

Tra «Liberty And Property» e «Regulation And Democracy». Il percorso giuridico-costituzionale del governo dell'economia negli Stati Uniti d'America, tra fine Ottocento e «early New Deal»

STEFANO MALPASSI

1. *L'inizio della fine: «new deal» vs. «old business».* Il “canto del pollo” del laissez-faire?

Il 31 maggio 1935 Franklin Delano Roosevelt, rivolgendosi ai giornalisti, ebbe a sostenere che gli Stati Uniti erano rimasti l'unico Paese al mondo a non avere risolto «that problem», quel problema. Non che non ci avessero provato. Al contrario, negli ultimi anni – da quando lo stesso Roosevelt aveva vinto la sua prima campagna presidenziale – il popolo americano aveva visto sorgere un vasto programma di riforme: un vero e proprio «New Deal for the American people» incaricato di risolvere la crisi economica mettendo mano proprio a quel problema, *that problem*.

Senza mai esplicitarlo, il presidente faceva riferimento al delicato tema dei rapporti tra Stato, società e mercato, troppo a lungo risolto secondo il principio della «non-interferenza» legittimato dal modello «semplice, troppo semplice» del di-

ritto e dell'economia liberale ottocentesca, e la cui crisi, adesso, si era definitivamente disvelata con la Grande depressione. Ciò che Roosevelt all'inizio del suo mandato aveva auspicato era stata, pertanto, la consacrazione (e costituzionalizzazione) di forme di intervento governativo in economia capaci di superare l'antico “mito” del «rugged individualism» che – sebbene avesse condotto gli Stati Uniti alla conquista della frontiera interna, prima, e del protagonismo internazionale, poi – appariva inadatto ad accompagnare il Paese fuori dalla crisi attuale.

Tuttavia, in quei giorni di maggio del 1935, e a soli due anni dall'insediamento e dall'avvio del programma *newdealista*, il suo tentativo sembrava essersi già arenato di fronte alla Corte Suprema rea – come continuava a ripetere un Roosevelt particolarmente alterato ai cronisti – di aver riportato indietro nel tempo gli Stati Uniti, di averli relegati «in the horse-and-buggy age»¹.



Il presidente Roosevelt firma l'atto costitutivo del Tennessee Valley Authority (TVA)

La sentenza *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States* (1935) aveva, di fatto, posto la parola "fine" all'esperienza della National Recovery Administration (NRA), un'agenzia federale incaricata di favorire l'autogoverno dell'industria e di regolare la concorrenza; un'agenzia creata dal National Industrial Recovery Act (NIRA) del 16 giugno 1933, che lo stesso Roosevelt ebbe enfaticamente a definire «il decreto di legge più importante e lungimirante che sia stato approvato dal Congresso americano»². Questa norma, approfittando delle contingenze emergenziali imposte dalla crisi economica in essere, aveva tentato di affrontare, a suo modo, tutti i principali

"nodi" che negli anni erano emersi nel dibattito giuridico d'oltreoceano intorno al problema dei rapporti tra pubblici poteri e attività economiche. Si trattava di interrogativi che hanno attraversato la storia giuridica americana in tutta la sua interezza – dall'indipendenza fino ai giorni nostri – in un processo evolutivo che ha avuto in alcune pronunce della Corte Suprema dei veri e propri *turning-points*.

È attraverso tali pronunce e i dibattiti che ne fecero da sfondo che proveremo a ripercorrere una vicenda, quella della regolazione del mercato, che, nel tempo, ha coinvolto e "sconvolto" alcuni capisaldi della tradizione giuridica americana, a par-

tire dal binomio «property and liberty», per giungere al principio dei «checks and balances» costituzionali, passando per la ricerca di conferme o alternative al principio, tanto economico quanto giuridico, del *laissez-faire*.

Si tratta di un processo, come si diceva, che copre un arco temporale estremamente lungo e che, probabilmente, parte dalla stessa nascita della Costituzione federale per arrivare fino ai giorni nostri ma che, proprio con la stagione del New Deal, raggiunge una peculiare definizione capace di dare ai rapporti tra Stato e mercato un assetto in grado di durare nel tempo³. Nel solco di quelle ricostruzioni storiografiche che, negli ultimi decenni, hanno ripensato le narrazioni della storia americana nel tornante tra fine Ottocento e inizio Novecento, una storia tradizionalmente inquadrata nel mito dell'individualismo, si tenterà di evidenziare alcune persistenze teoriche e, di contro, l'affermazione di teorizzazioni nuove che, da marginali ed eterodosse, finirono per rappresentare le fondamenta di quello che sarà il modello newdealista. Sebbene, infatti, il ruolo dello Stato sia stato a lungo posto al margine delle ricostruzioni storiografiche impegnate a ripercorrere lo sviluppo politico ed economico degli Stati Uniti perché ritenuto, di fatto, «"debole", eccezionale, arretrato»⁴, adesso – e come invece ben ripercorso in diverse occasioni da Raffaella Baritono – molti sono gli studi dedicati, invece, a rilevare «lo iato esistente fra realtà e percezione, fra la concretezza delle trasformazioni istituzionali e la persistenza di convinzioni che rimandano a una visione edenica di un'America senza stato»⁵.

Se si guarda soprattutto allo sviluppo delle scienze sociali americane tra fine Ot-

tocento e inizio Novecento, infatti, si nota che, pur dovendo «fare i conti con una retorica pubblica, prima ancora che con un impianto istituzionale, centrato sull'antistatalismo come cifra specifica dell'esperienza democratica statunitense»⁶, molte furono le correnti, teoriche e politiche, che si impegnarono a «ripensare» la statualità americana e il suo "peso" nei confronti dello sviluppo della società democratica e dell'economia di mercato.

In tale contesto, mentre gli scienziati sociali si interrogavano sul «power in action»⁷, i giuristi necessariamente dovevano fare i conti con la ricerca, non sempre agevole e non sempre desiderata, di una legittimazione teorico-costituzionale delle trasformazioni in atto, tanto sul piano delle istituzioni quanto su quello dei diritti individuali. Anche perché il "rischio", in molti casi, era di vedersi negate tali evoluzioni attraverso l'intervento del tradizionale contro-limite costituzionale al potere esecutivo: il ruolo svolto dalle corti, e dalla Corte Suprema in particolare, rappresenta quindi un versante d'indagine necessario a "misurare" la maturazione di una trasformazione che è, si pensa, non tanto e non solo politica, ma anche giuridico-costituzionale.

Non si può ignorare, certo, che lo sviluppo di nuove "scuole di pensiero" tanto politologiche quanto economiche abbiano influenzato lo stesso diritto, e che molte delle voci in senso lato giuridiche dei primi decenni del Novecento contribuirono allo sviluppo americano soprattutto in ruoli di policy-making: si tratta però, di un percorso evolutivo interconnesso, ove la rilevanza della teoria non necessariamente appare marginale rispetto alla prassi, come ultimamente hanno sottolineato anche alcuni storici del diritto d'oltreoceano come Herbert

Hovenkamp⁸. Ciò che si proverà qui a proporre, dunque, è il tentativo di mettere "in dialogo" l'evoluzione teorico-dottrinarie di alcuni istituti giuridici, come la proprietà e la libertà d'impresa, con due dimensioni diverse ed egualmente rilevanti: da un lato, l'emersione di nuove correnti tanto politiche quanto economiche e, dall'altro, la più "tipica" delle espressioni della giuridicità americana, ossia la giurisprudenza costituzionale.

È proprio ripercorrendo alcune sentenze della Corte Suprema che si tenterà, allora, di seguire il filo evolutivo del diritto di proprietà negli Stati Uniti e il legame che questo ha avuto con l'affermazione di un precipuo modello di capitalismo regolato americano: a partire dalla definizione di «business affected with public interest» del 1876, anche oltreoceano si assiste a una progressiva de-mitizzazione dell'inviolabilità della proprietà che consente di recidene i legami "assoluti" con la libertà individuale e crearne di nuovi, invece, con gli interessi pubblici o, più in generale, sociali. Ed è un modello di capitalismo regolato che, si pensa, vede proprio nella sentenza Schechter con cui si sono aperte queste pagine, un nodo cruciale: qui, infatti, sembrano trovare, al contempo, inizio e fine i molti e diversi processi di composizione del «problema» della regolazione giuridica del mercato. Si tratta, del resto, di un tema che, nel tempo, aveva dimostrato di essere in maniera sempre più evidente non solo, e non tanto, una questione di libertà economiche ma anche il fulcro attorno a cui far ruotare l'attuazione della Costituzione e, conseguentemente, la democrazia americana.

Lo stesso NIRA non rappresentava una normativa immaginata per imporre di-

rettamente limiti o condizioni al diritto di proprietà e alla libera iniziativa economica: la prima parte della norma, dedicata allo «Industrial Recovery», aveva previsto, infatti, la possibilità per produttori e commercianti di sottoscrivere dei «Codes of fair competition» deputati a stabilire (con efficacia *erga omnes*) gli *standards* della produzione e dei prezzi di un determinato settore, sospendendo per questi, di conseguenza, le disposizioni antitrust e prevenendo sanzioni in caso di inadempienza. Tali codici – redatti dalle associazioni, approvati dal Presidente, e "governati" dalla neonata NRA – sollevavano quindi non poche questioni di legittimità costituzionale, in particolare in relazione alla prevista delega di potestà normativa a soggetti diversi dal Congresso⁹. Pur non potendo qui offrire un'accurata analisi di questa e delle altre e diverse soluzioni immaginate dal «brain trust» di Roosevelt, e che rappresentarono la complessa risposta americana alla Grande depressione, non si può tuttavia non evidenziare come, nel dichiarare incostituzionale il NIRA, la Corte non stesse semplicemente invalidando delle limitazioni imposte, nel caso di specie, al commercio del pollame; al contrario, questa rappresentava soprattutto l'occasione per impedire l'affermarsi di un precipuo modello di regolazione del mercato e con esso di composizione degli interessi democratici, astrattamente e pericolosamente contrario agli equilibri repubblicani¹⁰.

Eppure, quando si guarda a questa sentenza così iconica della vicenda del New Deal, e più in generale della storia giuridica americana, si corre il rischio di cadere troppo facilmente in una duplice semplificazione: molto spesso, infatti, si è ritenuto tale pronuncia una prova della immutabili-

tà della cultura del *laissez-faire* nel pensiero giuridico americano e con essa l'impossibilità per Roosevelt di imporre le proprie velleità di riforma; per di più e al contempo, troppa attenzione è stata a lungo posta sulla dimensione politica di tale pronuncia, a tutto discapito del suo "peso" giuridico-culturale.

Così, a rilevare è stata soprattutto l'apparente e conseguente marginalizzazione degli esperimenti più "arditi" di quello che poi la storiografia ha definito «early New Deal»; e se persino l'intenzione bellicosa di Roosevelt di procedere a una completa riorganizzazione della composizione della Corte Suprema (il famoso «court-packing plan») svanì nel giro di poco tempo, si poteva facilmente concludere che, infine, «i new dealers scelsero di ridimensionare le proprie ambizioni politiche; alla fine, tra le molte *American ways* possibili, optarono per una delle tradizionali»¹¹.

Osservare il terreno "storico" ove affonda le radici la lunga e complessa evoluzione del rapporto tra pubblici poteri e iniziativa economica che qui trovava (una) risposta, permette, invece, di far emergere una complessità che rende, al contrario, impossibile ridurre tale sentenza a queste "semplici" conclusioni. Da un lato, si vedrà, infatti, come non vi sia stato nella storia giuridica degli Stati Uniti un momento in cui ai pubblici poteri fosse effettivamente vietata qualsiasi forma (per quanto limitata) di intervento sul mercato, in cui al modello teorico di *laissez-faire* corrispondesse, cioè, un assetto istituzionale tale da garantire la completa astensione dello Stato nei confronti delle libertà economiche dei privati. Dall'altro, ripercorrendo nell'arco di oltre mezzo secolo l'evoluzione teorica e giurisprudenziale di quest'ultime, si no-

terà come neppure la stessa Corte del 1935 potesse immaginarsi (e, per molti dei suoi membri, neppure auspicarsi) di arrestare con la propria pronuncia un più ampio ripensamento dei "confini" giuridici della proprietà e della libera iniziativa economica.

Si trattava di un percorso già intrapreso da tempo e capace, invero, di condurre proprio a quel crocevia costituzionale che permetterà anche allo stesso «late New Deal» di far fronte con successo alle esigenze imposte dalle trasformazioni sociali e dalla crisi coeva. È solo raggiungendo tale comprensione che, allora, la sentenza Schechter può davvero ben simboleggiare l'inizio e la fine di quei molti sentieri che – fin lì e da lì – si dipanano nella storia giuridica americana.

2. «Putting up new wine in old bottles»: la proprietà tra tradizioni e tradimenti

Il diritto di proprietà rappresenta uno degli elementi più caratterizzanti del patrimonio genetico degli Stati Uniti d'America; e lo è sin dalla loro Dichiarazione d'indipendenza indubbiamente influenzata dal pensiero lockiano che poneva la proprietà tra i diritti naturali e inalienabili dell'uomo, fino a farne il protagonista assoluto poiché legato "a doppio filo" a quella libertà (non solo politica, ma anche economica) cui i coloni aspiravano¹². La tutela della proprietà, pertanto, costituiva un principio presente nel discorso giuridico americano ben da prima che vedessero la luce la stessa Costituzione federale e il Bill of rights: era tuttavia qui, nel V Emendamento, che la tutela di tale diritto trovava una propria sanzione costi-

tuzionale laddove si riconosceva la garanzia dell'individuo di fronte agli arbitrii dei pubblici poteri attraverso la formula del «due processo of law»¹³.

Dopo la stesura e la ratifica della costituzione federale, la proprietà divenne costituzionalmente salvaguardata da qualsiasi intervento del governo federale, rappresentando il diritto inalienabile e individuale per eccellenza; al contempo però, essa continuava a essere in qualche modo regolata nei singoli stati membri, dotati di un peculiare quanto indefinito «police power»¹⁴. Si trattava per lo più di una regolazione limitata e circoscritta, rispondente a determinate esigenze di tutela e che pertanto sollevava solo marginalmente questioni costituzionali (soprattutto di contrasto con le competenze federali) mentre, per la maggior parte dei casi, esso veniva ritenuto legittimo in quanto capace di prevenire comportamenti individuali contrari all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica, formule tipiche dell'epoca e ancora ben ancorate ai principi individualistici esaltati dalla Rivoluzione.

Un intervento incapace, insomma, di mettere in pericolo lo *status quo* proprietario delle élites americane o di realizzare una qualche redistribuzione della ricchezza tra la popolazione bensì incaricato di tutelare quel benessere pubblico per lo più integralmente coincidente con l'interesse, appunto, dell'individuo-proprietario in una realtà economica ancora estremamente "semplice". A inizio Ottocento nelle ex colonie vigeva, infatti, «an economic order dominated by localism», una dimensione che non richiedeva neppure complesse teorizzazioni economiche: «prior to the mid-nineteenth century» – ha osservato argutamente Tony Freyer – «the typical

American did not live in an ideal competitive world guided by Adam Smith's Invisible Hand»¹⁵.

Fu tuttavia nel campo giuridico che crescente attenzione venne posta sulla non-interferenza tra pubblici poteri e proprietà privata a livello federale: una voce rilevante quanto autorevole fu quella di John Marshall che, approfittando anche del suo ruolo di giudice costituzionale, riuscì ad affermare il proprio credo individualistico sottolineando la centralità affidata alla «commerce clause» nella tutela della proprietà, creando un vero e proprio «link between capitalism and constitutionalism»¹⁶.

Questa clausola costituzionale¹⁷ che (assieme alla «general welfare-clause») attribuisce al Congresso federale la competenza a legiferare in materia di commercio tra Stati (membri) e con gli Stati (esteri) per assicurare un – non maggiormente specificato dal testo costituzionale – «benessere della nazione», è stata fin dalle origini terreno di scontro tra coloro che, da un lato, sostenevano la portata esclusiva di tale competenza e chi, dall'altro, riteneva preminente la natura concorrente della «commerce clause», garantendo così ai singoli stati membri di intervenire in tutti quei settori non direttamente interessati dalla normativa federale. Estenderne la portata permetteva, quindi, di "indebolire" le limitazioni alla proprietà che la legislazione statale poteva realizzare, favorendo di contro lo sviluppo di una "nuova" competenza federale in materia di commercio e produzione: una competenza ritenuta capace, al momento, di garantire il modello individualistico (e di *laissez-faire*).

È anche la presenza di un tale dibattito già alle origini del XIX secolo che ci impone, allora, di riconsiderare, per lo meno in

parte, il “mito” del liberalismo americano “puro” delle origini: mentre il modello lockiano fu certamente presente e determinante nel definire i confini giuridici della nuova realtà americana, esso tuttavia fu soprattutto un germe teorico capace di “lievitare” progressivamente grazie a interpretazioni successive e (paradossalmente) sempre più centraliste. Interpretazioni e teorizzazioni che cominciarono a mettere in discussione anche quelle forme di intervento statale originariamente riconosciute e ammesse dai *framers*: l’approccio pratico e hamiltoniano di molti tra i «padri fondatori» non poteva non tenere in considerazione, infatti, la rilevanza del ruolo svolto dai pubblici poteri nello sviluppo economico del Paese, pur trattandosi – ed è bene chiarirlo fin d’ora – di un intervento decisamente diverso per forme e dimensioni rispetto alla regolazione del mercato che si consacrerà nel corso del Novecento¹⁸.

Di conseguenza, anche l’interpretazione della «due process clause» subì, fin da inizio secolo, un’evoluzione capace di rafforzare il legame esistente tra proprietà privata e la sfera delle libertà personali: l’intangibilità della proprietà rappresentò, allora, il principale contro-limite alle potestà normative e regolative federali, e la proprietà divenne, di fatto, il vero fulcro costituzionale dell’individualismo¹⁹. Così, nel corso dell’Ottocento, seppur «il sistema di common law contemplava certamente dei limiti al libero uso della proprietà e dell’autonomia negoziale», l’affermarsi dell’individualismo e il conseguente ruolo assunto dalla «due process clause» quale tutela nei confronti di tale impostazione teorica, imponeva alla Corte suprema una «guardia severissima, affinché in pratica le nuove eventuali restrizioni di quelle fa-

coltà e in genere qualsiasi intervento statale diretto a modificare le strutture del mondo dell’economia fossero contenuti entro margini molto ridotti»²⁰; una «guardia» che divenne sempre più stringente dopo l’emanazione del XIV Emendamento che – pur nascendo con l’intenzione di estendere i diritti civili in conseguenza alla guerra civile e all’abolizione della schiavitù²¹ – finiva per rafforzare nuovamente il legame tra libertà e proprietà, garantendo ora a ogni cittadino la tutela giurisdizionale anche in relazione agli “attacchi” mossi anche dalla legislazione statale²².

La possibilità di procedere a una regolazione delle attività economiche e, quindi, a forme di limitazione della proprietà privata appariva sempre più difficile, alla luce di uno scrutinio giurisdizionale e – va da sé – costituzionale progressivamente più aderente all’emergente principio del *laissez-faire*.

È in questo contesto che nel 1876 la sentenza *Munn v. Illinois* rappresentò una svolta quasi imprevista. Incaricata di valutare la legittimità di una legge dell’Illinois che imponeva delle tariffe fisse all’attività dello stoccaggio e trasporto del grano, la Corte era chiamata a operare i due principali “stress-test” costituzionali, interrogandosi sul rispetto del principio del «due process» sancito dal XIV Emendamento e, al contempo, di quanto previsto dalla «commerce clause».

Le conclusioni cui giunse la Corte sembravano invero “deragliare” dal percorso che la dottrina americana aveva, fino ad allora, intrapreso: riconoscendo la legittimità di tale norma, questa sentenza costituirà il punto di partenza di un lento e complesso processo di revisione della “funzione” della proprietà rispetto al (recente) passato e alla

“tradizione” già maturata nella pur giovane Unione. Tale sentenza chiamava in gioco – nella migliore delle tradizioni legittimanti del diritto anglosassone – un principio giuridico risalente di quasi due secoli: si trattava della formula del «business affected with public interest».

We find – affermava nella sua opinione il Chief Justice Waite – that when private property is “affected with a public interest, it ceases to be *juris privati* only”. This was said by Lord Chief Justice Hale more than two hundred years ago, in his treatise *De Portibus Maris*, 1 Harg. Law Tracts, 78, and has been accepted without objection as an essential element in the law of property ever since. Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence, and affect the community at large. When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest he has thus created. He may withdraw his grant by discontinuing the use; but, so long as he maintains the use, he must submit to the control²³.

La Corte analizzando il caso di specie aveva riconosciuto le peculiarità dell’attività economica regolata dalla legge dell’Illinois, individuando nelle «immense proportions» che aveva assunto in pochi anni e nel rischio che si potessero realizzare, così, delle posizioni monopolistiche le ragioni precipue per una sua “limitazione”; si concludeva perciò a favore dell’ammissibilità – se non persino della doverosità – di una regolamentazione di tale campo. Riconosciuta tale natura, l’ovvia conclusione cui si perveniva era che tale regolamentazione apparteneva a quella sfera di discrezionalità propria del legislatore statale di fronte alla quale sia il giudice costituzionale, sia il governo federale, erano chiamati a fare “un passo indietro”²⁴. Neppure la «commerce

clause» sembrava poter costituire un limite legittimo a tali previsioni, poiché soltanto

incidentally they may become connected with interstate commerce, but not necessarily so. Their regulation is a thing of domestic concern, and, certainly, until Congress acts in reference to their interstate relations, the State may exercise all the powers of government over them even though in so doing it may indirectly operate upon commerce outside its immediate jurisdiction²⁵.

Consapevolmente o meno, la maggioranza della Corte aveva così finito per affermare un principio che, se da un lato poteva non sembrare troppo divergente dalla prassi del recente passato, dall’altro, poteva condurre molto lontano: «when private property is devoted to a public use, it is subject to public regulation»²⁶; si ammettevano cioè delle situazioni in cui la proprietà, pur rimanendo privata, cessava di essere un recinto invalicabile. E proprio questo “rischio” sembrava cogliere il giudice Field che nella sua dissenting opinion esprimeva con fermezza tutto il proprio disappunto e il timore per gli effetti «sovversivi» che tale pronuncia poteva realizzare rispetto al sistema giuridico liberale americano:

the principle upon which the opinion of the majority proceeds is, in my judgment, subversive of the rights of private property, heretofore believed to be protected by constitutional guaranties against legislative interference, and is in conflict with the authorities cited in its support²⁷.

La decisione della Corte spalancava le porte a una potenzialmente illimitata capacità di interferenza da parte dei governi (statali) nell’intangibile sfera di autonomia e libertà che al proprietario era attribuita sui propri possedimenti ai sensi del V e XIV Emendamento e che – insisteva ancora Field – la *leading opinion* veniva a stravolgere, letteralmente distruggendo «the

efficacy of the constitutional guaranty», allorquando riconosceva la possibilità di connotare come parzialmente “pubblica” la proprietà privata²⁸. Il venir meno di una rigida distinzione tra pubblico e privato che la formula «business affected with public interest» poteva comportare, sembrava contraddire il principio cardine del costituzionalismo liberale, quello della separazione su cui si fondava l’intera convivenza americana, poiché da allora «all property and all business in the State are held at the mercy of a majority of its legislature»²⁹.

Non si deve neppure cadere nel contrapposto errore di far dire alla Corte del 1876 più di quanto essa intendesse effettivamente affermare con riferimento al caso di specie: questa norma statale, infatti, venne sostenuta con molta probabilità soprattutto perché il rischio dell’affermazione di veri e propri monopoli in alcuni settori economici (che, come vedremo, stavano diventando il principale avversario del liberalismo americano) era ritenuto una minaccia persino maggiore rispetto a qualche legge locale che interferisse con la libertà individuale e non tanto perché si coltivasse un’incrollabile fiducia verso una capillare regolazione di un’economia oramai sempre più su larga scala.

Ciò che resta rilevante, come osservato già nel 1930 da Breck P. McAllister, è il fatto che a partire da questa pronuncia l’espressione «business affected with public interest» divenne per la giurisprudenza americana, fra la seconda metà dell’Ottocento e la prima metà del Novecento, una formula al contempo di successo e controversa. Inoltre, pur venendo utilizzata con continuità dalla Corte per oltre cinquant’anni, ebbe un’applicazione concreta tutt’altro che lineare, avanzando di caso in caso con

interpretazioni opposte e maggioranze variabili, e con una ricca produzione di dissenting opinions che provano l’esistenza di un acceso dibattito intorno all’affermazione dell’antico (e nuovo) principio³⁰. Questa formula di common law, del resto, sembrava aver trovato spazio nel sistema americano “tradendo” il proprio significato originario come, sempre McAllister, faceva notare:

Chief Justice Waite stated Lord Hale’s principle in language broad enough to cover any form of private property. [...] By translating the particulars – “the wharf and crane and other conveniences” – into the generic term “private property”, he transformed the whole course of the American law of price regulation³¹.

D’altronde, come sottolineava con grande sagacia un altro attento osservatore (e critico) della tradizione giuridica d’oltreoceano come Walton A. Hamilton³², adattare i principi alla realtà rappresentava il principale mestiere del giurista:

putting up new wine in old bottles is one of the most valuable tricks of the judicial trade [...] it may serve a living law by permitting a graceful accommodation of a vocabulary that endures to the shifting exigencies of a developing society. [...] The survival of the term “affected with public interest” is in large measure due to the ease with which it is adapted to a changing common sense and judicial opinion³³.

Non stupirà quindi il fatto che lo stesso Lord Hale e il suo principio fossero stati richiamati quale precedente autorevole, in realtà, dagli avvocati della parte ricorrente del caso *Munn v. Illinois*, invocando la violazione della «due process clause» e finendo, invece, per offrire al Chief Justice Morrison R. Waite un ottimo appiglio per affermare la rilevanza pubblica (o quasi-pubblica) di quella determinata attività

economica: ciò avvenne – sosteneva ancora Hamilton – anche e soprattutto per il fatto che l'espressione «interesse pubblico» appariva ai giudici della maggioranza «a generic term of common law, on all fours with "public morals", "public safety", and "public health"; it has not yet become a technical term in the vocabulary of constitutionality», e non tanto una "forzatura" del sistema che «in poche righe» avrebbe potuto significare un "via libera" a forme di regolazione impensabili ancora nel 1876, «a formula of control for a coming industrialism»³⁴.

Così, allo stesso modo con cui era entrato nell'universo giuridico americano, il «public interest» venne recuperato e "tradito" negli anni a venire dalla giurisprudenza in modo da adattarsi sì alle esigenze di regolazione dell'economia sempre più industrializzata del secondo Ottocento, ma assumendo caratteri e dimensioni rispondenti a un principio di *laissez-faire* divenuto oramai dominante, ridimensionando di fatto la carica "rivoluzionaria" della sentenza Munn.

As the police power waned, the crude lines of the new doctrine assumed form. By 1892 "no general power resided in the legislature to regulate private business", or "to fix the prices of commodities or services", or "to interfere with freedom of contract"³⁵.

La formula, sul finire dell'Ottocento, venne per così dire "normalizzata", fatta rientrare nell'alveo del pensiero dominante (da cui del resto era nata) del binomio «liberty and property», che rimandava alla netta separazione tra pubblico e privato, dimostrandosi utile a confinare la regolazione in campi specifici: con essa si tentò di dare risposta, per esempio, al nascente problema della disciplina delle «public utilities»,

consentendo alla Corte di poter seguire il precedente statuito in Munn v. Illinois dandone però una lettura "rassicurante".

In breve tempo e per lungo tempo, «the association of "public interest" with "public use" made no bother»³⁶. È per tale ragione che ancora in un intervento del 1922 sulla Columbia Law Review, Robert L. Hale poteva facilmente fare riferimento al principio del «business affected with public use», perché il problema della regolazione sembrava riguardare soltanto le utilities, i monopoli naturali, o quelle attività che senza alcun dubbio potevano facilmente essere ricondotte alla categoria del «servizio pubblico»: in quasi cinquant'anni di "vita americana", la formula di Lord Hale aveva finito per divenire un limite alla regolazione della proprietà, possibile soltanto in presenza di un'evidente natura pubblica dell'attività economica interessata³⁷.

Come si vedrà, nel corso del Novecento, mentre la dottrina auspicò un'evoluzione che potesse essere al contempo un recupero della formula ampia del 1876 e un superamento del principio del servizio pubblico, quanto sancito nel caso Munn venne utilizzato in diverse occasioni dalla Corte con proposito opposto, per legittimare cioè una serie di pronunce che dichiaravano incostituzionale la prassi della fissazione dei prezzi. La più significativa di queste sentenze, la Wolff Packing Co. v. Court of Industrial Relations (1923), oltre a respingere la possibilità di considerare la produzione e il confezionamento di alimenti un'attività che rientrava nell'ambito della ormai nota formula (semplicemente – concludeva ancora McAllister – «the Court said that it was not»³⁸) comportando, quindi, l'invalidità di disposizioni che imponessero un salario minimo in tale settore, tale pronuncia per-

mise anche di dare definizione stringente a ciò che sarebbe dovuto ricadere all'interno dell'espressione «business affected with public interest». Da quel momento, infatti, tale formula venne ricondotta a tre specifiche e «now familiar classes»: oltre alla già nota categoria dei servizi pubblici e insieme a un doveroso riferimento a quelle attività «considerate eccezionali, il cui interesse pubblico, riconosciuto fin dai tempi più antichi, è sopravvissuto» nella tradizione di common law, ad avere particolare rilevanza era la terza e più controversa categoria che includeva

businesses which though not public at their inception may be fairly said to have risen to be such and have become subject in consequence to some government regulation. They have come to hold such a peculiar relation to the public that this is superimposed upon them. In the language of the cases, the owner by devoting his business to the public use, in effect grants the public an interest in that use and subjects himself to public regulation to the extent of that interest although the property continues to belong to its private owner and to be entitled to protection accordingly³⁹.

Negli anni Venti sembrava essersi compiuta, quindi, la parabola definitoria del «business affected with public interest», una definizione che tuttavia appariva un "passo indietro": quella della Corte, infatti, era una nozione ampia ma che non investiva, o meglio non modificava i contenuti e i confini giuridici della proprietà in generale.

Mentre altrove si cominciava a parlare di una funzionalizzazione dei diritti soggettivi (e della proprietà in particolare⁴⁰) gli Stati Uniti sembravano tenere fede alla propria tradizione legando a una valutazione «case by case» il riconoscimento di interessi ultra-individuali condizionati dall'esercizio del diritto di proprietà; valutazione, ancora

una volta, rimessa nelle mani del giudice, con il "rischio", invero spesso realizzatosi, di veder riconosciuta questa dimensione "ulteriore" della proprietà soltanto in riferimento alla prima delle tre categorie individuate dalla Corte: quella dei servizi pubblici⁴¹.

La stessa Corte, infatti, durante tutto l'arco di questo decennio non applicò mai la categoria dell'«interesse pubblico» alle diverse attività economiche che, in qualche modo, venivano condizionate da norme e sulle quali si trovava a decidere, di volta in volta, la legittimità costituzionale. Questo atteggiamento, tuttavia, cominciava a destare malumori e opposizioni che, come vedremo, emergeranno soprattutto da voci critiche come quella di Walton H. Hamilton che infatti sottolineava: «but if the results are certain, the criterion by which the court refuses to affect with a public interest is far from definite»⁴².

In poco tempo, quindi, tale espressione tornò a essere tanto indefinita, quanto criticata da qualsiasi versante della riflessione giuridica statunitense e la proprietà continuava a mantenere la propria aurea di privatezza assoluta.

3. *Alla ricerca della complessità e della competizione: giudici e legislatore tra Gilded Age e Lochner Era*

Alle porte degli anni Trenta del Novecento, la proprietà sembrava aver mantenuto nelle pronunce della Corte Suprema quasi inalterata la propria funzione di presidio dell'individualismo; occorre tuttavia fare nuovamente un passo indietro per comprendere la complessità del panorama giu-

ridico che faceva da sfondo a tali pronunce. Se, infatti, la sentenza *Munn v. Illinois* era stato "il sasso nello stagno" del pensiero liberale d'oltreoceano, occorre soffermarsi su quelle correnti teoriche diverse che avevano prodotto o che furono il prodotto di un terremoto intellettuale che, nel lungo periodo, lasciò tutt'altro che indenne l'edificio giuridico americano.

Abbiamo già menzionato il fatto che la stessa norma dell'Illinois sottoposta al sindacato della Corte nel 1876 era per prima il risultato di una crescente attenzione da parte di molti, tra giuristi e politici, per il fenomeno nuovo del monopolio. Le trasformazioni del sistema industriale nella seconda metà del secolo avevano, infatti, cominciato a mettere in pericolo la categoria dei piccoli produttori, facendo sorgere dubbi sugli effetti distorsivi (e distruttivi) di un'economia sempre più caratterizzata dall'accentramento della ricchezza nelle mani di poche e grandi concentrazioni.

There is nothing which the average citizen distrusts and fears so much as the power of great corporations. Nor is this distrust without foundation. Such corporations, in many instances, have a virtual monopoly in their own line of business, which is at variance with all our theories of industrial freedom. Even where competition is physically possible, it is often practically impossible. The large concern has such an advantage over the smaller ones that a competitive strife, however desperate, can only result in a combination more extensive than ever⁴³.

La nascita di movimenti politici come il «Granger movement», aveva indotto molti stati ad approvare norme che operassero una regolamentazione dei prezzi e della concorrenza e note, appunto, con il nome di «Granger laws»⁴⁴. Se la legittimità di una regolazione dei prezzi a livello statale venne ad affermarsi quale tema centrale della

giurisprudenza costituzionale americana (con l'evoluzione peculiare che si è appena ripercorsa), ciò fu in gran parte dovuto proprio a tali spinte rivendicative: i movimenti anti-monopolisti non si limitarono a fare pressione a livello statale, ma invocarono anche un massiccio e inedito interventismo federale, capace (per lo meno nelle intenzioni dei suoi promotori) di dare un volto "unitario" alla politica economica del Paese.

Non deve, del resto, stupire il fatto che, a essere regolamentato per primo, sia stato un vero e proprio "servizio pubblico", quelle ferrovie da sempre considerate «quasi-public entities»⁴⁵. Tuttavia è curioso notare come fu proprio tale legittimazione a rappresentare, ancora una volta, "l'inizio della fine" per quella «dottrina *Munn*» che aveva sostenuto a livello statale le «Granger laws» e segnando, al contempo, una svolta radicale nella disciplina giuridica del mercato d'oltreoceano: se infatti, e come abbiamo visto, la Corte aveva inizialmente legittimato le leggi locali che fissavano i prezzi di un qualsiasi «business affected with public interest», solo pochi anni dopo, con la sentenza *Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois*, 118 U.S. 557 (1886) si giunse a sostenere l'impossibilità di una regolazione di taluni "servizi" a livello statale invocando per essi l'esclusività della competenza federale⁴⁶.

Nell'invocare la competenza federale, la sentenza richiamava la «commerce clause» che poteva servire, adesso, a un doppio scopo: da un lato, essa si dimostrava strumento ideale per mantenere la regolazione statale entro confini sempre più limitati e comunque di volta in volta sindacabili da parte del Giudice costituzionale; dall'altro, offriva apparentemente una prima risposta

alle istanze di quella parte della dottrina che auspicava misure regolatorie più incisive, da sviluppare ora anche a livello federale.

La conseguente nascita di una agenzia indipendente chiamata a regolare i prezzi e i costi del trasporto ferroviario – la Interstate Commerce Commission (ICC) – costituì l'ovvio sbocco di questa stagione rappresentando, con molta probabilità, il risultato più importante e longevo delle istanze sorte a partire dal «Granger movement». Ancora una volta era in quelle attività in cui si fondavano la dimensione privata dell'impresa e la rilevanza pubblica delle sue esternalità che si trovava il terreno fertile per avviare un cammino di ripensamento, non solo del diritto di proprietà ma anche della libertà d'impresa.

È per queste ragioni che, studiosi come Hadley, videro proprio nello studio dello sviluppo storico e giuridico del trasporto ferroviario un versante attraverso il quale cominciare a modellare, più in generale, forme di controllo del monopolio⁴⁷. Il Congresso non tardò, come detto, ad assecondare la pronuncia della Corte e seguire tale indirizzo di "ricerca": l'emanazione dell'Interstate Commerce Act (1887) implementava a livello federale il modello statale della fissazione dei prezzi già legittimato dalla sentenza *Munn v. Illinois* e, attraverso la creazione dell'appena richiamata ICC, ambiva a regolamentare su scala nazionale il settore del trasporto ferroviario.

In questa norma si può allora riscontrare, con molta probabilità, la prima vera applicazione di quel potere regolatorio dell'economia che la Costituzione attribuiva al governo federale attraverso la «commerce clause», mai fino ad allora interpretata in tal senso. La Commission ivi creata aveva il potere, infatti, di condurre indagini e

reprimere eventuali condotte commerciali che si risolvessero in quella «cut-throat competition» da molti temuta e avversata⁴⁸. Tuttavia, l'Act venne interpretato in modo "conservativo" dalle corti: si ritene, infatti, sempre necessario uno scrutinio giurisdizionale per ogni attività svolta dall'agenzia, relegando la ICC a un ruolo circoscritto e limitato tanto che, nel giro di soli dieci anni, lo stesso *commissioner* poteva senza indugi affermare, nel proprio report annuale, la fattiva impotenza dell'agenzia da lui diretta⁴⁹. Ancora una volta, la giurisprudenza sembrò limitare le velleità di riforma invocate da una grossa fetta dell'opinione pubblica e messe in piedi dal legislatore.

Verso la fine del secolo, tuttavia, quello della regolazione federale dell'economia, era divenuto il tema centrale del dibattito giuridico d'oltreoceano: l'età dell'oro – la «Gilded Age» – dell'industrializzazione americana fece emergere una progressiva divaricazione tra le posizioni (spesso conservatrici) assunte dalla giurisprudenza e le riformulazioni teoriche (per lo più progressiste) accolte dal legislatore, contribuendo però a definire i confini della disciplina della concorrenza, che avrebbe influenzato in maniera rilevante la cultura giuridica e costituzionale statunitense. Si tratta di una storia complessa e controversa, che presenta più volti di quelli cui la storiografia ha tradizionalmente prestato prevalente attenzione, come ha ricordato Laura Phillips Sawyer:

over the course of nineteenth century, jurists and policymakers struggled to formulate a common law of competition that would govern marketplace transactions. This struggle revolved around reconciling the private rights of property and contract with the public interest in a well-reg-

ulated society. At law, the distinction between public and private spheres is foundational. All law can be subsumed into these two categories, but they have changed and been contested over time. [...] Throughout American history, various configurations of public and private spheres of governance have defined distinct regulatory traditions and shaped both social and economic power dynamics within each era⁵⁰.

Se l'esempio dell'ICC dimostra come, a fine Ottocento, la soluzione di una regolazione demandata alle agenzie amministrative stentasse a ottenere il consenso e la legittimazione delle corti e degli stessi giudici che le abitavano, perché ancora fortemente legati ai principi economici del *laissez-faire*, diverso fu invece il destino riservato alla nascente legislazione federale antitrust.

È nel corso degli ultimi vent'anni dell'Ottocento, infatti, che la tensione tra correnti teoriche progressiste e una revisione giurisdizionale delle normative statali portò all'affermazione non solo di una «national competition policy» ma di una vera e propria cultura dell'antitrust: si tratta di una storia, quella che ha condotto all'affermazione dell'antitrust, ricca di contraddizioni e aggiustamenti e che, più di altre, ci mostra la complessità sottesa ad alcune ideologie che, spesso passivamente, percepiamo come veri e propri "monoliti" della tradizione americana⁵¹.

L'industrializzazione, del resto, veniva letta con alterni giudizi dai propri contemporanei, tutti egualmente consapevoli, però, del fatto che la produzione industriale, a causa di una meccanizzazione sempre più evoluta e complice un'interpretazione costituzionale decisamente favorevole alla libertà contrattuale, fosse progressivamente venuta a concentrarsi nelle mani di pochi e grandi attori.

Per un verso, questo non appariva troppo problematico agli occhi di chi rimaneva fedele ai principi dell'economia classica (irrobustita adesso da una lettura darwinista del libero mercato) e che legava la tutela del *laissez-faire* economico «consistent with the Jacksonian heritage» alla tutela delle libertà personali dall'autorità (o persino dall'autoritarismo) governativo⁵². Salvaguardare la proprietà privata e la libertà contrattuale degli individui, fino al punto di riconoscere che «a contract might be legitimate even if restrained competition in order to allow an independent proprietor to create or sustain the property right in his brand or business»⁵³, divenne il modo non solo per rimarcare astrattamente i principi del libero mercato, ma anche per affermare una visione del costituzionalismo altrettanto vocata al mito del *laissez-faire* e capace di influenzare nel tempo la ri-definizione sia dei diritti individuali, sia dell'interesse pubblico.

Di ben altro avviso erano invece coloro che, dando vita a un movimento noto come Progressivism, percepivano l'iniquità di un sistema industriale eccessivamente caratterizzato dal *bigness* e ne auspicavano una regolazione da parte del legislatore, riflettendo l'emersione di un più esteso «public discontent» nei confronti di «combinations and trusts» che, nel tempo, avevano cominciato a essere perseguite a livello statale⁵⁴. In breve tempo l'aggregazione delle forze economiche private divenne – richiamando un'evocativa espressione di Phillips Sawyer – un vero e proprio «bugaboo» dell'opinione pubblica americana, senza probabilmente comprendere appieno come fosse stata la stessa lettura della Costituzione, così come interpretata dalle corti, ad aver favorito lo sviluppo di tali concentrazioni economiche.

In risposta a tale sentimento, tra il 1888 e il 1890, tredici diversi stati emanarono apposite leggi antitrust chiamate a perseguire le limitazioni della concorrenza e, nelle intenzioni di alcuni tra gli ideologi di tale legislazione, a incoraggiare forme diverse di cooperazione economica che potessero favorire i piccoli produttori; tuttavia, la risposta statale sembrava incapace di rispondere a un problema che aveva assunto oramai una dimensione eminentemente nazionale e non più locale, a maggior ragione dopo che, nel 1889, il New Jersey per primo aveva riconosciuto e legittimato le c.d. «holding companies» disinnescando, di fatto, il legame tra business e autorità locale poiché queste società, distribuendosi su più stati, non risultavano più inquadrabili nella sola disciplina statale⁵⁵. La discussione si spostò pertanto a livello federale, cominciando a definire i contorni di quella che sarebbe diventata una delle più longeve e culturalmente influenti leggi della storia americana: lo Sherman Antitrust Act del 1890.

Il dibattito intorno alla stesura di tale norma coinvolse i due grandi partiti americani che in realtà sembravano condividere una comune volontà di garantire, comunque, una competizione di mercato libera e aperta; le distanze tra repubblicani e democratici cominciavano a emergere, invece, in relazione alle modalità con cui si intendeva preservare tale competizione oltre che, e molto più incisivamente, con riguardo alle stesse finalità ideologiche che si intendeva perseguire per mezzo di una legislazione sulla concorrenza.

Da un lato, i democratici fedeli a una tutela quasi assoluta delle libertà contrattuali finivano per legittimare (o quanto meno assecondare) alcune forme di concertazio-

ne tra produttori; dall'altro, i repubblicani vedevano proprio nell'affermazione di un vero e proprio dispotismo contrattuale il ripercuotersi delle disparità realizzate dal mercato, auspicando un opposto e più incisivo intervento a garanzia della competizione e, soprattutto, dell'eguaglianza sostanziale degli operatori di mercato. Questa complessa ricerca di un equilibrio parlamentare rispecchiava la rivalutazione che, a livello dottrinario, economisti e giuristi stavano operando in relazione ai rispettivi assunti teorici di riferimento; un ripensamento che in definitiva si risolveva nella tensione tra «old and new liberalism» e che ruotava attorno alle diverse e contrapposte interpretazioni che si voleva offrire del federalismo e della «industrial liberty»⁵⁶.

Il testo finale della legge riflesse l'indeterminatezza teorica che attraversava il Congresso, il quale finì per rinunciare al proprio potere di indirizzo abdicando in favore delle corti, chiamate a definire caso per caso la dimensione di «fairness» dei contratti e delle «combinations» indagate, per valutare se queste costituissero o meno un «restraint of trade». Una (non) scelta, quella del Congresso, tutt'altro che neutrale e che condusse a conseguenze decisamente peculiari: pur legittimando con forza l'emersione e l'estensione di un incisivo potere regolatorio federale, lo Sherman Act si "limitava", di contro, a dare sviluppo a tale potere non tanto attraverso i rami dell'esecutivo bensì attraverso i giudici, generalmente poco disposti ad affermare la preminenza dell'interesse pubblico sopra alle libertà individuali, e finendo per deludere le aspettative di coloro che invocavano un vero e proprio contrasto alle grandi concentrazioni economiche.

Con una serie di decisioni nel corso dei primi anni del Novecento la Corte Suprema affermò un'interpretazione della normativa antitrust che, impedendo qualsiasi forma di associazione e accordo tra produttori e rivenditori, realizzò un'opposta deregolamentazione della concorrenza che contribuì a creare una duratura mentalità anti-cartellistica e ad affermare con essa la vittoria di un modello di «managerial capitalism» e il rifiuto di qualsiasi alternativa (no «trade associations» no «proprietary networks»): una scelta funzionale sì allo sviluppo economico del Paese, ma non certo capace di rispondere alle sempre più pressanti istanze sociali americane⁵⁷.

È anche grazie alla storia dell'antitrust che possiamo allora comprendere perché il prodotto più noto di questa «formative era» della competizione, sia (nuovamente) una sentenza, quella *Lochner v. New York* del 1905 capace ancora oggi di "etichettare" col proprio nome un'ampia stagione della storia giuridica americana di fatto conclusasi solo con l'avvento della Grande depressione. Una stagione caratterizzata da una forte spinta conservativa a livello giurisdizionale e nella quale tutti gli interventi normativi che limitavano in qualche modo la libertà dei "proprietari" vennero cancellati dalla Corte, così come la storiografia non ha tardato a sottolineare rilevando – come già scriveva Giovanni Bognetti nel 1976 – che

la giurisprudenza, tutta presa da un'intensa preoccupazione per l'indipendenza della "proprietà" dal potere statale, anziché cedere a suggestioni di interpretazioni evolutive capaci di venire incontro alle richieste "progressiste" dei tempi nuovi, ne manteneva ben fermi, in sede di applicazione, i profili cautelativi, col risultato di frapporre schemi aggiuntivi a protezione della proprietà privata oltre quelli già offerti dalla pur efficientissima *due process clause*⁵⁸.

Rifiutando indifferentemente tanto un sistema di controlli amministrativi preventivi, quanto una regolazione dei rapporti lavoro, e persino – come detto – diverse forme di accordi tra produttori, la Corte, lontana dal sostenere la necessità di un maggiore e incisivo intervento dei pubblici poteri, si fece veicolo di teorizzazioni del *laissez-faire* persino più radicali di quanto il costituzionalismo "delle origini" avesse mai effettivamente immaginato propugnare.

È nella stessa sentenza *Lochner* che possiamo constatare tale deriva, allorché nel invalidare una normativa statale che limitava l'orario lavorativo si riconosceva una violazione di quelle libertà economiche sancite dal XIV Emendamento («the right to purchase or to sell labor – affermava Justice Rufus W. Peckham – is part of the liberty protected by this amendment»⁵⁹) che non si arrestava neppure di fronte a ragioni di salute, quel «public health» che costituiva una delle tipiche forme di legittimazione del «police power» e che invece non era rinvenibile, a parere della maggioranza (in verità, davvero "relativa") dei giudici, nel caso di specie.

Some occupations are more healthy than others, but we think there are none which might not come under the power of the legislature to supervise and control the hours of working therein if the mere fact that the occupation is not absolutely and perfectly healthy is to confer that right upon the legislative department of the Government. It might be safely affirmed that almost all occupations more or less affect the health. There must be more than the mere fact of the possible existence of some small amount of unhealthiness to warrant legislative interference with liberty⁶⁰.

Non solo. Un intervento dei pubblici poteri nel campo dei rapporti contrattuali di lavoro poteva rappresentare un'illegittima interferenza nella sfera di autonomia di

entrambi i contraenti, persino quel lavoratore che da una normativa di tal segno poteva veder pregiudicata la libertà «to earn extra money»⁶¹. Tali valutazioni mostravano il volto di una disciplina lavoristica che ruotava tutta attorno alla dimensione patriomoniale e contrattuale, volutamente spogliata di qualsiasi contaminazione sociale:

Viewed in the light of a purely labor law, with no reference whatever to the question of health, we think that a law like the one before us involves neither the safety, the morals, nor the welfare of the public, and that the interest of the public is not in the slightest degree affected by such an act⁶².

Tutti questi elementi rappresentavano il trionfo di una visione di *laissez-faire* non solo non pronta a lasciare il passo a teorizzazioni eterodosse, ma anche e persino capace di “sfidare” una natura interventista degli stati, comunque storicamente e costituzionalmente riconosciuta, in passato anche dalla stessa Corte. Ed è forse la brevissima e durissima *dissenting opinion* del giudice Oliver Wendell Holmes che ci offre la migliore descrizione della dimensione ideologica di tale decisione fondata «upon an economic theory which a large part of the country does not entertain», e che finiva per rinnegare – insisteva Holmes – la lettera della stessa Costituzione federale, poiché

a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States. [...] I think that the word liberty in the Fourteenth Amendment is perverted when it is held to prevent the natural outcome of a

dominant opinion, unless it can be said that a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and our law⁶³.

Appariva evidente agli stessi osservatori contemporanei, quindi, come tale decisione fosse figlia di un intento conservativo dei limiti e delle prerogative rispettivamente di legislatore e giudici, in un tentativo estremo di privare la legge di una (inevitabile) dimensione politica e sociale, per ricondurla entro un’opposta (e impossibile) cornice tecnico-formale. Un tentativo apertamente dichiarato da Pechkam in conclusione della propria *leading opinion*, quando affermava senza indugi

It is impossible for us to shut our eyes to the fact that many of the laws of this character, while passed under what is claimed to be the police power for the purpose of protecting the public health or welfare, are, in reality, passed from other motives⁶⁴.

Così, mentre la dottrina cercava di offrire «an expansive reading of state police power to provide a constitutional basis for this protective legislation»⁶⁵, la giurisprudenza frenava le velleità riformatrici dei movimenti progressisti dichiarando incostituzionali le leggi di volta in volta approvate. È durante la Lochner Era che il potere giudiziario cominciò, allora, a essere dipinto nel discorso pubblico come un limite, un ostacolo al sistema democratico: si iniziò a parlare di «judicial supremacy», di un eccessivo interventismo dei giudici, e si iniziarono a immaginare alternative e correttivi, a partire da una «popular election of federal judges [...] to make the judiciary more responsive to public attitudes», fino a invocare un più o meno volontario «judicial restraint» che impedisse alle corti di

sindacare la ragionevolezza dell'intervento legislativo quanto meno in materia economica e sociale. Alcune voci cominciarono persino a mettere in dubbio «the aura of sanctity surrounding the U.S. Constitution and the Supreme Court», viziate *ab origine* – a loro avviso – da un'eccessiva sudditanza nei confronti del mito proprietario, figlio di una concezione lockiana che ne ignorava volutamente la dimensione politica⁶⁶.

Fu allora a livello dottrinario che cominciarono a formarsi, sempre in questi anni, teorie nuove e decisamente eterodosse, in uno sviluppo alluvionale che non può che far emergere, agli occhi dello storico, l'evidenza di una stagione di contrasti e fallimenti dimostratasi fondamentale nel preparare il terreno alle successive e mature trasformazioni degli anni Trenta.

4. *Tante voci per diradare la Nebbia: nuove teorie verso un «nuovo corso»*

Durante la Lochner Era una giurisprudenza considerata unanimemente dalla storiografia come "tradizionalista", indipendentemente dal significato valoriale che a tale espressione si è poi inteso attribuire⁶⁷, ha frequentemente posto freno alle istanze progressiste maturate fuori dai tribunali. La Corte suprema, già a partire dagli ultimi decenni dell'Ottocento, si era erta a difesa dei «vested rights proprietari e dell'autonomia negoziale privata nei confronti di leggi che qua e là ne intaccavano la consistenza» fino a farsi portavoce privilegiato dell'ideale di *laissez-faire* nel primo Novecento, allorquando «si delinèò, in maniera quantitativamente rilevante, l'attacco della legislazione sociale alla posizione di prima-

to che proprietà e iniziativa economica avevano fin lì occupato nella scala dei valori del sistema»⁶⁸. La sentenza Lochner ne fu, del resto, l'emblema.

Tuttavia, osservando con attenzione si potrà ben vedere come nel corso di quegli stessi anni si realizzarono alcune riforme capaci di mettere quantomeno in discussione tale impostazione prevalente: in particolare la già richiamata revisione della ICC nel 1906, l'istituzione di una Federal Trade Commission nel 1914, e persino la nascita di un Federal Reserve System nel 1913, segnalavano un inevitabile "slittamento" di competenze e poteri in campo regolatorio (avvenuto, sia chiaro, non senza difficoltà e resistenze) verso l'amministrazione. Questo segnalava non soltanto l'avverarsi di un accentramento federale di tale regolamentazione bensì, più in generale, un'attenzione nuova rivolta ai problemi del sistema economico americano, problemi oramai non più trascurabili dall'universo giuridico, e non solo per via giurisdizionale. Ciò fu per lo più il frutto dei discorsi provenienti da una distinta e diversificata schiera di giuristi e policy-makers tutti egualmente uniti dall'avversione verso un nemico comune: il formalismo.

Quando nell'Ottocento il dommatismo economico alimentato dal darwinismo sociale «was saying what businessmen wanted to hear»⁶⁹, anche la scienza giuridica sembrava aver trovato una base teorica solida per affermare le libertà individuali sopra all'interesse pubblico, due forze in perenne ricerca di equilibrio nel sistema americano. Il positivismo filosofico e scientifico avevano portato con loro un'attenzione nuova in campo giuridico verso un'educazione del giurista come pratico al servizio dell'industrializzazione, forzando

l'emersione di un «legal method which focused upon the mastery of certain principles and doctrines that could in turn be applied with constant facility and certainty»⁷⁰. È da allora che nelle Law schools americane si è imposta una tipologia di formazione universitaria basata sul «case method», sulla scia di quanto proposto ad Harvard da Christopher Langdell e che resiste, per molti aspetti, ancora oggi. Nella visione di Langdell, e come efficacemente riassunto da Paul Murphy,

The law was a body of immutable, sacred, formal rules which if applied uniformly and equitably would produce proper social outcomes. [...] Law was not an instrument for social change, a device by which to bring about economic reorganization, redistribution of wealth, or a new approach to the solution of public problems⁷¹.

Ciò che si ambiva a offrire attraverso il Legal formalism era un'immagine della legge come corpo di asserzioni di pura logica applicando le quali, perfino in un sistema fondato sul precedente giurisprudenziale, ogni caso presente e futuro appariva risolvibile. Se ciò sembrava apparentemente limitare la discrezionalità lasciata al giudice di fronte all'argomentazione "formale" offerta dall'avvocato, è seguendo (e forse subendo) tale approccio che la giurisprudenza americana ha potuto, al contrario, "costituzionalizzare" quelle interpretazioni della libertà contrattuale e del «due process» capaci di «imped[ire] così al governo, sia dei singoli stati sia federale, di regolare le questioni sociali ed economiche. Il formalismo langdelliano divenne così la teoria costituzionale dominante»⁷². Piuttosto che affermare verità scientifiche, «judges, under the guise of the rule of law, were simply substituting their policy preferences for those of legislative majorities»⁷³,

come aveva polemicamente affermato un giudice "eterodosso" come Holmes nella *dissenting opinion* della sentenza Lochner. Proprio Oliver Wendell Holmes fu una delle prime voci che si levò in opposizione al formalismo e alla Mechanical jurisprudence, responsabili di un approccio troppo politicizzato e incapace di affrontare i problemi posti dall'industrializzazione in atto, seguendo gli stimoli provenienti dall'opposto campo del pragmatismo, considerato «the revolt against formalism» in tutte le scienze sociali americane.

Influenzati da questa crescente filosofia, figure come Holmes, prima, Roscoe Pound e Benjamin Cardozo, poi, si opposero all'assimilazione meccanica del diritto alle norme (che nel sistema americano più che nella legge risiedeva nell'affermazione del principio giuridico, del dogma teorico), favorendo «a more empirical approach to the law» e inaugurando quella Sociological jurisprudence che segnerà le prime crepe teoriche del modello formalista pur non rinnegando del tutto i principi del liberalismo americano⁷⁴. L'interpretazione offerta da Holmes dello Sherman Act è, per esempio, un'implicita conferma del tentativo da parte di alcuni di ripensare il ruolo interpretativo degli stessi giudici: affermando la necessità di un «test di ragionevolezza» per valutare la legittimità degli accordi di cartello disciplinati dalla normativa anti-trust, si attribuiva alla Corte «a license for judicial activism, determining on case by case basis how and when the law should be applied, based on the justices' evaluation»⁷⁵. Da un lato, seppure Holmes rifiutava il formalismo dei giudici sostenendo sì le ragioni della *public regulation*, dall'altro, continuava a ribadire come questa non poteva comunque mai averarsi senza un con-

trollo condotto comunque entro i tradizionali binari giurisdizionali.

Diverse ancora furono le posizioni di Pound, autore di numerosi scritti dedicati allo "stato dell'arte" del diritto americano a inizio secolo nei quali si rinnegava ogni forma di formalismo e si muoveva una feroce critica nei confronti delle forme assunte recentemente dalla giustizia americana, «so completely artificial that the public is led to regard it as wholly arbitrary»⁷⁶. È interessante notare come a suo avviso tale "condizione" fosse dettata non tanto (o non soltanto) dalle modalità in cui la legge veniva amministrata e praticata da giudici e avvocati, quanto soprattutto dalle forme e dai metodi attraverso i quali essa veniva, prim'ancora, insegnata.

So long as students are set to read these "reasons" and are taught that this or that is "implied" or "presumed" contrary to common sense, or is "constructively" something other than what it obviously is, and so long as laymen listen to these explanations from the bench when they sit upon juries, or from counsel whom they consult as clients, or from the published opinions of the courts, the people are certain to be confirmed in the belief, popular in all circumstances, that law is an arbitrary mass of technicalities having no relation to reason or justice⁷⁷.

Quanto affermato in «The Need of a Sociological Jurisprudence» del 1907, vero e proprio "manifesto" di tale corrente, rappresentava una messa in stato d'accusa del formalismo: insistere nel considerare il diritto un oggetto «sacred or mysterious», la cui comprensione era affidata a una ristretta cerchia di iniziati, di veri e propri «legal monks who pass their lives in an atmosphere of pure law», appariva al contempo impossibile e dannoso; al contrario, occorreva collocarlo all'interno del più ampio contesto sociale, tanto da pretendere

che «the modern teacher of law should be a student of sociology, economics, and politics as well»⁷⁸. In un altro contributo, Pound chiariva ulteriormente i "confini" di questa nuova dottrina:

The sociological movement in jurisprudence is a movement for pragmatism as a philosophy of law; for the adjustment of principles and doctrines to the human conditions they are to govern rather than to assumed first principles; for putting the human factor in the central place and relegating logic to its true position as an instrument⁷⁹.

Per Pound il giurista doveva rinunciare alle astrazioni e "arrendersi" al condizionamento del contesto sociale che ambiva a regolare; il farsi scienza davvero sociale, rappresentava per il diritto una trasformazione necessaria per evitare un'inauspicata subalternità rispetto all'economia e alla politica, dal momento che «our judgemade law is losing its vitality» e, di contro, le pressioni popolari per una legislazione sociale aumentavano sempre di più⁸⁰.

Rifiutare il formalismo significava pertanto evitare il radicalizzarsi di quel sentire popolare di «disrespect for the law»⁸¹, sorto in ragione di una ossessiva ricerca di «technicality» che aveva prodotto la contrapposta Mechanical jurisprudence, e che adesso doveva lasciare il passo a un'evoluzione teorica (la Sociological jurisprudence, appunto) al servizio della legislazione. «Hence common-law lawyers will some day abandon their traditional attitude toward legislation; will welcome legislation and will make it what it should be»⁸². Il continuo ostacolo opposto dalla Corte suprema alla realizzazione di una regolazione del momento economico, e in particolare l'eccessiva tutela riservata alla libertà contrattuale a tutto discapito di un'eguaglianza sostanziale nei rapporti di lavoro, rappre-

sentava per Pound una deriva rischiosa per la sopravvivenza, o meglio per l'evoluzione del common law americano.

Perseguendo intenti di riforma che rispondessero alle trasformazioni sociali causate dall'industrializzazione attraverso un sempre più ampio intervento legislativo (e amministrativo), i «pragmatisti» offrivano una concezione del diritto che si allontanava dalla dimensione giurisprudenziale della tradizione, dalla «rule of law». Del resto, questa transizione sembrava strettamente connessa a un altro ribaltamento in atto, poiché proprio la dottrina si dimostrava in quegli anni più dedita a un'osservazione attenta della realtà, mentre la giurisprudenza, tipicamente incaricata di uno scrutinio fattuale, era apparsa invece rispondere prevalentemente a esigenze teoriche "lontane" dalla complessità sociale.

È bene evidenziare ancora una volta come per entrambe le posizioni sia impossibile e inopportuno tratteggiare un orizzonte "assoluto", un modello – l'uno e l'altro – impenetrabile. Pur sostenendo la causa del *laissez-faire*, infatti, la maggioranza dei giudici non interpretò mai passivamente il proprio scrutinio fattuale pronunciandosi comunque secondo una logica case-by-case. Per di più, lo stesso sviluppo giurisprudenziale offerto alla disciplina antitrust costituì comunque un supporto all'estensione dei poteri regolatori federali rispetto a quelli statali, arrivando persino a definire un vero e proprio «federal police power» nel 1903 capace di adattarsi a un catalogo sempre più ampio di attività economiche grazie all'introduzione nel 1905 della dottrina dello «stream of commerce»⁸³. Tuttavia, questa progressiva estensione del potere riservato al Congresso alla luce della «commerce clause» non finì mai per consacrare una

delega assoluta al potere politico per una disciplina e un controllo dell'economia nazionale su larga scala⁸⁴.

Allo stesso modo, anche quello della dottrina non si presentava come un "fronte unitario" e le figure che negli anni a venire abitarono l'orizzonte pragmatista e progressista furono varie e spesso contraddittorie. Tra queste, ad assurgere a ruolo di protagonista di quella che a livello politico venne definita Progressive Era, in stridente e illuminante contraddizione con la contemporanea Lochner Era della giurisprudenza americana, fu la figura di Louis Brandeis.

Anch'egli mosso da un rifiuto del formalismo, dedicò la sua intera opera – sia di teorico quanto soprattutto di vero e proprio policy-maker – a combattere ciò che definiva «the curse of bigness», il rischio della scomparsa di quella classe di piccoli-medi produttori che a suo avviso rappresentavano l'essenza della democrazia industriale americana, di fronte a un inarrestabile sviluppo di trust e monopoli. La sua popolarità nel corso degli anni Dieci e Venti del secolo scorso rifletteva l'ormai assoluto protagonismo svolto dal tema della competizione nel dibattito pubblico dell'epoca, e che venne declinato, alla prova dei fatti, in forme e politiche diverse e spesso contraddittorie tra loro⁸⁵. Invocando l'affermazione di una «fair competition», Brandeis – come ben ripercorso da Thomas K. McCraw – è sembrato tenere insieme gli aspetti più controversi della vicenda americana della regolazione, unendo a un'adamantina coerenza degli obiettivi "politici" perseguiti l'affermazione, di contro, di principi economici (e talvolta persino giuridici) spesso incoerenti o limitati⁸⁶.

Un esempio è dato dal suo sostegno a politiche di price-fixing, ritenute lo stru-

mento necessario a frenare lo strapotere delle grandi corporations. Una convinzione che non arretrò neppure di fronte al pericolo, da molti paventato, che queste politiche potessero comportare una forte limitazione delle libertà personali: Brandeis, invece, sostenne che tale compressione della libertà non vi era né per gli industriali (poiché «true liberty was freedom [...] from industrial absolutism»⁸⁷) né, a maggior ragione, per il cittadino consumatore, ritenuto persino «servile, self-indulgent, indolent, and ignorant»⁸⁸. Come affermato già nel 1931 da Donald Richberg (che sarà tra gli autori di quel NIRA che Brandeis, una volta giudice, non esiterà a dichiarare incostituzionale) le sue posizioni riflettevano una curiosa commistione di tendenze, tanto da poter concludere che

the industrial liberalism of Justice Brandeis arises out of a deep rooted individualism, which is not only intensely concerned with his own freedom of thought and act, but is profoundly sympathetic with the desire of any other human being to stand erect, to tower above environment, to maintain an individual sovereignty subject to no political or economic Caesars⁸⁹.

Tuttavia, è innegabile come anche il pensiero di Brandeis sia stato influenzato dalla corrente della Sociological jurisprudence, cui contribuì anche direttamente e che condizionò l'evoluzione del diritto americano della concorrenza, con particolare riferimento a quella volontà di "immergere", per quanto possibile, il giudice nella realtà (o persino escluderlo dall'orizzonte regolatorio per "manifesta incapacità"). A questo proposito si possono citare le sue stesse parole:

The judge came to the bench unequipped with the necessary knowledge of economic and social science, and his judgment suffered likewise through

lack of equipment in the lawyers who presented the cases to him. For a judge rarely performs his functions adequately unless the case before him is adequately presented. Thus were the blind led by the blind. It is not surprising that under such conditions the laws as administered failed to meet contemporary economic and social demands⁹⁰.

Non è un caso che Brandeis abbia svolto un ruolo fondamentale nella nascita di una delle più importanti agenzie regolatorie americane, quella FTC di cui si faceva menzione in apertura di questo paragrafo. La percezione che per regolare la produzione e, più in generale, un'economia industriale in costante evoluzione occorressero figure dotate, da un lato, di conoscenze e informazioni estremamente tecniche e, dall'altro, di una vicinanza alla realtà industriale che non poteva appartenere in alcun caso ai giudici, influenzò fortemente le posizioni del «Progressive movement» nel primo Novecento. Ciò si tradusse in un forte sostegno, non solo teorico, alle ragioni dell'espansione dello Stato amministrativo, in particolare proprio nella forma di quelle «independent regulatory agencies» che sembravano in grado di garantire «the advantages of expertise and flexibility» unitamente a un «rational, scientific method of controlling business activity» capace di eludere così le incertezze giuridico-costituzionali che ne potevano derivare⁹¹.

Tuttavia, è guardando proprio all'esperienza della FTC e al ruolo svolto da Brandeis che la storiografia ha tracciato un bilancio decisamente controverso: investito del compito di dare piena attuazione alla normativa antitrust attraverso la predisposizione di un corpo amministrativo dotato di poteri investigatori e consultivi, l'opera brandeisiana è apparsa in fondo «a minor and weak accomplishment»⁹². Brandeis

pur attestandosi quale strenuo oppositore del monopolio, del *big business*, e contemporaneamente convinto sostenitore di una legislazione economica, di un intervento regolatorio, si dimostrò ancora una volta "figlio del proprio tempo", se è vero ciò che evidenziava sempre Richberg nel 1931, e cioè che «it is interesting to note how "individualistic" and non-"socialistic" are the justifications for social legislation which proceed from this exponent of liberty and democracy»⁹³.

Le limitazioni delle libertà economiche che pur sembrava propugnare Brandeis apparivano nel suo disegno funzionali soprattutto a mantenere inalterato quel mito individualistico che, invece, avrebbe potuto concorrere a indebolire, arrestando il proprio impeto progressista nella ricerca non tanto di forme radicalmente nuove, quanto di correttivi al modello dominante.

La stessa confidenza riposta nei nuovi strumenti pubblico-privati di regolazione dell'economia è apparsa alla storiografia il più delle volte figlia di un atteggiamento «naive» e non così "pragmatico", palesando un approccio ancora embrionale al problema che non teneva in dovuta considerazione il fatto che «issues of economic policy invariably had political dimension» e, soprattutto, che queste forme ponevano inevitabilmente quelle questioni di «democratic accountability» e di equilibri tra poteri di cui si è detto in apertura di queste pagine e che, infatti, torneranno a galla più avanti⁹⁴.

Lo sviluppo di agenzie, pur rappresentando sicuramente «the most enduring contribution to constitutional development» offerto da questa stagione e dai suoi teorici più eminenti, tuttavia non fu l'unico. L'affermazione di questa "generazione" di

giuristi avrà, infatti, un forte impatto anche sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte suprema in tema di regolazione del mercato. Dopo Holmes, infatti, gli stessi Cardozo e Brandeis furono nominati giudici costituzionali e una volta insediati ebbero modo di dare nuova "rilevanza costituzionale" alla Sociological jurisprudence.

Nel 1934 la sentenza *Nebbia v. New York* oltre a offrire un'inedita e definitiva (seppur risicata nella maggioranza) interpretazione del «business affected with public interest», affermava anche la compiuta "maturazione" di una corrente teorica non più eterodossa o minoritaria bensì capace di "dettare la linea". Ancora una volta una sentenza sembrava in grado di "voltare pagina" nella lunga parabola definitoria dei rapporti tra «police power» ed «economic liberties».

Nel contestare la legittimità costituzionale di una norma dello Stato di New York che affidava (si noti) a un Board il potere di stabilire i prezzi per il commercio del latte, gli appellanti potevano fondare il proprio ricorso su un ampio novero di precedenti favorevoli della Corte: in particolare, la recentissima *New State Ice v. Liebman*⁹⁵ aveva permesso di definire quello del «dairy and groceries» come un caso emblematico di «essentially private business». Di conseguenza, a tali attività non appariva possibile applicare le eccezioni riservate alle public utilities; per di più, la già menzionata *Wolff Packing Co. v. Court of Industrial Relations* aveva dichiarato l'illegittimità di qualsiasi forma di «price or wage fixing» da parte di un Board statale, ritenendola un'aperta violazione della «due process clause». «The economic depression now affecting the dairy farmers of New York» – concludevano gli appellanti – «does not

suspend the operation of the Fourteenth Amendment»⁹⁶.

Tuttavia, nel caso *Nebbia v. New York*, l'opinione della Corte si discostò dai precedenti e sembrò, invece, interiorizzare tutti quei *j'accuse* mossi dalla Sociological jurisprudence nel corso delle tre decadi passate: secondo la Corte la legge in discussione rappresentava «a method of correcting the evils» che investivano la realtà produttiva locale e che, alla luce della depressione in atto, «could not be expected to right themselves through the ordinary play of the forces of supply and demand, owing to the peculiar and uncontrollable factors affecting the industry»⁹⁷. Quella espressa dai Giudici, fu un'adesione alla realtà dei fatti, che non permetteva un rifiuto assiomatico del *price-fixing*. Questa sentenza costituiva, inoltre, l'occasione per accreditare una diversa dimensione del diritto di proprietà e delle libertà costituzionali a esso tradizionalmente connesse.

Under our form of government, the use of property and the making of contracts are normally matters of private, and not of public, concern. The general rule is that both shall be free of governmental interference. But neither property rights nor contract rights are absolute, for government cannot exist if the citizen may at will use his property to the detriment of his fellows, or exercise his freedom of contract to work them harm. Equally fundamental with the private right is that of the public to regulate it in the common interest⁹⁸.

A differenza di quanto affermato in tutte le sentenze che in precedenza avevano ridimensionato la categoria del «business affected with public interest», nel caso del 1934 la maggioranza della Corte sembrava rifiutare i principi teorici del *laissez-faire* e, di contro, sosteneva una natura tutt'altro che assoluta della proprietà privata e della

libertà contrattuale, entrambe incapaci di travalicare il limite del «common interest». Con le dovute limitazioni e precisazioni, a parere dei giudici l'interesse collettivo si dimostrava prevalente rispetto a quello individuale; del resto – proseguiva a dire la Corte – non si sarebbe trattato altro che dell'applicazione di quella «welfare clause»⁹⁹ presente da sempre nel testo costituzionale e che avrebbe consentito, tanto al governo federale, quanto ai singoli stati dell'Unione, di esercitare il proprio potere anche in contrasto con le libertà dei cittadini, quando necessario:

These correlative rights, that of the citizen to exercise exclusive dominion over property and freely to contract about his affairs and that of the state to regulate the use of property and the conduct of business, are always in collision. No exercise of the private right can be imagined which will not in some respect, however slight, affect the public; no exercise of the legislative prerogative to regulate the conduct of the citizen which will not to some extent abridge his liberty or affect his property. But, subject only to constitutional restraint, the private right must yield to the public need¹⁰⁰.

Riconoscendo, infine, che «there is no closed class or category of business affected with public interest», e al contempo che «the dairy industry is not[...] a public utility», la Corte poteva affermare una volta per tutte come qualsiasi attività economica che avesse una rilevanza e/o un'incidenza per quanto generica sul "pubblico", non potesse sottrarsi alla regolamentazione legislativa¹⁰¹. Rifiutando una «general classification» si ammetteva come nessun settore economico fosse "indenne" da politiche di «price-regulation»:

a state is free to adopt whatever economic policy may reasonably be deemed to promote public welfare, and to enforce that policy by legislation

adapted to its purpose. The courts are without authority either to declare such policy or, when it is declared by the legislature, to override it. If the laws passed are seen to have a reasonable relation to a proper legislative purpose, and are neither arbitrary nor discriminatory, the requirements of due process are satisfied¹⁰².

Si trattava di un vero e proprio "via libera" alla regolazione (statale) dei rapporti economici e produttivi da parte del legislatore, «an important shift away from economic due process and judicial supervision of state regulatory legislation»¹⁰³.

Nei primi trent'anni del Novecento l'orizzonte progressista ebbe il "merito" di infrangere il muro del formalismo e incrementare le certezze liberali intorno alle libertà economiche. Eppure, le istanze accennate si arrestarono spesso di fronte a una declinazione politica incoerente e a una resistenza giurisdizionale tenace, entrambe figlie di una povertà teorica di fondo nella descrizione delle alternative al modello dominante. La sentenza *Nebbia v. New York* aveva, tuttavia, segnato una profonda rottura nell'interpretazione della «due process clause».

Nel riconoscere la legittimità di una «governmental regulation for the public welfare», purché rispettosa delle garanzie imposte proprio dal principio del «due process», la Corte aveva affermato che, affinché essa potesse considerarsi rispettata, semplicemente «the law shall not be unreasonable, arbitrary or capricious»¹⁰⁴. L'apparente fiducia riposta qui nel legislatore (liberato, di fatto, dal controllo invasivo dei giudici in merito alla legislazione economica) rispondeva a due pressanti ordini di ragioni, una di natura politica e contingente, e l'altra di natura teorica e, potremmo dire, "incrementale": da un lato

l'inarrestata espansione della crisi economica e, dall'altro, il crescente successo del pragmatismo.

5. «*Mr. President, do please get some constitutional legislation that will save us*»¹⁰⁵; *la costituzione americana alla prova degli s(tra)volgimenti corporativi del New Deal*

La Grande depressione apertasi nel 1929 durante la presidenza di Herbert Hoover, svelò l'inadeguatezza degli strumenti di regolazione fino ad allora in dotazione ai pubblici poteri; arginare la crisi recuperando alcune soluzioni immaginate e sviluppate durante la Progressive Era si dimostrò per l'amministrazione Hoover, alla prova dei fatti, un insuccesso¹⁰⁶. E mentre la Corte, anche attraverso uno scrutinio fattuale delle condizioni del mercato, avrebbe nel giro di pochi anni legittimato un intervento statale necessario in molti business privati (ora più che mai visti gli effetti ulteriori che la crisi portava loro a generare sul «public welfare»), le divergenze programmatiche tra Hoover e Roosevelt nella campagna presidenziale del 1932 riguardarono, invece, il ruolo e i poteri immaginati per il governo federale.

Il New Deal nasceva proprio intorno all'ideale "interventista" condiviso dai suoi numerosi teorici che ritenevano tutti – seppur con convinzioni e prospettive ideali anche molto diverse tra loro – egualmente necessaria e oramai ineludibile una capillare regolazione federale dell'economia; un intervento, questo, che doveva a loro avviso comportare anche un generale ripensamento dell'ordine giuridico, portando avanti la convinzione che «the task

of Government in its relation to business is to assist the development of an economic declaration of rights, an economic constitution», come propagandato dallo stesso Roosevelt già nel settembre 1932¹⁰⁷.

Eppure, era proprio la Costituzione e la sua interpretazione a rappresentare il principale ostacolo a una espansione delle funzioni del governo federale: «any one but a constitutional lawyer would immediately agree that if the Federal Government alone is able to revive business throughout the country, that government should take the-necessary action», si osservava criticamente ancora nel 1934¹⁰⁸.

Sempre più voci cominciarono a sostenere che si trattasse nuovamente di una resistenza teorica – adesso rivolta all'intervento federale – ancorata a letture errate e superate del testo costituzionale, che non tenevano in conto la dimensione "vivente" del diritto, la quale portava, invece, a mettere in rilievo il fatto che «in the present emergency practically all businesses have become "affected with a public interest"»¹⁰⁹, facendo venir meno, così, anche la ragione tipica del dualismo federale-statale previsto dalla «commerce clause». Sempre nel 1934, nel difendere la creazione della NRA, Michael F. Gallagher poteva allora affermare che

All business was then affected with a public interest and all business either entered into or affected the flow of interstate commerce, and statutes embracing all trade and industry were therefore under existing conditions a reasonable exercise of the power created by the Commerce Clause¹¹⁰.

Per Gallagher e altri la stessa «commerce clause» sembrava aver ricevuto nel tempo un'interpretazione sempre più "limitante" e lontana persino dalle intenzioni dei fondatori, che l'avevano immaginata

per concedere «to the Federal Government [...] power over manufactures and agriculture where necessary for the general interests of the union», e non per limitare e indebolire nei confronti degli stati un'Unione altrimenti «powerless when power is needed most»¹¹¹. In linea con le evoluzioni teoriche della Sociological jurisprudence e della «living constitution» ciò che si metteva in luce era il fatto che, sebbene i «framers» non avrebbero potuto immaginare le condizioni economiche del presente, quella americana era una Costituzione «for the ages» e, pertanto, dotata di un potere ben capace di evitare la disintegrazione della Nazione di fronte alle "tirannie" del mercato¹¹².

I giudici traducendo – e, per alcuni, tradendo – l'espressione testuale «among the several states» nella formula nota di «interstate commerce» avevano invece attribuito, forse volutamente, una connotazione spaziale e materiale forte a questa clausola, limitando il potere federale a quegli affari che prevedevano uno scambio tra Stati, il passaggio materiale e geografico di una merce. Si trattava di un'interpretazione incapace di adattarsi a una realtà economica decisamente più dinamica, interconnessa e spesso immateriale come era quella del Novecento, e se ne invocava una nuova e più coincidente con la realtà¹¹³. Del resto, ampliare il potere federale non significava di per sé eliminare la competenza e l'autonomia statale, che rimaneva tale in riferimento a quei traffici che potevano efficacemente essere regolati anche entro i propri confini: si immaginava perciò una "competenza concorrente" tra stati e federazione in materia di regolazione del commercio, dettata soprattutto dalle necessità contingenti della crisi e, più in generale, del sistema

economico nazionale, e fondata sulla convinzione che «the limits of the federal power will be determined entirely by economic circumstances»¹¹⁴.

La crisi stava imponendo un ripensamento generale anche di quelle normative che ormai da anni avevano ricondotto alla competenza federale alcuni settori economici, ossia le disposizioni sulla concorrenza come lo Sherman Antitrust Act e l'Intestate Commerce Act. Entrambi i provvedimenti, tuttavia, sembravano scontare un identico "peccato originale" perché – come lamentava ancora Hamilton – rappresentavano un tentativo di risposta a problemi nuovi attraverso schemi antichi: «however strange the new phenomenon may be, man has an old name for it»¹¹⁵. Si trattava di un'indole tipica dell'uomo (e, in particolare, del giurista) che, sebbene comprensibile, non appariva più giustificabile e, anche qui, se ne invocava un ripensamento, alla luce soprattutto delle esigenze regolative imposte dalla realtà contemporanea:

Modern industrialism has come with startling suddenness; it has been too powerful and too turbulent to be subdued by legislation and court decree; its phenomena have been too unusual to be crowded into familiar formulas of public control. [...] Hence it is that the anti-trust laws present a challenge. The statutes themselves, the public policy which they embody, and the economic theory they voice need to be considered afresh¹¹⁶.

Prendere in considerazione la realtà e rifiutare gli assiomi delle teorie economiche "classiche", diventava, dunque, il compito principale cui erano chiamati giuristi e policy-makers in riferimento alla disciplina della concorrenza: non si trattava tanto di eliminare la legislazione antitrust, quanto di ripensarla poiché «the anti-trust laws

are a declaration that business is affected with a public interest; the moral value of this commitment must not be lost».

La crisi economica aveva "smascherato", infatti, l'insufficienza di quelle «ideas which the people of the eighteen-hundred-and-nineties borrowed from a small town culture» e alimentato le ragioni di un intervento di natura diversa e più incisiva rispetto al passato, attraverso una riforma che attribuisse un maggiore potere di controllo al governo federale: se non proprio sulla produzione o sui prezzi, quanto meno sui fattori che li condizionavano¹¹⁷. Lo stesso strumento incaricato di dare attuazione alle politiche antitrust, la FTC, pur rappresentando l'esempio migliore di agenzia regolatoria federale – il "figlio prediletto" della Progressive Era – aveva dimostrato negli anni tutta la propria limitatezza e, di conseguenza, la necessità di un ripensamento e un ampliamento di poteri poiché, come si notava in un report pubblicato nel 1933, la sua efficacia era stata pesantemente condizionata dalle pronunce dei tribunali che avevano, di fatto, "spuntato" le sue armi (gli «orders to cease and desist») e mostrato un atteggiamento estremamente conservatore nel giudicare i casi di «unfair competition»¹¹⁸.

Questa reticenza dei giudici nei confronti dello sviluppo di forme avanzate di intervento federale aveva alimentato, nei primi anni dopo il crollo di Wall Street, il malcontento popolare e, con esso, il dissenso di un crescente numero di giuristi in tutto il Paese, finendo per favorire la ricerca di soluzioni diverse alla tradizionale «rule of law», che presupponeva un ruolo (troppo) rilevante del potere giurisdizionale nella vita democratica (ed economica) della nazione, e alimentando le istanze di

«a substantial reformation of the original distribution of national powers»¹¹⁹.

Uno dei principali riferimenti per quei giuristi che dimostrarono «an increasing interest in alternative foundations of social order»¹²⁰, fu quel versante filosofico del «legal pragmatism» cui già la Sociological jurisprudence aveva prestato attenzione; in particolare, l'opera di John Dewey si dimostrava rilevante per il fatto che, oltre a propugnare un comune rifiuto del formalismo figlio della convinzione che «the public good was determined not by abstract principles, such as natural rights or the sanctity of private property», riusciva al contempo a delineare un percorso teorico alternativo fondato sulla partecipazione dei cittadini alla vita della Nazione, non più come singoli individui bensì «as members of a democratic community»¹²¹.

Tale impostazione portava a rinnegare la tradizione americana della «rule of law» e a sostituirla, invece, con una diversa concezione che legittimava un «discretionary decision making on an unprecedented scale», finendo per sostenere, di contro, processi di formazione normativa che potremmo definire «corporatist and quasi-corporatist»¹²².

La teoria di Dewey, lontana dal rifiutare il sistema democratico poiché – come da lui stesso affermato – «democracy is not an alternative to other principles of associated life»¹²³, riposava sulla convinzione che il “semplice” ordine liberale e la tradizione individualistica degli Stati Uniti non consentivano un effettivo riconoscimento del pluralismo, lasciando al contrario lo Stato troppo esposto al rischio di un condizionamento da parte delle oligarchie economiche. Era, invece, attraverso un sistema “corporativo” che riconoscesse e includes-

se le formazioni sociali nella vita politica della Nazione che si sarebbe raggiunta una compiuta democrazia.

Il programma di riforme che venne a delinearsi nei primi anni Trenta affondava le proprie radici in tale humus teorico: molti new-dealers «associated the system of checks and balances with governmental inaction»¹²⁴ e i principali collaboratori della stessa NRA – considerata unanimemente l'esperienza più audace dell'«early New Deal» e, al contempo, «America's foremost experiment with corporatism»¹²⁵ – ebbero tutti, in un modo o nell'altro, un ruolo nell'affermare teorie politiche e giuridiche eterodosse. Dall'interesse verso il contributo dell'associazionismo nella formazione dell'indirizzo politico difeso da Raymond Moley, al desiderio di una pianificazione economica e produttiva coordinata dal governo federale immaginata da Rexford Tugwell, passando per l'attenzione riservata alle dinamiche giuslavoristiche e sindacali da parte di Donald Richberg, il «brain trust» sembrava condividere, pur con punti di vista talvolta persino inconciliabili, una decisa preferenza per una capillare organizzazione della società, dell'economia, e del governo del Paese¹²⁶.

Il NIRA sembrava offrire risposta alla necessità di rivedere e rilanciare gli strumenti federali di governo dell'economia esistenti, prevedendo una revisione delle disposizioni antitrust e tracciando nuove forme di potere e autonomia affidati alle agenzie regolatorie, secondo l'esempio della stessa NRA. Una disciplina del mercato che, in realtà, significava anche un ripensamento dell'organizzazione del ramo esecutivo dello Stato e, più in generale, del sistema democratico di stampo ottocentesco.

Lungi dall'essere un'eccezione tutta americana, la fase nota come «early New Deal» rappresentò un esperimento comune ad altri paesi a capitalismo avanzato, ove le domande di ordine nascenti da una società e da un'economia sempre più "plurali" portarono ad aumentare ovunque il livello di intervento esecutivo nella vita dei cittadini e, soprattutto, nel campo dei diritti e delle libertà economico-individuali. E così, per esempio, se in Europa l'esperienza costituzionale di Weimar aveva dedicato un intero capo della sua carta fondamentale a «la vita economica»¹²⁷, e persino il regime fascista italiano aveva incentrato la propria trasformazione dello Stato sul ruolo nuovo immaginato per il lavoro e la produzione¹²⁸, allo stesso modo, nei "lontani" Stati Uniti, si stava realizzando una transizione verso un protagonismo inedito dello Stato, se era vero ciò che affermava Felix Franfurter, e cioè che «we ask more for government than any society has ever asked»¹²⁹.

Sembrava, allora, quasi scontato che la stessa Corte Suprema si approcciasse con un'identica chiave di lettura al "progresso" raggiunto dalla presidenza Roosevelt, che nel giro di pochi mesi, attraverso l'istituzione di un reticolato amministrativo, era stata capace di dare voce e potere autonormativo anche ai corpi sociali: un ordine nuovo in grado di aggirare i limiti di un sistema parlamentare e giurisdizionale inadatto a rispondere alle esigenze di riforma imposte tanto dalla crisi economica contingente quanto dal liberalismo tradizionale.

Per sancire il definitivo compimento di tale "rivoluzione", occorre che gli stessi giudici riconoscessero la limitatezza di quelle letture del testo costituzionale basate su un approccio formalista e individualista, in favore di un'interpretazione evolutiva

basata su una lettura "realistica" anche di quelle clausole che chiamavano in gioco il bilanciamento dei poteri, come nel caso della «commerce clause»:

if a realistic attitude be applied even to that test, all the recovery legislation may be supported on the theory that the termination of the depression will substantially increase interstate shipments of goods, and that therefore any measures which will assist in the improvement of business generally are valid. Thus, it is possible for the Court to uphold the recovery legislation to the fullest extent without shifting its verbal approach to the subject¹³⁰.

La sentenza Schecter – come si è visto – adottò un approccio molto diverso. Mentre fino ad allora la dottrina e alcune pronunce della Corte sulla fissazione dei prezzi sembravano aver compiuto un riposizionamento dommatico sul rapporto fra Stato e mercato, il principale prodotto del «nuovo corso» venne "semplicemente" dichiarato incostituzionale. Lontana da rinnegare la rilevanza pubblicistica dell'organizzazione economica nazionale, la Corte ravvisava, però, nella NRA un *vulnus* democratico: il punto non era del resto privo di rilevanza, poiché avallare un sistema fondato tanto sull'attivismo amministrativo quanto sul protagonismo dei corpi intermedi significava rinunciare, al contempo, al protagonismo assoluto del controllo giurisdizionale che fino ad allora aveva tuttavia garantito l'equilibrio democratico dell'intero edificio costituzionale.

Mentre la pronuncia unanime dei giudici sull'incostituzionalità del NIRA sembrava condannare "senz'appello" quest'implicita revisione costituzionale del sistema bilanciato dei poteri, ancora una volta nella lunga parabola formativa della regolazione in America, un'affermazione netta deter-

minò una svolta in senso inverso, e dal fallimento (se di vero fallimento, si può parlare) del "primo" New Deal emerse – nel giro di poco tempo e con più forza – una dimensione amministrativa del governo dell'economia, fondata su quelle agencies fino ad allora private di quell'autonomia e di quel potere (persino normativo) che invece assunsero a partire dalla seconda metà degli anni Trenta.

È anche in conseguenza dell'incostituzionalità del NIRA che trovarono una definitiva consacrazione i molti "progressi" fatti, a partire dalla fine dell'Ottocento, nel ripensamento dell'organizzazione amministrativa dello Stato, e in particolare nel settore della regolazione del mercato. Anche se qui non se ne può ripercorrere approfonditamente la genesi, non si può non rilevare il fatto che enti come la SEC o il NLRB, per esempio, devono anche alla precedente "stagione" della NRA (e – si noti – anche al suo successivo fallimento) la propria organizzazione giuridica peculiare. A questa stagione delle «agenzie» si accompagnò, del resto, un dibattuto processo di ripensamento generale del diritto amministrativo americano¹³¹, che ha finito per definire, nel giro di poco tempo, un assetto tale da consentire agli enti ora citati una permanente esistenza (e resistenza) nel sistema amministrativo americano, fino ai giorni nostri.

È anche per tali ragioni che molti studiosi hanno evidenziato la capacità del New Deal di realizzare in pochi anni (in questi anni) una vera e propria «rivoluzione» costituzionale, pur non vivendo né un processo costituente nuovo, né una riforma secondo le modalità previste dal dettato costituzionale. Come affermato da Stephen Skowronek, nel tornante tra Otto e Nove-

cento «Modern American state building shattered an outmoded judicial discipline», anche se ciò avvenne non senza conseguenze¹³². Dopo la stagione *newdealista*, infatti, non era più nella tutela giurisdizionale del diritto di proprietà «sacro e inviolabile» che si poteva trovare lo strumento principale per garantire la democrazia americana; questa, del resto, aveva nel corso degli ultimi decenni cambiato il proprio volto e – pur rimanendo quello economico un versante fondamentale della sua attuazione – vedeva adesso nella dimensione regolatoria il canale privilegiato attraverso il quale compiersi. Una regolazione affidata, però, soprattutto al potere esecutivo e alle sue ramificazioni amministrative, sancendo, di fatto, una ridefinizione del tradizionale bilanciamento dei poteri (e degli organi) costituzionali.

Per alcuni fu la stessa Corte attraverso «un'inversione del proprio orientamento» a favorire la definitiva svolta per quanto riguardava l'estensione delle competenze federali e del ruolo di preminenza del potere esecutivo in merito alla «disciplina delle questioni economiche e sociali»¹³³. Tuttavia, per quanto il repentino "riposizionamento" della maggioranza della Corte abbia sicuramente contribuito al successo del "secondo" impeto riformatorio del New Deal¹³⁴, esso non può costituire l'unica spiegazione per sostenere le ragioni di un'avvenuta trasformazione costituzionale.

A condizionare quella che appare come una vera e propria ridefinizione della Costituzione e, in particolare, della sua parte economica fu anche e soprattutto l'affermarsi di una nuova cultura dello Stato che godeva di una crescente legittimazione sia teorico-giuridica sia politico-elettorale. Sebbene durante il New Deal «the most

radical attacks on tripartite government failed», le teorie che avevano ispirato gli esperimenti degli anni Trenta (e che affondavano le radici nelle complesse vicende fin qui ripercorse) tracciarono comunque un solco profondo nel costituzionalismo americano, favorendo «both enhanced presidential authority and the rise of regulatory administration»¹³⁵. L'emersione di tali elementi rappresentava, in fondo, «a rejection of the common law system in favor of a new conception of rights»¹³⁶, e con essa una definitiva accettazione della regolazione dell'economico da parte dei pubblici poteri, perché capaci di realizzare quell'interesse collettivo e sociale estraneo alla lettura dei diritti "privatissimi" di proprietà e contratto offerta a lungo dai giudici costituzionali; così, una certa forma di corporativismo è sembrata radicarsi nel tessuto istituzionale degli Stati Uniti proprio nella ricerca di nuovi centri di potere e indirizzo fuori dal tradizionale circuito di legittimazione democratico, tanto politico quanto giurisdizionale¹³⁷.

Di contro, il mutato atteggiamento delle corti (e della Corte suprema, in particolare) non può limitarsi a essere letta come una risposta alle pressioni politiche del tempo: «Judges are participants not merely in a political system, but in an intellectual tradition in which they have been trained and immersed, a tradition has provided them with the conceptual equipment through which they understand legal disputes»¹³⁸.

Il percorso qui delineato, del resto, si pensa abbia dimostrato come un'evoluzione teorica e giurisprudenziale fatta di molte sortite e ripiegamenti («breakthrough and setbacks», direbbero oltreoceano) abbia condizionato, non poco e non meno delle ragioni politiche ed economiche contin-

genti, l'affermazione di un modello americano di governo dell'economia. È soltanto comprendendo appieno la complessità della cultura giuridica statunitense che si potrà allora riconoscere le ragioni di una trasformazione costituzionale altrimenti inspiegabile, ed è seguendo tali sentieri che apparirà ancora possibile guardare da una diversa prospettiva (paradossalmente) meno "eccezionale" la storia giuridica americana e il suo contributo al costituzionalismo novecentesco.

- ¹ F.D. Roosevelt, *Press Conference*, (May 31, 1935), G. Peters, J.T. Woolley, «The American Presidency Project», <<http://www.presidency.ucsb.edu>>, 20 ottobre 2021). L'espressione è riferita nello specifico alla definizione offerta dalla Corte sul c.d. «*inter-state commerce*» e su cui si tornerà in seguito.
- ² F.D. Roosevelt, *La nostra strada*, Milano, Bompiani, 1934, p. 101.
- ³ Soprattutto se si guarda a quegli "approdi" regolatori del c.d. *late New Deal*, come l'affermazione di un diritto amministrativo completamente ripensato e la "lunga" sopravvivenza di alcune administration come, per esempio, la Securities and Exchange Commission (SEC) o il National Relations Labor Board (NLRB). Di queste non sarà possibile qui parlare in maniera diffusa e approfondita, tuttavia, occorre segnalare come proprio queste siano, con molta probabilità, tra i risultati più peculiari del lungo dibattito giuridico sulla regolazione da parte dei pubblici poteri della proprietà e, in senso lato, del mercato. Quello dello sviluppo delle amministrazioni rappresenta, del resto, il punto di incontro di diverse "esigenze" emergenti nel corso della prima metà del secolo e figlie tanto dalle più vicine contingenze economiche della Grande depressione quanto della più risalente «sfida degli scienziati politici e degli intellettuali» statunitensi che, come ben identificato da Raffaella Baritono, videro proprio «nel terreno dell'amministrazione lo spazio adatto per chiudere il cerchio fra allargamento dello stato e persistenza delle retoriche antistataliste». R. Baritono, *L'enigma "Stato" nella riflessione politica e storiografica statunitense*, in «Quaderni di scienze sociali», 8, 2018, n. 14, p. 126.
- ⁴ R. Baritono, *Ripensare lo Stato: scienze sociali e crisi politica negli Stati Uniti fra Otto e Novecento*, in «Ricerche di Storia Politica», 3,

2013, p. 302. «Il federalismo, la struttura policentrica dello stato americano, il peso delle comunità locali, il decentramento amministrativo, sono tutti elementi quindi che periodicamente hanno contribuito alla rappresentazione dello stato americano come uno stato debole o assente», Id., *L'enigma Stato* cit., p. 110.

- ⁵ Id., *L'enigma Stato* cit., p. 104.
- ⁶ Id., *Ripensare lo Stato* cit., p. 302.
- ⁷ Vd. W. Novak, *The Myth of the "Weak" American State*, in «The American Historical Review», vol. 113, 2008, n. 3, p. 772, l'espressione è ripresa ancora una volta da Raffaella Baritono che, in proposito, evidenzia come «all'inizio del Novecento, l'urgenza che si poneva di fronte agli scienziati sociali non riguardava tanto la necessità di dimostrare la costruzione storica dello Stato o la razionalità dei suoi fini, ma di indagare la molteplicità degli assetti di potere e il modo in cui il rafforzamento dello Stato potesse configurarsi in un contesto multiforme e multidimensionale come quello statunitense», Baritono, *Ripensare lo Stato* cit., p. 314.
- ⁸ H. Hovenkamp, *The Opening of American Law. Neo-Classical Legal Thought - 1870-1970*, New York, Oxford University Press, 2015, p. 5.
- ⁹ Le questioni aperte erano note e assai dibattute tra gli osservatori contemporanei, come si può ben comprendere dalla presenza di molti contributi sul tema: su tutti si vd. *Some Legal Aspects of the National Industrial Recovery Act*, in «Harvard Law Review», vol. 47, 1933, n. 1, pp. 85-125. Le reazioni al NIRA furono spesso di segno radicalmente opposto, tra chi ne esaltava i contenuti e le intenzioni (è il caso, per esempio, di Michael F. Gallagher che la definiva la «Magna Charta of business cooperation», vd. M.F. Gallagher, *Government Rules Industry. A Study of the NRA*, New York, Oxford University Press, 1934, p. 2) e chi paventava persi-

no il rischio di veder realizzata «a form of executive lawmaking that was unconsciously but nevertheless essentially fascist», G.H. Montague, *Is Nra Fascistic?*, in E. Minor Patterson (ed.), *Socialism, Fascism, and Democracy. Supplement of The Annals of the American Academy of Political Social Science*, Vol. 180, 1935, p. 159.

- ¹⁰ La stessa Corte non manca di sottolineare la ragione precipua della sua decisione: «the discretion of the President in approving or prescribing codes, and thus enacting laws for the government of trade and industry throughout the country, is virtually unfettered. We think that the code-making authority that this conferred is an unconstitutional delegation of legislative power», 295 U.S. 542 (1935).
- ¹¹ K.K. Patel, *Il New Deal. Una storia globale*, Torino, Einaudi, 2018, p. 283.
- ¹² È fatto noto come nel dare avvio al movimento rivoluzionario furono di grande importanza le rivendicazioni economiche e non casuali erano i riferimenti al binomio «liberty and property», tanto nella «revolutionary rhetoric», quanto nelle prime «state constitutional provisions». J.W. Ely, *The Guardian of Every Other Right: A Constitutional History of Property Rights*, New York, Oxford University Press, 2007, pp. 26-28.
- ¹³ Durante il pur complesso e dibattuto iter ratificatorio della Costituzione tra il 1789 e il 1791, il V Emendamento e la «due process clause» non ebbero alcuna opposizione poiché, «reflecting a broad consensus on the centrality of private property in American life, these guarantees of property rights were not troubling to any segment of society» e che pertanto «the due process clause in time became the most significant constitutional guarantee of property rights». Ivi, pp. 32, 53, 55.
- ¹⁴ Questa espressione è definita ancora da Ely «the awkward phrase "police power"», un'espressione

- poco apprezzata per la sua inde-
terminatezza anche se, in conclu-
sione, «it traditionally included
the authority to protect public
safety, health, and morals by ap-
propriate laws». Ivi, p. 60.
- ¹⁵ T. Freyer, *Economic Liberty, An-
titrust, and the Constitution, 1880-1925*, in E. Franken Paul, H. Dickman (eds.), *Liberty, Property, and Government: Constitutional Interpretation Before the New Deal*, Albany, State University of New York, 1989, p. 192.
- ¹⁶ LW Levy, *The Law of the Common-
wealth and Chief Justice Shaw*, Cambridge, Harvard University Press, 1957, p. 280. Questo lega-
me non sarà esente da critiche, in
particolare nel corso della prima
metà del Novecento, su tutti M.
Lerner, *The Supreme Court and
American Capitalism*, in «Yale Law
Journal», vol. 42, 1933, n. 5, pp.
668-701.
- ¹⁷ Si tratta di una delle «clausole»
previste dall'Article 1, Section 8,
U.S. Constitution, e che ancora
"anima" il dibattito costituziona-
le americano, vd. B. Friedman,
D.T. Deacon, *A Course Unbroken: The Constitutional Legitimacy Of
The Dormant Commerce Clause*, in
«Virginia Law Review», vol. 97,
2013, n. 8, pp. 1877-1938.
- ¹⁸ M. Di Tommaso, M. Tassinari,
*Governo e industria negli Stati
Uniti. Le pratiche del passato e il
dibattito sulle politiche del presen-
te*, in «L'industria», Anno XXXV,
2014, n. 3, pp. 371-372. Sulla forte
influenza del repubblicanesimo
in parziale contrapposizione alla
teoria lockiana si rinvia nuova-
mente a Freyer, *Economic Liberty*
cit., in particolare le pp. 189 ss.
- ¹⁹ A metà secolo il nesso libertà-
proprietà raggiunge il suo culmi-
ne quando «judges increasingly
invoked substantive due process
to defend property rights against
economic regulations», come nel
caso della sentenza *Wilkinson v.
Leland*, 27 U.S. 627 (1829) in cui
si arrivò persino ad affermare che
«the rights of personal liberty
and private property should be
held sacred». Non indifferente
fu anche il ruolo della dottrina,
per esempio il «Commentaries
on American Law 1826-1830» di
James Kent che definiva l'acqui-
sizione e il godimento della pro-
prietà come «absolute rights of
individuals». Ely, *The Guardian of
Every Other Right* cit., p. 80.
- ²⁰ G. Bognetti, *Proprietà e libertà (a
proposito delle strutture giuridi-
che dell'economia americana)*, in
«Studi parlamentari e di politica
costituzionale», Anno IX, 1976,
n. 32/33, pp. 14, 15.
- ²¹ Anche l'applicazione in tal senso
dell'emendamento è stata egual-
mente "controversa" e, come
ripercorso da molta storiogra-
fia, decisamente attenuato dalla
stessa giurisprudenza della Cor-
te Suprema (cfr., su tutti, M.J.
Klarman, *From Jim Crow to Civil
Rights: The Supreme Court and The
Struggle for Racial Equality*, New
York, Oxford University Press,
2004) e persino da una larga
parte della dottrina progressi-
sta di inizio Novecento (si veda,
per esempio, D.W. Southern, *The
Progressive Era and Race: Reaction
and Reform, 1900-1917*, Wheeling,
Harlan Davidson, 2005). Pur non
potendo ripercorrere qui il com-
plicato "cammino" delle libertà
civili e politiche della popolazio-
ne di colore negli Stati Uniti, è
però opportuno segnalare, come
ben riassunto da Herbert Hoven-
kamp, che «the Fourteenth
Amendment protected blacks
politically but not socially», cfr.
Hovenkamp, *The Opening of Ameri-
can Law*, p. 62.
- ²² Come evidenziato dalla senten-
za *Munn v. Illinois* che andremo
ora ad analizzare, cfr. 94 U.S. 124
(1876).
- ²³ 94 U.S. 126 (1876).
- ²⁴ 94 U.S. 132 (1876).
- ²⁵ 94 U.S. 135 (1876).
- ²⁶ 94 U.S. 130 (1876).
- ²⁷ 94 U.S. 136 (1876).
- ²⁸ 94 U.S. 141, 142, 139 (1876). Per
Field ciò non significava l'impos-
sibilità di una proprietà pubblica,
al contrario, lo Stato era titolare
di tale prerogativa proprietaria;
ciò che si negava era la confusione
dei due piani: «Unless the prop-
erty was thus dedicated, or some
right bestowed by the government
was held with the property, either
by specific grant or by prescrip-
tion or so long a time as to imply a
grant originally, the property was
not affected by any public interest
so as to be taken out of the cate-
gory of property held in private
right».
- ²⁹ 94 U.S. 140 (1876).
- ³⁰ B.P. McAllister, *Lord Hale and
Business Affected With a Public In-
terest*, in «Harvard Law Review»,
vol. 43, 1930, n. 5, p. 760. Il
precedente *Munn* venne, di fat-
to, superato già dopo pochi anni
dalla sentenza *Wabash, St. Louis
& Pacific Railway Company v. Il-
linois*, 118 U.S. 557 (1886); tutta-
via, la formula «business affected
with public interest» continuò
ad avere una propria evoluzione
indipendente da tali decisioni
che ebbero invece maggiore im-
portanza nel definire la rilevanza
della «commerce clause» e nel
favore l'evoluzione di una rego-
lazione a livello federale di natura
amministrativa.
- ³¹ Ivi, pp. 767-768.
- ³² Walton H. Hamilton, economi-
sta e docente presso la Yale Law
School, fu uno dei fondatori della
corrente dello «institutionalism»
determinante nella trasforma-
zione della cultura giuridica
americana tra gli anni Venti e
Trenta del Novecento. Cfr. G.M.
Hodgson, «Institution» by Walton
H. Hamilton (1932), in «Journal of
Institutional Economics», vol. 1,
2005, n. 2, pp. 233-244.
- ³³ W.H. Hamilton, *Affectation with
Public Interest*, in «Yale Law Re-
view», vol. 39, 1930, n. 8, p. 1092.
- ³⁴ Ivi, pp. 1096, 1097. «Thus "pub-
lic use" becomes the invitation to
regulation», concludeva molto
nettamente Hamilton.
- ³⁵ Ivi, p. 1098.
- ³⁶ Hamilton, *Affectation with Public
Interest* cit., p. 1098.
- ³⁷ R.L. Hale, *Rate Making and the*

Revision of Property Concept, in «Columbia Law Review», vol. 22, 1922, n. 3, pp. 209-216. Secondo Hale il «business affected with public use», adesso limitato al campo delle utilities, poteva costituire un terreno fertile per operare una revisione del concetto di proprietà in senso lato, così da privarlo di quei caratteri che attraverso la tutela giurisdizionale lo avevano reso sempre più un privilegio e sempre meno un diritto, un vero e proprio «discretionary power over the rights and duties of others». (Ivi, pp. 212, 214). Soltanto in una sentenza scritta dal giudice Joseph McKenna nel 1914, *German Alliance Ins. Co. v. Lewis*, 233 U.S. 389 (1914), si ebbe un «coraggioso» quanto isolato tentativo di scindere l'espressione «public use» dalle «public utilities», recuperando il senso ampio della pronuncia di Waite del 1876 e spostando il focus dalla tutela della proprietà all'attività economica in sé: l'attività (in questo caso un'assicurazione) che aveva effetti sul «pubblico» – sosteneva McKenna – era sempre in un certo senso «pubblica». Hamilton confidava che da tale pronuncia potesse aprirsi una stagione nuova per la regolazione in America: «the result is a general, if indefinite, invitation to the legislature to extend price control -where public concern demands it». Cfr. W.H. Hamilton, *Affection with Public Interest*, cit., p. 1099. Si segnala qui anche la sentenza *Block v. Hirsh* 256 U. S. 135 (1921), che – sempre citando Hamilton – «with the help of the word "emergency"» permise al giudice Holmes di riconoscere la validità di una norma che imponeva una limitazione ai prezzi di locazione, anche se ciò avvenne soprattutto in ragione della natura eccezionale di tale disposizione, «only a temporary one to tide over the emergency» (McAllister, *Lord Hale* cit., p. 773). In queste due pronunce si può intravedere l'apertura di alcu-

ne «crepe» nel comunque solido edificio liberale americano, non ancora sufficienti però a condurre la Corte a un rovesciamento delle sue posizioni a tutela dell'individualismo proprietario e del laissez-faire, tanto che – concludeva Hamilton – «the opinion of Mr. Justice McKenna still remains in the records though today it is cited by the court only to be distinguished». Cfr. Hamilton, *Affection with Public Interest* cit., p. 1099.

³⁸ McAllister, *Lord Hale* cit., p. 774.

³⁹ 262 U.S. 535 (1923).

⁴⁰ È il caso, per esempio, dell'esperienza tedesca che nella Costituzione della Repubblica di Weimar, all'art. 153, vede sancito il principio per cui la proprietà «obbliga»: «Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste».

⁴¹ Cfr. Hamilton, *Affection with Public Interest* cit., p. 1101. Nonostante la Corte avesse infatti stabilito che «the public is concerned about all lawful business because it contributes to the prosperity and well being of the people», l'opposta conclusione cui si pervenne fu che «in nearly all the businesses included under the third head above, the thing which gave the public interest was the indispensable nature of the service and the exorbitant charges and arbitrary control to which the public might be subjected without regulation» (262 U. S. 536, 538 (1923); di conseguenza, McAllister notava come «in short, we are right back to the test of monopoly, which we had thought was definitely repudiated in the Brass case and in the insurance case, if it ever existed as anything more than a convenient argument». McAllister, *Lord Hale* cit., p. 775.

⁴² Hamilton, *Affection with Public Interest* cit., p. 1102.

⁴³ A.T. Hadley, *Private Monopolies and Public Rights*, in «The Quarterly Journal of Economics», vol. 1, 1886, n. 1, p. 28.

⁴⁴ Si trattava di un movimento nato dopo la guerra civile dalla necessità di organizzare e riformare il mondo agrario americano, anch'esso minacciato dalla tendenza monopolistica dell'epoca. L'universo agrario non fu l'unico interessato da fermenti politici e intellettuali: un altro esempio di correnti e movimenti dell'epoca è infatti rappresentato dal Greenback Party che avanzò una campagna in materia monetaria, in particolare contro il gold standard. Molti dei suoi componenti e le stesse idee guida del movimento finirono per confluire all'interno del Partito Democratico, influenzandone le politiche e portandolo su posizioni antimonopoliste che lo caratterizzarono a lungo. Cfr. L. Phillips Sawyer, *American Fair Trade. Proprietary Capitalism, Corporatism, and the "New Competition" (1890-1940)*, New York, Cambridge University Press, 2018, p. 72.

⁴⁵ Ivi, p. 74.

⁴⁶ P.L. Murphy, *Holmes, Brandeis, and Pound: Sociological Jurisprudence as a Response to Economic Laissez-Faire*, in Franken Paul, Dickman (eds.), *Liberty, Property, and Government* cit., p. 42.

⁴⁷ Hadley, *Private Monopolies and Public Rights* cit., p. 28.

⁴⁸ Ivi, p. 35. Sul punto vd. anche Ely, *The Guardian of Every Other Right* cit., pp. 100 ss.; L. Phillips Sawyer, *American Fair Trade* cit., pp. 76 ss.

⁴⁹ Ely, *The Guardian of Every Other Right* cit., p. 100. Nonostante tale ridimensionamento l'agenzia continuò a operare e già nel 1906 con l'emanazione dello Hepburn Act vide in parte estendere le proprie competenze; per molto tempo ancora «the commission remained politically fragile» e la vera «svolta» si avrà solo negli anni Trenta. Cfr. Phillips Sawyer, *American Fair Trade* cit., p. 77.

⁵⁰ Phillips Sawyer, *American Fair Trade* cit., pp. 29-30.

⁵¹ Per una più articolata ricostruzione delle vicende che deter-

minarono la formazione di una peculiare disciplina antitrust in America si rinvia all'originale lavoro appena citato di Laura Phillips Sawyer, in cui si evidenzia la presenza di soluzioni radicalmente diverse (per esempio, lo sviluppo dell'associazionismo industriale o di c.d. «horizontal combinations») rispetto allo sviluppo delle grandi *corporations*, tradizionalmente considerate il modello organizzativo tipico dell'industria americana, cfr. Ivi, pp. 36 ss.

⁵² Ely, *The Guardian of Every Other Right* cit., pp. 88, 89.

⁵³ Phillips Sawyer, *American Fair Trade* cit., p. 35.

⁵⁴ Lo stesso status giuridico di *corporation* era regolato da norme statali, le c.d. «general incorporation laws», emanate nel tentativo di «democratizzare» la presenza di queste peculiari persone giuridiche sul mercato e bilanciare, così, i vantaggi che ricavano dalla stessa forma societaria, definendone al contempo limiti e obblighi: ciò permise agli stati di avere (per lo meno inizialmente) vita facile nella regolamentazione delle imprese, minacciando il ritiro dello status di *corporation* qualora si fosse individuato un comportamento lesivo (comunque sempre accertato nel caso di formazione di monopoli o trust), tanto dell'interesse della personalità «collettiva» e autonoma della società, quanto del più generale «public interest». Ivi, pp. 57, 58, 62.

⁵⁵ Lo statuto del New Jersey «was consistent with the Constitution's sanction of private rights» e, proteggendo la libertà contrattuale e la proprietà, consentiva a una società registrata («incorporated») in uno stato di acquisire le quote di società registrate in altri stati; negli stessi anni, invece, altre normative statali e giudici locali sostennero l'opposta necessità di tutela degli interessi minoritari cercando di tutelare quei «republican values» che conside-

ravano interdipendenti «private rights and the public interest». T. Freyer, *Economic Liberty*, cit., pp. 199, 200. In alcuni settori economici, invece, si svilupparono modelli diversi di «business organization» rispetto a quello dei trust e delle holding, (vd *supra* nota 51) contribuendo al dibattito formativo delle leggi antitrust. Anche per questo in quegli anni la giurisprudenza ridefinì tanto il significato di monopolio quanto quello di «reasonableness in competition policy», non solo in relazione ai trust ma anche le forme diverse di organizzazione come quelle delle associazioni industriali: «by 1911 the Court had established a new equilibrium in political economy, though one that remained contested through the New Deal era», Phillips Sawyer, *American Fair Trade* cit., pp. 67, 68.

⁵⁶ Ivi, pp. 88, 89.

⁵⁷ Sull'interpretazione dello Sherman Act si invita alla lettura di Freyer, *Economic Liberty*, cit., e, ancora una volta, di Phillips Sawyer, *American Fair Trade* cit., in particolare le pagg. 89, 91, 104. La vicenda Sugar Trust è secondo Phillips Sawyer un fulgido esempio di questa incapacità (o non volontà) di combattere le grandi concentrazioni economiche a livello giurisdizionale. Al contrario la Corte, una volta affermata «the "literalist" interpretation» che la rendeva competente in tutti casi di price-fixing perché essi costituivano una «direct restraint on interstate commerce», e dopo aver creato la clausola di illegittimità degli accordi di cartello c.d. «per se», fu in grado di avvertire tutte quelle esperienze di «industry self-regulation» che erano contrariamente consentite a livello statale attraverso peculiari «vertical agreements» tra produttori e rivenditori (cfr. Dr. Mile Medical Company v. John D. Park & Sons, 220 US 373 (1911), ivi commentata a pp. 99 ss.).

⁵⁸ Bognetti, *Proprietà e libertà* cit., p. 27.

⁵⁹ 198 U.S. 53 (1905).

⁶⁰ 198 U.S. 59 (1905).

⁶¹ 198 U.S. 52 (1905). Si interrogava sul punto la Corte: «is this a fair, reasonable and appropriate exercise of the police power of the State, or is it an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right of the individual to his personal liberty or to enter into those contracts in relation to labor which may seem to him appropriate or necessary for the support of himself and his family? Of course, the liberty of contract relating to labor includes both parties to it. The one has as much right to purchase as the other to sell labor». 198 U.S. 56 (1905).

⁶² 198 U.S. 57 (1905).

⁶³ 198 U.S. 75-76 (1905).

⁶⁴ 198 U.S. 64 (1905).

⁶⁵ Ely, *The Guardian of Every Other Right* cit., p. 107.

⁶⁶ Ivi, pp. 123, 122.

⁶⁷ Il successo storiografico della sentenza *Lochner* è andato ben oltre l'uso che ne è stato fatto per classificare i primi decenni del secolo scorso. Tale pronuncia, infatti, si è prestata nel secondo dopoguerra anche a letture revisioniste in chiave neoliberalista (Chicago School) e originalista, verso un recupero delle formulazioni "autentiche" della «due process» e della «contract clause», vd. M.C. Porter, *Lochner and Company: Revisionism Revisited*, in E. Franken Paul, H. Dickman (eds.), *Liberty, Property, and Government*, cit., pp. 11-38; H. Schweber, *Lochner v. New York and the Challenge of Legal Historiography*, in «Law & Social Inquiry», vol. 39, 2014, n. 1, pp. 242-274.

⁶⁸ Bognetti, *Proprietà e libertà* cit., p. 11. L'A. insiste molto, forse persino troppo, sulla natura "conservatrice" del giudice costituzionale americano notando in conclusione come «la Corte di dimostrò guardiana attenta affinché non ne soffrissero in alcun modo le preminenti ragioni della proprietà, dell'iniziativa economica

- e dell'autonomia negoziale o "libertà di contratto". Ivi, p. 19.
- ⁶⁹ Murphy, Holmes, Brandeis, and Pound cit., p. 40.
- ⁷⁰ Ivi, p. 44.
- ⁷¹ Ivi, p. 45.
- ⁷² G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, il Mulino, 2001, p. 45. Vd. anche Murphy, Holmes, Brandeis, and Pound cit., p. 42, e D.R. Brand, *Corporatism and the Rule of Law: a Study of the National Recovery Administration*, Ithaca, Cornell University Press, 1988, p. 38.
- ⁷³ Brand, *Corporatism and the Rule of Law* cit., p. 36.
- ⁷⁴ «The life of the law has not been logic: it has been experience», sentenza Holmes (O.W. Holmes, *The Common Law* (1881), in M. Lerner (ed.), *Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters, and Judicial Opinions*, Boston, Little, Brown and Company, 1946, cit., p. 51). La citazione è riportata anche in Brand, *Corporatism and the Rule of Law* cit., ove viene considerata una delle prime declinazioni giuridiche delle teorie filosofiche pragmatiste in America. Sull'influenza del pragmatismo sulle correnti giuridiche americane novecentesche vd anche J. Wang, *Imagining the Administrative State: Legal Pragmatism, Securities Regulation, and New Deal Liberalism*, in «The Journal of Policy History», vol. 17, 2015, n. 3, pp. 257-293.
- ⁷⁵ Murphy, Holmes, Brandeis, and Pound cit., p. 49.
- ⁷⁶ R. Pound, *Mechanical Jurisprudence*, in «Columbia Law Review», vol. VIII, 1908, n. 8, p. 606.
- ⁷⁷ R. Pound, *The Need of a Sociological Jurisprudence*, in «Green Bag», vol. 19, 1907, n. 10, p. 610.
- ⁷⁸ Ivi, pp. 610, 612, 611.
- ⁷⁹ Pound, *Mechanical Jurisprudence* cit., pp. 609-610.
- ⁸⁰ Ivi, p. 615. Forte è in Pound la convinzione che il diritto dovesse intervenire a regolare le evoluzioni sociali e non arrendersi a

- rincorrerle o persino arginarle: «Political and juridical development were necessary before industrial and social development» (vd. Id., *The Need of a Sociological Jurisprudence*, cit., p. 608). Sul punto cfr. anche Murphy, Holmes, Brandeis, and Pound cit., p. 58.
- ⁸¹ Pound, *The Need of a Sociological Jurisprudence* cit., p. 614. «The obvious reason is that the people do not feel that jurisprudence is doing anything for them», sentenza Pound (p. 608).
- ⁸² Pound, *Mechanical Jurisprudence* cit., p. 622.
- ⁸³ Dopo aver, in parte, già esteso la portata della «commerce clause» con la sentenza *Champion v. Ames* del 1903 («the Court recognized the existence of a federal police power, thus allowing Congress to enter fields that hitherto had been in the states' exclusive domain», Ely, *The Guardian of Every Other Right*, cit., p. 114), la Corte, con la pronuncia *Swift & Co. v. United States* (1905), stabiliva una «stream of commerce doctrine», ossia affermava che un accordo di cartello su un'attività economica, per quanto efficace solo a livello intra-statale, produceva comunque effetti distorsivi di natura «not accidental, secondary, remote or merely probable» sul mercato nazionale, cfr. 196 U.S. 397 (1905). Di conseguenza si rintracciava un'estesa competenza federale in materia (grazie alla «commerce clause») che permetteva di regolare gran parte dell'economia nazionale e applicare, nel caso di specie, l'anti-trust Act. Questa serie di pronunce nel giro di pochi anni sono la dimostrazione che la Corte, pur guardando alla regolazione con «sospetto», mantenne comunque un atteggiamento «ambivalent toward economic regulations and used judicial review selectively», Ely, *The Guardian of Every Other Right* cit., p. 104.
- ⁸⁴ Ivi, p. 105.
- ⁸⁵ Nella Progressive Era la «maledizione della grandezza» paventata

- da Brandeis – «the adamant foe of bigness» – viene accolta dalle agende politiche americane in forme diverse. Su tutti, per esempio, Woodrow Wilson affermava: «I'm for big business and I'm against the trusts», palesando un'ambiguità di fondo che cercava di tenere insieme i «benefits» derivanti da un'economia fondata sulla «large-scale enterprise», la lotta agli abusi e le relative esternalità negative (Freyer, *Economic Liberty* cit., pp. 204-207). Sulla diversità che attraversano il comune campo dei progressisti americani, si veda anche quanto ricostruito in Brand, *Corporatism and the Rule of Law* cit., pp. 61 ss., che esemplifica tale eterogeneità con lo scontro elettorale del 1912 tra due candidati (ed entrambi futuri presidenti): Woodrow Wilson, da un lato, e Theodore Roosevelt, dall'altro. In ogni caso, «they disagreed over regulatory strategies, but not over the need for regulation».
- ⁸⁶ T.K. McCraw, *Prophets of regulation*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1984. Già nel 1931, Max Lerner ricostruendo la carriera dell'allora Justice Brandeis, poteva sottolineare come egli fosse «specialized to advocacy and judicial decision and not philosophizing», attento più alla soluzione di casi concreti che alla elaborazione di un metodo. Pur privo di coerenza teorica, nei suoi anni alla Corte tale atteggiamento gli permise, tuttavia, di affrontare e risolvere «the gravest problems the Court has had to face» ed essere «remarkably successful». M. Lerner, *The Social Thought of Mr. Justice Brandeis*, in «Yale Law Journal», vol. 41, 1931, n. 1, pp. 1-32.
- ⁸⁷ Murphy, Holmes, Brandeis, and Pound cit., p. 54.
- ⁸⁸ L'espressione è ripresa nuovamente dal testo di Murphy che conclude argutamente «the consumer, needless to say, was not Brandeis's ideal American».
- ⁸⁹ D.R. Richberg, *The Industrial*

- Liberalism of Justice Brandeis*, in «Columbia Law Review», vol. 31, 1931, n. 7, p. 1095.
- ⁹⁰ L.D. Brandeis, *The Living Law*, in «Illinois Law Review», vol. 10, 1916, n. 7, p. 470.
- ⁹¹ Ely, *The Guardian of Every Other Right* cit., pp. 115, 116.
- ⁹² Murphy, *Holmes, Brandeis, and Pound* cit., p. 54. «While the Federal Trade Commission Act created an administrative agency empowered to determine the parameters of "unfair competition", it remained unclear how the FTC would exercise its authority», Phillips Sawyer, *American Fair Trade* cit., p. 184.
- ⁹³ Richberg, *The Industrial Liberalism of Justice Brandeis* cit., p. 1100.
- ⁹⁴ Ely, *The Guardian of Every Other Right* cit., p. 116.
- ⁹⁵ Brandeis offrì qui un'opposta lettura sottolineando i difetti della competizione distruttiva nella propria *dissenting opinion*, 285 U.S. 280-311 (1932).
- ⁹⁶ 291 U.S. 508 (1934).
- ⁹⁷ 291 U.S. 518 (1934).
- ⁹⁸ 291 U.S. 523 (1934).
- ⁹⁹ La «general welfare clause» è la prima delle «clausole» contenute nell'Article 1, Section 8, U.S. Constitution, e che fa riferimento alle competenze federali «to lay and collect taxes, duties, imposts and excises» al fine di garantire proprio «the common defense and general welfare of the United States».
- ¹⁰⁰ 291 U.S. 524-525 (1934).
- ¹⁰¹ 291 U.S. 536, 531, 535 (1934).
- ¹⁰² 291 U.S. 537 (1934).
- ¹⁰³ Ely, *The Guardian of Every Other Right* cit., p. 128.
- ¹⁰⁴ 291 U.S. 525 (1934).
- ¹⁰⁵ La frase è ripresa dalle dichiarazioni di Roosevelt alla stampa del maggio 1935 con cui è stato aperto questo contributo. Si trattava, in particolare, di una delle tante richieste di intervento da parte dei cittadini che il presidente asseriva di aver ricevuto durante gli anni di attività della NRA, cfr. F.D. Roosevelt, *Press Conference*, (May 31, 1935), cit.
- ¹⁰⁶ Il riferimento è, in particolare, alla esperienza della Reconstruction Finance Corporation, istituita per permettere un coordinamento e un sostegno del settore creditizio, e interamente fondata sul modello dell'associazionismo privato e della self-regulation. Si trattava di un versante, tanto teorico quanto pratico, sviluppato proprio da Hoover nel corso degli anni Venti in parallelo con la teoria del fair-trade di Brandeis e che vedeva nella «scientific rationalization» e nel «social engineering» strumenti di governo utili e, al contempo, capaci di non reprimere, con l'opposta affermazione di un «big government», gli apporti individuali (e individualistici) dell'impresa privata. Cfr. E.W. Hawley, *Herbert Hoover, the Commerce Secretariat, and the Vision of an "Associative State"*, 1921-1928, in «The Journal of American History», Vol. 61, 1974, n. 1, pp. 116-140; J.S. Olson, *Saving Capitalism: The Reconstruction Finance Corporation and the New Deal, 1933-1940*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1988; Phillips Sawyer, *American Fair Trade* cit., pp. 149-195, 263-264.
- ¹⁰⁷ F.D. Roosevelt, *Campaign Address on Progressive Government at the Commonwealth Club in San Francisco* (California, September 23, 1932), G. Peters, J.T. Woolley, «The American Presidency Project» cit.
- ¹⁰⁸ R.L. Stern, *That Commerce Which Concern More States Than One*, in «Harvard Law Review», vol. 47, 1934, n. 8, p. 1335.
- ¹⁰⁹ C.L. Dearing, *The ABC of the NRA*, Washington D.C., The Brookings Institution, 1934, p. 27.
- ¹¹⁰ Gallagher, *Government Rules Industry* cit., pp. 134-135.
- ¹¹¹ Stern, *That Commerce* cit., pp. 1341, 1342.
- ¹¹² Ivi, pp. 1344-1345.
- ¹¹³ Per Stern questa ricerca della novità significava in verità un "ritorno alle origini": «The time has now arrived for the Court to cut loose from the "old" approach and to select the "new" one marked out by the fathers of the Constitution, by the first great expounder of that document, by the Court's own holdings, and by its present chief». A suo avviso «the entire purpose of the fathers was to give the national government the powers which must be vested in a central authority "to promote the general welfare" of the union», come ben emergeva sia nei lavori della costituente sia nelle prime sentenze della Corte, e così «he Court can avoid the possibility of placing the nation in a defenseless position by returning to the original conception of the commerce clause». Ivi, pp. 1363, 1366.
- ¹¹⁴ Ivi, p. 1364.
- ¹¹⁵ W.H. Hamilton, *The Problem of Anti-Trust Reform*, in «Columbia Law Review», vol. 32, 1932, n. 2, p. 173.
- ¹¹⁶ Ivi, pp. 175-176.
- ¹¹⁷ Ivi, pp. 177, 178.
- ¹¹⁸ *Developments in the Law, Unfair Competition - 1932*, in «Harvard Law Review», vol. 46, 1933, n. 7, p. 1201. Lo stesso rapporto segnala come corpi amministrativi incaricati di condurre una regolazione della produzione e del commercio stavano sorgendo e funzionando a livello statale, segnalando un processo confermato e sostenuto dalla Corte nella sentenza *Nebbia* dell'anno successivo.
- ¹¹⁹ C.R. Sunstein, *Constitutionalism after the New Deal*, in «Harvard Law Review», vol. 101, 1987, n. 2, p. 433.
- ¹²⁰ Brand, *Corporatism and the Rule of Law* cit., p. 52.
- ¹²¹ Wang, *Imagining the Administrative State* cit., p. 261.
- ¹²² Brand, *Corporatism and the Rule of Law* cit., p. 49. Quello di «corporativismo» nel Novecento è un termine, un concetto «polisemico» e di non facile definizione (vd. M. Pasetti, *L'Europa Corporativa. Una storia transnazionale tra le due guerre mondiali*, Bolo-

gna, Bononia University Press, 2016, p. 11 ss.). Nella storiografia americana «l'utilizzazione della nozione di corporativismo, o corporatism, si arricchisce di diversi contributi»; in particolare, ha preso piede una lettura fondata su una diversa (rispetto all'Europa) «marginalizzazione del ruolo dello stato, sostituito dalla grande impresa monopolistica come ente promotore degli equilibri corporativi della società americana del xx secolo» (M. Vaudagna, *Corporativismo e New Deal. Integrazione e conflitto sociale negli Stati Uniti (1933-1941)*, Torino, Rosenberg & Sellier, 198, p. 39). Si tratta di una lettura che risente della forte influenza della teoria dell'impresa (A.A. Berle, G.C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, The Macmillan Company, 1932) e che, tuttavia, non è l'unica "tradizione" statunitense che vede nell'organizzazione della società lo strumento per (ri)costruire lo Stato: lo stesso «pragmatismo» già citato, lo «institutionalism» o lo «associational corporatism» furono tutte correnti che ebbero un loro immaginario specifico del corporativismo americano e tutte, in qualche modo, influirono sulle politiche del New Deal (cfr. E.W. Hawley, *Il New Deal e il problema del monopolio. Lo Stato e l'articolazione degli interessi nell'America di Roosevelt*, Bari, De Donato, 1981.; Phillips Sawyer, *American Fair Trade* cit.).

¹²³ J. Dewey, *The Public and Its Problem*, New York, Henry Holt and Company, 1927, p. 148.

¹²⁴ Sunstein, *Constitutionalism after the New Deal* cit., p. 433. Il "rifiuto" dell'ordine tradizionale per i new-dealers non significava un abbandono dei principi fondativi, ma di una precisa forma di indirizzo politico: «many New Deal reformers regarded the common law itself as a regulatory scheme, not as prepolitical, and asserted that the common law had proved wholly inadequate in this regu-

latory role». Ivi, cit., p. 437. Già negli anni '20, un "attacco" più deciso alla tradizione (non solo contro il formalismo ma anche al diritto naturale, appunto) aveva cominciato a delinarsi con l'emergere di una schiera di giuristi identificati come «realisti» e impegnati nel tentativo «to make of law a more useful and flexible instrument for the resolution of social conflicts» (vd Grant Gilmore), ma anche al sistema istituzionale e costituzionale vigente. Ancora una volta quella di Roscoe Pound si dimostra tra le voci più eminenti (suo ancora una volta, un "manifesto" della corrente: *The Call for a Realist Jurisprudence*, in «Harvard Law Review», vol. 44, 1931, n. 5, pp. 697-711), nel mettere in discussione la separazione e il bilanciamento dei poteri: «We have to combat the political theory and the dogma of separation of powers» (R. Pound, *The Spirit of the Common Law*, Francetown, Marshall Jones Company, 1921, p. 181). Non dovrà stupire allora l'emergere negli anni Trenta di numerose critiche mosse al realismo e al pragmatismo consistenti soprattutto in accuse di favorire derive autoritarie e anti-democratiche.

¹²⁵ Brand, *Corporatism and the Rule of Law* cit., p. 11.

¹²⁶ Degli autori citati si segnalano tre opere che nella loro diversità esemplificano le convinzioni teoriche e il diverso contributo offerto al programma rooseveltiano: R. Moley, *After Seven Years*, New York and London, Harper & Brothers Publishers, 1939; D.R. Richberg, *Government and Business Tomorrow. A Public Relations Program*, New York, Harper & Brothers Publishers, 1943; R.G. Tugwell, *The Industrial Discipline and the Governmental Arts*, New York, Columbia University Press, 1933.

¹²⁷ È il Capo V della seconda parte della Costituzione di Weimar dedicata ai «Diritti e doveri fondamentali dei tedeschi». Per una

ricostruzione della «ascesa» della rilevanza giuridico-costituzionale dell'economia nella tradizione giuridica continentale si veda B. Sordi, *La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 28, 1999, to. II, pp. 1039-1075.

¹²⁸ La Carta del lavoro del 1927 rappresenta, probabilmente, il "manifesto" più evidente dell'attenzione rivolta alla dimensione economica nel processo di costruzione dello Stato totalitario fascista.

¹²⁹ F. Frankfurter, *The Public and Its Government*, New Haven, Yale University Press, 1930, p. 4.

¹³⁰ Stern, *That Commerce* cit., p. 1362.

¹³¹ Le questioni di compatibilità delle agenzie col sistema democratico americano erano, infatti, tutt'altro che soppite. A evidente dimostrazione della rilevanza di tale tema tra i giuristi americani si possono qui richiamare per tutti le contrapposte visioni di Roscoe Pound (*Administrative Agencies and the Law*, New York, National Industrial Conference Board Inc., 1946) e James Landis (*The Administrative Process*, New Haven, Yale University Press, 1938), così come la creazione, sul finire degli anni Trenta, dello «Special Committee on Administrative Law» da parte dell'American Bar Association (ABA). L'approdo conclusivo di tale dibattito è, evidentemente, l'emanazione dell'Administrative Procedure Act (APA) nel 1946.

¹³² S. Skowronek, *Building a New American State. The Expansion of National Administrative Capacities 1877-1920*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 287. La "traslazione" dal potere giurisdizionale a quello amministrativo ebbe il "demerito" di marginalizzare (forse eccessivamente, secondo Skowronek) il ruolo delle corti, in particolare con riferimento alle politiche economiche. Il New Deal porterà a maturazione

Malpassi

tale "rivoluzione" tanto culturale quanto politica, in parte realizzata anche attraverso il potere presidenziale di nomina dei giudici e che portò all'affermazione di una maggioranza teorica nuova tra questi, tanto da poter concludere che «by the early 1940s, Roosevelt's judicial appointees had destroyed substantive due process», R.E. Schiller, *The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law*, in «Michigan Law Review», vol. 106, 2007, n. 3, p. 432.

¹³³ S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 77 e 78.

¹³⁴ Il riferimento è alla sentenza *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), con la quale si dichiarò la costituzionalità di una norma che imponeva dei minimi salariali realizzando un ribaltamento di equilibri tra i giudici conservatori e "progressisti" della Corte noto anche come «the switch in time that saved nine», rendendo per lo più inutile il tentativo di riformare la Corte da parte di Roosevelt. La questione è stata ampiamente scandagliata dalla storiografia americana che ne ha offerto diverse, e spesso contrastanti, chiavi di lettura. Per tale ragione in questa sede ci limitiamo a rimandare a tale letteratura e, in particolare, D.E. Kyvig, *The Road Not Taken: FDR, the Supreme Court and Constitutional Amendment*, in «Political Science Quarterly», vol. 104, 1989, n. 3, pp. 463-481, e W.E. Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn. The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, New York, Oxford University Press, 1995; B. Cushman, *Rethinking the New Deal Court. The structure of a Constitutional Revolution*, New York, Oxford University Press, 1998.

¹³⁵ Sunstein, *Constitutionalism after the New Deal* cit., p. 424.

¹³⁶ Ivi, p. 438.

¹³⁷ Mentre a livello statale ciò può, in alcuni casi, emergere dalla presenza e sopravvivenza di quei board capaci di mettere insieme interessi privati, pubblici e interessi collettivi che costituivano delle "little NRAs" (Phillips Sawyer, *American Fair Trade*, cit., p. 299), a livello federale elementi corporativi sopravvissero alla fine della NRA, assumendo una peculiare dimensione a livello amministrativo. Le vicende (seppur diverse tra loro) di SEC, NLRB, e FTC, sono tutte – a nostro avviso – una riprova della capacità del corporativismo di assumere una veste "istituzionale", in grado nel tempo di evolversi e radicarsi nel sistema americano.

¹³⁸ Cushman, *Rethinking New Deal Court* cit., p. 41. La storia giurisdizionale del New Deal, conclude efficacemente Cushman, non ci mostra tanto (o non soltanto) un improvviso riposizionamento politico dei giudici (come troppo spesso è stato ricostruito dalla storiografia); al contrario quella della "New Deal Court" rappresenta «the more complex story of how a structurally interdependent system of thought gradually unraveled over the first forty years of the twentieth century, and how, after it had unraveled so far as to become completely unserviceable, it was abandoned by a generation of jurists with no stake in salvaging its remains». Ivi, p. 43.