

Unitary executive claims e tutela dei consumatori nel settore finanziario alla luce della sentenza Seila Law

di Paola Valerio

Abstract: Unitary executive claims and consumer protection in the financial sector in the light of *Seila Law*— In June 2020 the Supreme Court of the United States issued a critical decision in the case *Seila Law LLC v. Consumer Financial Protection Bureau*, 591 U.S. ____ (2020). The ruling held 5-4 that the single-Director structure of the CFPB, an independent agency established through the 2010 Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, violates the Constitution's separation of powers. It also ruled 7-2 that the proper remedy is to sever the Director's statutory for cause removal restriction, thereby making the Director removable by the President at will. This paper aims to address the main traits of the decision. After a brief introduction, and an outline on the role and history of the CFPB, attention is given to the 'unitary executive theory' and its implementation in the Court's reasoning. Thence, by commenting on the role of analogous independent bodies in the Italian and European experience, the paper remarks the threats the ruling poses to an effective and enabling regulation in the financial sector.

3255

Keywords: United States; Supreme Court; independent agencies; unitary executive; consumer financial protection.

1. Introduzione

Negli ultimi anni le numerose strutture che costituiscono l'administrative state statunitense si sono trovate spesso coinvolte in delicate controversie dinanzi alle autorità giudiziarie. Esaminando il contenzioso si osserva che accanto alle tradizionali contestazioni dei più vari profili di illegittimità nei provvedimenti emanati, necessariamente legate alle riflessioni sui confini del sindacato effettuato dalle corti¹, si è consolidato un sempre più consistente filone di dispute sostenute dalle denunce di illegittimità delle strutture stesse, per come concepite e organizzate nelle leggi emanate dal Congresso, alla luce dei principi delineati dalla Costituzione². In quest'ultimo ambito si colloca la battaglia portata avanti dalla

¹ Tra i casi di maggior rilievo decisi dalla Corte Suprema ci si limita a segnalare *Michigan v. Environmental Protection Agency*, 576 U.S. ____ (2015), *FERC v. Electric Power Supply Ass'n*, 577 U.S. ____ (2016), *Kisor v. Wilkie*, 588 U.S. ____ (2019), e le questioni ivi richiamate.

² Ampie riflessioni in merito sono state proposte in P. Hamburger, *Is Administrative Law Unlawful?*, Chicago, 2015, su cui si vedano anche le considerazioni in A. Vermule, *'No' Review of Philip Hamburger, 'Is Administrative Law Unlawful?'*, 93 *Tex. L. Rev.* 1547 (2015); si segnalano, inoltre, G. Metzger, *The Supreme Court 2016 Term – Foreword: 1930s Redux: The Administrative State Under Siege*, 131 *Harv. L. Rev.* 1 (2017); Id., *The Roberts Court and Administrative Law*, 2019 *Sup. Ct. Rev.* 1 (2019); N. Palazzo, *Tiptoeing on the Edge of the Law:*

società Seila Law LLC, sottoposta ad un procedimento di controllo da parte del Consumer Financial Protection Bureau (di seguito CFPB o Bureau) successivamente sfociato nel caso giudiziario in commento.

Convenuta dinnanzi alla Southern Division della District Court for the Central District of California per non aver prodotto la documentazione richiesta dal CFPB nell'ambito del procedimento, la società si è difesa contestando, in prima battuta, la legittimità costituzionale dell'assetto organizzativo dell'autorità procedente. I rilievi più insistenti hanno riguardato, in particolare, la previsione della “*for-cause protection from removal*” a favore del direttore unico posto al vertice dell'autorità, ossia la scelta legislativa di impedire al Presidente degli Stati Uniti di rimuovere tale direttore laddove non fosse riscontrabile una giusta causa (intendendosi per giusta causa episodi di “*inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office*”)³. Tale protezione, a favore di un'agenzia che esercita ampi poteri finalizzati all'attuazione delle leggi, secondo la parte convenuta avrebbe rappresentato una lesione delle prerogative del potere esecutivo da parte del Congresso, e avrebbe dunque determinato l'illegittimità costituzionale del CFPB e del suo operato⁴.

La District Court ha valutato la questione alla luce dello standard indicato nella sentenza *Morrison v. Olson*⁵ e ha concluso – piuttosto concisamente – che la protezione accordata al direttore del CFPB non lede l'esercizio del potere esecutivo da parte del Presidente, né il suo compito di curare la fedele esecuzione delle leggi secondo la *Take Care Clause*. Resterebbe dunque impregiudicato il principio costituzionale della separazione dei poteri⁶.

Nel secondo grado di giudizio la Court of Appeals for the Ninth Circuit ha riconosciuto che il direttore del CFPB esercita poteri riconducibili alla sfera dell'*executive power* (analogamente ai direttori dei Dipartimenti dell'*Executive branch*, alcuni dei quali effettivamente sostituibili secondo la volontà del Presidente). Tuttavia, ha precisato che i precedenti della Corte Suprema più rilevanti sul punto depongono a favore della legittimità costituzionale della struttura del Bureau, essendo quest'ultimo, come le altre agenzie indipendenti, dotato altresì di rilevanti poteri connotati come “*quasi-legislative*” o “*quasi-judicial*”,

How Trump Is Fighting the Regulatory State, in G. F. Ferrari (Ed.), *The American Presidency under Trump: The First Two Years*, The Hague, 2020, 33-47.

³ 12 U.S.C. §5491(c)(3). Sulla normativa in esame si veda *infra*, par. 2.

⁴ *CFPB v. Seila Law LLC*, No. 8:17-cv-01081 (C.D. Cal. July 21, 2017), ECF No. 20, *Opp'n at* 3-7.

⁵ 487 U.S. 654 (1988). In *Morrison* la Corte Suprema aveva confermato la legittimità della struttura dell'*Office of Independent Counsel*, creato dal Congresso verso la fine degli anni Settanta affinché si occupasse delle attività d'indagine nei confronti di individui che ricoprivano ruoli di rilievo nel governo federale. Secondo l'opinione della maggioranza la previsione della sola rimozione del Counsel per giusta causa si rendeva necessaria per garantire l'indipendenza dell'autorità, e in ogni caso non costituiva una appropriazione dei poteri dell'Esecutivo da parte del Congresso. La nomina del Counsel veniva infatti affidata all'*Attorney General* e il Congresso si limitava a ricevere comunicazioni e a supervisionare l'operato secondo quanto di propria competenza.

⁶ *CFPB v. Seila Law, LLC*, No. 8:17-cv-01081-JLS-JEM, 2017 WL 6536586 (C.D. Cal. Aug. 25, 2017).

da esercitare necessariamente al di fuori del controllo presidenziale⁷. Peraltro, il Ninth Circuit ha ricordato che anche il D.C. Circuit si era già espresso in tal senso nell’analogo caso *PHH Corp. v. CFPB*, sottolineando come storicamente si sia scelto di ritagliare un certo margine di indipendenza dall’esecutivo per gli organi cui è deputato il delicato compito della regolazione del settore finanziario⁸.

Con la convinzione di poter ribaltare le determinazioni fin qui esposte, frutto di orientamenti giurisprudenziali condivisi e consolidati nel tempo, la parte soccombente si è rivolta alla Corte Suprema chiedendo (1) se il conferimento di un significativo potere esecutivo nelle mani del Consumer Financial Protection Bureau, agenzia indipendente guidata da un unico direttore, violi il principio della separazione dei poteri e (2) nel caso in cui si determini che il Consumer Financial Protection Bureau è incostituzionale per violazione di tale principio, se la previsione *ex* 12 U.S.C. §5491(c)(3) possa essere stralciata dal Dodd-Frank Act.

2. Il ruolo del CFPB

3257

Prima di ripercorrere il ragionamento della Corte in merito alle questioni appena menzionate, è opportuno fornire alcuni riferimenti a proposito dell’agenzia indipendente coinvolta nel giudizio e dell’attività da essa svolta.

Il Congresso ha istituito il CFPB nel 2010, nell’ambito della riforma volta a ridisegnare le tutele nel settore finanziario in risposta ai veri e propri disastri emersi con la crisi del 2007-2008 (il Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, altrimenti detto Dodd-Frank Act)⁹. Nelle norme istitutive¹⁰ il CFPB è espressamente definito come un bureau indipendente, seppur classificato come “Executive agency” e incardinato nel Federal Reserve System¹¹. Alle garanzie di indipendenza rispondono, sebbene in minima parte, le disposizioni che regolano la struttura dell’autorità: al suo vertice è preposto un direttore unico, nominato dal Presidente degli Stati Uniti con l’approvazione del Senato, che resta in carica per un periodo di cinque anni prorogabile solo in attesa della nomina di

⁷ *CFPB v. Seila Law LLC*, 923 F.3d 680 (9th Cir. May 6, 2019). Oltre alla già menzionata sentenza *Morrison v. Olson*, la Court of Appeals ha fatto riferimento al celebre caso *Humphrey’s Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935), in cui la Corte Suprema ha affermato che, diversamente da quanto avviene per gli *executive officers*, i membri nominati al vertice delle agenzie indipendenti non possono essere rimossi dal Presidente degli Stati Uniti se non nei casi previsti per legge dal Congresso, al fine di preservare il connotato dell’indipendenza.

⁸ 881 F.3d 75 (D.C. Cir. Jan. 31, 2018) (en banc). Si è fatto riferimento, a tal proposito, anche alla sentenza *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board*, 561 U.S. 477 (2010), ove è stata dichiarata l’incostituzionalità del PCAOB per via della “doppia” protezione accordata ai suoi membri nei confronti della revoca presidenziale: questi potevano essere revocati, infatti, solo per giusta causa e in ogni caso da parte della Securities and Exchange Commission, i cui membri erano a loro volta sottoposti al potere di revoca da parte del Presidente solo per giusta causa. Il Ninth Circuit ha evidenziato che, nel ritenere illegittima tale previsione, la Corte Suprema non ha in alcun modo criticato lo specifico meccanismo di revoca previsto per i membri della SEC.

⁹ Pub. L. No. 111–203, 124 Stat. 1376 (2010).

¹⁰ In particolare, il Titolo X del Dodd-Frank Act, 124 Stat. 1955–2113, denominato Consumer Financial Protection Act e trasposto *sub* 12 U.S.C. §§ 5481–5603.

¹¹ 12 U.S.C. § 5491(a).

un successore. Come accennato nelle pagine precedenti, il Presidente può revocare il direttore non a propria discrezione, bensì solo per giusta causa, ossia per ragioni di “*inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office*”¹².

La disciplina in questione, pur avendo espressamente previsto il connotato dell’indipendenza per il Bureau, non menziona specifici requisiti di imparzialità e professionalità ai fini della nomina del direttore. A ricoprire la carica fino ad oggi – oltre ai primi due “special advisors” Elizabeth Warren, senatrice e professoressa presso la Harvard Law School, principale promotrice dell’istituzione del CFPB¹³, e Raj Date, brillante esperto nel campo della finanza – si sono succeduti Richard Cordray, precedentemente rappresentante democratico e Attorney General nello Stato dell’Ohio, noto per le battaglie contro gli abusi delle grandi banche, nominato nel 2013; Mick Mulvaney, direttore ad interim tra il 2017 e il 2018, precedentemente rappresentante repubblicano al Congresso e direttore dell’Office of Management and Budget (OMB) dal 2017 al 2020; e da ultimo Kathy Kraninger, già funzionaria dell’amministrazione Trump e membro dell’OMB. Cordray, Mulvaney e Kraninger hanno in comune l’aver conseguito la laurea in legge e l’aver ricoperto già in precedenza cariche politiche, sebbene in contesti e con ruoli distinti. Invero, anche le scelte rispettivamente operate alla guida del Bureau mostrano notevoli differenze quando ad indirizzi e intenti.

La legge federale ha conferito al CFPB ampi poteri, funzionali all’attuazione di concrete tutele nei confronti di qualsiasi soggetto o affiliato che offra o fornisca prodotti o servizi finanziari di consumo¹⁴, con l’obiettivo generale di assicurare che tutti i consumatori abbiano accesso al mercato dei prodotti e dei servizi finanziari e che tale mercato rispetti i principi della correttezza, della trasparenza e della concorrenza¹⁵. L’agenzia può emanare norme (*rules*), condurre indagini, attivare procedimenti e ricorsi amministrativi e agire in giudizio dinnanzi alle corti federali¹⁶. Si avvale inoltre della consulenza di diversi comitati di esperti¹⁷ e gode di notevoli vantaggi sotto il profilo dell’autonomia finanziaria¹⁸.

Sotto la direzione di Cordray l’attività del Bureau è stata piuttosto intensa e i poteri appena menzionati sembrano essere stati impiegati proficuamente. Superate le frizioni verificatesi nella fase della nomina, a causa dell’ostilità dei Repubblicani al Senato nei confronti della scelta di affidare la direzione

¹² *Ibidem*, § 5491(b)-(c).

¹³ Cfr. E. Warren, *Unsafe at Any Rate: If it’s good enough for microwaves, it’s good enough for mortgages. Why we need a Financial Product Safety Commission*, in *Democracy*, 5, 2007; O. Bar-Gill, E. Warren, *Making Credit Safer*, 157 *U. Pa. L. Rev.* 1 (2008).

¹⁴ 12 U.S.C. § 5481(6)(a). Sono però previste alcune eccezioni: ad esempio, vengono esclusi piccoli istituti o commercianti di automobili che non forniscono abitualmente servizi di finanziamento, ed anche i soggetti che svolgono prevalentemente attività di altro tipo e sono dunque sottoposti al controllo della SEC, della CFTC o delle autorità preposte alla regolazione del settore assicurativo.

¹⁵ *Ibidem*, § 5511(a).

¹⁶ *Ibidem*, §§ 5512 e seguenti.

¹⁷ www.consumerfinance.gov/about-us/advisory-committees/

¹⁸ Cfr., *ex multis*, V. McGrane, *Consumer Bureau Gets Its Money From NY Fed Account*, in *The Wall Street Journal*, 15 febbraio 2012.

dell'autorità ad un direttore unico piuttosto che ad un organo collegiale¹⁹, l'ex Attorney General dello stato dell'Ohio ha introdotto alcune importanti novità nella disciplina dell'erogazione del credito, in attuazione delle norme a tutela dei consumatori. Tra queste rientrano la creazione di un database online, frequentemente aggiornato, contenente il testo integrale delle condizioni generali di contratto dei principali operatori del settore per il servizio di carta di credito, così da garantire l'agevole e ragionata comparazione delle offerte²⁰, le nuove regole per evitare abusi nell'ambito dei cosiddetti "payday loans"²¹ e le modifiche in tema di trasparenza e informazione nel settore dei mutui²². Altrettanto interessante è la creazione del Consumer Complaint Database, che raccoglie e schematizza i reclami provenienti dai consumatori e si sforza di definire una chiave di lettura per gli utenti fornendo utili indicazioni per l'interpretazione dei dati riportati²³.

Secondo uno studio pubblicato nel 2016²⁴, tra il 2011 e il 2015 il Bureau avrebbe realizzato restituzioni ai consumatori per più di 10 miliardi di dollari attraverso gli interventi di implementazione della normativa (*public law enforcement*)²⁵ e cifre altrettanto consistenti sarebbero state ottenute all'esito del contenzioso nelle corti e dinnanzi all'Office of Administrative Adjudication (*enforcement actions*)²⁶.

3. Il CFPB e l'amministrazione Trump

Pochi mesi dopo l'insediamento del Presidente Trump, Richard Cordray ha rassegnato le dimissioni in vista della propria candidatura alla carica di Governatore dell'Ohio e le vicende che sono seguite hanno influito notevolmente sulla successiva operatività del CFPB.

Il comunicato del Bureau che annunciava la nomina a vicedirettore del capo del personale Leandra English²⁷ è stato naturalmente colto come un segno di

¹⁹ Si vedano le critiche mosse dal Senatore Richard Shelby in R. Shelby, *The Danger of an Unaccountable 'Consumer-Protection' Czar: The SEC and FDIC are led by boards. Why should one person have sweeping powers over the economy?*, in *The Wall Street Journal*, 22 luglio 2011. Sulle complesse vicende che hanno seguito le contestazioni cfr. D. Douglas, *Cordray nomination expected to be challenged by Senate Republicans*, in *The Washington Post*, 26 gennaio 2013, nonché E. Peralta, *Cooling Tensions, Senate Confirms Cordray*, in *NPR*, 16 luglio 2013.

²⁰ www.consumerfinance.gov/credit-cards/agreements/

²¹ www.consumerfinance.gov/about-us/newsroom/cfpb-finalizes-rule-stop-payday-debt-traps/

²² www.consumerfinance.gov/know-before-you-owe/. Quest'ultimo intervento ridisegna gli standard informativi favorendo la comprensibilità e introducendo tempistiche specifiche per garantire scelte ragionate; l'obiettivo prefissato è la repressione del "predatory lending", ossia l'erogazione mirata a fasce deboli della popolazione, con un basso livello di scolarizzazione, di mutui contenenti clausole complesse od opache che spesso prevedono rincari dei costi dell'erogazione stessa.

²³ www.consumerfinance.gov/data-research/consumer-complaints/

²⁴ C. L. Peterson, *Consumer Financial Protection Bureau Law Enforcement: An Empirical Review*, 90 *Tul. L. Rev.* 1057 (2016).

²⁵ *Ibidem*, pp. 1077-1078.

²⁶ *Ibidem*, pp. 1079-1083.

²⁷ www.consumerfinance.gov/about-us/newsroom/leandra-english-named-deputy-director-consumer-financial-protection-bureau/. Cfr. G. B. White, *The Departing Consumer-Finance Director Moves to Thwart Trump*, in *The Atlantic*, 24 novembre 2017.

ostilità nei confronti di una eventuale nomina provvisoria effettuata dal Presidente Trump e di un conseguente mutamento di indirizzo nell'attività. La reazione del Presidente non ha tardato ad arrivare attraverso la nomina ad interim di Mick Mulvaney, direttore anche dell'OMB²⁸, dalla quale è scaturito il noto giudiziario *English v. Trump*²⁹ poi concluso in pochi mesi con la rinuncia di English all'indomani della conferma in Senato della successiva nomina di Kathy Kraninger³⁰.

Nonostante il breve mandato, Mulvaney ha adottato diverse misure che dimostrano come all'attività del CFPB sia stata sin da subito imposta se non un'inversione di rotta, quantomeno una battuta d'arresto. Già nel mese di gennaio del 2018 sono state messe in discussione le regole precedentemente emanate a proposito dei *payday loans*³¹, e il Bureau ha curiosamente rinunciato ad un'azione nei confronti di un istituto che si dice abbia in passato finanziato la campagna elettorale del direttore ad interim³². Ma non è tutto.

Nel piano presentato a febbraio 2018 per il triennio 2018-2022 si è espressamente affermato che il Bureau avrebbe agito proteggendo i diritti di "tutti", "con umiltà e moderazione"³³, e se già questa dichiarazione sembrava non promettere bene per le parti più deboli nel mercato, gli interventi successivamente posti in essere hanno concretamente dimostrato uno sbilanciamento – tutt'altro che umile o moderato – a favore degli erogatori.

²⁸ Scelta di per sé significativa se si considera che qualche tempo prima Mulvaney aveva supportato una proposta di eliminazione del CFPB (www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/3118/text) – autorità da lui definita anche "a sick, sad joke" – e del resto in linea con i propositi del Presidente, cfr. G. B. White, *Trump Begins to Chip Away at Banking Regulations*, in *The Atlantic*, 3 febbraio 2017; V. Carlini, *La marcia indietro sul Dodd Frank Act è un colpo di spugna sul dopo-Lehman*, in *Il Sole 24 Ore*, 3 febbraio 2017; K. Soffen, D. Lu, *What Trump cuts in his agency budgets*, in *The Washington Post*, 23 maggio 2017. Tra i primi commenti sulla nomina di Mulvaney si veda R. Merle, *The CFPB has now two acting directors. And nobody knows which one should lead the federal agency*, in *The Washington Post*, 25 novembre 2017; P. Conti-Brown, *The CFPB is now a part of the White House. That's illegal*, in *The Yale Journal on Regulation*, 21 dicembre 2017.

²⁹ Per il procedimento principale in primo grado si veda *Leandra English v. Donald Trump, et al.*, No. 1:17-cv-02534-TJK (D.D.C. 2017). Il caso è stato deciso a favore del Presidente dal giudice Timothy Kelly, nominato proprio da Trump pochi mesi prima; English ha immediatamente impugnato la decisione dinnanzi alla Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, ma ha rinunciato poche settimane dopo.

³⁰ Sull'epilogo della vicenda E. Sullivan, *Senate Confirms Kathy Kraninger As CFPB Director*, in *NPR*, 6 dicembre 2018.

³¹ www.consumerfinance.gov/about-us/newsroom/cfpb-statement-payday-rule/

³² Si veda C. Arnold, *Under Trump Appointee, Consumer Protection Agency Seen Helping Payday Lenders*, in *NPR*, 24 gennaio 2018.

³³ files.consumerfinance.gov/f/documents/cfpb_strategic-plan_fy2018-fy2022.pdf, p. 4. È emblematico anche il confronto tra gli obiettivi promossi nel piano del 2018 ("free, innovative, competitive, and transparent consumer finance markets where the rights of all parties are protected by the rule of law and where consumers are free to choose the products and services that best fit their individual needs.") rispetto alla precedente visione ("development of a consumer finance marketplace where customers can see prices and risks up front and where they can easily make product comparisons; in which no one can build a business model around unfair, deceptive, or abusive practices; that works for American consumers, responsible providers, and the economy as a whole", su files.consumerfinance.gov/f/strategic-plan.pdf, p.5). Cfr. C. Arnold, *Trump Administration Plans To Defang Consumer Protection Watchdog*, in *NPR*, 12 febbraio 2018.

Ad esempio, ha suscitato non poche perplessità la decisione di revocare i poteri di *enforcement* dell'Office of Fair Lending and Equal Opportunity e di ridurre quest'ultimo ad organo meramente consultivo³⁴. Altrettanto discutibile è stata la proposta di eliminare il Consumer Complaint Database, screditato da Mulvaney come nient'altro che “*a Yelp for financial services sponsored by the federal government*”³⁵. E ancora, nel mese di giugno, ha fatto scalpore la sostituzione dei venticinque membri del Consumer Advisory Board che assiste il Bureau, dopo che questi si erano lamentati, tra le altre cose, per i frequenti rinvii degli incontri programmati da parte del direttore³⁶. Peraltro, le statistiche suggeriscono che sotto la direzione di Mulvaney l'attività di *enforcement* si sia drasticamente ridotta, e si sia registrato invece un sensibile aumento dei reclami da parte dei consumatori³⁷. Queste e tante altre vicende balzate agli onori della cronaca hanno senz'altro messo in discussione il ruolo di “*watchdog*” concepito dalle norme istitutive del CFPB, a ulteriore detrimento di quanti quotidianamente cadono vittima delle storture nell'erogazione di credito³⁸.

Sotto la guida di Kathy Kraninger l'attività del Bureau pare non aver ripreso vigore e le perplessità diffuse tra i Democratici al Senato in attesa del voto per la conferma della nuova direttrice³⁹, a proposito della sua inidoneità alla carica per via della chiara mancanza delle competenze necessarie, non sono state smentite dal suo operato vago e superficiale. Tra gli esempi più eclatanti rientrano l'inerzia nei controlli sui crescenti disagi che affliggono i prestiti studenteschi, e il contestuale addebito di responsabilità sul Department of Education per via di presunte ragioni di privacy⁴⁰, il disinteresse per l'attuazione del Military Lending Act, che impone una serie di agevolazioni a favore dei militari nell'erogazione del credito⁴¹, e la definitiva eliminazione degli obblighi di valutazione prognostica nell'ambito dei *payday loans*⁴².

³⁴ L'organo si occupava dei procedimenti sanzionatori per le pratiche discriminatorie a sfavore delle minoranze e aveva guidato diversi interventi di rilievo. Sul punto R. Merle, *Trump administration strips consumer watchdog office of enforcement powers in lending discrimination cases*, in *The Washington Post*, 1° febbraio 2018.

³⁵ Si veda S. Cowley, *Consumer Bureau Looks to End Public View of Complaints Database*, in *The New York Times*, 25 aprile 2018. La proposta è stata poi ripensata e rielaborata, cfr. M. Singletary, *Keeping the Consumer Protection complaints database public is a big win for consumers*, in *The Washington Post*, 20 novembre 2019.

³⁶ R. Merle, *Mick Mulvaney fires all 25 members of consumer watchdog's advisory board*, in *The Washington Post*, 6 giugno 2018.

³⁷ Rilievi in R. O'Harrow Jr., S. Boburg, R. Merle, *How Trump appointees curbed a consumer protection agency loathed by the GOP*, in *The Washington Post*, 4 dicembre 2018.

³⁸ Valgono, *ex multis*, le osservazioni riportate in C. Turner, *Student Loan Watchdog Quits, Says Trump Administration 'Turned Its Back' On Borrowers*, in *NPR*, 27 agosto 2018.

³⁹ C. Arnold, *Democratic Senators Slam Trump's Pick To Run Consumer Financial Protection Bureau*, in *NPR*, 19 luglio 2018.

⁴⁰ Id., *CFPB Chief Says Education Department Is Blocking Student Loan Oversight*, in *NPR*, 16 maggio 2019.

⁴¹ Cfr. K. O'Donnell, *Military personnel caught in crossfire over lending law*, in *Politico*, 4 settembre 2019.

⁴² www.consumerfinance.gov/policy-compliance/rulemaking/final-rules/payday-vehicle-title-and-certain-high-cost-installment-loans-revocation-rule/

A ciò si aggiungano le considerazioni della Presidente dell'House Committee on Financial Services Maxine Waters, che nel corso di un'importante audizione tenutasi alla Camera nel luglio 2020 ha pesantemente criticato l'inadeguatezza degli interventi posti in essere da Kraninger durante la pandemia da covid-19, riconoscendo nel suo operato un vero e proprio sabotaggio dell'agenzia che le era stata affidata⁴³.

Tale ultima osservazione pare non del tutto infondata se si considera un'ulteriore significativa presa di posizione della direttrice in carica, ovvero la scelta di schierarsi a favore delle tesi che affermano l'incostituzionalità del Bureau in quanto illegittimamente sottratto al controllo del Presidente degli Stati Uniti. Nell'ambito del giudizio promosso dalla società Seila Law dinnanzi alla Corte Suprema, Kraninger e i legali del CFPB hanno infatti dichiarato l'intenzione di sostenere le ragioni della controparte⁴⁴, di fatto rimarcando l'atteggiamento di ostilità dell'amministrazione in carica nei confronti degli interventi volti a reprimere i comportamenti scorretti nel mercato e a tutelare le fasce economicamente e socialmente più deboli, e con ciò alimentando i sospetti di pretestuosità sulle rivendicazioni circa l'unitarietà dell'esecutivo.

3262

4. A proposito di *unitary executive claims* nella sentenza della Corte Suprema

Quando si parla di "*unitary executive*"⁴⁵ si fa riferimento ad un'interpretazione della Costituzione statunitense secondo la quale il Presidente deve necessariamente detenere il controllo su tutti gli organi deputati all'attuazione della legge. Tali organi esercitano, infatti, poteri riconducibili al potere esecutivo, e la Costituzione prevede espressamente che il potere esecutivo sia affidato al Presidente degli Stati Uniti (Article II, Section 1) e che a quest'ultimo spetti il compito di curare la fedele attuazione della legge (Article II, Section 3). Ne consegue, ad esempio, che una legge del Congresso non può ritagliare forme di esercizio del potere esecutivo e affidarle ad organi che sfuggono del tutto al controllo del Presidente.

⁴³ La trasposizione dell'intervento di Waters è consultabile online sulla pagina dell'House Financial Services Committee: financialservices.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=406821

⁴⁴ Si vedano la lettera inviata al Presidente della Camera dei Rappresentanti Nancy Pelosi (consultabile online sulla pagina www.consumerfinancemonitor.com/wp-content/uploads/sites/14/2019/09/Pelosi-letter.pdf) nonché l'atto di costituzione nel giudizio (www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-7/116040/20190917144324154_197%20Seila%20Law.pdf). Poiché il Bureau ha di fatto rifiutato di difendere sé stesso, come da regolamento la Corte Suprema ha nominato un difensore, individuandolo – curiosamente – nella persona dell'avvocato Paul Clement, già solicitor general sotto la presidenza di George W. Bush. Cfr. E. Weinberger, *Paul Clement Provides Off-Ramp in CFPB High Court Arguments* in *Bloomberg Law*, 2 marzo 2020.

⁴⁵ Tra le ricostruzioni più accurate sul tema si vedano L. Lessig, C. R. Sunstein, *The President and The Administration*, in 94 *Colum. L. Rev.* 1 (1994); S. G. Calabresi, K. H. Rhodes, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, 105 *Harv. L. Rev.* 1153 (1992); D. P. Currie, *The Distribution of Powers After Bowsher*, 1986 *Sup. Ct. Rev.* 19 (1986); G. P. Miller, *Independent Agencies*, 1986 *Sup. Ct. Rev.* 41 (1986).

Ebbene, nel caso in commento i giudici della Corte Suprema si sono trovati a dover determinare se la previsione della “*for-cause removal from protection*” a favore del direttore del CFPB – agenzia che esercita non solo poteri *quasi-legislative* e *quasi-judicial*, bensì anche veri e propri poteri di *administrative authority* ed *enforcement* di notevole rilievo – possa ritenersi compatibile con la Costituzione. Inoltre, si è chiesto se, nell’ipotesi in cui a tale quesito debba darsi risposta negativa, la singola norma sulla revoca del direttore possa essere estrapolata (*severed*) dalla legge istitutiva dell’autorità, senza pertanto ledere la legittimità dell’intera struttura e del suo operato. Con riferimento al primo quesito, una maggioranza di 5-4 ha risposto in maniera affermativa, mentre con riferimento al secondo quesito è stata data risposta affermativa da una maggioranza di 7-2⁴⁶.

Sul primo punto il ragionamento seguito dalla Corte nella *majority opinion* redatta dal Chief Justice John Roberts ripercorre i più noti precedenti a sostegno degli *unitary executive claims* e riflette sulle argomentazioni e sui principi ivi affermati al fine di ricostruire un quadro di riferimento per la decisione. Si richiama, innanzitutto, la sentenza *Myers v. United States* del 1926, ove era stata dichiarata l’incostituzionalità della previsione di legge che richiedeva l’approvazione del Senato per la revoca degli *appointed officials* da parte del Presidente, dal momento che tale previsione non avrebbe consentito a quest’ultimo di adempiere ai propri doveri costituzionali⁴⁷. Si delimita, poi, l’ampiezza di quelle che vengono considerate come eccezioni riconosciute dalla giurisprudenza al potere di revoca illimitato in capo al Presidente. In particolare, la maggioranza ricava dalla sentenza *Humphrey’s Executor v. United States*⁴⁸ alcuni requisiti in assenza dei quali non sarebbe stata riconosciuta l’ammissibilità di cariche non soggette a revoca discrezionale, ossia il far parte di organi collegiali, bipartisan, con mandati scaglionati, che sono dotati di *expertise* e sono affidatari di poteri non solo esecutivi; ricava invece dalla sentenza *Morrison v. Olson*⁴⁹ l’ammissibilità della stessa deroga, con riferimento agli organi monocratici, limitatamente alle cariche non apicali e che comunque non esercitano *administrative authority* o poteri di *policymaking*. Infine, si ricorda che in *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board*⁵⁰ si è affermato che le eccezioni al potere presidenziale di revoca fino a quel momento riconosciute devono essere viste come deroghe non estensibili a nuove situazioni non ancora esaminate dalla Corte. Nell’interpretare come isolate eccezioni i precedenti *Humphrey’s Executor* e *Morrison v. Olson*, riprendendo gli spunti già delineati in *Free Enterprise*, la maggioranza composta dal Chief Justice Roberts e sostenuta in linea di massima da Justice Thomas, Alito, Gorsuch e Kavanaugh ha dunque adottato una posizione favorevole alla “*strongly unitary presidency*”, a discapito della – forse più equilibrata – “*weakly unitary presidency*”, aperta alla possibilità che il Congresso limiti il potere presidenziale di revoca, nel rispetto della *Necessary and Proper Clause*, fintantoché la restrizione non

⁴⁶ *Seila Law LLC v. Consumer Financial Protection Bureau*, 591 U.S. ____ (2020).

⁴⁷ *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926).

⁴⁸ Cfr. nota 7.

⁴⁹ Cfr. nota 5.

⁵⁰ Cfr. nota 8.

impedisca al Presidente di adempiere alle proprie funzioni⁵¹. Accanto ai precedenti giurisprudenziali si menzionano anche la storia legislativa, la rarità e specialità, nell'esperienza statunitense, delle deroghe ai principi individuati e in ogni caso l'incomparabilità dei rilevanti poteri esercitati dal CFPB⁵².

A favore della tesi della piena legittimità della “*for-cause removal protection*” si sono invece espressi i giudici dell'ala *liberal*, Justice Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan, nella *dissenting opinion* scritta da Justice Elena Kagan. Non solo i giudici dissenzienti hanno rilevato che l'opinione della maggioranza avrebbe eliminato una caratteristica del CFPB che i legislatori hanno ritenuto fondamentale per la missione di tale autorità – ossia il margine di indipendenza dalla pressione politica – ma hanno altresì evidenziato che la Costituzione non impone in alcun modo che al Presidente sia garantito il potere di rimuovere i vertici delle autorità amministrative a propria discrezione.

Il nodo fondamentale della decisione consisteva proprio nello stabilire se la possibilità di revoca per giusta causa potesse sufficientemente garantire una supervisione del Presidente degli Stati Uniti sull'esercizio del potere esecutivo da parte del CFPB, compatibilmente con la *Vesting Clause* e la *Take Care Clause* previste dalla Carta costituzionale. E la risposta indicata dalla maggioranza conservatrice sembra suggerire che il Presidente possa, e debba, ritenere opportuno sostituire il direttore del CFPB anche in casi in cui nei confronti dell'attività di quest'ultimo non siano in alcun modo giustificabili eventuali accuse di negligenza o inefficienza.

Eppure, nel caso di specie non pare intravedersi altra ipotesi non connotata da negligenza o inefficienza che sia tuttavia in grado di intaccare le prerogative presidenziali sul controllo dell'esecutivo ad eccezione, forse, dell'adozione di un indirizzo “eccessivamente” aggressivo nei confronti degli erogatori del credito, a maggiore tutela dei consumatori e del sistema economico e finanziario. Il CFPB è infatti un'agenzia istituita dal Congresso come indipendente e autonoma, in quanto preposta alla tutela di interessi sensibili di notevole rilievo, e in quanto responsabile del perseguimento di un fine non strettamente politico, bensì già dato per legge, che risulta peraltro nella denominazione stessa dell'agenzia⁵³.

⁵¹ Per un approfondimento in proposito, alla luce del caso in commento, cfr. C. R. Sunstein, A. Vermeule, *The Unitary Executive: Past, Present, Future*, in corso di pubblicazione in *Sup. Ct. Rev.*, consultabile online su ssrn.com/abstract=3666130.

⁵² Va precisato che Justice Thomas e Justice Gorsuch, pur concordando con questa posizione, hanno redatto una *concurring opinion* in cui sostengono l'incostituzionalità *tout court* delle revoche limitate alla giusta causa, oltre che l'impossibilità di invalidare tali previsioni senza travolgere la legittimità dell'intera struttura, al contrario di quanto invece ritenuto dai giudici Roberts, Alito e Kavanaugh e supportato, in estremo subordine, dai giudici Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan.

⁵³ Il Dodd-Frank Act, alla Sec. 1021 del Title X istitutivo dell'agenzia, Subtitle B, “*Purpose, objectives, and functions*”, prevede espressamente sotto la voce (c) *FUNCTIONS*: “*The primary functions of the Bureau are— (1) conducting financial education programs; (2) collecting, investigating, and responding to consumer complaints; (3) collecting, researching, monitoring, and publishing information relevant to the functioning of markets for consumer financial products and services to identify risks to consumers and the proper functioning of such markets; (4) subject to sections 1024 through 1026, supervising covered persons for compliance with Federal consumer financial law, and taking appropriate enforcement action to address violations of Federal consumer financial law; (5)*

Alla luce delle considerazioni fin qui esposte la decisione della Corte Suprema non pare affatto smentire i timori di un tendenziale sabotaggio nei confronti di un organo che ha ampi poteri per la tutela degli interessi economici dei soggetti appartenenti a fasce economicamente e socialmente deboli, ma la cui attività è al contempo innegabilmente lesiva degli interessi economici di un'élite particolarmente facoltosa.

5. Autorità indipendenti e protezione dei consumatori nel settore finanziario: brevi considerazioni conclusive

Se da un lato le tendenze accentratrici, nella complessità del presente, sembrano rispondere ad esigenze di semplificazione e agilità, non può negarsi, dall'altro lato, che la progressiva polarizzazione comporta il rischio di uno spregiudicato favore nei confronti di interessi meramente faziosi e spesso non condivisi dalle fasce più deboli della società.

Il riconoscimento dell'importanza di un'intesa, frutto di un aperto e leale conflitto, su valori comunemente ritenuti validi e non sacrificabili alle contingenze della politica, e la cui regolazione non può prescindere da un elevato livello di *expertise*, è forse tra i principali presupposti alla base della nascita del modello delle autorità indipendenti, che ha prosperato negli Stati Uniti sin dalla fine del XIX secolo e si è poi ampiamente diffuso nell'Europa continentale⁵⁴. Qui, oltre che nel settore dell'ambiente, dell'energia, delle telecomunicazioni e della concorrenza, il modello della regolazione indipendente è stato adottato anche nel settore bancario e finanziario, ma con forme talvolta eccessivamente spoliticizzate: si pensi, ad esempio, alla formulazione dello statuto del Sistema Europeo di Banche Centrali e della Banca Centrale Europea, ove all'articolo 2 si dichiara espressamente che l'obiettivo principale dell'intero SEBC è il mantenimento della stabilità dei prezzi, mentre il collegamento con gli obiettivi di rilievo sociale dichiarati all'articolo 3 del Trattato sull'Unione Europea viene presentato come meramente indiretto e residuale. Tale approccio risulta in parte mitigato se si guarda all'operato delle autorità nazionali competenti: lo statuto della Banca d'Italia, all'articolo 1, afferma che l'autorità persegue gli obiettivi assegnati al SEBC ai sensi dell'articolo 127.1 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, e non sembra dare rilievo diretto ad altre funzioni; tuttavia, pur nell'adempimento di compiti più strettamente tecnici l'autorità non trascura un'attenzione specifica per la valorizzazione dell'interesse dei cittadini, dei risparmiatori, oltre che dell'economia nel suo complesso. Emerge dunque una tendenza positiva verso l'implementazione di forme di tutela man mano più efficaci e abilitanti, frutto, forse, non solo di valutazioni tecniche, ma anche di sensibilità innegabilmente politiche⁵⁵.

issuing rules, orders, and guidance implementing Federal consumer financial law; and (6) performing such support activities as may be necessary or useful to facilitate the other functions of the Bureau (124 Stat. 1980, 12 U.S.C. §5511).

⁵⁴ Cfr. M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, 2019, 125.

⁵⁵ Si veda, in proposito, la seconda edizione della Relazione "La Banca d'Italia. Funzioni e

Eppure, specie con riferimento al settore finanziario, il caso statunitense mostra come anche la riappropriazione di un controllo politico non possa dirsi una conquista, bensì un passo indietro rispetto al perseguimento di una tutela pragmatica ed efficiente, se tale riappropriazione non è concretamente indirizzata alla protezione di interessi diffusi e meritevoli, e se rivendicata in un contesto in cui la politica stessa non è più in grado di esprimere alcun tipo di lealtà e apertura.

Paola Valerio
Dip.to di Scienze Giuridiche
Sapienza Università di Roma
paola.valerio@uniroma1.it