, 11(1), 2003, p. 45 ss.
- MIDDLETON K., *Inside Morrison's Covid-19 war cabinet*, in *The Saturday Paper*, 21 Marzo 2020.
- MIDDLETON K., *NSW lays blame for Ruby Princess on feds*, in *The Saturday Paper*, 13 giugno 2020.
- MIKOS R.A., *On the Limits of Supremacy: Medical Marijuana and the States'*

- Overlooked Power to Legalize Fed. Crime*, in *Vand. L. Rev.*, 62(5), 2009, p. 1421 ss.
- MILLER G.P., *The Unitary Executive in a Unified Theory of Constitutional Law: The Problem of Interpretation*, in *Cardozo L. Rev.*, 1993, p. 201 ss.
- MIRAGLIOTTA N., BERRY N., NWOKORA Z., *Will national cabinet change federal-state dynamics?*, in *The Conversation*, 3 settembre 2020.
- MODUGNO F., *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Unione Tipografica Editrice, Torino, 1966, p. 474 ss.
- MOELLERS C., *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- MONAST J.J., *Major Questions about the Major Questions Doctrine*, in *Adm. L. Rev.*, 68(3), 2016, p. 445 ss.
- MOORE C., *Crown and Sword*, Australian National University Press, Acton, 2017.
- MORBIDELLI G., *Mauro Volpi comparatista*, in *DPCE-online*, 4/2021, p. 4243 ss.
- MORRISON S., *Transcript of press conference: Australian Parliament House*, ACT, 29 Maggio 2020.
- MORRONE A., *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quad. cost.*, 1/2018, p. 7 ss.
- MORTIMER D., *The Constitutionalization of Administrative Law*, in C. SAUNDERS, A. STONE, *The Oxford Handbook of Australian Constitutional Law*, cit., p. 706 ss.
- MOSTACCI E., *Covid vs. Trump, presente il primo violino, si attende il direttore d'orchestra*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, p. 95 ss.
- MOULDS S., *Scrutinising COVID-19 laws: An early glimpse into the scrutiny work of federal parliamentary committees*, in *Alternative Law Journal*, 45(3), 2020, p. 180 ss.
- MURPHY J.R., ARBAN E., *Assessing the Performance of Australian Federalism in Responding to the Pandemic*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 51(4), 2021, p. 629 ss.
- NADWORN Y., *Full FDA Approval Triggers More Universities to Require the COVID-19 Vaccine*, in *NPR*, 1 settembre 2021, <https://www.npr.org>.
- NEUDORF L., *Strengthening the Parliamentary Scrutiny of Delegated Legislation: Lesson from Australia*, in *Canadian Parliamentary Review*, 42(4), 2019, p. 26 ss.
- NEUSTADT R., *Presidential Power and the Modern Presidents: The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*, Free Press, New York, 1990.
- NG G., *Slaying The Ghost Of Henry VIII: A Reconsideration Of The Limits Upon*

- The Delegation Of Commonwealth Legislative Power*, in *Federal Law Review*, 38(2), 2010, p. 227 ss.
- NOLAN A., LEWIS M., *Federalism-Based Limitations on Congressional Power: An Overview*, CRS Report R45323, 27 settembre 2018.
- O'SULLIVAN M., *Novak Djokovic and the Australian Migration System. The Broad Powers of the Australian Immigration Minister and Australian Public Law*, in <https://verfassungsblog.de>, 21 gennaio 2022.
- ORLANDO V.E., *Il nome di Stato*, in *Diritto pubblico generale*, Giuffrè, Milano, 1954.
- PAINTER M., *Collaborative federalism: Economic reform in Australia in the 1990s*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.
- PAINTER M., *Multi-level Governance and the Emergence of Collaborative Federal Institutions in Australia*, in *Policy and Politics*, 29(2), 2001, p. 137 ss.
- PALERMO F., K. KÖSSLER, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017.
- PARMET W.E., *Health Care and the Constitution: Public Health and the Role of the State in the Framing Era*, in *Hastings Const. L.Q.*, 20(2), 1993, p. 267 ss.
- PATERSON M., *Freedom of information and privacy in Australia: Government and information access in the modern state*, in *Privacy Law and Policy Reporter*, 11(7), 2005, p. 4 ss.
- PATRONO M., VEDASCHI A., *Donald Trump e il futuro della democrazia americana*, Bocconi University Press, Milano, 2022.
- PEARCE D., ARGUMENT S., *Delegated legislation in Australia*, Lexis Nexis Butterworths, Chatswood, 2012.
- PEGORARO L., RINELLA A., *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padova, 2007.
- PEKRUHN D., *Vaccine Mandates by State: Who Is, Who Isn't, and How?*, 22 dicembre 2021, in <https://leadingage.org/workforce/>.
- PELLIZZONE I., *Il ruolo del Parlamento nella rielezione presidenziale, tra vuoto dei leader e crisi di governo. Riflessioni a margine della seconda elezione del Presidente Mattarella*, in *federalismi.it*, 31 gennaio 2022, p. 1 ss.
- PHILLIMORE J., ARKLY T., *Policy and Policy Analysis in Australian States*, in B. HEAD, K. CROWLEY (a cura di), *Policy Analysis in Australia*, Bristol University Press, Bristol, 2015, p. 87 ss.
- PHILLIMORE J., FENNA A., *Intergovernmental councils and centralization in Australian federalism*, in *Regional and Federal Studies*, 27(5), 2017, p. 597 ss.

- PIERINI A., *Federalismo e welfare state*, in G. D'IGNAZIO (a cura di), *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Cedam, Padova, 2020, p. 230 ss.
- PIERINI A., *The Ambivalence of US Federalism Under the Biden Administration: Between the “Third Reconstruction” and New Challenges by the States to Cooperative Federalism in an Era of Political Polarization*, in *DPCE Online*, 56, No. Sp. 1, 2023, p. 55 ss.
- PIN A., *La sovranità in America*, Cedam, Padova, 2012.
- PIN A., *The transnational drivers of populist backlash in Europe: The role of courts*, in *German Law Journal*, 20, 2019, p. 224 ss.
- PINELLI C., *Forme di Stato e forme di governo*, Jovene, Napoli, 2006.
- POJANOWSKI J., *Without Deference*, in *Mo. L. Rev.*, 81, 2016, p. 1075 ss.
- POLLITT C., BOUCKAERT G., *Public Management Reform. A Comparative Analysis. Into The Age of Austerity*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- PONZANO P., *Democracy And European Governance*, in <https://graspe.eu/>, 2012.
- POSNER E., VERMEULE A., *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010.
- POSNER E.A., VERMEULE A., *Interring the Nondelegation Doctrine*, in *The University of Chicago Law Review*, 69(4), 2002, p. 172 ss.
- PRINCE D., SCOTT CARLTON D., LUEDDEKE N.D., *From Lockdown to a Showdown: What Questions Should Companies Consider Pertaining to the Authority of the Federal or State Governments to “Reopen” the Economy?*, in www.paulhastings.com, 22 aprile 2020.
- QUICK J., GARRAN R.R., *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, Legal Books, Sydney, 1976, p. 332.
- RAMAJOLI M., *Attività regolatoria e norme attributive: alcune considerazioni*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1/2022, p. 25 ss.
- RANDAZZO B., *Populismo e diritto. Dialogando con Enrico Scoditti*, in *Questione Giustizia* n. 1/2019, p. 67 ss.
- RAPPAPORT M., *A Stronger Separation of Powers for Administrative Agencies*, in *The Regulatory Review*, 18 December 2019.
- REIMANN M. (a cura di), *Federalism and legal unification: A comparative empirical investigation of twenty systems*, Springer, Dordrecht, 2014, p. 87 ss.
- RELYEA H.C., *Declaring and Terminating a State of National Emergency*, in *Presidential Studies Quarterly*, 6-4, 1976, p. 1 ss.
- RELYEA H.C., *National Emergency Powers*, in *CRS Report*, 16 gennaio 2021, <https://crsreports.com>.

- RESCIGNO G.U., *Divisione dei poteri*, in C. DONATI (a cura di), *Dizionario critico del diritto*, Savelli, Roma, 1980, p. 95 ss.
- RESNICK J., *Symposium, Constructing a New Federalism: Jurisdictional Competence and Competition: Afterword: Federalism's Options*, in *Yale J. O Reg.*, 14, 1996, p. 465 ss.
- REYNOLDS C., *Public Health and the Australian Constitution*, in *Australian Journal of Public Health*, 19(3), 1995, p. 243 ss.
- REYNOLDS C., *Quarantine in Times of Emergency: The Scope of s 51(ix) of the Constitution*, in *Journal of Law and Medicine*, 12, 2004, p. 166 ss.
- RICCI M., *Trattato della politica di Aristotele, volgarizzamento dal Greco con note e discorso preliminare*, Le Monnier, Firenze, 1853.
- RICHARDSON J.D., *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents*, Vol. 1, Hanse, New York, 1897.
- RIDOLA P., *Prestoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. CAROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, La Terza, Bari-Roma, 2009, p. 14 ss.
- RIDOLA P., *Gorla, Tocqueville e la comparazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2, 2021, p. 4 ss.
- RINELLA A., *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e "circolazione" del modello francese in Europa centro-orientale*, Giappichelli, Torino, 1997.
- RINELLA A., *La Carta della rivoluzione americana*, in A. TORRE (a cura di), *Il Monitore Costituzionale – La Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America 1776*, 2007, p. XI ss.
- RIZZI M., TULICH T., *All Bets on the Executive(s)! The Australian Response to COVID-19*, in J. GROGAN, A. DONALD (a cura di), *Routledge Handbook of Law and the COVID-19 Pandemic*, Routledge, Londra, 2022, p. 5 ss.
- RODRIGUES M., *Cabinet confidentiality*, in *Politics and Public Administration Section*, 28 maggio 2010.
- ROMEO G., *Interpretazione della legge e judicial deference nella Corte Suprema del dopo Scalia*, in *DPCE*, 2, 2018, p. 517 ss.
- ROOSEVELT T., *An Autobiography*, Macmillan, New York, 1913.
- ROSENBERG C., *They Won Guantánamo's Supreme Court Cases. Where Are They Now?* in *New York Times*, 11 gennaio 2023.
- ROSENBAUM S., *The Patient Protection and Affordable Care Act: Implications for Public Health Policy and Practice*, in *Public Health Reports*, 126(1), 2011, p. 130 ss.
- ROSENTHAL A.J., *Conditional Federal Spending and the Constitution*, in *Stan. L. Rev.*, XXXIX, 1987, p. 1103 ss.

- ROSS G.W.C., *The Constitutional Law of Federalism in the United States and Australia*, in *Virginia L. Rev.*, 29(7), 1943, p. 881 ss.
- ROSSANO C., *La divisione dei poteri nella attuale struttura costituzionale dello stato di diritto e sociale*, in AA. VV. *Studi in memoria di Domenico Pettiti*, Giuffrè, Milano, 1973, vol. III, p. 1300 ss.
- ROSSITER C., *Constitutional Dictatorship in the Atomic Age*, in *The Review of Politics*, 11(4), 1949, p. 395 ss.
- ROTHWELL D.R., *The high court and the external affairs power: consideration of its outer and inner limits*, in *Adelaide Law Review*, 15(2), 1993, p. 209 ss.
- ROUSSEAU J.J., *Il contratto sociale*, Libro II par. 1, Feltrinelli, Milano, 2014.
- ROUSSIN J., *An Obsolete Separation of Powers?* in <https://booksandideas.net>, 2017.
- ROVAGNATI A., VANONI L.P., *Separazione dei poteri ed emergenza sanitaria negli Stati Uniti. Osservazioni a margine della decisione della Corte Suprema NFIB v. OSHA*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2022, p. 163 ss.
- ROZNAI Y., *The Newest-Oldest Separation of Powers*, in X. CONTIADES, A. FOTIADOU (a cura di), *Participatory Constitutional Change: The People as Amenders of the Constitution*, in *European Constitutional Law Review*, 14(2), p. 431 ss.
- RUBINSTEIN REISS D., WEITHORN L.A., *Responding to the Childhood Vaccination Crisis: Legal Frameworks and Tools in the Context of Parental Vaccine Refusal*, in *Buff. L. Rev.*, 63(4), 2015, p. 881 ss.
- SACKVILLE R., *The Doctrine of Immunity of Instrumentalities in the United States and Australia: A Comparative Analysis*, in *Melb. U. L. Rev.*, 7(15), 1970, p. 15 ss.
- SARTORI G., *Democrazia: cosa è*, Rizzoli, Milano, 1993.
- SAUNDERS C., *The external affairs power in the Australian Constitution*, in *International Law News*, 24, 1994, p. 36 ss.
- SAUNDERS C., *Australian Democracy and Executive Law-making: Practice and Principle (Part II)*, Papers on Parliament no. 66, 2016.
- SAUNDERS C., *Separation of Legislative and Executive Power*, in C. SAUNDERS, A. STONE (a cura di), *The Oxford Handbook of Australian Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 622 ss.
- SAUNDERS C., *The National cabinet has worked. Can it last?*, in *Pursuit*, The University of Melbourne, 11 giugno 2020, in <https://pursuit.unimelb.edu.au>.
- SAUNDERS C., FOSTER M., *The Australian Federation: A Story of the Centralization of Power*, in D. HALBERSTAM, M. REIMANN (a cura di), *Federalism and*

- Legal Unification. A Comparative Empirical Investigation of Twenty Systems*, Springer, Dordrecht, 2014, p. 87 ss.
- SAVVA N., *Coronavirus: It's the PM's national cabinet – but not all the time*, The Australian, 23 Aprile 2020.
- SAWER G., *The External Affairs Powers*, in *Federal Law Review*, 14(3), 1984, p. 199 ss.
- SCAFFARDI L., *L'ordinamento federale australiano. Aspetti problematici*, Cedam, Padova, 2000.
- SCALIA A., *Foreword: The Importance of Structure in Constitutional Interpretation*, in *Notre Dame L. Rev.*, 83, 2008, 1417 ss.
- SCHEPPELE K.L., *Democracy by Judiciary (or why can courts be sometimes be more democratic than Parliaments)*, in A.W. CZARNOTA, M. KRYGIER, W. SARDURSKI (a cura di), *Rethinking the Rule of Law in Post-Communist Europe*. CEU Press, Budapest, 2005, p. 263 ss.
- SCHEPPELE K.L., *Trump's not-Emergency Emergency Part II*, in *Verfassungblog*, 17 febbraio 2019.
- SCHLESINGER A.M., *The Imperial Presidency*, Houghton Mifflin, Boston New York, 1973.
- SCHMITT C., *Teologia politica*, in G. MIGLIO, P. SCHIERA (a cura di), *C. Schmitt Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972.
- SCHNABEL J., *Managing Interdependencies in Federal Systems: Intergovernmental Councils and the Making of Public Policy*, Palgrave Macmillan, Cham, 2020.
- SCHWINN S., *It's time to abandon anti-commandeering (but don't count on this Supreme Court to do it)*, in *SCOTUSblog*, 17 agosto 2017, <https://www.scotusblog.com>.
- SCHWIMM S., *Public Citizen Sues Trump Over "Emergency" Wall Action*, in *Constitutional Law Professor Blog*, 16 febbraio 2019, <https://lawprofessors.typepad.com>.
- SEIB G.F., *In Crisis, Opportunity for Obama*, in *Wall Street Journal*, 19 novembre 2008, <https://www.wsj.com>.
- SEIDENFELD M., ROSSI J., *The False Promise of the New Nondelegation Doctrine*, in *Notre Dame L. Rev.*, 76(1), 2000, p. 1 ss.
- SHAPIRO M., *The Juridicalization of Politics in the United States*, in *International Political Science Review*, 15(2), 1994, p. 101 ss.
- SHARMAN, C., *The Premier's Conference. An Essay in Federal State Interaction*, The Australian National University, 1977.
- SHEN W.W., *State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination*, CRS Report R46745, 18 gennaio 2022, <https://crsreports.congress.gov>.

- SILBER W. L., *Why Did FDR's Bank Holiday Succeed?*, in *FRBNY Economic Policy Review*, 15(1), 2009, p. 19 ss.
- SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1984.
- SILVESTRI G., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 663 ss.
- SIMEON R., *Federal-Provincial Diplomacy: The Making of Recent Policy in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, 2006.
- SKACH C., *The "newest" separation of powers: Semipresidentialism*, in *I•CON*, Vol. 5(1), 2007, p. 91 ss.
- SLATER G., *The National Emergencies Act of 1976- End of Emergency Government?*, in *Iustitia*, 4(2), 1977, p. 50 ss.
- SLAUGHTER A.M., *A New World Order*, Princeton University Press, New Haven, 2004.
- SMILEY D., *Canada in Questions. Federalism in the Seventies*, McGraw-Hill Ryerson, Toronto, 1972.
- SMITH S., *The Scope of a Nationhood Power to Respond to COVID-19: Unanswered Questions*, in *AUSPUBLAW*, 13 maggio 2020.
- SMITH S.A., *Delegated Legislation in England*, *The Western Political Quarterly*, 4, 1949, p. 514 ss.
- SOLUM L.B., *How NFIB v. Sebelius Affects the Constitutional Gestalt*, in *Wash. U. L. Rev.*, 91(1), 2013, p. 1 ss.
- SOMIN I., *Federalism And The Constitution*, The Bill of Right Institute, 2016, <https://billofrightsinstitute.org>.
- SOMIN I., *Supreme Court Blocks Vaccine Mandate for Businesses, Exposing Biden's Overreach*, in *NBCnews*, 13 gennaio 2019, <https://www.nbcnews.com>.
- SOUTPHOMMASANE T, STEARS M., *How Failure on Covid-19 has Exposed the Dangerous Delusion of "Fortress Australia"*, *New Statesman* – online, 9 luglio 2021.
- SPAGNOLI F., *L'emergenza COVID-19 in Spagna e negli Stati Uniti: un bilancio comparato*, in *Rivista Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, 1, 2020, p. 22 ss.
- SPANN G., *Deconstructing the Legislative Veto*, in *Minn. L. Rev.*, 68, 1983, p. 473 ss.
- STAROBINSKI J., *Montesquieu*, Marietti, Genova, 1989.
- STARR P., *The Social Transformation of American Medicine*, Basic Books, New York, 1982.
- STEPHENSON P., FRECKELTON I., BENNETT B., *Public Health Emergencies in Australia*, in B. BENNETT, I. FRECKELTON (a cura di), *Pandemics, Public Health Emergencies and Government Powers*, Federation Press, Sidney, 2021, p. 71.

- STEVENS R., *The Public-Private Health Care State: Essays on the History of American Health Care Policy*, Transaction Publishers, New Brunswick NJ, 2007.
- STEWART R.B., *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harv. L. Rev.*, 88(8), 1975, p. 1675.
- STOKER A., BEARDOW J., *Mr “McGowan, Tear Down This Wall!”: Section 92 after Palmer v Western Australia* (Speech, Samuel Griffith Society, in *Online Speaker Series*, 2021, p. 10.
- STONE SWEET A., *Governing with Judges*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2002.
- STOREN R., CORRIGAN N., *COVID-19: A Chronology of State and Territory Government Announcements Research Paper Series 2020–21*, Parliamentary Library (Cth), 22 October 2020.
- STRAUSS P.L., *Was There a Baby in the Bathwater – A Comment on the Supreme Court's Legislative Veto Decision*, in *Duke L.J.*, 4, 1983, p. 789 ss.
- STURGESS G., *The progress towards Commonwealth/state rationalization*, in *Royal Australian Institute of Public Administration National Newsletter*, 1(2), 1991, p. 12 ss.
- STURM A.L., *Emergencies and the Presidency*, in *Journal of Politics*, 11, 1949, p. 121 ss.
- SUNSTEIN C.R., *Law and Administration after “Chevron”*, in *Col. Law Rev.*, 90(8), 1990, p. 2071 ss.
- SUNSTEIN C.R., *Is Osha Unconstitutional?*, in *Va. L. Rev.*, 94, 2008, p. 1407 ss.
- SUNSTEIN C.R., *The American Nondelegation Doctrine*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 86(5), 2018, p. 1181 ss.
- SUNSTEIN C.R., *There are Two “Major Questions” Doctrine*, 4 novembre 2020, <https://ssrn.com/>.
- SUTTON J., *Who Decides? States as Laboratories of Constitutional Experimentation*, Oxford University Press, Oxford, 2022.
- TAFT W.H., *Our Chief Magistrate and His Powers*, Columbia University Press, New York, 1916.
- TAN D., *Confidentiality and the National Cabinet*, in *Public Law Review*, 32(4), 2021, p. 1 ss.
- TARCHI R., in *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato. Riflessioni a margine di un seminario pisano*, in *Rivista Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale* Numero Speciale, 1, 2020, p. 1 ss.
- TARR A., *Federalism and Health Care in the United States*, in *REAF*, 14, 2011, p. 1 ss.

- TERRILL G., *Secrecy and openness: the federal government from Menzies to Whitlam and beyond*, Melbourne University Press, Carlton South, 2000.
- TIERNAN A., *Reforming Australia's Federal Framework: Priorities and Prospects*, in *Australian Journal of Public Administration*, 74(4), 2015, p. 398 ss.
- TORRE A., *Il Regno Unito*, in P. CAROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, La Terza, Roma-Bari, 2009, p. 61 ss.
- TOWNSEND D.J., *Constitutional Algebra: Palmer v Western Australia Reunites the Broken Parts of s 92*, in *Law Society Journal* 76, 2021, p. 84 ss.
- TRIBE L., *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 2000.
- TROPER M., *Pour une theorie juridique de l'Etat*, Press Universitaires de France, Parigi, 2004.
- TROPER M., *Separation of powers*, in *Montesquieu Dictionary [online]*, (ENS Lyon 2013), <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr>.
- TUDGE A., *Second reading speech: COAG Legislation Amendment Bill 2021*, House of Representatives, *Debates*, (proof), 21 settembre 2021.
- TULICH T., MURRAY S., *Executive Accountability and Oversight in Australia During the Covid-19 Pandemic*, in *Michigan State International Law Review*, 30(2), 2022, p. 285.
- TULICH T., REILLY B., MURRAY S., *The National Cabinet: Presidentialised Politics, Power-sharing and a Deficit in Transparency*, in *Australian Public Law*, 23 ottobre 2020.
- TULICH T., RIZZI M., MCGAUGHEY F., *Cooperative Federalism, Soft Governance and Hard Laws in Australia's State of Emergency*, *VerfBlog*, 2020.
- TURNER E.R., *The Cabinet Council of England in the seventeenth and eighteenth centuries 1622–1784*, Johns Hopkins Press, Baltimore, 1930.
- TUSHNET M., *Can the President Declare a National Emergency to Build the Wall?*, Podcast www.constitutioncenter.org, 10 gennaio 2019.
- TWOMEY A., *Pushing the Boundaries of Executive Power – Pope, the Prerogative and Nationhood Powers*, in *Melbourne University Law Review*, 34(1), 2010, p. 313 ss.
- TWOMEY A., *Federal and State Powers to Deal with Pandemics. Cooperation, Conflict and Confusion*, in B. BENNET, I. FRECKELTON (a cura di), *Pandemics, Public Health Emergencies and Government Powers*, Federation press, Alexandria, 2021, p. 52.
- TWOMEY A., *Who is responsible for quarantine under the "Constitution"?*, in *Australian Law Journal*, 95(4), 2021, p. 253 ss.

- UHLMANN C., *When it comes to COVID-19, we cannot run a risk-free society*, The Sidney Morning Herald, 28 aprile 2021.
- UHLMANN F., AMMANN O., *Switzerland and the COVID-19 pandemic: a look back and a look into the future*, in *VerfBlog*, 3, 2021.
- VAN SON P.B., *The Australian Constitution: The External Affairs Power and Federalism*, in *California Western International Law Journal*, 12(1), 1982, p. 46 ss.
- VAN SON P.B., *The Australian Constitution: The External Affairs Power and Federalism*, in *California Western International Law Journal*, 12(1), 1982, p. 46 ss.
- VANONI L.P., *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale*, in *DPCE*, 3, 2017, p. 833 ss.
- VANONI L.P., *Il muro di Trump tra emergency powers e separazione dei poteri*, in *Quad. Cost.*, 2, 2019, p. 453 ss.
- VANONI L.P., *Checks and Balances*, in R. GROTE, F. LACHENMANN, R. WOLFRUM (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law (MPECCoL)*, Oxford University Press, Oxford, Oxford Constitutions, 2020.
- VANONI L.P., *New Challenges to the Separation of Powers: The Role of Constitutional Courts*, in A. BARAGGIA, C. FASONE, L.P. VANONI (a cura di), *New challenges to the separation of powers: dividing power*, Elgar Publishing, Cheltenham UK, Northampton USA, 2020, p. 46 ss.
- VANONI L.P., *Dissenso e Costituzione. La democrazia americana nell'era della polarizzazione*, in S. PARINI (a cura di), *Le parole pericolose*, Giappichelli, Torino, 2023 (in corso di pubblicazione).
- VEDASCHI A., *Has the balancing of rights given way to a hierarchy of values?*, in *Comparative Law Review*, 2(1), 2010, p. 1 ss.
- VEDASCHI A., *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *Dpce-Online*, 43, 2020, p. 1453 ss.
- VEDASCHI A., *The Dark Side of Counter-Terrorism: Arcana Imperii and Salus Rei Publicae*, in *American Journal of Comparative Law*, 66(4), p. 877 ss.
- VERMEULE A., *The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge*, in M. TUSHNET, S. LEVINSON AND M.A. GRABER (a cura di), *The Oxford Handbook of the United States Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 259 ss.
- VIBER F., *The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers*, CUP, Cambridge, 2009.
- VIGNUDELLI A., *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *D&Q*, n. 7, 2007, p. 202 ss.

- VILE J.MC., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2 ed., Liberty Fund, Indianapolis, 1998.
- VIMERCATI B., *Il disaccordo costituzionale europeo: sussidiarietà e better regulation*, in *Percorsi Costituzionali*, 2020, p. 77 ss.
- VIMERCATI B., *Natura e strumenti della better regulation: Un contributo allo studio dell'integrazione tra i diversi livelli di governo*, Giappichelli, Torino, 2018.
- VIOLINI L., *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo, Centrali nucleari e sostanze cancerogene negli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1986.
- VIOLINI L., *Federalismo, regionalismo e sussidiarietà come principi organizzativi fondamentali del diritto costituzionale comune europeo*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Diritto costituzionale comune europeo*, Jovene, Napoli, 2002, p. 95 ss.
- VOLPI M., *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Giappichelli, Torino, 2004.
- VOßKUHLE A., *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund European*, in *Eur Const Law Rev.*, 6, 2010, p. 178 ss.
- WAHLQUIST C., *How Melbourne's 'short, sharp' Covid lockdowns became the longest in the world*, *The Guardian*, 2 ottobre 2021.
- WALDRON J., *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *Yale Law Journal*, 115(6), 2006, p. 1346 ss.
- WALDRON J., *Separation of Powers in Thought and Practice*, in *B.C.L. Rev.*, 54, 2013, p. 433 ss.
- WALDRON J., *Political Political Theory. Essays on Institutions*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2016.
- WALDRON J., *Judicial Review and Judicial Supremacy*, in *New York University Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, no. 24-57, p. 27 ss.
- WALLISON P.J., *Judicial Fortitude: The Last Chance to Rein in the Administrative State*, Encounter Books, New York, 2019.
- WALPOLE S., ISDALE W., *COVID-19, the Principle of Legality and the "Legislative Bulldozer" of the Biosecurity Act 2015 (Cth)*, cit., p.
- WATTS R.L., *Executive Federalism: A Comparative Analysis*, Print Book, London, 1989.
- WEEKS LEONARD E., *Rhetorical Federalism: The Value of State-Based Dissent to Federal Health Reform*, in *Hofstra L. Rev.*, 39(1), 2010, p. 111 ss.
- WHITLAM E.G., *The Cost of Federalism*, in A. PATIENCE, J. SCOTT (a cura di), *Australian Federalism: Future Tense*, Melbourne, Oxford University Press, 1983, p. 28 ss.

- WHITTINGTON K.E., IULIANO J., *The Myth of the Nondelegation Doctrine*, in *U. Pa. L. Rev.*, 165, 2017, p. 379 ss.
- WILDING N., LAUNDRY P., *An Encyclopedia of Parliament*, St. Martin's Press, New York, 1971.
- WILLIAMS G., KILDEA P., *COAG: How to turn a 'parking lot for tough decisions' into something really useful*, *The Conversation*, 24 Marzo 2011.
- WINTERTON G., *Parliament, the Executive and the Governor General: A Constitutional Analysis*, Melbourne University Press, Melbourne, 1983.
- WITTGENSTEIN L., *Philosophical Investigations*, Basil Blackwell, Oxford, 1963.
- WOLF G., *COVID-19 in Historical Context: Australian Legal and Regulatory Responses to Past Influenza Pandemics*, in BENNET B., FRECKELTON I. (a cura di), *Pandemics, Public Health Emergencies and Government Powers*, Federation Press, Sydney, 2021, p. 34 ss.
- XANTHAKI H., *Drafting Legislation: Art and Technology of Rules for Regulation*, Hart Publishing, Oxford, 2014.
- YATES J., *Paura e società del rischio Un'intervista a Ulrich Beck*, in *Lo Sguardo – Rivista di filosofia*, 21, 2016.
- YOO J., *No, Trump Can't Force States to Reopen*, in www.aei.org, 13 aprile 2020.
- ZANON N., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi*, 3/2021, p. 86 ss.
- ZANON N., *Pluralismo dei valori e unità del diritto*, in *Quad. Cost.*, 2015, p. 919 ss.
- ZIMMERMAN J.F., *National-State Relations: Cooperative Federalism in the Twentieth Century*, in *Publius* 31(2), 2001, p. 15 ss.

Finito di stampare nel mese di maggio 2023
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Studi di diritto pubblico

Per i tipi di Giuffrè

1. VITTORIO ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, 1963, pp. XXII-348.
2. ROBERTO GIANOLIO, *Le occupazioni d'urgenza*, 1963, pp. VII-226.
3. VITTORIO ITALIA, *La denominazione nel diritto pubblico*, 1966, pp. XVII-209.
4. VALERIO ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, 1969, pp. IV-892.
5. VITTORIO ITALIA, *Gli statuti nel diritto pubblico*. vol. I, *Potestà e norma statutaria*, 1974, pp. XXVI-430.
6. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Il partito politico nella Costituzione italiana*, 1969.
7. PIETRO GIUSEPPE GRASSO, *Il principio nullum crimen sine lege nella Costituzione italiana*, 1972, pp. XII-372.
8. RICCARDO VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, 1971, pp. VIII-636.
9. VITTORIO ITALIA, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, 1970, pp. XVI-366.
10. GIANFRANCO MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, 1970, ristampa 1974, pp. VIII-224.
11. VITTORIO ITALIA, *La deroga nel diritto pubblico*, 1977, pp. XII-257.
12. RICCARDO VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, 1974, pp. VIII-212.
13. GIANFRANCO MOR, *Profili dell'amministrazione regionale*, 1974, pp. VIII-244.
14. ALDO BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, 1974, pp. VIII-404.
15. GUIDO GRECO, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, 1977, pp. IV-406.
16. CARLO EMILIO TRAVERSO, *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, 1977, pp. IV-252.
17. ALDO BARDUSCO, *Lo stato regionale italiano*, 1980, pp. IV-252.
18. RICCARDO VILLATA, «Disapplicazione» dei provvedimenti amministrativi e processo penale, 1980, pp. IV-176.
19. GUIDO GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, 1980, pp. IV-256.
20. MARIA LUISA MAZZONI HONORATI, *Il referendum nella procedura di revisione costituzionale*, 1982, pp. VIII-168.
21. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Partito politico e ordinamento costituzionale*, 1983, pp. IV-280.
22. ERMINIO FERRARI, *I servizi sociali*, vol. I, 1986, pp. XVI-276.
23. ENZO BALBONI-FABRIZIO D'ADDABBO-ANTONIO D'ANDREA-GIOVANNI GUIGLIA, *La difficile alternanza. Il sistema parlamentare italiano alla prova (1985-1987)*, 1988, pp. XVI-236.
24. CARLO ENRICO PALIERO-ALDO TRAVI, *La sanzione amministrativa*, 1988, pp. XVI-356.
25. MARCO SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza*, 1991, pp. XII-352.
26. GIOVANNI BOGNETTI, *La cultura giuridica e le facoltà di giurisprudenza a Milano nel secolo ventesimo*, 1991, pp. X-198.
27. SERENA MANZIN MAESTRELLI, *Il partito politico nella giurisprudenza del tribunale costituzionale federale tedesco*, 1991, pp. VIII-156.

28. MARTA CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, 1991, pp. VI-138.
29. GIOVANNI BOGNETTI, *Europa in crisi*, 1991, pp. VIII-184.
30. MARILISA D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, 1993, pp. XIV-182.
31. GIOVANNI BOGNETTI, *La costituzione economica italiana. Interpretazione e proposta di riforma*, 1993, pp. X-206.
32. MARILISA D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, 1994, pp. VIII-286.
33. GABRIELLA MANGIONE, *La revisione del Grundgesetz in materia di asilo*, 1994, pp. X-106.
34. GIOVANNI BOGNETTI, *Costituzione, televisione e legge antitrust*, 1996, pp. VI-136.
35. LUCA ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, 1996, pp. XII-446.
36. EUGENIO BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, 1996, pp. X-352.
37. MAURIZIO CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, 1996, pp. VIII-360.
38. MARCO BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, 1997, pp. VIII-242.
39. GIOVANNI BOGNETTI, *Lo stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*, 1998, pp. XII-182.
40. MARGHERITA RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, 1998, pp. XII-524.
41. *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico*. Atti del Convegno organizzato in ricordo del Prof. Paolo Biscaretti di Ruffia, a cura di Gianfranco Mor, Stefania Ninatti, Quirino Camerlengo e Giulio Enea Vigevani, 1999, pp. VIII-194.
42. GABRIELLA MANGIONE, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, 1999, pp. X-262.
43. ALESSANDRA CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, 2000, pp. X-198.
44. MARIA ELENA GENNUSA, *La posizione costituzionale dell'opposizione*, 2000, pp. X-316.
45. LUCA ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, 2000, pp. XII-418.
46. *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*. Atti del Convegno - Milano, 16-17 marzo 2000, a cura di Nicolò Zanon e Francesca Biondi, introduzione di Gustavo Zagrebelsky, 2001, pp. XVI-302.
47. MIRYAM IACOMETTI, *I Presidenti di Assemblea parlamentare*, 2001, pp. X-518.
48. *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, voll. I e II, 2002, pp. X-1602.
49. *Le trasformazioni dello stato regionale italiano. In ricordo di Gianfranco Mor*, a cura di Vittorio Angiolini, Lorenza Violini, Nicolò Zanon, 2002, pp. X-488.
50. QUIRINO CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, 2002, pp. XIV-444.
51. GIUSEPPE MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, 2003, pp. XIV-412.
52. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel processo amministrativo*, 2004, pp. X-350.
53. FRANCESCO GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, 2004, pp. X-396.
54. STEFANIA NINATTI, *Giudicare la democrazia? Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, 2004, pp. XIV-324.
55. *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Nicolò Zanon e Alessandra Concaro, 2005, pp. VI-424.
56. *Itinerari di sviluppo del regionalismo italiano*. Primo Incontro di Studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, con la collaborazione di Quirino Camerlengo, 2005, pp. X-590.
57. *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti*. Atti del Convegno internazionale in onore del prof. Valerio Onida - Milano, 15 aprile 2005, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2006, pp. X-192.

58. QUIRINO CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, 2007, pp. X-358.
59. MARCO CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, 2007, pp. XVI-590.
60. MONICA DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, 2007, pp. XIV-306.
61. PAOLO PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, 2007, pp. XVI-698.
62. SARA VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, 2008, pp. XXXII-422.
63. LUCA BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, 2008, pp. X-324.
64. BARBARA RANDAZZO, *Diversi ed uguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, 2008, pp. XX-456.
65. *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti) - How Constitutional Courts make decisions*. Atti del Convegno internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2009, pp. VIII-232.
66. GIUSEPPE PERICU, *Scritti scelti*, 2009, pp. VI-956.
67. STEFANO CATALANO, *La "presunzione di consonanza". Esecutivo e Consiglio nelle Regioni a statuto ordinario*, 2010, pp. VIII-392.
68. IRENE PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, 2011, pp. XVIII-318.
69. *Verso il decentramento delle politiche di welfare*. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, 2011, pp. VIII-504.
70. MONICA DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, 2011, pp. VIII-208.
71. SARA VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, 2012, pp. X-214.
72. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della CONSOB. Profili procedurali e strumentali rispetto alla funzione regolatoria*, 2012, pp. VIII-248.
73. FRANCESCA BIONDI, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici. Profili costituzionali*, 2012, pp. XIV-232.
74. BARBARA RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, 2012, pp. X-270.
75. GIUSEPPE ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimento*, 2013, pp. XIV-376.
76. LUCA PIETRO VANONI, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, 2013, pp. VIII-318.
77. BENEDETTA VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, 2014, pp. X-346.
78. ELISA FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione. Stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema*, 2014, pp. XII-412.
79. *Scritti scelti di Giovanni Bogneri*, a cura di Miryam Iacometti, 2015, pp. XXXVI-530.
80. PAOLO PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, con prefazione di Diana-Urania Galetta, 2015, pp. XX-332.
81. *Il controllo preventivo dei trattati dell'Unione europea*. Atti del Convegno tenutosi a Milano il 28 maggio 2014, a cura di Nicolò Zanon, 2015, pp. XII-202.
82. STEFANIA LEONE, *Contributo allo studio dello scioglimento anticipato nel sistema costituzionale*, 2016, pp. X-394.
83. ALESSANDRA OSTI, *Teoria e prassi dell'access to Justice. Un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, 2016, pp. X-238.
84. ANNALISA NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, 2016, pp. XLII-450.
85. ANTONIA BARAGGIA, *L'autonomia universitaria nel quadro costituzionale italiano ed europeo. Già e non ancora ...*, 2016, pp. XII-268.

86. SARA VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, 2016, pp. XIII-348.
87. BENEDETTA LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, 2017, pp. XVI-772.
88. FILIPPO ROSSI, *La costruzione giuridica del licenziamento. Legislazione, dottrina e prassi fra XIX e XX secolo*, 2017, pp. X-322.
89. *Il diritto all'acqua*, a cura di Lorenza Violini e Barbara Randazzo, 2017, pp. VI-282.
90. FEDERICO GAFFURI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, 2018, pp. XVI-304.

Per i tipi di Giappichelli

91. GIADA RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, 2020, pp. X-246.
92. LORENZA VIOLINI, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.*, 2021, pp. XVIII-286.
93. *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'hate speech on line*, a cura di Marilisa D'Amico e Cecilia Siccardi, 2021, pp. XXII-234.
94. GIULIA FORMICI, *La disciplina della data retention tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Un'analisi comparata*, 2021, pp. XIV-434.
95. AA.VV., *Cinquant'anni dopo. L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato. Scritti di diritto processuale amministrativo dedicati a Riccardo Villata*, 2021, pp. XIV-274.
96. ELISABETTA CRIVELLI, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 Cedu al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, 2021, pp. X-142.
97. MARCO ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, 2022, pp. XVI-208.
98. BENEDETTA LIBERALI, *Un processo bifronte. Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, 2022, pp. XXXII-400.
99. *Diritto e valutazioni scientifiche*, a cura di Benedetta Liberali e Lavinia Del Corona, 2022, pp. XXVI-518.
100. LAVINIA DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, 2022, pp. XVI-312.
101. ANTONIA BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell'aborto in due esperienze paradigmatiche*, Seconda edizione, 2022, pp. X-214.
102. FILIPPO ROSSI, *Ragionevoli dubbi. Percorsi storici del recesso unilaterale*, 2022, pp. XIV-314.
103. RAFFAELLA BIANCHI RIVA, *Lo scandalo tra alto medioevo e prima età moderna. Itinerari tra dimensione giuridica, politica e sociale*, 2022, pp. XII-316.
104. ANTONIA BARAGGIA, *La condizionalità come strumento di governo negli Stati compositi. Una comparazione tra Stati Uniti d'America, Canada e Unione europea*, 2023, pp. X-270.
105. *One health. Dal paradigma alle implicazioni giuridiche*, a cura di Lorenza Violini, 2023, pp. VIII-168.
106. SARA V. PARINI (a cura di), *Parole pericolose. Conflitto e bilanciamento tra libertà e limiti. Una prospettiva trasversale*, 2023, pp. XXVI-214.
107. DANIELE CAMONI, *Diritto all'istruzione e opinioni dissenzienti in prospettiva comparata*, 2023, pp. XII-324.
108. ELISABETTA ROMANI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU nella giustizia amministrativa*, 2023, pp. XVI-512.
109. LUCA PIETRO VANONI, *«Never let a good crisis go to waste». Il principio della separazione dei poteri prima e dopo la pandemia*, 2023, pp. XX-348.