

## Loper Bright: cronaca di una morte annunciata?

di Giuseppe Franco Ferrari

**Abstract:** *Loper Bright: chronicle of an announced death?* –The article discusses the pivotal issue of separation of powers in the American legal system from the perspective of administrative law. The trajectory leading to the elaboration of the Chevron doctrine is illustrated to analyze the paramount decision of the Supreme Court in Loper Bright and its most likely consequences on the relationship between legislative and executive powers in the USA.

**Keywords:** Chevron; Administrative Procedure Act; Deference; Nondelegation doctrine; Loper Bright

### 1. Introduzione

Una sentenza pubblicata della Corte suprema statunitense il 28 giugno 2024, *Loper Bright Enterprises et al. v. Raimondo*, 603 U.S. \_\_\_\_ (2024), ha letteralmente sconvolto il principio cardine della sindacabilità delle norme secondarie prodotte da autorità amministrative e autorità indipendenti, rovesciato l'interpretazione del principio di separazione dei poteri con riguardo al rapporto tra Esecutivo e Giudiziario come venuta consolidandosi in un quarantennio, caducato un precedente fondativo, su cui almeno due generazioni di studenti e operatori del diritto si erano più o meno criticamente venuti formando nelle università e nelle corti americane.

Come sempre in questi non frequenti casi, sono possibili numerose letture dell'*overruling*, che certamente impegnerà per un lungo lasso di tempo le migliori energie scientifiche, nella letteratura pubblicistica degli Stati Uniti e non solo<sup>1</sup>. Alcune prime valutazioni sono tuttavia già possibili, sia nell'ottica del diritto amministrativo che dell'interpretazione costituzionale<sup>2</sup>.

### 2. La separazione dei poteri tra diritto costituzionale e diritto amministrativo

Il principio di separazione dei poteri, con i suoi corollari e soprattutto con i suoi temperamenti, tradotti nel pulviscolo di *checks and balances* codificati

---

<sup>1</sup> Cfr. ad es. J.I. Hernández G., *El margen de deferencia y la justicia administrativa: un análisis comparado entre Iberoamérica y Estados Unidos*, luglio 2024, paper dell'Instituto Internacional de derecho administrativo.

<sup>2</sup> Per il secondo dei due approcci, cfr. il contributo di G. Romeo in questa stessa sezione della *Rivista*.

nella Costituzione e integrati dalla giurisprudenza e dalla prassi costituzionale, è uno dei temi da sempre più esplorati da giuristi e politologi.

Il classico volume di Vile<sup>3</sup>, del 1967, benchè di autore britannico, ha rappresentato la base di studio per tutto il mondo anglofono, con la sua ricostruzione storico-ideologica del principio e del suo inverarsi nel diritto costituzionale non solo statunitense. Il dibattito teorico da allora è proseguito senza sosta, spesso con contributi di eccellente qualità. Negli anni recenti molti volumi vi hanno contribuito vivacemente, come ad esempio *The Failure of the Founding Fathers*, di Bruce Ackerman<sup>4</sup>, *The Founding Fathers v. The People* di Anthony King<sup>5</sup>, *The Powers That Be, Rethinking the Separation of Powers*, a cura di Hans Martien ten Napel e Wim Voermans<sup>6</sup>, *The Myth of Coequal Branches* di David J. Siemers<sup>7</sup>, solo per citare i più autorevoli e discussi. Nello specifico del costituzionalismo americano, anche a prescindere dalla ricostruzione del pensiero federalista<sup>8</sup> e dalla mancata espressa inclusione nel testo costituzionale di una clausola dedicata al principio<sup>9</sup>, la Corte Suprema nella storia ha trattato quest'ultimo con modalità che oscillano da un estremo all'altro delle soluzioni possibili. In alcune decisioni dell'800, successive alla Guerra civile, e del primo '900 prima della svolta del New Deal<sup>10</sup> la dottrina della rigorosa divisione dei tre *Departments* è stata evocata con toni alquanto dogmatici. Dopo *Carolene Products*<sup>11</sup> e lo *switch in time*, i toni sono cambiati per decenni: il pragmatismo necessario per la realizzazione di una società più giusta, l'uso del *due process* sostanziale, strumento privilegiato di una Corte che si metteva alla guida dell'indirizzo politico, e le profonde trasformazioni della società americana dal secondo dopoguerra ad almeno la metà degli anni '70 non erano più compatibili con rigidi compartimenti stagni nella delimitazione dei confini tra i Poteri federali. Verso la fine della Presidenza Burger, e a maggior ragione durante le Presidenze Rehnquist e Roberts, l'approccio è cambiato gradualmente. In numerosissime occasioni in cui si doveva affrontare la legittimità costituzionale di espedienti istituzionali nati nella prassi, la Corte ha pressoché sempre optato per l'invocazione del principio di separazione, attribuendogli, talora con *reasonings* dal taglio moderato o sfumato ma più spesso con toni declamatori, un rilievo superprimario, e traendone conseguenze molto drastiche. Basti pensare alla caducazione del *legislative veto*<sup>12</sup> e dell'*item veto*<sup>13</sup>, o della disciplina che consentiva al Congresso di

<sup>3</sup> M.J.C Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, 1967, 2<sup>nd</sup> ed., 1998.

<sup>4</sup> *Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge, Ma., 2005.

<sup>5</sup> *Paradoxes of American Democracy*, Cambridge, Ma., 2011.

<sup>6</sup> Amsterdam, 2016.

<sup>7</sup> *Restoring the Constitution's Separation of Functions*, Columbia, Mo., 2018.

<sup>8</sup> Con particolare riguardo a *The Federalist*, No. 47.

<sup>9</sup> V. soprattutto G. Casper, *An Essay in Separation of Powers. Some Early Versions and Practices*, 30 *Wm. & Mary L. Rev.* 211 (1989).

<sup>10</sup> Si citano di solito *Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168 (1881), *McGrain v. Daugherty*, 273 U.S. 134 (1927) e *Humphrey's Executor v. U.S.*, 295 U.S. 602 (1935).

<sup>11</sup> 304 U.S. 144 (1938).

<sup>12</sup> *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983). Sul tema cfr. G.F. Ferrari, *Separazione dei poteri e forma di governo nella recente giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, Ius*, 1984, 274 ss. Il Congresso ha poi parzialmente rimediato alla situazione così cretasi con il *Congressional Review Act* del 1996, Pub.L. 104-121, 5 U.S.C. §§801-808.

<sup>13</sup> *Clinton v. City of New York*, 524 U.S. 417 (1998).

avvalersi di analisi del *Controller General* per imporre al Presidente la riduzione o il blocco del *deficit spending*<sup>14</sup>. In questa chiave va letta anche la declaratoria di incostituzionalità della nomina congressuale dei membri della *Federal Election Commission* per violazione della *Appointments Clause*<sup>15</sup>. Ma si può ricordare nello stesso senso la decisione che impedisce al Congresso di intervenire su vicende giudiziali passate in giudicato<sup>16</sup>. Altre decisioni sono state meno rigide nel vigilare sulla separazione, come quella che ha legittimato la prerogativa del Congresso di limitare la facoltà del Presidente di rimuovere un *independent counsel*<sup>17</sup> o quelle che hanno qualificato come “*inferior officers*” i membri dei tribunali militari<sup>18</sup> e di quelli della Guardia costiera<sup>19</sup>, come tali legittimamente nominabili dal Segretario di Stato. A prescindere dal risultato dei singoli casi, il linguaggio è sempre quello della attenta vigilanza sui confini dei Poteri, con una sensibilità evidentemente acuita anche dalla complessità crescente delle questioni sottoposte alla Corte, ma aumentata anche in ragione di un preciso disegno di rigore, talora sapientemente celato dietro un apparente *self-restraint*, ma più spesso, e sempre più frequentemente col passar del tempo, palesemente assiomatico<sup>20</sup>.

Negli anni della Corte Burger poteva apparire prevalente un razionale antiparlamentare: decisioni come *Dames and Moore v. Regan*<sup>21</sup> sul rigetto dell'impugnativa del ricorso contro l'*executive order* con cui veniva disposta la cessazione del contenzioso avanti le corti federali contro l'Iran, o *Goldwater v. Carter*<sup>22</sup>, che ricorreva alla *political question* per evitare di sindacare la denuncia del trattato di reciproca difesa con Taiwan, prodromica al riconoscimento<sup>23</sup> della Cina popolare, potevano facilmente venire interpretate in chiave di rafforzamento del ruolo presidenziale. Nella stagione della Corte Rehnquist si può menzionare *Zivotofsky v. Clinton*, che utilizza la stessa “*negative virtue*” per non analizzare il problema della dicitura “Israele” sui passaporti dei cittadini nati a Gerusalemme. Rispettose delle prerogative presidenziali, negli anni successivi, anche pronunce come *Dalton v. Specter*<sup>24</sup> sulla chiusura presidenziale di basi militari.

Ma altre pronunce potrebbero leggersi anche in prospettiva di difesa del Congresso: così ad esempio *Department of Commerce v. U.S. House of Representatives*<sup>25</sup>, durante la Presidenza Clinton, sul divieto di uso di *statistical*

<sup>14</sup> *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986).

<sup>15</sup> *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).

<sup>16</sup> *Plaut v. Spendthrift Farm*, 514 U.S. 211 (1995).

<sup>17</sup> *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988).

<sup>18</sup> *Weiss v. U.S.*, 510 U.S. 163 (1994).

<sup>19</sup> *Ryder v. U.S.*, 515 U.S. 177 (1995) e *Edmond v. U.S.*, 520 U.S. 651 (1997).

<sup>20</sup> Cfr. G.F. Ferrari, *La Corte Suprema degli Stati Uniti durante la Presidenza Burger* (1969-1986), *Giur. cost.*, I, 1987, 1925 ss., e le successive rassegne biennali, in *Giur. cost.*, 1991, 3402; 1993, 3205; 1995, 3805; 1998, 471; 1999, 3335; 2001, 3496; 2003, 3200; 2005, 4136 e 4170 ss.; 2007, 3802 e 3833 ss. Per le rassegne successive, cfr. poi E. Stefanini, *Giur. cost.*, 2009, 4327 ss.; G. Romeo, *Giur. cost.*, 2011, 4044; 2013, 534 ss.; 2015, 1961 ss.; G. Romeo e L. Testa, 2017, 2306; 2019, L. Testa, *ivi*, 2019, 2022; 2021, 2434 ss.; 2023, 2395 e 2418 ss.

<sup>21</sup> 403 U.S. 654 (1981).

<sup>22</sup> 444 U.S. 996 (1979).

<sup>23</sup> 576 U.S. 1 (2012).

<sup>24</sup> 511 U.S. 462 (1994).

<sup>25</sup> 525 U.S. 316 (1999).

*sampling* per il calcolo della base demografica dei collegi della Camera bassa, oppure anche, più indirettamente, *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board*<sup>26</sup>, che invoca la *Appointments Clause* per escludere la revocabilità presidenziale di componenti di una agenzia indipendente, o *NLRB v. Noel Canning*<sup>27</sup>, con cui si circoscrive al massimo il potere presidenziale di nomina senza assenso del Senato quando questo si trova in *recess* o ancora *NLRB v. Sw General, Inc.*<sup>28</sup>, dove si limita l'efficacia temporale delle nomine presidenziali temporanee in attesa di conferma senatoriale, e soprattutto, da ultimo, *Biden v. Nebraska*<sup>29</sup>, che riscontra l'assenza di una *clear congressional authorization* per invalidare il programma presidenziale di condono dei debiti degli studenti universitari durante la pandemia.

L'andamento effettuale di questa giurisprudenza della Corte, intesa a presidiare il confine tra prerogative presidenziali e sfera riservata al Legislativo è alquanto erratico. Un giudizio globale sarebbe possibile solo esaminando vari altri filoni casistici, come ad esempio quello sull'estensione delle immunità presidenziali, quello sulla responsabilità dei funzionari, quello sulle agenzie indipendenti. Un'analisi di questo tipo esula dal perimetro del presente scritto. Non si può fare a meno di notare, tuttavia, che dalla Presidenza Burger ad oggi il ricorso al principio di separazione è stato crescente nella quantità e progressivamente più rigido, con prevalenza dell'assioma sul riguardo per gli effetti sostanziali delle decisioni giudiziali.

### 3. L'amministrazione e la *nondelegation doctrine*

Se dal livello dell'architettura istituzionale si passa al terreno della posizione costituzionale del diritto amministrativo, lo scrupolo separatistico concernente i rapporti tra Legislativo ed Esecutivo si traduce precipuamente nella cosiddetta *nondelegation doctrine*: ciò, almeno, se si prescinde dal dibattito, difficilmente rilevante nel presente contesto, concernente la condivisione del *policy-making* tra gli organi politicamente responsabili<sup>30</sup>, che potrebbe rendersi in termini di indirizzo politico di maggioranza.

La *nondelegation doctrine* si fonda sull'art. I della Costituzione, che attribuisce al Congresso "*all legislative powers*". Gli storici ritengono che già il primo Congresso abbia conferito a corti e Presidenza ampi poteri per nulla definiti. La giurisprudenza ha però affermato sin dall'800<sup>31</sup> che l'Esecutivo dipartimentale e le agenzie indipendenti possano ricevere deleghe solo sulla base di "*substantive standards*"; la Corte non ha tuttavia di fatto quasi mai sanzionato l'attribuzione congressuale di poteri normativi anche estremamente ampi, ricorrendo a formule come l'indicazione nella legge di "contingenze individuate" per l'intervento presidenziale<sup>32</sup> o l'esistenza di

<sup>26</sup> 561 U.S. 477 (2010).

<sup>27</sup> 573 U.S. 513 (2014).

<sup>28</sup> 580 U.S. 288 (2017).

<sup>29</sup> 600 U.S. 477 (2023).

<sup>30</sup> Su cui di solito viene citato esemplarmente il precedente *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 635 (1952). Cfr. il dibattito in R.J. Pierce, Jr., *Administrative Law Treatise*, New York, N.Y., 3rd ed. 2002, vol. I, 73-86.

<sup>31</sup> V. ad es. *Filed v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892).

<sup>32</sup> Così *Brig Aurora*, 11 U.S. 382 (1813).

standard sufficienti a limitare la discrezionalità dell'amministrazione<sup>33</sup> o il riconoscimento di spazi di mero dettaglio<sup>34</sup> o l'esistenza di un principio intelligibile<sup>35</sup>, idonea ad attestare uno standard giusto e ragionevole o la presenza di pubblica convenienza e necessità. Solo in due storici casi, collocati nel momento apicale del conflitto tra la Corte e la Presidenza Roosevelt, nel 1935, leggi federali sono state invalidate per eccesso di delega. *Panama Refining Co. v. Ryan*<sup>36</sup> ha dichiarato incostituzionale il *National Industry Recovery Act*<sup>37</sup> per il ricorso a espressioni facoltizzanti come l'eliminazione di pratiche competitive scorrette o la conservazione delle risorse naturali. *Schechter Poultry Corp. v. U.S.*<sup>38</sup> ha sanzionato la stessa legge nella parte in cui autorizzava in bianco il Presidente ad adottare codici regolamentari per numerose attività economiche.

Dopo lo *switch in time* del 1938 la Corte è comprensibilmente tornata a un prevalente permissivismo, sia per la crescente complessità dei rapporti economici da regolare dopo il New Deal sia per lasciare che l'equilibrio tra i Poteri si sviluppasse secondo dinamiche esclusivamente politiche. La giurisprudenza post-bellica è quindi ricchissima di pronunce che salvaguardano la normativa di fonte non legislativa anche in base a deleghe vaghissime quando non del tutto inesistenti<sup>39</sup>. Fino alla fine degli anni '70 si registra una discrasia radicale tra l'affermazione teorica della *nondelegation doctrine* e la sua totale inutilità pratica. La deferenza della Corte Suprema e di conseguenza di giudici inferiori verso l'assenza di parametri e criteri direttivi e di riflesso verso le norme regolamentari di Esecutivo e autorità indipendenti è costante e assoluta. La più autorevole dottrina amministrativistica del tempo lamenta infatti tale stato di cose, sottolineando senza mezzi termini il fallimento di questa linea di condotta della Corte<sup>40</sup>, e talora invocando l'avvento di una nuova era e fornendo indicazioni alternative. I costituzionalisti contestano invece che l'eccesso di normativa secondaria in assenza di criteri nella delegazione metta in crisi i fondamenti del sistema democratico<sup>41</sup>.

All'inizio degli anni '80 due casi decisi in modo quasi incomprensibile mostrano come la *nondelegation doctrine* sia ormai impraticabile per genericità, imprevedibilità, ingestibilità concreta. *Industrial Union Dept. v.*

<sup>33</sup> Così *Buttfield v. Stranahan*, 192 U.S. 470 (1904)

<sup>34</sup> Come in *U.S. v. Grimaud*, 220 U.S. 506 (1911).

<sup>35</sup> Così *J.W. Hampton v. U.S.*, 276 U.S. 394 (1928)

<sup>36</sup> 293 U.S. 388 (1935).

<sup>37</sup> P.L. 73-67, 48 Stat. 195.

<sup>38</sup> 295 U.S. 495 (1935).

<sup>39</sup> Cfr. ad es. *American Power & Light Co. v. SEC*, 329 U.S. 90 (1946); *Fahey v. Mallonee*, 332 U.S. 245 (1947); *American Trucking Associations v. U.S.*, 344 U.S. 298 (1953); *Zemel v. Rusk*, 381 U.S. 1 (1965); *U.S. v. Robel*, 389 U.S. 258 (1967); *U.S. v. Southwestern Cabel Co.*, 392 U.S. 157.

<sup>40</sup> V. ad es. K.C. Davis, *Administrative Law Text*, 3<sup>rd</sup> ed., St. Paul, Minn., 1972, 26 ss., 34; E. Gellhorn, *Administrative Law and Process in a Nutshell*, St. Paul, Minn., 1972, ch. 1; D.R. Woodward, L.M. Levin, *In Defense of Deference: Judicial Review of Agency Action*, 31 *Admin. L. Rev.* 329 (1979). Nel decennio successivo P.J. Aranson, E. Gellhorn, G.O. Robinson, *A Theory of Legislative Delegation*, 68 *Cornell L. Rev.* 1 (1982).

<sup>41</sup> Cfr. infatti T.J. Lowi, *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States*, 1969, New York, N.Y., 93 ss.; J.H. Ely, *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review*, Harvard, Mass., 1980, 132 ss.



*American Petroleum Institute*<sup>42</sup> viene decisa con la minima maggioranza, peraltro sfrangiata in una *plurality opinion*, nel senso che l'*Occupational Safety and Health Act* (OSHA) può legittimamente autorizzare norme regolamentari in presenza di situazioni di rischio. *American Textile Manufacturers Institute v. Donovan*<sup>43</sup>, sempre a maggioranza di cinque col concorso del Chief Rehnquist, afferma la discrezionalità dell'agenzia preposta nell'adottare disposizioni secondarie senza tenere conto del rapporto costi/benefici, in quanto la legge utilizza la formula "*to the extent feasible*" per delimitare il potere normativo dell'agenzia. Nel frattempo il Presidente Reagan adotta il celebre *executive order 12,291*, che dispone la sottoposizione preventiva di ogni nuova *rule*, con relativa analisi di impatto, all'*Office of Management and Budget* istituito presso l'*Executive Office* della Presidenza, che può ordinare il riesame della pratica eventualmente alla luce di diversi dati oppure disporre la consultazione con altre agenzie. La razionalizzazione così disposta rappresenta un passo significativo nel senso del miglioramento qualitativo della produzione regolamentare, ma non ha da sola risolto il problema della virtuale abdicazione da parte del Congresso a farsi carico del *policy-making* con l'enunciazione di principi chiari né quello della ambiguità ed erraticità delle scelte giudiziali relative alla legittimità dell'esercizio del *rule-making*. Infatti nei primi anni '80 la Corte continua a legittimare qualunque delegazione in una serie di statuizioni prive di linea diversa dalla tolleranza celata dal parametro di ragionevolezza<sup>44</sup>. Il tempo è ormai maturo per la messa a punto di criteri più affidabili e possibilmente duraturi<sup>45</sup>.

#### 4. *Chevron*: la pietra d'angolo ...

La svolta è rappresentata finalmente da *Chevron v. Natural Resources Defence Council*<sup>46</sup>, decisione davvero epocale, tanto da essere considerata una delle più importanti nella storia del diritto amministrativo americano. Il caso nasceva dall'interpretazione del *Clean Air Act*<sup>47</sup>, nella parte in cui imponeva alle aziende che creassero o modificassero fonti di inquinamento (*sources of pollution*) di seguire una onerosa procedura presso l'Environmental Protection Agency. Quest'ultima, con un cambio di *policy*, aveva deciso di assumere come base di riferimento non il singolo macchinario ma lo stabilimento nel suo insieme, così esentando dal procedimento le aziende che compensassero o più che compensassero l'impatto delle modificazioni ai processi produttivi ma aggravando la condizione di chi complessivamente aggiungeva carico inquinante. Il cambio di linea poteva qualificarsi come "*major policy*" rispetto alla tutela della qualità dell'aria. Il Congresso aveva esaminato il problema ma non aveva adottato alcuna disciplina specifica.

<sup>42</sup> 448 U.S. 607 (1980).

<sup>43</sup> 452 U.S. 490 (1981).

<sup>44</sup> Come *INS v. Wang*, 450 U.S. 138 (1981) e *Bonanno Linen Service v. NLRB*, 450 U.S. 404 (1982).

<sup>45</sup> Una revisione del percorso storico che ha portato a *Chevron* in G. Lawson, Stephen Kam, *Making Law out of Nothing at All: The Origins of the Chevron Doctrine*, 65 *Admin. L. Rev.* 1 (2013).

<sup>46</sup> 467 U.S. 837 (1984).

<sup>47</sup> Pub. L. 88-206, 42 U.S.C. ch. 85 (§§7401-7671q). Legge del 1963 più volte emendata e integrata (1965, 1967, 1970, 1977).

La Corte, guidata da Justice Stevens, ritiene che la responsabilità politica del Presidente, a cui l'agenzia indipendente riferisce, legittimamente includa scelte di bilanciamento di interessi che il Congresso scientemente o inavvertitamente non abbia effettuato in modo esplicito. La fonte che abbia esercitato la discrezionalità è in sostanza irrilevante dal punto di vista del Giudiziario. La Corte opta per il passaggio dal generico sindacato di ragionevolezza o non arbitrarietà ad una piena deferenza verso le scelte normative dell'Esecutivo. Un *two-step test* viene tuttavia raccomandato. Se il Congresso ha affrontato espressamente e in modo non ambiguo il tema a cui la norma contestata pertiene, conferendo chiaramente poteri regolatori<sup>48</sup>, non vi è materia per elaborazioni interpretative. Se invece la norma primaria è silente o ambigua, si deve intendere che il potere normativo sia stato legittimamente delegato all'agenzia o al dipartimento, salvi casi di arbitrarietà, capricciosità o manifesta contrarietà allo *statute*. Il *policy-making* giudiziale, che è connaturato alla *common law*, non può sostituirsi a quello delle *political branches of government*. La Corte non ha *constituency* e deve cedere il passo ai titolari dell'indirizzo politico.

*Chevron* ha ricevuto in dottrina molte lodi<sup>49</sup> ma anche critiche vivacissime. Autori come Sunstein<sup>50</sup> e Breyer<sup>51</sup> hanno lamentato sia la rinunciataria violazione dell'architettura del sistema, *Marbury v. Madison*, sia quella dell'*Administrative Procedure Act*, la cui §706 demanda alle corti di risolvere tutte le questioni di diritto pertinenti<sup>52</sup>. Altri hanno criticato da un punto di vista, per così dire, madisoniano, l'eccesso di concentrazione di potere nell'Esecutivo derivante dall'abdicazione deferenziale della Corte<sup>53</sup>. A queste obiezioni è stato risposto, in chiave originalistica, che il testo dell'APA sarebbe abbastanza vago da giustificare la lettura datane dalla

<sup>48</sup> Un raffinamento di questa fase in *U.S. v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218 (2001).

<sup>49</sup> Come ad es. di recente N.R. Bednar, K.E. Hickman, *Chevron's Inevitability*, 85 *Geo. Wash. L. Rev.* 1392 (2017), oltre naturalmente a Justice Scalia, sia in sede dottrinale che giurisprudenziale: cfr. infra, i richiami nel testo e nelle note.

<sup>50</sup> C.R. Sunstein, *Judicial Review of Administrative Action in a Conservative Era*, 39 *Admin. L. Rev.* 353 (1987) e *Beyond Marbury: The Executive's Power To Say What the Law Is*, 115 *Yale L. J.* 2580 (2006).

<sup>51</sup> S. Breyer, *Judicial Review of Questions of Law and Policy*, 38 *Admin. L. Rev.* 363 (1986).

<sup>52</sup> V. anche J.F. Manning, *Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules*, 96 *Colum. L. Rev.* 612 (1996); J.F. Duffy, *Administrative Common Law in Judicial Review*, 77 *Tex. L. Rev.* 113 (1998); E. Garrett, *Legislating Chevron*, 101 *Mich. L. Rev.* 2637 (2003); E.V. Foote, *Statutory Interpretation or Public Administration: How Chevron Misconceives the Function of Agencies and Why It Matters*, 59 *Admin. L. Rev.* 673 (2007); M. Seidenfeld, *Chevron's Foundation*, 86 *Notre Dame L. Rev.* 273 (2011); G.E. Metzger, *Foreword: Embracing Administrative Common Law*, 80 *Geo. Wash. L. Rev.* 1293 (2012); P.J. Smith, *Chevron's Conflict with the Administrative Procedure Act*, 32 *Va. Tax Rev.* 813 (2013); A. Bamzai, *The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation*, 126 *Yale L. J.* 908 (2017); M.B. Rappaport, *Chevron and Originalism: Why Chevron Deference Cannot Be Grounded in the Original Meaning of the Administrative Procedure Act*, 57 *Wake Forest L. Rev.* 1281 (2022). E. Garrett, *Step One of Chevron v. Natural Resources Defense Council*, in J.F. Duffy, M. Herz (Eds.), *A Guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies*, Chicago, 2005, 56, sostiene che *Chevron* sarebbe un contro-*Marbury* per lo Stato amministrativo.

<sup>53</sup> Così ad esempio C. R. Farina, *Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, 89 *Colum. L. Rev.* 452 (1989).

Corte<sup>54</sup>, e pure che dopo il 1984 il Congresso avrebbe adottato un *drafting* più analitico e persino prolisso<sup>55</sup>. Neppure è mancato chi ha tentato di ridimensionare l'importanza di *Chevron* e di sottolinearne la continuità con i precedenti<sup>56</sup> o, in certo modo all'opposto, chi lamenta che interi settori dell'operato delle agenzie siano del tutto sottratti all'esame pur deferente delle corti per motivi che vanno dalla natura non finale delle misure adottate<sup>57</sup> all'inerzia, alle difficoltà per potenziali ricorrenti di provare interesse e legittimazione all'impugnazione<sup>58</sup>.

## 5. ... e la sua progenie

Agli effetti pratici, *Chevron* ha dettato un percorso chiaro in linea di principio, ma di applicabilità non sempre facile da parte delle corti inferiori, tra le quali si sono almeno inizialmente create divergenze di opinioni, incoerenze applicative e veri conflitti, specie di fronte a una variegata molteplicità di norme secondarie a cui le amministrazioni possono fare ricorso. La Corte negli anni ha fatto il possibile per razionalizzare il corpo di pronunce, elaborando in progressione indicazioni tendenzialmente nomofilattiche, talora in positivo ma spesso anche limitandosi a negare il *certiorari* ad ondate di decisioni di appello o confermandole *en banc*.

Ad esempio, la metodica di *Chevron*, enunciata nel contesto del *legislative rulemaking*, è stata estesa alla *adjudication*<sup>59</sup>, così legittimando la creazione di norme regolamentari attraverso atti puntuali in sede precontenziosa. Per converso, essa non è stata ritenuta applicabile al di fuori del *rulemaking* formale, prodotto secondo procedimenti tipizzati in forma di *rule* o *order*, considerate *legislative rule*, con esclusione quindi di circolari, *opinion letters*, istruzioni, manuali e simili<sup>60</sup>, rispetto ai quali non è però detto non si possa applicare la minore deferenza di cui alla casistica anteriore a *Chevron*<sup>61</sup>: solo Justice Scalia avrebbe voluto generalizzare il metodo *Chevron*

<sup>54</sup> Così A. Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989 *Duke L. J.* 511 (1989); A. Vermeule, *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard, Mass., 2006, 208 ss.; C.R. Sunstein, *Chevron as Law*, 107 *Geo. L.J.* 613 (2019), contenente tesi alquanto diverse da quelle originarie dello stesso autore, di cui a nota 47; R.M. Levin, *The APA and the Assault on Deference*, 106 *Minn. L. Rev.* 125 (2021). Anche T.W. Merrill, *The Chevron Doctrine: Its Rise and Fall, and the Future of the Administrative State* (Harvard, Mass., 2022), a sua volta a valle di un mutamento di linea interpretativa.

<sup>55</sup> Così R.J. Pierce, *Administrative Law Treatise*, cit., vol. I, 146 ss. Sostengono la teoria di un tentativo di crescente riappropriazione da parte di Presidente e Congresso G. Romeo, N. Palazzo, *Who Fears the Big Government? A Coordinated Attempt to Downsize Federal Agencies' Power in the United States*, 18(2) *Global Jurist* (2018).

<sup>56</sup> Come T. W. Merrill, *Judicial Deference to Executive Precedent*, 101 *Yale L. J.* 969 (1992).

<sup>57</sup> V. ad es. S.J. Lindsay, *Timing Judicial Review of Agency Interpretation in Chevron's Shadow*, 127 *Yale L. J.* 2448 (2018).

<sup>58</sup> Come E. Hammond, *Chevron's Generality Principles*, 83 *Ford. L. Rev.* 656 (2014).

<sup>59</sup> *De Bartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Building & Construction Trades Council*, 485 U.S. 568 (1988) e *NLRB v. Town & Country Electric*, 516 U.S. 85 (1995).

<sup>60</sup> *Christensen v. Harris County*, 529 U.S. 576 (2000).

<sup>61</sup> E soprattutto di *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944).



applicandolo a ogni tipo di *rule*<sup>62</sup>. In progressione di tempo la deferenza prescritta da *Chevron* è stata estesa a larga maggioranza ad alcuni tipi di *adjudication* informale<sup>63</sup>, non caratterizzata dal contraddittorio del modello *notice and comment*, ma non a tutte le sue forme, come ad esempio alle *classification ruling letters*, per il motivo che vengono adottate a migliaia senza traccia di motivazione, senza vincolo di precedente né effetti verso i terzi. Anche in questo caso Justice Scalia, unico a dissentire, avrebbe voluto una ulteriore estensione della regola<sup>64</sup>. Lo standard di *Chevron* è stato impiegato anche a convalida di regolamenti federali, provenienti da dipartimenti o agenzie, destinati a precludere interventi statali o locali (cd. “*preemption*”)<sup>65</sup>, ma se le norme federali includono prescrizioni che possono privare uno Stato di fondi di fonte federale, bisogna che questo potere sia stato conferito dal Congresso in termini non ambigui. Se poi la delegazione congressuale si indirizza verso due o più agenzie, di cui solo una esercita competenze regolamentari e l'altra o le altre di sola *adjudication* (“*split enforcement model*”), la deferenza deve essere riservata esclusivamente alla prima, titolare diretta di *policymaking*, mentre se più di una ha poteri di *rulemaking*, la *Chevron rule* non può trovare applicazione, per evitare conflitti tra le agenzie, una delle quali si avvalga per prima della copertura giudiziale attraverso la deferenza<sup>66</sup>. Infine, la regola non si estende ad agenzie statali coinvolte nella gestione di *statutes* federali, né all'interpretazione di massime giudiziali data in sede amministrativa. Va aggiunto che, almeno in dottrina, si continua a dibattere circa le cosiddette *mixed questions*, in cui fatto e diritto si mescolano e talora confondono, rispetto alle quali si pone il problema dell'ambito e della misura della deferenza<sup>67</sup>. Infine, irrisolto, in quanto trattato molto sommariamente dalla Corte e lasciato ai giudici di appello, rimane il problema del carattere finale o meno della *agency action*, che solo determina la fine del procedimento e la incisione della sfera soggettiva dei singoli, e con esse determina l'insorgere dell'interesse all'impugnazione<sup>68</sup>.

La giurisprudenza federale applicativa della *Chevron doctrine* è stata veramente alluvionale. Circa duecento pronunce della Corte Suprema e qualche migliaio dei giudici di circuito<sup>69</sup> hanno via via modellato gruppi di

---

<sup>62</sup> 529 U.S. 590.

<sup>63</sup> *U.S. v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218 (2001), su cui peraltro i commenti dottrinali sono spesso critici: cfr. ad es. L. Schulz Bressman, *How Mead Has Muddled Judicial Review of Agency Action*, 58 *Vand. L. Rev.* 1443 (2005). V. anche W.S. Jordan, III, *Chevron and Hearing Rights: An Unintended Combination*, 61 *Admin. L. Rev.* 249 (2009).

<sup>64</sup> 533 U.S. 239.

<sup>65</sup> Cfr. ad es. *City of New York v. FCC*, 486 U.S. 57 (1988); *Medtronic, Inc. v. Lohr*, 518 U.S. 470 (1996); *Norfolk Southern Ry. v. Shanklin*, 529 U.S. 347 ((2000); *Geier v. American Honda Motor Co.*, 529 U.S. 861 (2000).

<sup>66</sup> *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 465 (1997).

<sup>67</sup> V. ad es. R.H. Warner, *All Mixed up about Mixed Questions*, 7 *J. App. Prac. & Process* 101 (2005); T.W. Merrill, *The Chevron Doctrine*, cit. 38 ss. E la replica di M. B. Rappaport, *Chevron and Originalism*, cit., 1308 ss.

<sup>68</sup> V. ad es. S.J. Lindsay, *Timing Judicial Review of Agency Interpretations*, cit.

<sup>69</sup> V. ad es. O.S. Kerr, *Shedding Light on Chevron: An Empirical Study of the Chevron Doctrine in the U.S. Courts of Appeals*, 15 *Yale J. on Reg.* 1 (1998) e P-H. Shuck, E.D. Elliott, *To the Chevron Station: An Empirical Study of Federal Administrative Law*, 1990 *Duke L. J.* 984 (1990). Ma v. anche H.T. Edwards, M.A. Livermore, *Pitfalls of Empirical*

fattispecie da cui far dipendere conseguenze più o meno ben definite. La dottrina, peraltro, anche quella favorevole al filone inaugurato da *Chevron* nel 1984, non ha potuto fare a meno di rilevare qualche ambiguità nel comportamento della Corte stessa, capace in qualche caso di disorientare le corti inferiori<sup>70</sup>.

Quanto al primo *step*, in particolare, ammettendo che il Congresso abbia esaminato specificamente il tema, l'analisi giudiziale deve verificare se il linguaggio della legge permetta di considerare plausibilmente inclusa l'interpretazione data in via amministrativa<sup>71</sup>: sin qui soccorrono gli usuali strumenti dell'interpretazione e la Corte ha fatto spesso ricorso al senso comune dei termini, supportato dai principali dizionari della lingua inglese<sup>72</sup>, combinato con il richiamo a interpretazioni giudiziali già correnti<sup>73</sup>. Se comunque il linguaggio normativo primario non è comprensivo di delegazione, l'amministrazione non può in alcun modo costruirsi una legittimazione<sup>74</sup>. È stato piuttosto il secondo *step* a generare i maggiori rischi di sfrangiamento giurisprudenziale: se il Congresso non ha affrontato espressamente la questione, va verificato se l'amministrazione abbia raggiunto un risultato "*permissible*" attraverso un procedimento decisionale ragionevole e non arbitrario. Ad esempio, sono state considerate alternative plausibili? È stata esaminata la relazione tra l'interpretazione prescelta e gli obiettivi perseguiti dal legislatore? Si è tenuta presente la storia del testo legislativo<sup>75</sup>? È stato valutato il rapporto tra il linguaggio in esame e la struttura sistematica del testo? È stato tenuto conto dei dati fattuali disponibili?

Inoltre, la Corte si è spesso divisa, non solo nell'applicazione del *test* articolato in due passaggi, con particolare riguardo al secondo<sup>76</sup>, ma nella stessa invocazione del precedente da parte di alcuni e nella voluta pretermissione di esso da parte di altri<sup>77</sup>.

In termini più sistematici, molti hanno infine tentato di dare organicità alle multiformi applicazioni di *Chevron* ricorrendo alla cosiddetta *major questions doctrine*, identificata come maggiore strumento di limitazione all'incirca dal 2000, data di *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*<sup>78</sup>. Nella sua versione minimale (*narrow*), essa implica che quando un'agenzia afferma di poter regolare un *major question*, le corti dovrebbero in piena indipendenza valutare se il presunto fondamento della delega corrisponda alla lettura più ragionevole della legge ipoteticamente autorizzativa. La

---

*Studies that Attempt to Understand the Factors Affecting Appellate Decisionmaking*, 58 *Duke L.J.* 1895 (2009).

<sup>70</sup> Cfr. ad es. T.W. Merrill, *Textualism and the Future of the Chevron Doctrine*, 72 *Wash. U. L. Q.* 351 (1994) e R.J. Pierce, Jr., *The Supreme Court's Hypertextualism: A Prescription for Cacophony and Incoherence in the Administrative State*, 95 *Columbia L. Rev.* 749 (1995).

<sup>71</sup> Cfr. ad es. *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987).

<sup>72</sup> Come in *National R. Passenger Corp. v. Boston & Maine Corp.*, 503 U.S. 407. Su questi passaggi metodologici cfr. R.J. Pierce, Jr., *Administrative Law Treatise*, cit., I, 168 ss.

<sup>73</sup> Ad es. *Smiley v. Citibank*, 517 U.S. 735 (1996).

<sup>74</sup> Così Justice Scalia in *Whitman v. Am. Trucking Ass'n*, 531 U.S. 457 (2001).

<sup>75</sup> Sul punto cfr. S. Breyer, *On the Uses of Legislative History in Interpreting Statutes*, 65 *U.S.C.L. Rev.* 845 (1992).

<sup>76</sup> Come in *K-Mart Corp. v. Cartier Corp.*, 486 U.S. 281 (1988).

<sup>77</sup> Come in *NLRB v. United Food & Commercial Workers*, 484 U.S. 112 (1987).

<sup>78</sup> 529 U.S. 120.

versione più espansiva (*broad*) vorrebbe invece che la delega su *major questions* debba sempre essere chiara ed espressa<sup>79</sup>.

In sintesi, *Chevron* ha rappresentato un tentativo di razionalizzazione fondamentale dell'atteggiamento del Giudiziario verso la discrezionalità amministrativa, ha dato una parvenza di sistematizzazione alla materia e l'ha irregimentata in un percorso almeno in apparenza prevedibile per le corti di primo e secondo livello nonché per le agenzie e i dipartimenti. Tuttavia, l'applicazione concreta ha creato nuovi problemi di omogeneità, linearità, coerenza, in una parola *judicial statesmanship*. Qualche autore da tempo ipotizza o raccomanda il rovesciamento di *Chevron*<sup>80</sup>. Persino Justice Scalia, che di *Chevron* e della sua estensione è sempre stato un difensore accanito, dal 2015 ha iniziato ad ammettere che vi siano problemi a coordinare *Chevron* con l'*Administrative Procedure Act*<sup>81</sup>.

## 6. *Loper Bright* e il suo impatto

*Loper Bright*, a distanza di quarant'anni, è stata dunque la ulteriore svolta, nata peraltro da impulsi meramente giudiziali, al più in presenza di opinioni dottrinali non del tutto omogenee, ma non preceduta o accompagnata da pressioni sociali o politiche, benché suscettibile di incidere pesantemente sul rapporto tra Poteri. Non proprio, dunque, un *constitutional moment* nel senso di Ackerman<sup>82</sup>. Nondimeno, un duro colpo a un precedente fondativo nell'ambito della discrezionalità amministrativa, e più in generale della separazione dei Poteri, ed alla sua ricca progenie.

Il Chief Justice guida una maggioranza di sei, all'interno della quale peraltro figurano le opinioni concorrenti di Thomas e Gorsuch, al clamoroso *overruling*. Il percorso logico seguito non può definirsi originalistico nel senso proprio del recupero del significato letterale o più diffuso delle norme costituzionali al tempo della loro adozione o dell'intenzione dei *Founders*, ma è piuttosto quello della ricostruzione della linea giurisprudenziale da *Marbury* a *Chevron*, passando per lo sviluppo dello Stato amministrativo. La maggioranza ritiene di adottare l'approccio più deciso, rivendicando prerogative giudiziali rinunciate o almeno messe in sordina da decenni, ma anche utilizzando a supporto l'esclusiva potestà normativa primaria del Congresso. Il tutto, però, senza ricorrere ad enfatiche argomentazioni intorno al principio di separazione, che non viene neppure menzionato. Il

<sup>79</sup> Cfr. ad es. C. Sunstein, *There Are Two Major Questions Doctrines*, 73 *Admin. L. Rev.* 475 (2021) e M. Sohoni, *The Major Questions Quartet*, 138 *Harv. L. Rev.* 263 (2022).

<sup>80</sup> Cfr. ad es. J.M. Beerman, *End the Failed Chevron Experiment Now: How Chevron Has Failed and Why It Can and Should Be Overruled*, 42 *Conn. L. Rev.* 779 (2010); E.W. Murphy, *Abandon Chevron and Modernize Stare Decisis for the Administrative State*, 69 *Ala. L. Rev.* 1 (2017); M. Herz, *Chevron Is Dead, Long Live Chevron*, 114 *Colum. L. Rev.* 1867 (2017); K.E. Hickman, R.D. Hahn, *Categorizing Chevron*, 81 *Ohio St. L. J.* 611 (2020). Già R.J. Pierce, Jr., si era posto il problema in *Reconciling Chevron and Stare Decisis*, 85 *Geo. L. J.* 2225 (1997).

<sup>81</sup> *Perez v. Mortgage Bankers Ass'n*, 575 U.S. 92, 107 (2015). Sulla posizione dei singoli membri della Corte sulla *Chevron deference*, cfr. N.R. Bednar, K.E. Hickman, *Chevron's Inevitability*, cit.

<sup>82</sup> Il riferimento è ovviamente a B. Ackerman, *Constitutional Politics / Constitutional Law*, 99 *Yale L.J.* 462 (1989).

*reasoning* si svolge invece, prioritariamente se non esclusivamente, intorno alla incompatibilità originaria di *Chevron* con l'*Administrative Procedure Act*, oltre che alla irrazionalità e insostenibilità del plesso di pronunce che ne sono seguite. Una scelta di profilo, se non basso, almeno circoscritto alla dimensione amministrativa del problema, con riduzione ai minimi termini del coinvolgimento delle tematiche costituzionali. Forse un modo per compensare la vistosa, e rara più che inusuale, caducazione di un precedente presentato per decenni come principio o regola del diritto amministrativo statunitense e declinato in infinite applicazioni.

La riserva di interpretazione della legge proclamata da Marbury e fondata sulla "*Cases and controversies Clause*" dell'art. III della Costituzione, secondo Roberts, ha sempre implicato rispetto per l'Esecutivo, vincolando le corti a riconoscere "grande peso" alle sue determinazioni. La deferenza, però, fino al New Deal ed anche oltre, era storicamente limitata all'accertamento dei fatti, e neppure sempre garantita con coerenza, mentre mai è stata assicurata alle questioni di diritto e alle interpretazioni date in sede amministrativa. L'APA, suggello dell'espansione dello Stato amministrativo e insieme sommatoria delle garanzie che ne circondano il funzionamento, alla nota sec. 706 demanda al giudice, e non alle agenzie, la decisione di tutte le pertinenti questioni di diritto ("*all relevant questions of law*"). Sono quindi le corti a dovere indipendentemente interpretare la legge e portare a compimento il disegno del Congresso, pur tenendo conto del punto di vista di chi deve darvi esecuzione. Sono le corti a dovere valutare la sussistenza della delegazione legislativa, verificarne i limiti e controllare che l'amministrazione abbia adottato una "*reasoned decisionmaking*" contenibile entro tali confini.

È stata la deferenza prescritta da *Chevron* a rompere la tradizione, in palese contrasto con lo statute del 1946 e senza neppure che la Corte si adoperasse troppo per giustificare la compatibilità con l'Act, né nel 1984 né in occasioni successive. In specie, il secondo *step*, sul presupposto della insufficiente specificità del testo legislativo, ha vincolato le corti inferiori ad ammettere letture di esso semplicemente ammissibili, benché non identiche a quelle che l'analisi del giudice avrebbe prescelto, facendo di fatto scattare una serie di presunzioni: che il Congresso intendesse lasciare sciogliere l'ambiguità alle agenzie, cioè che ambiguità ammonti a delegazione; che la linea potesse essere modificata a legislazione invariata; che la scelta in sede amministrativa prevalesse comunque su ogni eventuale alternativa giudiziale, salvi casi estremi; che in sostanza spettasse all'amministrazione una discrezionalità illimitata. Il ruolo del giudice in un "*agency case*" non può essere diverso da qualsiasi altra fattispecie, quanto ai poteri interpretativi. Le agenzie, d'altronde, non hanno particolare competenza nel risolvere ambiguità legislative; compito che tocca invece alle corti anche quando si versi in materia in cui opera un'amministrazione.

Roberts esamina e respinge anche altri classici argomenti a favore della deferenza. Quello dello speciale *expertise* dell'amministrazione, anzi tutto: i giudici possono attrezzarsi per conoscere di materie ad elevata tecnica, anche tenendo conto dell'esperienza maturata da parte delle agenzie, né si può pensare che il Congresso abbia voluto sottrarre loro compiti istituzionali in ambiti ad alto tasso di specialità. Quello per cui le agenzie promuoverebbero la costruzione di un diritto federale uniforme, che non

rappresenta un bene in sé se prescinde dalla corretta interpretazione. Quello, infine, per cui la risoluzione delle ambiguità equivale a *policymaking*, da lasciare agli attori politicamente legittimati: il compito interpretativo non cambia secondo il contesto, né la presenza di un'amministrazione attuatrice lo trasforma automaticamente in *policymaking*.

Comunque, le presunzioni di *Chevron*, sostiene la maggioranza, si sono via via svuotate di contenuto: le corti inferiori, dovendosi cimentare con un armamentario bizantino di condizioni e eccezioni, hanno spesso aggirato la metodologia di *Chevron*. La stessa Corte suprema ha progressivamente limato la portata di *Chevron* con una enorme fatica protratta per decenni. Inoltre dal 2016 non ha mai dato prova di deferenza. Lo stesso concetto di ambiguità non è mai stato convincentemente delucidato e si mantiene "malleabile e impressionistico".

Tuttavia il precedente rimane "on the books" a formare oggetto di estenuante lavoro per parti e giudici federali. Alla sua rimozione non osta la *stare decisis doctrine*, in quanto i classici presupposti ostativi al rovesciamento del precedente – la qualità del *reasoning*, la praticabilità della regola che formula, l'affidabilità<sup>83</sup> – difettano totalmente. *Chevron* è pronuncia sviata, impraticabile, inaffidabile.

La Corte si premura tuttavia di circoscrivere la portata oggettiva del giudicato di *Loper Bright*, specificando che i precedenti che abbiano esercitato la *Chevron deference*, facendo quindi salve *rules* di provenienza amministrativa, mantengono la loro efficacia vincolante e non possono venir messi in discussione.

Una lieve caduta di stile sfugge alla penna di Roberts, laddove censura *Chevron* di essere frutto di una "bare majority of six", dimenticando che la sua stessa maggioranza ha la medesima consistenza, tenendo conto delle *concurring opinions* di Gorsuch e Thomas.

Justice Kagan guida una minoranza di tre, formata anche da Sotomayor e Jackson, in un vibrante e puntuto *dissent*. La Corte è accusata di avere portato a compimento un percorso evolutivo lungamente studiato: dopo avere sostituito il proprio giudizio a quello di amministrazioni altamente specializzate in almeno tre importanti casi recenti, in tema di salute sul luogo di lavoro<sup>84</sup>, di misure sul cambiamento climatico<sup>85</sup> e di condono dei debiti studenteschi in pandemia<sup>86</sup>, avrebbe deciso di passare dall'approccio frammentario a quello radicalmente globale, promuovendosi ad autentico "czar" amministrativo del Paese. La demolizione della struttura stessa del diritto amministrativo come consolidato in anni passa sopra il fatto che il Congresso, qualche volta per inerzia, ma spesso per scelta consapevole, non ha quasi mai rimosso ambiguità di leggi precedenti né riempito lacune in decine di settori, elencati esemplificativamente nell'*opinion*. Spesso anzi ha rinnovato la delegazione dopo la scadenza della precedente. Se ne dovrebbe ricavare che ha inteso lasciare alle agenzie le scelte in materia di natura

---

<sup>83</sup> Roberts cita qui *Knick v. Township of Scott, Pennsylvania*, 588 U.S. 180, 203 (2019), che a sua volta richiama *Janus v. American Federation of State, County and Municipal Employees*, 585 U.S. 878, 917 (2018).

<sup>84</sup> *National Federation of Independent Business v. OSHA*, 595 U.S. 109 (2022).

<sup>85</sup> *West Virginia v. EPA*, 597 U.S. 697 (2022).

<sup>86</sup> *Biden v. Nebraska*, 600 U.S. 477 (2023).



tecnico-scientifica, non contraddicendo la presunzione di *Chevron*. D'altronde l'albero della casistica è stato sottoposto a *fine tuning* e mantenuto negli anni. Quanto al problema del contrasto con l'APA, la sec. 706 non detta standards dettagliati per il lavoro dell'amministrazione, ma non vieta la deferenza nello stile di *Chevron*, né tanto meno prescrive una *de novo review* giudiziale. Kagan cita poi dovizia di dottrina di diverse generazioni accademiche, come quella di Jaffe e Davis negli anni '70 e quella di Manning, Sunstein, Vermeule e Levin in epoca recente e pressoché contemporanea, favorevole alla deferenza dal principio o da un momento successivo della loro vita scientifica. A questo proposito si potrebbe aggiungere che qualche autore si potrebbe essere convertito dalla posizione di sottolineatura del contrasto tra *Chevron* e APA ad una prudente accettazione delle elaborazioni giurisprudenziali quando si è reso conto del possibile uso ideologico dell'*overruling* ormai alle viste. Anche i lavori preparatori dell'APA sono compulsati accuratamente per fornire una lettura non incompatibile col precedente.

Insomma, non solo non sussistono secondo la minoranza i presupposti di "*inexorable command*" tradizionalmente richiesti per l'*overruling*<sup>87</sup>, ma il sistema complessivo verrà sottoposto ad uno *shock* massiccio, con la rimessa in discussione di interpretazioni consolidate su innumerevoli *rules*, che hanno creato legittime aspettative negli operatori di settore e nella massa dei consumatori o utenti. La Corte ha salvato norme amministrative attuative di *statutes* in almeno 70 casi e i giudici federali inferiori hanno fatto altrettanto i circa 18.000 casi. In discussione non è un precedente isolato, ma un vero *corpus* di pronunce. Vero è che dal 2016 la Corte non ha fatto uso della deferenza, ma solo perché stava preparando il colpo finale, in una forma di *self-help*. L'auto-attribuzione di nuovi, enormi poteri consentirà ai giudici federali di ingerirsi pesantemente, con strumenti conoscitivi inadeguati, in tematiche di *policy* che daranno luogo a divisioni su basi ideologiche sempre più profonde. Sul piano logico, la *querelle* sull'ambiguità legislativa si trasferirà sul "rispetto" dovuto all'esperienza e alla competenza delle agenzie secondo i parametri del caso *Skidmore*, a questo punto redivivo. Ma soprattutto, la Corte si arrogherà così la prerogativa di decidere sulle misure di contrasto al cambio climatico, le sfide ambientali, lo stato dei servizi sociali. A giudizio della minoranza, essa ha perso di vista il suo proprio ruolo.

### 7. Alcune prime valutazioni

Un giudizio a caldo su *Loper Bright*, si pure limitatamente al terreno del diritto amministrativo ed alle sue radici nella separazione di Poteri, è tutt'altro che agevole, anche se – in questo si può concordare con Justice Kagan – il terreno è stato preparato lungo l'arco di un decennio. Come *Dobbs*<sup>88</sup> è stato preceduto da un continuo lavoro erosivo di *Roe v. Wade*, così il crollo della *Chevron doctrine* non è arrivato inaspettato. Il mancato utilizzo della deferenza dal 2016 e la comparsa di dubbi sulla legittimità del criterio in *obiter dicta* erano indubbi segnali della inclinazione della maggioranza

<sup>87</sup> Ad es. da *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991).

<sup>88</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Org.*, 597 U.S. 215 (2022).

verso una vera ristrutturazione di tutto l'ambito del diritto amministrativo e del controllo giudiziale sugli atti di agenzie e dipartimenti.

Può sembrare paradossale che l'ala conservatrice della Corte, in passato più rispettosa del precedente e, nello specifico, più esigente nel richiedere la massima estensione della *Chevron doctrine*, abbia rovesciato le proprie posizioni in modo tanto radicale. Può non essere un caso che la scomparsa nel 2016 di Scalia, in certo modo vestale di *Chevron* e oltranzista della sua applicazione generalizzata, sia coincisa con il mancato uso della deferenza e la comparsa degli altri sintomi di decadenza e di messa in dubbio dell'intero pacchetto concettuale della *doctrine* ora ripudiata. Scalia, forse maniacale sul piano del metodo ma intellettualmente onesto e personalmente rigido, non era facilmente inquadrabile in un disegno di lungo termine così sofisticato.

Difficile, in estrema sintesi, sfuggire ad una lettura ideologica di *Loper Bright*, imposta dal contesto prima che dal testo. È vero che il ritorno ai parametri anteriori al 1984 non sarà né facile né indolore e che la Corte dovrà sottoporsi ad un vero *tour de force* per riassetto la materia e sostituire ad ambiguità e deferenza i criteri di rispetto per le *rules* delegate. Che però la Corte abbia rivendicato un ruolo decisivo infinitamente più incisivo ed esteso che in precedenza nel controllo dell'Esecutivo dipartimentale e delle agenzie, non può esservi dubbio. Arduo dire se davvero ci si trovi in presenza di una sfiducia della Corte verso i processi democratici<sup>89</sup>. Le agenzie non guadagnano certo in indipendenza e autonomia di giudizio, tradizionalmente protette da vere convenzioni<sup>90</sup>. Il Congresso, per molti aspetti in crisi di popolarità rispetto alla Presidenza personalizzata<sup>91</sup> si vede restituire prerogative che verosimilmente non potrà né vorrà esercitare. Il vero vincitore di *Loper Bright* è il Giudiziario, che, oltre a liberarsi almeno in parte del peso del vincolo dei precedenti, si appropria di spazi enormi di *policymaking*, che potrà gestire in piena, vera discrezionalità, limitando o dirigendo le altre due *branches of government*, al di là di qualunque dato costituzionale. Va ricordato che, per ovviare agli effetti di *Chadha*<sup>92</sup> e alla vanificazione della possibilità di annullamento congressuale di norme regolamentari, a larga maggioranza nel 1996 era stato approvato il *Congressional Review Act*<sup>93</sup>, che impone a dipartimenti ed agenzie di sottoporre ogni nuova *rule* alle Camere prima della loro entrata in vigore. L'eventuale *joint resolution* di Senato e Rappresentanti viene trasmessa al presidente per la promulgazione, ma questi può opporre il veto, che può tuttavia venire superato con le maggioranze costituzionalmente previste. In pratica, per non incorrere nelle censure della Corte relative alla violazione del principio di separazione, il procedimento anteriore a *Chadha* è stato legificato, ripristinando il veto delle Camere in una versione conforme al

<sup>89</sup> Come sostiene da tempo, ad esempio, P. Karlan, *The Supreme Court – Foreword: Democracy and Disdain*, 126 *Harv. L. Rev.* 1 (2012).

<sup>90</sup> Cfr. A. Vermeule, *Conventions of Agency Independence*, 113 *Colum. L. Rev.* 515 (2015).

<sup>91</sup> Cfr. già J.R. Hibbing, E. Theiss-Morse, *Congress as Public Enemy: Public Attitudes Toward American Political Institutions*, Cambridge, 1995 e ora in generale J. Chafetz, *Congress Constitution. Legislative Authority and the Separation of Powers*, New Haven, Conn., 2017.

<sup>92</sup> V. supra, par.2.

<sup>93</sup> Codificato come 5 U.S. Code §§801-808.

criterio separatistico. Ora, durante l'Amministrazione Biden, l'ostruzionismo Repubblicano ha portato a numerosi casi di *joint resolutions* su ambiti regolamentari importanti, quali immigrazione e sicurezza dei confini, politiche dell'energia, trattamento degli atleti *transgender*<sup>94</sup>. In tutti i casi il Presidente ha opposto il veto, che non è mai stato *overruled*. Il fatto è, comunque, che la conformità delle *rules* a norme legislative ha rappresentato un terreno di vivace dialettica tra i Poteri politici. Con *Loper Bright* ora la Corte si inserisce imperiosamente in questo confronto, ma non tanto per arbitrarlo, quanto per assumere un ruolo attivo nell'*interplay*: non certo quello della *least dangerous branch*.

La "*heavenly city*"<sup>95</sup> degli anni '50 e '60 torna alla ribalta, emergendo da un dato apparentemente processuale o almeno afferente al controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa, ma mostrando chiaramente una faccia di forte ideologizzazione, naturalmente di segno opposto rispetto alla precedente. Il tutto in un contesto di fortissima polarizzazione politica e sociale, che il Giudiziario, lungi dal frenare, accentua forse in modo consapevole.

Giuseppe Franco Ferrari  
Dipartimento di studi giuridici "A. Sraffa"  
Università comm.le "L. Bocconi"  
[ferrari.giuseppe@unibocconi.it](mailto:ferrari.giuseppe@unibocconi.it)

---

<sup>94</sup> Cfr. I dati in ABCnews.go.com, verificati il 31 luglio 2024.

<sup>95</sup> L'ovvio riferimento è a *The Supreme Court and the Idea of Progress*, di Alexander Bickel, New Haven, Conn., 1970.