

Judicial Review and Independent Authorities Rulemaking. L'America alla ricerca di un nuovo equilibrio nella separazione dei poteri.

di Vincenzo De Falco

Abstract. Judicial Review and Independent Authorities Rulemaking. America in search of a new balance in separation of powers. The essay analyzes the relationship between the regulatory power of independent authorities and the incisiveness of the judicial review in the United States. Compared to other countries, in this experience the tensions between rulemaking and the role of judiciary present more problematic aspects, by virtue of the widespread use of the delegation of power by the Congress and the traditional doctrine of deference. In recent times, American legal thought is reflecting on the need to strengthen judicial review on rulemaking, overcome the deference of Chevron, Auer and Skidmore and reform the traditional separation of powers outlined in the Administrative Procedure Act. The study of the opinions of American scholars offers the author an opportunity to reflect on the connections between the effectiveness of participation, the principle of transparency, the explanation of the reasons underlying the rulemaking proceeding, and the variables that induced different degrees intensity of judicial review.

2113

Keywords: American Independent Agencies, Rulemaking, Judicial Review, Deference, Administrative Procedure Act.

1. L'eccezione americana

La relazione tra il potere regolatorio delle autorità amministrative indipendenti e l'incisività della funzione giurisdizionale è un problema complesso da delineare ed altrettanto difficile da risolvere. Se in altri Paesi le tensioni tra le amministrazioni di regolazione ed il potere della magistratura sono attenuate in considerazione dei maggiori spazi concessi alla democrazia rappresentativa, nell'esperienza americana la questione presenta aspetti maggiormente problematici, in virtù del diffuso utilizzo del meccanismo delle deleghe in bianco e della tradizionale dottrina della *deference*.

Il panorama comparatistico mostra che l'implementazione del modello delle autorità amministrative indipendenti è per lo più avvenuta attraverso l'adozione di fonti primarie, con cui è stata disciplinata la funzione di regolazione per singoli settori. Di norma poi anche i relativi procedimenti sono previsti e regolati all'interno della normativa settoriale ed il modello partecipativo è ancor poco sviluppato a confronto con l'esperienza

americana, dove esiste una disciplina generale sul procedimento normativo e la democrazia partecipativa rappresenta il principale meccanismo per arginare il fenomeno del deficit democratico. La situazione negli Stati Uniti è infatti diversa, per una vasta serie di ragioni. Innanzitutto, a differenza di quanto avvenuto in altri Paesi, le agenzie americane sono state dotate di poteri di autoregolazione entro le larghe maglie concesse dalle deleghe congressuali, per lo più prive di criteri e principi direttivi. In quelle aree geografiche in cui il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti è stato disciplinato per mezzo di fonti primarie la problematica dei limiti del controllo giurisdizionale viene per lo più ricondotta all'analisi dei parametri di stretta razionalità, o tutt'al più all'idea interna di proporzionalità; fenomeno che si registra sia in Europa che in altre esperienze giuridiche che presentano caratteristiche simili¹.

In questi Paesi poi la funzione normativa è stata tenuta ben distinta da quella amministrativa, si fonda su differenti aspetti teorici e procedurali rispetto al modello americano, che registra al contrario l'esistenza di una disciplina unitaria che regola con gli stessi principi sia la funzione normativa che quella esecutiva, entrambe conferite ad una stessa autorità in ragione del ruolo che riveste nel sistema organizzativo, ed i limiti del sindacato giurisdizionale non vengono di norma analizzati in relazione alla tipologia di attività espletata. La funzione delle autorità amministrative è retta dal principale requisito dell'indipendenza, da qualsiasi influenza esterna, finanche politica, in considerazione dell'alto grado di professionalità di cui sono dotati i rispettivi componenti.

Per effetto di questa particolare competenza tecnica il pensiero giuridico americano ha inizialmente delineato un modello di separazione di poteri che tendeva ad escludere che la magistratura potesse influire sulle decisioni assunte dalle agenzie, dovendo attenersi a un sindacato di stretta razionalità². Anzi è stato difficile finanche ipotizzare di conferire una

¹ È piuttosto difficile però riscontrare, in queste ipotesi, casi in cui il sindacato giurisdizionale sia stato particolarmente penetrante sulle funzioni di *rulemaking*, che è invece più incisivo sui procedimenti sanzionatori o in generale per quanto concerne specifiche situazioni giuridiche. Rispetto all'esercizio della funzione di regolazione, come avviene per gli atti regolamentari, la magistratura mostra un atteggiamento piuttosto deferente. L'analisi diacronica è in A. Woolhandler, *Judicial Deference to Administrative Action - A Revisionist History*, in 43 *Admin. L. Rev.*, 1991, 197 ss., mentre un'indagine comparata è stata di recente compiuta da G. Zhu, *Deference to the Administration in Judicial Review: Comparative Perspectives*, in Idem (ed.), *Deference to the Administration in Judicial Review*, Switzerland, 2019, 1 ss.

² Già Thayer, nel suo noto scritto, riteneva che l'interpretazione della Costituzione fosse ad appannaggio del Congresso e che la magistratura statunitense dovesse soprattutto verificare se l'esercizio del potere esecutivo fosse avvenuto secondo i parametri di indipendenza e razionalità. J. B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 7 1893, 129 ss. Questa impostazione è stata poi seguita da Matthew Lewans, Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis e Felix Frankfurter che tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo hanno ricostruito le basi teoriche su cui si fonderà poi la dottrina di *Chevron*. Una comparazione con le esperienze australiana, inglese e canadese è in

funzione consultiva al sindacato giurisdizionale, a differenza del ruolo che tradizionalmente avevano assunto il *Conseil d'Etat* in Francia o il Consiglio di Stato in Italia³. Nei primi anni di adozione dell'*Administrative Procedure Act* si registrano casi piuttosto isolati di impugnative di atti normativi, che aumenteranno progressivamente soltanto quando inizierà a verificarsi il crescente fenomeno della *capture* delle agenzie indipendenti da parte di organizzazioni particolarmente influenti nel sistema industriale americano⁴.

Nel modello partecipativo ideato dall'*Administrative Procedure Act* i gruppi imprenditoriali avrebbero dovuto esprimere le proprie opinioni, incrementare la qualità dell'istruttoria, addurre nuovi ed ulteriori elementi di valutazione rispetto al progetto iniziale, nell'ambito delle due tipologie procedimentali previste per le funzioni di *rulemaking*. Negli anni, tuttavia sono emersi numerosi casi d'ingerenza del mondo imprenditoriale al di fuori dei meccanismi previsti dal sistema di partecipazione, e si è verificata quella *capture* che ha a sua volta alterato l'indipendenza dell'esecutivo. Stava degenerando il modello partecipativo, ideato nel 1946; in molti casi l'apporto delle organizzazioni industriali al procedimento normativo avveniva soltanto formalmente attraverso le fasi procedimentali, mentre nella sostanza queste organizzazioni stavano indirizzando la politica delle agenzie a proprio favore, compromettendone l'indipendenza. Questa circostanza ha determinato la necessità di raffinare gli strumenti a disposizione dei giudici americani, soprattutto per tentare di arginare i connessi fenomeni di corruzione⁵. Si è prodotto così un notevole incremento di *case law* che inevitabilmente hanno dovuto affrontare la questione dei limiti del sindacato giurisdizionale sulla funzione normativa, nella costante attenzione a rispettare il principio in base al quale mai la magistratura americana avrebbe potuto ingerire nelle scelte politiche. Tuttavia, come diffusamente accade nel panorama comparatistico, la questione è tutt'altro che semplice da definire ed è strettamente connessa al grado di espansione dei limiti del controllo giurisdizionale.

2. Deference e judicial review. Un binomio eccessivamente forzato

J. Boughey, *Re-evaluating the doctrine of deference in administrative law*, in 45 *Fed. L. Rev.* 2017, 597 ss.

³ La magistratura avrebbe dovuto assumere un ruolo piuttosto deferente rispetto alla capacità tecnico-professionale di cui erano dotate le agenzie. L' art 706 dell'*Administrative Procedure Act* consente infatti l'annullamento delle decisioni amministrative viziate da *abuse of discretion* o prive di *substantial evidence* e *arbitrary and capricious*. È sull'interpretazione di questi criteri che si è sviluppata la giurisprudenza americana.

⁴ J. & S. W. Yackee, *A Bias toward Business? Assessing Interest Group Influence on the Burocracy*, in 68 *Journal of Politics*, 2006, 128 ss. C. Coglianese, *Assessing Consensus: The Promise and Performance of negotiated rulemaking*, in 46 *Duke Law Journal*, 1997, 1255 ss.

⁵ M. F. Cuéllar, *Rethinking regulatory democracy*, in 57 *Admin. L. Rev.*, 2005, 411 ss.

Nel costituzionalismo americano la *judicial review* sulle funzioni delle agenzie indipendenti solleva alcune complesse questioni. Da un lato, il rispetto del principio della separazione dei poteri implica un'ampia discrezionalità dell'amministrazione nella definizione e nel perseguimento degli obiettivi politici, ma dall'altro occorre garantire che le agenzie esercitino le proprie funzioni nella garanzia della totale indipendenza. La ricerca di questo equilibrio è difficile. Un eccessivo spazio concesso ai giudici americani potrebbe impedire alle agenzie di delineare gli obiettivi politici, ma nello stesso tempo spetta alla magistratura la funzione di evitare che le scelte effettuate siano dettate da gruppi di pressione o risultino prive di insufficiente valutazione dei vari interessi coinvolti nel *rulemaking proceeding*. Tuttavia, è altrettanto evidente che se il sindacato giurisdizionale fosse particolarmente incisivo, le agenzie sarebbero indotte a rallentare i procedimenti per la formazione delle regole giuridiche, incrementando così il fenomeno dell'*ossification*; oppure potrebbero esercitare pressioni politiche sulla magistratura, con il rischio di incrementare la possibilità che vengano favoriti soltanto determinati gruppi industriali.

Per un breve arco temporale successivo al *New Deal*, i giudici americani hanno diffusamente mostrato un approccio piuttosto deferente⁶, ma negli anni successivi la complessità della questione ha prodotto evidenti contrasti giurisprudenziali. La linea conservatrice induceva a limitare il sindacato giurisdizionale entro le classiche maglie del rispetto totale delle scelte politiche compiute dalle agenzie, mentre la tendenza innovatrice estendeva il controllo di razionalità fino a verificare nel dettaglio se l'amministrazione avesse potuto adottare anche soluzioni differenti. La deferenza di *Chevron*⁷, coadiuvata dai casi *Skidmore*⁸ e *Auer*⁹ determinerà invece una netta inversione di tendenza verso il modello tradizionale, ma non fornirà una linea interpretativa stabile¹⁰.

La *deference* affermata nel costituzionalismo americano costituisce in sostanza il limite imposto alla *judicial review*, nel timore che la magistratura possa sostituire il proprio giudizio a quello delle agenzie, dotate di forte specializzazione nelle materie di propria competenza e modellate su una struttura organizzativa indipendente; sorge con l'idea di ricercare i limiti del sindacato giurisdizionale entro gli spazi concessi alle agenzie dalle deleghe

⁶ R. E. Schiller, *The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law*, in 106 *Michigan Law Review* 2007, 413 ss.

⁷ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council*, 467 U.S. 837, 842-43 (1984).

⁸ *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134, 140 (1944).

⁹ *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997) Dai casi *Chevron* e *Auer* proviene il divieto per la magistratura americana di sindacare le interpretazioni degli *Statutes* fornite dalle agenzie indipendenti, in virtù della loro autorevolezza e nell'ambito di un sindacato di ragionevolezza piuttosto ristretto. La deferenza di *Skidmore* produce effetti simili nelle ipotesi in cui siano coinvolte scelte di natura politica.

¹⁰ R. J. Kozel & J. A. Pojanowski, *Administrative Change*, 59 *Ucla L. Rev.* 112, 2011, 135-67.

congressuali¹¹. Sebbene concerna in realtà soltanto la portata del potere interpretativo, questa impostazione ha indotto il pensiero giuridico americano a ricercare uno standard comune che potesse applicarsi a tutti i procedimenti condotti dalle *independent authorities* ed ha notevolmente condizionato anche l'analisi sui limiti del sindacato giurisdizionale in relazione alle funzioni di *rulemaking*, perché in *Chevron* la Corte Suprema aveva affermato con forza che le agenzie si trovano in una posizione privilegiata rispetto ai tribunali, quando, nel fornire le proprie interpretazioni delle disposizioni degli *Statutes*, analizzano anche la razionalità delle scelte effettuate.

Questa idea di *deference* ha suscitato nel tempo numerose critiche e la magistratura statunitense ha dovuto affrontare notevoli difficoltà applicative, tanto che da più parti il precedente *Chevron* è stato ritenuto contrario alla Costituzione americana ed incompatibile con il principio di separazione dei poteri; rappresenterebbe in sostanza una vera e propria “abdicazione del potere giudiziario”¹².

3. I parametri dell'*Administrative Procedure Act* nell'evoluzione giurisprudenziale

Nella sua originale impostazione l'*Administrative Procedure Act* aveva indirizzato le agenzie americane ad utilizzare la procedura formale per le funzioni di *rulemaking*¹³, che tuttavia negli anni successivi è stata abbandonata a causa del fenomeno dell'*ossification* e a vantaggio di procedimenti meno formali e più snelli. Le norme avevano però ipotizzato l'utilizzo di modelli differenziati di controllo giurisdizionale, a seconda del procedimento seguito: il *substantial evidence test*, nei casi di *formal rulemaking* e caratterizzato da una istruttoria particolarmente articolata e completa, mentre l'*arbitrary and capricious test* avrebbe dovuto costituire il sistema di sindacato giurisdizionale nelle ipotesi in cui l'agenzia avesse seguito il procedimento informale¹⁴. La distinzione tra i due parametri, che in realtà non è stata mai netta, né sufficientemente precisa soprattutto quando il controllo non implicasse questioni prettamente giuridiche, nel tempo ha perduto gran parte della sua rilevanza, per effetto di vari elementi. Il *substantial evidence test*, inizialmente coerente con la tendenza del giudice

¹¹ G. Lawson, G.I. Seidman, *Deference: The Legal Concept and the Legal Practice*, New York, 2020, 183 ss.

¹² *Gutierrez-Brizuela v Lynch*, 834 F.3d 1142, 1152 (10th Cir, 2016).

¹³ Sect. APA §556-57 (formal rulemaking).

¹⁴ *Nat'l Truck Equip. Ass'n v. Nat'l Highway Traffic Safety Admin.*, 711 F.3d 662, 667 (6th Cir. 2013). In questo caso la magistratura ha ritenuto che una decisione adottata da un'agenzia è *arbitrary and capricious* se si fonda su elementi diversi da quelli che il Congresso non indicato, se abbia omissso di valutare rilevanti aspetti del problema, o si ponga in contraddizione rispetto a precedenti della stessa amministrazione e sia tale da non poter essere riconducibile ad una diversità di vedute o ad una differente valutazione di natura tecnico-scientifica.

americano a non addentrarsi nelle scelte discrezionali delle agenzie¹⁵, ha subito negli anni una drastica conversione verso sistemi di controllo maggiormente penetranti¹⁶, per pervenire poi all'assimilazione pressoché totale con l'*arbitrary and capricious test*¹⁷. Ed inoltre, la circostanza che le agenzie americane utilizzassero prevalentemente il procedimento informale rendeva piuttosto irrilevante la differenziazione tra i due modelli.

Il problema si spostava quindi sull'interpretazione dell'ampiezza dell'*arbitrary and capricious test*, incentrato in sostanza sull'elemento della razionalità e maggiormente adatto a delineare i confini del sindacato giurisdizionale. In una prima fase la magistratura americana ha seguito un'impostazione in base alla quale occorresse osservare il contenuto della delega per verificare se la regolazione predisposta dalle agenzie fosse in linea con la tipologia del potere conferito. Il giudizio di razionalità era così strettamente collegato alla verifica della compatibilità tra le soluzioni adottate e la specifica funzione conferita dalla delega congressuale. Ma si era in una fase in cui non era stata ancora affermata con forza l'idea che le amministrazioni fossero anche obbligate a documentare e motivare le scelte adottate, radicata soltanto negli anni successivi¹⁸. I due standard erano infatti considerati inevitabilmente diversi perché la revisione sostanziale delle prove avveniva sulla base di un documento. Oggi anche nei procedimenti informali le agenzie racchiudono le istruttorie compiute in un fascicolo che viene analizzato dalla magistratura. Una volta quindi consolidata la prassi che ha indotto le amministrazioni americane a fornire le motivazioni che sottostanno ad una specifica regolamentazione, e di allegare la documentazione relativa all'istruttoria compiuta, a prescindere totalmente dalla tipologia di procedura seguita, la distinzione tra i due parametri non ha più avuto senso, dal momento che, anche attraverso il *arbitrary and capricious test*, la magistratura esamina la documentazione contenuta nei reports ed è tenuta a verificare se la motivazione fornita dall'agenzia sia in contrasto con le prove e gli elementi raccolti nella fase istruttoria. Si tratta in sostanza della stessa analisi che i giudici americani effettuerebbero attraverso il *substantial evidence test*¹⁹.

Per effetto di queste circostanze, parte del pensiero giuridico americano ha ipotizzato un'inversione di tendenza, rispetto all'impostazione deferenziale avallata negli anni addietro; è la nuova dottrina dell'*hard look*

¹⁵ *Pacific State Box & Basket Co. v. White*, 296 U.S. 176 (1935), in cui la Corte Suprema ha sottratto alla competenza della magistratura la funzione di stabilire quale tipo di regolamentazione occorresse per i contenitori destinati alla vendita della frutta. R.A. Cass, C.S. Diver, J.M. Beermann, J. Freeman, *Administrative Law: Cases and Materials*, New York, 2020, 244 ss.

¹⁶ *Citizens to Preserve Overton Park Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971)

¹⁷ *Ethyl Corp. v. EPA*, 541 F. 2d, 35-37 (D.C. Cir. 1976).

¹⁸ A partire dal caso *SEC v. Chenery Corp.* 381 U.S. 80 (1943) e dalla successiva pronuncia della Corte suprema in *SEC v. Chenery Corp.*, 332 U.S. 194 (1947).

¹⁹ Così R. T. Bull & J. Ellig, *Statutory Rulemaking considerations and Judicial Review of regulatory impact analysis*, in 70 *Admin. Law Rev.*, 2018, 888 ss.

review che tuttavia nasce già *ab origine* con due anime, divergenti tra loro ed emblematiche dell'esistenza di due differenti modi d'intendere il principio della separazione dei poteri²⁰; e che hanno poi condotto alle prime oscillazioni giurisprudenziali in merito all'incisività del controllo giurisdizionale sulle scelte discrezionali delle agenzie²¹.

A seguire l'impostazione maggiormente tradizionale, l'*hard look* avrebbe dovuto incentrarsi sull'analisi del rispetto delle garanzie procedurali, attraverso un controllo penetrante del procedimento adottato, che a sua volta avrebbe costituito il fondamentale parametro per verificare l'assenza di arbitrarietà della decisione adottata²². Ma il tribunale non avrebbe mai potuto addentrarsi nell'ambito della scelta discrezionale effettuata dall'agenzia che, però in tal modo, avrebbe potuto soddisfare i parametri dell'*hard look doctrine* semplicemente rafforzando i meccanismi procedurali; circostanza che però finiva per aggravare l'odiato fenomeno dell'*ossification*. L'impostazione maggiormente innovativa ipotizzava invece un ruolo collaborativo della funzione giurisdizionale nei procedimenti di *rulemaking* e consentiva alla magistratura americana di sindacare anche se le motivazioni fornite fossero sostanzialmente condivisibili²³. Si stava tentando così di superare la tradizionale avversione al ruolo collaborativo del potere giudiziario. È da questa nuova tendenza che deriverà poi l'idea che in sede di *judicial review* sia consentito analizzare anche se l'agenzia abbia avuto la possibilità di adottare soluzioni alternative rispetto alla regolamentazione predisposta, se abbia correttamente considerato tutti i fattori maggiormente rilevanti, e proceduto a valutare con attenzione i benefici delle nuove disposizioni rispetto ai costi da sostenere²⁴.

4. Implementazione dell'analisi costi – benefici e ricadute sul sindacato giurisdizionale

La crescente incisività del controllo giurisdizionale è dovuta anche alla nuova tendenza a motivare le scelte adottate attraverso l'analisi costi-benefici, che attualmente costituisce un elemento piuttosto consolidato nel *rulemaking proceeding*²⁵. Il fenomeno è sorto per effetto degli *orders* via via imposti dai vari Presidenti alle agenzie federali e adottati per consentire agli uffici presidenziali di esercitare forme di controllo sempre più incisive sulle scelte dell'esecutivo. Nel modello americano, tuttavia, l'indipendenza

²⁰ T. J. Miles & C. R. Sunstein, *The Real World of Arbitrariness Review*, 75 *U. Chi. L. Rev.* 2008, 761, 763.

²¹ La ricostruzione del dibattito in lingua italiana è in B. Marchetti, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti*, Padova, 2003, 237 ss.

²² *Environmental Defense Fund v. Ruckelshaus* 439 F. 2d 584 (D.C. Cir. 1971).

²³ *Greater Boston Television Corp. v. FCC*, 444 F. 2d 841 (D.C. Cir. 1970).

²⁴ Impostazione poi affermata dalla Corte Suprema in *Motor Vehicle Manufacturers Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U.S. 29 (1983).

²⁵ H. G. Boutros, *Regulatory Review in the Obama Administration: Cost-Benefit Analysis for Everyone*, 62 *Admin L. Rev.*, 2010, 243, 260–61.

conferita alle autorità amministrative non avrebbe consentito che gli *orders* destinati alle agenzie federali avrebbero potuto vincolare anche le amministrazioni indipendenti. Si è delineato così un duplice modello che registrava una maggiore intensità nelle valutazioni di impatto della regolazione condotta dalle agenzie federali rispetto al *rulemaking* delle amministrazioni indipendenti.

Nel tempo le *independent authorities* si sono spontaneamente adattate alla disciplina contenuta nei vari *orders*, e hanno proceduto comunque ad effettuare analisi di impatto e valutazione dei rapporti costi e benefici. Si stava in altri termini imponendo un nuovo modello di *rulemaking* che prescindeva sia dall'idea di alta specializzazione su cui si fondava l'autonomia delle agenzie federali, sia dalla neutralità che caratterizzava invece il modello delle agenzie indipendenti. La funzione di *rulemaking* è stata così arricchita con elementi che rafforzano la proporzionalità delle scelte effettuate, ne illustrano la fattibilità economica e tecnologica, i costi ed i benefici che derivano al settore regolamentato. Tuttavia, per effetto della carenza del carattere vincolante degli *orders* sulle funzioni svolte dalle *independent authorities* la magistratura non ha avuto a sua disposizione il parametro normativo per valutare la corrispondenza a norma delle analisi condotte, e questa situazione ha inevitabilmente prodotto notevoli oscillazioni giurisprudenziali in merito all'incisività della *judicial review*, che il pensiero giuridico americano sta tentando di superare attraverso alcune modifiche all'*Administrative Procedure Act*²⁶. Molte disposizioni in approvazione tentano di far rivestire la forma del *Congress act* ai contenuti degli *executive orders*, con la specifica finalità di estendere anche alle agenzie indipendenti l'obbligo di includere nel fascicolo istruttorio gli indirizzi provenienti dagli uffici presidenziali²⁷. Qualora volessero distaccarsene, le amministrazioni sarebbero così tenute a fornire le motivazioni che le abbiano indotte a non

²⁶ Le disposizioni in approvazione richiederebbero, se fossero confermate, che qualsiasi determinazione, analisi o regolamentazione prodotta dall'agenzia o dall'Ufficio di informazione e regolamentazione eseguita per effetto di un *order* debba costituire parte dell'intero registro delle azioni dell'agenzia, anche in relazione al controllo giurisdizionale. Ci si attende, cioè, che l'inclusione delle raccomandazioni degli uffici presidenziali nel registro possa esercitare una notevole influenza sull'agenzia, poiché in sede di *judicial review* l'amministrazione dovrebbe poi fornire le motivazioni per le quali abbia ritenuto di non seguire le indicazioni fornite dal centro. Così R. M. Levin, *The Regulatory Accountability Act and the Future of APA Revision*, in 94 *Chicago-Kent Law Review*, No. 2, 2019, 23.

²⁷ Per effetto dell'approvazione del *Regulatory Accountability Act* il Congresso adotterebbe in sostanza le disposizioni contenute nei vari *orders*. La nuova impostazione tende a rafforzare l'elemento della proporzionalità nella funzione di *rulemaking* e rendere più trasparente il processo di formazione delle norme giuridiche. Le agenzie sarebbero tenute a valutare un ragionevole numero di proposte alternative, verificare se le leggi o le norme federali esistenti abbiano determinato o contribuito a far sorgere le problematiche che l'amministrazione intenda superare, e, in tal caso, se possano essere annullate o modificate. Le disposizioni in approvazione richiederebbero poi alle agenzie di porre a disposizione della società civile tutte le informazioni acquisite attraverso una sintesi che sia parte della proposta di regolamentazione Cfr. *Regulatory Accountability Act of 2017*, S. 951, § 3, 115th Cong. (2017).

seguire le indicazioni fornite dal centro, che sarebbero poi controllate in sede di sindacato giurisdizionale. L'agenzia inoltre dovrebbe generalmente dimostrare di aver adottato la regola più conveniente rispetto alle altre soluzioni possibili, identificare in modo specifico ogni vantaggio aggiuntivo ed i relativi costi, illustrare gli specifici benefici ottenuti nell'ipotesi in cui adotti una disposizione che comporti oneri finanziari maggiori rispetto alle altre ipotesi valutate. Per alcuni, queste innovazioni dovrebbero indurre le agenzie indipendenti a identificare soluzioni normative maggiormente in linea con la politica presidenziale²⁸. I meccanismi previsti rafforzerebbero poi i contenuti della motivazione degli atti normativi, e tramonterebbe quell'impostazione iniziale secondo la quale l'esposizione delle ragioni delle disposizioni approvate non sia necessaria in virtù della fiducia riposta nell'alta specializzazione tecnica dei componenti delle amministrazioni americane²⁹.

5. Il binomio Judicial Review e Statutes. Una soluzione imperfetta

L'odierna situazione è piuttosto ingarbugliata, e non esiste né un impianto teorico unitario né tantomeno una tendenza interpretativa condivisa. Si è accennato alla circostanza che il pensiero giuridico americano abbia ritenuto di poter indentificare un viatico attraverso l'analisi del contenuto degli *Statutes*, tentando di comprendere se la magistratura avesse modulato l'incisività del controllo giurisdizionale sulla base delle indicazioni fornite dalle leggi delega³⁰. L'incisività dell'analisi giudiziaria sul *rulemaking* sarebbe così condizionata dalla verifica del mandato che il Congresso abbia conferito alle *authorities*. Le deleghe richiedono di norma alle autorità indipendenti di effettuare analisi economiche, ma cambia notevolmente il contenuto delle varie previsioni. Talvolta le disposizioni demandano alle agenzie il compito di effettuare l'analisi costi – benefici, senza specificarne la tipologia, mentre in altri casi è previsto che siano considerati specifici costi e determinati benefici. In altre ipotesi la delega impone di identificare regole che possano essere fattibili sia dal punto di vista tecnico che economico, mentre vi sono casi in cui la delega congressuale non richiede affatto di considerare costi e benefici.

²⁸ Si teme, tuttavia, che una determinata politica presidenziale, similmente a quella condotta dal Presidente Trump, possa finanche trasformare la *deference* in *obsequious compliance*, con il rischio di ridurre ulteriormente la portata del controllo giudiziario. Così R. Toniatti, *Non-Deferential Judicial Checks and Balances and Presidential Policies*, in *DPCE online*, 1/2021, 1010. Sulla stessa linea di tendenza cfr. M.E. De Franciscis, *The independence of the Judiciary in the Trump Era*, in *DPCE online*, 1/2021, 945 ss. e N. Palazzo e L. Parona, *Trump's Fight against the Regulatory State: Reloaded*, in *DPCE online*, 1/2021, 1085.

²⁹ *Perez v. Mortg. Bankers Ass'n*, 135 S. Ct. 1199, 1203 (2015) e *Encino Motor Cars LLC v. Navarro*, 136 S. Ct. 2117, 2126-27 (2016).

³⁰ R. T. Bull & J. Ellig, *Statutory Rulemaking considerations and Judicial Review of regulatory impact analysis*, cit. 876.

Piuttosto frequentemente le corti statunitensi effettuano un sindacato particolarmente penetrante quando lo *Statute* che disciplina l'attività delle agenzie indipendenti fornisca elenchi specifici di costi e benefici economici che l'amministrazione sia tenuta a valutare, o quando richieda che l'agenzia predisponga una normativa che possa produrre il minore impatto negativo possibile sui destinatari dei provvedimenti³¹. Nelle ipotesi in cui invece lo *Statute* preveda soltanto di considerare i vantaggi o i costi economici, o di predisporre una regolamentazione economicamente sostenibile, il rigore del controllo della magistratura statunitense sembra variare notevolmente³². Vi sono anche casi in cui la disciplina generale impedisce specificamente all'amministrazione di valutare alcuni specifici fattori³³. Quando si verifica questa ipotesi le agenzie tendono a condurre un'analisi più approfondita degli elementi che lo *Statute* richieda di valutare e un'analisi meno approfondita dei fattori che non siano tenuti a considerare o che siano del tutto vietati³⁴. In linea generale, se un'agenzia si basi su un'analisi costi-benefici, la magistratura non verifica se vi siano state incertezze o errori ed imperfezioni nelle indagini compiute, ma piuttosto analizza la loro rilevanza e la probabilità che attraverso la considerazione dei dati omessi l'amministrazione avrebbe potuto pervenire a una soluzione differente.

Ancora tendenzialmente le corti americane sembrano effettuare un controllo particolarmente incisivo quando il Congresso abbia richiesto all'*authority* di indicare anche soluzioni alternative alle regole in approvazione. In questi casi il sindacato giurisdizionale giunge talvolta a verificare se l'agenzia abbia esaminato ed interpretato con attenzione le prove offerte e le altre risultanze istruttorie³⁵. Simile situazione si registra nei casi in cui la delega congressuale richieda di indicare i benefici economici ed i relativi costi.

Tuttavia, se si osservino con attenzione i dati provenienti dalla giurisprudenza, in realtà il grado di dettaglio richiesto dalla legge delega non costituisce un parametro sufficientemente preciso per consentire di delineare una linea di condotta tendenzialmente univoca per le corti americane³⁶. La generica indicazione nelle deleghe circa la necessità di

³¹ *Michigan v. EPA*, 135 S. Ct. 2699, 2707 (2015).

³² R. T. Bull & J. Ellig, *Statutory Rulemaking considerations and Judicial Review of regulatory impact analysis*, cit., 891 ss.

³³ Tra cui l' *Unfunded Mandates Reform Act*, 2 U.S.C. §§ 1501–1504 (2012) e il *Regulatory Flexibility Act*, 5 U.S.C. §§ 601–612 (2012).

³⁴ R. T. Bull & J. Ellig, *Statutory Rulemaking considerations and Judicial Review of regulatory impact analysis*, cit., 876.

³⁵ *Center for Auto Safety v. Peck* 751 F.2d 1336 (D.C. Cir. 1985), U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit R. T. Bull & J. Ellig, *Judicial Review of Regulatory Impact Analysis: Why Not the Best?*, in 69 *Admin. L. Rev.*, 2017, 725 e J. S. Masur & E. A. Posner, *Cost-Benefit Analysis and the Judicial Role*, in 85 *U. Chi. L. Rev.*, 2018, 953.

³⁶ R. T. Bull & J. Ellig, *Statutory Rulemaking considerations and Judicial Review of regulatory impact analysis*, cit., 901 ss. in cui gli autori rilevano che, in applicazione della stessa identica disposizione, i giudici americani hanno effettuato un'indagine particolarmente incisiva nel caso *Quivira Mining Co. v. United States Nuclear Regulatory Commission*,

considerare costi e benefici fornisce indicazioni del tutto insufficienti. Si registrano infatti differenti incisività del controllo giudiziario che non possono trovare una corretta giustificazione attraverso la tipologia di analisi costi benefici indicata nella delega congressuale. In alcune ipotesi la magistratura americana ha effettuato una revisione dettagliata dei numerosi aspetti tecnici ed economici sottesi alle regole approvate³⁷ anche in presenza di disposizioni che non forniscono particolari dettagli in merito alla tipologia di analisi dei costi – benefici da effettuarsi. Si sono poi riscontrati diversi casi in cui le corti, seppur in presenza di una delega che invitava l'amministrazione soltanto ad effettuare l'analisi costi benefici, ha comunque contestato l'azione normativa condotta per non aver illustrato una sufficiente gamma di soluzioni alternative, o perché l'agenzia aveva riposto un'eccessiva enfasi sui costi, senza considerare l'ampio spettro di benefici che soluzioni differenti avrebbero potuto apportare³⁸.

6. Verifiche di razionalità e sostenibilità tecnologica

La circostanza che il contenuto della delega congressuale non possa costituire un parametro sufficientemente preciso per verificare l'ampiezza del sindacato giurisdizionale è confermata anche dal fatto che le corti statunitensi hanno mostrato differenti livelli di *deference* in presenza della stessa disposizione della legge delega. Né si giunge ad una chiarezza maggiore attraverso l'analisi dell'elemento della ragionevolezza. Anche in relazione a tale parametro si registrano casi in cui la Corte suprema ha interpretato in maniera particolarmente estensiva il concetto di ragionevolezza, mentre in altri giudizi, ancora una volta fondati sullo stesso parametro normativo, pur evidenziando che la soluzione adottata dall'agenzia avrebbe comportato un ingente aumento di costi, la magistratura ha ritenuto che la decisione rientrasse nella sfera di discrezionalità dell'amministrazione e che non fosse una sua funzione quella d'indurre l'agenzia a seguire l'impostazione alternativa ipotizzata³⁹.

Molte disposizioni delle deleghe richiedono poi che l'agenzia predisponga regole ragionevoli o sostenibili. Non di rado le corti hanno ritenuto che questi indirizzi celassero in realtà uno specifico obbligo di effettuare le analisi costi benefici. È così che, nonostante l'assenza di disposizioni dettagliate, la magistratura ha ritenuto che la regolazione predisposta dall'agenzia fosse eccessivamente rigorosa e richiedesse

mentre hanno espresso una maggiore tendenza alla *deference* nei casi *American Mining I e II*.

³⁷ *Gas Appliance Manufacturers Ass'n v. United States Department of Energy*, 998 F.2d 1041 (D.C. Cir. 1993) dove il Tribunale ha indirizzato il *Department of Energy* ad effettuare una valutazione delle alternative possibili a più ampio raggio, mentre l'amministrazione aveva considerato soltanto le alternative più estreme rispetto alla soluzione prescelta.

³⁸ J. S. Masur & E. A. Posner, *Cost-Benefit Analysis and the Judicial Role*, cit., 935.

³⁹ *National Truck Equipment Ass'n v. National Highway Traffic Safety Administration*, 711 F. 3d 662 (6th Cir. 2013).

soluzioni maggiormente convenienti dal punto di vista dei costi⁴⁰, anche se questa impostazione presta il fianco ad una costante critica, dal momento che l'alternativa più conveniente sotto il profilo economico ipotizzata dai giudici potrebbe invece rilevarsi errata, se analizzata in relazione agli effetti politici prodotti.

Sono fatti che mostrano quanto ampia e soggetta a diverse interpretazioni sia la possibilità di realizzare analisi approfondite sui procedimenti di *rulemaking*, attraverso il parametro della ragionevolezza e dell'*arbitrary and capricious test*.

La situazione si presenta ancor più complessa quando gli *Statutes* impongono d'illustrare la fattibilità tecnologica o economica dell'impianto normativo; se e con quante probabilità, in altri termini, le disposizioni approvate possano rilevarsi efficaci applicando le moderne innovazioni tecnologiche oppure, in relazione al profilo economico, se il settore regolamentato abbia la concreta possibilità di sostenere i relativi costi in comparazione ai possibili guadagni e ai prezzi applicati. In questo ultimo caso non rileva l'analisi costi benefici, perché la regola potrebbe considerarsi economicamente sostenibile anche nell'ipotesi in cui i costi superino di gran lunga i benefici previsti, quanto piuttosto appare evidente il rischio che i costi di realizzazione siano troppo alti per gli operatori del mercato. La complessità di questa tipologia di analisi, connessa alla inidoneità ad affrontare tematiche rigorosamente tecniche, ha indotto le corti americane a evitare di verificare se le regole adottate fossero economicamente sostenibili, mentre l'analisi è stata per lo più indirizzata sul parametro della stretta razionalità, sulla completezza dell'istruttoria compiuta e sulle prove addotte.

L'attenta verifica degli effetti prodotti sul settore regolato costituisce infatti un aspetto particolarmente problematico. In tre casi, alquanto noti al pensiero giuridico americano, le corti hanno affrontato un'identica questione in modo differente. Occorre analizzare gli effetti che una regola relativa al consumo del carburante avrebbe prodotto sul mercato delle automobili, che, secondo un'analisi statistica, avrebbe indotto le imprese automobilistiche a realizzare auto più piccole, con la diretta conseguenza che sarebbero aumenti sia il tasso di incidenti che eventuali decessi, per effetto della minore sicurezza dovuta alle caratteristiche costruttive delle automobili di minore cilindrata. Nelle tre decisioni rese, in due la magistratura ha mostrato un'ampia *deference*⁴¹, mentre in un caso ha ritenuto che l'agenzia avesse adottato una regola eccessivamente stringente⁴², senza che in realtà vi fossero particolari elementi di distinzione tra i tre casi analizzati⁴³.

⁴⁰ *Public Citizen, Inc. v. Mineta*, 340 F. 3 d 39 (11th Cir. 1995).

⁴¹ *Competitive Enter. Inst. v. Nat'l Highway Traffic Safety Admin. (Competitive Enterprise I)*, 901 F.2d 107, 114 (D.C. Cir. 1990).

⁴² *Competitive Enter. Inst. v. Nat'l Highway Traffic Safety Admin. (Competitive Enterprise II)*, 956 F.2d 321, 322 (D.C. Cir. 1992)

⁴³ La dottrina americana ha sottolineato che nonostante la Corte abbia compiuto ingenti sforzi in *Competitive Enterprise II* per distinguere i fatti di *Competitive Enterprise I*, in realtà nel

7. La costante influenza del modello deferenziale

L'esperienza americana sembra così risentire dell'assenza di una coerente impostazione teorica che da un lato possa far comprendere gli esatti confini della *judicial review* e dall'altro riesca a fornire un coerente viatico alle amministrazioni indipendenti sugli effettivi parametri da rispettarsi nel *rulemaking proceeding*. È una condizione indotta dalla continua ricerca di un equilibrio nella separazione dei poteri e dall'influenza della tradizionale dottrina della *deference*.

La tendenza a modificare le disposizioni dell'*Administrative Procedure Act*, oramai in auge da diversi anni, deriva infatti dalla circostanza che nel momento della sua adozione il pensiero giuridico aveva posto una grande fiducia nelle capacità tecniche e professionali delle agenzie americane, confidato nella loro indipendenza, e limitato di conseguenza il controllo della magistratura entro maglie piuttosto ristrette. Quando le amministrazioni indipendenti hanno invece mostrato un'eccessiva sensibilità sia verso le pressioni derivanti dalle *lobbies* che quelle provenienti direttamente dagli indirizzi politici, la magistratura americana è stata indotta a identificare soluzioni interpretative maggiormente efficaci per contrastare il fenomeno delle influenze esterne, che diventavano sempre più incisive. L'indagine sull'ampiezza dei poteri del sindacato giurisdizionale è pertanto strettamente connessa al tentativo di evitare le distorsioni indotte dal fenomeno della *capture* delle agenzie sia da parte di organizzazioni imprenditoriali, che in virtù delle loro risorse siano capaci di esercitare un'indebita influenza sullo svolgimento del *rulemaking*, che, negli ultimi tempi, dall'incisività delle pressioni esercitate dalle politiche presidenziali. L'*hard look doctrine* sorge e si sviluppa dunque in un'ottica di rafforzamento dell'*arbitrary and capricious test*⁴⁴, ma con particolare attenzione ad arginare i confini della *judicial review* entro la dottrina della *deference*, per garantire che non fosse mai la magistratura a sostituire una propria impostazione a quella delineata dall'agenzia. Ogni qual volta la tematica viene affrontata attraverso il tentativo di precisare i limiti della funzione giurisdizionale rispetto all'esercizio della discrezionalità delle agenzie, in sostanza si finisce costantemente per ricondurre il problema alla questione della *deference*. Il dibattito si concentra, di riflesso, sui parametri dell'*hard look review*, intorno al quale ruota la complessa problematica dei limiti del sindacato

secondo giudizio è stato adottato un metodo di analisi ben più rigoroso rispetto al caso precedente. Mentre nel primo, la Corte ha condiviso le argomentazioni dell'agenzia, secondo cui i miglioramenti apportati nei veicoli compenserebbero le riduzioni della sicurezza indotte dalla maggiore propensione alla vendita di auto di minore cilindrata, nel secondo ha ripetutamente criticato l'*authority* per la scelta effettuata, in quanto avrebbe a suo avviso ignorato completamente i vantaggi in termini di sicurezza rispetto agli obiettivi di risparmio di carburante. R. T. Bull & J. Ellig, *Statutory Rulemaking considerations and Judicial Review of regulatory impact analysis*, cit., 910 ss.

⁴⁴ Prima con *Citizens to Pres. Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402, 415–17 (1971) e poi con *Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States, Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Company* 463 U.S. 29, 42–43 (1983).

giurisdizionale. Le strette connessioni tra il secondo step della deferenza *Chevron* e l'*hard look doctrine* sono infatti alquanto evidenti in relazione al controllo sul potere discrezionale delle agenzie americane ed il relativo criterio della irragionevolezza⁴⁵. Talvolta l'*hard look doctrine* viene finanche imputata di incrementare il fenomeno dell'*ossification*⁴⁶. Tuttavia, osservando con attenzione l'*hard look doctrine* è possibile evidenziare differenti applicazioni in diversi contesti, in cui non solo sembra mutare l'idea stessa di *deference* della magistratura statunitense ma emerge anche che l'analisi dei limiti dell'*hard look review* svolta nell'ambito della dottrina della *deference* appare piuttosto forzata⁴⁷. Di norma la Corte suprema indirizza i giudici americani a verificare se l'agenzia abbia considerato i fattori rilevanti della questione⁴⁸, se abbia fornito al giudicante la documentazione relativa all'intera istruttoria compiuta, se le ragioni addotte dall'amministrazioni siano plausibili ed esista un collegamento razionale tra le motivazioni esposte e le scelte adottate. Tuttavia, negli anni i giudici americani hanno analizzato le scelte discrezionali delle agenzie con differenti gradi di incisività nelle analisi compiute, mostrando così un diverso grado di *deference* che, nonostante tutti gli sforzi compiuti, non è stato possibile ricondurre ad un contesto teorico unitario. In *State Farm* la Corte suprema si distacca dall'impostazione deferente e ritiene invalida la decisione dell'agenzia per non aver sufficientemente dimostrato che la sicurezza dei passeggeri delle autovetture avrebbe potuto realizzarsi in modo maggiormente efficace attraverso le cinture di sicurezza, che i passeggeri avrebbero potevano staccare, rispetto agli airbag o altri automatismi. Da *State Farm* proviene dunque il criterio che l'agenzia non solo debba esplicitare le ragioni della propria scelta, ma sia tenuta attentamente ad illustrare i motivi sui cui si fonda la connessione tra i fatti analizzati e la scelta effettuata. Al contrario, in *Fox Television* la magistratura si sofferma soltanto sull'analisi della razionalità dei motivi adottati, con un'impostazione maggiormente rispettosa della capacità tecnica e professionale dell'amministrazione⁴⁹.

8. Alla ricerca dei parametri del sindacato giurisdizionale

L'esperienza americana registra finora già diversi tentativi del Congresso di introdurre un modello generale di analisi d'impatto della regolazione. Alcuni interventi normativi hanno riguardato gli *Statutes* di specifiche agenzie e rafforzato di conseguenza il sistema di valutazione soltanto in relazione ad

⁴⁵ R. M. Levin, *The Anatomy of Chevron: Step Two Reconsidered*, in 72 *Chi.-Ken. L. Rev.*, 1997, 1253 ss.

⁴⁶ M. Seidenfeld, *Demystifying Deossification: Rethinking Recent Proposals to Modify Judicial Review of Notice and Comment Rulemaking*, in 75 *Tex. L. Rev.* 1997, 483; R. J. Pierce, Jr., *The Role of the Judiciary in implementing an Agency Theory of Government*, in 64 *N.Y.U. L. Rev.*, 1989, 1264.

⁴⁷ C. R. Sunstein, *Deregulation and the Hard-Look Doctrine*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1983, 177.

⁴⁸ *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, cit., 50 - 52.

⁴⁹ *FCC v. Fox Television Stations Inc.*, 556 U.S. 502, 513 (2009).

alcune amministrazioni indipendenti. Ma i tentativi di predisporre una disciplina generale proseguono senza successo da oltre quarant'anni⁵⁰. L'attuale disegno in discussione al Senato americano richiederebbe che le agenzie siano in grado di dimostrare che, tra tutte le opzioni considerate, la regola predisposta sia la più efficace dal punto di vista dei costi. La nuova impostazione obbligherebbe le *authorities* a dimostrare che le disposizioni che intendano approvare siano effettivamente le più efficaci, tra tutte le opzioni possibili, sia dal punto di vista del rapporto costi-benefici che in relazione agli obiettivi previsti. In altri termini le amministrazioni sarebbero chiamate a dimostrare fattori che vanno ben oltre l'impostazione attuale, che in sostanza prevede soltanto che l'agenzia debba provare che la regolamentazione delineata sia ragionevolmente la migliore possibile⁵¹. Se queste disposizioni fossero approvate, il sindacato giurisdizionale passerebbe dall'analisi dell'assenza di irrazionalità del rapporto costi benefici, alla verifica che la soluzione prescelta sia la migliore, rispetto ad altre possibili scelte normative⁵². La magistratura dovrebbe in sostanza valutare se i benefici previsti dalle regole che implicherebbero maggiori costi siano effettivamente di rilevanza tale da giustificare la soluzione prescelta dalle agenzie; verificare quindi la correttezza e la profondità delle analisi compiute dall'amministrazione americana, ben oltre la tradizionale dottrina dell'*hard look*.

È piuttosto agevole immaginare che questa impostazione indurrebbe facilmente il sindacato giurisdizionale a scivolare in una tipologia di valutazione in grado di sollevare problematiche, di natura sociale e con effetti di politica economica, che non appartengono al ruolo conferito alla magistratura nel costituzionalismo americano. Il pensiero giuridico è piuttosto diviso sul punto. Molti sostengono che andrebbe rinforzato il controllo giurisdizionale sulle analisi di impatto fornite dalle agenzie⁵³. Nel disegno in approvazione si registra finanche l'idea di riformare il *substantial*

⁵⁰ Risale al 1981 la presentazione del primo progetto di *Regulatory Reform Act*, con cui si è tentato di introdurre l'obbligo per le agenzie di sottoporre le regole in approvazione ad analisi dell'impatto normativo e identificare costi e benefici anche di soluzioni alternative, con la contestuale finalità di consentire l'espansione del sindacato giurisdizionale sul *rulemaking*. Così S. A. Shapiro & R. E. Levy, *Judicial Incentives and Indeterminacy in Substantive Review of Administrative Decisions*, in 44 *Duke L.J.*, 1995, 1052 ss. Il nuovo progetto contenuto nel *Regulatory Accountability Act* del 2017 riprende e rafforza questa impostazione nella misura in cui prevede che le agenzie siano tenute non solo a considerare i vantaggi e i costi delle potenziali alternative ma anche a fondare le proprie decisioni sulle migliori informazioni scientifiche, tecniche o economiche disponibili.

⁵¹ C. J. Walker, *Modernizing the Administrative Procedure Act*, in 69 *Admin. L. Rev.*, 2017, 653 ss.; R. M. Levin, *The Regulatory Accountability Act and the Future of APA Revision*, cit. 30 ss e C. R. Sunstein, *Cost-Benefit Analysis and Arbitrariness Review*, in 41 *Harv. Envtl. L. Rev.* 1, 2017, 22-36.

⁵² M. J. McGrath, *Note, Convergence of the Substantial Evidence and Arbitrary and Capricious Standards of Review During Informal Rulemaking*, in 54 *Geo. Wash. L. Rev.*, 1986, 541 ss.

⁵³ J. S. Masur & E. A. Posner, *Cost-Benefit Analysis and the Judicial Role*, cit., 935.

*evidence test*⁵⁴, per conferire un contenuto più specifico al concetto di prove sostanziali, e arginare la tendenza di alcune corti a considerare soltanto gli elementi probatori forniti dalle agenzie a sostegno delle scelte effettuate, e non anche quelli che avrebbero potuto indurre ad ipotizzare soluzioni differenti.

In realtà questo aspetto non pare assumere una particolare rilevanza, dal momento che la distinzione con l'*arbitrary and capricious test* è considerata oramai tramontata e sostituita dall'*hard look review*.

La stessa dottrina della *deference* registra numerosi oppositori⁵⁵ e diversi tentativi di modifica⁵⁶; circola la diffusa tendenza a voler conferire alla magistratura quel ruolo consultivo che per anni era stato considerato estraneo al modello americano e si vorrebbe conferire alle corti il potere di rinviare il progetto alle agenzie nella fase di approvazione, con l'effetto di rendere possibile la sospensione del *rulemaking proceeding*, in attesa che l'amministrazione si determini sulle indicazioni fornite⁵⁷. Ma è piuttosto evidente che queste modifiche, se da un lato rafforzerebbero il controllo sulla legittimità del procedimento, dall'altro determinerebbero eccessivi prolungamenti dei tempi di decisione, oltre a favorire le opposizioni dei gruppi di pressioni che, qualora contrari ai progetti in approvazione, sarebbero indotti ad impugnare le decisioni assunte anche soltanto per ritardarne l'approvazione finale⁵⁸. Per altri il sindacato giurisdizionale dovrebbe rimanere relegato al controllo della ragionevolezza delle scelte effettuate, nel rispetto della separazione dei poteri che ha finora indotto i giudici americani a non entrare nel merito delle scelte normative effettuate dalle agenzie⁵⁹ e, comunque ad escludere che il controllo giurisdizionale potesse fondarsi su elementi diversi da quelli emersi dagli atti del procedimento.

⁵⁴ Attraverso la modifica del § 706 (b) dell'APA, le prove sostanziali sarebbero quelle che una mente ragionevole potrebbe accettare come adeguate a supportare una conclusione alla luce dell'istruttoria compiuta.

⁵⁵ Sul tema J. P. Larkin, & E.H. Slattery, *The World After Seminole Rock and Auer*, in 42 *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n. 2, 2019. 625 ss.

⁵⁶ Secondo questa impostazione la deferenza di *Auer* determinerebbe un incentivo per le agenzie ad adottare regolamenti piuttosto vaghi e dal contenuto generico, in modo che possano in seguito esercitare un'ampia libertà di interpretare le regole approvate senza affrontare il procedimento *notice and comment*. Il pensiero giuridico americano è tuttavia diviso sul punto. Cfr. R. M. Levin, *The Regulatory Accountability Act and the Future of APA Revision*, cit., 39 ss.

⁵⁷ Sono favorevoli J. S. Masur & E. A. Posner, *Cost-Benefit Analysis and the Judicial Role*, cit., 935 ss.

⁵⁸ C. Cecot & W. Kip Viscusi, *Judicial Review of Agency Benefit-Cost Analysis*, in 22 *Geo. Mason. L. Rev.* 2015, 591 ss. W.N. Eskridge & Jr., L. E. Baer, *The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan*, in 96 *GEO. L.J.*, 2008, 1083-1126.

⁵⁹ D. Walters, *The Self-Delegation False Alarm: Analyzing Auer Deference's Effect on Agency Rules*, in 118 *Colum. L. Rev.* 2018, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=31268.

9. È veramente indispensabile ripensare Chevron?

Non vi sono dubbi che l'impatto della deferenza *Chevron* nel costituzionalismo americano si sia notevolmente ridotto nel tempo⁶⁰. Ed è altrettanto evidente che il pensiero giuridico non sia riuscito a identificare un'impostazione teorica unitaria attraverso l'analisi del livello di *deference* delle corti statunitensi⁶¹. Le indagini maggiormente accurate hanno piuttosto tentato di verificare le variazioni intrinseche al processo decisionale nei singoli casi, in cui i gradi di *deference* sono stati notevolmente differenti tra loro. È sulla base di questa idea che qualche autore ha allora tentato di operare una decostruzione e successiva ricostruzione dell'*hard look doctrine* nel tentativo di identificare parametri che potessero applicarsi uniformemente a seconda delle differenti tipologie di analisi condotte dalle amministrazioni⁶². Si ammette in sostanza che le agenzie possano anche diversificare l'intensità delle esposizioni delle ragioni sottese alla regola approvata, in relazione alle caratteristiche della materia, alla circostanza che i fatti interessino questioni tecnologiche, o economiche o sociali. L'idea di *deference* appare così estremamente variabile e suscettibile di diverse applicazioni.

Il controllo giudiziario è di norma riconducibile a due piani, tra loro distinti, ma strettamente connessi. Il primo comprende l'analisi di elementi formali, quali la presenza del fascicolo istruttorio completo, l'esposizione delle ragioni, la finalità che si intende perseguire e la presenza di analisi d'impatto. In questa fase, sostanzialmente preliminare alla successiva definizione della scelta politica e della regola da adottare, il giudice americano verifica le modalità di acquisizione delle informazioni e la loro corretta elaborazione. Il secondo step concerne l'indagine sui fattori rilevanti e le connessioni razionali⁶³.

I due momenti del controllo giudiziario appaiono distinti soltanto se osservati attraverso il prisma della *deference*, ma in realtà sono profondamente connessi tra loro; circostanza che non consente di affrontare la problematica attraverso la distinzione tra le due fasi della *judicial review*.

⁶⁰ K. E. Hickman & A. L. Nielson., *The Future of Chevron deference*, in 70 *Duke L. Journal* 2021. Vol. 70, 1023 – 1024. In realtà la Corte suprema ha negli ultimi tempi mostrato di non voler considerare la *deference* di *Chevron* come ostativa ad un sindacato maggiormente penetrante in *County of Maui v. Hawaii Wildlife Fund*, n. 18-260, 590 U.S. 2020 e di voler superare anche l'impostazione *Auer* in *Kisor v. Wilkie* 2018 WL 6439837 (2018). Sulla stessa linea di tendenza *Epic Sys. Corp. v. Lewis*, 138 S. C. 1612, 1630 (2018); *PDR Network, LLC v. Carlton & Harris Chiropractic, Inc.*, 139 S. C. 2051, 2055 (2019); *Babb v. Wilkie*, 140 S. C. 1168 (2020).

⁶¹ R. J. Pierce, Jr., *What Do the Studies of Judicial Review of Agency Actions Mean?*, in 63 *Admin. L. Rev.* 77, 2011, 85 e M. F. Wasserman, *Deference Asymmetries: Distortions in the Evolution of Regulatory Law*, in 9 *Tex. L. Rev.*, 2015, 638 ss. Y. Dotan, *Deference and Disagreement in Administrative Law*, in *Admin. L. Rev.*, vol. 71, 2019, 766 ss.

⁶² O. S. Kerr, *Shedding Light on Chevron: An Empirical Study of the Chevron Doctrine in the U.S. Courts of Appeals*, in 15 *Yale J. Reg.* 1, 1998, 31 ss.

⁶³ Così L. J. Virelli III, *Deconstructing Arbitrary and Capricious Review*, in 92 *N.C. L. Rev.*, 2014, 738.

La mancanza di un fascicolo istruttorio, di una sufficiente motivazione collegata alla decisione assunta, la carenza di analisi costi – benefici, dal punto di vista strettamente formale, impediscono di ricostruire le argomentazioni logiche sottese al *rulemaking proceeding*, che viene immediatamente percepito come *arbitrary and capricious*. Ma le agenzie lo sanno bene, e quindi la reale problematica non è connessa alla carenza di questi dati, quanto piuttosto alla completezza della raccolta delle informazioni su cui si fonderà la decisione finale, alla sufficiente esposizione delle ragioni sottese, alla presentazione di un articolato ragionamento sui costi e benefici. Già a partire dal primo step del sindacato giurisdizionale si pone il problema di chiarire in base a quali parametri la magistratura possa verificare quanto ed in quali termini la fase istruttoria sia stata completa, una volta ovviamente che siano stati rispettate le fasi procedurali dell'*informal rulemaking*.

Se la *deference* non crea particolari problemi quando la magistratura americana verifica il rispetto degli elementi formali del procedimento⁶⁴, la questione diventa maggiormente complessa quando il sindacato giurisdizionale si sposta sul giudizio di razionalità in relazione all'analisi dei fattori rilevanti o della completezza dell'istruttoria compiuta. È nella valutazione discrezionale dei fattori analizzati dall'agenzia il momento in cui la *deference* della magistratura americana raggiunge il suo apice, soprattutto se si consideri che gli elementi valutati e considerati nella fase istruttoria condizionano la decisione finale. Il concetto di ampiezza delle informazioni assunte è di per sé discrezionale, coinvolge quantità e qualità. Occorre verificare, soprattutto nei casi in cui si affrontino complesse questioni tecniche e scientifiche, se i dati raccolti siano stati forniti da organismi indipendenti, se provengano da studi riconosciuti a livello internazionale, se vi siano conflitti di interesse, tendendo ben presente che nella maggioranza dei casi non vi sono uniformità di veduta anche tra i massimi esperti. Queste valutazioni cambiano necessariamente da caso a caso, in funzione della complessità della materia trattata⁶⁵.

Da più parti si sollevano le classiche eccezioni che in sostanza ritengono che i giudici non siano particolarmente preparati per comprendere i dettagli di uno studio o di un'indagine scientifica. Questi rilievi critici tuttavia non considerano che, sulla base dei motivi esposti, la magistratura non ha particolari difficoltà a verificare se siano state omesse informazioni potenzialmente utili. Sebbene non esista un unico metodo per identificare i fattori rilevanti, di norma l'analisi giudiziaria si fonda sulla specifica funzione conferita all'agenzia, i dettagli forniti dalla regolazione interna della sua attività, il tradizionale ruolo assunto nel tempo nel sistema organizzativo⁶⁶.

⁶⁴ M. C. Stephenson & A. Vermeule, *Chevron Has Only One Step*, in 95 *Va. L. Rev.* 2009, 597 ss.

⁶⁵ D. Zaring, *Reasonable Agencies*, in 96 *Va. L. Rev.*, 2010, 135 ss.

⁶⁶ R. J. Pierce, Jr., *What Factors Can an Agency Consider in Making a Decision?*, in *Mich. St. L. Rev.*, 2009, 67 ss., che tuttavia non affronta il modo in cui l'analisi dei fattori rilevanti

La verifica della qualità e ampiezza dei dati raccolti in istruttoria e delle motivazioni fornite, che a loro volta condizionano le scelte effettuate, non costituiscono il prodotto di una particolare esperienza o consapevolezza tecnica che possa essere ritenuta ad esclusivo appannaggio delle agenzie indipendenti, e non vi sono particolari ostacoli per consentire che questa funzione possa essere svolta dalla magistratura americana, se il fenomeno viene osservato senza le distorsioni offerte dalla tradizionale dottrina della *deference*. Si tratta di analisi che non sono connesse ad alcuna particolare cognizione tecnica, ed appaiono finalizzate soltanto a garantire che la decisione finale venga assunta sulla base di un'istruttoria completa delle informazioni maggiormente rilevanti. La magistratura si limita ad invitare, in queste ipotesi, le agenzie a considerare fattori rilevanti che siano stati omessi, e la sua funzione è comunque contenuta nell'ambito dell'indagine svolta sulla presenza degli elementi formali.

La tematica dei limiti del sindacato giurisdizionale presenta maggiori difficoltà quando le motivazioni esposte potrebbero sfociare in considerazioni di carattere politico, che incidano immediatamente sul risultato finale. In realtà il giudizio presenterebbe un diverso aspetto soltanto se le corti indirzassero le agenzie a conferire una particolare rilevanza ad un fattore rispetto ad altri. In questo caso si correrebbe il rischio che la magistratura possa travalicare i limiti delle proprie competenze e scivolare nel sindacato sulla scelta politica effettuata. Il giudizio di rilevanza dei fattori omessi in sostanza dovrebbe giungere fino a verificare se la mancata considerazione di alcuni elementi abbia di fatto impedito all'amministrazione di poter ipotizzare una scelta differente⁶⁷. La circostanza che il giudice americano non possa poi non fornire i motivi del giudizio di rilevanza in relazione alle scelte adottate, nel momento in cui valuti la carenza di analisi di alcuni fattori, non costituisce un reale problema dal momento che l'amministrazione, una volta che abbia considerato i fattori omessi, sarà sempre libera nella propria valutazione discrezionale, di confermare la decisione adottata in precedenza o di optare per una soluzione diversa.

possa applicarsi anche ad altre categorie di funzioni condotte dell'agenzia. Sul tema G. Lawson, *Outcome, Procedure and Process: Agency Duties of Explanation for Legal Conclusions*, in 48 *Rutgers L. Rev.*, 1996, 313 ss.

⁶⁷ *Sierra Club v. Slater*, 120 F.3d 623, 637 (6th Cir. 1997). *Rabbers v. Comm'r Soc. Sec. Admin.*, 582 F.3d 647, 654-55 (6th Cir. 2009). *ECM BioFILMS, Inc. v. Federal Trade Commission*, (6th Cir. 2017).

