

La semplificazione amministrativa negli Stati Uniti d'America tra trasparenza e partecipazione

di *Guerino D'Ignazio*

Abstract: Administrative simplification in the United States of America between transparency and participation - Administrative simplification in the United States of America is particularly interesting from a comparative perspective, due to the specificities of the administrative models. The enormous growth of administrative agencies and the consequent increase in the regulatory power of the administration have determined the need to simplify administrative procedures. In the general law on administrative procedure – the Administrative Procedure Act (APA) – the procedures based on transparency and participation are used in both decision-making processes – rulemaking and adjudication – in order to determine a very broad involvement of citizens in the regulatory function. After the Presidency of Trump, who wanted to ‘deconstruct’ the public administration, the new President Biden must also face a very important challenge. In this particular period of health emergency, he must rethink a new model of the public administration that gives priority to simplification and participation and is consistent with the tradition of American constitutionalism.

1945

Keywords: Administrative System, simplification, participation, rulemaking, adjudication

1. Introduzione

La semplificazione amministrativa negli Stati Uniti d'America risulta particolarmente interessante nell'ottica comparatistica per l'originalità, le specificità dei modelli amministrativi e per i significativi cambiamenti intervenuti nel corso degli anni¹.

La necessità di adeguare lo Stato amministrativo all'espansione e al rafforzamento smisurato della *'fourth branch of government'* ha trovato attuazione nell'approvazione nel 1946 dell'*Administrative Procedure Act (APA)* – la legge generale sul procedimento amministrativo – che si può considerare di valore sostanzialmente costituzionale² e che ha avuto anche un effetto di trascinamento per una consistente legislazione nei singoli Stati

¹ Sulla semplificazione amministrativa, cfr., in generale, C.R. Sunstein, *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*, Milano, 2014.

² Sulle ragioni che hanno determinato l'approvazione dell'*APA*, cfr. G.C. Bryner, *Bureaucratic Discretion*, New York, 1987, p. IX.

con l'adozione anche di modelli procedurali simili a quelli previsti nella legge federale³.

La legge⁴ riveste un posto centrale nel processo di trasformazione del sistema amministrativo statunitense⁵, rappresentando la conclusione dello sforzo intrapreso da tempo dal Congresso per riaffermare il suo ruolo costituzionale e per 'riconquistare spazi' nelle trasformazioni avvenute nello Stato amministrativo⁶, dopo i profondi cambiamenti del periodo del *New Deal*⁷. A seguito della concomitanza dei processi che hanno determinato la continua espansione dell'amministrazione federale nell'economia e nella società nonché un trasferimento di deleghe di poteri legislativi alle agenzie amministrative, il Congresso ha inteso dare degli indirizzi alle agenzie amministrative affinché non si adottassero procedure complicate e tortuose nell'esercizio di tali poteri⁸.

L'enorme crescita in termini quantitativi delle agenzie amministrative e il conseguente aumento del potere regolamentare dell'amministrazione durante il *New Deal* hanno fatto nascere l'esigenza di dover semplificare le procedure amministrative per trovare un rimedio all'eccessivo 'interventismo' amministrativo. Oltretutto, le trasformazioni dell'attività amministrativa, non più basata su semplici atti di esecuzione di norme legislative, ma su "un flusso di atti tra loro a gruppi concatenati in vista del raggiungimento di un qualche fine, cioè un flusso di procedimenti"⁹, hanno richiesto una regolazione più precisa, per ridurre i rischi di abusi, ma anche lo snellimento e la semplificazione per alleggerire gli ampi poteri amministrativi su vari aspetti della vita degli individui.

Certamente, la legge rappresenta anche la tendenza di introdurre istituti interni di garanzia negli stessi procedimenti amministrativi, a

³ Così G.F. Ferrari, "Semplificazione e consenso nell'azione amministrativa: esperienze a confronto. Introduzione", in DPCE, 2006, n. 1, p. 319.

⁴ Per i numerosi riferimenti bibliografici sull'*APA* si rinvia a Aa. Vv. (a cura di T.O. Sargentich), *Administrative Law Anthology*, Cincinnati, 1994.

⁵ Così, cfr. G. J. Edles, "Developing a European Administrative Law Tradition: The Model of the US Administrative Procedure Act", in *European Public Law*, 2000, vol. 6, p. 544. La Corte Suprema ha confermato, in due sentenze (*Director, Office of Worker's Compensation Programs v. Greenwich Colliers*, 512 U.S. 267 - 1994, e *Dickinson v. Zurko*, 527 US 150 - 1999) il ruolo centrale dell'*APA* nell'ambito dell'*administrative law* statunitense.

⁶ In questo senso, cfr. S. Sherwood, "The Federal Administrative Procedure Act", in *American Political Science Review*, 1947, vol. 41, p. 271 ss. e P.R. Verkuil, "The Emerging Concept of Administrative Procedure", in *Columbus Law Review*, 1978, vol. 78, p. 258 ss.

⁷ Sugli stretti collegamenti tra le trasformazioni avvenute nel *New Deal* e l'approvazione dell'*APA* cfr. D.H. Rosenbloom, "The Evolution of the Administrative State and Transformations of Administrative Law", in Aa. Vv. (a cura di D.H. Rosenblom e R. Schwartz), *Handbook of Regulation and Administrative Law*, New York, 1994, p. 17 ss.

⁸ In questo senso, cfr. A.C. Aman, "Administrative Law in the United States – Past, Present and Future", in *Queen's Law Journal*, 1991, vol. 16, p. 185.

⁹ Cfr. G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, Milano, 1994, p. 63.

differenza degli ordinamenti dell'Europa continentale di *civil law* di quegli anni, che hanno rafforzato, invece, il controllo successivo sugli atti amministrativi¹⁰. Nell'*APA* è evidente il tentativo di bilanciare esigenze a volte divergenti fra di loro: la semplificazione e l'efficienza di una pubblica amministrazione, in continua crescita, con i principi della 'rule of law' e dell'imparzialità, la discrezionalità amministrativa con l'esigenza della partecipazione al procedimento amministrativo¹¹.

L'*APA* provvede a disciplinare in modo uniforme le procedure principali dell'attività amministrativa, indipendentemente dai particolari obiettivi e dagli specifici compiti delle agenzie. Nel momento in cui le agenzie danno attuazione alle loro politiche, la legge, in generale, e le procedure formali sul *rulemaking* e sull'*adjudication*, in particolare, introducono nel processo amministrativo elementi di semplificazione e di partecipazione anche allo scopo di garantire la ragionevolezza nelle decisioni e la protezione dei diritti individuali degli amministrati¹².

In particolare, nella legge si distinguono due modelli di processi decisionali: il *rulemaking* e l'*adjudication*, lasciando alle agenzie la scelta della forma da usare nella loro attività amministrativa. Sia per il *rulemaking* che per l'*adjudication* sono previste modalità formali ed informali. Nell'*adjudication* formale è utilizzato un modello processuale quasi-giurisdizionale: la decisione dell'agenzia avviene in seguito ad una procedura incentrata sul contraddittorio, seguendo sostanzialmente una forma analoga al processo ordinario. Una procedura improntata alla trasparenza e alla partecipazione è utilizzata anche nel *rulemaking* formale, per determinare un coinvolgimento molto ampio dei cittadini alla funzione regolamentare¹³.

¹⁰ Così, cfr. G. Boggetti, „ *Lo spirito del costituzionalismo americano, La Costituzione liberale*, vol. I, p. 175 ss.

¹¹ In questo senso, cfr. D.H. Rosenbloom e R. O'Leary, *Public Administration and Law*, New York, 1997, p. 58 s.

¹² Sull'introduzione di tali elementi nel processo amministrativo, cfr. S. Reigel e P.J. Owen, *Administrative Law*, Ann Arbor, 1982. L'*APA* determina anche l'ampliamento del numero degli *administrative law judges (ALJ)*. Cfr., sul punto, D.H. Rosenbloom e R. O'Leary, *Public Administration and Law ... cit.*, i quali mettono in evidenza come al momento dell'entrata in vigore dell'*APA* vi erano 197 *hearing examiners*. La denominazione di *ALJ* fu adottata solo nel 1972 e gli *ALJ* furono progressivamente aumentati. La legge prevede che gli *ALJ* siano collocati all'esterno della struttura gerarchica, benché le loro decisioni finiscano per influenzare la complessiva politica delle agenzie. La diffusione degli *ALJs* ha contribuito al processo di 'giurisdizionalizzazione' del processo amministrativo (p. 61).

¹³ Nell'*adjudication* informale, che non è regolamentata dall'*APA*, si decide in base alle interviste, alle ispezioni, alle decisioni di altre agenzie piuttosto che sulla base delle *hearings* formali. Un processo quasi-legislativo è utilizzato anche nel *rulemaking* informale. In questo caso, l'agenzia avanza la proposta di regolamento ed invita ad osservazioni pubbliche. Scaduti i termini per le osservazioni, l'agenzia pubblica il regolamento finale, modificato eventualmente in seguito alle osservazioni pervenute. Sulle diverse modalità, formali ed informali, del *rulemaking* e dell'*adjudication*, cfr. D. H. Rosenbloom e R. O'Leary, *Public Administration and Law ... cit.*, p. 67 ss.

La struttura generale dell'APA non è cambiata nel tempo, anche se la legge è stata 'attualizzata' da diversi interventi legislativi e da continue interpretazioni date dalla giurisprudenza. In particolare, il requisito costituzionale del *due process of law*, previsto dal V emendamento alla Costituzione, è stato esteso dalle corti in modo da porre le stesse corti in una posizione di sovraordinazione rispetto all'*adjudication* delle agenzie.

Altri principi sono stati aggiunti all'APA dalla legislazione successiva. La concomitante legge del 1946, il *Legislative Reorganization Act*, assegna alle Commissioni permanenti del Congresso la funzione di 'continua vigilanza' sulle agenzie amministrative¹⁴. Un'integrazione rilevante alla legge riguarda il diritto all'informazione, che costituisce uno strumento addizionale in direzione della trasparenza. Nel 1966, il *Freedom of Information Act* è stato collegato all'APA per ampliare il diritto di accesso alle informazioni in possesso delle agenzie. Inoltre, nel 1974, è stato approvato il *Privacy Act* con l'obiettivo di provvedere alla tutela della *privacy* degli individui che hanno dei rapporti con la pubblica amministrazione e, nel 1976, il *Sunshine Act* integra l'APA per determinare l'apertura dell'attività amministrativa ad un 'controllo pubblico' più accentuato¹⁵. Dal 1990 sono state introdotte altre forme di partecipazione e di semplificazione nel processo amministrativo¹⁶ attraverso leggi successive, tra cui, in particolare, l'*Administrative Dispute Resolution Act* del 1996¹⁷.

In base all'APA, le agenzie e gli altri organismi amministrativi, indipendenti o collegati all'esecutivo, possono produrre normazione non solo emanando regolamenti (*rulemaking*), ma anche decidendo su casi concreti (*adjudication*). Se il *rulemaking* consiste nell'emanazione di regolamenti generali, l'*adjudication* si riferisce ad un'attività provvedimentale puntuale, avente come oggetto l'emanazione di *final dispositions* che possono consistere in provvedimenti di vario genere, tra cui *orders*, cioè specifiche disposizioni, autorizzazioni, erogazioni di sanzioni, benefici e sussidi¹⁸.

2. Il rulemaking power nelle agenzie amministrative

¹⁴ Su tale legge, cfr. D.H. Rosenbloom e R. O'Leary, *Public Administration and Law ... cit.*, p. 58.

¹⁵ Sulle modifiche ed integrazioni legislative, cfr. A.C. Aman e W.T. Mayton, *Administrative Law*, St. Paul, 1993, p. 5 s.

¹⁶ Cfr. G.F. Ferrari, "Semplificazione e consenso nell'azione amministrativa... cit.", p. 321.

¹⁷ Cfr. anche R. Scarciglia, *Diritto amministrativo comparato*, Torino, 2020, p. 227.

¹⁸ L'*adjudication* è definita, in generale, dall'APA come il processo di un'agenzia per la formulazione di una "*final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form, of an agency in a matter other than rule making but including licensing*" (5 U.S.C. § 551).

Il *rulemaking*, ai sensi della sez. 551 dell'APA, è definito come il “processo delle agenzie per emanare, emendare ed abrogare *rules*”¹⁹. Le agenzie amministrative sono depositarie di un diverso grado di *rulemaking power*, in funzione delle scelte del Congresso di affidare ad esse decisioni più o meno rilevanti riguardanti le politiche pubbliche. In tale contesto, tenendo in considerazione la variabilità delle decisioni dell'organo legislativo in relazione all'ampiezza di tali politiche, è implicito, come ha anche stabilito la Corte Suprema²⁰, l'emanazione di norme regolamentari generali, che, però, possono esplicarsi soltanto in virtù di uno specifico atto di delega da parte dell'organo legislativo²¹.

La legge di delega di poteri contiene i principi normativi e i criteri direttivi per l'amministrazione, che servono anche da parametro per il controllo dell'attività regolamentare sotto il profilo ‘politico’, da parte del Congresso, e giurisdizionale, da parte del potere giudiziario.

Nell'*administrative law*, tuttavia, è sempre presente la divergenza tra la disciplina dettagliata dell'attività normativa dell'amministrazione e una forte tendenza verso la razionalità (*substantive rationality*), che privilegia il profilo strumentale di raggiungere gli obiettivi fissati nella legge. In effetti, è ricorrente nelle agenzie la propensione verso l'*instrumentalism*, cioè verso la priorità data al raggiungimento dei risultati piuttosto che alla conformazione puntuale alle procedure previste²².

Il contrasto tra *instrumentalism* e *rule of law* è illustrato in modo significativo in uno dei casi più rilevanti nell'*administrative law*: *SEC v. Chenery Corp*²³, del 1947. La Corte Suprema, nel caso specifico, non ha voluto costringere l'agenzia amministrativa a ‘colmare gli interstizi della legge’ con l'emanazione di norme, ma ha stabilito che in alcune situazioni molto particolari, l'agenzia può agire ‘strumentalmente’ con *orders ad hoc*, in cui diventa preponderante l'ambito della discrezionalità amministrativa da applicare al caso concreto.

La Corte ha attenuato la presunzione della necessità di seguire sempre una *regulation by rules*, nel momento in cui ha stabilito che alcuni problemi sono talmente difficili da prevedere o richiedono una competenza così specialistica da non poter essere limitati nei confini di una *general rule*²⁴. Si deve mettere in evidenza, però, che le corti giudiziarie hanno spesso rigettato le motivazioni tendenti a far prevalere la discrezionalità a procedere tramite

¹⁹ Secondo I. Harden e N. Lewis (*The Noble Lie: The British Constitution and the Rule of Law*, Hutchinson, 1986) il *rulemaking process* rappresenta il grande contributo nord-americano al diritto costituzionale (p. 235).

²⁰ Cfr. *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

²¹ Così, cfr. *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

²² Sul punto, cfr. A.C. Aman e W.T. Mayton, *Administrative Law ... cit.*, p. 42.

²³ Cfr. *SEC v. Chenery Corp*, 332 U.S. 194 (1947).

²⁴ Sul caso *Chenery* cfr. A.C. Aman e W.T. Mayton, *Administrative Law ... cit.*, p. 72.

orders ad hoc, piuttosto che tramite *rules*, per costringere le agenzie ad evitare decisioni contenenti atti ‘arbitrari’²⁵.

Un ambito di discrezionalità nell’attività amministrativa è considerato inevitabile per assicurare che la competenza tecnica sia inclusa nell’attività regolamentare delle agenzie, le quali devono affrontare molteplici situazioni e circostanze concrete che le leggi non possono prevedere. I cambiamenti nella società sono così rapidi e improvvisi che è diventato necessario per le agenzie disporre di un margine significativo di flessibilità per far fronte a queste trasformazioni. Tale flessibilità ha comportato un ambito di discrezionalità, intesa come abilità dell’amministrazione di scegliere tra più alternative²⁶.

2.1. La partecipazione nel rulemaking

In relazione alle procedure che l’agenzia è obbligata a seguire prima dell’emanazione delle norme regolamentari, l’*APA* stabilisce che alle persone interessate si deve assicurare la possibilità di conoscere in anticipo i contenuti dei regolamenti e di partecipare al processo tramite la sottomissione di dati, pareri e relazioni scritte (*notice and comment*)²⁷.

In modo specifico, l’*APA* richiede la pubblicazione sul *Federal Register* della proposta di regolamento, in modo da consentire a chiunque vi abbia interesse di presentare osservazioni e all’agenzia di tener conto di tali osservazioni nel regolamento finale²⁸. Il processo di *rulemaking* stabilito in modo da garantire la preventiva conoscenza e la partecipazione²⁹ nell’attività normativa dell’amministrazione determina quello che Fuller descrive come la moralità interna del diritto che, a suo parere, raggiunge un’intensità notevole nell’*administrative law*³⁰.

²⁵ Così, cfr. A.C. Aman e W.T. Mayton, *ult. op. cit.* p. 78.

²⁶ Sulla discrezionalità amministrativa cfr., in generale, M. Shapiro, *The Supreme Court and Administration*, New York, 1968 e F.E. Rourke, *Bureaucracy, Politics and Public Policy*, Boston e Toronto, 1984, p. 35 ss.

²⁷ Cfr. *Administrative Procedure Act*, sez. 553 (c).

²⁸ Su tali procedure cfr. G. Bognetti, *Dalla ‘rule of law’ allo ‘Stato amministrativo’ ... cit.*, p. 24. In effetti, il testo del *Federal Register Act* prevede che “un *final order, opinion, statement of policy, interpretation, staff manual* o *instruction* che abbia effetti sui terzi può costituire il fondamento o essere usato, o citato da una *agency*, solo se i) è stato registrato e se è stato reso accessibile al pubblico o pubblicato come previsto in questo paragrafo; o ii) se la parte ha avuto effettiva e tempestiva notizia del suo contenuto”. Cfr. J. L. Mashaw, “Gli atti sub-legislativi di indirizzo della pubblica amministrazione nell’esperienza degli USA”, in *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell’amministrazione*, Bologna, 1991, p. 117.

²⁹ Sulle problematiche relative alla partecipazione nel *rulemaking*, cfr. V. De Falco, “Il modello americano tra crisi di sistema e innovazioni possibili”, in *DPCE*, 2020, n. 3, p. 617 ss.

³⁰ Cfr. E. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart”, in *Harvard Law Review*, 1958, vol. 71.

Il *rulemaking* deve seguire, infatti, delle procedure aperte alla partecipazione degli individui che hanno un interesse nella normativa proposta e, nello stesso tempo, deve avere il carattere della ‘comprensività’, nel senso di coinvolgere tutto il complesso degli interessi inerenti alle norme proposte. Inoltre, come stabilito da una costante giurisprudenza attraverso il potere di *review*, il *rulemaking* deve dimostrare una sua ragionevolezza: l’agenzia deve essere in grado di dimostrare che ha utilizzato ragionevolmente i suoi poteri nel procedimento che ha avuto come conclusione l’emanazione della norma regolamentare³¹.

La partecipazione diventa un elemento essenziale nel processo di *rulemaking* e contribuisce non soltanto ad assicurare la legittimazione costituzionale, dal momento che tramite la stessa partecipazione si viene a creare una relazione molto stretta tra l’agenzia a cui è affidato il potere regolamentare e gli individui interessati alla normativa, che hanno la possibilità di cooperare con l’agenzia alla formazione del provvedimento³². La partecipazione pubblica diventa, quindi, utile alla cosiddetta funzione informativa, che, a parere di Robinson³³, conferisce all’attività regolamentare un’autorità ed una credibilità che altrimenti non avrebbe avuto. Pertanto, la qualità della partecipazione pubblica, in funzione dell’opportunità offerta dalle agenzie per un coinvolgimento dei soggetti interessati e della misura in cui le parti traggono dei vantaggi da tale opportunità, condiziona l’attività di *rulemaking* sia in astratto che in concreto³⁴. Essa rafforza la compatibilità dell’attività regolamentare con i principi costituzionali e, nello stesso tempo, provvede che siano fornite informazioni essenziali affinché l’attività regolamentare raggiunga gli obiettivi per cui è stata predisposta.

3. L’*adjudication* e i poteri paragiudiziali delle agenzie amministrative

Le modalità relative all’*adjudication*, basate sul contraddittorio tra le parti per garantire l’imparzialità e la ragionevolezza delle decisioni, prevedono particolari procedure e, in molti casi, l’intervento finale di un *Administrative Law Judge (ALJ)*. La decisione si basa sia sull’accertamento dei fatti che sull’applicazione della legge; il procedimento per giungere all’*adjudication* è molto simile al modello processuale dell’*adversary procedure*, anche se gli *adjudicators* dell’agenzia si trovano in una posizione diversa rispetto ai

³¹ Cfr. *Greater Boston Television Corp. v. FCC*, 444 F. 2d 841 (D.C. Circ. 1970). Pertanto, le corti richiedono che si producano i dati dell’istruttoria delle *rules*, si dimostri come da quei dati siano scaturite le *rules* e come le *rules* siano collegate agli obiettivi della legge. Sui requisiti di cui tener conto nel processo decisionale nell’attività di *rulemaking* cfr. A.C. Aman e W.T. Mayton, *Administrative Law ... cit.*, p. 41.

³² Sul punto, cfr. G. Bognetti, “Dalla ‘rule of law’ allo ‘Stato amministrativo’: il problema della giustizia nell’amministrazione in America”, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1975, n. 27, p. 25

³³ Cfr. G.O. Robinson, *American Bureaucracy*, Ann Arbor, 1991, p. 126 ss.

³⁴ Così, cfr. C.M. Kerwin, “The Elements of Rule-Making”, in Aa. Vv. (a cura di D.H. Rosebloom e R.D. Schwartz), *Handbook of Regulation ... cit.*, p. 365.

giudici, statali o federali, dal momento che dall'*ALJ* ci si aspetta soprattutto una *expertise* approfondita sulle norme relative ad un determinato settore amministrativo, in modo che la sua decisione sia conforme alla normativa specifica dello stesso settore.

3.1. La partecipazione nell'*adjudication*

L'attività delle agenzie amministrative fa necessariamente sentire i suoi riflessi su una vasta gamma di interessi, sia privati che pubblici. Per tale motivo, la Corte Suprema e le corti federali inferiori hanno espresso più volte la preoccupazione che nel 'primo grado' del contenzioso amministrativo sia prevista un'ampia partecipazione e siano rappresentati adeguatamente, attraverso una processualità delle decisioni, interessi diversificati rispetto a quelli della stessa agenzia. Tale partecipazione alle decisioni dell'agenzia deve tendere a determinare una situazione ad 'armi pari' tra agenzia e soggetti interessati e a caratterizzare in modo pluralistico il procedimento amministrativo. Nel procedimento amministrativo, infatti, devono essere tenuti adeguatamente in considerazione gli interessi e i punti di vista delle parti interessate, in modo che le decisioni amministrative siano anche il risultato dell'interazione della stessa agenzia con i soggetti destinatari dell'attività amministrativa³⁵.

In questo modo, l'agenzia, diventando la sede di una procedura improntata alla partecipazione e al pluralismo, legittima le proprie decisioni in base alla trasparenza ed alla completezza delle informazioni.

Le modalità attraverso cui si prendono le decisioni diventano cruciali ai fini della validità delle decisioni stesse, che devono avere come componente essenziale la partecipazione e la semplificazione. Le motivazioni principali nel processo decisorio delle agenzie rimangono ancorate all'*expertise* in un determinato settore, ma la rilevanza delle decisioni amministrative sui diritti e sugli interessi degli individui crea necessariamente una tensione tra la semplificazione nelle decisioni e le modalità partecipative, che diventano determinanti nella decisione finale.

Il diritto a partecipare all'*adjudication* può essere limitato quando si accerta che non esiste un interesse significativo nel procedimento per alcuni individui, che invece, con la loro partecipazione, potrebbero, ingiustificatamente, ritardare il processo amministrativo. Pertanto, l'agenzia deve saper bilanciare tra l'esigenza di una necessaria partecipazione delle parti durante l'*adjudication* e la necessità che l'attività amministrativa si svolga in modo rapido e semplificato³⁶.

³⁵ Sulla partecipazione, in generale, cfr. R. B. Stewart, "The Reformation of American Administrative Law", in *Harvard Law Review*, 1975, n. 88; W. F. Murphy e I. Hoffman, "Current Models For Improving Public Representation in the Administrative Process", in *Administrative Law Review*, 1976, n. 28 e W. Gellhorn, "Public Participation in Administrative Proceedings", in *Yale Law Journal*, 1972, n. 81.

³⁶ Sul punto, cfr. A. C. Aman, Jr. e W. T. Mayton, *Administrative Law ... cit.*, p. 216 s.

La partecipazione richiede alcuni passaggi obbligatori che includono la necessità che siano avvertite le parti private interessate e, di seguito, la fase di assunzione di prove, le *hearings*, oltre all'acquisizione dei documenti che le parti possono presentare in ogni momento del procedimento amministrativo. Ogni singola fase deve essere documentata e le motivazioni riferite ai singoli momenti del processo amministrativo devono potersi ritrovare nelle decisioni³⁷.

Le stesse audizioni in contraddittorio, che assumono la forma del processo giudiziale, hanno subito una trasformazione nel tempo. Se esse furono introdotte per risolvere eventi episodici, quando le relazioni sociali ed economiche erano lasciate prevalentemente all'autonomia contrattuale dei privati e la regolazione pubblica rappresentava un'eccezione³⁸, successivamente, con la trasformazione dello Stato in senso interventista e la diretta responsabilità dell'amministrazione di ascoltare i soggetti interessati, le *hearings* sono diventate il momento più importante dell'intero processo di *adjudication*³⁹. In virtù della posizione acquisita dalle *hearings*, è diventata centrale l'individuazione delle parti legittimate (*standing*) al contraddittorio con l'agenzia e, pertanto, a partecipare e ad intervenire nel processo amministrativo⁴⁰.

3.2. Lo standing e le trasformazioni nell'amministrative process

La normativa sullo *standing* si deve allo sviluppo di due fattori concomitanti che si possono identificare nella crescita dello Stato amministrativo e nel conseguente aumento di controversie nell'ambito amministrativo per tutelare diritti e interessi, su cui, in passato, non avveniva nessun intervento da parte delle autorità pubbliche.

I ricorsi alle corti federali sono aumentati notevolmente, nel momento in cui i fenomeni lasciati precedentemente all'autonoma regolazione dei privati sono diventati man mano oggetto di regolazione pubblica e, conseguentemente, gli stessi privati hanno avvertito sempre di più l'esigenza di controllare il crescente potere del governo al fine di tutelare i loro diritti,

³⁷ Sulle varie fasi del procedimento amministrativo e sulle modalità partecipative, cfr. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano, vol. II, La Costituzione democratica*, Torino, 2000, p. 121.

³⁸ Sul punto, cfr. S. Horwitz, "The History of the Public Private Distinction", in *University of Pennsylvania Law Review*, 1982, n. 130, p. 1423 ss.

³⁹ Successivamente, le *hearings* in contraddittorio furono rafforzate quando riuscirono a costituire un 'antidoto' importante nel periodo del cosiddetto McCarthyismo, per permettere la difesa da false illazioni e da informazioni mendaci. Sul punto cfr. A. C. Aman e W. T. Mayton, *Administrative Law ... cit.*, p. 177.

⁴⁰ Sullo *standing*, in generale, cfr. C. Davis, *Administrative Law Text*, St. Paul, 1972; L. L. Jaffé, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston, 1965; L. Albert, "Standing to Challenge Administrative Action: An Inadequate Surrogate for Claim for Relief", in *Yale Law Journal*, 1974, n. 83; K. E. Scott, "Standing in the Supreme Court – A Functional Analysis", in *Harvard Law Review*, 1973, n. 86 e G. Nichol, "Rethinking Standing", in *California Law Review*, 1984, n. 68.

esposti alla discrezionalità della pubblica amministrazione tramite procedimenti sostanzialmente giudiziari. A iniziare dagli anni cinquanta del secolo scorso, la Corte ha mutato i propri orientamenti sui soggetti legittimati ad intervenire per la tutela dei propri diritti.

Lo *standing* pone problemi di diverso genere, anche di ordine costituzionale, per l'individuazione dei soggetti ammessi al contraddittorio. Tali soggetti devono aver subito un '*injury in fact*'⁴¹; inoltre, il danno deve essere stato causato dall'attività amministrativa e una decisione giudiziaria deve essere in grado di rimediare a tale danno.

L'*APA* si occupa dello *standing* ma in termini molto generali e non risolve in modo preciso la questione di quali siano i soggetti interessati a intervenire nel processo amministrativo. La legittimazione a intervenire dipende generalmente dall'interpretazione che l'agenzia dà alla legge; ma la legge molte volte è ambigua e vaga, per cui si lascia all'agenzia un'ampia discrezionalità nelle decisioni, che può essere confermata o meno dalle corti nel successivo *judicial review*⁴².

Inoltre, lo *standing* è andato incontro a cambiamenti significativi che hanno trasformato completamente l'individuazione dei soggetti portatori di interessi. Infatti, se originariamente allo *standing* erano ammessi solo individui (persone fisiche o giuridiche) per la tutela dei diritti individuali, in coerenza con l'impostazione autenticamente liberale del sistema, negli anni sessanta e settanta del secolo scorso, la giurisprudenza ha mutato l'interpretazione in materia di *standing* e lo stesso Congresso ha ampliato di molto la legittimazione a ricorrere⁴³.

Tale cambiamento è avvenuto sia perché era diffusa l'idea che i processi amministrativi erano dominati dalla pressione degli interessi privati più forti⁴⁴, sia perché un numero crescente di gruppi di interesse avevano richiesto di intervenire in sede di *adjudication*, in quanto sempre più interessati alla partecipazione nelle decisioni amministrative.

Inoltre, l'istituzione di agenzie di regolazione di settori economici nell'interesse pubblico, come quelle in materia ambientale e di tutela dei diritti dei consumatori, ha accelerato tale processo di ampliamento dello

⁴¹ Sul punto, cfr. G. Bognetti, "Dalla 'Rule of Law' allo 'Stato amministrativo': il problema della giustizia nell'amministrazione in America. II", in *Jus*, 1987, vol. 34, p. 37 e P. L. Strauss, "An Introduction to Administrative Justice in the United States", in *Aa. Vv. (a cura di A. Piras), Administrative Law the Problem of Justice*, Milano, 1991, vol. 1. La Corte Suprema, nella sua sentenza *Association of Data Processing Service Organizations v. Camp* (397 U.S. 150 - 1970), ha previsto che il ricorrente deve dimostrare un "*injury in fact*" e l'interesse da proteggere deve essere disciplinato da una legge o garantito dalla Costituzione.

⁴² Sul punto, cfr. A. C. Aman, e W. T. Mayton, *Administrative Law ... cit.*, p. 217.

⁴³ Critico nei confronti di tale ampliamento è C. R. Sunstein, "What's Standing After Lujan? Of Citizen Suits, 'Injuries', and Article III", in *Michigan Law Review*, 1992, n. 91. Sul punto cfr. anche R. J. Pierce Jr., "Lujan v. Defenders of Wildlife: Standing as a Judicially Imposed Limit on Legislative Power", in *Duke Law Journal*, 1983, n. 42.

⁴⁴ Così, cfr. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano, vol. II ... cit.*, p. 115.

standing fino ad indurre la giurisprudenza a individuare la legittimazione a intervenire nell'*adjudication* nella connessione tra il provvedimento amministrativo e l'eventuale danno, senza la necessità di dimostrare un collegamento tra il danno e il diritto legalmente riconosciuto⁴⁵. “Questo disancoraggio della legittimazione ad agire dalla titolarità di un diritto individuale (sia esso un classico *right* o sia un *entitlement*) ha aperto la porta dei procedimenti amministrativi a successive *reviews* giudiziali a cittadini e a organizzazioni di cittadini rivendicanti interessi diffusi: quali quelli dei consumatori; degli ambientalisti; dei contribuenti; dei concorrenti nel commercio; dei telespettatori e via dicendo. La rappresentanza di tali interessi diffusi è stata assunta da soggetti collettivi autonomatisati difensori dei medesimi”⁴⁶. I cambiamenti radicali nello *standing*, tuttavia, non sono dovuti soltanto all'iniziativa dei gruppi di interesse, ma ai diversi orientamenti della giurisprudenza che ha permesso tale ampliamento⁴⁷.

Se la Corte Suprema, in *Sierra Club v. Morton*⁴⁸, aveva stabilito che il diritto di *standing* spettava solo a coloro i quali avrebbero potuto dimostrare che l'attività amministrativa avesse causato '*injury in fact*' e che il danno si riferisse ad un interesse protetto dalla legge e violato dall'agenzia, nel 1973 la stessa Corte ha ammesso allo *standing* un'associazione (*Students Challenging Regulatory Agency Procedures*) nei confronti di un'agenzia indipendente, in quanto ha riconosciuto uno specifico danno, anche senza la violazione di un preciso diritto legalmente riconosciuto⁴⁹.

L'apertura del processo amministrativo ai portatori di interessi diffusi doveva servire a bilanciare il condizionamento sulle agenzie da parte dei soggetti privati più forti⁵⁰, ma, nello stesso tempo, ha determinato un'attività amministrativa più lenta e più costosa, dal momento che si erano moltiplicati i soggetti legittimati ad essere ascoltati prima di decidere⁵¹. Pertanto, un

⁴⁵ Così, cfr. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, vol. II... cit., p. 127. Sulla legittimazione a stare in giudizio delle associazioni di tutela ambientale, in riferimento ai provvedimenti emanati dall'agenzia federale dell'ambiente (*EPA – Environmental Protection Agency*), cfr. G. Cordini, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 1997, p. 112 s.

⁴⁶ Cfr. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, vol. II... cit., p. 126.

⁴⁷ Sui cambiamenti avvenuti negli orientamenti della Corte Suprema, cfr. K. Orren, “Standing to Sue: Interest Group Conflict in the Federal Courts”, in *American Political Science Review*, 1976, n.3.

⁴⁸ *Sierra Club v. Morton* 405 U.S. 727 (1972).

⁴⁹ *U.S. v. S.C.R.A.P.*, 412 U.S. 669 (1973).

⁵⁰ In questo modo, si introduce una visione multipolare dell'attività amministrativa, coinvolgendo non solo gli interessi privati, ma anche quelli collettivi e pubblici, a cui va assicurata una *fair representation*. Così, cfr. M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992. L'autore aggiunge che “la discrezionalità amministrativa è vista come valutazione comparativa di molteplici interessi confliggenti. Il fondamento dell'*administrative law* diviene l'*interest representation*” (p. 116).

⁵¹ Infatti, la liberalizzazione dello *standing* ha determinato che i rappresentanti dei gruppi afro-americani e di altre minoranze razziali abbiano seguito l'esempio delle associazioni degli ambientalisti e dei diritti dei consumatori e siano intervenuti in numerosi processi amministrativi. Sul punto cfr. K. Orren, “Standing to Sue: Interest

processo amministrativo così ‘partecipato’ si dimostrava in contrasto con la semplificazione e la rapidità dell’azione amministrativa⁵².

Ma l’ingresso nel processo amministrativo dei soggetti portatori di interessi diffusi ha determinato anche che il procedimento amministrativo si sia trasformato in ‘terreno di scontro’ dei vari interessi in gioco, facendo diventare recessivi i diritti dei singoli individui, nettamente più deboli rispetto agli interessi diffusi, le cui ragioni sono sostenute da soggetti adeguatamente organizzati⁵³. Si modifica la visione dell’*administrative law* da duale, in cui è prevalente il rapporto tra l’amministrazione e il suo diretto interessato, in una concezione ‘plurilaterale’, in cui si devono tener conto anche degli interessi dei gruppi coinvolti⁵⁴. Se si aggiunge che le agenzie dispongono di un ampio potere discrezionale nella loro funzione regolatoria e decisoria, in quanto spesso le leggi di delega sono molto generali e carenti di precisi principi direttivi, diventa evidente come l’amministrazione sia diventata la sede di mediazione⁵⁵ dei diritti e degli interessi⁵⁶.

Generalmente, le stesse agenzie emanano preventivamente dei regolamenti a cui esse devono adeguarsi in sede di *adjudication* e di provvedimenti puntuali, ma, nonostante l’individuazione preventiva di alcuni principi, rimane forte la pressione dei soggetti portatori di interessi

Group Conflict in the Federal Courts”, in *American Political Science Review*, 1976, n. 3, p. 724.

⁵² Così, cfr. G. Bognetti, “Dalla ‘Rule of Law’ allo ‘Stato amministrativo’: il problema della giustizia nell’amministrazione II, ... cit. L’autore sostiene che “Con la modifica dello *standing*, valenti studiosi hanno sostenuto che il diritto amministrativo sarebbe ormai entrato in un nuovo stadio di sviluppo. Fino agli anni sessanta le salvaguardie procedurali (...) avrebbero operato essenzialmente come garanzie a vantaggio dei diritti dell’individuo su cui incideva o poteva incidere l’azione amministrativa. Ora, invece, queste strutture istituzionali verrebbero utilizzate per servire primariamente ad un altro fine: per ottenere, attraverso il medium della pubblica amministrazione, una distribuzione varia di utilità e benefici tra molteplici gruppi sociali attivi nelle distinte aree affidate all’azione amministrativa”. (p. 40)

⁵³ Tali gruppi di interessi hanno riversato nel processo amministrativo le frustrazioni dovute agli scarsi risultati ottenuti in seguito alla pressione sul Congresso per l’approvazione di leggi a favore dei propri interessi. Così cfr. K. Orren, “Standing to Sue ... cit., p. 724.

⁵⁴ Così, cfr. M. D’Alberti, *Diritto amministrativo comparato ... cit.*, p. 119.

⁵⁵ Così, cfr. G. Bognetti, “Dalla ‘Rule of Law’ allo ‘Stato amministrativo’: il problema della giustizia nell’amministrazione II, ... cit. L’autore fa riferimento alla teoria della *interest groups politics*, elaborata da Bentley e ripresa nel secondo dopoguerra da Truman, in cui definisce la democrazia come il luogo in cui si realizza la partecipazione di tutti i gruppi che intendono partecipare e, seguendo tale teoria, la riforma dello *standing* ha contribuito alla democratizzazione del processo amministrativo nord-americano (p. 41).

⁵⁶ Il confronto, in sede di processo amministrativo, dei gruppi portatori di interessi diffusi ha determinato non solo un forte condizionamento nelle decisioni amministrative, ma anche una diretta partecipazione di tali gruppi nel processo di *policy making*. Cfr. K. Orren, “Standing to Sue ... cit., p. 725. Sull’eccessiva influenza di temi politici sullo *standing* e sull’esigenza di limitazioni in merito cfr. A. Scalia, “The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers”, in *Suffolk University Law Review*, 1983, n. 17.

diffusi, in grado di ottenere decisioni più favorevoli rispetto ai soggetti portatori di interessi individuali. In questo modo, le agenzie riducono la loro autonoma capacità decisoria e diventano il luogo di negoziazione dei diritti e degli interessi, dal momento che, a parte il dato normativo, pesano “anche, e non poco, il volume e le intensità delle pressioni reciproche”⁵⁷. Tali aperture nell'*adjudication* possono rappresentare una svolta nell'incremento della partecipazione, ma, nello stesso tempo, possono determinare un'inversione di tendenza nei confronti della semplificazione amministrativa.

4. Dalla semplificazione alla 'destrutturazione' dell'amministrazione federale nella Presidenza Trump

L'elezione di Trump alla Presidenza degli Stati Uniti nel 2016 ha rappresentato un profondo cambiamento anche sul piano dei modelli amministrativi, per come sono stati realizzati in oltre due secoli di storia amministrativa. Uno dei consiglieri politici del Presidente, Steve Bannon, aveva affermato qualche mese dopo le elezioni, nel febbraio del 2017, nell'ambito del *Conservative Political Action Conference* in Maryland, che l'amministrazione federale doveva essere profondamente destrutturata⁵⁸. La 'destrutturazione' comportava una profonda privatizzazione, una diffusa deregolamentazione e un radicale ridimensionamento delle tradizionali funzioni amministrative. Sono state ricorrenti nelle parole di Trump e dei suoi uomini di fiducia i richiami alla teoria neoliberale della pubblica amministrazione, che era stata sostenuta da Margaret Thatcher nel Regno Unito e da Ronald Reagan negli Stati Uniti negli anni '80 del secolo scorso.

Infatti, le nuove teorie esposte da Trump potevano essere considerate non solo come la riproposizione del *management* e la rivalutazione dei profili organizzativi, intesi come strumenti di una nuova legittimazione della pubblica amministrazione, ma anche come una nuova strategia del Presidente di accrescere il proprio potere nei confronti dell'amministrazione federale, riducendo l'impatto della separazione dei poteri e diminuendo l'influenza del Congresso e del potere giudiziario sull'amministrazione.

La risposta presidenziale alla percezione dei problemi più critici dell'amministrazione federale consisteva, negli anni della Presidenza

⁵⁷ Cfr. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano, vol. II... cit.*, p. 126. Aggiunge l'autore che c'è una scuola di pensiero, soprattutto tra i sociologi ed i politologi, secondo cui la democrazia si realizza al meglio nelle modalità partecipative, così come avviene nel processo amministrativo in America. Dal libero gioco delle pressioni ne risulterebbe valorizzata la democrazia come “risultante di compromessi raggiunti tra tutti gli interessi che desiderano partecipare, e che vi sono ammessi”. In contrasto con questa scuola di pensiero si pone un'altra idea, sostenuta dai giuristi, della democrazia come scelta dell'indirizzo politico da parte del legislatore, che si traduce in leggi e normazione secondaria, nel rispetto dei diritti garantiti dalla Costituzione, con l'obiettivo di proteggere determinate situazioni giuridiche soggettive (p. 127 ss.).

⁵⁸ G. Krieg, *What the 'deconstruction of the administrative state' really looks like*, in *CNN*, 30 marzo 2017.

Trump, nel privilegiare l'approccio 'politico', per poter pervenire ad un miglioramento nell'attività amministrativa⁵⁹. Tale riforma era collegata ad una profonda sfiducia nel modello tradizionale di *administrative law*, su cui si concentravano molte valutazioni negative⁶⁰.

In base al modello tradizionale, l'amministrazione può agire solo in conformità alla legge; ad essa è richiesto di seguire le procedure che garantiscono la corrispondenza dell'attività amministrativa alla delega contenuta nella fonte legislativa e le corti verificano che anche il processo decisionale avvenga osservando tali procedure.

Nelle nuove teorie neo-liberali di Trump si sosteneva, invece, che l'attività amministrativa si dovesse caratterizzare in senso *business-like* ed essere orientata ai risultati più che rivolgere la propria attenzione all'osservanza delle procedure. Si tentava di stabilire una continuità tra la responsabilità politica e l'attività amministrativa, che doveva considerare prioritario il rispetto degli *standards* voluti dal Presidente, andando anche oltre le previsioni contenute nelle leggi. In questo modo, si superava il modello che considerava le agenzie amministrative come esecutrici delle leggi, nel senso che esse erano percepite sempre di più come dei soggetti che partecipavano a pieno titolo alla formazione ed all'implementazione delle politiche del Presidente.

I cambiamenti voluti dal precedente Presidente riprendevano, in parte, le teorie portate avanti dal *delegalization movement*, che riteneva si dovesse creare un contesto in cui i processi decisionali delle agenzie dovessero perdere il loro carattere 'giuridico' nella forma e nelle procedure e dovessero essere maggiormente 'politicizzate', antepoendo i risultati alla regolarità delle procedure.

In questo modo, i valori di trasparenza, eticità ed equità sono stati sottoposti a significative pressioni⁶¹ e già agli inizi del 2019 il più lungo *shutdown* della storia nord-americana ha lasciato profonde 'cicatrici' e una diffusa sfiducia nell'amministrazione federale⁶².

Gli orientamenti di Trump riguardanti il sistema amministrativo hanno potuto anche riscuotere parte del favore popolare, ma, certamente, non si collocavano in perfetta coerenza con la tradizione del costituzionalismo nord-americano, che ha sempre privilegiato valori molto diversi. In particolare, le teorie costituzionali classiche hanno sempre considerato le politiche pubbliche come degli strumenti in grado di proteggere prioritariamente le libertà individuali, pur non ponendosi in

⁵⁹ Si v., in questo senso, l'Executive Order 13781 del 2017, diretto all'OMB per elaborare un "Comprehensive Plan for Reorganizing the Executive Branch".

⁶⁰ Sul punto, cfr. D. Schultz, *Public Administration in the Age of Trump*, in *JPAAE*, 1, 2018, 557-562.

⁶¹ Così, cfr. Don Moynihan, *Public Administration Under Trump: An Age of Institutional Decline?* in *Public Management Research Association*, January, 2018.

⁶² J. Scholtes, *Government Shutdown*, in *Il Politico*, January, 2019.

diretto contrasto con le teorie della pubblica amministrazione orientate verso il *management*.

5. Considerazioni conclusive

Il processo di democratizzazione della pubblica amministrazione nord-americana avviato dall'*APA* ha contribuito in modo rilevante alla promozione della partecipazione e della semplificazione dell'azione amministrativa.

Anche la stessa giurisdizionalizzazione del processo amministrativo ha avuto non solo l'obiettivo di una maggiore trasparenza e di ampliare la partecipazione dei soggetti nel procedimento amministrativo, ma anche di aumentare il grado di imparzialità e regolamentare la discrezionalità amministrativa, in modo da ridurre i possibili arbitrii⁶³.

La tensione tra *rule of law* e discrezionalità amministrativa continua a rimanere un tema centrale nell'azione amministrativa, dal momento che soprattutto nella situazione attuale ci si confronta con un'amministrazione che deve assumere continuamente decisioni, procedendo a una comparazione tra diverse alternative, molte volte non definite in modo chiaro nella legge.

Tale tensione sta raggiungendo livelli molto alti nell'attuale situazione di pandemia e di emergenza sanitaria. Si affidano, infatti, ai funzionari pubblici poteri di decidere sull'assegnazione dei *welfare benefits* e, quindi, di individuare, nella varietà dei casi che si possono presentare, i destinatari delle prestazioni pubbliche in base a criteri di discrezionalità amministrativa⁶⁴.

In questo particolare periodo emergenziale, si vuole che l'amministrazione agisca in modo dinamico e immediato in risposta non solo ai problemi sanitari, ma anche a quelli economici, sociali, ambientali e di sicurezza e si ripropone in modo centrale la questione dei limiti necessari per vincolare la discrezionalità amministrativa e per continuare ad assicurare il primato della *rule of law*⁶⁵.

Riuscire a ripensare a un nuovo assetto della pubblica amministrazione che dia priorità alla semplificazione e alla partecipazione e sia coerente con la tradizione del costituzionalismo americano è una delle sfide più importanti del nuovo Presidente Biden.

⁶³ Sul punto, cfr. M. Shapiro, "Administrative Discretion: The Next Stage", in *Yale Law Journal*, 1983, vol. 92.

⁶⁴ Un modo per riconciliare la discrezionalità amministrativa con la *rule of law* è individuato nella promulgazione di regole e di *standard* in anticipo, prima dello svolgimento dell'attività amministrativa. Sul punto, cfr. T. Lowi, il quale, nel suo libro *The End of Liberalism*, New York, 1986, sostiene che il *rulemaking*, per l'amministrazione, rappresenta la chiave per formalizzare il processo decisionale amministrativo e rendere l'amministrazione più coerente con il principio della *rule of law* (p. 303 ss.).

⁶⁵ Sul punto, cfr. M. Shapiro, "Discretion", in D.H. Rosebloom e R.D. Schwartz, *Handbook of Regulation cit.*, p. 517.

Guerino D'Ignazio
Dipartimento di Scienze Politiche e
Sociali
Università della Calabria
Via Pietro Bucci, 87036 Rende (CS)
guerino.dignazio@unical.it