

Francesco Saitto

# Dalla Gilded Age al New Deal: diritti e federalismo nella Lochner Era

(doi: 10.1438/83569)

Diritto pubblico (ISSN 1721-8985)

Fascicolo 2, maggio-agosto 2016

**Ente di afferenza:**

*Università la Sapienza di Roma (Uniroma1)*

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

**Licenza d'uso**

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

FRANCESCO SAITTO

DALLA *GILDED AGE* AL *NEW DEAL*:  
DIRITTI E FEDERALISMO NELLA *LOCHNER ERA*

«Allora provate a fare qualcosa liberamente.  
Vi diranno che uno ha tanta libertà quanta ne  
può comprare» (J. STEINBECK, *Furore* (1939),  
Milano, 2015, 168)

*Sommario:* 1. Percorsi della trasformazione costituzionale statunitense tra Ottocento e Novecento: dalla fine della frontiera alla sentenza *Lochner v. New York*. – 2. Mercato e poteri di regolazione statale dagli *Slaughter-House Cases* a *Munn v. Illinois*. – 3. Poteri della Federazione e interpretazione della *interstate commerce clause* nell'Ottocento. – 4. L'*antitrust* come «embarrassing dilemma» tra libertà di contratto e *commerce clause*. – 5. La c.d. *Lochner Era*. – 5.1. Pubblico, privato e la cura degli '*existing maladjustments*'. Dalla *Lochner Era* al *New Deal*: le sentenze *Nebbia* e *West Coast*. – 5.2. *Commerce clause* e *New Deal*. – 6. La 'Costituzione economica' statunitense tra potere giudiziario e 'neutralità' dell'intervento pubblico. – 7. Il *New Deal* come rivoluzione costituzionale?

1. *Percorsi della trasformazione costituzionale statunitense tra Ottocento e Novecento: dalla fine della frontiera alla sentenza Lochner v. New York.* – In un celebre lavoro dell'inizio del Novecento, Werner Sombart, nell'interrogarsi sui motivi per cui il socialismo non si fosse diffuso negli Stati Uniti, offriva al lettore europeo una risposta di grande interesse. La riflessione metteva in luce la condizione in cui versava, prima di tutto sociologicamente, il salariato cui era rimessa la scelta di trasformarsi, qualora avesse ritenuto colma la sua capacità di sopportare il suo *status* di proletario, in un piccolo proprietario terriero. Sarebbe stato sempre possibile, del resto, garantirsi una piena «liberazione dall'oppressione del capitalismo; liberazione nel senso più pieno della parola, cioè libero insediamento nell'Ovest non ancora colonizzato». E infatti, con in mente la promessa di una frontiera inesaurita e inesauribile, molti operai salariati avevano «potuto trasformarsi in *farmers* indipen-

denti»<sup>(1)</sup>. Ma Sombart intravedeva già come le ragioni di questo ‘eccezionalismo’ stessero venendo meno e prefigurava l’epoca in cui anche negli Stati Uniti si sarebbero potute affermare idee di ispirazione socialista. E del resto, quando si prese piena consapevolezza che il confine era ormai raggiunto e la promessa della frontiera infranta, le contraddizioni che avevano innervato l’esperienza statunitense si sarebbero manifestate in tutta la loro complessità, esplodendo proprio all’inizio del Novecento. Nello specifico, furono le grandi questioni irrisolte connesse con il modello del sistema capitalistico e l’assetto federale statunitense, ormai irriducibili a sintesi, che vennero alla luce durante la c.d. *Lochner Era*. In questo senso, questa fase storica, che come noto prende il nome da una celebre sentenza del 1905 (cfr. *infra*), va contestualizzata tenendo a mente quelle peculiari circostanze e riconsiderando in questa prospettiva non solo le rivendicazioni sindacali e operaie, ma anche il tentativo della politica di offrire delle risposte almeno in parte nuove alle ingiustizie della c.d. *Gilded Age*<sup>(2)</sup>. Emblematico, in proposito, fu il caso del partito progressista di Theodore Roosevelt. Solo con il *New Deal*, si sarebbe infine imposto un nuovo ordine che, rispetto all’Ottocento, avrebbe ridisegnato sia gli equilibri del federalismo sia dell’intervento pubblico in economia.

È negli stessi anni, inoltre, che si avverte anche un mutamento nelle tecniche decisionali delle Corti. Si intravedono, infatti, a partire dagli inizi del Novecento, i presupposti di una lenta erosione del concettualismo quale metodo interpretativo per risolvere le controversie. Il progressivo affermarsi delle teorie del realismo giuridico e della *sociological jurisprudence* avrebbe portato con sé una

---

<sup>(1)</sup> W. SOMBART, *Perché negli Stati Uniti non c’è il socialismo?* (1906), Milano, 2006, p. 151.

<sup>(2)</sup> Il termine è usato da Mark Twain in un suo celebre romanzo per descrivere l’epoca che segue la Guerra di Secessione, cfr. M. TWAIN, *The Gilded Age* (1873), trad. ital. *L’età dell’oro e altri racconti*, Roma, 1954, e con esso si vuole indicare un’epoca di disegualianza economica e profonde discriminazioni. Vi è chi, come Paul Krugman, sostiene che oggi il mondo e gli Stati Uniti in particolare vivrebbero in una nuova *Gilded Age* (cfr. [www.nybooks.com/articles/archives/2014/may/08/thomas-piketty-new-gilded-age/](http://www.nybooks.com/articles/archives/2014/may/08/thomas-piketty-new-gilded-age/)).

maggior considerazione del dato sociale e aperto alle operazioni di bilanciamento tra valori costituzionali<sup>(3)</sup>.

In questo contributo, si porrà in evidenza la stretta connessione tra i temi del federalismo, delle libertà e dell'economia come snodo nevralgico dell'esperienza statunitense. Tale legame, d'altronde, veniva già rilevato da Edward Corwin nel suo *The Twilight of the Supreme Court* del 1934. Egli, in particolare, sottolineava come la ideologia del *laissez-faire* fosse legata a quella del federalismo duale, tanto da portarlo ad affermare, come poi confermerà Laski, che il nuovo industrialismo fosse incompatibile con una concezione verticale e rigida della separazione dei poteri<sup>(4)</sup>. Tutta l'esperienza costituzionale statunitense, almeno a partire dalla Guerra di Indipendenza<sup>(5)</sup>, percorre consapevolmente questo duplice binario ed ha alla sua base da un lato la retorica dei diritti, dall'altro le relazioni tra Stati e Federazione<sup>(6)</sup>. Se si volge lo sguardo al più risalente di-

---

<sup>(3)</sup> Teso a mettere in luce la centralità di questo passaggio è il fondamentale lavoro di M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960* (1992), Bologna, 2004, che, in particolare, analizza come il processo che portò al superamento dell'ambizione di costruire grandi astrazioni tramite l'elaborazione di concetti ideali, che ebbe ad oggetto molti ambiti, si sia innestato su una rigida distinzione pubblico-privato (pp. 6 ss.). Con l'idea che le Corti fossero 'concettualistiche' si vuol dire che esse «ritenevano che si potessero derivare norme e dottrine giuridiche specifiche da concetti generali» (p. 278). Sottolinea come una delle «principali caratteristiche della nuova impostazione» fosse «un rifiuto radicale del formalismo o [...] del concettualismo» G. GILMORE, *Le grandi epoche del diritto americano* (1977), Milano, 1988, p. 16. Sulle tensioni nell'*american legal theory*, il formalismo e la sua critica cfr. anche P.S. ATIYAH - R.S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law* (1987), Oxford, 1991, spec. p. 249, che si soffermano sul ruolo svolto da Holmes e Pound. Mette in luce questo passaggio anche A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2002, pp. 2 ss. Cfr. però anche T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale L.J.*, 1987, pp. 943 ss. Ora su questi indirizzi, A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli, 2016, spec. cap. II, § 4.2 nella parte in cui viene sottolineata la critica dei nuovi metodi nei confronti della teoria proposta da Christopher Langdell.

<sup>(4)</sup> E.S. CORWIN, *The Twilight of the Supreme Court* (1934), London, 1937, p. 45. Sui tratti del *dual federalism* cfr. anche G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Torino, 1998, pp. 195 ss.

<sup>(5)</sup> Sarebbe erroneo, come si legge in R.A. EPSTEIN, *The 'necessary' History of Property and Liberty*, in *Chapman Law Rev.*, 2003, pp. 19 ss., pensare che le questioni legate al federalismo siano estranee al dibattito sul rapporto tra Stato e individuo. Nello stesso senso, sottolinea come nei fatti i temi del federalismo e dell'economia si sovrapponevano anche M. LERNER, *The Supreme Court and American Capitalism*, in *Yale L.J.*, 1933, pp. 668 ss., 687.

<sup>(6)</sup> Lo mette in luce A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, New Haven & London, 1998.

battito sul tema dell'*incorporation* del *Bill of Rights*(<sup>7</sup>), si nota come il profilarsi di un legame sempre più stretto di questi due piani del discorso risale, più nello specifico, all'introduzione degli emendamenti della *Reconstruction* (XIII, XIV e XV) quando, come autorevolmente sostenuto, si manifestò la volontà di far prevalere, sulle prerogative statali, la difesa dei diritti individuali(<sup>8</sup>), espandendo a tal fine i poteri della Federazione(<sup>9</sup>).

Potere di tassare, disciplina del bilancio, *police power*, *commerce clause*, *takings*, *eminent domain* e la famosa formula del *substantive due process* rappresentano i 'luoghi' costituzionali su cui più forti, con la crisi che travolse gli equilibri originari, si scatenarono le frizioni della trasformazione costituzionale che investì gli Stati Uniti verso la fine dell'Ottocento e che culminò nel corso della Presidenza di Franklin Delano Roosevelt. E non è un caso se c'è chi ha sostenuto che proprio negli anni Trenta vi sia stato l'approdo del processo di «gradual disintegration» di concetti che fino a quel momento avevano limitato la concreta possibilità della Federazione di intervenire in campo economico e permesso ai giudici di risolvere casi senza quasi tenere in considerazione, salve rare eccezioni, la realtà concreta della società in trasformazione(<sup>10</sup>). È dunque in questa chiave che appare necessario approfondire le trasformazioni del

(<sup>7</sup>) Su cui cfr. per tutti A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, cit., pp. 163 ss.

(<sup>8</sup>) M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia: il judicial federalism negli Stati Uniti*, Napoli, 1996, p. 115, dove si legge che «l'esigenza di tutelare determinati diritti individuali ebbe come effetto una diminuzione dell'autonomia degli Stati ed un incremento delle competenze federali».

(<sup>9</sup>) Perché, come autorevolmente sostenuto, se «the price of peace and union in 1789 was a bill of rights against the center, so the price of peace and (re)union in 1866 was a bill of rights against the periphery» (così A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, cit., p. 192). Cfr. anche, nello stesso senso, J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Cambridge, Massachusettes - London, England, 2011, spec. p. 186. Sui tratti di questo passaggio costituzionale, collegando diritti e federalismo, cfr. G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Torino, 2000, spec. pp. 32 ss. In particolare, sulle origini storiche e politiche del XIV emendamento e le lacerazioni di cui esso rappresentava coronamento e superamento, cfr. ora G.N. MAGLIOCCA, *American Founding Son. John Birgham and the Invention of the Fourteenth Amendment*, New York, 2013, spec. pp. 108 ss. e 128 ss.

(<sup>10</sup>) G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, Cambridge & London, England, 2000, p. 203.

periodo che va dagli anni Settanta e Ottanta del Diciannovesimo secolo agli anni Quaranta del Ventesimo quando si portò a compimento «la sostituzione di un modello dominante di relazioni sociali, politiche, economiche e ricerca intellettuale con un altro»<sup>(1)</sup>. In particolare, si cominciarono a sperimentare nuove visioni dell'intervento pubblico, veicolate all'inizio del secolo dal pensiero di Theodore Roosevelt e dalle teorie progressiste. Per quanto elettoralmente sconfitta nel 1912, infatti, l'idea di *Progressive Democracy* che questi aveva instillato nell'opinione pubblica penetrò nell'esperienza giuridica e politica statunitense al punto da portare Woodrow Wilson, che con il partito democratico avrebbe vinto le elezioni di quell'anno, a reinterpretare i presupposti della *New Freedom* da lui proposta. Wilson, rievocando e ponendosi quasi in linea di continuità con la tradizione che da Jefferson passava per Jackson, proponeva una visione individualista dell'economia e un minor intervento del Governo centrale. Eppure fu proprio in quegli anni che, a partire dall'emendamento sull'*Income Tax* e da alcune importanti modifiche allo *Sherman Act*, fino all'introduzione del bilancio dell'esecutivo<sup>(2)</sup>, si posero le basi del *New Deal*<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, cit., p. 7; t.d.a.

<sup>(2)</sup> Sul punto cfr. almeno A. SCHICK, *The Federal Budget. Politics, Policy, Process*, Harrisonburg, 2007, spec. pp. 14 ss., che valorizza l'approvazione del *Budget and Accounting Act* 1921 che rafforzò il ruolo del Presidente in materia di bilancio e L.H. KIMMEL, *Federal Budget and Fiscal Policy 1789-1958*, Washington D.C., 1959. Nella letteratura italiana in materia cfr. A. ZORZI GIUSTINIANI, *Costituzione americana ed equilibrio finanziario: il caso della legislazione antideficit*, Pisa, 2000.

<sup>(3)</sup> Su questi percorsi della libertà negli Stati Uniti, cfr. il fondamentale E. FONER, *Storia della libertà americana* (1998), Roma, 2009, pp. 193 ss., spec. 217 ss., e M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960* (1992), cit., spec. pp. 50 ss. Uno dei principali autori e ispiratori del pensiero progressista fu Herbert Croly, di cui cfr. H.D. CROLY, *The Promise of American Democracy* (1909), Indianapolis, New York, 1965; H.D. CROLY, *Progressive Democracy*, New York, 1914; nonché naturalmente, tra i più famosi e criticati, C.A. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1913), New York, 1986. Sulla matrice jeffersoniana in Wilson cfr. A.M. SCHLESINGER, *The Age of Roosevelt. Vol. I 1919-1933: The Crisis of the Old Order* (1957), Boston-New York, 2003, p. 28. Su Jackson, di recente, cfr. A. BURATTI, *Andrew Jackson e le trasformazioni della Costituzione americana*, in *Dir. pubbl.*, 2013, pp. 1051 ss. Va rilevato come spesso il pensiero jacksoniano fosse frainteso come, in critica a Gillman (cfr. *infra* nota 96), rileva P. KENS, *Lochner v. New York. Economic regulation on Trial*, Lawrence, Kansas, 1998, pp. 183 ss. La datazione proposta da G. GILMORE, *Le grandi epoche del diritto ame-*

Alla luce di quanto riferito, si può dedurre che pochi altri periodi storici sono tanto complessi e articolati, e pertanto oggetto di diverse e contrastanti letture e interpretazioni, come la *Lochner Era*. Tradizionalmente datata tra il 1905 e il 1937, come accennato, questa fase della storia americana è ideale prosecuzione e periodo di lento assestamento dei precari equilibri affermatasi negli ultimi trent'anni dell'Ottocento quando negli Stati Uniti, esauritosi il mito della frontiera e l'utopia delle risorse illimitate, cominciarono ad affermarsi i primi monopoli: le nuove circostanze tolsero alla classe dei lavoratori salariati qualsiasi via di fuga a Ovest e, al contempo, le relazioni industriali si sbilanciarono a vantaggio di un capitalismo a tendenza oligopolistica<sup>(14)</sup>. È per queste ragioni che, nell'affrontare il progressivo imporsi del nuovo assetto costituzionale, non pare possibile scindere il piano dell'organizzazione della forma di stato e quello dei diritti<sup>(15)</sup>. Sarà pertanto necessario approfondire la «grande trasformazione» sin dalle sue radici, analizzando, per un verso, l'inaridirsi del *police power* statale in favore dei poteri della Federazione e, per altro, il contrastato emergere di una potente lettura del *due process* che avrebbe innovato la tradizione di *common law*<sup>(16)</sup>.

La Corte suprema, per molti versi, guardò con sospetto questi sviluppi, tanto da sclerotizzare in alcune sentenze una concezione

---

ricano (1977), cit., pp. 40 ss. indica con «età della fede» quel periodo che va dalla fine della Guerra di Secessione alla Prima guerra mondiale, riferendosi con «età della scoperta» al periodo iniziale della storia americana e con «età dell'ansia» al periodo in cui egli viveva, iniziatosi ad affermare nel corso degli anni Venti.

<sup>(14)</sup> La c.d. «monopolistic tendency» è del resto una circostanza particolarmente dibattuta in quegli anni come messo in luce da E.S. CORWIN, *The Anti-Trust Acts and the Constitution*, in *Virginia Law Review*, 1932, p. 368.

<sup>(15)</sup> Come emerge anche da G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, cit., p. 165, infatti, la lenta trasformazione che si è compiuta nel corso degli anni Trenta ha investito tutti questi ambiti che sono tra loro inevitabilmente collegati.

<sup>(16)</sup> Sull'interpretazione della dottrina del *due process* prima della Guerra civile e, dunque, in un momento precedente all'interpretazione che ha permesso, attraverso la teoria del *substantive due process*, di intervenire attivamente in materia economica e nella regolazione del mercato ai giudici, cfr. E.S. CORWIN, *The Doctrine of Due Process of Law Before the Civil War*, in *Harv. L. Rev.*, 1911, pp. 366 ss.

rigida e tutt'altro che neutrale della Costituzione. Tuttavia, la Corte rimase inevitabilmente influenzata dal contesto in cui si trovò ad operare, specialmente in ragione della nomina di giudici come Brandeis nel 1916. Questi, nominato dal Presidente Wilson, era di chiara e professata cultura progressista ma, al contempo, rinnegava alcuni dei presupposti del *New Nationalism*. Ciò si poteva osservare, per esempio, con riferimento al suo favore nei confronti della regolazione statale vista come un laboratorio di possibili soluzioni eterodosse e fruttuose<sup>(17)</sup>. A tal proposito si sarebbe rivelata emblematica la sentenza *New State Ice Co. v. Liebmann*<sup>(18)</sup> in cui Brandeis affermò, in un celebre *dissent* in cui sosteneva che la crisi economica giustificava un intervento pubblico più penetrante anche a livello statale, che «il popolo degli Stati Uniti si sta ora confrontando con un'emergenza più seria della guerra». Con ciò, egli aveva l'intenzione di valorizzare l'idea che gli Stati fossero liberi di sperimentare, relativizzando la tutela della libertà di impresa, in quanto «è uno degli accidenti fortunati dell'assetto federale che un singolo coraggioso Stato possa, se i suoi cittadini lo vogliono, servire come un laboratorio, al fine di tentare nuovi esperimenti economico-sociali senza rischi per il resto del Paese». Viceversa, la maggioranza, e in particolare il giudice Sutherland, ritenne che il mercato del ghiaccio non potesse considerarsi un ambito di utilità pubblica di cui era ammessa regolazione<sup>(19)</sup>.

## 2. Mercato e poteri di regolazione statale dagli Slaughter-House Cases a *Munn v. Illinois*. – La battaglia sull'interpretazione del XIV

---

<sup>(17)</sup> Il rapporto tra Wilson e le dottrine del *New Nationalism* è ben più complesso. Non solo per la già richiamata matrice jeffersoniana presente in Wilson, ma anche in Roosevelt, ma per un progressivo processo di avvicinamento che portò dall'idea di Brandeis che riteneva inconciliabili le due posizioni (p. 33) fino alla convinzione che il Presidente Wilson alla fine si dimostrò «the best nationalist of them all»: così A.M. SCHLESINGER, *The Age of Roosevelt. Vol. I 1919-1933: The Crisis of the Old Order* (1957), cit., p. 37.

<sup>(18)</sup> 285 U.S. 262 (1932); t.d.a.

<sup>(19)</sup> Cfr. A.M. SCHLESINGER, *The Age of Roosevelt. Vol. I 1919-1933: The Crisis of the Old Order* (1957), cit., p. 203.

emendamento avrebbe ben presto investito la dimensione federale della ripartizione dei poteri tra Stati e Federazione, tanto che la lettura estensiva della *liberty of contract* avrebbe dispiegato i suoi effetti anche sull'interpretazione del *due process* di cui al V emendamento<sup>(20)</sup>. E, tuttavia, in un primo tempo, da un lato, si impose un'interpretazione restrittiva dell'*equal protection clause* e delle potenzialità della Sec. 5 del XIV emendamento<sup>(21)</sup>, mentre, dall'altro, il *police power* statale continuò ad essere utilizzato come base di legittimazione del potere statale di regolare l'economico senza che fosse considerata violata la clausola del *due process*<sup>(22)</sup>.

Emblematiche, sul punto, sono due sentenze. Con la prima, peraltro in materia di monopolio, la Corte ritenne che non fosse incostituzionale una normativa statale che, per motivi di *police power* connessi al tema della salute pubblica, concedeva in esclusiva il processo di macellazione ad un'unica azienda. In questa decisione, la Corte dimostrò un *self-restraint* con cui affermò di volersi sottrarre al rischio di porsi come un «censore perpetuo di tutta la legi-

---

<sup>(20)</sup> Per esempio in *Adkins v. Children's Hospital* 261 U.S. 525 (1923); cfr. *infra*. Senza dimenticare, peraltro, che nella sentenza *Chicago, Burlington & Quincy Railroad Co. v. City of Chicago*, 166 U.S. 226 (1897) la Corte suprema aveva sancito l'*incorporation* della *takings clause* del V emendamento in materia di giusta compensazione nel XIV. Per un ampio studio in materia, cfr. S. VOLTERRA, *Gruppi minoritari ed emarginati davanti alla Corte suprema tra il 1874 e il 1910*, in ID. (a cura di), *Corte suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America*, Torino, 2003, pp. 49 ss.

<sup>(21)</sup> In tal senso, *The Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).

<sup>(22)</sup> Cfr. F. DOBYNS, *Justice Holmes and the Fourteenth Amendment*, in 13 *Ill. L. R.*, 1918, pp. 71 ss., 80, che definisce il *police power* come la prerogativa statale «to provide for the protection of the public health, safety, morals and welfare; the power to admit citizenship, and the power to define and protect individual rights» (p. 74). Sul concetto di *police power* cfr. almeno W. NOVAK, *The People's Welfare. Law and Regulation in Nineteenth-Century America*, Chapter Hill and London, 1996, *passim*, e C. BOLOGNA, *Stato federale e «National Interest»*, Bologna, 2010, spec. pp. 70 ss. Cfr. anche E.S. CORWIN, *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment*, in *Mich. L. Rev.*, 1909, pp. 643 ss. Egli definisce il *police power* «that power of government under the control of which private rights fall» (p. 644), sostenendo che «this tribunal [the Supreme Court] began a reinterpretation of the Fourteenth Amendment in the light of the principles of Lockian individualism and of Spencerian Laissez Faire, which traverses the results it had previously reached at every point» (p. 646), e descrive questo cambiamento in particolare partendo dall'analisi delle decisioni *Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36 - 1873) e *Munn v. Illinois* (94 U.S. 113 - 1877).

slazione statale»<sup>(23)</sup>: il rispetto del *due process of law*, visto più comprensivamente, non trova ancora applicazione nella estensione propugnata dai giudici Bradley e Field nelle loro *dissenting opinions* in cui si ambiva ad estenderne l'uso anche all'attività di regolazione, in quanto considerata capace di ridurre gli spazi di libertà dei singoli<sup>(24)</sup>.

Appare in parte sulla stessa linea, ma proiettata verso un arricchimento di tale impostazione, la sentenza *Munn*<sup>(25)</sup>, in cui Field nuovamente dissente. In questa occasione, la Corte enunciò il principio per cui nel *police power* statale rientra anche la regolazione del mondo degli affari, almeno nella misura in cui vi sia alla base un interesse pubblico, ampliando così potenzialmente ancor di più la capacità di regolare l'economico da parte degli Stati<sup>(26)</sup>.

In entrambe queste decisioni emerge l'intenzione dei giudici di lasciare agli Stati il medesimo spazio di intervento che avevano prima dell'introduzione del XIV emendamento<sup>(27)</sup>. Ciò pare coerente non solo con le originarie ragioni che portarono all'approvazione del XIV emendamento, destinato ad impedire una legislazione stata-

---

<sup>(23)</sup> Così, nell'opinione di maggioranza, il giudice Miller negli *Slaughter-House Cases* 83 U.S. 36 (1873); t.d.a.

<sup>(24)</sup> Nella sua celebre *dissenting opinion* Bradley afferma: «In my view, a law which prohibits a large class of citizens from adopting a lawful employment, or from following a lawful employment previously adopted, does deprive them of liberty as well as property, without due process of law. Their right of choice is a portion of their liberty; their occupation is their property. Such a law also deprives those citizens of the equal protection of the laws, contrary to the last clause of the section» (83 U.S. 36 (1873), 122). Si sofferma sul rilievo di queste opinioni dissenzienti C. STARGER, *Exile on Main Street: Competing Traditions and Due Process Dissent*, in *Marq. L. Rev.*, 2011-2012, pp. 1253 ss., spec. 1280 ss.

<sup>(25)</sup> *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877). Su questo profilo, dissenti il giudice Field (136). Cfr. sul punto C. MCCURDY, *Justice Field and the Jurisprudence of Government-Business Relations: Some Parameters of Laissez-faire Constitutionalism, 1863-1897*, in *The Jour. of American History*, 1975, pp. 970 ss., 995 ss.; ma sull'importanza di questa e altre decisioni degli ultimi trent'anni dell'Ottocento in materia di *police power*, quando quest'ultimo si affermò come «a constitutional doctrine», cfr. anche W. NOVAK, *The People's Welfare*, cit., pp. 246 ss.

<sup>(26)</sup> Su entrambe queste decisioni cfr. E.S. CORWIN, *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment*, cit., pp. 647 ss.

<sup>(27)</sup> Ancora E.S. CORWIN, *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment*, cit., p. 649.

le di impronta razzista, ma anche con una storica idea del *police power* per cui agli Stati era rimessa un'ampia discrezionalità in materia di salute pubblica e morale<sup>(28)</sup>. E tuttavia si può sostenere che la decisione *Munn* già porti con sé il seme di futuri sviluppi. È evidente, infatti, come in questa decisione vi sia, nel retroterra culturale dei giudici, ancora una certa idea del federalismo e della proprietà, che sembra risalire al *Federalist* n. 10<sup>(29)</sup> di Madison e che vede negli Stati federati delle entità comunque sovrane. D'altro canto, nella decisione *Munn* emerge la possibilità di usare la *due process clause* come limite del potere di regolazione statale delle attività economiche private, salvo nei casi in cui l'intervento regolativo sia necessario per motivi di interesse pubblico, valorizzando in tal modo la distinzione pubblico-privato<sup>(30)</sup>, ma potenzialmente espandendo, per converso, anche la utilizzabilità della clausola del *police power*. Va tenuto presente, infatti, che a quel tempo, il tema delle relazioni industriali per la Corte suprema non rientrava ancora nella tradizionale concezione del *police power*, come sarebbe invece avvenuto a partire dai primi anni del Novecento quando *substantive due process* e *liberty of contract* si impongono come principi costituzionali e il *police power* si erge a «variabile e pertanto a chiave per comprendere le decisioni di quest'epoca»<sup>(31)</sup>. È proprio in questo spazio, però,

---

<sup>(28)</sup> Sul punto cfr. P. KENS, *Lochner v. New York. Economic regulation on Trial*, cit., pp. 97 ss.

<sup>(29)</sup> Specialmente nella parte in cui si legge che «The diversity in the faculties of men, from which the rights of property originate, is not less an insuperable obstacle to a uniformity of interests. The protection of these faculties is the first object of government. From the protection of different and unequal faculties of acquiring property, the possession of different degrees and kinds of property immediately results; and from the influence of these on the sentiments and views of the respective proprietors, ensues a division of the society into different interests and parties».

<sup>(30)</sup> Per queste considerazioni cfr. P. KENS, *Lochner v. New York. Economic regulation on Trial*, cit., pp. 106 ss. Inoltre, si rinvencono in *Munn*, in particolare nel *dissent* di Field, le radici del passaggio da una concezione materiale ad una immateriale della proprietà: così M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960* (1992), cit., p. 260.

<sup>(31)</sup> P. KENS, *Lochner v. New York. Economic regulation on Trial*, cit., spec. pp. 154 ss. (per la citazione 156); t.d.a. Inoltre, viene messo in rilievo che ancora «negli anni Settanta e Ottanta, la vera fonte del dissenso all'interno della Corte suprema, eccetto forse per

nella distinzione tra pubblico e privato, che comincia a intravedersi una prima breccia verso l'abbandono del modello di federalismo duale, che, come si vedrà, seguirà un processo di sviluppo in parte autonomo anche durante la *Lochner Era*.

Ben presto, dopo aver affermato che con 'persona', nel XIV emendamento, bisogna intendere anche le imprese commerciali e non solo le persone fisiche<sup>(32)</sup>, con *Allgeyer v. Louisiana* del 1897<sup>(33)</sup>, nella Corte suprema si sarebbe fatta strada l'idea, avanzata in particolare dal giudice Field nelle sue *dissenting opinions*, di una concezione forte della *liberty of contract*, espandendo le potenzialità del *due process*. Quest'ultimo orientamento si imponeva per la prima volta contro una legge statale nel 1885 con la sentenza della Corte d'appello di New York *In re Jacobs*<sup>(34)</sup> e avrebbe poi avuto fortuna con la giurisprudenza *Lochner*.

3. *Poteri della Federazione e interpretazione della interstate commerce clause nell'Ottocento.* – Se la distinzione pubblico-privato pone le basi di una messa in discussione della regolazione statale del mercato attraverso una lettura estensiva del *due process*, il secondo fronte che si apre con riferimento alla disciplina del governo del-

---

le questioni razziali, si fondava su diverse interpretazioni dei pericoli del potere federale e della centralizzazione del potere, non sulla concezione in termini sostanziali della giustizia sociale»: così M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960* (1992), cit., p. 33.

<sup>(32)</sup> Ciò avviene in particolare già con la sentenza *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Company* 118 U.S. 394 (1886). Dà grande rilievo a questa decisione M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960* (1992), cit., spec. pp. 109 ss. che cerca di ripensarne le implicazioni: considerata nella storiografia progressista come l'esempio più fulgido «della soggezione della Corte suprema agli interessi della grande industria» (110), la sentenza viene in realtà letta come uno sforzo di andare «oltre i tentativi [...] di limitare la portata dell'*equal protection clause*» (p. 115; spec. pp. 187 ss.).

<sup>(33)</sup> 165 U.S. 578 (1897). Cfr. J.W. ELY, *The Protection of Contractual Rights: A Tale of Two Constitutional Provisions*, in *NYUJL & Liberty*, 2005, pp. 370 ss., 386 ss. il quale sostiene come, con questa decisione, la Corte elevò la libertà di contratto a norma costituzionale.

<sup>(34)</sup> 98 N.Y. 98 (1885). Cfr. sul punto J.W. ELY, *The Protection of Contractual Rights: A Tale of Two Constitutional Provisions*, cit., p. 384; E.R. CLAEYS, *Takings, Regulations and Natural Property Rights*, in *Cornell L. Rev.*, 2003, pp. 1549 ss., e R.A. EPSTEIN, *The 'necessary' History of Property and Liberty*, cit., pp. 13 ss.

l'economia negli Stati Uniti riguarda l'interpretazione della *interstate commerce clause*, di cui la Federazione cominciava a fare un uso piuttosto considerevole come base giuridica dei suoi interventi e il cui utilizzo contribuiva ad erodere le prerogative statali. Anche per quanto concerne lo studio di tale clausola, è necessario valorizzare la dimensione storica. Infatti, la sua lettura, che si snoda in un periodo di tempo lungo due secoli, rappresenta un continuo e ulteriore banco di prova per il concettualismo giurisprudenziale che la Corte suprema esprime fino ai primi anni del Novecento.

Non bisogna sottovalutare che, nel tempo, molte sono state le interpretazioni che si sono susseguite di questo potere, non tutte egualmente restrittive. Del resto, a partire dal 1824, anno in cui per la prima volta la Corte suprema si è pronunciata in materia con la sentenza *Gibbons v. Ogden*<sup>(35)</sup> – in cui il giudice Marshall sancì cosa dovesse intendersi con le espressioni ‘commerce’ e ‘among several states’ –, la clausola ha senz’altro rappresentato un nervo sensibilissimo delle relazioni tra potere pubblico ed economia e tra Federazione e Stati, elevandosi infine a vera e propria leva dell’intervento della competenza federale non solo in campo economico<sup>(36)</sup>.

Marshall, di estrazione federalista e hamiltoniana, aveva offerto una concezione ampia di tale competenza. La sua lettura legittimava la regolazione della navigazione e, pur non ammettendo che il potere federale potesse investire un commercio che fosse del tutto interno ad uno Stato, arrivava a sostenere che «il commercio, indubbiamente, è un trasporto/traffico, ma implica qualcosa di più, è uno scambio/intercourse»<sup>(37)</sup>.

Le affermazioni contenute nella sentenza *Gibbons* sono dense

---

<sup>(35)</sup> 22 U.S. 1 (1824)

<sup>(36)</sup> Lo sostiene F. FRANKFURTER, *The Commerce Clause under Marshall, Taney and Waite* (1937), Chicago, 1964, che afferma che la *commerce clause* «touches most intimately the relations between government and economic enterprise».

<sup>(37)</sup> 22 U.S. 1 (1824), 189; t.d.a. In questa pronuncia, come accennato, la Corte si sofferma anche sul significato di «among», affermando che tale termine non può essere inteso in senso restrittivo, perché «commerce among the States cannot stop at the external boundary line of each State, but may be introduced into the interior» (194).

e si sarebbero riversate su tutta la giurisprudenza successiva, non sempre così aperta, in materia di *commerce clause*<sup>(38)</sup> che, già allora, anche alla luce dell'opinione concorrente del giudice Johnson, si delinea come lo strumento privilegiato capace di autorizzare un intervento nel campo dell'economia e delle relazioni commerciali tra Stati<sup>(39)</sup>.

Quando la Corte venne guidata da Taney (*Chief Justice* dal 1836 al 1864), nominato dal Presidente Jackson, pur rimanendo, con riferimento alla *commerce clause*, sostanzialmente nei binari tracciati in precedenza, si cominciò ad avvertire un primo cambiamento<sup>(40)</sup>. Non è un caso che Taney, autore anche della celebre sentenza *Dred Scott*<sup>(41)</sup>, sia stato definito «bigotto, provinciale e protettore della schiavitù»<sup>(42)</sup>. Viceversa Marshall era considerato «l'architetto di una Nazione». Taney avrebbe cercato di imporre una revisione totale dei principi elaborati da Marshall, cosa che non gli sarebbe tuttavia riuscita per via delle divisioni interne alla Corte. La sua opinione più rilevante in materia è rinvenibile nei *License Cases*<sup>(43)</sup> con riferimento al rilievo della c.d. *dormant commerce clause*<sup>(44)</sup>. In questa decisione, la *commerce clause*, secondo Taney, consente in una certa misura l'intervento da parte dei poteri

---

<sup>(38)</sup> La storia dell'interpretazione della *commerce clause* viene comunemente, in base all'autorevole influenza degli studi di Tribe, suddivisa in tre fasi. La prima si spingerebbe fino agli albori della *Lochner Era*, la seconda coinciderebbe con quest'ultima, la terza, che viene ultimamente problematizzata, è iniziata con il *New Deal* (cfr. sul punto da ultimo il lavoro di C. BOLOGNA, *Stato federale e «National Interest»*, cit., pp. 143 ss., e, sulle tecniche, non sempre tra loro omogenee, utilizzate in questa fase dalla Corte suprema in materia di *commerce clause*, pp. 156 ss.). Per tutti, cfr. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000.

<sup>(39)</sup> Vi sono in questa decisione anche importanti accenni alla c.d. *dormant commerce clause*. Cfr. ancora C. BOLOGNA, *Stato federale e «National Interest»*, cit., p. 152.

<sup>(40)</sup> G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, cit., pp. 198 ss. parla di «una certa attenuazione» del precedente «atteggiamento 'antistatalista'».

<sup>(41)</sup> *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

<sup>(42)</sup> F. FRANKFURTER, *The Commerce Clause under Marshall, Taney and Waite* (1937), cit., p. 48; t.d.a.

<sup>(43)</sup> *License Cases*, 46 U.S. 504 (1847)

<sup>(44)</sup> Cfr. *supra* nota (39).

statali. Il *Chief Justice*, pertanto, sembra affermare che gli Stati possano regolare il commercio, qualora la Federazione non abbia posto alcuna norma nell'esercizio del suo potere: «The controlling and supreme power over commerce with foreign nations and the several states is undoubtedly conferred upon Congress. Yet in my judgment, the state may nevertheless, for the safety or convenience of trade or for the protection of the health of its citizens, make regulations of commerce for its own ports and harbors and for its own territory, and such regulations are valid unless they come in conflict with a law of Congress»<sup>(45)</sup>.

E l'opinione prosegue con dei significativi riferimenti al potere di regolazione statale insito nel *police power*<sup>(46)</sup>. Si individuano, dunque, paralleli, il potere di regolazione statale e il potere di regolazione federale, mentre appare assente l'idea che il mercato debba essere lasciato alla sua capacità di autoregolarsi. In questa fase, dunque, i principali orientamenti contrapposti si confrontano sul livello di governo competente a intervenire in economia.

Con il *Chief Justice* Waite, poi, in carica dal 1874 al 1888, si cominciano ad intravedere segnali di un percorso che avrebbe portato, con la nuova interpretazione della clausola del *due process*, alla c.d. «lotta contro la legislazione sociale»<sup>(47)</sup>, quando, secondo Frankfurter, anche le decisioni facenti leva sulla *commerce clause* avranno come obiettivo non tanto quello di restringere il potere della Federazione per difendere quello statale, ma la individuazione dei limiti della regolazione economica in sé ad entrambi i livelli di governo. Ma questi principi si sarebbero affermati solo in un momento successivo. Frattanto, invece, riemergeva il collegamento

---

<sup>(45)</sup> 46 U.S. 504 (1847), 579.

<sup>(46)</sup> *License Cases*, 46 U.S. 504 (1847), 582 ss.

<sup>(47)</sup> E. LAMBERT, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti* (1921), Milano, 1996, pp. 1 ss. Sul celebre lavoro di Lambert, cfr. ora C. PINELLI, 'Gouvernement des juges'. *Petite histoire du terme*, in G. VRABIE (ed.), *Le rôle et la place des Cours Constitutionnelles dans le système des autorités publiques*, Iassy, Institutul European, 2010, pp. 143 ss.

potenzialmente conflittuale tra i due livelli di intervento con la richiamata sentenza *Munn v. Illinois*<sup>(48)</sup>. Come già ricordato, in questa decisione, la Corte aveva sancito un principio fondamentale in materia di regolazione e *police power*<sup>(49)</sup>. *Munn*, però, è anche una decisione concernente l'estensione della competenza del commercio interstatale. La Corte, infatti, riconosce che uno Stato ha un ampio potere di regolazione, che si può spingere fino ai confini del potere del Congresso. Solo se uno Stato abusa di tale potere, la Corte si riserva di intervenire<sup>(50)</sup>. In questa decisione, dunque, e ancora nella successiva<sup>(51)</sup>, Waite sostiene che la competenza federale investe una «rete», ma questa rete non è del tutto «ininterrotta/seamless», lasciando qualche spazio all'intervento degli Stati<sup>(52)</sup>. Il potere di regolazione del commercio, pertanto, è piuttosto chiaramente concepito come condiviso tra Stati e Federazione, nei limiti della Costituzione.

Le ambiguità e i limiti della giurisprudenza richiamata si sarebbero però poi svelati con la sentenza *United States v. E.C. Knight*<sup>(53)</sup> (cfr. *infra* § 4). In questa pronuncia, impregnata di un concettualismo particolarmente pervicace, si affermò il principio per cui l'attività della manifattura, essendo temporalmente precedente, è esclusa dalla nozione di commercio<sup>(54)</sup>. Ponendosi in tal modo in antitesi con le aperture di Marshall, che aveva incluso nella nozione di commercio anche la navigazione, la Corte dichiara fondata astrattamente la competenza della Federazione, avallando la disciplina *antitrust* che si basava su quella competenza federale. E tuttavia distinguendo tra manifattura e commercio, veniva limitato il

---

<sup>(48)</sup> 94 U.S. 113 (1877).

<sup>(49)</sup> Cfr. *supra* § 2.

<sup>(50)</sup> *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877), 135 ss.

<sup>(51)</sup> *The Railroad Commission Cases* 116 U.S. 307 (1886).

<sup>(52)</sup> Così F. FRANKFURTER, *The Commerce Clause under Marshall, Taney and Waite* (1937), cit., p. 97; t.d.a.

<sup>(53)</sup> 156 U.S. 1 (1895).

<sup>(54)</sup> 156 U.S. 1 (1895), 35 ss.

significato concreto del potere federale con la conseguenza che «per più di una generazione il Congresso era privo di poteri per confrontarsi con i molti pressanti/vexing problemi della rivoluzione economica americana»<sup>(55)</sup>. Inizia così, in materia di *commerce clause*, ad affermarsi un'interpretazione piuttosto restrittiva che cederà solo con il *New Deal* e che è inestricabilmente connessa con un rifiuto dell'interventismo federale in ambito economico che continua a risentire dei caratteri del federalismo duale. Diverse sono le decisioni di questa fase. Esse seguono impostazioni e utilizzano tecniche non sempre omogenee, ma il fine perseguito appare distinguere, ridurre, escludere la competenza federale per sancire l'incostituzionalità di varie leggi volte a disciplinare il mercato, vanificando anche eventuali esperimenti di politica sociale<sup>(56)</sup>.

Come è stato efficacemente affermato, da questo percorso storico si profila come la storia del diritto costituzionale statunitense coincida con «la storia dell'impatto delle società moderne/*modern corporations* sulla scena americana»<sup>(57)</sup>.

4. *L'antitrust come «embarrassing dilemma» tra libertà di contratto e commerce clause.* – Dopo l'introduzione dell'*Interstate Commerce Act* nel 1887, a conferma dell'intensificarsi dell'attivismo federale in ambito economico, si sarebbe approvato lo *Sherman Act* nel 1890. E dimostrano un più ambizioso intensificarsi dell'intervento pubblico federale anche i tentativi di disciplinare in modo equo i collegamenti ferroviari e il loro costo portati avanti dall'*Interstate Commerce Commission*, introdotta proprio nel 1887 e titolare di specifiche competenze in materia di tariffe. Di grande rilievo appare, da questo punto di vista, mettere brevemente in luce come

---

<sup>(55)</sup> F. FRANKFURTER, *The Commerce Clause under Marshall, Taney and Waite* (1937), cit., p. 116; t.d.a.

<sup>(56)</sup> Sulle varie metodologie, cfr. C. BOLOGNA, *Stato federale e «National Interest»*, cit., pp. 156 ss.

<sup>(57)</sup> F. FRANKFURTER, *The Commerce Clause under Marshall, Taney and Waite* (1937), cit., p. 63; t.d.a.

tale espansione dell'attività di regolazione della Federazione coincide con l'istituzione di specifiche autorità<sup>(58)</sup>. Ebbene, con riferimento ai collegamenti ferroviari che erano fondamentali per unire il Paese, la Corte suprema, per un verso, non avrebbe riconosciuto, fino all'espansione dei suoi poteri in via legislativa, alla ICC il potere di fissare le tariffe massime<sup>(59)</sup>, per altro, avrebbe iniziato a ripensare la dottrina *Munn* e a dichiarare incostituzionali i tentativi di regolare i costi dei servizi ferroviari anche da parte degli Stati<sup>(60)</sup>.

Insieme ai collegamenti ferroviari, nuova area di intervento federale che sarebbe stata ben presto oggetto di tensioni, come accennato, è anche la concorrenza. Questo ambito, peraltro, consente di mettere in luce alcune prime contraddizioni del quadro appena tratteggiato: se, da un lato, il XIV emendamento cominciava a sottrarre naturalmente competenze agli Stati, dall'altro, la Federazione iniziava ad utilizzare la *commerce clause* in modo più penetrante. E la giurisprudenza in materia *antitrust*, che, come noto, affonda le sue ra-

<sup>(58)</sup> G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, cit., pp. 99 ss.; di recente, sia pur rilevando l'ampia espansione dell'attività amministrativa nel corso della c.d. *Gilded Age*, ha messo in luce che nella storia del diritto amministrativo degli Stati Uniti vi fosse un interventismo piuttosto diffuso anche nell'epoca precedente all'*Interstate Commerce Act* 1887, J.L. MASHAW, *Creating the administrative constitution: the lost one hundred years of American administrative law*, New Haven and London, 2012. Collega le trasformazioni degli anni Sessanta al *New Deal* per criticare il predominio dei gruppi di interesse nel nuovo contesto e il tradimento dei principi originari del liberalismo T.J. LOWI, *The End of Liberalism*, New York, 1969, guardando anche con una certa nostalgia alla c.d. *Lochner Era* (spec. pp. 6 s.).

<sup>(59)</sup> Cfr. *Interstate Commerce Commission v. Cincinnati, New Orleans and Texas Pacific Railway Co.*, 167 U.S. 479 (1897). Sottolinea come il più frequente intervento federale trovasse la sua motivazione originaria proprio nella necessità di garantire i collegamenti ferroviari G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, cit., spec. pp. 200 ss., e, sulla legislazione *antitrust*, pp. 203 ss.

<sup>(60)</sup> *Smyth v. Ames*, 171 U.S. 361 (1898). Sull'applicazione di un controllo di ragionevolezza alle tariffe cfr. M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960* (1992), cit., pp. 289 ss. Dopo i *Granger Cases*, tra cui si annovera anche la sentenza *Munn*, la Corte iniziò a ripensare la propria capacità di intervento specialmente in materia di tariffe ferroviarie prima con il caso *Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Company v. Minnesota*, 134 U.S. 418 (1890) e poi, in modo ancor più netto, con la sentenza *Smyth*. In merito cfr. almeno J.W. ELY, *The Railroad Question Revisited: Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Company v. Minnesota and Constitutional Limits on State Regulations*, in *Great Plains Quarterly*, 1992, pp. 121 ss., e S.A. SIEGEL, *Understanding the Lochner Era: Lessons from the Controversy over Railroad and Utility Rate Regulation*, in *Virginia Law Rev.*, 1984, pp. 187 ss.

dici nella tradizione di *common law*<sup>(61)</sup>, è di particolare interesse da questo punto di vista.

La disciplina della concorrenza, sviluppatasi in un primo tempo a livello statale<sup>(62)</sup>, si pone da subito infatti come un problema che assume contorni anche di carattere costituzionale, sebbene, a differenza di quanto avvenuto nel contesto europeo, il problema del monopolio negli Stati Uniti abbia storicamente un'origine privata e non derivi da un eccesso di interventismo pubblico<sup>(63)</sup>. Ben presto si delineano contraddittori collegamenti tra *antitrust*, *liberty of contract* e federalismo. Non è un caso se con specifico riferimento al rapporto tra *antitrust* e cultura del *laissez-faire* viene messo in luce un «*embarassing dilemma*»<sup>(64)</sup>. Prevedendo del resto alla *Sec. 1* che ogni contratto o altra forma di collusione che avesse come effetto quello di limitare il commercio fosse «*illegal*»<sup>(65)</sup>, lo *Sherman Act*, entrato in vigore nel 1890, si poneva, almeno astrattamente, in una prospettiva di incompatibilità con i principi teorici del *laissez-faire* e del dogma della *liberty of contract*. È di immediata evidenza, infatti, che una legge che vuole combattere, dichiarandoli illegittimi, tutti gli accordi volti a limitare il commercio (*Sec. 1*), stri-

<sup>(61)</sup> Lo mette in rilievo G. BERNINI, *La tutela della libera concorrenza e i monopoli*, Milano, 1963, spec. pp. 63 ss. Sul contrasto ai monopoli nell'esperienza inglese e nella tradizione di *common law*, cfr. anche M. LES BENEDICT, *Laissez-faire and Liberty: A Re-Evaluation of the Meaning and Origins of Laissez-faire Constitutionalism*, in *Law and History Rev.*, 1985, pp. 293 ss., pp. 316 ss.

<sup>(62)</sup> A.I. GAVIL, *Reconstructing the Jurisdictional Foundation of Antitrust Federalism*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 1992, pp. 657 ss., p. 658. Cfr. anche Note, *The Commerce Clause and State Antitrust Regulation*, in *Columbia Law Rev.*, 1961, pp. 1469 ss.

<sup>(63)</sup> Sottolinea questa peculiarità del sistema USA, G. BERNINI, *La tutela della libera concorrenza e i monopoli*, cit., pp. 30 ss.

<sup>(64)</sup> E.S. CORWIN, *The Twilight of the Supreme Court*, cit., 39. E del resto anche G. GILMORE, *Le grandi epoche del diritto americano* (1977), cit., p. 62, afferma come «la tradizionale inclinazione della teoria liberale a favore del minimo intervento governativo possibile [...] diveniva una sorta di controsenso, quando nell'equazione si dovevano introdurre fattori come le ferrovie, lo *Standard Oil* e la *United States Steel*»; e ciò nonostante il fatto che «l'economia del *laissez faire* esercitava manifestamente un'attrattiva sugli attori e gli artefici» del sistema economico statunitense.

<sup>(65)</sup> *Sec. 1*: «Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal».

da almeno *prima facie* con una dottrina che sostiene una assoluta libertà nella capacità di contrattare delle parti<sup>(66)</sup>.

In proposito, l'atteggiamento della Corte suprema si caratterizza da subito per essere, rispetto al contegno tenuto in altri ambiti, diverso, muovendosi più che sul piano della sanzione di incostituzionalità su quello dell'argomentazione. Quattro sono le decisioni che pare più significativo richiamare: *United States v. E.C. Knight Co.* del 1895, *Swift & Company v. United States* del 1905, *Standard Oil of New Jersey v. United States*<sup>(67)</sup> del 1911 e, infine, *Chicago Board of Trade v. United States*<sup>(68)</sup> del 1918. Le prime due sentenze hanno principalmente segnato la storia dell'interpretazione della *commerce clause*, le seconde due hanno invece di fatto riscritto lo *Sherman Act*.

Con la sentenza *E.C. Knight*, firmata anche dal giudice Field, la Corte non si spinge a dichiarare l'incostituzionalità della disciplina, rinvenendo nella *commerce clause* la base giuridica idonea a giustificare la legge federale in materia di *antitrust*, limitandosi ad escluderne l'applicabilità nel caso in esame. La Corte suprema si rese conto, infatti, che tale legislazione era necessaria perché, nel mutato contesto economico, una certa idea di federalismo iniziava ad apparire anacronistica<sup>(69)</sup>. Ma se, come si darà conto, l'interpretazione della *commerce clause* è ancora limitata come base per fondare politiche federali, in realtà essa già prefigura potenzialmente l'apertura di un nuovo fronte di temperamento dei poteri statali che opera parallelamente al c.d. *substantive due process*<sup>(70)</sup>: sono ormai poste le

---

<sup>(66)</sup> Cfr., critico verso la giurisprudenza della *Lochner Era*, R. POUND, *Liberty of Contract*, in *The Yale Law Jour.*, 1909, pp. 454 ss. Per un'ampia ricostruzione storica della tutela apprestata dei «diritti contrattuali», gli strumenti predisposti in Costituzione a questo fine e sul perché e il come la *due process clause* abbia nel tempo preso il posto della *contract clause*, cfr. J.W. ELY, *The Protection of Contractual Rights*, cit., pp. 370 ss.

<sup>(67)</sup> 221 U.S. 1 (1911).

<sup>(68)</sup> 246 U.S. 231 (1918).

<sup>(69)</sup> C. WOODARD, *Reality and social Reform: the Transition from Laissez-faire to Welfare State*, in *Yale L.J.*, 1962, pp. 286 ss., 304. Cfr. *infra* § 5.2.

<sup>(70)</sup> Lo mette in luce E.S. CORWIN, *The Twilight of the Supreme Court*, cit., p. 49.

basi per il superamento di un «nostalgic federalism»<sup>(71)</sup> che limita in modo eccessivo i poteri della Federazione.

Dopo aver ridotto la concreta operatività pratica dello *Sherman Act* con la sentenza *E.C. Knight*, nel caso *Swift* un accordo sui prezzi che creava un monopolio nel mercato del bestiame e delle carni fu invece considerato illegittimo e in violazione dello *Sherman Act* perché produceva un effetto diretto sul commercio interstatale. In questa decisione, si delineò il concetto di *stream of commerce* (o *current of commerce*) che, sulla falsariga della distinzione tra effetti diretti ed effetti indiretti sul commercio interstatale, ampliava gli spazi di legittimazione dell'intervento federale anche agli scambi meramente interni se questi si fossero rivelati parte di un più ampio traffico interstatale. La forte carica concettualista in questa giurisprudenza è ancora evidente<sup>(72)</sup>, ma l'apertura nei confronti della capacità di intervento federale è comunque significativa. E non sfugge che tale lettura, che preludeva al superamento del federalismo duale, sia stata proposta proprio lo stesso anno in cui fu pronunciata la sentenza *Lochner*.

Questo passaggio non avvenne del resto nella indifferenza della politica<sup>(73)</sup>: Theodore Roosevelt, scontrandosi anche con le resistenze del Congresso, si era molto battuto per una riforma che ampliasse i suoi poteri e i suoi sforzi avevano infine avuto eco nella sentenza *Swift*<sup>(74)</sup>.

Se un primo mutamento aveva riguardato, come visto, l'interpretazione degli spazi riconosciuti al Governo federale attraverso la

---

<sup>(71)</sup> A.I. GAVIL, *Reconstructing the Jurisdictional Foundation of Antitrust Federalism*, cit., p. 665.

<sup>(72)</sup> Cfr. sul punto la ricostruzione di C. BOLOGNA, *Stato federale e «National Interest»*, cit., spec. pp. 153 ss.

<sup>(73)</sup> Cfr. E. LAMBERT, *Il governo dei giudici*, cit., pp. 131 ss.

<sup>(74)</sup> E.S. CORWIN, *The Twilight of the Supreme Court*, cit., pp. 40 ss., affermò che la sentenza *Swift* del 1905, emanata poco dopo un altro celebre caso con cui la Corte aveva dato ragione al Governo federale *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904), fu di fatto una risposta della Corte suprema alla «Roosevelt anti-trust crusade» che comportò l'*overruling* del *Sugar Trust Case* (la sentenza *E.C. Knight*) e la sua lettura restrittiva del concetto di commercio.

*commerce clause* per intervenire a tutela della concorrenza, altra significativa trasformazione ebbe ad oggetto la c.d. *rule of reason*. In una prima fase, i giudici applicano, infatti, così come prevede la legge, un divieto totale di costituire cartelli per via contrattuale, per poi mitigarlo con la teoria della *rule of reason* in un difficile equilibrio che la Corte suprema rincorre, cercando di tutelare al contempo le prerogative statali, i *property rights* e le istanze volte a garantire nel sistema la *competition*<sup>(75)</sup>. La Corte, nel caso *Standard Oil*, offre una diversa interpretazione della legge, sostanzialmente riscrivendola. Gli accordi limitativi della concorrenza non possono essere considerati illegittimi di per se stessi, come invece affermava solennemente la Sec. 1, ma devono essere anche «unreasonable». È il *Chief Justice White* che, nell'opinione di maggioranza, sancisce tale principio. La c.d. *rule of reason* avrebbe poi trovato pieno riconoscimento nella decisione *Chicago Board of Trade*, firmata dal giudice Brandeis, lasciando nelle mani delle Corti un significativo potere discrezionale. Alla base della sentenza *Standard Oil*, peraltro, viene rievocata la tradizione di *common law*. In essa sarebbe possibile individuare una libertà dell'individuo «di contrattare e di astenersi dal contrattare e di esercitare ogni ragionevole diritto in merito»<sup>(76)</sup>. Con la sentenza *Chicago Board of Trade*, in seguito, il giudice Brandeis avrebbe chiarito cosa si dovesse intendere con *rule of reason*, definendo l'indagine che doveva svolgere il giudice<sup>(77)</sup>. A margine,

---

<sup>(75)</sup> Cfr. in questo senso R.J. PERITZ, *A Counter-History of Antitrust Law*, in *Duke L.J.*, 1990, pp. 263 ss. Cfr. sul punto la sentenza *Standard Oil Co. of NJ v. United States*, 221 U.S. 1 (1911). Da rilevare però come la Corte, nel promuovere la *rule of reason*, proteggesse proprio l'idea dei *property rights* così come derivante dalla tradizione di *common law*. Per un caso nella storia del sistema di *common law*, interessante una nota a una sentenza del giudice Coke di D.O. WAGNER, *Coke and the Rise of economic Liberalism*, in *The Economic History Review*, 1935-1936, pp. 30 ss. Più in generale, sulla storia del concetto di *rule of reason*, cfr. L. LOEVINGER, *The Rule of Reason in Antitrust Law*, in *Virginia Law Rev.*, 1964, pp. 23 ss.

<sup>(76)</sup> 221 U.S. 1 (1911), 2; t.d.a. Tale giurisprudenza sarebbe stata poi confermata con la sentenza *United States v. American Tobacco Co.* 221. U.S. 106, nei confronti del *Trust* del tabacco. Problematicamente su questa giurisprudenza e sul rilievo della *common law* cfr. però G. BERNINI, *La tutela della libera concorrenza e i monopoli*, cit., pp. 175 ss.

<sup>(77)</sup> 246 U.S. 231 (1918), 238. Nel valutare un accordo tra due o più parti limitativo

la Corte suprema, per limitare la sua discrezionalità, avrebbe poi elaborato la categoria della c.d. *per se condemnation* che racchiude tutti quei casi in cui è evidente che l'unica finalità dell'accordo sia limitare la concorrenza<sup>(78)</sup>.

La critica di Lambert a questa giurisprudenza sarebbe stata di aver sostanzialmente abrogato lo *Sherman Act*<sup>(79)</sup>. La volontà del legislatore era infatti senza dubbio, come si evince dai lavori preparatori e dal testo finale, – secondo l'autorevole studioso francese – di rendere illegittimi tutti gli accordi limitativi della concorrenza. Viceversa, la normativa è stata interpretata come se avesse incorporato i limiti già presenti nella tradizione di *common law*<sup>(80)</sup>, plasmando tuttavia il controllo in concreto sui *trusts* e la presunzione di illegittimità come uno strumento in gran parte rimesso alla discrezionalità dei giudici.

In tale prospettiva, vengono criticate, da un lato, la sentenza *United States v. United States Steel Corporation* del 1920<sup>(81)</sup>, che faceva salvo un accordo anticoncorrenziale perché avrebbe perso la sua concreta carica offensiva e, dall'altro, l'applicazione dello *Sherman Act* ai sindacati, considerati come cartelli finalizzati a turbare la concorrenza<sup>(82)</sup> (tanto che fu necessario per il Congresso nel 1914, con il *Clayton Act*, escludere le azioni sindacali dall'applica-

---

della concorrenza, «the true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition».

<sup>(78)</sup> Cfr. L. LOEVINGER, *The Rule of Reason in Antitrust Law*, cit., pp. 26 ss., categoria che racchiude quegli atti che sono «intrinsically unreasonable».

<sup>(79)</sup> E. LAMBERT, *Il governo dei giudici*, cit., pp. 125 ss. D'altronde, tale critica era la stessa mossa dal giudice Harlan nel suo *dissent* nella sentenza *Standard Oil* in cui, come riporta Lambert, il giudice, per quanto fosse d'accordo nel ritenere che la norma necessitasse di una modifica, denuncia l'interpretazione correttiva dello *Sherman Act* come una forma di invasione delle competenze legislative da parte del potere giudiziario (p. 139).

<sup>(80)</sup> E. LAMBERT, *Il governo dei giudici*, cit., p. 136.

<sup>(81)</sup> 251 U.S. 417. Nella sentenza *United States Steel Corporation* sul monopolio dell'acciaio, per quanto sia ritenuto astrattamente illegittimo l'accordo originario, nel momento in cui questo venne impugnato non era più necessario scioglierlo alla luce degli sviluppi successivi che avevano eliminato ogni carica offensiva nei confronti della concorrenza (cfr. E. LAMBERT, *Il governo dei giudici*, cit., p. 142).

<sup>(82)</sup> Cfr. E. LAMBERT, *Il governo dei giudici*, cit., pp. 143 ss.

zione dello *Sherman Act* stesso come invece la Corte suprema aveva stabilito)<sup>(83)</sup>.

Nello specifico, quest'ultima vicenda richiamata appare emblematica di un altro cortocircuito logico nell'uso da parte della Corte suprema della disciplina *antitrust*. Da quanto detto, infatti, si delinea in modo ancora più chiaro, per un verso, la consapevolezza della necessità di riconoscere alla Federazione alcuni spazi, a scapito delle competenze statali e della libertà contrattuale dei singoli, per garantire un mercato concorrenziale come strumento che favorisca il pieno dispiegamento delle libertà economiche; e, per altro, la concreta limitazione della libertà dei lavoratori di unirsi in sindacati al fine di contrattare le condizioni di lavoro, considerando l'azione sindacale un elemento di alterazione dell'equilibrio contrattuale e, pertanto, del mercato<sup>(84)</sup>. Questa ultima impostazione, senza dubbio in linea con la giurisprudenza *Lochner*, avrebbe trovato una più vasta eco e applicazione in alcune delle sentenze più criticate della *Lochner Era* tra cui *Adair v. United States*<sup>(85)</sup>. In questa pronuncia, per esempio, si dichiarò in contrasto con il V emendamento la legge federale che stabiliva l'illegittimità di quelle clausole che consentivano di licenziare i lavoratori iscritti al sindacato, stabilendo anche che una tale disciplina non era in ogni caso legittimata dal richiamo alla *commerce clause*. Ma può essere ricordata per il medesimo spirito anche la decisione *Hammer v. Dagenhart*<sup>(86)</sup>, in

---

<sup>(83)</sup> Cfr. E. LAMBERT, *Il governo dei giudici*, cit., p. 147; cfr. in merito anche G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, cit., pp. 148 ss., che descrive anche gli sviluppi successivi. Si sofferma sulla giurisprudenza collegata con il diritto sindacale a partire dalla decisione *In re Debs*, 158 U.S. 564 (1895), mettendone in luce le contraddizioni interne e le tensioni emerse in merito tra potere giudiziario e potere legislativo, R. CASELLA, *La liberty of contract nella giurisprudenza della corte suprema tra XIX e XX secolo: la tutela del lavoro subordinato e delle attività*, in S. VOLTERRA (a cura di), *Corte suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America*, cit., spec. pp. 291 ss.

<sup>(84)</sup> *Loewe v. Lawlor*, 208 U.S. 274 (1908).

<sup>(85)</sup> 208 U.S. 161 (1908). Riflette sul fatto che questa decisione avesse ripreso il ragionamento che la Corte aveva proposto del XIV emendamento come limite al *police power* B. CUSHMAN, *Rethinking the New Deal Court: The Structure of a Constitutional Revolution*, New York & Oxford, 1998, spec. p. 110.

<sup>(86)</sup> 247 U.S. 251 (1918)

cui si negò che la *commerce clause* potesse fondare una disciplina federale volta a vietare il lavoro minorile (cfr. *infra*).

5. *La c.d. Lochner Era.* – È la sentenza *Lochner v. New York*<sup>(87)</sup> che dà il nome al periodo storico analizzato e che è considerata emblematicamente, per l'esaltazione che in essa si opera della libertà di contratto, come l'«espressione del trionfo dei principi del *laissez-faire*»<sup>(88)</sup>. Decisione con cui, in base al XIV emendamento, fu dichiarata incostituzionale dalla Corte suprema la legge dello Stato di New York che imponeva un orario di lavoro massimo per i panettieri, *Lochner*, per alcuni aspetti, sembra rappresentare l'«extreme form»<sup>(89)</sup> dell'interpretazione che faticosamente emerse nel tempo del XIV emendamento e del *police power*. La regolazione viene infatti dichiarata incostituzionale in quanto il *police power* statale, base giuridica su cui si fondava la disciplina impugnata, nel caso di specie non è considerato idoneo a giustificare una limitazione della libertà contrattuale dei singoli. E la prospettiva interpretativa accolta, peraltro, sconta ancora un alto tasso di concettualismo: distingue in maniera rigida pubblico e privato<sup>(90)</sup> e, come accennato, sembra escludere, ridimensionando così le potenzialità solo accennate in *Munn v. Illinois*, che il *police power* statale si possa spingere sino a dare copertura alla disciplina delle relazioni industriali.

Per quanto tale lettura possa apparire strumentale e la sentenza possa essere criticata sotto vari profili, tanto da essere considerata l'anti-canone<sup>(91)</sup>, la giurisprudenza di quegli anni, pare molto più

<sup>(87)</sup> 198 U.S. 45 (1905).

<sup>(88)</sup> Così M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960* (1992), cit., p. 47.

<sup>(89)</sup> Così F. DOBYNS, *Justice Holmes and the Fourteenth Amendment*, cit., p. 86.

<sup>(90)</sup> Che l'obiettivo polemico dei realisti fosse la «cristallizzazione» dei concetti giuridici così come sedimentati in *Lochner* lo rileva A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., p. 3.

<sup>(91)</sup> Cfr. per una ricca ricostruzione in merito A. RIDOLFI, *I giudici e le narrazioni dell'America. (Rileggendo la sentenza Lochner v. New York)*, in *Nomos*, 2008, pp. 85 ss., e A. DIMARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, cit., spec. cap. VII, § 6.

articolata e complessa rispetto alla tradizionale ricostruzione per cui essa sarebbe espressione di un periodo in cui si professava un pieno e sregolato *laissez-faire*.

Al di là del rilievo per cui la fase più aggressiva della giurisprudenza della Corte suprema sarebbe iniziata solo a partire dagli anni Venti<sup>(92)</sup>, infatti, in un primo tempo, per spiegare questo polemico attivismo giurisprudenziale, si è spesso evocata la concezione di una Corte schierata dalla parte del capitale<sup>(93)</sup>. Tuttavia, la teoria per la quale la Corte di questo periodo sarebbe conservatrice e posta a difesa degli interessi economici degli industriali è stata oggetto di problematizzazioni<sup>(94)</sup> e critiche, anche meno recenti. Vi è,

<sup>(92)</sup> In J.M. BALKIN, 'Wrong the day it was decided': *Lochner and Constitutional Historicism*, in *Boston University Law Review*, 2005, pp. 677 ss., spec. p. 684, si legge per esempio che durante la c.d. *Progressive Era* tra il 1911 e il 1923 la sentenza *Lochner* fu «eclipsed». Balkin, sul punto, fa riferimento al pensiero di Bernstein, uno dei più forti sostenitori della necessità di considerare in termini positivi *Lochner*. Così D.E. BERNSTEIN, *Rehabilitating Lochner*, London, 2011, pp. 48 ss.

<sup>(93)</sup> Molte furono le critiche mosse ai giudici e, specialmente, alla Corte suprema. In particolare, l'accusa più diffusa fu quella di favorire, attraverso l'interpretazione della Costituzione, gli interessi del capitale. Sul punto, cfr. M. LERNER, *The Supreme Court and American Capitalism*, cit., pp. 668 ss. Era la Corte, infatti, che si incaricò del compito di individuare quale fosse l'ortodossia in campo economico (p. 672). Ma nello stesso senso anche la lettura, di certo non priva di retorica, del *New Deal* come vera e propria rinascita proposta in W.E. LEUCHTENBURG, *The Supreme Court Reborn. The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, New York-Oxford, 1995.

<sup>(94)</sup> Sul processo evolutivo ed interpretativo del XIV emendamento cfr. nella letteratura italiana A. ZORZI GIUSTINIANI, *Alle origini dello Stato regolatore (1874-1910). La Corte suprema americana e le libertà economiche nella fase di transizione dall'interventismo statale al controllo federale delle public utilities e dei monopoli*, in *Giur. cost.*, 2003, pp. 4027 ss. Anche H. HOVENKAMP, *The Political Economy of Substantive Due Process*, in 40 *Stan. L. Rev.*, 1988, pp. 379 ss., p. 439 ha sostenuto come la Corte suprema di quel periodo abbia confermato più leggi di regolazione dell'economia di quante ne abbia dichiarate incostituzionali. Viene definita una versione «stereotipata» quella della Corte suprema come un «bastione del *laissez-faire*» in A. SOIFER, *The Paradox of Paternalism and Laissez-faire Constitutionalism: United States Supreme Court, 1888-1921*, in 5 *Law & His. Rev.*, 1987, pp. 249 ss., 260. Cfr. anche, sul punto, M. LES BENEDICT, *Laissez-faire and Liberty*, cit., pp. 300 ss., il quale ricostruisce i molti interventi statali in economia che hanno portato a definire la fine del Diciannovesimo secolo negli USA «the First Era of National Economic Regulation» (p. 302). Sull'interpretazione del XIV emendamento cfr. E.S. CORWIN, *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment*, cit., pp. 643 ss. Sull'espansione del concetto di *liberty* nella giurisprudenza della Corte suprema e su come è stata intesa la *due process clause* nel tempo, prima e dopo l'introduzione del XIV emendamento fino a ricomprendervi anche la libertà di parola con la sentenza *Gitlow v. New York* 268 U.S. 652 (1925) attraverso l'*incorporation* del primo emendamento, cfr. C. WARREN, *The new 'Liberty' under the Fourteenth Amendment*, in *Harv. L. Rev.*, 1926, pp. 431 ss.

per esempio, chi ha sostenuto che, almeno nel corso dei primi anni del Novecento, si potesse parlare di una Corte *progressista* che aveva riconosciuto la legittimità di gran parte delle riforme poste in essere in una molteplicità di ambiti<sup>(95)</sup>. Altri hanno invece contestato la rilevanza che rivestì effettivamente la dottrina del *laissez-faire*, sottolineando piuttosto come la Corte suprema tendesse a difendere un uso neutrale del *police power* e della regolazione che non si ripercuotesse in forme indebite di *class legislation*<sup>(96)</sup>. Si è, infatti, affermato che la giurisprudenza di quell'epoca avrebbe legittimato delle differenze di trattamento solo in presenza di specifiche giustificazioni che dimostrassero come, in ogni caso, la disposizione che avvantaggiava una certa categoria di persone fosse comunque nell'interesse comune<sup>(97)</sup>. Vi è stato anche chi ha professato la necessità di 'riabilitare' la sentenza *Lochner* perché essa avrebbe posto le basi per un'estensione della tutela di diritti che altrimenti sarebbe stato impossibile proteggere<sup>(98)</sup>.

---

<sup>(95)</sup> C. WARREN, *The Progressiveness of the United States Supreme Court*, in *Colum. L. Rev.*, 1913, 294 ss., p. 295 dove si legge: «the National Supreme Court, so far from being reactionary, has been steady and consistent in upholding all State legislation of a progressive type».

<sup>(96)</sup> Cfr. H. GILLMAN, *The Constitution Besieged*, Durham & London, 1993.

<sup>(97)</sup> Emblematico sarebbe il caso *Muller v. Oregon* del 1908 sulla disciplina di un orario massimo di lavoro per le donne, ritenuta legittima. Dopo l'introduzione del XIX emendamento, invece, venuta meno la posizione di minorità politica delle donne con l'acquisizione del diritto di voto, la Corte dichiarò illegittima una legge simile nella sentenza *Adkins v. Children's Hosp.*, 261 U.S. 525 (1923): «In view of the great – not to say revolutionary – changes which have taken place since that utterance, in the contractual, political and civil status of women, culminating in the Nineteenth Amendment, it is not unreasonable to say that these differences have now come almost, if not quite, to the vanishing point» (261 U.S. 554). Il *dissent* del giudice Brandeis avrà proprio ad oggetto questa affermazione e vi si legge: «I am not sure from a reading of the opinion whether the Court thinks the authority of *Muller v. Oregon* is shaken by the adoption of the Nineteenth Amendment. The Nineteenth Amendment did not change the physical strength or limitations of women upon which the decision in *Muller v. Oregon* rests. The Amendment did give women political power, and makes more certain that legislative provisions for their protection will be in accord with their interests as they see them. But I don't think we are warranted in varying constitutional construction based on physical differences between men and women, because of the Amendment» (261 U.S. 568).

<sup>(98)</sup> In questo senso, critico verso la lettura di Gillman appare anche D.E. BERNSTEIN, *Rehabilitating Lochner*, cit., spec. pp. 14 ss.; si collega a questa visione anche il lavoro di R.E. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty*, Princeton,

La *Lochner Era* appare pertanto una fase ricca di contraddizioni: un periodo di assestamento in cui senza dubbio è rinvenibile anche una matrice di impronta liberista, ispirata al principio del *laissez-faire*. Non è certo un caso, dunque, se la sentenza *Lochner* sia stata considerata «impropria»<sup>(99)</sup>. Tuttavia, la visione per cui la Corte suprema avrebbe tentato di costituzionalizzare i principi del *laissez-faire* appare, seppur fortunata, quantomeno parziale. Per quanto, con il suo attivismo, la Corte suprema si sia spesso arrogata una sorta di «economic dictatorship»<sup>(100)</sup>, assumendo un chiaro tono politico che avrebbe avuto programmaticamente termine con la sentenza *Carolene products* e la sua celeberrima *footnote* numero quattro<sup>(101)</sup> (cfr. *infra*), pertanto, le contraddizioni che emergono dallo studio di questa fase storica meritano un approfondimento.

Nel prossimo paragrafo, in particolare, si tenterà di tratteggiare il ruolo della distinzione pubblico-privato in questa giurisprudenza; mentre nel successivo si metterà in luce l'interpretazione della *commerce clause* come chiave attraverso cui leggere le trasformazioni del federalismo e gli approdi dell'esperienza statunitense.

5.1. *Pubblico, privato e la cura degli 'existing maladjustments'.*  
*Dalla Lochner Era al New Deal: le sentenze Nebbia e West Coast.*  
 – Corwin aderì a quell'impostazione per cui l'interpretazione della Costituzione proposta dalla Corte suprema della *Lochner Era* nelle sentenze in cui si limitava l'uso del *police power* e si depotenziava

---

2004, che però sembra piuttosto interessato a dimostrare l'esistenza di una presunzione di libertà nei confronti della quale la giurisprudenza della *Lochner Era*, cui fa riferimento con l'appellativo di *Progressive Era*, sembrava comunque più rispettosa se messa a confronto con quella dell'era post *Carolene*. Quest'ultima, a suo avviso, è una sentenza errata da un punto di vista costituzionale (cfr. pp. 224 ss.). Interessante, in proposito, come viene definita la *dissenting opinion* del giudice Holmes: «[it] was as unfair as it was memorable» (p. 215).

<sup>(99)</sup> Lo sottolinea J.H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachuttes, 1980, pp. 14 ss., il quale si riferisce più genericamente alla sentenza *Lochner* definendola come «constitutionally improper».

<sup>(100)</sup> Riprende questa critica E.S. CORWIN, *The Anti-Trust Acts and the Constitution*, cit., p. 370.

<sup>(101)</sup> 304 U.S. 144 (1938).

l'estensione dell'*interstate commerce clause* fosse tutt'altro che neutrale, imponendo un ordine dell'economia orientato al *laissez-faire* e una concezione del federalismo a questo funzionale.

Come detto, il suo lavoro fondamentale in materia resta *The Twilight of the Supreme Court*<sup>(102)</sup> del 1934 in cui egli chiudeva il secondo capitolo con una citazione della sentenza *Nebbia v. New York*<sup>(103)</sup> che si poneva in linea di diretta continuità con il precedente *Munn v. Illinois*, recuperando così un filone giurisprudenziale meno noto che aveva in modo carsico continuato a vedere la luce anche durante la *Lochner Era*. Ne era stata espressione, per esempio, la sentenza *Noble State Bank* del 1911, in cui Holmes aveva affermato che «il *police power* si estende a tutti i grandi bisogni pubblici»<sup>(104)</sup>. Sotto questo profilo, si è già detto come nella sentenza *Munn* si riconoscesse un'idea ampia del *police power*, capace di estendersi fin dove fosse necessario purché la materia fosse considerata di interesse pubblico. Ma è in particolare la sentenza *Nebbia* che merita di essere messa in evidenza. Per la prima volta, infatti, dopo molto tempo, la regolazione imposta dallo Stato di *New York*, che stabiliva un prezzo minimo per la vendita del latte, non viene dichiarata incostituzionale ai sensi della *due process clause*. Anzi, viene stabilito espressamente che «l'industria è soggetta alla regolazione nel pubblico interesse» e che non esiste un principio costi-

---

<sup>(102)</sup> E.S. CORWIN, *The Twilight of the Supreme Court*, cit., pp. 99 ss.

<sup>(103)</sup> *Nebbia v. New York* 291 U.S. 502 (1934).

<sup>(104)</sup> *Noble State Bank v. Haskell*, 219 U.S. 104 (1911) (t.d.a.), nel convalidare, prima della crisi economica e dell'accentramento della regolazione bancaria a livello federale, una legge dell'Oklahoma che disciplinava il settore. L'opinione, peraltro, redatta da Holmes, conferma la sua posizione fortemente legata ad un'impostazione di *self-restraint* come riporta la critica di R.E. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty*, cit., p. 216. Sulla figura di Holmes e la sua attenzione nei confronti del principio maggioritario si sofferma a lungo M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960* (1992), cit., pp. 191 ss.; mentre sulle diverse anime del realismo giuridico, spec. pp. 303 ss.; in merito anche G. GILMORE, *Le grandi epoche del diritto americano* (1977), cit., spec. p. 63 che afferma come Holmes abbia sempre mantenuto una posizione per cui «la maggioranza politica dominante ha il diritto di far valere la propria volontà sugli avversari sconfitti». Si sofferma da ultimo sui tratti del *Justice Holmes* A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., spec. cap. II, §§ 4.3.1 ss.

tuzionale che impone un divieto per il legislatore di correggere gli «existing maladjustments»<sup>(105)</sup>: si ammette così la possibilità di espandere la concezione del *police power* ben oltre gli angusti spazi elaborati nella sentenza *Lochner*, ribaltando, nuovamente, l'onere della prova in materia di regolazione.

Come noto, ben più celebre e decisiva sarà poi l'affermazione che la Corte suprema offre sulla nozione libertà e sul XIV emendamento nella successiva sentenza *West Coast v. Parrish* del 1937 con cui viene superato il precedente *Adkins*<sup>(106)</sup> con un *overruling* esplicito:

«The Constitution does not speak of freedom of contract. It speaks of liberty and prohibits the deprivation of liberty without due process of law. In prohibiting that deprivation, the Constitution does not recognize an absolute and uncontrollable liberty. Liberty in each of its phases has its history and connotation. But the liberty safeguarded is liberty in a social organization which requires the protection of law against the evils which menace the health, safety, morals and welfare of the people. Liberty under the Constitution is thus necessarily subject to the restraints of due process, and regulation which is reasonable in relation to its subject and is adopted in the interests of the community is due process»<sup>(107)</sup>.

La libertà, con questa pronuncia, passa dunque dall'essere solo fatto individuale a connotarsi anche di una dimensione sociale e ciò comprende e sostiene l'idea per cui le libertà economiche possono essere tutelate solo se limitate e regolate. Inoltre, si afferma il principio per cui datore di lavoro e lavoratore non hanno materialmente la medesima forza contrattuale. Nel veicolare questo passaggio però la Corte è in parte cauta. E infatti, nel presentare tali affermazioni viene richiamata la tradizionale concezione del *police power* statale e dei limiti della regolazione, estendendone la portata. Non è un

---

<sup>(105)</sup> 291 U.S. 502 (1934), 531-532; t.d.a.

<sup>(106)</sup> *Adkins v. Children Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

<sup>(107)</sup> *West Coast v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), 391.

caso, peraltro, se nella *footnote* uno i casi richiamati siano *Lochner* e *Allgeyer*<sup>(108)</sup>.

E tuttavia, questa giurisprudenza non si limita a ri-estendere nuovamente i limiti del *police power*, rappresentando così una specifica applicazione della sentenza *Munn v. Illinois*, ma appare uno sviluppo della trasformazione costituzionale che si sarebbe poi affermata nella seconda metà degli anni Trenta con un'interpretazione estensiva dell'*interstate commerce clause* e con la decisione *Carolene*. È da interpretarsi in questa chiave la carica innovativa di questa sentenza che in tal modo chiude senza dubbio, sia pur con gentilezza, la *Lochner Era*, aprendo di fatto a politiche di regolazione delle relazioni industriali, conservando, ripensato, lo strumento del *police power* e ammettendo, in via definitiva, che la legge possa garantire un salario minimo e un orario massimo di lavoro<sup>(109)</sup>.

5.2. Commerce clause e New Deal. – La crescita dei poteri della Federazione<sup>(110)</sup> ha portato con sé il superamento di una «property-centered constitution»<sup>(111)</sup> in favore di un nuovo equilibrio in cui si è infine riconosciuta anche una nuova funzione legittimante alla clausola del commercio interstatale<sup>(112)</sup>. A questo proposito,

---

<sup>(108)</sup> *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897). Ciò appare tanto più interessante alla luce del fatto che, in realtà, la decisione è considerata un *overruling* sostanziale di *Lochner*. In merito, cfr. C. STARGER, *Exile on Main Street: Competing Traditions and Due Process Dissent*, cit., spec. pp. 1270 ss.

<sup>(109)</sup> B. ACKERMAN, *We the people. Transformations*, cit., p. 365. *West Coast v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), 400.

<sup>(110)</sup> B. ACKERMAN, *We the people. Transformations*, cit., p. 257.

<sup>(111)</sup> B. ACKERMAN, *We the people. Transformations*, cit., p. 267.

<sup>(112)</sup> Sulle diverse possibili interpretazioni del concetto di *commerce* di particolare interesse pare la ricostruzione di J.M. BALKIN, *Commerce*, in 109 *Mich. L. Rev.*, 2010, pp. 1 ss., in cui si critica quella che viene definita come la *trade theory*, troppo angusta, e la *economic theory*, comunque limitata, per favorire tramite la *interaction theory* una lettura della *commerce clause* che, coerente con la teoria del *living originalism*, approda a una concezione piuttosto ampia del potere federale ammesso ogni qualvolta gli Stati non siano in grado di operare da soli di fronte a fatti che trascendono i loro confini. Si sofferma sullo stesso tema anche in J.M. BALKIN, *Living Originalism*, cit., pp. 138 ss. Sull'idea di commercio nella tradizione del repubblicanesimo cfr. M. VAN GELDEREN - Q. SKINNER (a cura di), *Republicanism. The Values of Republicanism in Early Modern Europe*, Cambridge, 2002, spec. pp. 177 ss., e ivi i saggi di Geuna, Oz-Salzberger, Kapossy, Pii, Sonenscher, Winch.

non sorprende che un autore come Laski, nel maggio del 1939, scrivesse che «la forma di stato federale è inadatta per lo stadio di sviluppo economico-sociale attualmente raggiunto dall'America»<sup>(113)</sup>, affermando di considerare finita l'epoca del federalismo («the epoch of federalism is over»).

L'autorevole studioso legava questa considerazione proprio al fenomeno del capitalismo maturo che connotava gli Stati Uniti di quel periodo. Se infatti l'assetto decentrato funzionale alla garanzia delle libertà individuali e delle prerogative statali può andare ancora bene in un Paese ad «expanding federalism», esso, tra altri fattori, in un tempo di «contracting capitalism» comporta un'eccessiva ripartizione dei poteri non consentendo la necessaria rapidità d'azione e inibendo l'emergere di condizioni di vita omogenee. Tale insufficienza si manifesterebbe alla luce degli sviluppi del capitalismo e, in particolare, in ragione della creazione dei grandi gruppi con tendenze monopolistiche, che avrebbero comportato un accentramento del potere economico nelle mani di pochi centri di interesse. Ciò avrebbe avuto come ulteriore conseguenza «un contrasto crescente tra la distribuzione del potere economico e la capacità della democrazia di controllare politicamente e in modo efficace i risultati del suo esercizio»<sup>(114)</sup>. Laski collega dunque direttamente l'influenza delle grandi imprese e il potere limitato della Federazione. La loro connessione determina che «i grandi imperi industriali possono, concretamente, impedire la legislazione necessaria a rendere effettivi i propositi di una società democratica»<sup>(115)</sup>.

Bruce Ackerman converge in definitiva su questa lettura. Ciò è evidente quando afferma, nel criticare la sentenza *Hammer v. Dagenhart*<sup>(116)</sup>, con cui la Corte suprema aveva dato un'interpretazio-

---

<sup>(113)</sup> Così H.J. LASKI, *The Obsolescence of Federalism*, in *The New Republic*, 1939, p. 367; t.d.a.

<sup>(114)</sup> H.J. LASKI, *The Obsolescence of Federalism*, cit., p. 367; t.d.a.

<sup>(115)</sup> H.J. LASKI, *The Obsolescence of Federalism*, cit., p. 368; t.d.a.

<sup>(116)</sup> 247 U.S. 251 (1918). In questa decisione, la Corte suprema ha dichiarato incostituzionale il *Keating-Owen Child Labor Act* che vietava la circolazione, ai sensi della com-

ne restrittiva della *commerce clause* non facendovi rientrare la fase di *produzione*, che «se il *New Deal* doveva prevalere, questa visione limitata dei poteri federali non poteva sopravvivere»<sup>(117)</sup>. La Corte aveva infatti ritenuto in quella occasione che la *commerce clause* non potesse fondare una disciplina che vietasse il commercio interstatale di prodotti lavorati con il ricorso al lavoro minorile, facendo perno su una concezione piuttosto rigida per cui la produzione era da ritenersi una questione del tutto interna al singolo Stato.

Ma è in particolare nel corso degli anni Trenta che, in risposta agli interventi del governo federale che su impulso del Presidente Roosevelt interveniva in modo sempre più intenso a sostegno dell'economia, si consumò la reazione della Corte suprema. Nei primi cento giorni della Presidenza Roosevelt, erano del resto entrate in vigore una gran quantità di riforme che investivano il sistema bancario, ma anche l'agricoltura e il sistema industriale<sup>(118)</sup>. La Corte suprema si pronunciò più volte, sancendo l'incostituzionalità di leggi federali perché considerate adottate al di là dei poteri che la Costituzione riconosceva alla Federazione ai sensi della *commerce clause*, in particolare facendo perno sulla distinzione tra effetti diretti ed effetti indiretti, come nella celebre sentenza con cui venne dichiarata l'incostituzionalità del *NIRA* nel 1935<sup>(119)</sup>.

Le politiche di regolazione federale e, con esse, la deferenza del potere giudiziario nei confronti delle scelte di politica economica

---

*merce clause*, di beni prodotti attraverso il lavoro minorile anche alla luce del fatto che la 'production' non è già materia afferente al 'commerce'. La sentenza, nella lettura restrittiva del concetto di commercio come distinto dalla produzione, troverà conferma nella successiva *Carter v. Carter Coal Company*, 298 U.S. 238 (1936), per poi essere oggetto di *overruling* poco dopo (cfr. *infra*).

<sup>(117)</sup> B. ACKERMAN, *We the people. Transformations*, cit., p. 257; t.d.a.

<sup>(118)</sup> Cfr. per un approfondito inquadramento storico A.M. SCHLESINGER, *The Age of Roosevelt. Vol. II 1933-1935: The Coming of the New Deal* (1958), New York, 2003, spec. pp. 20 ss. Se il primo obiettivo, insieme al salvataggio delle banche, è porre fine alle emergenze nel campo dell'agricoltura, (pp. 27 ss.; per gli obiettivi dell'*Agricultural Adjustment Act* pp. 40 ss.), subito l'attenzione si sposta sulle relazioni industriali con l'approvazione del *NIRA* (pp. 87 ss.; spec. pp. 98 ss.) e sui salari (p. 102).

<sup>(119)</sup> Il riferimento è a *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935). Cfr. anche *Carter v. Carter Coal Company*, 298 U.S. 238 (1936).

del governo nazionale si sarebbero affermate solo in seguito, prima con la sentenza *NLRB. v. Jones & Laughlin Steel Co.*<sup>(120)</sup> e poi, in modo ancora più netto, con la sentenza *United States v. Darby*<sup>(121)</sup>. Nella prima i giudici ricondussero nell'ambito della *commerce clause* la regolazione delle relazioni industriali, nella seconda offrirono un *overruling* esplicito della sentenza *Hammer* e avallarono una legge che vietava la possibilità di immettere nel mercato prodotti lavorati in violazione delle norme in materia di lavoro minorile, regolava il salario minimo e prevedeva l'orario massimo settimanale<sup>(122)</sup>.

Di poco successiva, di particolare rilievo appare anche la sentenza *Wickard v. Filburn*<sup>(123)</sup>. Con questa decisione, la Corte consentì alla Federazione di usare l'*interstate commerce clause* con grande ampiezza: «anche se l'attività del convenuto è locale, e per quanto non sia considerabile come commercio, può ancora, qualunque sia la sua natura, essere toccata dal Congresso se esercita un effetto sostanzialmente economico sul commercio interstatale, e ciò indipendentemente dal fatto che questo effetto sia definibile 'diretto' o 'indiretto' secondo una distinzione utilizzata in precedenza»<sup>(124)</sup>.

In questo modo, ogni attività legislativa federale si può astrattamente ricondurre nel potere del commercio. Ma questa competenza si erge infine anche a limite dell'attività statale di regolazione sociale. Di ciò è emblematica una decisione del 1941 in cui la Corte suprema dichiarava incostituzionale una norma che puniva chi introduceva persone indigenti nel territorio della California<sup>(125)</sup>. Dal romanzo *Furore* di Steinbeck si percepisce come la situazione del-

---

<sup>(120)</sup> 301 U.S. 1 (1937).

<sup>(121)</sup> 312 U.S. 100 (1941) in questa decisione la Corte affermò infatti, all'unanimità, che la Federazione aveva la possibilità di utilizzare il suo potere di regolare il commercio interstatale «to its utmost extent» e che «the motive and purpose of a regulation of interstate commerce are matters for the legislative judgment upon the exercise of which the Constitution places no restriction, and over which the courts are given no control» (115).

<sup>(122)</sup> Cfr. J.M. BALKIN, *Living Originalism*, cit., pp. 162 ss.

<sup>(123)</sup> 317 U.S. 111 (1942).

<sup>(124)</sup> 317 U.S. 111 (1942), p. 125; t.d.a.

<sup>(125)</sup> *Edwards v. People of State of California*, 314 U.S. 160 (1941).

l'emigrazione interna, una volta esaurita la frontiera, avesse assunto contorni critici proprio nel corso degli anni Trenta del Novecento. Secondo la Corte, però, il divieto di introdurre persone indigenti, che verosimilmente avrebbero beneficiato dei sussidi, all'interno di uno Stato contrasta con la creazione di un mercato unitario e dunque invade una competenza federale. Per quanto negli anni successivi i diritti sociali non siano riusciti ad imporsi pienamente a livello costituzionale, è evidente come si fosse aperta una nuova fase per l'interpretazione della *commerce clause*<sup>(126)</sup>.

Uscita sconfitta e screditata dalla battaglia per la difesa del *laissez-faire capitalism*<sup>(127)</sup> e sull'interpretazione della *commerce clause*, in gran parte ormai coincidenti, la Corte suprema avrebbe così inaugurato una fase nuova<sup>(128)</sup>. E il declino dell'interpretazione orientata alla teoria del *laissez-faire* rimise, dunque, al centro del dibattito il *public welfare* che lentamente emerse ed erose i rigidi confini del *substantive due process* nel contesto della *liberty of contract*<sup>(129)</sup>.

A completamento del processo di trasformazione indicato, si affermò poi un'interpretazione estensiva di altre norme, ampliando così ulteriormente gli spazi e i margini di intervento della Federazione. In poco tempo si imposero, come noto, una lettura più com-

---

<sup>(126)</sup> Si sofferma su questa decisione e sugli sviluppi successivi in materia C.R. SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights. The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*, New York, 2004, pp. 154 ss.; sulla teoria della *New Property* cfr. C.A. REICH, *The New Property*, in *The Yale Law Journal*, 1964, pp. 733 ss.; mentre in materia di diritti sociali cfr. almeno F.I. MICHELMAN, *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, in *Wash. Univ. Law. Quart.*, 1979, pp. 659 ss., e A. PIERINI, *Federalismo e welfare state nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti: evoluzione e tensioni di un modello neo-liberale di assistenza sociale*, Torino, 2003, spec. pp. 113 ss.

<sup>(127)</sup> B. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, in *Harv. L. Rev.*, 1985, pp. 713 ss., p. 714.

<sup>(128)</sup> C. WOODARD, *Reality and social Reform: the Transition from Laissez-faire to Welfare State*, cit., pp. 266 ss.

<sup>(129)</sup> Cfr. F.L. JENNINGS, *Freedom of Contract: Inquiries and Speculations*, in *California Law Rev.*, 1934, pp. 636 ss., spec. 637 ss., dove si legge «perhaps the most striking instance of this tendency has been the relegation of 'freedom of contract' in a secondary position in the hierarchy of constitutional doctrines».

prensiva del *taxing power*<sup>(130)</sup>, del *general welfare* e dello *spending power*, in particolare attraverso lo strumento dei *grants in aid*<sup>(131)</sup>.

6. *La 'Costituzione economica' statunitense tra potere giudiziario e 'neutralità' dell'intervento pubblico.* – Se ci si rivolge al contesto statunitense, non è certo agevole parlare di 'Costituzione economica'<sup>(132)</sup>. A differenza di quanto avvenuto con riferimento alla c.d. *Fiscal Constitution*, non vi è, infatti, nella letteratura che si è occupata di questi temi, un dibattito che specificamente abbia utilizzato questo lessico, più vicino alla sensibilità europea e all'idea per cui il *Wirtschaftsleben* dovesse trovare una sua regolazione in Costituzione. Tuttavia, tale fu l'impressione per la giurisprudenza della Corte suprema durante la c.d. *Lochner Era* che, da un lato, Carl Schmitt, nella sua articolata opposizione ad un sistema di giustizia costituzionale accentrato, nel *Custode* sostenne che di fatto la Corte suprema proteggeva una vera e propria 'Costituzione economica'<sup>(133)</sup>; e,

<sup>(130)</sup> In precedenza, nel caso *Bailey v. Drexel Furniture Co.* 259 U.S. 20 (1922), la Corte suprema aveva vanificato gli sforzi della Federazione di ottenere effetti regolativi, già perseguiti con la legislazione dichiarata incostituzionale con la sentenza *Hammer*, tramite una imposta.

<sup>(131)</sup> Cfr. in particolare le decisioni *United States v. Butler* 297 U.S. 1 (1936), con cui però ancora si dichiarò l'incostituzionalità dell'*Agricultural Adjustment Act* 1933, *Steward Machine Company v. Davis* 301 U.S. 548 (1937), e *Helvering v. Davis* 301 U.S. 619 (1937), con cui si riconobbe come legittimo un sistema di tassazione collegato al *Social Security Act* voluto dal Presidente Roosevelt. In merito cfr. di recente C. BOLOGNA, *Stato federale e «National Interest»*, cit., pp. 291 ss., sul potere di spesa, e pp. 296 ss., sull'uso della tassazione a fini di regolazione; in materia di *grants in aid*, spec. pp. 313 ss. Sugli equilibri del federalismo nel nuovo contesto e il ruolo dei *grants* cfr. almeno J.P. CLARK, *The Rise of a New Federalism*, New York, 1965, e M.D. REAGAN, *The New Federalism*, New York, 1972. In merito al *New Deal* come momento di passaggio verso un assetto federale cooperativo problematizza C. PINELLI, *Forme di stato e forme di governo*, Napoli, 2006, p. 225, che afferma come le trasformazioni descritte senza dubbio indicano «la crisi del modello duale, ma non anche l'avvento di un federalismo cooperativo di cui manca proprio l'elemento strutturale della cooperazione».

<sup>(132)</sup> Per quanto sia un termine di cui si rinviene, sia pur raramente, l'utilizzo: cfr. T.J. LOWI, *The End of Liberalism*, cit., p. 128. Per una recente riflessione sul punto cfr. però anche A. PIERINI, *Crisi finanziarie e regulation dei mercati negli Stati Uniti d'America*, Perugia, 2012, spec. pp. 28 ss. Usa il termine, sia pur con una certa cautela, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, cit., pp. 149 ss.

<sup>(133)</sup> C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione* (1931), Milano, 1981, spec. pp. 28 ss., dove si legge che la Corte suprema «si pone di fronte allo Stato come custode di un ordine economico e sociale in linea di principio non contestato» (pp. 29 s.) e che «la prassi della

dall'altro, Eduard Lambert mise in guardia in Francia dal controllo di costituzionalità delle leggi perché si sarebbe potuto produrre un «governo dei giudici» a protezione dello *status quo*<sup>(134)</sup>.

E, tuttavia, il richiamo ad un concetto così controverso, che affonda le sue radici nella concezione marxiana della separazione Stato-società e che era alle origini un prodotto della riflessione socialdemocratica weimariana volta a valorizzare l'art. 165 *WVR* e i consigli<sup>(135)</sup>, può comunque essere utile al fine di indagare l'eventuale esistenza di un parametro utilizzato come pietra angolare dalla Corte suprema in materia economica. È fin troppo noto, del resto, che la Corte suprema proprio in occasione della sentenza *Lochner* sia stata accusata, da uno dei suoi giudici più celebri, di aver incorporato una certa dottrina economica in Costituzione. È famosissima, infatti, l'opinione dissenziente del giudice Holmes in cui egli criticò l'appiattimento della Corte suprema sulle teorie economiche della «statica sociale» di Spencer. Il XIV emendamento non avrebbe dovuto essere letto in un modo tale, secondo il giudice Holmes, da essere il luogo in cui tale teoria avrebbe trovato il suo riconoscimento prescrittivo<sup>(136)</sup>.

---

corte americana ha in tal modo – sulla base del V e del XIV emendamento e sotto lo sviluppo dell'assai discussa formula del *due process of law* – difeso e cercato di proteggere contro il legislatore i principi dell'ordine economico e sociale borghese come il più alto ordinamento e la vera Costituzione» (p. 30).

<sup>(134)</sup> E. LAMBERT, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti* (1921), cit., *passim*.

<sup>(135)</sup> Sul punto si rinvia, se si vuole, a F. SAIITO, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della 'Costituzione economica' in Germania*, Milano, 2015, spec. pp. 17 ss., e, sul pensiero di Schmitt, pp. 47 ss.

<sup>(136)</sup> Ecco parte dell'opinione dissenziente: «Questo caso viene deciso sulla base di una teoria economica in cui gran parte del Paese non crede. Non è questione se io condivida o no questa teoria, nel qual caso, prima di pronunciarmi, la studierei più a lungo e l'approfondirei. Gli è che non ritengo di doverlo fare perché sono pienamente convinto che la mia adesione o il mio dissenso in proposito non hanno nulla a che fare col diritto di una maggioranza di dar forza legale alle proprie convinzioni. [...] Il Quattordicesimo emendamento non codifica la *statica sociale* del signor Herbert Spencer» (la traduzione è tratta da O.W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, Milano, 1975, pp. 49 ss.). Interessante, in un *obiter dictum* della sentenza *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966), l'affermazione secondo la quale «We agree, of course, with Mr. Justice Holmes that the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment 'does not enact Mr. Herbert Spencer's Social Statics'» (*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75)».

In verità, Holmes non sembra contestare in sé la teoria della *liberty of contract* con cui solennemente si apre l'opinione della Corte nella sentenza *Lochner* redatta dal giudice Peckham. E, per quanto sensibile al rilievo del principio maggioritario e cauto nei confronti degli eccessi dell'attivismo giudiziale, Holmes non ritiene di certo che la Corte dovrebbe consentire ogni tipo di attività al potere legislativo. Tale implicazione emergerà chiaramente nella sentenza *Pennsylvania Coal Company v. Mahon*<sup>(137)</sup> del 1922 in cui verrà plasmato il nuovo concetto di «regulatory takings»<sup>(138)</sup> con cui, come noto, Holmes propone una nuova idea dei rapporti tra pubblico e privato, cercando di andare oltre le rigidità connaturate al *police power* e provando a instillare una teoria del bilanciamento nella giurisprudenza della Corte suprema in materia di libertà economiche, ispirata ad una regola generale, ma controllabile, di deferenza<sup>(139)</sup>.

Se, in questa prospettiva, si cerca allora di individuare i termini di una certa 'Costituzione economica' i cui dettami in senso prescrittivo sarebbero venuti meno con il *New Deal*, occorre, ancora una volta, ripercorrere in modo unitario il periodo storico che va dalla c.d. *Gilded Age*, in cui è ancora forte il retaggio dell'individualismo jeffersoniano che caratterizza gli anni della frontiera, fino agli anni delle riforme rooseveltiane.

In effetti, in un lasso di tempo di grande crescita economica, la Corte, offrendo una interpretazione restrittiva del *police power*, ha imposto prima la libertà di contratto come dogma costituzionale

---

<sup>(137)</sup> 260 U.S. 393 (1922) su cui, da una prospettiva liberale, cfr. B.H. SIEGAN, *Property and Freedom. The Constitution, the Courts and Land-Use Regulation*, New Brunswick, 1997, pp. 84 ss. In essa, il giudice Holmes proporrà una visione forte della tutela dei diritti di proprietà che, pur ammettendo il potere di regolare, lo assoggetta a limiti e regole procedurali. Il giudice Brandeis in questa decisione ha scritto un'opinione dissenziente considerando invece nei limiti del *police power* la legge impugnata.

<sup>(138)</sup> Per cui «The general rule, at least, is that, while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far, it will be recognized as a taking» (260 U.S. 393 (1922), 415).

<sup>(139)</sup> Sulla complessità del pensiero del giudice Holmes cfr. *supra* nota (104).

derivandola dal XIV emendamento<sup>(140)</sup>, per poi, in particolare in coincidenza delle trasformazioni del federalismo che hanno segnato il passaggio da una «costituzione dei diritti» ad una «costituzione dei poteri»<sup>(141)</sup>, approdare al superamento del controllo stretto con riferimento alle libertà economiche<sup>(142)</sup>. In un primo tempo, le aperture all'attivismo giudiziale e, più nello specifico, le *opinions* del giudice Field, nominato da Lincoln ma di estrazione democratica, e del giudice Bradley, su cui poi si basò la dottrina del *substantive due process* e quindi della *liberty of contract*, sembravano coerenti con il processo di superamento della tradizionale concezione del federalismo duale che consentiva un interventismo statale molto pervicace e che aveva favorito la creazione di aree di monopolio molto penetranti. Usare il XIV emendamento come avevano proposto Field e Bradley nella decisione sugli *Slaughter-House Cases* e poi ancora in *Munn v. Illinois*, infatti, avrebbe prima di tutto delimitato l'intervento in economia da parte del potere pubblico statale, ridefinendo i confini del *police power* a favore di un'espansione dei diritti dei singoli, in un'epoca in cui le relazioni industriali e il tema della giustizia sociale sembravano ancora in gran parte inesplorati. In questo senso, si spiega la reazione dei progressisti che, in polemica con le diseguaglianze che sempre più chiaramente andavano definendosi, in una fase successiva, ormai a cavallo tra Ottocento e Novecento, avrebbero sollevato il tema della giustizia sociale e della regolazione del mercato, favorendo un interventismo sempre più penetrante della Federazione.

È solo questione di tempo prima che, una volta affermatasi una difesa forte dei diritti, che peraltro la *Reconstruction* impone

---

<sup>(140)</sup> Il riferimento è in particolare alle sentenze *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897); *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905); *Adair v. United States* 208 U.S. 161 (1908).

<sup>(141)</sup> Così E.S. CORWIN, *The Passing of Dual Federalism*, in *Virginia Law Review*, 1950, pp. 1 ss., p. 2.

<sup>(142)</sup> Tradizionalmente fatto risalire alla sentenza *United States v. Carolene Products* 304 U.S. 144 (1938).

come premessa per una nuova Unione con l'obiettivo di superare precedenti come *Barron* e l'interpretazione per cui il *Bill of Rights* si applicherebbe solo alla Federazione<sup>(143)</sup>, le fila del dibattito in materia di libertà economiche si leghino con i temi del federalismo. Da questo punto di vista, la Guerra civile americana fu, del resto, un evento traumatico per gli Stati Uniti, rappresentando il catalizzatore dello scontro tra due diverse concezioni del mondo risalenti a Jefferson e Hamilton che non si limitava alla tematica della schiavitù, ma si estendeva a una serie di nodi irrisolti che si trascinarono dalla Dichiarazione di Indipendenza. Tra questi, rilievo dirimente avevano la concezione del rapporto tra Federazione e Stati e l'idea di individuo nella società. Gli emendamenti della *Reconstruction*, dal XIII al XV, ratificati dopo la fine della Guerra in momenti diversi, rappresentarono il primo risultato di questo sforzo di unità<sup>(144)</sup>.

Quanto al mito per cui sarebbe esistita un'epoca in cui era del tutto assente qualsiasi forma di intervento in economia che una massiccia regolazione pubblica avrebbe poi tradito non va sottovalutato, come invece sembra fare Epstein nel suo *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain*<sup>(145)</sup>, che almeno a livello statale, la realtà fosse ben lontana dai dogmi del *laissez-faire*. Moltissime norme, infatti, limitavano ampiamente i diritti di proprietà dei cittadini in nome del *police power*. A questa legislazione però non si applicavano, in virtù della giurisprudenza della stessa Corte supre-

<sup>(143)</sup> A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, cit., pp. 3 ss. La sentenza *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, 32 U.S. 7 Pet. 243 243 (1833), sull'applicabilità del V emendamento agli Stati, stabilì che quest'ultimo trovasse applicazione solo nei confronti della Federazione.

<sup>(144)</sup> Sul concetto di *Reconstruction* come fondamentale momento costituzionale statunitense cfr. almeno B. ACKERMAN, *We the people. Foundations*, cit., pp. 44 ss.; A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, cit., spec. pp. 137 ss.; ma anche J.M. BALKIN, *The Reconstruction Power*, in *NYULR*, 2010, pp. 1801 ss.

<sup>(145)</sup> R.A. EPSTEIN, *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, Massachussetts & London, England, 1985, spec. pp. 108, dove si legge che l'utilizzo del *police power*, strettamente legato al concetto di sovranità, sarebbe del tutto compatibile con le teorie di Locke alla luce del fatto che questo può essere invocato solo per garantire pace e sicurezza.

ma già ricordata, gli emendamenti della Costituzione che vincolavano solo la Federazione<sup>(146)</sup>.

In questo quadro, quando ormai è esaurita la terra libera a Occidente e la regolazione degli Stati sembra frenare la capacità espansiva in campo economico della Federazione nel suo complesso, la *due process clause* si conferma una clausola di «convenient vagueness»<sup>(147)</sup>. Essa iniziò in quel momento a rappresentare il perno di un'attività interpretativa che avrebbe portato effettivamente le Corti all'attacco della legislazione introdotta, prima a livello statale e poi a livello federale, in nome di principi giuridici ed economici non sempre pacifici<sup>(148)</sup>, tanto da accendere, in pochi anni, una battaglia nei confronti del potere giudiziario che si concentrò sull'istituto del *recall*<sup>(149)</sup>.

Alla luce di quanto sostenuto, può essere inquadrato il dibattito sulla c.d. *neutrality* delle decisioni in ambito economico. Garantire una presunta neutralità nelle relazioni contrattuali tra le parti, indipendentemente dai reali rapporti di forza, avrebbe infatti rappresentato l'obiettivo della giurisprudenza della Corte di quegli

---

<sup>(146)</sup> Cfr. W. NOVAK, *The People's Welfare*, cit., spec. pp. 42 ss., dove si legge che negli Stati Uniti dell'Ottocento, di fatto, prevaleva l'idea di una «Well-Regulated Society» basata su due principi fondamentali, quello del *sic utere tuo* e del *salus populi*, da cui derivava una serie vastissima di limitazioni al diritto di proprietà, che era considerato, così come anche la libertà di contrarre (p. 47), relativo e del tutto regolabile, in un contesto in cui, piuttosto, «all private rights and individual interests were subject and relative to overriding public concern for the people's survival and security» e in cui «one could exercise rights of property and liberty, provided they did not endanger the public safety» (p. 53). Cfr. anche M. LES BENEDICT, *Laissez-faire and Liberty: A Re-Evaluation of the Meaning and Origins of Laissez-faire Constitutionalism*, cit., p. 293.

<sup>(147)</sup> C.M. HOUGH, *Due Process of Law - To-Day*, in *Harv. L. Rev.*, 1919, pp. 218 ss.; sul punto cfr. anche J.M. BALKIN, *Living Originalism*, cit., pp. 244 ss.

<sup>(148)</sup> Cfr. F. DOBYNS, *Justice Holmes and the Fourteenth Amendment*, cit., p. 87.

<sup>(149)</sup> Cfr. sul punto E. LAMBERT, *Il governo dei giudici*, cit., pp. 84 ss. In alcune Costituzioni statali (i.e. California), nel corso degli anni Dieci, tale istituto fu anche introdotto e, secondo l'Autore, anche se nel complesso furono casi isolati, le posizioni dei giudici agitarono l'opinione pubblica al punto di diffondere largamente l'idea di introdurre il *recall* dei giudici eletti. Su questa possibilità si espresse, in senso negativo e con grande vigore, il Presidente Taft in un messaggio di veto sulle leggi del Congresso di ammissione all'Unione dell'Arizona e del New Messico, perché nella Costituzione dell'Arizona era presente il *recall* per i giudici. Sulla vicenda ora A. BURATTI, *Veti presidenziali. Presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*, Roma, 2012, spec. pp. 87 ss.

anni in attuazione del dettato prescrittivo della ‘Costituzione economica’ statunitense. In questa prospettiva, secondo la teoria della *neutrality*, per quanto i rapporti tra economia e politica nel corso del Diciannovesimo secolo e all’inizio del Ventesimo non possano essere interpretati esclusivamente con riferimento al c.d. *laissez-faire constitutionalism*, il non intervento dei poteri pubblici avrebbe garantito la piena libertà contrattuale delle parti. In merito, però, un celebre lavoro di Wechsler, nell’affrontare il problema della legittimazione della giustizia costituzionale negli Stati Uniti<sup>(150)</sup>, sviluppava il tema dell’approccio neutrale della Corte suprema, esemplificandolo con molti riferimenti proprio al tema delle libertà economiche<sup>(151)</sup>. Affermando che la Corte non può essere un «naked power organ», l’Autore denunciava per converso come negli anni della *Lochner Era* i giudici avrebbero dato vita a una giurisprudenza «strikingly deficient in neutrality»<sup>(152)</sup>. Wechsler sollevava dunque molte perplessità circa il significato reale del termine *neutrality*, interpretato spesso in modo contraddittorio e che, da un lato, favoriva il mantenimento di un ordine ispirato in buona misura ai principi del c.d. *laissez-faire* a danno dei lavoratori e, dall’altro, invece, riconosceva spazi di regolazione in favore del mercato, vedendo nello sforzo di limitazione dei *trusts* la condizione che avrebbe in concreto reso possibile la libertà di concorrere<sup>(153)</sup>.

In proposito è possibile fare un ultimo riferimento al dibattito tra Cushman e Gillman che, in particolare, hanno dato letture divergenti della già richiamata sentenza *West Coast Hotel v. Parrish*.

---

<sup>(150)</sup> Problemi di vasta portata su cui è necessario il rinvio almeno a A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Ann Arbor, 1986; J.H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, cit., pp. 3 ss. Sul dibattito in merito alla legittimazione della giustizia costituzionale negli Stati Uniti cfr. C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte suprema*, in *Riv. dir. costit.*, 2008, pp. 3 ss.

<sup>(151)</sup> H. WECHSLER, *Towards neutral Principles of constitutional Law*, in *Harv. L. Rev.*, 1959, pp. 1 ss.

<sup>(152)</sup> H. WECHSLER, *Towards neutral Principles of constitutional Law*, cit., per le citazioni cfr., rispettivamente, p. 19 e p. 23.

<sup>(153)</sup> H. WECHSLER, *Towards neutral Principles of constitutional Law*, cit., pp. 23 ss.

L'analisi di Gillman, di ispirazione progressista, è volta a dimostrare come alla base della svolta giurisprudenziale vi sarebbe un'apertura alle teorie della *class legislation* dando così «fresh consideration' to the question of police power»<sup>(154)</sup>. La critica mossa da Cushman è invece che la Corte suprema avrebbe sempre ammesso la non-neutralità come una via percorribile in tutti quei casi in cui il *business* fosse connesso con un interesse pubblico. Sostenendo, pertanto, che la principale innovazione sarebbe rinvenibile nell'abbandono della precedente concezione di separatezza tra pubblico e privato da parte delle Corti, nel nuovo contesto l'estensione della legislazione sociale anche ai lavoratori sarebbe del tutto compatibile con una idea di neutralità alla luce del fatto che ogni attività commerciale può avere dei profili di interesse pubblico<sup>(155)</sup>.

In questo senso, non pare agevole parlare in termini univoci di questa fase storica con riferimento alla eventualità di individuare una certa 'Costituzione economica' in termini prescrittivi, essendo piuttosto opportuno parlare di un ordine materiale dell'economia che in concreto la Corte suprema contribuiva a plasmare con le sue decisioni e che avrebbe però infine anche aiutato a superare i tratti più marcati del *dual federalism*. Se la Corte suprema ha in molte decisioni optato per interpretazioni tali da disapplicare la legislazione federale e statale di tipo sociale, come la disciplina in materia di salari minimi, o quella volta a regolare il mercato, come nel caso del lavoro minorile, infatti, ciò è in gran parte avvenuto sulla base di interpretazioni del *due process*, del *police power* statale e della *commerce clause* che erano in via di trasformazione e che dovevano trovare una nuova dimensione applicativa alla luce delle radicali trasformazioni che in quegli anni furono impresse alla società statunitense dal nuovo industrialismo. Un'intensa attività da parte del potere politico avrebbe ben presto influenzato, però, ricevendone

---

<sup>(154)</sup> H. GILLMAN, *The Constitution Besieged*, cit., p. 200.

<sup>(155)</sup> Cfr. per la critica a Gillman, B. CUSHMAN, *Rethinking the New Deal. The Structure of a Constitutional Revolution*, cit., pp. 88 ss.

un pieno riconoscimento, anche il potere giurisdizionale, che avrebbe consentito una riemersione sia dell'attività statale, nei limiti di quanto ritenuto di sua competenza ai sensi della nuova interpretazione della *commerce clause*, sia, in special modo, della regolazione federale.

7. *Il New Deal come rivoluzione costituzionale?* – Un'ultima questione che merita di essere almeno accennata concerne i termini di un recente dibattito che ha avuto ad oggetto il rilievo costituzionale del *New Deal* e che si è, per un verso, concentrato sulla capacità di resistenza dei suoi principi nel contesto attuale e, per altro, sul suo significato storico. Il quadro costituzionale è del resto ampiamente mutato rispetto alla fine dell'Ottocento: sono ormai venuti meno gran parte dei limiti al potere di regolare il commercio interstatale, che tende sempre più a coincidere con «il potere di regolare 'l'economia nazionale'» e non solo<sup>(156)</sup>; è caduta la rigida distinzione tra pubblico e privato; si sono ampliati i poteri della Federazione e degli Stati, nei limiti in cui ciò non confligga con ambiti di intervento federali, a tutto quel che astrattamente è congiunto con il «public interest» e, infine, si è affermata una presunzione di legittimità costituzionale nei confronti della legislazione nel campo dei diritti socio-economici.

È in questo quadro che occorre ragionare sul *New Deal* come trasformazione costituzionale, al fine di valutare in che misura sia possibile individuare un odierno arretramento o una possibile torsione delle conquiste di questa epoca storica, a partire almeno dalla lunga Presidenza del *Chief Justice* Rehnquist e in ragione della emersione, in particolare, della c.d. dottrina del *New Federalism*<sup>(157)</sup>.

---

<sup>(156)</sup> Così R.L. STERN, *The Commerce Clause and the National Economy, 1933-1946. Part Two*, in *Harv. L. Rev.*, 1946, pp. 883 ss., p. 945; t.d.a.

<sup>(157)</sup> Cfr. in merito l'analisi di G. BUTTÀ, *Presentazione*, in *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, Milano, 2008, spec. pp. XLI ss., che mette in luce come le sentenze della Corte guidata dal *Chief Justice* Rehnquist, lungi dall'imporre un radicale ripensamento delle conquiste del *New Deal*, ne hanno però senza dubbio prodotto un qualche temperamento. E infatti, si legge, «la posizione di Rehnquist sulle relazioni federali del-

Molte sono le voci, del resto, che si sono confrontate su questo punto da prospettive culturali diverse. In merito, uno dei più fieri oppositori dello spirito costituzionalistico emerso negli anni del *New Deal* è senz'altro Richard Epstein. In un suo lavoro, intitolato evocativamente *The Mistakes of 1937*, due sono nello specifico le critiche che vengono mosse alla Corte suprema che infine cedette al piano di riforme voluto dal Presidente Roosevelt: aver inciso sui principi del federalismo e sulle libertà economiche, modificando l'interpretazione della *commerce clause* e del principio del *substantive due process*<sup>(158)</sup>. Tuttavia, è nel suo lavoro più celebre che Epstein attacca aspramente quel periodo storico e la concezione della Costituzione impostasi nello spirito di quel tempo. Nel già citato *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain*, infatti, lo studioso – vicino alla scuola di Chicago – contesta il pericolo insito nell'abbandono delle categorie storiche, risalenti al diritto naturale e alla *common law* della proprietà e delle libertà economiche, con il congedo della Corte suprema dallo *strict scrutiny* in questi ambiti<sup>(159)</sup>.

Per quanto nella loro radicalità queste tesi non abbiano ricevuto certo un pieno riconoscimento, oggi un bilancio sull'eredità costituzionale del *New Deal* appare tutt'altro che univoco, come

---

l'Unione va vista alla luce di questa larga 'forbice' interpretativa: essa non indica il preciso programma di 'liberare gli Stati dalle restrizioni imposte dalla Costituzione nazionale, soprattutto quelle derivanti dagli Emendamenti della Guerra civile e dal *Bill of Rights*', bensì appunto, quello della ricerca equilibrata di un bilanciamento tra i poteri divisi, tra gli Stati e l'Unione, nel rispetto della Costituzione» (p. XLIX). Approfondisce il ruolo della Corte Rehnquist D.F.B. TUCKER, *The Rehnquist Court and Civil Rights*, Dartmouth, 1995; in merito, cfr. anche D.G. SAVAGE, *Turning Right. The Making of the Rehnquist Court*, New York, 1992. Con riferimento alle trasformazioni istituzionali del federalismo fino alla Presidenza Reagan, cfr. T. CONLAN, *New Federalism. Intergovernmental Reform from Nixon to Reagan*, Washington, 1988. Di recente, con riferimento ai caratteri del *New Federalism*, cfr. A. PIN, *La sovranità in America*, Padova, 2012, pp. 65 ss. Cfr. anche il lungo lavoro di L.D. KRAMER, *Foreword: We the Court*, in *Harv. L. Rev.*, 2001, pp. 5 ss., dove si sostiene che la Corte Rehnquist avrebbe tentato di superare l'equilibrio assestatosi con il *New Deal* «not because it has a better or more sensible one in mind, but because this Court sees no need to accommodate the political branches at all» (p. 14; spec. pp. 128 ss.).

<sup>(158)</sup> R.A. EPSTEIN, *The Mistakes of 1937*, in *Geo. Mason U. L. Rev.*, 1988, pp. 5 ss.

<sup>(159)</sup> R.A. EPSTEIN, *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain*, cit., pp. 3 ss.

emerge anche da alcune delle decisioni più controverse degli ultimi anni, come *Sebelius* e la successiva *King v. Burwell* in merito alla riforma sanitaria voluta dal Presidente Obama<sup>(160)</sup>, o, per converso, da quelle riflessioni che, forse temendo ulteriori arretramenti, hanno cercato di estendere la portata rivoluzionaria del *New Deal* anche alle riforme degli anni Sessanta in tema di diritti civili<sup>(161)</sup>. Ed è però tutta la ricostruzione ackermaniana del ‘momento costituzionale’ che pare ormai piuttosto indebolita, persino nella dottrina *liberal* rappresentata da autori Balkin, Tushnet e Sunstein, risentendo delle molteplici letture, come quelle di Barnett, Cushman e White, che tendono, sia pur con accenti diversi, a ridefinire l’impatto e il valore costituzionale del *New Deal*.

Con riferimento all’odierno rilievo della eredità costituzionale dello «switch in time» rooseveltiano, Tushnet, per esempio, sostiene che ormai viga un nuovo ordine costituzionale rispetto a quello impostosi con il *New Deal*. La promessa di favorire lo *human flourishing* continuerebbe però ad esistere: nel nuovo ordine costituzionale si deve garantire infatti una certa misura di interventi, ma la lotta alla povertà deve muoversi in primo luogo dando a tutti la possibilità di concorrere attivamente sul mercato. Nel darne una definizione, Tushnet propone di chiamare il nuovo ordine «moderate libertarianism»: il Governo, limitando il proprio intervento, deve comunque tendere a lasciare all’individuo la costruzione del suo benessere<sup>(162)</sup>. La teoria di Tushnet, dunque, è che lo spirito del *New Deal* sia ormai superato da un nuovo equilibrio, ma che in

---

<sup>(160)</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. (2012), e *King v. Burwell*, 576 U.S. (2015). Cfr. *infra* note (163) ss. Altra decisione in merito alla riforma Obama, che ha invece portato alla dichiarazione di incostituzionalità della disciplina che obbligava società e datori di lavoro a riconoscere alle loro dipendenti il diritto alla copertura assicurativa per alcuni contraccettivi, è stata la controversa *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. (2014).

<sup>(161)</sup> Il riferimento è naturalmente a B. ACKERMAN, *We the People. The Civil Rights Revolution*, Cambridge, London, 2014, che pare una aperta reazione alla decisione *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. (2013) sul *Voting Rights Act*.

<sup>(162)</sup> M. TUSHNET, *The New Constitutional Order*, cit., pp. 30 ss.

quest'ultimo permangano alcuni tratti del vecchio ordine tra cui la garanzia di alcuni programmi volti a tutelare qualità della vita e sicurezza sociale. Sembra così essere proposta una difesa minima dei principi del *New Deal*. Anche la Corte, del resto, nel nuovo quadro, avrebbe nuovamente mutato il suo ruolo. Oggi, infatti, la Corte suprema appare sempre più aperta a mettere in discussione alcune delle conquiste su cui si è costruito il cambio di giurisprudenza del *New Deal*. Ciò viene sottolineato soprattutto con riferimento alla forma di Stato, al federalismo e in materia di interpretazione della *commerce clause*<sup>(163)</sup>. E tale tendenza sembra in parte emergere, nel suo complesso, anche in quelle decisioni che, come detto, hanno confermato la legittimità della riforma sanitaria voluta dal Presidente Obama, da ultimo in *King v. Burwell*. Da queste sentenze, emblematicamente, per quanto esse siano senza dubbio collegate con lo spirito del *New Deal*<sup>(164)</sup> e siano da alcuni in tal senso considerate come un rafforzamento di quello che è stato definito il 'Social Contract' statunitense<sup>(165)</sup>, emergono una serie di cautele e di riserve che in particolare hanno lasciato una traccia evidente nell'opinione della maggioranza nella sentenza *Sebelius*<sup>(166)</sup>.

---

<sup>(163)</sup> M. TUSHNET, *The New Constitutional Order*, cit., pp. 35 ss. È noto infatti che a partire da qualche anno sia in atto, anche a livello giurisprudenziale (in particolare il riferimento è a *Lopez v. New York*, 514 U.S. 549 del 1995 e *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 del 2000), un lento ripensamento della giurisprudenza del *New Deal* in materia di *commerce clause*, da ultimo, emerso anche nella sentenza del 2012 *National Federation of Independent Business v. Sebelius*.

<sup>(164)</sup> Cfr. sul punto S.H. DUGGIN, *From the New Deal to the New Healthcare: A New Deal Perspective on King v. Burwell and the Crusade Against the Affordable Care Act*, in *University of Miami Business Law Rev.*, 2015, pp. 317 ss.

<sup>(165)</sup> Cfr. J.M. BALKIN, *The Courts Affirms our Social Contract*, in *www.theatlantic.com.*, 2012 e J.M. BALKIN, *The Supreme Court Reaffirms the Social Contracts: The ACA as a Framework Statute*, in *balkin.blogspot.it*, 2015, che appunto sostiene che questa decisione avrebbe reso la riforma Obama un *framework statute*.

<sup>(166)</sup> La sentenza *Sebelius*, infatti, pur confermando la disciplina della c.d. *Obamacare*, ha tuttavia ritenuto che non fosse rinvenibile la sua base legale nella *commerce clause* e che le previsioni concernenti le erogazioni dei finanziamenti integrassero una coercizione (sul caso cfr. C. BOLOGNA, *Il caso Sebelius sulla riforma sanitaria: il federalismo alla prova dell'accountability*, in *Quad. cost.*, 2013, pp. 371 ss.). Critici verso le contraddittorie – ma sufficienti per garantire l'operatività della legge – aperture della Corte nelle sentenze *Sebelius* e *King* sulla riforma sanitaria appaiono J.H. ADLER - M.F. CANNON, *King v. Burwell and*

Sunstein segue una via in parte diversa. Se Tushnet sembra cercare di conciliare gli eventi più recenti con i principi emersi con il *New Deal*, Sunstein parte dalla rivoluzione ‘incompiuta’ di Roosevelt. Si era promesso un secondo *Bill of Rights* in cui fossero protetti tra altri il diritto al lavoro, ad un’alimentazione adeguata, all’educazione e al riposo<sup>(167)</sup> che avrebbero dovuto garantire la libertà dal bisogno cui si era fatto cenno nel famoso discorso del 1941. Secondo Sunstein, questo secondo *Bill of Rights*, il cui obiettivo non è certo il perseguimento dell’uguaglianza, ma piuttosto di una vera libertà<sup>(168)</sup>, sarebbe oggi necessario perché più attuale è un eccessivo indebolimento di quei principi che erano alla base delle riforme di Roosevelt<sup>(169)</sup>.

Ma il dibattito più recente ha offerto anche un più complessivo ripensamento del *New Deal* in sé. Per esempio, contro l’idea sedimentatasi storicamente del *New Deal* come rivoluzione costituzionale in senso stretto si è recentemente espresso White che, nel suo lavoro, cerca di ridimensionare la carica innovativa di quel periodo storico<sup>(170)</sup>. Per quel che interessa questa analisi, anche White

---

*the Triumph of Selective Contextualism*, in *Cato Sup. Ct. Rev.*, 2014-2015, pp. 35 ss. Sul limite alla disciplina dei *grants in aid* e il tema della coercizione, cfr. J. KINCAID, *From Cooperative to Coercive Federalism*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1990, pp. 139 ss., spec. pp. 148 ss., e M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia: il judicial federalism negli Stati Uniti*, cit., pp. 180 ss. Il collegamento della recente giurisprudenza in materia di *commerce clause*, che sta lentamente ma con costanza ridefinendo alcuni presupposti della giurisprudenza della Corte del *New Deal*, con la giurisprudenza in materia di *spending power* emerge anche in L.A. BAKER, *Conditional federal spending after Lopez*, in *Colum. L. Rev.*, 1995, pp. 1911 ss.; L.A. BAKER, *Conditional Federal Spending and States’ Rights*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2001, pp. 104 ss.; e L.A. BAKER, *The Spending Power and the Federalist Revival*, in *Chapman Law Rev.*, 2001, pp. 195 ss. Rilevava che fosse proprio quello dello *spending power* uno degli ambiti ancora non toccati dalla recente tendenza a rivedere il tradizionale *self-restraint* in materia di federalismo anche C.R. MCCONVILLE, *Federal Funding Conditions: Bursting through the Dole Loopholes*, in *Chapman Law Rev.*, 2001, pp. 163 ss., 164.

<sup>(167)</sup> Sunstein in tutto ne riporta otto. Cfr. C.R. SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights*, cit., p. 13.

<sup>(168)</sup> C.R. SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights*, cit., p. 2.

<sup>(169)</sup> C.R. SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights*, cit., p. 3.

<sup>(170)</sup> G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, cit., pp. 1 ss.

concorda nel ritenere che quella fase certifichi il passaggio da un modello ad un altro<sup>(171)</sup>. In linea di massima, infatti, il modello economico dell'epoca *Lochner* sarebbe stato quello di una «libertà industriale gerarchica, personificata da un capitalismo industriale autoregolantesi»<sup>(172)</sup>. Il problema, però, una volta ammessa la trasformazione del vecchio ordine, verterebbe piuttosto sul tentativo di individuare gli spazi e le sinergie che può esprimere in positivo il 'nuovo'. Proprio partendo dal presupposto che debba ormai essere considerato pacifico che i primi esperimenti di regolazione sociale e del mercato, nonché le prime critiche alla ineguale ripartizione delle risorse, vadano necessariamente anticipati rispetto agli anni Trenta – periodo in cui il sistema ereditato dall'Ottocento arriva ormai al collasso<sup>(173)</sup> –, non si può non notare come sia difficile individuare i reali termini prescrittivi della 'Costituzione economica' che si sarebbe imposta con il *New Deal*. E, del resto, White non sembra voler svalutare la portata costituzionale del *New Deal*, quanto piuttosto mettere in discussione il fatto che le riforme rooseveltiane abbiano forgiato un nuovo quadro normativo costituzionale dell'economia contenutisticamente determinato, limitandosi semmai a plasmare un nuovo ordine economico vivente. Non viene contestato, infatti, che tra gli anni Trenta e Quaranta del Novecento vi sia stato un significativo cambiamento di giurisprudenza<sup>(174)</sup> – in particolare proprio in materia di *contract clause*<sup>(175)</sup>, *eminent domain*<sup>(176)</sup>, *due process*<sup>(177)</sup> e *commerce clause*<sup>(178)</sup> – ma viene

<sup>(171)</sup> G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, cit., p. 7.

<sup>(172)</sup> G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, cit., p. 7; t.d.a.

<sup>(173)</sup> G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, cit., p. 7.

<sup>(174)</sup> G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, cit., p. 199.

<sup>(175)</sup> *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934)

<sup>(176)</sup> Su cui cfr. in particolare la ricostruzione di M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960* (1992), cit., spec. pp. 261 ss.

<sup>(177)</sup> *Nebbia v. New York*, *Morehead v. New York*, 298 U.S. 587 (1936), in cui la Corte dichiara nuovamente incostituzionale una legge in materia di salario minimo, e, infine, *West Coast Hotel v. Parrish* dove tale lettura verrà definitivamente superata.

<sup>(178)</sup> *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin*, 301 U.S. 1 (1937).

messo in discussione che la causa che ha determinato tali inversioni di tendenza abbia portato alla introduzione di una vera e propria ‘Costituzione economica’ in senso prescrittivo. Inoltre, l’effetto pratico del mutamento della giurisprudenza in merito alle scelte di politica economica – lungi dall’essere una conseguenza delle minacce di Roosevelt e del suo *Court’s packing plan* – sarebbe da rinvenire in altre circostanze. Persino la decisione *West Coast v. Parrish* sarebbe stata emanata prima che tale piano fosse presentato, anche se dopo il suo annuncio<sup>(179)</sup>. Ricollegandosi alle tesi di Cushman, che vede nel superamento del dualismo pubblico-privato e della conseguente revisione del concetto di *police power* in *Nebbia* il momento in cui il vero cambiamento di giurisprudenza avrebbe avuto inizio<sup>(180)</sup>, come accennato, White tuttavia non nega che vi sia stata una sorta di ‘rivoluzione’ in quel periodo che avrebbe investito il ruolo dei giudici. Se in precedenza questi erano considerati custodi di principi costituzionali fondamentali, da allora, specialmente in materia economica, con la distinzione tra libertà socio-economiche e libertà politico-civili, essi si sarebbero trasformati in guardiani di un documento che deve garantire la sua capacità di adattarsi al tempo in cui si trova a operare<sup>(181)</sup>. Nel nuovo quadro, pertanto, la Costituzione andrebbe concepita come uno strumento che deve essere in grado di rispondere a continue sollecitazioni<sup>(182)</sup>. La Corte suprema avrebbe esplicitato tale orientamento nella decisione

---

<sup>(179)</sup> G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, cit., p. 201.

<sup>(180)</sup> Lo sostiene B. CUSHMAN, *Rethinking the New Deal Court: The Structure of a Constitutional Revolution*, cit., spec. pp. 72 ss.

<sup>(181)</sup> G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, cit., p. 205.

<sup>(182)</sup> Emblematico il già citato caso *Blaisdell* (cfr. *supra* nota 175) con cui si modificò l’interpretazione storica della *contract clause* avendo una legge dello Stato del Minnesota, sollecitato dalla ‘Grande Depressione’, di fatto allungato *ex lege* i tempi in cui i debitori avrebbero dovuto restituire soldi avuti in prestito intervenendo così su contratti siglati nel passato tra privati. Nella precedente interpretazione, proprio questo era l’ambito elettivo di applicazione dell’Art. 1 *Sec.* 10. La Corte suprema, tuttavia, riconobbe, facendo leva sul contesto storico in cui tale legislazione si inseriva, la necessità di tale disciplina se lo Stato agiva al fine di salvaguardare «the vital interests of its people». Cfr. sul punto G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, cit., pp. 211 ss.

*Carolene*: da allora, salve rare eccezioni, tale idea non sarebbe più nella sostanza mutata e i giudici conserverebbero un potere di intervento a chiusura del sistema, essendosi però privati di quella legittimazione che gli aveva consentito di intervenire nelle politiche economiche statali e federali, passando da un *guardian review* ad un *bifurcated review*<sup>(183)</sup>. Secondo White, la trasformazione costituzionale descritta avrebbe comportato, nel corso degli anni che qui interessano, un passaggio da una «versione ortodossa della protezione da una interferenza governativa tirannica e arbitraria a una visione moderna in cui l'attività del Governo avrebbe favorito maggiori opportunità economiche»<sup>(184)</sup>. E l'idea che fa da sfondo è che si sarebbe fraintesa la già richiamata *dissenting opinion* del giudice Holmes in *Lochner* il quale, lungi dal prefigurare una tutela depotenziata delle libertà economiche, invitava i suoi colleghi al *self-restraint*, ma pur sempre considerando necessario il ruolo di *guardian review* in capo alla Corte suprema<sup>(185)</sup>. In questo senso, in un quadro in cui cambia la dimensione di senso del principio di neutralità<sup>(186)</sup>, è stato denunciato financo un problema opposto, in quanto il diritto costituzionale rischierebbe di soffrire di un eccesso di «magrezza»<sup>(187)</sup>, particolarmente evidente con riferimento alle libertà economiche. A tal proposito, per esempio, Barnett propone di tornare ad una presunta 'Costituzione perduta' in cui la regola sia la presunzione di libertà e sia valorizzato maggiormente il IX emendamento<sup>(188)</sup>.

<sup>(183)</sup> Cfr. G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, cit., p. 245.

<sup>(184)</sup> G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, cit., p. 252; t.d.a.

<sup>(185)</sup> G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, cit., p. 248. Peraltro tale lettura delle idee di Holmes appare suffragata dalla citata sentenza *Pennsylvania Coal Company v. Mahon* in cui, nel creare la categoria dei c.d. *regulatory takings*, il giudice sembra piuttosto delineare un modo alternativo di bilanciare attività pubblica e interessi privati, dichiarando però alla fine l'incostituzionalità della legge. Cfr. *supra* note (137), (138) e (139).

<sup>(186)</sup> Come emerge dal lavoro di C.R. SUNSTEIN, *Lochner's Legacy*, in *Columbia Law Rev.*, 1987, pp. 873 ss.

<sup>(187)</sup> Così L.G. SAGER, *Justice in Plain Clothes: Reflections on the Thinness of Constitutional Law*, in *Nw. U. L. Rev.*, 1993-1994, pp. 410 ss.

<sup>(188)</sup> R.E. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty*,

In merito, la ricostruzione che offre Cushman nel suo *Rethinking the New Deal*, da ultimo, rievoca la giurisprudenza in materia di regolazione del mercato e di relazioni industriali nell'era *Lochner*, al fine di sostenere come la stessa giurisprudenza della Corte suprema fosse molto aperta nel riconoscere ampi spazi di intervento al potere pubblico proprio nell'area «affected with a public interest», escludendo ogni competenza però nel momento in cui la materia fosse considerata di interesse del tutto privato<sup>(189)</sup>. Con *Nebbia v. New York* nel 1934, come visto, cede l'astrazione che fa da premessa a tale distinzione. E il potere di regolazione e di intervento del pubblico si estende così al di là dei confini già tracciati in *Munn*, potendosi occupare, più in generale, di tutto ciò che sia collegato con l'obiettivo «di promuovere il *public welfare*»<sup>(190)</sup>. Nel momento in cui la distinzione pubblico-privato frana nella sua rigidità con *Nebbia*, è possibile «concettualizzare ciò che era previamente considerato solamente un'impresa privata come un'attività che incide su materie di interesse pubblico»<sup>(191)</sup>. Si legittima così, già nel 1934, l'intervento pubblico anche in una sfera precedentemente considerata di interesse meramente privatistico. In definitiva, nella lettura di Cushman, «la storia del *New Deal* [...] è [...] la più complessa vicenda di come un sistema strutturalmente indipendente di pensiero gradualmente giunse al collasso durante i primi quarant'anni del

---

cit., spec. pp. 224 ss., il quale però non arriva a negare qualsiasi potere di regolazione, anche per il tramite della *commerce clause*, contestando duramente la *footnote* quattro perché andrebbe a ledere i diritti «retained by the people» (IX emendamento; spec. pp. 274 ss.).

<sup>(189)</sup> In questa chiave sono lette molte sentenze in materia di regolazione dei salari e dei c.d. *yellow dog contracts* in cui il datore di lavoro imponeva al lavoratore di non iscriversi a nessun sindacato pena il licenziamento.

<sup>(190)</sup> 291 U.S. 537; t.d.a. Sul punto cfr. l'analisi di B. CUSHMAN, *Rethinking the New Deal. The Structure of a Constitutional Revolution*, cit., pp. 154 ss. E d'altronde anche la ricostruzione di Cushman, nel negare che *commerce clause* e *substantive due process* fossero meri strumenti di lotta di una Corte suprema retrograda e reazionaria, lega strettamente la concezione del federalismo duale e delle libertà economiche affermando come questi due ambiti, nella loro portata pratica, erano principalmente «two conceptual manifestations of a well-established, integrated vision of civic liberties» (pp. 139 s.).

<sup>(191)</sup> B. CUSHMAN, *Rethinking the New Deal. The Structure of a Constitutional Revolution*, cit., p. 155.

Ventesimo secolo e di come, in seguito, dopo che si dissolse quando si dimostrò del tutto inadeguato ad essere di qualsiasi utilità, esso fu abbandonato da una generazione di giuristi»<sup>(192)</sup>.

In conclusione, alla luce di quanto riferito, si intravede un quadro di insieme solo in parte contraddittorio in cui seppur, da un lato, possa sembrare ridimensionata la portata 'rivoluzionaria' del *New Deal*, dall'altro, esce in definitiva rafforzata la sua carica profondamente innovativa che è stata in grado di affermare un certo equilibrio costituzionale, favorendo il superamento di un precedente assetto rivelatosi inadeguato e ingiusto. E, pertanto, si può ritenere che le conquiste di quell'epoca, per quanto sotto pressione e chiamate a dimostrare di essere ancora idonee a rispondere ai dilemmi e alle sfide poste dall'economia contemporanea, non possano essere ingenuamente cancellate operando un non poi così semplice, ma sicuramente anacronistico, ritorno indietro nel tempo.

---

<sup>(192)</sup> B. CUSHMAN, *Rethinking the New Deal. The Structure of a Constitutional Revolution*, cit., p. 43.