



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2020

Politics v. Administration:
la progressiva estensione dei poteri
di controllo del Presidente
sulle *independent*
administrative agencies
negli Stati Uniti

di Silvia Mirate

EDITORIALE SCIENTIFICA



*POLITICS V. ADMINISTRATION:
LA PROGRESSIVA ESTENSIONE DEI POTERI
DI CONTROLLO DEL PRESIDENTE
SULLE INDEPENDENT ADMINISTRATIVE AGENCIES
NEGLI STATI UNITI*

Silvia Mirate

Professore associato di diritto amministrativo
Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Torino

ABSTRACT

ITA

L'*administrative state* negli Stati Uniti da tempo risente di una tensione fra il ruolo assunto dal Presidente, che tende ad espandersi al di là di quella porzione di potere esecutivo che la Costituzione espressamente gli conferisce, e l'azione delle *administrative independent agencies*, quali autorità amministrative a carattere tecnico, che, nell'ambito dei procedimenti di *rulemaking* e di *adjudication* di loro competenza, dovrebbero preservare quelle garanzie di indipendenza e di imparzialità riconosciute dal Congresso in ragione dei loro *legislative created duties*. Le molteplici possibilità di attuazione della *policy* presidenziale nei confronti delle agenzie federali si fondano su di un variegato esercizio dell'*appointments power* e l'imposizione di una *removal authority*, nonché sul più incisivo, ma al contempo più sfumato, potere di direzione sull'attività amministrativa delle agenzie medesime. Il contributo riflette su tali profili, analizzando il rapporto fra politica e amministrazione alla luce delle diverse forme di controllo presidenziale che si sono manifestate nelle più recenti presidenze e ai diversi strumenti utilizzati per l'attuazione della *directive authority* presidenziale.

EN

The administrative state in the United States has long been affected by a tension between the role assumed by the President, which tends to expand be-

yond that portion of executive power that the Constitution expressly confers on him, and the action of administrative independent agencies, as administrative authorities of a technical nature, which, in the context of rulemaking and adjudication procedures within their competence, should preserve those guarantees of independence and impartiality recognized by Congress on the basis of their legislative created duties.

The multiple forms of implementing the presidential policy towards federal agencies are based on a varied exercise of the appointments power and the imposition of a removal authority, as well as on the most incisive, but at the same time more nuanced, directive power over the activity of the agencies themselves. The article deals with these aspects, analyzing the relationship between politics and administration in the light of the different models of presidential control that have emerged in the most recent presidencies and the different tools used for the implementation of the presidential directive authority.

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE; 2. IL FONDAMENTO COSTITUZIONALE DEI POTERI PRESIDENZIALI E L'INTERPRETAZIONE DELLA DOTTRINA STATUNITENSE; 3. L'INDIPENDENZA DELLE *ADMINISTRATIVE AGENCIES* DI FRONTE ALLA *PRESIDENTIAL AUTHORITY*; 4. L'ESERCIZIO DEI POTERI DEL PRESIDENTE SULL'AZIONE DELLE *INDEPENDENT AGENCIES*; 5. IL *PRESIDENTIAL POWER* NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE SUPREMA; 5.1. LA SENTENZA DELLA CORTE SUPREMA *LUCIA V. SEC* DEL 2018; 6. L'EVOLUZIONE DEL “*POLITICAL CONTROL OVER AGENCY RULEMAKING*”: DALLA PRESIDENZA DI RONALD REAGAN ALLA PRESIDENZA DI GEORGE W. BUSH; 7. LA NUOVA “*PRESIDENTIAL ADMINISTRATION*” DI BARACK OBAMA; 8. LA PRESIDENZA DI DONALD TRUMP: VERSO UNA “*DECONSTRUCTION OF THE ADMINISTRATIVE STATE*”; 8.1. LA *REGULATION BY GUIDANCE* E L'ESTENSIONE DEL CONTROLLO DELLA CASA BIANCA IN NOME DELLA *RULE OF LAW*; 8.2. LE *CRA RESOLUTIONS* E L'ELIMINAZIONE DELLE “*OBAMA-ERA RULES*”; 8.3. LE MOLTEPLICI VIE DELL'*APPOINTMENTS POWER* NELLA *POLICY* DI TRUMP; 8.4. L'ESTENSIONE DEL CONTROLLO PRESIDENZIALE SUI PROCEDIMENTI DI *ADJUDICATION* DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI; 9. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

1. Introduzione

«*The presidency exemplifies a tension that animates all of administrative law, between the worlds of law and politics*»¹.

La frase di P.L. Strauss, autore americano fra i massimi studiosi del rapporto fra politica e amministrazione nel sistema statunitense, disegna con un breve tratto il profilo della ricerca che ci apprestiamo a compiere.

L'*administrative state* negli Stati Uniti da tempo risente di una tensione fra il ruolo assunto dal Presidente, che non si risolve più nel solo esercizio di quella parte del potere esecutivo che la Costituzione espressamente gli conferisce, ma tende ad espandersi nell'acquisizione di un potere di controllo sulle amministrazioni federali, e l'azione delle *administrative independent agencies*, quali autorità amministrative a carattere tecnico, che, nell'ambito dei procedimenti di *rulemaking* e di *adjudication* di loro competenza, dovrebbero preservare quelle garanzie di indipendenza e di imparzialità riconosciute dal Congresso in ragione dei loro *legislative created duties*.

È in atto un'evoluzione della figura presidenziale, che tende, nelle esperienze di governo dei Presidenti dagli ultimi decenni del secolo

¹ P.L. STRAUSS, *The President and the Constitution*, 65 *Case W. Res. L. Rev.* 1151, 1172, (2015).

scorso fino ad oggi, a conquistare una nuova e primaria autorità nella realizzazione dell'*executive branch*, che sembra giustificare l'estensione del controllo a fini politici anche al di fuori, e al di là, dei limiti che il Congresso ha fissato nella definizione normativa degli obblighi e delle responsabilità spettanti ad altri attori dell'apparato amministrativo, *in primis* per l'appunto alle *independent agencies*.

Le molteplici possibilità di attuazione della *policy* presidenziale nei confronti delle agenzie federali passano attraverso il ricorso a diversi strumenti di controllo, da un variegato esercizio dell'*appointments power*, all'imposizione di una *removal authority*, fino al più incisivo, ma al contempo più sfumato, potere di direzione, che si esprime su più fronti e con caratteristiche differenti presso le più recenti presidenze e, soprattutto, in quella attuale di Donald Trump.

Su questi profili intende riflettere il presente contributo. Occorre in proposito tenere conto, innanzitutto, della complessità di un'analisi del testo dell'*Article II* della Costituzione statunitense, nel quale sono indicati alcuni aspetti dei poteri presidenziali (come la *Executing Vesting Clause*, la *Take Care Clause* o la *Opinion in Writing Clause*), utilizzando formule così generali che necessariamente comportano una problematica, e potremmo dire quasi soggettiva, interpretazione del loro esatto significato. Ciò che, infatti, non può essere dimenticato è, richiamando le parole di *Justice Jackson* nella sua memorabile *concurring opinion* al caso *Youngstown Sheet & Tube Co. V. Sawyer* del 1952, l'evidente ed inevitabile «*gap that exists between the President's paper powers and his real power. The Constitution does not disclose the measure of the actual controls wielded by the modern presidential office*»².

Le reali forme del potere di controllo esercitate dal Presidente sull'attività delle agenzie non si rintracciano, dunque, in Costituzione, né in altri riferimenti normativi.

Occorre addentrarsi in un esame più articolato che contempi l'utilizzo degli strumenti più tipici del governo presidenziale, come gli *Executive Orders*, le *Presidential Directives*, i *Signing Statements*, i *Memoranda* emanati dal Presidente medesimo o, nell'ultimo caso, anche dai *Directors* degli uffici dell'*Executive Office of the President* (EOP), quel complesso ed esteso apparato burocratico che compone e gestisce la *presidential policy*, e all'interno del quale operano organi come l'*Office of Management and Budget* (OMB) e l'*Office of*

² *Youngstown Sheet & Tube Co. V. Sawyer*, 343 U.S. 579, 653 (1952).

Information and Regulatory Analysis (OIRA), che più direttamente sono responsabili delle relazioni fra la Casa Bianca e le *independent administrative agencies*. Ma anche un simile esame può non rivelarsi sufficiente, se non si prosegue riflettendo sugli elementi strutturali del controllo presidenziale che si annidano nelle prassi adottate da ciascun Presidente e, in senso ancor più lato, sulle possibili connessioni che paiono emergere fra gli strumenti e i modi, più o meno diretti, di attuazione della *directive authority* presidenziale e la presenza di altri formanti giuridici, apparentemente ultronei, ma invero strettamente connessi al rapporto fra politica e amministrazione.

Nella deriva dei rapporti fra il mondo della politica, che s'incarna nella figura del Presidente e si attua attraverso gli uffici della Casa Bianca, e la sfera dell'amministrazione a carattere tecnico, che si concentra nell'attività regolatoria affidata con legge dal Congresso alle agenzie federali, il richiamo alle fondamenta dell'*administrative law* statunitense svolge, e deve svolgere, un essenziale ruolo di sponda contenitiva.

Comprendere in tal senso la necessità di ridisegnare una linea di demarcazione fra l'esercizio del controllo presidenziale, che rischia di debordare dai confini istituzionali riconosciuti in Costituzione, e la salvaguardia del carattere d'indipendenza che è normativamente attribuita alle *agencies* in ragione della loro funzione, costituisce un primo passo significativo per reagire all'attuale processo di *ever-growing presidentialism* che, come ci apprestiamo ad illustrare, rappresenta inevitabilmente «*a threat to the engine of practical checks and balances that, for more than two centuries, has helped keep American government on a democratic track*»³.

2. Il fondamento costituzionale dei poteri presidenziali e l'interpretazione della dottrina statunitense

Il ruolo del Presidente degli Stati Uniti come vertice dell'esecutivo e, dunque, come capo del Governo e dell'amministrazione federale si fonda su alcune disposizioni costituzionali che stabiliscono principi e regole essenziali allo svolgimento di tale ruolo. Si tratta, peraltro, di

³ P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"? The President in Administrative Law*, 75 *Geo Wash. L. Rev.* 696, 757 (2007).

enunciati piuttosto scarni e dal significato complesso che, come vedremo, sono oggetto di alterne e diversificate interpretazioni presso la dottrina statunitense⁴.

Rilevante è innanzitutto la già citata *Executive Vesting Clause* (Art. II, Section 1, U.S. Constitution), secondo la quale «*The Executive Power shall be vested in a President of the United States of America*». A questa si aggiungono la *Take Care Clause* (Art. II, Section 3, U.S. Constitution), in cui si prevede che il Presidente «*shall take care that the laws be faithfully executed*», e la *Opinion in Writing Clause* (Art. II, Section 2, U.S. Constitution) che dispone: «*He [i.e. The President] may require the Opinion, in writing, of the principal Officer in each of the executive Departments, upon any Subject relating to the Duties of their respective Offices*».

Su queste clausole costituzionali la dottrina e la giurisprudenza della Corte Suprema hanno costruito un sistema interpretativo diretto a disegnare, seppur per lo più in via empirica e non sistematica, il complesso dei poteri di controllo esercitati dal Presidente sui dipartimenti e sulle agenzie federali; poteri che possono essere schematicamente ripartiti nel potere di nomina, nel potere di revoca e nel più discusso e problematico potere di direzione⁵.

⁴ Oltre ai contributi che verranno citati nel prosieguo, si possono fin d'ora segnalare sul tema J.L. MASHAW, *Governmental Practice and Presidential Direction: Lessons from Antebellum Republic?*, 45 *Willanette L. Rev.* 666 (2009); P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"?* *The President in Administrative Law*, cit., 696; K.M. STACK, *The President's Statutory Powers to Administer the Laws*, 106 *Colum. L. Rev.* 263 (2006); R.V. PERCIVAL, *Who's in Charge? Does the President Have Directive Authority Over Agency Regulatory Decisions?*, 79 *Fordham L. Rev.* 2847 (2001); H. MONAGHAN, *The Protective Power of the Presidency*, *Columbia Law Review*, 93: 1-74 (1993).

Per una rassegna dei diversi contributi dottrinali sul più generale tema dell'esercizio dei poteri da parte delle *executive authorities*, fra cui, per il profilo che qui interessa, il Presidente degli Stati Uniti, si veda il Symposium, *The Most Dangerous Branch? Majors, Governors, Presidents, and the Rule of Law: A Symposium on Executive Power*, 115 *Yale L. J.* 2218 (2006).

⁵ Siffatta tripartizione è indicata da H.H. BRUFF, *Balances of Forces, Separation of Powers Law in the Administrative State*, Durham, 2006, 389; e ripresa anche nello studio di D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico, (ordinamenti a confronto)*, Torino, 2018, 41 e ss.

Una recente catalogazione dei modelli di autorità presidenziale è offerta anche da D.J. LEVINSON, *Forward: Looking for Power in Public Law*, 130 *Harv. L. Rev.* 31, 34-35 (2016).

Con riferimento all'esercizio di tale terza tipologia di potere, in particolare, il quadro dottrinale risulta piuttosto variegato, ma può schematicamente riassumersi in tre filoni interpretativi che, oltre a individuare una diversa estensione di tale potere sulla base degli stessi riferimenti costituzionali sopra menzionati, disvelano letture affatto differenti sul ruolo del Presidente nei confronti delle agenzie federali, e quindi, in ultima analisi, sul rapporto fra politica e amministrazione⁶.

Una posizione di rigoroso "Presidenzialismo" è espressa dagli esponenti della cd. *Unitary Executive Theory*⁷, che, riconoscendo l'esigenza in base alla quale «*one responsible person would superintend the administration of federal law*»⁸, attribuisce al Presidente il potere di controllare ogni azione di carattere amministrativo a livello federale. Il potere di nomina, il potere di revoca *at will* e soprattutto il più generale potere di dirigere tutti gli organi dell'amministrazione federale, che comprende anche il potere di sindacare, annullare o modificare le scelte discrezionali compiute dalle *agencies*, vengono fatti discendere da un'estensiva interpretazione del portato della *Executive Vesting Clause*, in combinato disposto con la *Take Care Clause*, già citate⁹.

⁶ Per una completa analisi sul tema D.E. LEWIS, *Presidents and the Politics of Agency Design, Political Insulation in the United States Government Bureaucracy, 1946-1997*, Stanford, 2003.

⁷ Si vedano, soprattutto, C.S. YOO, S.G. CALABRESI, A.J. COLANGELO, *The Unitary Executive in the Modern Era, 1945-2004*, 90 *Iowa L. Rev.* 601 (2005); S.B. PRAKASH, *The Essential Meaning of Executive Power*, 2003 *U. Ill. Rev.* 701; S.G. CALABRESI, S.B. PRAKASH, *The President Power to Execute the Laws*, 104 *Yale L. J.* 541 (1994); S.C. CALABRESI, K.H. RHODES, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, 105 *Harv. L. Rev.* 1153 (1992); nonché sotto il particolare profilo del "Presidenzialismo" come controllo che si estende anche sull'organizzazione degli apparati amministrativi concepiti come strumento di governo, T.M. MOE, *The Politics of Bureaucratic Structure*, in *Can the Government Govern?*, Washington D.C. 1985, 267-329, in www.researchgate.net.

⁸ S.B. PRAKASH, *The Essential Meaning of Executive Power*, cit., 783.

⁹ Nella teoria dell'Esecutivo unitario il potere di nomina e quello di revoca, discenderebbero esplicitamente dalle previsioni dell'Art. II della Costituzione, mentre il potere di direzione sarebbe implicitamente contenuto nelle stesse disposizioni come necessaria conseguenza del ruolo costituzionale riconosciuto al Presidente, il quale «*must be able to control subordinate executive officers through the mechanism of removal, nullification, and execution of the discretion assigned to them himself*». Così S.G. CALABRESI, S.B. PRAKASH, *The President Power to Execute the Laws*, cit., 599.

Tale potere si estende fino a «*to direct the manner in which subordinate officials exercise discretionary executive power*» e «*to veto or nullify such officials' exercises of discretionary executive power*» (C.S. YOO, S.G. CALABRESI, A.J. COLANGELO, *The*

Più cauta è invece la dottrina della cd. *Presidential Administration*, la quale, pur auspicando l'effettivo esercizio di un potere di controllo da parte del Presidente sull'apparato amministrativo, giustificato in ragione delle necessità di governo di fronte alla possibile inerzia burocratica e alla particolare contingenza politica, ne disegna contorni e limiti in ragione degli interventi legislativi adottati dal Congresso¹⁰. L'idea sottesa a siffatta impostazione è che le disposizioni costituzionali della *Vesting Clause*, della *Take Care Clause* e della *Opinion in Writing Clause* non siano da sole sufficienti a fondare un generale potere di direzione da riconoscere al Presidente indistintamente su tutte le amministrazioni federali. Necessario, è viceversa, tenere in conto il livello legislativo, ed in particolare quelle norme adottate dal Congresso e dirette a conformare l'attribuzione del potere in ragione delle peculiarità di alcuni organi o uffici, come per esempio accade nelle leggi istitutive delle *independent agencies*, le quali ben possono contenere eccezioni ad una *directive authority* presidenziale tendenzialmente a carattere generalizzato. Maggiore esponente di tale linea di pensiero è V.E. Kagan, attualmente giudice della Corte Suprema. La sua tesi interpretativa è diretta a delineare una presidenza protagonista della

Unitary Executive in the Modern Era, 1945-2004, cit., 607). L'estrema conseguenza cui giunge tale impostazione dottrinale è quella di mettere in dubbio la costituzionalità delle *independent agencies*, per l'esenzione dalla revoca *at will* dei loro vertici e per la spesso riscontrata difficoltà dell'esercizio di un effettivo controllo presidenziale sulle loro scelte discrezionali.

¹⁰ Si veda soprattutto V.E. KAGAN, *Presidential Administration*, 114 *Harv. L. Rev.* 2245 (2001), la quale fonda la tesi della desiderabilità, anche sul piano normativo, di una presidenza "energica" e offre una descrizione storica dell'ascesa del "*presidentialism*", individuandone il punto di partenza nella Presidenza Reagan ed in particolare nel suo *Executive Order* 12,291 (su cui cfr. anche *infra* al paragrafo 6), che per primo intraprende un percorso d'intervento nei processi di *administrative rulemaking*. Il percorso culmina poi, nell'analisi dell'A., nella Presidenza Clinton, che «*ma[de] the regulatory activity of the executive branch agencies more and more an extension of the President's own policy and political agenda*». Su tale percorso e sulle evoluzioni successive fino all'attuale Presidenza Trump ragioneremo *infra* ai parr. 8 e ss.

Già in precedenza manifestano tale esigenza di controllo presidenziale sull'amministrazione E. MAGILL, *The Real Separation in Separation of Powers Law*, 86 *Va. L. Rev.* 1127 (2000); M.S. FLAERTY, *The Most Dangerous Branch*, 105 *Yale L. J.* 1725 (1996); L. LESSIG, C.R. SUNSTEIN, *The President and the Administration*, 94 *Columb L. Rev.* 1, 2-3 (1994).

Per una critica a tale dottrina T.O. SARGENTICH, *The Emphasis on the Presidency in U.S. Public Law: An Essay Critiquing Presidential Administration*, 59 *Admin. L. Rev.* 1 (2007).

regulatory action, che si realizza attraverso l'esercizio di un potere di direzione nei confronti delle scelte operate anche dalle *agencies*¹¹,

Tale visione è, peraltro, apertamente contrastata dalla diversa costruzione teorica "pluralista" del governo americano, nella quale si attribuisce al Presidente un mero ruolo di "overseer", ovvero di supervisore dell'azione amministrativa e di coordinatore degli organi e uffici che compongono sia l'esecutivo sia, a maggior ragione, le agenzie e le commissioni da questo indipendenti¹².

Secondo tale ricostruzione, il potere di direzione presidenziale sussisterebbe soltanto ove espressamente riconosciuto per via legislativa, mentre alle amministrazioni verrebbe riservata una generale autonomia decisionale, quale garanzia della loro natura tecnicamente neutrale, a prescindere dal grado d'indipendenza più o meno intenso per legge ad esse riconosciuto. In questo senso le clausole costituzionali della *Vesting Clause* e della *Take Care Clause* non vengono più a fondare un generico potere di controllo dell'apparato amministrativo in capo al Presidente, ma si presentano piuttosto quali norme funzionali, di flessibile applicazione in ragione delle caratteristiche delle singole

¹¹ Il potere di controllo e di direzione sulle *agencies*, come spiega ancora V.E. KAGAN, *Presidential Administration*, cit., 2249, può essere esercitato in vario modo, per esempio attraverso la *regulatory review* o mediante l'adozione da parte del Presidente delle cd. *agency's directive* nei confronti degli *heads* delle agenzie indipendenti. Su queste e altre modalità di controllo presidenziale sull'operato delle *agencies* torneremo infra ai parr. 6 e ss.

¹² Il riferimento è innanzitutto al notissimo contributo di P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"? The President in Administrative Law*, cit., 696 e ss., che così sintetizza la propria posizione: «[I]n ordinary administrative law context, where Congress has assigned a function to a named agency subject to its oversight and the discipline of judicial review, the President's role – like that of the Congress and the courts – is that of overseer and not decider». Fra i molti contributi sul tema dello stesso A. cfr. anche il più recente ID., *The President and the Constitution*, cit; e ID., *Presidential Rulemaking*, 72 *Chi-Kent L. Rev.* 965, 984-86 (1997).

Altrettanto importante è lo studio monografico di P.M. SHANE, *Madison's Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy*, Chicago, 2009, principalmente incentrato sull'analisi critica delle *presidential practices* della *Bush II Administration*.

Nello stesso filone interpretativo, seppur con proprie peculiarità, si vedano, inoltre, K.M. STACK, *The President's Statutory Powers to Administer the Laws*, cit., 267 e ss.; R.V. PERCIVAL, *Who's in Charge? Does the President Have Directive Authority Over Agency Regulatory Decisions?*, cit., 2847 e ss; C.R. FARINA, *The Consent of the Governed: Against Simple Rules for a Complex World*, 72 *Chi-Kent L. Rev.* 987, 987-89 (1997).

amministrazioni – peraltro assai variegata nel composito sistema federale che va dai *Departments* e dalle agenzie a questi interne, fino alle diverse figure di *independent agencies* o *commissions*¹³ – e in relazione alle esigenze di equilibrio fra *politics* e *administration* perseguite dal Congresso con gli interventi normativi che risultano via via necessari nei diversi contesti storico-politici. Viene, invece, sottolineata la rilevanza della *Opinion in writing Clause* (Art. II, Section 2, §1, U.S.

¹³ Sul punto cfr. più ampiamente *infra* al par. 3. Finora basti qui ricordare come lo stesso *Administrative Procedure Act* (APA) fornisca una definizione alquanto generica di cosa debba intendersi per “agency”, fornendo più che altro un elenco in negativo di quali autorità non rientrano in tale categoria: “agency” means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include - (A) the Congress; (B) the courts of the United States; (C) the governments of the territories or possessions of the United States; (D) the government of the District of Columbia; or except as to the requirements of section 552 of this title - (E) agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them; (F) courts martial and military commissions; (G) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory» (5 USC §551 (1)). In dottrina non esiste una definizione unitariamente accolta, soprattutto in ordine al concetto di “indipendenza” che assume presso i diversi autori accezioni spesso differenti. Quale schema di massima per descrivere le diverse tipologie di agenzie federali si può indicare la seguente ripartizione: 1) i Dipartimenti; 2) le agenzie interne ai Dipartimenti (*Sub-Cabinet Bureau*) e all'*Executive Office of the President* (EOP); 3) le agenzie “indipendenti” collocate al di fuori del potere esecutivo (*Independent Executive Agencies* o altrimenti dette *Independent Administrations*); 4) le agenzie e/o commissioni “indipendenti” perché non soggette ai poteri di controllo del Presidente (*Independent Regulatory/Non Regulatory Commissions/Agencies*). Soprattutto la distinzione fra le tipologie 3 e 4 resta, come vedremo, oggetto di aperta discussione. Una recente analisi in tal senso è compiutamente fornita da D.E. LEWIS, J.L. SELIN, *Sourcebook of United States Executive Agencies*, 2nd ed., December 20, 2018, consultabile al sito ufficiale della *Administrative Conference of the United States*, *acus.gov*. Fra i molteplici contributi dottrinali si vedano, inoltre, P.L. STRAUSS, *Administrative Justice in the United States*, Durham (NC), 3rd ed., 2016, 171 e ss.; ID., *The Place of Agencies in Government: Separations of Powers and the Fourth Branch*, 84 *Colum. L. Rev.* 573, 583-87 (1984); K. DATLA, R. L. REVESZ, *Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies)*, 98 *Cornell L. Rev.* 769 (2013); M.J. BREGER, G.J. EDLES, *Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies*, 52 *Admin. L. Rev.* 1111, 1128-1136 (2000); G.P. MILLER, *Independent Agencies*, *Sup.Ct. Rev.* 41, 43-44 (1986). In Italia, di recente affronta il tema D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico (intorno alla posizione costituzionale del Presidente degli Stati Uniti d'America)*, in V. CERULLI IRELLI, D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico*, cit., 36 e ss. In argomento si veda altresì P. CARROZZA, *Governo e amministrazione*, in P. CARROZZA - A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, 987 e ss.

Constitution), la quale attribuisce al Presidente il diritto di richiedere agli *officers* una *written opinion* relativa all'esercizio dei loro obblighi e delle loro funzioni, ma, com'è stato rilevato, «*it does not say he [the President] may command their exercise of the duties assigned to them [...] and it concludes that it is responsible to see to it that the laws "be faithfully executed" – i.e., as if by others*»¹⁴. La conseguenza di questa interpretazione è che «*when Congress creates duties in others, that act creates in the President constitutional obligations not only to oversee but also to respect their independent exercise of those duties*»¹⁵. La richiesta di *opinion* non deve in ogni caso tradursi nell'esercizio da parte del Presidente di un potere direttivo, e quindi di un ordine su come i compiti assegnati per via legislativa alle *agencies* devono da queste (e solo da queste) essere esercitati¹⁶.

Ciò non significa, peraltro, secondo siffatta dottrina, negare in capo al Presidente non solo l'esistenza di un diritto costituzionale, ma anche l'utilità pratica ad essere informato su quanto i "suoi" dipartimenti debbano comunicare o vogliono raccomandare al Congresso, in un'ottica di coordinamento dell'azione dell'esecutivo. Ma la definizione costituzionale del ruolo del Presidente che emerge dall'Articolo II non consente l'attribuzione a questi di una *exclusive authority*, all'interno della quale comprendere un illimitato potere di direzione e di controllo su dipartimenti e agenzie e sui loro rapporti con il Congresso¹⁷.

¹⁴ P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"? The President in Administrative Law*, cit., 703.

¹⁵ P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"? The President in Administrative Law*, cit., 703. L'A. conclude al riguardo che non deve sussistere nessuna differenza fra il rispetto che il Presidente deve manifestare per le disposizioni normative, le quali per esempio assegnino la cura dei parchi nazionali al *Department of Interior*, o ancora la cura delle foreste nazionali al *Department of Agriculture*, e il rispetto che deve avere nei confronti di «*a statutory framework that assigns actual decision making about particular issues affecting air quality to the EPA*». In entrambi i casi «*he is entitled only to his (inevitably political) oversight*».

¹⁶ Come precisa ancora P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"? The President in Administrative Law*, cit., 727: «*What the Constitution says is that the President may "require the Opinion, in writing, of the principal Officers in each of the executive Departments, upon any Subject relating to the Duties of their respective Offices," not that he may keep those officers from performing any such duty as the Congress may statutorily have assigned to them (and not to him)*».

¹⁷ Per questi riflessioni cfr. nuovamente P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"? The President in Administrative Law*, cit., 727-728, il quale, peraltro, precisa come possano essere legislativamente previste alcune eccezioni, come nel settore

Se dunque, in alcuni contesti particolari, come le relazioni internazionali, la difesa o l'ambito militare, può essere accettata l'idea di un'autorità presidenziale più marcata, nel sistema "ordinario" dell'amministrazione statunitense, «*where Congress has delegated responsibilities to a particular governmental actor it has created, that delegation is a part of the law whose faithful execution the President is to assure*»¹⁸. È in questo senso che, per tale filone dottrinale, «*oversight, and not decision,*» resta l'unico e legittimo compito di cui deve essere responsabile il Presidente nei confronti dei *departments* e delle *agencies* federali.

A secondo del ruolo così attribuito in dottrina al Presidente, cambia la configurazione del tritico di poteri che a questi vengono riconosciuti, ovvero, come già si diceva, il potere di nomina, il potere di revoca e soprattutto quello di direzione, che viene fortemente affermato dalla tesi sull'esecutivo unitario, riceve un riconoscimento, seppur più attenuato, nell'idea della *presidential administration*, mentre viene avversato dall'ultima interpretazione dottrinale ora descritta, la quale propende per un mera funzione di supervisione presidenziale nei confronti dell'amministrazione federale.

V'è poi da considerare che l'atteggiarsi dell'effettivo esercizio di tali poteri varia (e deve variare) in ragione della tipologia dei diversi *federal bodies* verso cui è diretto: sicuramente più intenso verso le amministrazioni che presentano maggiore vincolo all'esecutivo (come i *Departments* e le agenzie ad essi interne), preferibilmente più tenue nei confronti di autorità a carattere più marcatamente indipendente (come, ad esempio, le *regulatory commissions*)¹⁹.

È, d'altra parte, nei confronti delle *independent administrative agencies* che il rapporto fra esercizio dei poteri presidenziali (nella tripartita tipologia dell'*appointments, removal* e *direction power*) e lo svolgimento dell'azione amministrativa, in particolare attraverso il

del bilancio, in cui il *Budget and Accounting Act* (1921, Pub. L. No. 67-13, §§201, 206, 42 Stat. 20: codificato con modificazioni nelle sections 31 del U.S.C.) «*gives the President a general claim to be the exclusive spokesperson to Congress, subject to the exceptions Congress occasionally makes for independent regulatory commission. Even for those commissions, one may concede, the Opinion Clause entitles the President to be informed in advance of the agency's submission*».

¹⁸ Sono le parole con cui conclude il suo saggio P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"?* *The President in Administrative Law*, cit., 759-760.

¹⁹ La questione è posta in questi termini da P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"?* *The President in Administrative Law*, cit., 697.

procedimento di *rulemaking*, ma anche di *adjudication*, pone le più interessanti questioni, ed è su tali profili che, nelle prossime pagine, andremo ad indagare.

3. L'indipendenza delle *administrative agencies* di fronte alla *presidential authority*

Nel sistema statunitense, una classificazione delle diverse tipologie di *agencies*, anche in relazione alla caratteristica d'indipendenza nei rapporti con l'esecutivo e soprattutto con il Presidente, appare piuttosto complessa per le peculiarità di struttura e di funzioni spesso riconducibili ad ognuna di esse, e per la mutevolezza dell'effettivo grado d'indipendenza dei poteri esercitati, per lo più soggetta ai diversi contesti storico-politici in cui le stesse si trovano nel tempo ad operare²⁰.

In linea di massima si può ipotizzare una prima distinzione fra le agenzie interne ai dipartimenti (*sub-cabinet bureau*) e all'*Executive Office of the President* (EOP), e quelle che possono essere definite indipendenti e che si possono a loro volta dividere in due categorie: le agenzie indipendenti perché collocate al di fuori del potere esecutivo (*independent executive agencies* o *independent administrations*) e le commissioni e/o agenzie indipendenti in quanto non soggette al controllo del Presidente (*independent regulatory/non regulatory commissions/agencies*)²¹.

²⁰ Una recente analisi, al riguardo, è compiutamente fornita da D.E. LEWIS, J.L. SELIN, *Sourcebook of United States Executive Agencies*, cit., 40 e ss. Fra i molteplici contributi dottrinali si vedano, inoltre, P.L. STRAUSS, *Administrative Justice in the United States*, cit., 171 e ss.; ID., *The Place of Agencies in Government: Separations of Powers and the Fourth Branch*, cit., 583-587; K. DATLA, R.L. REVESZ, *Decostructing Independent Agencies (and Executive Agencies)*, cit., 769; M.J. BREGER, G.J. EDLES, *Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies*, cit., 1128-1136; G.P. MILLER, *Independent Agencies*, cit., 43-44.

²¹ Per tale ricostruzione D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico*, cit., 36.

Altra classificazione è quella che divide le amministrazioni federali in base alle diverse caratteristiche dei rispettivi vertici, nelle seguenti tre tipologie: «*cabinet departments headed by a Secretary and generally embracing within themselves a variety of subordinate bureaus or agencies; single-purpose agencies headed by a single administrator, such as the Social Security Administration or the Environmental Protection Agency; and multi-member bodies (often called independent regulatory commissions) such as the Federal Reserve or the Securities and Exchange Commission*».

Tutte le *agencies*, compresa la categoria degli *independent regulatory bodies*, sono inserite all'interno del ramo esecutivo (*executive branch*) insieme con il Presidente, i suoi uffici (*in primis* l'EOP) e i *Departments*, ma al contempo si pongono in una stretta relazione con il Senato, che è per esempio competente per la conferma della nomina presidenziale dei loro vertici, e più in generale con il Congresso, innanzitutto sotto il profilo della loro istituzione²², ma anche per altri aspetti come quello finanziario e dell'approvazione del bilancio²³.

Questa particolare duplicità di relazione, fra le *agencies* ed il Presidente da un lato, e fra le *agencies* ed il Congresso o il Senato dall'altro lato, determina indubbe difficoltà nella ricerca di un equilibrio fra potere esecutivo e potere legislativo nella definizione della struttura, anche costituzionale, dell'*administrative state* federale.

Particolare poi è la categoria dei *quasi-governmental bodies*, che seppur non definibili come *agencies* all'interno dell'amministrazione federale, soggiacciono al rispetto di alcune garanzie tipicamente imposte a queste ultime, come per esempio alle disposizioni del *Freedom of Information Act* (FOIA). Come esempio di queste autorità, che sono variamente istituite dal Congresso e che svolgono spesso funzioni di grande rilievo per l'economia americana, si possono qui ricordare le seguenti: *the National Passenger Railroad Corporation* (AMTRAK), *the United States Postal Service*, *the Federal Deposit Insurance Corporation*, *the Federal Open Market Committee*, *the Tennessee Valley Authority*. In proposito P.L. STRAUSS, *Politics and agencies in the administrative state: the U.S. case*, in S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDSETH, B. EMERSON (edited by), *Comparative Administrative Law*, 2nd Edition, Cheltenham, 2019, 50-51.

²² L'istituzione di un'*agency* con legge del Congresso è sempre accompagnata dalla definizione dell'oggetto della sua attività e dall'indicazione delle procedure e delle forme di azione che le sono consentite. Come rileva P.L. STRAUSS, *Politics and agencies in the administrative state: the U.S. case*, 52, questo processo di «*creation of executive authority*», attraverso il quale viene affidato all'istituita autorità amministrativa un potere di emanare *rules* «*following the statutorily prescribed rulemaking procedures, but also to enforce them, and to seek penalties for their violation in proceedings that begin within the agency, before one of its administrative law judges*», è caratterizzato da tre elementi che lo differenziano dal potere legislativo. In particolare il potere regolatorio delle *agencies* «*must be statutorily authorized; [...] must be adopted following statutory procedures that enable significant public input to which reasoned responses must be made; and [its] legal validity (and factual support) is subject to considerably greater judicial scrutiny on review than would be the case for statutes*».

²³ Si vedano anche le previsioni del *Congressional Review Act* (CRA) 1996 (5 U.S.C. §801) che prevede l'obbligo di notifica delle *rules* adottate al Congresso, il quale ammette altresì la possibilità di mettere in atto una procedura celere per il diniego di approvazione delle medesime, che come vedremo *infra* al par. 8.2 è stato ampiamente utilizzato sotto la Presidenza Trump.

Nella stessa Costituzione americana, d'altra parte, manca completamente la definizione di che cosa effettivamente debba intendersi per "government" e di quali siano gli organi e uffici che ne compongono la struttura²⁴.

In disparte dei poteri che la Costituzione all'Article II espressamente attribuisce al Presidente, deve ritenersi che l'istituzione e la conformazione di tutti gli *executive bodies* possa avvenire soltanto tramite *statutes* del Congresso, mentre al Presidente non è in linea di massima consentito creare nuove autorità amministrative, né riallocare le funzioni all'interno di quelle già esistenti, salvo il caso in cui sia una legge ad attribuirgli espressamente tale potere.

La complessità che caratterizza il triplice rapporto fra *agencies*, Presidente e Congresso emerge ancor più chiaramente nei periodi di "sdoppiamento politico", di "*separation of parties*"²⁵, nei quali il Presidente è espressione di un partito politico diverso da quello che controlla in maggioranza una o entrambe le Camere nel Congresso. Sono questi i periodi di forte divisione istituzionale, e dunque maggiormente caratterizzati da contrasti o ritardi, per esempio nella conferma sena-

²⁴ Per un'analisi sull'assenza del "government as a hole in the American Constitution" si veda J. MASHAW, *Creating the Administrative Constitution: The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*, New Haven, 2012.

L'Article I della U.S. Constitution si occupa del Congresso e dei suoi poteri; l'Article II del Presidente e dei suoi poteri; l'Article III del potere giudiziario. Il riferimento al governo e alle sue possibili strutture appare indirettamente nell'Article I, §8, nella disposizione che autorizza il Congresso ad emanare ogni normativa «*necessary and proper for carrying into execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or officer thereof*». Ma, come rileva anche P.L. STRAUSS, *Politics and agencies in the administrative state: the U.S. case*, 49, nessun altro potere è in realtà attribuito espressamente in Costituzione al Governo, ai Dipartimenti o agli *officers* a questi appartenenti, e la lettera della previsione costituzionale sopra citata sembra in realtà «*to be an overlook residue of an earlier draft that would have specified several cabinet departments with particular responsibilities*». Il riferimento alla presenza di *Departments*, con a capo un soggetto diverso dal Presidente e con una responsabilità definita dalla legge, compare altresì nell'Article II che definisce i poteri presidenziali, ma anche in questa sede non vengono aggiunti ulteriori elementi definitivi. Si ritiene, dunque, unanimemente in dottrina che, come detto anche sopra nel testo, struttura e funzioni del governo americano siano in realtà esclusivamente creati con legge del Congresso, il quale è l'unico soggetto competente per l'istituzione di tutti gli *executive bodies*, a cui attribuisce funzioni, poteri e responsabilità.

²⁵ Il richiamo in tal senso è al contributo di D.J. LEVINSON, R.H. PILDES, *Separation of Parties, Not Powers*, 119 *Harv. L. Rev.* 2312 (2006).

toriale degli *heads of agencies* nominati dal Presidente²⁶, o nell'approvazione legislativa di disposizioni finanziarie relative al budget delle amministrazioni federali, nonché dal ricorso preferenziale da parte del Presidente a cd. strumenti di *self-help*, come l'ampia produzione di *regulations* e di *soft-law*, l'intensificazione del controllo sull'attività amministrativa e l'impiego preferenziale di uffici e funzionari, per i quali non è richiesta la conferma del Senato, per l'attuazione delle principali linee di *policy* presidenziale²⁷.

Nell'equilibrio di poteri che dovrebbe, almeno in teoria, caratterizzare l'*administrative state* statunitense la posizione delle *independent administrative agencies* è stata tradizionalmente costruita nell'ottica di una garanzia di equidistanza che dovrebbe in egual misura caratterizzare la relazione con il Congresso, nella sua attività normativa di istituzione e di definizione dell'attività delle *agencies*²⁸, con le corti federali,

²⁶ Si veda in proposito la sentenza *N.L.R.B. v. Noel Canning*, 134 S. Ct. 2550 (2014), nella quale la Corte Suprema, sotto la Presidenza Obama e con un Senato a maggioranza repubblicana, ha confermato la legittimità della prassi adottata dal Senato medesimo per bloccare la possibilità del Presidente di ricorrere a procedure di *self-help* dirette a sopperire alla vacanza nella nomina di determinati vertici dell'amministrazione federale per la quale fosse richiesto il consenso del Senato. La Costituzione americana (U.S. Constitution, art. II, sec. 2) concede al Presidente il potere di «*fill up all Vacancies that may happen during the Recess of the Senate by granting Commissions that shall expire at the end of their next Session*». Per "bloccare" l'esercizio di tale potere presidenziale, il Senato ha adottato la prassi di indire, anche durante i periodi d'inattività della camera (per esempio nella pausa invernale), brevi riunioni della durata anche solo di un paio di minuti e in presenza anche di un solo Senatore. La Corte Suprema ha ritenuto che la norma costituzionale sopra citata potesse applicarsi solo alle *Vacancies* esistenti in un periodo di "*formal Senate inactivity*" e che questa prassi di "*pro forma meetings*" potesse essere considerata sufficiente a scongiurare l'inattività formale del Senato e, dunque, ad escludere la possibilità per il Presidente di ricorrere al potere costituzionale di coprire di sua iniziativa con la nomina di *Commissions* gli uffici vacanti.

²⁷ Per un esempio di tali problematiche sotto la Presidenza Obama, G.F. FERRARI, *Il rapporto tra Presidenza e Congresso durante la Presidenza Obama (2008-2016)*, in *Lo Stato*, 2016, 241-259. Sul punto altresì, per una considerazione più generale, P.L. STRAUSS, *Politics and agencies in the administrative state: the U.S. case*, cit., 44.

²⁸ L'azione del Congresso nei confronti delle *independent agencies* si esplica, innanzitutto, nel momento istitutivo, laddove con la creazione dell'*administrative body* viene definito anche l'ambito di attività e la tipologia di autorità a questo riconosciuti. Successivamente il controllo del Congresso sulle istituite agenzie può consistere nell'emanazione di normative addizionali che autorizzino per esempio l'espletamento di ulteriori compiti o azioni, nonché l'autorizzazione al finanziamento dell'attività nel cd. *annual appropriations process* (a cui si aggiunge, peraltro, per alcune *agencies*

nella loro attività di *judicial review* e nel rispetto della *deference* stabilita fin dal caso *Chevron*²⁹, ed anche con il Presidente. Quest'ultimo

la possibilità più o meno estesa di ricorrere anche a forme di autofinanziamento attraverso l'apposizione di canoni per i servizi resi agli utenti). Deve poi essere ricordato in proposito anche il ruolo del *Government Accountability Office* (GAO), sovente definito "*Congressional Watchdog*", che svolge per il Congresso al contempo il ruolo di revisore contabile rispetto alla legittimità dell'utilizzo dei fondi ricevuti da parte delle agenzie e il ruolo di revisore amministrativo sotto il profilo della *performance*, ed in particolare delle inefficienze e degli sprechi che possano eventualmente connotare l'esercizio dell'azione amministrativa (cfr. il sito ufficiale *gao.gov*).

²⁹ Il controllo giurisdizionale sull'attività delle *agencies* si muove entro i confini stabiliti a partire dal noto caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), definendosi in particolare come sindacato di ragionevolezza (*reasonableness review*) e di valutazione circa l'esistenza di un *intelligible principle* che permetta alle corti, in rapporto al dettato legislativo istitutivo dell'agenzia, la delimitazione della discrezionalità nel *rulemaking* e la verifica della legittimità delle *rules* adottate (cfr. anche *Whitman v. Am. Trucking Ass'ns*, 531 U.S. 457, 474 (2001)).

La Corte Suprema nel caso *Chevron* ha affermato che ciascun giudice possa riconoscere, in presenza di ambiguità o di vuoti di disciplina all'interno di una legge, una "deferenza" nei confronti dell'interpretazione fornita dall'agenzia che sia tenuta ad applicare detta legge. La *deference* delle corti nei confronti delle *agencies* deve, dunque, essere garantita poiché una legge ha esplicitamente o implicitamente delegato a una determinata agenzia l'esclusiva e specifica «*authority to act with legal force*», come precisato dalla Corte anche nei successivi casi *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218, 229 (2001) e *Gonzales v. Oregon*, 126 S. Ct. 904, 920-22 (2006). Sul concetto di *deference* inteso nel duplice senso di «*the "weight" that would be appropriate for a court to afford agency judgments when deciding matters for which the court is independently responsible*» e «*the "space" within which the agency has been authorized to decide matters subject to judicial oversight*», si vedano le riflessioni di P.L. STRAUSS, "*Deference is too Confusing – Let's Call Them "Chevron Space" and "Skidmore Weight"*", *Columbia Law Review* 112: 1143-73.

Sul punto anche K. STACK, *Purposivism in the Executive Branch: How Agencies Interpret Statutes*, *Northwestern University Law Review*, 109, 871-932 (2015), il quale rileva come, anche se siffatto sindacato giurisdizionale non risulti essere di particolare intensità, il risultato che da esso sovente deriva è l'impulso delle *agencies* a incorporare motivazioni particolareggiate del processo decisionale che ha condotto all'adozione di una determinata *rule*, con l'indicazione di dati tecnici e chiarimenti istruttori dettagliati, all'interno dei richiesti *explanatory statements* che devono obbligatoriamente accompagnare la *regulation*. Sebbene poi, di regola, le corti tendano a supportare l'autorità tecnica delle agenzie, deferendo a queste ultime l'interpretazione di requisiti a carattere per l'appunto strettamente tecnico (come, ad esempio, la definizione dei livelli accettabili di ozono nell'atmosfera, le caratteristiche operative degli *airbags* per la sicurezza delle autovetture, ecc.), l'approccio adottato nel sindacato sulla loro attività è spesso diretto a restringere in via interpretativa lo spazio di *policy* normativamente riconosciuto alle agenzie medesime, in modo tale da escludere che il Congresso abbia

dovrebbe, dunque, agire nei medesimi confini di azione riconosciuti e rispettati dal Congresso e dalle corti³⁰, a salvaguardia del carattere di indipendenza delle agenzie, senza assumere un ruolo di direzione e di controllo sconfinante nell'imposizione di *policies* amministrative.

Com'è stato efficacemente detto, nell'attività amministrativa, «*the duty of decision lies with the agency*»³¹.

Proprio in reazione all'assunzione delle decisioni di *policy* amministrativa, è da sottolineare ancora la particolare posizione degli *agency heads*, i quali, benché nominati dal Presidente (con l'*advice and consent* del Senato), mantengono nella prassi tradizionale una ferma autonomia di azione. Di certo sia il Congresso sia il Presidente intrecciano una relazione di carattere politico con i vertici delle agenzie, ma a queste ultime resta comunque riservata, nell'ambito di tale particolare equilibrio di rapporti politici, una sfera di concreta autonomia e indipendenza. Mentre, infatti, il Presidente ha nei confronti degli *agency*

potuto, secondo la colorita espressione del *Justice Scalia* nel caso *Whitman v. Am. Trucking Ass'ns*, cit. (in part. 468), «*hide elephants in mouseholes*».

Di recente sull'interpretazione giurisprudenziale (riscontrabile in particolare a partire dalla decisione della Corte Suprema *King v. Burwell*, 576 U.S. 988 (2015)) tesa a ridurre la *deference* nei confronti delle agenzie sulle cd. *major questions*, sulla base dell'assunto secondo cui «*courts generally should not defer to agency statutory interpretations that concern questions of "vast economic or political significance"*» cfr. B. EMERSON, *Administrative Answers to "Major Questions": On the Democratic Legitimacy of Agency Statutory Interpretation*, *Minnesota Law Review*, Vol. 102, No. 5, 2018.

³⁰ La Corte Suprema ha, più di una volta, dimostrato di ben conoscere l'esistenza di tali confini, laddove afferma, per esempio nel caso *Chevron* cit. alla nota precedente: «*[A] court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency*» (in part. 884); o ancora, nel caso *Citizens to Pres. Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402, 416 (1971): «*The Court is not empowered to substitute its judgement for that of the agency*».

Per quanto riguarda, invece, la definizioni dei limiti all'influenza del Congresso sul *decisionmaking* delle *independent agencies* si veda il caso *Hazardous Waste Treatment Council v. EPA*, 886 F.2d 335 (D.C. Cir. 1989), nel quale la motivazione addotta dall'*Environmental Protection Agency* (EPA) per sostenere una propria *rulemaking choice*, fondata su *congressional comments* ricevuti dall'agenzia medesima, è stata ritenuta illegittima dalla *District Court*, secondo cui «*It should go without saying that members of Congress have no power, once a statute has been passed, to alter its interpretation by post-hoc "explanations" of what it means. [...] An agency has an obligation to consider the comments of legislators, of course, but on the same footing as those of other commentators*».

³¹ P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"? The President in Administrative Law*, cit., 712.

heads un'astratta e formale autorità, che potrebbe arrivare anche all'esercizio di un potere di natura disciplinare e finanche alla rimozione, (che, come diremo oltre, è limitata a determinate condizioni, cd. *removal for cause*³²) qualora l'azione di questi sia del tutto contraria agli indirizzi presidenziali, nella realtà questa autorità è di solito fortemente limitata in ragione dei costi politici per l'esercizio di tali poteri, fra cui prima di tutto la necessità per il Presidente di incontrare il favore del Senato nella nomina di ipotetici successori³³.

Profili di limitazione dell'incidenza politica sull'azione amministrativa a carattere tecnico emergono anche in relazione alla necessità di assicurare le garanzie di trasparenza che per legge devono necessariamente connotare i procedimenti di *rulemaking*.

Ciò è evidente soprattutto nell'applicazione della disciplina contenuta nel *Freedom of Information Act* (FOIA), la quale risulta assicurata anche nel momento di interazione tra la sfera di azione politica presidenziale ed il processo decisionale condotto dalle *agencies*. Benché il FOIA definisca come "agency" «each authority of the Government»³⁴, ed includa in tale definizione «any [...] establishment in the executive branch of the Government (including the Executive Office of the President)»³⁵, senza introdurre alcuna esplicita eccezione per il Presidente e i suoi uffici, il Congresso e le corti hanno ormai pacificamente riconosciuto come suddetta normativa non debba applicarsi al Presidente medesimo o ai soggetti che agiscono per suo conto³⁶. La *ratio* che fonda tale interpretazione risiede evidentemente nel riconoscimento

³² Cfr. *infra* al seguente par. 4.

³³ P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"? The President in Administrative Law*, cit., 735-736, il quale racconta questo curioso aneddoto relativo alla Presidenza Bush II: «A well-connected friend of mine recently remarked that he "personally ha[d] watched two agency heads tell the President to pound sand – they wouldn't do what they were told and the President knew they had the political capital to win"».

³⁴ 5 U.S.C. § 551 (2012).

³⁵ 5 U.S.C. § 552 (f) (2012).

³⁶ Ricorda le ripetute «*battles between Congress and the White House over executive privilege claims respecting information demands from the Congress itself, most often (and best) resolved by negotiation*» P.L. STRAUSS, *The President and the Constitution*, cit., 1170, il quale precisa ancora come proprio in questo contesto è stato istituito in seno al Congresso il *Government Accountability Office* «*as a congressional agency of investigation with continuous access to agency files, and its findings have sometimes created the possibility of accountability*».

Per l'interpretazione giurisprudenziale si veda, invece, il caso *Judicial Watch v. United States Secret Service*, 726 F.3d 208 (D.C. Cir. 2013).

dell'elevato interesse della Casa Bianca a mantenere un adeguato livello di segretezza per la trattazione interna delle questioni politiche e per l'assunzione delle relative decisioni, sottraendole soprattutto all'accesso pubblico dei cittadini. E tale assunto è suffragato dall'esclusione espressa che nell'Act è prevista per i cd. "*pre-decisional documents*", sottratti agli obblighi di trasparenza e di regola ricondotti proprio alla categoria del *policy advice* per cui risulta necessario *to protect the confidentiality*³⁷.

Tuttavia, nel momento in cui le questioni politiche incrociano il *rulemaking* delle agenzie federali, e quindi, nello svolgimento dei rapporti a carattere politico fra gli uffici presidenziali, in particolare l'*Office of Information and Regulatory Analysis* (OIRA)³⁸, e lo staff delle *independent agencies*, l'esigenza di rispettare le garanzie di trasparenza imposte dal FOIA torna ad essere affermata.

Correttamente si sottolinea in dottrina che il «*Congress's placement of the duty of rulemaking [is] not in the President but in the agency*»³⁹, cosicché l'elemento trainante per l'applicazione della disciplina di riferimento deve risiedere nel carattere del *rulemaking* e non certo nel *modus operandi* dell'attività di supervisione (o di controllo) presidenziale. Se, dunque, è vero che i *predecisional documents* non ricadono entro la disciplina del FOIA, è altrettanto vero che in base a tale normativa le *agencies* sono obbligate «*to disclose any reasonably segregable portion of a record*»⁴⁰, e che, fra gli elementi che compongono il *record*, devono essere annoverate le affermazioni di fatti, le valutazioni correttive di aspetti tecnici e altre forme di comunicazione, le quali normalmente vengono rivolta dall'OIRA alle agenzie, senza poter, peraltro, essere

³⁷ 5 U.S.C. §552(b) (2012).

³⁸ Si tratta di un organo dell'*Office of Management and Budget* (OMB), che è a sua volta all'interno dell'*Executive Office of the President* (EOP). Come si legge nel sito ufficiale della Casa Bianca, *whitehouse.gov*, «*The Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA) is a statutory part of the Office of Management and Budget within the Executive Office of the President. OIRA is the United States Government's central authority for the review of Executive Branch regulations*» ed ivi sono poi descritte più nel dettaglio le rispettive competenze. Come avremo modo vedere più volte nel corso del nostro lavoro (cfr. soprattutto *infra* ai par. 6 e ss.), in tutte le presidenze più recenti, l'OIRA ha sempre svolto, e tuttora svolge, un ruolo importantissimo quale strumento della Casa Bianca per estendere il proprio controllo politico sull'attività delle agenzie indipendenti.

³⁹ P.L. STRAUSS, *The President and the Constitution*, cit., 1172.

⁴⁰ Così ancora P.L. STRAUSS, *The President and the Constitution*, cit., 1172.

propriamente considerate un “*policy advice*”, pur potendone di fatto costituire il fondamento.

Il risultato che ne deriva è una, seppur parziale, soggezione di un ufficio presidenziale come l’OIRA alle condizioni di trasparenza imposte dal FOIA nei suoi rapporti (che, a seconda dell’intensità e dei differenti contesti storico-politici, potremmo definire di supporto, collaborazione, di supervisione o di controllo) con l’attività di *rulemaking* delle *independent administrative agencies*.

Il quadro finora tracciato attiene, peraltro, alle caratteristiche che il modello di relazione fra *independent agencies* e Presidente dovrebbe assumere nel rispetto degli equilibri istituzionali che, sotto il profilo costituzionale, sorreggono l’*administrative state* statunitense. Il condizionale è però d’obbligo, posto che le prassi di governo amministrativo attuate dalle diverse Presidenze degli ultimi decenni sembrano, come ora vedremo, progressivamente muovere in tutt’altra direzione.

4. L’esercizio dei poteri del Presidente sull’azione delle *independent agencies*

La caratterizzazione di quella che nella dottrina americana viene definita una “*mediated presidency*”⁴¹ – ovvero una presidenza che non risolve il suo ruolo di prima attrice nell’esercizio di quella parte del potere esecutivo che la Costituzione statunitense all’*Article II* espressamente le conferisce (con riferimento, ad esempio, alla politica estera o alla sicurezza nazionale, cd. “*unmediated presidency*”), ma estende le proprie prerogative in relazione all’*agency rulemaking*, e quindi a quel settore dell’attività amministrativa federale a carattere tecnico, delineata dal Congresso con l’istituzione di *legislative created duties* – affonda le sue radici nell’attenzione da parte della politica presidenziale verso una regolazione che via via, a partire dagli anni ’70 in poi del secolo scorso, sempre più si concentra sui settori nevralgici dell’economia e dei processi di industrializzazione⁴².

⁴¹ Sulla definizione di *mediated e unmediated presidency* si vedano le riflessioni di P.L. STRAUSS, *The President and the Constitution*, cit., 1160-1164.

⁴² In proposito ricorda H. BRUFF, *Untrodden Ground: How Presidents Interpret the Constitution*, Chicago, 2015, 327, come fu il Presidente Nixon ad inaugurare il percorso di *President’s relation to agency rulemaking*, nel momento in cui, da un’ini-

Emerge in questo senso un nuovo ruolo del Presidente che viene esercitato soprattutto attraverso l'*Executive Office of the President* (EOP), un ufficio che nel tempo ha modificato la propria funzione iniziale di mero organo burocratico esecutivo degli indirizzi di politica presidenziale, fino a diventare di fatto, per lo meno negli ultimi cinquant'anni, un organo di controllo, responsabile della supervisione dei procedimenti di *rulemaking* e delle garanzie di *notice-and-comment* che all'interno di questi devono essere assicurate (si tratta di funzioni esercitate soprattutto attraverso il suo organo interno: il già menzionato *Office of Information and Regulatory Affairs* – OIRA)⁴³.

L'idea che sta alla base di quest'evoluzione del ruolo presidenziale consiste, come sottolineato dalla dottrina sulla *Presidential Administration*, in una nuova visione costituzionale dell'autorità del Presidente, fortemente considerato come "*the prime actor*" della realizzazione del potere esecutivo, da cui deriverebbe la giustificabilità dell'esercizio di tale autorità a fini politici anche al di fuori e al di là dei limiti che il Congresso ha imposto in termini di obblighi e responsabilità in capo

ziale quasi totalitaria attenzione per la politica estera, la politica presidenziale si diresse verso la regolazione relativa al settore industriale. L'A. racconta in proposito il caso del *rulemaking proposal* della *National Highway Traffic Safety Administration* in merito all'utilizzo sulle autovetture americane del dispositivo di airbag e del tentativo (non riuscito) da parte del Presidente di interferire nel processo decisionale dell'agenzia al fine di favorire determinati interessi industriali a scapito di altri.

Sulla stessa questione osserva P.L. STRAUSS, *The President and the Constitution*, cit., 1166, che «*President Nixon's successors have fashioned rulemaking supervision (and possibly, although not overtly, control) regimes of steadily increasing breadth and rigor. They have involved themselves in particular rulemakings of political significance to them as well.*».

⁴³ Come precisa P.L. STRAUSS, *The President and the Constitution*, cit., 1163, «*The Executive Office of the Presidency has grown from a handful of officials tolerated by Congress on Franklin D. Roosevelt's promise that they would merely advise him, to hundreds of bureaucrats acting as intermediaries between President and agency, with "czars" responsible for major policy concerns acting outside public administrative procedures and shielded by White House prerogatives from public view.*». Un'interessante analisi al riguardo è altresì offerta nel saggio di L. SCHLITZ BRESSMAN, M.P. VANDENBERG, *Inside the Administration State: A Critical look at the Practice of Presidential Control*, 105 *Mich. L. Rev.* 47 (2006).

Come già ricordato al paragrafo precedente, cfr. in part. nota 38, all'interno dell'EOP opera l'*Office of Management and Budget* (OMB), di cui fa parte l'*Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), organismo principale incaricato della sorveglianza e del controllo sull'attività regolatoria delle amministrazioni federali. Cfr. per maggiori informazioni il sito ufficiale della Casa Bianca, *whitehouse.gov*.

agli altri attori dell'apparato amministrativo, *in primis* per l'appunto le *independent agencies*⁴⁴.

Il potere di direzione presidenziale nei confronti delle amministrazioni, e soprattutto nei confronti delle agenzie indipendenti, resta, in ogni caso, al di là di tale interpretazione dottrinale, una sorta di zona grigia della quale molto si discute, soprattutto in relazione all'esistenza o meno di un suo legittimo fondamento costituzionale o quantomeno normativo⁴⁵. Diremo in seguito quali forme e quali strumenti sono stati adottati dai diversi Presidenti per l'implementazione della loro *directive authority*⁴⁶.

Al momento preme ancora sottolineare come corrispettivo a tale cambiamento di prospettiva negli obiettivi di politica presidenziale sia stato altresì il fenomeno di crescente politicizzazione delle posizioni apicali delle agenzie federali⁴⁷; fenomeno che ha inevitabilmente

⁴⁴ V.E. KAGAN, *Presidential Administration*, cit., 2266.

⁴⁵ Il potere di controllo del Presidente sulle agenzie indipendenti è riconosciuto nella sua esistenza, e nel suo crescente sviluppo, ma avversato, sotto il profilo dei suoi contenuti e soprattutto della carenza di legittimazione costituzionale e/o normativa, da quella parte della dottrina che abbiamo ricordato essere portatrice di una visione pluralista dell'amministrazione federale, ove, all'esercizio esclusivo delle competenze di carattere tecnico riservato dal Congresso per legge alle autorità amministrative indipendenti, dovrebbe affiancarsi una mera funzione di coordinamento e di supervisione del Presidente. Sul punto cfr. *supra* al par. 3. Fra i maggiori esponenti di tale posizione dottrinale possiamo qui richiamare sicuramente studiosi quali P.L. STRAUSS, J.W. MASHAW e P. SHANE, ai cui contributi si fa spesso riferimento nel corso del presente lavoro. V'è, peraltro, chi contesta, invece, in radice l'esistenza di tale potere di direzione, non ravvisando nelle varie forme di azione presidenziale chiari segni inequivocabili di un costante controllo politico attuato dalla Casa Bianca nei confronti delle amministrazioni indipendenti. È questa, ad esempio, la posizione di R.V. PERCIVAL, *Who's in Charge? Does the President Have Directive Authority Over Agency Regulatory Decisions?*, cit., 2537-2538; seguita da D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico*, cit., 121 e ss.

⁴⁶ Cfr. *infra* ai parr. 6 e ss.

⁴⁷ Sul punto si vedano le considerazioni di D.J. BARRON, *From Takeover to Merger: Reforming Administrative Law in a Age of Agency Politicization*, 76 *Geo. Wash. L. Rev.* 1095, 1126 (2008).

La crescente politicizzazione dei vertici delle *agencies* è stata determinata anche da altri fattori, tra cui, per quel che concerne in particolare le *Independent Regulatory Commissions* a struttura collegiale, l'effetto dell'applicazione delle regole imposte dal *Government Sunshine Act*. Il rilievo è sottolineato da P.L. STRAUSS, *The President and the Constitution*, cit., 1171, il quale ricorda come questo *Act* abbia imposto alle *multimember commissions* l'obbligo di tenere riunioni pubbliche su tutte le questioni relative all'adozione di *rules* che non siano esplicitamente escluse dalla normativa

determinato un incremento del controllo da parte del Presidente sui vertici della burocrazia tecnica, anche e soprattutto, come oltre si dirà, attraverso un puntuale esercizio dei poteri di nomina e di revoca normativamente riconosciuti al Presidente, o, talvolta anche forzatamente autoattribuiti dal medesimo per il tramite di strumenti di direzione, quali ad esempio gli *executive orders*.

Considerazioni di carattere politico, piuttosto che ragioni di carattere prettamente giuridico, inducono, poi, a differenziare l'intensità del potere di supervisione esercitato dall'EOP nei confronti delle *independent regulatory agencies*; un potere che si presenta sicuramente più tenue rispetto a quello esercitato verso le altre amministrazioni del livello di governo federale.

Dal punto di vista legislativo, è il Congresso che riserva alla singola autorità amministrativa, ed in particolare alla singola *agency*, nel momento in cui viene istituita, l'attività di *rulemaking* quale compito interno ed esclusivo di tale amministrazione. Tuttavia, con il crescere dell'incidenza dei procedimenti di *rulemaking* sulla definizione delle regole giuridiche più rilevanti per l'economia americana, si è storicamente accentuato, in particolare a cominciare dalla Presidenza Carter, il ricorso agli *executive orders*, per mettere in atto forme di controllo presidenziale via via più intense sullo svolgimento di tali procedimenti decisionali. Gli *orders* contengono direttive presidenziali, che hanno una tendenziale efficacia vincolante per le amministrazioni federali, ma sono prive di effetti diretti nei confronti dei soggetti privati⁴⁸. Per le agenzie a carattere indipendente più marcato, come le *regulatory com-*

medesima. Le discussioni sul *budget* annuale che deve essere comunicato all'OMB (l'*Office of Management and Budget* all'interno dell'*Executive Office* del Presidente), così come le proposte per l'avvio di procedimenti di *rulemaking* e le valutazioni di altri "*sensitive policy matters*", se orali e collettive, devono, dunque, necessariamente svolgersi in pubblico. L'effetto pratico dell'introduzione di tale obbligo normativo è stato, tuttavia, quello di spingere le *Commissions* ad allontanarsi dalla prassi di ricorrere a decisioni collegiali: «*Decisions are developed and taken by circulating memoranda, by notational voting and other means that will avoid the necessity of an open meeting. Staff acquire effective political power that commissioners lose*». In proposito per un'analisi più dettagliata R.T. BULL, *The Government in the Sunshine Act in the 21st Century*, (Mar. 10, 2014), in *acus.gov*.

⁴⁸ Cfr. la definizione degli *executive orders* data da P.L. STRAUSS, *Politics and Agencies in the administrative state: the U.S. case*, cit., 48, secondo il quale si tratta di «*presidential directives to administrators, legally effective within the government but lacking direct force on private parties*».

missions, le disposizioni ivi contenute non producono di regola effetti obbligatori, ma presuppongono un invito a conformarsi alle *practices* ivi suggerite, e tale eccezione è sempre esplicitata – come avremo modo di vedere in più occasioni – nel testo degli *orders* medesimi.

Il percorso di consolidamento della *presidential authority* si è realizzato nel tempo mediante il ricorso a ulteriori e molteplici strumenti espressivi del potere di controllo presidenziale e ha interessato aspetti chiave dell'attività a carattere tecnico delle *agencies*, soprattutto nell'ambito del *rulemaking*, anche se più di recente sotto la Presidenza Trump sembra essere in atto un processo di estensione dell'influenza presidenziale anche nei confronti dell'*adjudication*.

A tal fine vengono in rilievo anche l'esercizio del potere di nomina e quello di revoca che sono spesso utilizzati dal Presidente per incrementare le possibilità di attuazione della propria *policy* di controllo nei confronti delle agenzie federali.

Ai sensi dell'*Appointments Clause* costituzionale⁴⁹, il Presidente, con l'*advise and consent* del Senato, può nominare i cd. *principal officers*, tra cui vanno annoverati gli *heads* dei *Departments* e delle varie *agencies*, mentre per gli *inferior officers*, l'*appointments power* è attribuito al Presidente stesso, alle corti o ai segretari dei vari dipartimenti⁵⁰.

La nomina a carattere prettamente politico di posizioni chiave all'interno delle agenzie federali costituisce, soprattutto nelle presidenze moderne, una via preferenziale per l'estensione dell'influenza presidenziale sull'azione amministrativa. La politicizzazione degli uffici interessati determina, infatti, una più sicura garanzia di fedeltà nell'adempimento della linea di governo del Presidente, tant'è che ogni

⁴⁹ U.S. Const. Art. II, § 2, cl. 2: «*He [i.e. The President] shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law: but the Congress may by Law vest the Appointment of such inferior Officers, as they think proper, in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments*».

⁵⁰ *L'appointments process*, in parte indicato dalla stessa norma costituzionale dell'Article II, in parte risultante dalle prassi consolidate negli anni nel rapporto fra Presidenza e Senato, consta di tre fasi: 1) la selezione e la preventiva nomina dei candidati da parte del Presidente; 2) il dibattito in Senato; 3) la nomina definitiva. Per maggiori dettagli su tale processo e sulle tipologie di cariche nel *federal personnel system* si veda la compiuta analisi di D. COLAROSI, *L'amministrazione e il potere politico*, cit., 59 e ss.

presidenza, a seconda del diverso contesto storico e sociale in cui si è trovata ad agire, ha concentrato la propria attenzione sulle agenzie dei settori amministrativi nevralgici per la realizzazione della propria *governance*. Al contempo, tuttavia, un numero eccessivo di cariche di nomina politica all'interno di amministrazioni di natura prettamente tecnica, quali sono soprattutto le *independent agencies*, ha spesso comportato un disequilibrio al loro interno, rendendone più difficoltosa e spesso inefficace l'attività, sospesa fra spinte verso l'attuazione delle direttive di governo e necessità di implementazione delle scelte fondate sull'*expertise* di settore⁵¹.

Notevoli problematiche per il corretto funzionamento delle agenzie nell'assolvimento dei loro compiti istituzionali emergono altresì in conseguenza dell'annoso problema delle cariche vacanti. L'omissione di nomine in posizioni chiave all'interno degli apparati amministrativi è stata, ed è, spesso determinata da un difficoltoso rapporto fra la Presidenza e il Senato, che può a tal fine esercitare il proprio veto sui candidati proposti dal Presidente medesimo; ma, soprattutto nella storia politica più recente, viene talvolta consapevolmente perseguita dalla Casa Bianca per giungere a paralizzare l'attività di un settore amministrativo non rispondente alle logiche programmatiche della *policy* presidenziale.

Se il potere di nomina trova nell'*Appointments Clause* costituzionale un sicuro fondamento ed una, seppur parziale, disciplina, il potere presidenziale di revoca è, invece, nei suoi contorni e nelle sue condizioni di esercizio sicuramente più sfumato.

Mediante il riferimento alla cd. *Take Care Clause* (Art. II, Section 3, U.S. Constitution), a mente della quale il Presidente «*shall take Care that the laws be faithfully executed*», si ritiene tradizionalmente che non spetti al Congresso, ma al Presidente, e di conseguenza ad ogni susseguente *executive official*, il potere non solo di nominare, ma anche soprattutto di rimuovere i funzionari ad esso subordinati. In via

⁵¹ In tal senso D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico*, cit., 64-65. Sul rapporto fra lealtà politica e amministrazione tecnica nelle nomine presidenziali all'interno dell'apparato delle agenzie federali si vedano gli interessanti contributi contenuti in G.C. MACKENZIE (a cura di), *Innocent Until Nominated, The Breakdown of the Presidential Appointment Process*, Washington D.C., 2001; nonché, più di recente, D.E. LEWIS, *The Contemporary Presidency: The Personnel Process in the Modern Presidency*, cit., 581 e ss.; ID, *The Politics and the Presidential Appointments*, Princeton, 2008.

generale, anche per quanto riguarda gli *administrators* nominati con la procedura di *advice and consent* senatoriale, è riconosciuto al Presidente un potere di revoca tendenzialmente illimitato, che può dunque essere esercitato *at will*, e dal quale deriva la prassi di un pressoché totale cambiamento dei vertici delle amministrazioni federali ad ogni cambio di Presidenza.

Un'importante eccezione è, tuttavia, riconosciuta nei confronti degli *heads* delle *independent administrative agencies*, nominati con il consenso del Senato e la cui carica ha una durata prefissata. Per tali figure il Congresso richiede che il potere presidenziale debba essere limitato alla revoca "*for cause*", stabilendone per legge anche la relativa procedura.

Ma che cosa s'intenda esattamente per "*cause*", non è a tutt'oggi affatto chiaro.

In dottrina si ritiene che la definizione possa essere riferita al contenuto dei poteri discrezionali che sono assegnati ai *commissioners* dal Congresso, e soprattutto al rispetto o viceversa alla travalicazione dei limiti, definiti sempre dal Congresso, per l'esercizio di tali poteri⁵². Analogamente anche la Corte Suprema, fin dal caso *Humphrey Executor v. United States* del 1935⁵³, ha riconosciuto il fondamento costituzionale della garanzia di revoca *for cause*, che deve essere limitata, per i vertici delle agenzie indipendenti, alle sole clausole di "*inefficiency, neglect of duty or malfeasance in office*".

La Presidenza ha, tuttavia, spesso giocato sull'incertezza della formula per introdurre interpretazioni di più ampio contenuto tali da poter ammettere l'ipotesi di revoca anche per mancata adesione da parte dei vertici delle agenzie alle linee di direttiva impartite dalla Casa Bianca.

Un esempio in tal senso si può trovare in un *signing statement* del Presidente Clinton, espresso con riferimento alla *Fiscal Year 2001 Appropriations Legislation*. In un passaggio relativo alla possibilità di revocare l'*Under Secretary of Energy*, il Presidente precisava come, data la responsabilità di tale organo nel delicatissimo settore della sicurezza nucleare, l'espressione "*neglect of duty*" potesse includere anche «*a failure to comply with the lawful directives or policies of the President*»⁵⁴.

⁵² Si veda, ad esempio, P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"?* *The President in Administrative Law*, cit., 715 e ss.

⁵³ *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935).

⁵⁴ *Statement on Signing Fiscal Year 2001 Appropriations Legislation*, 3 *Pub. Papers* 2348 (Oct. 27, 2000)

Una simile interpretazione che sembra condurre ad una forte asserzione delle prerogative presidenziali nell'esercizio di un potere di controllo e di direzione va, peraltro, temperata con le peculiarità del caso di specie, nel quale emergevano precise finalità di sicurezza nazionale, e non meri interessi generali di amministrazione pubblica, né tantomeno compiti di natura tecnica tipicamente riservati alle *independent agencies*. È poi ancora da sottolineare come, seppur in questo contesto particolare, il riferimento contenuto nelle parole del Presidente è all'esercizio di un potere di direttiva legittimo (*lawful directives*) che si mantiene entro i confini della revoca, e non si trasforma in un potere di direzione più ampio, non riguardando un'ipotetica sostituzione della decisione adottata dall'organo amministrativo, ma limitandosi piuttosto alla sostituzione di tale organo⁵⁵.

Ancora sotto il profilo del potere di revoca, va poi qui ricordata la posizione assunta dalla Corte Suprema nel caso *Free Enterprise Fund* del 2010, ove, con l'obiettivo di sottolineare la necessaria soggezione dei *commissioners* delle *independent regulatory commissions* all'esercizio di un potere di supervisione presidenziale, si è ritenuta costituzionalmente illegittima l'attribuzione da parte del Congresso di una "*for cause removal authority*" agli stessi *commissioners* esercitabile nei confronti di "*subordinate board of independent actors*"⁵⁶. L'applicazione

⁵⁵ Come rileva P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"? The President in Administrative Law*, cit., 731.

Più audaci, tuttavia, paiono essere i tentativi d'introdurre un simile ampliamento della clausola "*for cause*" che recentemente stanno connotando l'azione del *Department of Justice* sotto la Presidenza Trump, come andremo a descrivere *infra* al par. 12.4.

⁵⁶ *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB) 561 U.S. 861, (2010). Nel caso di specie la Corte Suprema aveva ritenuto che le disposizioni normative che esoneravano i membri della *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB) da una generalizzata possibilità di revoca senza giusta causa da parte del Presidente, violassero la previsione della *Executive Vesting Clause* (Article II, Section 1, U.S. Constitution) in quanto con tali disposizioni il Congresso introduceva una "*multilevel protection from removal*" indebitamente limitativa dei poteri costituzionali del Presidente, posto che l'imposizione della clausola "*for cause*" esisteva già per l'esercizio della revoca presidenziale nei confronti degli *heads* della PCAOB. Fra i commenti alla sentenza si vedano P.L. BELLIA, *PCAOB and the Persistence of the Removal Puzzle*, 80 *G. Wash. L. Rev.* 1371 (2012); P.L. STRAUSS, *On the Difficulties of Generalization – PCAOB in the Footsteps of Meyers, Humphrey's Executor, Morrison and Freytag*, 32 *Cardozo L. Rev.* 2255 (2011); K.M. STACK, *Agency Independence after PCAOB*, 32 *Cardozo L. Rev.* 2392 (2011).

di una doppia clausola di limitazione dei casi di revoca all'interno della medesima commissione, una per i vertici e l'altra per gli *officers* al suo interno, rischierebbe, secondo la Corte, di allontanare eccessivamente quella realtà amministrativa dal potere di controllo (esercitabile anche attraverso atti di revoca), che al Presidente dovrebbe invece essere sempre assicurato ai sensi della *Executing Vesting Clause* e della *Take Care Clause* costituzionali.

Ma di questo e degli altri aspetti cui si è accennato in questo paragrafo, torneremo a trattare a breve, quando ci inoltreremo nell'analisi dei principali aspetti del rapporto fra *politics* e *administration* che ha caratterizzato le esperienze di governo dei Presidenti degli Stati Uniti d'America, dagli ultimi decenni del secolo scorso fino ad oggi.

5. Il *presidential power* nella giurisprudenza della Corte Suprema

Come già si è avuto modo di osservare, nella Costituzione americana manca una compiuta definizione di che cosa debba intendersi per "governo" e una chiara indicazione di quali siano gli organi amministrativi che lo compongono.

I contorni per individuare i contenuti del potere esecutivo appaiono sfumati, e fatta eccezione per la previsione nell'*Article II* della *Take Care Clause*, che comunque si limita a prevedere la responsabilità del Presidente nel controllo circa la fedele esecuzione delle leggi, manca ogni altra disposizione che compiutamente descriva caratteri e limiti del controllo politico sull'amministrazione⁵⁷. L'*Article II* conferisce ancora al Presidente l'autorità di nominare gli "*heads of Departments*", ma non fornisce alcuna informazione ulteriore sulla natura di questi ultimi. Le altre nomine seguono poi la regola stabilita nella *Appointments Clause*, con una distinzione fra le cariche che possono essere oggetto di nomina presidenziale, previo consenso del Senato, e i cd. *inferior officers*, per la designazione dei quali il Congresso può con legge attribuire la competenza in capo al Presidente, alle corti o ai capi di Dipartimento.

⁵⁷ Come osservano J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers: An Analysis of Recent American Experience*, 35 *Yale J. On. Reg.* 549, 552(2018): «*These Delphic provisions concerning political control of administration have been left to be elaborated by practice, convention, and judicial construction*».

La giurisprudenza della Corte Suprema in via generale si è mostrata piuttosto vaga, se non a volte contraddittoria, nella definizione della sfera di poteri che possano essere legittimamente esercitati dal Presidente in armonia con il dettato costituzionale.

In realtà relativamente poche sono state le occasioni nelle quali la Corte ha affrontato la questione dell'estensione dei poteri presidenziali nei confronti delle amministrazioni federali, e la maggior parte delle sue pronunce ha riguardato il tema della nomina o della revoca di *officers* all'interno di queste amministrazioni.

Spesso alcune considerazioni compaiono in *opinions* espresse con riferimento a casi incentrati principalmente su altre questioni: come nella pronuncia *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* del 1952, ove Justice Hugo Black afferma, riferendosi alla frequenza della regolazione adottata dalle *agencies* rispetto alla legislazione prodotta dal Congresso, che: «*In the framework of our Constitution, the President's power to see that the laws are faithfully executed refutes the idea that he is to be a lawmaker*»⁵⁸.

Un riferimento ai limiti dell'estensione del potere di direzione presidenziale emerge anche dalla lettura del noto caso *Marbury v. Madison*⁵⁹, con il quale fin dal 1803 la Corte Suprema ha introdotto la classica distinzione fra gli atti politico-discrezionali e i cd. *ministerial duties*. Gli atti politici sono ritenuti dalla Corte quali atti caratterizzati da una discrezionalità intesa in senso lato, espressivi di scelte compiute in un contesto privo di riferimenti legislativi e del tutto slegato dalla possibilità di un controllo giurisdizionale (l'esempio classico sono gli affari esteri). In quanto tali gli atti politici vengono distinti dai *ministerial duties*, che sono, viceversa, quelle funzioni attribuite e specificate dalla legge, espletate da quel che la Corte definisce un "*officer of the law*", e consistenti in attività amministrative in grado di incidere sull'esercizio di diritti individuali, e quindi soggette al *judicial review*. In tale decisione si è in particolare affermato che il Congresso non possa limitare il potere di revoca presidenziale, introducendo per via legislativa la clausola di una sola *removal for cause*, nei confronti di quegli *executive officers*, come il *Secretary of State*, i quali rappresentano «*the mere organ by whom [the President's] will is communicated*», cosicché «*nothing can be more perfectly clear than*

⁵⁸ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

⁵⁹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

that their acts are only politically examinable»⁶⁰, con l'ovvia conseguenza di un'estensione illimitata del controllo sul loro ufficio, anche sotto il profilo della rimozione incondizionata, da parte del Presidente⁶¹. La conclusione della Corte va, dunque, nel senso di ritenere legittimo soltanto il potere di direzione esercitato dal Presidente nei confronti di quegli organi che, per legge, detengono il potere di compiere atti politici in senso lato attraverso cui si manifesta la volontà presidenziale. Tuttavia, una simile rigida limitazione del potere di direzione risulta ormai di difficile applicazione nell'attuale contesto di «*mixed questions of law and politics that are the everyday focus of administrative law*», come nota quella stessa dottrina impegnata in una serrata critica sulla deriva del controllo presidenziale, che sempre più pare estendersi sull'attività delle amministrazioni federali nel contesto delle più recenti presidenze⁶².

La definizione del *removal power*, cui è inevitabilmente connesso il tema dell'esercizio del potere di direzione presidenziale (in particolare quando la questione si pone in rapporto alla mancata esecuzione da parte di un *officer* delle direttive presidenziali come potenziale causa di revoca del medesimo), è al centro della sentenza *Myers v. United States* del 1926⁶³. La pronuncia rappresenta il punto focale della giu-

⁶⁰ Così nelle parole di *Chief Justice* Marshall in *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 165-66 (1803), il quale ancora prosegue: «*The province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to inquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court*» (cfr. in part. 169-70).

⁶¹ Si tratta, tuttavia, di un'affermazione apodittica che trova, invero, un'applicazione piuttosto limitata nei fatti. L'estensione del controllo presidenziale sui *cd. executive officials* viene in realtà ritenuta giustificabile in quanto trattasi di un potere discrezionale in ogni caso esercitato entro i confini di legge e comunque soggetto al controllo giurisdizionale di legittimità. Come precisa *Leventhal Justice* nella *Concurring Opinion* sul caso *Ethyl Corp. v. EPA*, 541 F.2d 1, 68 (1976), «*Congress has been willing to delegate its legislative powers broadly – and courts have upheld such delegation because there is court review to assure that the agency exercises the delegated power within statutory limits, and that it fleshes out objectives within those limits by an administration that is not irrational or discriminatory*».

⁶² Si veda P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"?* *The President in Administrative Law*, cit., 709.

⁶³ *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926). Il caso riguarda la rimozione dall'ufficio di Frank S. Myers, un direttore delle poste di Portland nell'Oregon, disposta dal Presidente Woodrow Wilson senza ricorrere alla procedura di *advice and consent* del Senato, che secondo una legge federale del 1876 avrebbe dovuto essere adottata per

risprudenza della Corte Suprema sul riconoscimento della *presidential authority*, tanto da essere stata definita dai sostenitori della teoria dell'esecutivo unitario, «*the foundation-stone of so many "unitary executive" arguments*»⁶⁴. Il redattore della *majority opinion* è Justice Taft, già Presidente degli Stati Uniti, il quale si impegna nell'elaborazione teorica di un potere di revoca illimitato e costituzionalmente garantito sulla base della *Vesting Clause*, affermando che «*[t]he ordinary duties of officers prescribed by statute come under the general administrative control of the President by virtue of the general grant to him of the executive power, and he may properly supervise and guide their construction of the statutes under which they act in order to secure that unitary and uniform execution of the laws which Article II of the Constitution evidently contemplated in vesting general executive power in the President alone*»⁶⁵.

La Corte giunge alla conclusione di non ritenere necessario il consenso del Senato per l'esercizio del potere di revoca da parte del Presidente nei confronti di "*any executive officials*". La visione che sta sullo sfondo è sicuramente quella di un esecutivo gerarchizzato ed unitario all'interno del quale tutti gli apparati di cui si compone l'amministrazione (tra cui i dipartimenti, ma anche ogni tipo di agenzia) sono subordinati al controllo della Casa Bianca.

In realtà, come viene comunemente osservato, la posizione espressa in tale sentenza non può più essere considerata rispondente ad un'analisi oggettiva dello stato attuale dell'amministrazione federale, ove le ragioni della "tecnica" nella risoluzione delle scelte amministrative da operare in molteplici settori di nevralgica importanza economica e sociale impongono la necessità di assicurare quell'indipendenza di azione che, almeno per alcuni organi come le *independent regulatory commissions*, si rivela essenziale per lo svolgimento dei compiti loro assegnati con legge dal Congresso. Senza contare che il *Myers case* detta la soluzione per una questione affatto diversa rispetto a quella di cui oggi più si discute, che è inerente agli eventuali limiti dell'imposizione

la revoca di "*Postmaster of first, second, and third classes*" cui Myers apparteneva. La Corte dichiarò incostituzionale la legge federale, per violazione del principio di separazione dei poteri fra esecutivo e legislativo.

A commento H.H. BRUFF, *Balances of Forces, Separation of Powers Law in the Administrative State*, cit., 419 e ss.

⁶⁴ Come sottolinea P.L. STRAUSS, *The President and the Constitution*, cit., 1165.

⁶⁵ *Myers v. United States*, cit., 135.

da parte del Congresso, per via legislativa, di una *removal for cause* nei confronti di *officers* le cui funzioni sono istituzionalmente separate dalla Casa Bianca, e non rientrano totalmente nell'area delle prerogative politiche presidenziali (com'è per l'appunto il caso degli *heads* delle agenzie indipendenti)⁶⁶.

5.1. La sentenza della Corte Suprema *Lucia v. SEC del 2018*

Un recente caso che più da vicino pone in relazione l'esercizio dei poteri presidenziali (soprattutto di nomina) e il carattere di indipendenza delle *regulatory commissions* è al centro della sentenza *Lucia v. SEC* del 2018. Con questa pronuncia la Corte Suprema ha attribuito agli *Administrative Law Judges* (ALJs)⁶⁷, i quali gestiscono i cd. *administrative hearings*, procedimenti amministrativi a carattere paragiurisdizionale, all'interno della *Security Exchange Commission* (SEC), la qualifica di *inferior officers*, ai sensi dell'*Appointments Clause* di cui all'*Article II* della Costituzione. Il riconoscimento di tale qualifica comporta la sottrazione degli ALJs al procedimento di selezione precedentemente stabilito dall'agenzia e l'imposizione dell'obbligo di nomina da parte dei vertici dell'agenzia medesima, i quali sono direttamente designati dal Presidente con il consenso del Senato.

La decisione della Corte Suprema è interessante sotto diversi profili, potendo essere oggetto di differenti livelli di lettura che coinvolgono tematiche di rilievo più o meno ampio.

⁶⁶ In tal senso P.L. STRAUSS, *Politics and Agencies in the administrative state: the U.S. case*, cit., 54.

⁶⁷ Come spiega P.L. STRAUSS, *Politics and agencies in the administrative state: the U.S. case*, cit., 55-56, «*Unlike European systems, America lacks an administrative judiciary; its hearing officers, today stiled Administrative Law Judges or Administrative Judges, are civil servants, not members of the judiciary, and the administrators who may be empowered to act on their decisions are political appointees of the executive branch. Administrative agencies [...] regularly use trial-like hearings to decide matters (such as civil penalties) that one might expect to be assigned for trial in the ordinary courts. The financial stakes of decisions can be great, and the volume of these trial-like proceedings can be enormous [...]. The possibility of judicial review suffices to permit these assignments*».

Sul ruolo degli ALJs, quali organi che gestiscono e realizzano, nei procedimenti amministrativi, le garanzie partecipative, anche attraverso l'emanazione di *orders* e *decisions*, poi soggetti ad un'*administrative review* da parte dei vertici dell'*agency* di cui sono parte, si veda anche B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle amministrative agencies*, Padova, 2005, 60 e ss.

Come non ha mancato di sottolineare la dottrina americana nelle occasioni di commento alla pronuncia⁶⁸, la sentenza sul caso *Lucia* può essere superficialmente letta come “*a narrow ruling*”, diretto a risolvere una concreta fattispecie attinente alla nomina di *administrative law judges* all’interno di una determinata *independent commission*. A prima vista, infatti, il caso tratta dell’applicazione dell’*Appointments Clause* alla specifica posizione degli ALJs e la questione viene risolta dalla Corte Suprema attraverso il riferimento diretto ad uno specifico precedente⁶⁹, dal quale viene tratta la soluzione pratica di una nomina diretta dei *judges* da parte dei vertici della SEC, senza che i giudici si addentrino in più complesse valutazioni sulla legittimità (e costituzionalità) di un controllo presidenziale sulle nomine degli ALJs medesimi.

Il *Lucia case* pare, peraltro, comportare ben altre questioni di fondamentale rilevanza che, all’indomani della pronuncia, non hanno mancato di emergere non solo a livello interpretativo, ma anche a livello regolatorio, toccando nel vivo il ruolo delle *independent agencies* all’interno del sistema amministrativo federale statunitense.

Il primo profilo riguarda le conseguenze della pronuncia sulle modalità di nomina degli ALJs all’interno delle *independent agencies*.

⁶⁸ Si vedano, ad esempio, S. D. SCHWINN, *Lucia v. SEC and the Attack on the Administrative State*, in *American Constitution Society web site (aclaw.org)*, 2018; C.A. PATRIZIA, M.L. SPAFFORD, I.V. TIMOFEYEV, D.F. STANAWAY, *The Effects of the Supreme Court’s Lucia v. SEC Decision across Administrative Agencies*, in *Infrastructure*, Volume 57, Number 4, Summer 2018.

⁶⁹ *Freytag v. Commissioner*, 501 U.S. 868 (1991). Nella fattispecie, la Corte aveva ritenuto che gli “*special trial judges*” (STJs) dell’*United States Tax Court*, i quali hanno il potere di istruire un procedimento giurisdizionale e proporre una decisione motivata ai giudici della *Tax Court*, fossero “*officers*” ai fini dell’*Appointments Clause*, in ragione dell’autorità e della “*significant discretion*” esercitate nel condurre “*a full adversarial hearing*”, ed in particolare nel «*take testimony, conduct trials, rule on the admissibility of evidence, and have the power to enforce compliance with discovery orders*», e ciò anche senza avere il potere di emanare la decisione finale, comunque sempre riservata ad un regolare giudice della *Tax Court*. In *Lucia v. SEC* si legge che «*Freytag says everything necessary to decide this case*», e ciò in quanto, come si esprime il giudice Kagan redattrice della *majority opinion*, gli *special trial judges* considerati “*officers*” nel caso del 1991 sono «*near-carbon copies of the Commission’s ALJs*». Svolgendo un ruolo all’interno della Commissione caratterizzato dalla stessa continuità regolata per legge, esercitando un’analoga discrezionalità nello svolgere le importanti funzioni di gestione dell’istruttoria procedimentale e avendo perfino poteri caratterizzati da una maggiore autonomia in fase decisionale rispetto a quanto riconosciuto agli omologhi giudici speciali della *Tax Court*, gli *administrative law judges* all’interno della SEC devono *a fortiori* essere considerati quali *officers* ai sensi dell’*Appointments Clause*.

I primi commenti “a caldo” della decisione della Corte Suprema si sono, infatti, concentrati sulla problematica dell’estensione della soluzione adottata per gli ALJs all’interno della SEC, e quindi dell’asserita applicabilità nei loro confronti dell’*Appointments Clause*, a tutti gli altri *administrative law judges* che operano all’interno delle diverse agenzie federali. La problematica è di grande rilievo se si pone mente al numero elevato (in totale quasi 1.900) di ALJs distribuiti nelle diverse amministrazioni, e ha condotto la letteratura post *Lucia* ad impegnarsi in un confronto particolareggiato fra le differenti caratteristiche delle *independent agencies* ed il ruolo in queste svolto dagli ALJs, e la struttura della SEC e del tipo di autorità esercitata dagli ALJs al suo interno⁷⁰.

La questione è stata, peraltro, superata da un intervento *tranchant* del Presidente Trump che in un *Executive Order* del 10 luglio 2018 è intervenuto a modificare in via generale le modalità di reclutamento di tutti gli ALJs, escludendoli dal complesso procedimento di selezione che fino a quel momento si fondava sulla creazione di una lista generale di candidati qualificati, creata sulla base della verifica di alcuni requisiti di eligibilità e di una valutazione di competenza da parte dell’*Office of Personnel Management* (OPM)⁷¹. Citando proprio la decisione sul caso *Lucia*, ed anzi utilizzandola come occasione sui cui fondare le motivazioni per l’introduzione della nuova *policy*, il Presidente provvede ad aggiungere gli ALJs alla lista delle *exempted civil service positions*⁷², conferendo ai vertici di tutte le agenzie federali il potere

⁷⁰ È questa, in particolare, l’analisi condotta da C. A. PATRIZIA, M.L. SPAFFORD, I.V. TIMOFEYEV, D.F. STANAWAY, *The Effects of the Supreme Court’s Lucia v. SEC Decision across Administrative Agencies*, cit., 5 e ss., i quali propongono un confronto fra il ruolo degli ALJs all’interno della SEC e quello svolto da altri ALJs, per esempio all’interno della *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC), della *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), della *Nuclear Regulatory Commission* (NRC), della *Federal Communication Commission* (FCC), dell’*Environmental Protection Agency* (EPA), del *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB).

⁷¹ Exec. Order No. 13,843,83 Fed. Reg. 32,755 (July 10, 2018). A commento J. HAMILTON, *President Trump Gives Agency Heads Power to Hire In-House Judges*, *Bloomberg* (July 10, 2018), *bloomberg.com*.

Sui compiti dell’*Office of Personnel Management* (OPM), agenzia federale che supporta e gestisce i processi di selezione e gestione delle risorse umane nei confronti del Governo e di tutte le agenzie federali, si rinvia al sito ufficiale *opm.gov*.

⁷² Per una precisa descrizione delle diverse posizioni ricoperte dal personale impiegato nella composita e multifforme amministrazione federale degli Stati Uniti si veda D. COLAROSSO, *L’amministrazione e il potere politico*, cit., 33-34, in part. alla

di nominare direttamente tali giudici, esentandoli da «*competitive examination and competitive service selection procedures*» in precedenza gestite dall'OPM⁷³.

Com'è stato osservato, con questo *Executive Order* il Presidente Trump prosegue lungo un percorso, già intrapreso, come avremo modo di illustrare nel prosieguo, anche dai suoi predecessori⁷⁴, diretto

nota 8, ove si ricorda come nell'ambito del *Federal Executive Establishment*, composto dal Presidente, dal Vice-Presidente, dall'*Executive Office of the President* (EOP), dai quindici *Departments*, e dalle diverse *agencies* (dipartimentali, *independent executive agencies, independent regulatory/non regulatory commissions*), il personale impiegato appartenga a due distinte categorie: le cariche di nomina politica (*political appointments*) e i funzionari selezionati attraverso il sistema del merito (*civil servants*). All'interno di quest'ultima categoria, cui appartengono gli ALJs, esiste il cd. *Excepted Service*, ovvero una classe di alti funzionari accomunati dall'esclusione dal tradizionale sistema del merito (*merit system*) previsto dal Titolo V dello *United States Code*. A questa composita categoria già appartenevano gli *agency heads*, ovvero i dirigenti di vertice delle agenzie (in particolare qualificati sotto la sub-categoria PAS – *Presidential Appointments with Senate confirmation*). Con l'*Executive Order* del 10 luglio 2018, gli ALJs, in qualità di *inferior officers*, vengono ricompresi fra queste *Excepted Positions*, per la cui ulteriore analitica descrizione si rinvia al contributo dell'A. sopra citata.

In argomento cfr., fra i molteplici contributi, D.E. LEWIS, J.L. SELIN, *Sourcebook of United States Executive Agencies*, 62 e ss.; D.E. LEWIS, *The Contemporary Presidency: The Personnel Process in the Modern Presidency*, 42 *Pres. St. Q.* 579 (2012); ID, *Presidential Appointment and Personnel*, 14 *Annu Rev. Polit. Sci.* 47 (2011); B. PATTERSON, J.P. PFIFFNER, *The White House Office of Presidential Personnel*, 31 *Pres. Stud. Q.* 415 (2001); J.L. MASHAW, *I funzionari pubblici negli Stati Uniti*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *L'alta burocrazia*, Bologna, 1994, 55 e ss.

⁷³ L'*Order* supera, dunque, i dubbi che si potevano porre in seguito alla pronuncia della Corte sull'ipotesi di un riconoscimento della qualifica di “*inferior officers*”, e di conseguenza sulla possibilità di applicazione dell'*Appointments Clause* nei confronti dei soli ALJs presenti all'interno della SEC, piuttosto che, più in generale, verso l'intera categoria di *administrative law judges* che operano nelle diverse *agencies*. L'esplicita volontà di fugare dubbi di tal sorta e il chiaro obiettivo di conferire agli *agency heads* (siano essi i vertici di un'agenzia dipartimentale, e dunque soggetta ad un più diretto controllo politico, o di un'agenzia indipendente, a carattere nettamente tecnico) l'autorità di nominare gli ALJs direttamente e liberamente, senza più dover attingere ad una lista di candidati preselezionati in seguito a procedure competitive si palesano chiari, laddove l'*Order* precisa: «*Regardless of whether those procedures would violate the Appointments Clause as applied to certain ALJs, there are sound policy reasons to take steps to eliminate doubt regarding the constitutionality of the method of appointing officials who discharge such significant duties and exercise such significant discretion*».

⁷⁴ Si veda *infra* l'analisi svolta ai parr. 10 e ss. Sul punto, inoltre, C. COGLIANESE, K. FIRTH, *Separation of Powers Legitimacy: An Empirical Inquiry into Norms about Executive Power*, 164 *U. Pa. L. Rev.* 1869 (2016), 1875, in part. note 22 e 23, che rilevano come un maggior potere di direzione nei confronti dell'amministrazione federale

a ridisegnare i rapporti fra l'esercizio dei poteri presidenziali e l'attività delle *agencies* nel segno di una maggiore autorità nella direzione e nel controllo delle amministrazioni da parte del Presidente, quale figura apicale del potere esecutivo derivante dalla formale investitura di matrice costituzionale contenuta nella cd. *Executive Vesting Clause*.

Un'analisi del ruolo presidenziale e dell'esercizio dei suoi poteri di nomina, di revoca e, più in generale, di direzione nei confronti delle agenzie federali, soprattutto di quelle a carattere indipendente, che evidenzia in chiave evolutiva i caratteri della "*politics-administration dichotomy*", occuperà più nel dettaglio i paragrafi seguenti.

Ciò che preme fin d'ora sottolineare, in accordo con la dottrina intervenuta a commento del caso *Lucia*, è che l'esito pratico della pronuncia della Corte Suprema, cui ha fatto da eco il subitaneo intervento presidenziale con l'*Executive Order* sulla nomina degli ALJs, rappresenta un passaggio fondamentale del progressivo «*attack on politically independent and expert position within the executive branch*»⁷⁵, che, come avremo modo di analizzare, sta connotando il sistema amministrativo federale statunitense, estendendosi oltre al solo ambito dell'attività di *rulemaking* fino a toccare aspetti rilevanti anche per i procedimenti di *adjudication*⁷⁶.

sia stato sistematicamente rivendicato da Presidenti di entrambi i partiti politici, come nel caso del Presidente George W. Bush, il quale nel 2006 asseriva: «*I'm the decider*», o nel caso del Presidente Barack Obama, il quale, nel condurre quella che dagli stessi A. è stata definita una "*imperial Presidency*" (cfr. in part. 1871), proclamava: «*I've got a pen to take executive actions where Congress won't*». Su come questo *trend* di rafforzamento dell'autorità presidenziale sia stato confermato ed accentuato sotto la Presidenza Trump con l'emanazione di numerosi *Executive Orders*, fra cui il primo ad una settimana dal suo insediamento, dando l'avvio ad una massiccia riforma in materia regolatoria (Exec. Order No. 13,771, 82 Fed. Reg. 9339 (2017)), si tornerà *infra* nei par. 12 e ss. Sul tema si veda anche la dettagliata analisi condotta da D. COLAROSI, *L'amministrazione e il potere politico*, cit., 42 e ss.

⁷⁵ Così S.D. SCHWINN, *Lucia v. SEC and the Attack on the Administrative State*, cit., par. III.

⁷⁶ Le due tipologie di procedimenti sono previste nell'APA: il *Rulemaking* è previsto dalla Section 553 ed è diretto all'adozione di *rules* e regolamenti di applicazione generale; l'*Adjudication* è prevista dalla Section 554, nella sua versione *formal*, ed è diretta all'emanazione di un *order* nei confronti di uno o più soggetti determinati). Su queste tipologie di procedimento si vedano S. A. SHAPIRO, R.L. GLICKSMAN, *The APA and the Back-End of Regulation: procedures for Informal Adjudication*, *Admin. Law Rev.*, 1159 (2004); G.J. EDLES, *An APA-default presumption for administrative hearings: some thoughts on "ossifying" the adjudication process*, 55 *Admin. Law Review*, 787 (2003); T.TH. ZIAMOU, *Rulemaking, Participation and the Limits of Public*

Al di là degli stimoli di riflessione che possono derivare dalla giurisprudenza ora citata, può poi ancora osservarsi come la Corte Suprema paia essersi mostrata in linea generale piuttosto silente sulle più complicate questioni concernenti la definizione del potenziale raggio d'azione del potere di controllo presidenziale nei confronti delle agenzie indipendenti e la conformazione forzata dell'*administrative policy* che da esso ne può derivare.

La mancanza di una *constitutional doctrine* sul tema – che ben trapasce, tra l'altro, anche nel *Lucia case* appena menzionato, ove appare chiara, secondo quanto già abbiamo sottolineato, la scelta consapevole da parte della Corte di non affrontare simili questioni, benché sottese alla risoluzione del caso oggetto di giudizio⁷⁷ – è forse una delle prime cause del perdurante dibattito a livello giuridico, ma anche politico, circa l'adeguatezza e l'efficacia di un sistema di *presidential administration*, che, secondo quanto a breve diremo, negli ultimi anni e nel

Law in the USA and Europe, Ashgate, 2002; R.E. SCHILLER, *Rulemaking's promise: Administrative law and legal culture in the 1960's and 1970's*, 53 *Admin. Law Rev.*, 1139 (2001); T.D. RAKOFF, *The Choice between formal and informal of administrative regulation*, 52 *Admin. Law Rev.*, 159 (2000). Su questi temi si veda altresì ampiamente B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti*, cit., 60 e ss.

Il testo dell'APA può essere letto nel Title 5 dell'United State Codes, dalla Section 500. In argomento E. GELLHORN, R.M. LEVIN, *Administrative Law and Process in a Nutshell*, St. Paul, Minn., 2003; W. GELLHORN, *The Administrative Procedure Act: the Beginnings*, 72 *Va. Law Rev.*, 231 (1986); e di recente E.D. BERNICK, *Envisioning Administrative Procedure Act Originalism*, *Admin. L. Rev.*, Vol. 70, No. 4, 2018.

Presso la dottrina italiana un'analisi al riguardo è offerta, fra gli altri da, S. BATTINI, B.G. MATTARELLA, A. SANDULLI, *Il procedimento*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 115 e ss.; S. CASSESE, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1998, 1019; nonché G.F. FERRARI, *Il procedimento amministrativo nell'esperienza anglo-americana*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 421; M. COMBA, *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America*, in *Dir. Soc.*, 1992, 269; G. GARDINI, *Legislazione federale e legislazione statale in materia di procedimento amministrativo: l'esperienza degli Stati Uniti*, in *Reg. gov. Loc.*, 1992, 757; G. ARENA, *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 279; R. BETTINI, *Aspetti della partecipazione amministrativa negli USA*, in *Studi parl. Pol. Cost.*, 1975, 117; R. PEREZ, *L'istruzione del procedimento amministrativo (studio sui mezzi di informazione della pubblica amministrazione negli Stati Uniti)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 623.

⁷⁷ Merita al riguardo sottolineare come giudice redattore della *Majority Opinion* nel caso *Lucia* sia V.E. Kagan, maggiore esponente, come già si diceva *infra* al par. 2, della dottrina della *Presidential Administration*.

contesto attuale, di fatto si è imposto, e tuttora s'impone, come *practice* di crescente utilizzo, complici l'incertezza circa la determinazione di una precisa linea di confine tra il ruolo del Congresso e quello del Presidente in rapporto al controllo sull'azione amministrativa e l'assenza di chiarezza sulla corretta allocazione di detti ruoli nell'ottica del principio costituzionale di separazione dei poteri.

6. L'evoluzione del “*political control over agency rulemaking*”: dalla Presidenza di Ronald Reagan alla Presidenza di George W. Bush

Nei primi duecento anni della storia istituzionale americana, la figura presidenziale è stata principalmente costruita in dottrina, e di regola interpretata nella pratica dagli stessi Presidenti, nei limiti di un ruolo di mera supervisione, e non di un potere di decisione a carattere direzionale, da esercitare nei confronti delle diverse amministrazioni federali, fra le quali anche e soprattutto le *independent administrative agencies*⁷⁸.

La tendenza verso un presidenzialismo più accentuato, la tentazione via via crescente dei Presidenti di affermare ed imporre la propria *politics* fino a sostituirla alle decisioni di “*expert*” *agencies*, influenzandone, dirigendone e controllandone i procedimenti di *rulemaking*, comincia a manifestarsi apertamente a partire dagli anni ottanta del secolo scorso⁷⁹. L'avviamento di un simile processo di trasformazione del ruolo della Casa Bianca in seno all'esecutivo si collega al ricorrere di plurimi fattori: la necessità di implementare la *political agenda* come ritorno ad un rafforzamento della figura presidenziale, indebolita dallo scandalo *Watergate* e dalle polemiche politiche sulla guerra

⁷⁸ Si veda in proposito P.L. STRAUSS, *Overseer, or “The Decider”? The President in Administrative Law*, cit., 705 e ss., il quale riporta alcuni esempi del ruolo presidenziale ricoperto in questi termini, per esempio dal Presidente Jackson o dal Presidente Roosevelt.

⁷⁹ Un'interessante analisi in chiave storica sull'esercizio dei poteri presidenziali e la ricerca di una loro giustificazione su base costituzionale, che, a partire da George Washington fino a Barack Obama, evidenzia da un lato i punti di raccordo fra le successive Presidenze e dall'altro lato l'apporto innovativo che ciascun Presidente ha recato con le proprie caratteristiche personali a seconda del contesto sociale, culturale e politico in cui si è trovato ad operare, è offerta nell'opera di H. BRUFF, *Untrodden Ground: How Presidents Interpret the Constitution*, cit.

nel Vietnam; le sfide imposte dal sorgere di nuovi e rilevanti interessi economici implicati nell'attività di regolazione, che già dagli anni settanta aveva cominciato a toccare settori nevralgici come l'ambiente e la salute; la volontà di raggiungere gli obiettivi imposti dal programma elettorale attraverso il controllo degli apparati amministrativi, nonché la conseguente tendenza, sul piano teorico, a sottolineare il ruolo della politica come elemento di correzione e di "equilibrio" fra le scelte imposte dal Congresso a livello normativo e le prassi adottate dalle amministrazioni a carattere tecnico fortemente burocratizzate⁸⁰.

Il primo passo per l'affermazione della *presidential authority* sull'esecutivo viene compiuto dal Presidente Reagan, il quale inaugura una serie di «*self-conscious and openly adopted strategies to exert direct and authoritative influence over the administrative state*»⁸¹.

Le strategie si concentrano, in particolare, su una doppia tipologia di azioni.

In primo luogo si ricorre ad un massiccio esercizio del potere di nomina presidenziale nei confronti dei componenti dello staff delle *agencies*, attraverso la scelta di figure di evidente lealtà verso il Presidente e di sicura condivisione, a livello politico, degli orientamenti della Casa Bianca.

Al riguardo v'è da sottolineare come, dalla Presidenza Reagan fino all'attuale Presidenza Trump, il controllo sull'azione amministrativa sia stato primariamente e preferibilmente attuato proprio attraverso lo strumento del potere di nomina (e talvolta anche di revoca) degli *heads* delle agenzie, o degli *officers* che operano al loro interno, selezionati sulla base di una sicura affidabilità per la realizzazione della *policy* presidenziale. L'analisi che ci ha occupato al paragrafo precedente, con riferimento alle principali pronunce della Corte Suprema sull'estensione e sui limiti dei poteri presidenziali in seno allo stato amministrativo, fornisce, d'altra parte, chiari esempi in tal senso anche relativamente a periodi antecedenti alla Presidenza Reagan. E più di recente, la stessa soluzione al caso *Lucia* del 2018, o meglio gli effetti che dalla soluzio-

⁸⁰ Per tali osservazioni si veda in generale P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"?* *The President in Administrative Law*, cit., 699; nonché, sotto lo specifico profilo dell'esigenza di realizzazione dei programmi elettorali, anche D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico*, cit., 41.

⁸¹ Così J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 554, che richiama le parole di V.E. KAGAN, *Presidential Administration*, cit., 2277.

ne adottata dalla Corte derivano in termini di organizzazione interna alle *independent administrative agencies* per la nomina degli *administrative law judges* – sottratti, come si è visto, allo svolgimento di una procedura selettiva e “affidati” alla designazione (sostanzialmente politica) da parte degli *heads* di nomina presidenziale – paiono pienamente iscriversi in questo ormai collaudato meccanismo d’intervento presidenziale nel *regulatory process* amministrativo.

La seconda linea d’azione inaugurata dal Presidente Reagan appare ancor più innovativa, rispetto all’esperienza dei suoi predecessori, e si concentra nell’emanazione del famoso *Executive Order* 12,291, che per la prima volta esprime una chiara volontà di controllo presidenziale sui contenuti dell’attività regolatoria posta in essere dalle *agencies*. Quest’*Order* impone a tutte le (*non-independent*) *agencies* l’obbligo di effettuare un esame della sostenibilità dei costi e un’analisi costi-benefici sull’adozione delle *major rules*, nonché di seguire, nei limiti consentiti dalla legge, gli obiettivi di *policy* indicati nell’*Order* medesimo, i quali riguardano, ad esempio, la definizione della finalità regolatoria che deve essere orientata verso la scelta di assicurare il beneficio alla collettività «*with the least net cost to society*». L’analisi compiuta in tal senso dalle *agencies* deve, inoltre, essere soggetta al controllo del già menzionato *Office of Information and Regulation Affair* (OIRA), che è un ufficio interno all’*Office of Management and Budget* (OMB), il quale è, a sua volta, parte dell’*Executive Office of the President* (EOP), principale strumento di verifica sull’attuazione della politica presidenziale da parte delle amministrazioni federali⁸².

Come rilevato in dottrina, questo primo *Executive Order* introduce forme di influenza presidenziale sull’attività amministrativa che ancora orbitano nel rispetto dell’autonomia decisionale delle *agencies* e assicurano comunque alcune garanzie di trasparenza nell’esercizio del *rulemaking review* esercitato dall’OIRA. Più cautamente rispetto a quanto vedremo a breve accadere nelle successive presidenze, l’*Order* di Reagan si muove ancora entro la cornice costituzionale dell’*Opi-*

⁸² Nella loro sinergica attività questi tre uffici costituiscono, come più volte vedremo nel corso della nostra analisi, il fulcro dell’azione della Casa Bianca per l’attuazione della *policy* amministrativa, fungendo da rete di coordinamento, e spesso di contenimento e di direzione, dell’operato delle *agencies*. In particolare un’analitica descrizione delle attività dell’OMB e delle forme di controllo presidenziale da tale ufficio implementate fino alla Presidenza Bush II, si veda P.L. STRAUSS, *Overseer, or “The Decider”? The President in Administrative Law*, cit., 718 e ss.

nion in Writing Clause, riconoscendo la sussistenza della responsabilità decisionale in capo all'*agency* e richiedendo la mera comunicazione scritta dell'analisi provvisoria e finale delle *major rules* al Direttore dell'OMB, il quale deve in merito essere consultato, cosicché il suo parere e la risposta in merito elaborata dall'agenzia stessa possano (e debbano) essere pubblicate nel *rulemaking file*⁸³.

Il potere di controllo e di direzione sulle *agencies* si intensifica nettamente, quattro anni più tardi, sotto la Presidenza Clinton⁸⁴. Per comprendere questa fase di sviluppo della *presidential authority* sulle *agencies* (anche a carattere indipendente) è essenziale leggere il già citato e notissimo contributo di V.E. Kagan sulla *Presidential Administration*. L'autrice, all'epoca *professor* e attualmente giudice della Corte Suprema, descrive compiutamente, e apertamente sostiene, il "*Clinton-style presidentialism*" e il suo ruolo "*as a ultimate decider*" dell'*agency action*⁸⁵.

⁸³ Per un'analisi di tale fase ancora embrionale dell'influenza politica del Presidente sull'attività di *rulemaking* si può leggere il contestuale contributo di H. BRUFF, *Presidential Management of Agency Rulemaking*, 57 *Geo. Wash. L. Rev.* 533, 560 (1989).

Ciò che è importante qui sottolineare è proprio il profilo della pubblicazione delle *Director's views* e dell'*agency's response*, e dunque della loro conoscibilità al pubblico. Si tratta di una prassi che verrà via via abbandonata nell'evoluzione dei poteri di controllo presidenziale sulle *agencies*, posto che, come spiega N.A. MENDELSON, *Disclosing "Political" oversight of Agency Decision Making*, 108 *Mich. L. Rev.* 1127, 1150 (2010), durante l'amministrazione Bush sono state fornite solo quarantadue spiegazioni rispetto alle diverse centinaia di *rules* rilevanti nel settore economico e modificate in seguito alle considerazioni espresse dall'OIRA; e ancora, nel primo anno della Presidenza Obama, non sono state fornite spiegazioni per più del novanta per cento di *rules* modificate o annullate in seguito a consultazioni politiche delle *agencies* con gli uffici presidenziali.

⁸⁴ Non segnano, invece, per i profili che qui interessano, un passaggio significativo i quattro anni della Presidenza di George H.W. Bush, che succede a Ronald Reagan dal 1989 al 1993.

⁸⁵ V.E. KAGAN, *Presidential Administration*, cit., 2245 e ss., la quale paradigmaticamente afferma: «[A] line [between oversight and command] remains, and by so often asserting legal authority to direct regulatory decisions, President Clinton crossed from one side of it to other [...]. [T]he explicit and repeated assertion of directive authority probably alters over time [...] the "psychology of government" the understating of agency and White House officials alike of their respective roles and powers. This change, in turn, makes presidential intervention in regulatory matters ever more routine and agency acceptance of this intervention ever more ready [...] a significant enhancement of presidential power» (in part. 2298-2299)

Il Presidente Clinton, osserva, «*ma[de] the regulatory activity of the executive branch agencies more and more an extension of the President's own policy and political agenda*»⁸⁶, ricorrendo a diversi strumenti, fra cui innanzitutto una massiccia continuazione della politica di *regulatory review* avviata dal suo predecessore. Con l'*Executive Order* 12,866 viene, infatti, richiesto ad ogni agenzia di istituire una figura di "*Regulatory Policy Officer*" (RPO) con il compito di «*to assist in regulatory planning and analysis*»⁸⁷. Si tratta di un compito rilevante, posto che l'*agency's regulatory plan*, o altrimenti detto la *regulatory agenda*, consiste nella programmazione preventiva di tutte le attività di regolazione proposte dall'agenzia e viene stilato prima della formale pubblicazione dell'avviso di avvio di una procedimento di *rulemaking*, previsto dall'APA per le garanzie del *notice-and-comment*⁸⁸.

⁸⁶ V.E. KAGAN, *Presidential Administration*, cit., 2248. La desiderabilità di una presidenza "forte" in rapporto all'esercizio dell'azione amministrativa viene giustificata dall'A. in rapporto all'esigenza di promuovere l'*accountability* e l'*effectiveness*. In termini di *accountability* l'identità tra il Presidente e l'amministrazione promuove la trasparenza che «*enable[s] the public to comprehend more accurately the sources and the nature of the public power*» (cfr. in part. 2331-2332), posto che il Presidente è l'unico legame (di fondamento costituzionale) fra i cittadini elettori e l'amministrazione federale. Il controllo presidenziale promuove poi anche una *regulatory effectiveness*, in quanto assicura «*a certain kind of dynamism or energy to administration*» (cfr. in part. 2339).

⁸⁷ Cfr. Exec. Order No. 12,866, § 6(a)(2), 3 C.F.R. 638 (1994), reprinted as amended in 5 U.S.C. §601 (2000), ai sensi del quale: «*[E]ach agency head shall designate a Regulatory Policy Officer who shall report to the agency head. The Regulatory Policy Officer shall be involved at each stage of the regulatory process to foster the development of effective, innovative, and least burdensome regulations and to further the principles set forth in this Executive Order*».

⁸⁸ L'idea della necessaria elaborazione di un *agency's regulatory plan*, o di una *regulatory agenda* nasce già sotto la Presidenza Reagan (con l'*Executive Order* 12,498), al fine di approntare uno strumento di supporto ai vertici politici delle *administrative agencies* per il controllo della pianificazione, anche sotto il profilo del budget, dell'attività di *rulemaking*. L'indicazione è stata poi recepita anche a livello normativo, anche se il Congresso non ha mancato di sottolineare l'assoluta flessibilità di tale strumento programmatico, come nello *Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act* 2000, il quale nel richiedere alle *agencies* la pubblicazione a cadenza semestrale delle *regulatory agendas*, prevede altresì che «*[n]othing in this section precludes an agency from considering or acting on any matter not included in a regulatory flexibility agenda, or requires an agency to consider or act on any matter listed in such agenda*» (5 U.S.C. §§ 601-602 (2000)). Al riguardo, si vedano in particolare C.C. DEMUTH, D.H. GINSBURG, *White House Review of Agency Rulemaking*, 99 *Harv. L. Rev.* 1075, 1085 (1986).

Il controllo presidenziale non si limita, tuttavia, al momento successivo all'emanazione delle *rules*, ma, ed è questa la principale novità, si concentra anche su finalità preventive dell'azione amministrativa.

In primis va sottolineata, al riguardo, l'adozione da parte del Presidente delle cd. *agency's directive* nei confronti degli *heads* delle "executive branch agencies"⁸⁹. La costruzione teorica che sorregge questa *directive authority* poggia sul riconoscimento di un ruolo di direzione presidenziale su tutti gli organi facenti parte dell'esecutivo (attraverso un'interpretazione totalizzante della portata della *Executive Vesting Clause* costituzionale); un ruolo che può quindi ben esercitarsi anche sui vertici delle agenzie e sull'esercizio del *rulemaking power* ad esse normativamente delegato. Ne deriva la già menzionata configurazione del Presidente come "ultimate decider" delle scelte discrezionali amministrative, in un'ampia rivoluzione dei ruoli all'interno del potere esecutivo, che finisce, come efficacemente è stato detto, per comportare «a stronger identity [...] between administration and Administration»⁹⁰.

Ma soprattutto è importante menzionare la prassi, tutta clintoniana, dell'attuazione a livello presidenziale delle *regulatory actions*, le quali, seppur messe in atto originariamente dalle agenzie, vengono fatte proprie dalla Presidenza mediante strategie di comunicazione e diffusione, verso il pubblico ma anche verso gli altri organi dell'amministrazione, che finiscono per determinarne la sostanziale riconducibilità alla Presidenza medesima. Si tratta, sotto questo profilo, di un mutamento nella psicologia dell'approccio presidenziale all'attività amministrativa federale, che, quantomeno sotto il profilo della comunicazione pubblica,

Più in generale, sul procedimento di *rulemaking* e la sua disciplina all'interno dell'APA, si vedano, fra i tanti contributi, T.TH. ZIAMOU, *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the USA and Europe*, cit.; R.E. SCHILLER, *Rulemaking's promise: Administrative law and legal culture in the 1960's and 1970's*, cit., 1139 e ss.; T.D. RAKOFF, *The Choice between formal and informal of administrative regulation*, cit., 159 e ss.; nonché B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle administrative agencies*, cit., 60 e ss.

⁸⁹ È questa l'autorità, nelle parole di V.E. KAGAN, *Presidential Administration*, cit., 2293, che consiste nel «issuing formal directives to executive branch officials regarding the exercise of their statutory discretion». Secondo l'A. deve, inoltre, trattarsi di direttive a carattere obbligatorio.

⁹⁰ Così J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 555.

viene ad essere trasformata e piegata alle logiche attuative della *policy* perseguita dalla Casa Bianca.

Particolare è infine il ricorso allo strumento dei cd. *signing statements*, inaugurato da Clinton, ma soprattutto come vedremo “ereditato” e ampliato nella frequenza di utilizzo nella successiva Presidenza di George W. Bush⁹¹. Nella sua competenza di approvazione delle leggi, ai fini della loro promulgazione, il Presidente esprime con i *signing statements* il proprio punto di vista su alcuni aspetti della normativa che si appresta a sottoscrivere, sollevando dubbi di costituzionalità o comunque di illegittimità, o ancora fornendo interpretazioni sui contenuti di carattere diverso da quanto potrebbe risultare dai lavori che hanno condotto il Congresso alla stesura del testo legislativo⁹². La questione essenziale che l’utilizzo di tale strumento solleva attiene alla legittimità e all’efficacia giuridica di tale medesimo strumento, soprattutto in rapporto alla «*substantive validity of any legal views they express*»⁹³. La scelta del Presidente di manifestare i propri dubbi e preoccupazioni, ed in definitiva il proprio dissenso, rispetto ai contenuti di un *Act* approvato dal Congresso, ricorrendo ad un *signing statement*, anziché esercitando il diritto di veto che la Costituzione americana espressamente gli attribuisce, pone notevoli problemi di collocazione di tale forma di esternazione presidenziale nel sistema delle fonti giuridiche statunitensi. Se, infatti, i *signing statements* debbono intendersi come mere dichiarazioni, la loro rilevanza all’interno dell’ordinamento potrebbe considerarsi pressoché nulla sotto il profilo giuridico, potendo produrre soltanto conseguenze di carattere politico; se, viceversa, agli stessi deve, come pare, attribuirsi un qualche effetto giuridico, la loro introduzione sembrerebbe meritare ben altra considerazione.

La prassi dei *signing statements* è stata, infatti, indicata, da quel-

⁹¹ L’“abitudine” dei Presidenti americani di “ereditare” strumenti di governo utilizzati dai predecessori (cd. *trodden ground*), così come l’abilità di innestare su questi altri strumenti affatto nuovi (cd. *untrodden ground*) è al centro dell’interessante studio di H. BRUFF, *Untrodden Ground: How Presidents Interpret the Constitution*, cit., in part. *Chapters* 13 e 14 (sulla “New Era” inaugurata da Ronald Reagan e proseguita nelle presidenze di George H.W. Bush e Bill Clinton) e *Chapters* 15 e 16, che trattano delle evoluzioni fino alla Presidenza di Barack Obama.

⁹² In proposito si veda l’analisi sul tema offerta da P.L. STRAUSS, *Overseer, or “The Decider”?* *The President in Administrative Law*, cit., 719 e ss.

⁹³ Fondamentale al riguardo è lo studio di C.A. BRADLEY, E.A. POSNER, *Presidential Signing Statements and Executive Power*, 23 *Const. Comment* 307 (2006), i quali manifestano tesi giustificative di tali interventi sotto la Presidenza Bush.

la parte della dottrina americana più critica verso le forme di *strong presidentialism*, come il prodotto di una «*accretion of dangerous power*» all'interno del «*system of checks and balances that has so long kept American government on the rails*»⁹⁴; un passaggio cruciale, quindi, nel superamento della linea di demarcazione fra il ruolo del Presidente come *overseer* nei confronti delle amministrazioni pubbliche ed il ruolo di *decider*, che controlla e dirige le stesse amministrazioni, perfino decidendo in luogo di esse.

Il rischio che si avverte al riguardo è quello di uno stravolgimento del principio della *rule of law*, destinato a ridursi di fronte a siffatto esercizio dell'autorità presidenziale nell'interpretazione di una "*law as rules*"⁹⁵.

È sicuramente con George W. Bush che la *presidentialist practice* si afferma in modo perentorio, con un'interpretazione del ruolo del Presidente che scivola inevitabilmente verso gli assunti teorici proposti dalla dottrina dell'*Unitary Executive*⁹⁶. Un costante esercizio del potere di direttiva nei confronti dei vertici delle agenzie federali, un capillare controllo sull'informazione nell'attività di *rulemaking*, e soprattutto una massiccia produzione di *signing statements*, spesso diretti a mettere in discussione i *congressional acts* per una pretesa incostituzionalità sotto profili più o meno direttamente riguardanti "*the executive's absolute authority*"⁹⁷, rappresentano senza dubbio tappe fondamentali nella costruzione della figura di un Presidente che è api-

⁹⁴ P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"? The President in Administrative Law*, cit., 701. Nello stesso senso T. MORRISON, *Constitutional Avoidance in the Executive Branch*, 106 *Colum. L. Rev.* 1189, 1249 (2006). Sul tema si vedano anche i lavori del SYMPOSIUM, *The Last Word? The Constitutional Implications of Presidential Signing Statements*, 16 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 1(2007), disponibile anche al sito *wm.edu*.

⁹⁵ Così si esprime P.M. SHANE, *Presidential Signing Statements and the Rule of Law as an "Unstructured Institution"*, 16 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 231 (2007).

⁹⁶ Sulla *Unitary Executive Theory* si rinvia a quanto già descritto *supra* al par. 2. Fra gli esponenti di tale orientamento dottrinale si possono qui richiamare, soprattutto, C.S. YOO, S.G. CALABRESI, A.J. COLANGELO, *The Unitary Executive in the Modern Era*, cit., 601; S. B. PRAKASH, *The Essential Meaning of Executive Power*, cit., 701; S.G. CALABRESI, S.B. PRAKASH, *The President Power to Execute the Laws*, cit., 541; S.C. CALABRESI, K.H. RHODES, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, cit., 1153.

⁹⁷ Per la completa descrizione dei 43 *Signing Statements* emanati da George W. Bush negli otto anni di presidenza cfr. N. KINKOPF, P.M. SHANE, *Signed Under Protest: A Database of Presidential Signing Statements, 2001-2009 (Version 2.0)*, *Ohio State Public Law Working Paper No.* 141, 2011.

ce dello stato amministrativo statunitense, capace di modellare con la propria autorità ogni aspetto dell'*administrative policy* federale.

Gli esempi sotto la presidenza Bush sono in tal senso molteplici. Fra questi basti qui rammentare, quale paradigma sull'utilizzo dei *signing statements* per l'affermazione di una maggiore autorità presidenziale da esercitare anche sotto il profilo della nomina delle posizioni apicali delle *administrative agencies*, il caso relativo alla designazione delle *leaderships* per il *Postal Service* e per la *Federal Emergency Management Administration* (FEMA). Agli *Acts* che ponevano fra le condizioni di nomina la necessità di requisiti manageriali e che richiedevano agli amministratori così nominati l'obbligo di presentare periodici "*informational reports*" contestualmente al Congresso e al Presidente (e dunque senza una preventiva approvazione della Casa Bianca)⁹⁸, il Presidente Bush si opponeva con due *signing statements*⁹⁹, nei quali obiettava l'incostituzionalità delle relative previsioni in quanto escludevano dalla possibilità di nomina un ampio numero di soggetti che avrebbero potuto risultare più qualificati per esperienza e competenza (soggetti che ovviamente avrebbero dovuto essere indicati dal Presidente medesimo), e in definitiva poiché producevano il risultato di «*undercut the President's necessary constitutional authority*»¹⁰⁰.

Il caso è interessante, in quanto evidenzia, ancora una volta, come la volontà di affermare l'autorità presidenziale nel controllo sull'azione amministrativa passi attraverso la questione della nomina dei vertici delle *agencies*; questione che, come già in più occasioni abbiamo potuto notare, costituisce uno dei nodi cruciali in cui emerge la tensione fra *politics* e *administration* all'interno del sistema americano, e rappresenta, per così dire, la "palestra" preferenziale per l'esercizio del *muscular presidentialism* all'interno dell'esecutivo.

Una tappa fondamentale nell'estensione dei poteri presidenziali sui processi di *decision-making* delle *agencies* è stata poi segnata dal notissi-

⁹⁸ Si tratta rispettivamente del *Postal Accountability and Enhancement Act* 2006 (Pub. L. No. 109-435, 120 Stat. 3198) e del *Department of Homeland Security Appropriations Act* 2007 (Pub. L. No. 109-295, § 611(11), 120 Stat. 1355, 1397).

⁹⁹ *Statement on Signing H.R. 6407, the "Postal Accountability and Enhancement Act"*, 42 *Weekly Comp. Pres. Doc.* 2196 (Dec. 20, 2006); *Statement on Signing the Department of Homeland Security Appropriations Act, 2007*, 42 *Weekly Comp. Pres. Doc.* 1742, 1743 (Oct. 4, 2006).

¹⁰⁰ Così P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"? The President in Administrative Law*, cit., 700, il quale descrive analiticamente il caso di cui nel testo (in part. 721 e ss.).

mo *Executive Order* 13,422 del 2007¹⁰¹. Con questo *Order* il Presidente Bush ha intensificato il controllo sull'operato delle agenzie indipendenti, riformando il precedente *Order* 12,866, con il quale, come già abbiamo ricordato, Clinton istituiva il “*Regulatory Policy Officer*” (RPO)¹⁰².

Le modifiche principali hanno riguardato da un lato il profilo soggettivo della titolarità di tale compito, dall'altro il profilo contenutistico relativo al suo svolgimento. Sotto il primo profilo, il RPO è diventato “*a presidential appointee*”, che doveva essere nominato – e che poteva quindi anche essere revocato – dal Presidente medesimo, in coordinamento con le indicazioni date dall'OMB¹⁰³.

Il secondo profilo attiene, invece, al *modus procedendi* delle *agencies* nella loro attività di *rulemaking*, la cui programmazione è diventata obbligatoriamente soggetta all'approvazione del RPO di nomina presidenziale. Come disposto nell'*Order* 13,422: «*[u]nless specifically authorized by the head of the agency, no rulemaking shall commence nor be included on the [agency's regulatory] Plan without the approval of the agency's Regulatory Policy Office[r]*»¹⁰⁴. A ciò si aggiunga l'abrogazione delle disposizioni contenute nell'E.O. di Clinton, secondo le quali il RPO doveva presentare un *report* della propria attività all'*agency head*, al quale spettava, inoltre, il potere di approvazione del programma regolatorio adottato dall'agenzia.

¹⁰¹ Exec. Order No. 13,422, 72 Fed. Reg. 2763 (Jan. 18, 2007).

¹⁰² Cfr. Exec. Order No. 12,866, cit. Come già detto *supra* nel testo, si tratta del primo E.O. presidenziale che intensifica il ruolo di supervisione, e finanche di controllo, sul *rulemaking* da parte del Presidente. Ciò è più evidente se si comparano le sue disposizioni con l'E.O. 12,291 del Presidente Reagan (Exec. Order No. 12,291, 3 C.F.R. 127 (1982), che ancora dimostra un fermo rispetto dell'autonomia decisionale delle *agencies* e garantisce forme di trasparenza nell'esercizio del *rulemaking review* esercitato dall'OMB.

¹⁰³ Come rileva P.L. STRAUSS, *Overseer, or “The Decider”?* *The President in Administrative Law*, cit., 736, non era chiarito nell'E.O. se la nomina dovesse essere confermata o no dal Senato.

Merita ancora ricordare che l'OMB è parte dell'*Executive Office of the President* (EOP) e come tale la sua attività è finalizzata a coadiuvare il Presidente nella sua attività di governo, in particolare attraverso tali funzioni: «a) *Budget development and execution*; b) *Management – oversight on agency performance, federal procurement, financial management and information*; c) *Coordination and review of all significant federal regulation by executive agencies*; d) *Legislative clearance and coordination*; e) *Executive Orders and presidential memoranda to agency heads and officials*». Cfr. il sito web ufficiale *whitehouse.gov*.

¹⁰⁴ Exec. Order No. 13,422, cit., § 4(b).

Soltanto una parziale eccezione viene introdotta per le *independent regulatory commissions*, alle quali non si applica la previsione relativa alla nomina presidenziale del RPO, ma che sono invece soggette alla necessaria approvazione dell'attività di *rulemaking* da parte del RPO, che deve essere comunque designato dai vertici delle *Commissions*, sulla base dei requisiti indicati per tale figura nell'*Executive Order*¹⁰⁵.

Fra le modifiche e le abrogazioni operate sulla precedente disciplina, l'effetto generale prodotto dall'*Order* 13,422 è stato, dunque, quello di ridurre l'azione di controllo esercitata dai vertici delle agenzie indipendenti a favore di un incremento del controllo presidenziale sull'attività regolatoria delle medesime; un incremento disposto ed esercitato in via unilaterale dal Presidente senza il contro-bilanciamento di un'eventuale autorizzazione da parte del Congresso¹⁰⁶.

Com'è stato detto, l'emanazione di tale *Order*, «*by requiring the approval of an official loyal to the administration before an agency takes action*», ha segnato un passaggio cruciale nel progressivo processo di destabilizzazione del difficile, ma necessario, equilibrio «*between politicians and experts, between politics and law, that characterizes agency rulemaking*»¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cfr. Exec. Order No. 13,422, cit., § 4(c). Presso le *independent regulatory commissions* il RPO, era nominato dagli *Heads* della *Commission*, come ricorda al riguardo P.L. STRAUSS, *Politics and agencies in the administrative state: the U.S. case*, cit., 48, il quale precisa altresì come, sempre sotto la Presidenza Bush, «*Executive agencies, but not the independent bodies, are then required to engage in costs-benefit analysis procedures under the supervision of a White House office, the Office of Information and Regulatory Analysis (OIRA) for their important individual rulemakings*».

¹⁰⁶ Come afferma P.L. STRAUSS, *The President and the Constitution*, cit., 1152-1153 (2015), con questo E.O. «*The White House had effectively wrested control over agency rulemaking from the hands into which Congress had place it*». L'A. ricorda poi come anche i successivi due anni della Presidenza Bush siano stati connotati da una politica presidenziale fortemente interferente, se non addirittura annientatrice, dell'attività amministrativa tecnica del *rulemaking*. Citando lo studio di H. KITROSSER, *Accountability and Administrative Structure*, 45 *Willamette L. Rev.* 607, 608 09 (2008), viene ad esempio ricordato il fatto dell'eliminazione del *greenhouse gas rulemaking* da parte dell'OIRA del Presidente Bush, ottenuta semplicemente attraverso il rifiuto di ricevere e valutare la complessa analisi scientifica e le proposte regolatorie che l'*Environmental Protection Agency* (EPA) aveva sviluppato in applicazione della decisione della Corte Suprema sul caso *Massachussets v. EPA*, 549 U.S. 497 (2007).

¹⁰⁷ P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"? The President in Administrative Law*, cit., 702.

7. La nuova “*Presidential Administration*” di Barack Obama

La crescente politicizzazione dei processi decisionali amministrativi a carattere tecnico, che ha marcatamente caratterizzato la presidenza di George W. Bush, diventa per Barack Obama uno degli elementi su cui concentrare la prima campagna elettorale, nel dichiarato obiettivo di riaffermare e di garantire l'integrità e l'indipendenza decisionale delle *agencies* nei processi di regolazione tecnica, di cui per legge sono i soggetti esclusivamente competenti. Tuttavia, soprattutto nel secondo mandato, la difficoltà di fronteggiare un Congresso a maggioranza repubblicana tendenzialmente ostile, e per questo poco funzionale alla realizzazione del programma presidenziale, ha spinto il Presidente Obama ad un rinnovato massiccio ricorso a strumenti di *self-help* ed al compimento di «*further steps toward tight political control of government regulatory effort*»¹⁰⁸. La sua politica amministrativa risulta di difficile descrizione, in quanto animata al suo interno da continue tensioni che, su diversi fronti – come, per esempio, vedremo a breve nei confronti del rapporto con l'informazione pubblica, nell'attuazione di principi quali la trasparenza amministrativa o nel riferimento alle valutazioni a carattere tecnico-scientifico –, evidenziano l'incontro, e lo scontro, fra la volontà di valorizzare la figura di un Presidente responsabile, rispettoso e collaborativo nei riguardi dell'apparato federale delle *independent administrative agencies* e la necessità, sempre più stringente nel procedere dell'incarico, di “dominare” gli apparati burocratici amministrativi per la realizzazione della propria *policy* presidenziale¹⁰⁹.

L'essenza del processo di costruzione dell'*administrative state* realizzato dal Presidente Obama si esprime attraverso il ricorso a tre

¹⁰⁸ Così ancora P.L. STRAUSS, *The President and the Constitution*, cit., 1153.

L'inevitabilità di un rafforzamento dei poteri presidenziali nei più recenti contesti politici delle ultime presidenze è d'altra parte sottolineato nei contributi che variamente si occupano del tema della separazione dei poteri nel sistema statunitense. Si vedano, fra i molti, oltre ai contributi fin qui già citati, E. CANTU, *The Separation of Powers and the Least Dangerous Branch*, 13 *Geo. J. L. & Pub. Pol'y* 1 (2015); W.P. MARSHALL, *Eleven Reasons Why Presidential Power Inevitably Expands and Why It Matters*, 88 *B.U. L. Rev.* 505 (2008).

¹⁰⁹ Per una migliore comprensione della figura di Presidente, come ideata in teoria e come realizzata in concreto da Barack Obama, si veda soprattutto la bella analisi di H. BRUFF, *Untrodden Ground: How Presidents Interpret the Constitution*, cit., 427 e ss.

strumenti principali¹¹⁰: una (piuttosto timida) riforma del sistema di *regulatory review* ereditato dal suo predecessore, il rinnovato ricorso alle *presidential directives* già massicciamente utilizzate da Clinton, e l'originale istituzione di un "nuovo stato di burocrazia"¹¹¹, attraverso la creazione dei cd. *czars*, funzionari nominati e diretti dallo stesso Presidente ed incaricati di attuare gli obiettivi politico-amministrativi della Casa Bianca.

Sotto il profilo della *regulatory review*, Obama fin dal suo insediamento manifesta l'intenzione di ripristinare il rapporto di collaborazione fra la Presidenza e le *administrative agencies*, che un esercizio eccessivo della *presidential authority* sotto la precedente presidenza Bush aveva inevitabilmente compromesso. L'effetto è quello di un sostanziale ritorno al sistema di valutazione del *rulemaking* attuato attraverso le funzioni dell'OIRA che erano originariamente state stabilite da Bush. Con il primo *Executive Order* No. 13,497 del 2009 è, infatti, revocato il notissimo e tanto discusso E.O No. 13,422, e viene stabilito un programma di revisione regolatoria sulla falsariga del modello clintoniano¹¹².

Il passaggio, seppur non particolarmente significativo sotto il profilo dei contenuti riformatori del sistema di controllo sull'azione delle *independent administrative agencies*, va segnalato come manifestazione della volontà del Presidente Obama di rientrare entro i confini dell'esercizio di un potere di supervisione dell'attività di *rulemaking* che non finisca per tracimare, come accaduto nella precedente presidenza Bush, in una *presidential authority* imposta in via unilaterale al fine esclusivo di dirigere l'operato delle agenzie federali. Utilizzando il riferimento alle categorie dottrinali già previamente illustrate, potrebbe riconoscersi in ciò l'abbandono di un'applicazione pratica dell'*Unitary*

¹¹⁰ Nei termini di una "*Construction of the Administrative State*" da parte del Presidente Obama, soprattutto in contrapposizione a quella che viceversa viene descritta come una "*Deconstruction*" operata dall'attuale Presidente Trump (su cui nel testo torneremo *infra* ai par. 8 e ss.) cfr. J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 588.

¹¹¹ Così definiti da H. BRUFF, *Untrodden Ground: How Presidents Interpret the Constitution*, cit., 488-89, che guarda, fra l'altro, con favore a questa nuova e particolare figura di funzionari responsabili della realizzazione della politica presidenziale.

¹¹² Exec. Order No. 13,497, 74 Fed. Reg. 6, 113 (Feb. 4, 2009). Per una completa analisi delle azioni intraprese dal Presidente Obama in tema di *regulatory review* si veda il fondamentale contributo di R.V. PERCIVAL, *Who's in Charge? Does the President Have Directive Authority Over Agency Regulatory Decisions?*, cit., 2530 e ss.

Executive Theory (ispiratrice del presidenzialismo forte di George W. Bush) ed il ritorno ad una forma di *Presidential Administration* (già tipicamente propria della presidenza Clinton), seppur qui attuata, come vedremo, attraverso strumenti parzialmente diversi¹¹³.

Sottesa al primo E.O. del 2009, vi è comunque la volontà del Presidente Obama di provvedere ad una più complessa riforma del sistema di *regulatory review*; riforma che viene attuata con l'*Executive Order* No. 15,563 del 2011¹¹⁴.

Dal punto di vista strutturale, in realtà anche l'E.O. del 2011 non apporta sostanziali modifiche rispetto a quanto era già stato previsto con l'E.O. 12,866 emanato da Clinton. Questa sorta di "conservatorismo amministrativo" si incentra soprattutto nella riedizione del ruolo centrale svolto dall'OIRA nel rapporto con le agenzie e nell'attuazione dei loro programmi regolatori, nonché nella conferma delle originarie funzioni del RPO, quale elemento di collegamento con l'OIRA all'interno di ciascuna agenzia per i principali profili di pianificazione e di analisi della relativa attività amministrativa¹¹⁵. Anche l'eccezione nei confronti delle *independent regulatory commissions* viene ripristinata, cosicché a queste viene semplicemente raccomandata l'adesione alle

¹¹³ Per la descrizione di tali modelli dottrinali sulla definizione dei poteri del Presidente in rapporto all'amministrazione federale si rinvia a quanto già descritto *supra* al par. 2.

¹¹⁴ Exec. Order No. 13,563, 76 Fed. Reg. 3,821 (Jan. 21, 2011). La volontà di approntare tale riforma era stata già affermata dal Presidente Obama nel *Memorandum for the Heads of Exec. Dep'ts & Agencies* (Jan. 30, 2009) 74 Fed. Reg. 5977 (2009).

¹¹⁵ Di "administrative conservatism" parlano in tal senso J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 589, i quali ne collegano le ragioni ad una sorta di «regulatory skepticism in President Obama», ovvero in un atteggiamento presidenziale di non elevata considerazione dello strumento regolatorio e di una preferenza spiccata per l'introduzione di riforme amministrative attraverso "new laws" e quindi con *statutes* federali. Un esempio fra tutti è sicuramente quello della riforma del settore sanitario, avviata con il *Patient Protection and Affordable Care Act* del 2010 (noto come l'*Obamacare*). Richiamano ancora sul punto gli A. l'articolo di B. APPLEBAUM, M.D. SHEAR, *The Obama Era, Part. I: The Regulator in Chief*, apparso sul *N.Y. Times* (Aug. 13, 2016), in cui si sottolinea come il Presidente «entered office [...] determined to make his mark by passing bold new laws, not by tinkering with "rules"» e come tale suo atteggiamento di «skeptical streak when it came to the value of the regulation» sia stato influenzato dall'Harvard Law Professor Cass R. Sunstein «who had long argued that the government should more rigorously assess the benefits of new regulations». Obama, come conclude l'articolo, «liked that idea so much that he named Mr. Sunstein to lead OIRA».

regole di coordinamento e supervisione introdotte dall'E.O, senza alcuna efficacia obbligatoria nei loro confronti¹¹⁶.

L'aspetto più interessante della riforma riguarda, invece, la definizione dei contenuti dell'attività regolatoria, ed in particolare dei principi e dei valori che preferibilmente devono guidare le *agencies* nell'espletamento di tale attività. Sulla premessa programmatica secondo la quale «*nothing in this order shall be construed to impair or otherwise affect [...] authority granted by law to a department or agency, or the head thereof*»¹¹⁷, vengono indicati alcuni obiettivi diretti all'attuazione di una regolazione imparziale, all'efficace raggiungimento dei risultati, alla flessibilità nell'approccio regolatorio e al conseguente ricorso a strumenti comunicativi, di preavviso o di diffusione di informazioni tecniche. La procedura di analisi costi-benefici, in cui deve praticamente sostanzarsi l'attuazione della scelta regolatoria da parte dell'agenzia, viene arricchita di ulteriori elementi di valutazione che esulano dal mero aspetto economico, per dirigersi verso l'inserimento di altri valori quali, ad esempio, la giustizia, la dignità, l'equità¹¹⁸, e l'applicazione di particolari criteri come il «*climate-conscious reasoning*»¹¹⁹ e la «*scientific integrity*» negli *administrative processes*.

¹¹⁶ Ciò viene in particolare esplicitato dal Presidente Obama con il successivo Exec. Order No. 13,579, 76 Fed. Reg. 41,587 (July 14, 2011).

¹¹⁷ Exec. Order No. 13,563, cit., §7(b).

¹¹⁸ Su tali aspetti S. ROSE-ACKERMAN, *Putting Cost-Benefit Analysis in Its Place: Rethinking Regulatory Review*, 65 *U. Miami L. Rev.* 335 (2011).

¹¹⁹ Molteplici possono essere gli esempi sotto la Presidenza Obama dell'introduzione di criteri di tutela ambientale all'interno dell'analisi costi-benefici in ambito regolatorio, come ben illustra il contributo di Y. HOSHIJIMA, *Presidential Administration and the Durability of Climate-Consciousness*, 127 *Yale L.J.* 170 (2017).

Basti qui menzionare la paradigmatica istituzione di un *inter-agency working group* con il compito di valutare «*the social cost of carbon emissions*», quale base comune per «*cost-benefit calculations across multiple agency rulemaking processes*», cui consegue l'applicazione del criterio guida in base al quale «*the higher the quantified cost of carbon pollution, the more regulation to combat carbon emissions became justified*». Cfr. *Interagency Working Grp. on Soc. Cost of Carbon, Technical Update of the Social Cost of Carbon for Regulatory Impact Analysis Under Executive Order 12866* (May 2013, Rev. July 2015), così commentata da J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 590.

L'attenzione verso la garanzia di una *saved-life* all'interno della *cost-benefit regulatory analysis* ha di regola garantito sotto la Presidenza Obama una spinta ad una regolazione più efficace, anche se a volte la sua applicazione ha piuttosto intralciato la stessa *pro-regulatory policy* presidenziale. Curioso è il caso della *cost-benefits analysis* condotta dalla *Food and Drug Administration* (FDA) in relazione al consumo di

È in particolare su tale ultimo criterio che pare interessante soffermarsi, in quanto proprio l'inserimento della *scientific integrity* nell'analisi prodromica allo svolgimento delle procedure regolatorie disvela uno dei tratti più marcati della *policy* presidenziale di Obama, dichiaratamente concentrata nello sforzo di realizzare «*a strong push for transparency and political non intervention in public study and dissemination of conclusion about science and technology*»¹²⁰. Tuttavia, come rilevato da attenta dottrina, l'aspetto della *scientific integrity* costituisce

tabacco e all'utilizzo delle sigarette elettroniche nella popolazione americana. Con il *Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act* del 2009 (21 U.S.C. §§387-87t) il Congresso aveva attribuito una competenza regolatoria in materia di fumo e tabacco alla FDA, la quale, alcuni anni dopo, nel 2014, nel tentativo di addivenire ad una regolazione in materia, pubblicava una *Preliminary Regulatory Impact Analysis*. In tale analisi, a carattere economico-scientifico, i benefici alla salute fisica della popolazione derivanti dalla riduzione del consumo di sigarette e prodotti similari (tra cui anche le sigarette elettroniche) venivano "bilanciati" con un altro valore, egualmente attinente alla sfera della *saved-life*, ovvero la cd. "*lost happiness*", la perdita di felicità che ai fumatori abituali avrebbe potuto derivare dalla riduzione o dalla cessazione del consumo di tabacco. L'inserimento di tale elemento valutativo, addirittura qualificato nel documento della *Impact Analysis* come "*welfare gain ratio*" (cfr. in part. p. 52), ha comportato il rischio di indebolire l'efficacia della *regulation*, e di fatto ne ha paralizzato la prosecuzione, aprendo il fianco a possibili cedimenti dell'autorità regolatoria della FDA di fronte alle pressioni economiche dell'industria del tabacco, che dall'introduzione del criterio della *lost happiness* ha finito per trarre un indiscutibile beneficio. Per una descrizione del caso cfr. M. BERMAN, *Cost-Benefit Analysis, the FDA, and Tobacco*, *Yale J. On Reg.: Notice & Comment* (Sept. 16, 2014), in *yalejreg.com*; S. TAVERNISE, *In New Calculus on Smoking. It's Health Gained vs. Pleasure Lost*, *N.Y. Times* (Aug. 6, 2014), in *nytimes.com*; C. WEXLER, *How much is the "Lost Pleasure" from a Cigarette Worth?*, *LiveScience* (June 24, 2014), in *livescience.com*.

¹²⁰ J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 591.

Si veda al riguardo quanto espresso nel *Memorandum for the Heads of Exec. Dep'ts and Agencies*, 74 Fed. Reg. 10,671 (Mar. 9, 2009): «*Political officials should not suppress or alter scientific or technological findings and conclusions. If scientific and technological information is developed and used by law, there should be transparency in the preparation, identification, and use of scientific and technological information in policymaking. The selection of scientists and technology professionals for positions in the executive branch should be based on their scientific and technological knowledge, credentials, experience, and integrity*». Peraltro, come ricorda H. KITROSSER, *Scientific Integrity: The Perils and Promise of White House Administration*, 79 *Fordham L. Review* 2395 (2011), questo Memorandum, diretto al *Director of the White House Office of Science and Technology Policy (OSTP)* affinché sviluppasse entro 120 giorni raccomandazioni «*for Presidential action designed to guarantee scientific integrity throughout the executive branch*», è finito per sfociare nell'adozione da parte di quest'ultimo

anche l'occasione per evidenziare la cruciale esistenza di una tensione interna all'amministrazione presidenziale fra «*a rhetorical commitment to transparency and a fanatical devotion to message control*»¹²¹. Com'è stato correttamente rilevato «*activities that mix politics and science – such as where a policy decision is justified partly by scientific conclusions or where scientists assess and report on the efficacy of government actions already taken – offer both opportunity and temptation for policymakers to shape scientific “facts” to support their desired outcomes. Such information control may entail keeping certain facts secret. It may also involve attempts to manipulate information that does get released*»¹²².

L'aspirazione ad attuare un'*information integrity*, che soprattutto nel rapporto con la scienza e con la tecnica, assicuri l'apparenza di un'amministrazione trasparente, imparziale e priva di interferenze di carattere meramente politico, convive, nella presidenza Obama, con l'opposta tendenza all'*information control*, ovvero con quello sforzo sistematico che la Casa Bianca ha posto in atto non solo per mantenere la segretezza in alcuni settori politicamente delicati, ma anche per modellare la comunicazione delle informazioni destinate al pubblico in generale, o a gruppi più ristretti (come i *congressional committees*), così da renderle conformi al raggiungimento degli obiettivi posti nel programma di governo¹²³.

Si tratta, peraltro, di una caratteristica comune a tutte le più recenti presidenze americane, presso le quali viene fortemente avvertito il beneficio di una teorizzazione e pubblicizzazione di un modello di amministrazione trasparente e aperta all'apporto tecnico-scientifico, ma al contempo è radicata la consapevolezza circa la responsabilità che i

di un documento di sole quattro pagine contenenti indicazioni per le agenzie del tutto astratte e generiche.

¹²¹ Fondamentale in tal senso è lo studio di H. KITROSSER, *Scientific Integrity: The Perils and Promise of White House Administration*, cit., 2395 e ss. (in part. 2396), la quale cita questa frase di Jeff Ruch, the *Executive Director of the Group Public Employees for Environmental Responsibility* (PEER), riportata da D. FROMKIN, *Despite Obama's Lofty Words, Scientific Integrity Rules Are Lagging*, *Huffington Post* (July 9, 2010), in *huffingtonpost.com*.

¹²² Così H. KITROSSER, *Scientific Integrity: The Perils and Promise of White House Administration*, cit., 2396-2397.

¹²³ Le nozioni di *Information Integrity* e di *Information Control* si devono ancora a H. KITROSSER, *Scientific Integrity: The Perils and Promise of White House Administration*, cit., 2397.

cittadini, nel bene e nel male, puntualmente attribuiscono loro per ogni evento o cambiamento della politica amministrativa su scala nazionale. In questo senso gli Stati Uniti vivono in quella che è stata definita l'età della “*rethorical presidency*”¹²⁴, nella quale ci si attende dai Presidenti «*not only to resolve, but to say all the right things about national problems*»¹²⁵.

Per tale ragione non deve sorprendere se un Presidente come Barack Obama, convinto assertore di un'amministrazione trasparente, informata ed informatrice, si sia talvolta rivelato nel concreto fautore di prassi dirette a modellare la percezione pubblica, anche attraverso l'asservimento della tecnica e della scienza al raggiungimento dei propri *political goals*¹²⁶.

Per raggiungere questi obiettivi gli strumenti utilizzati dal Presidente Obama non si sono ridotti alla sola iniziativa di *regulatory review*, che anzi, come già detto, non è inizialmente fra le priorità dell'agenda presidenziale, più concentrata su obiettivi di riforma legislativa. Tuttavia, almeno nella seconda metà della presidenza, l'iniziativa regolatoria si fa sicuramente più intensa nel contesto dello sdoppiamento politico derivante dalle difficoltà di rapporto con il Congresso a maggioranza repubblicana.

¹²⁴ Il riferimento è al fondamentale studio di J.K. TULIS, *The Rethorical Presidency*, Princeton, 1987 (New Edition 2017).

¹²⁵ H. KITROSSER, *Scientific Integrity: The Perils and Promise of White House Administration*, cit., 2396.

¹²⁶ Emblematico in tal senso è il caso *Tummino v. Hamburg*, 936 F. Supp. 2d 162, 170-71 (E.D.N.Y. 2013), in cui è stata ritenuta illegittima, in applicazione dell'*arbitrary and capricious test*, la decisione della *Food and Drug Administration* (FDA) di negare l'approvazione del “Plan B One-Step” (e cioè la contraccettione d'emergenza della cd. “pillola del giorno dopo”) «*as an over-the-counter (OTC) drug without age restrictions*». Nella pronuncia si accerta come sulla decisione dell'*agency* abbia pesantemente influito l'intervento a carattere prettamente politico della *Secretary of the Department of Health and Human Services* (HHS). Come si legge nella pronuncia, seppur teoricamente fondata su pretese ragioni scientifiche «*the [HHS] Secretary's decision to retain behind-the-counter status for Plan B One-Step was based on politics rather than science*». Per un commento al riguardo R.C. PYLE, C.M. BAST, *Cases, Commentary and Etics*, Sixth ed., Boston, 2016, 390 e ss.; J.L. MASHAW, *Reasoned Administration and Democratic Legitimacy*, Cambridge, 2018, 150. Riflettono sulla tendenza dell'*Obama Administration* a «*meddling in science when it suited political goals*» anche J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 591, nonché ancor più diffusamente H. KITROSSER, *Scientific Integrity: The Perils and Promise of White House Administration*, cit., 2406 e ss.

Un altro strumento, anch'esso ereditato dal modello della Presidenza Clinton, è il ricorso all'emanazione di direttive rivolte all'attenzione delle agenzie federali. Le *Presidential Directives*, a volte emanate sotto forma di *Executive Orders*, a volte contenute all'interno di *Memoranda* diretti ai vertici di dipartimenti e agenzie, riguardano molteplici aspetti della *policy* presidenziale, tendenzialmente diretta a rovesciare le politiche regolatorie intraprese dal predecessore Bush, in ambiti quali la protezione ambientale, il risparmio energetico, l'incentivazione allo sviluppo di attività scientifiche finalizzate, ad esempio, alla protezione di animali in via di estinzione o alla promozione di biocarburanti¹²⁷.

La più rilevante novità della Presidenza Obama nel rapporto con le agenzie federali si manifesta, tuttavia, sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa con l'istituzione dei cd. *czars*, consiglieri del Presidente collocati dal punto di vista funzionale (anche se non formale) all'interno dell'*Executive Office of the President* (EOP). Già altri Presidenti, come per esempio Clinton, avevano tentato di istituire meccanismi di centralizzazione del *policymaking* all'interno della Casa Bianca¹²⁸, ma l'utilizzo degli *czars*, quali figure di riferimento incaricate del

¹²⁷ Un resoconto dettagliato di tali *Presidential Directives* con la descrizione dei diversi ambiti d'intervento è contenuto in R.V. PERCIVAL, *Who's in Charge? Does the President Have Directive Authority Over Agency Regulatory Decisions?*, cit., 2530 e ss., il quale riporta come già soltanto nei primi due anni di mandato Obama ha emesso 74 *Executive Orders* contenenti *Presidential Directives*. Fra questi, ad esempio, l'*Executive Order* 13,514 del 2009 che imponeva alle agenzie l'obbligo di fissare degli obiettivi per il controllo delle emissioni di gas serra da queste prodotti e ordinava l'adozione di misure per il risparmio energetico, la riduzione degli sprechi, il risparmio dell'acqua, l'acquisto di prodotti ecologici, ecc. Quali esempi di direttive espresse nella forma di *memoranda*, si veda ad esempio il *Memorandum, The Energy Independence and Security Act of 2007* (Jan. 26, 2009) 74 Fed. Reg. 4907 e il *Memorandum from the H. Comm. On Oversight and Government Reform on the EPA'S Denial of the California Waiver* (May 19, 2008), indirizzati al dirigente capo dell'EPA ed al vertice della *National Highway Traffic Safety Administration* (NHTSA) per richiedere la fissazione di standard più stringenti in tema di emissioni inquinanti. In proposito si veda anche D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico*, cit., 118. Sull'utilizzo delle direttive presidenziali come stimolo all'attività regolatoria delle agenzie H.H. Bruff, *Presidential Power Meets Bureaucratic Expertise*, 12 *U. Pa. J. Const. L.* 461 (2010), in part. 487.

¹²⁸ Ricordano, al riguardo, J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 592, la creazione da parte del Presidente Clinton del *National Economic Council* e l'esistenza all'interno della Casa Bianca già dagli anni settanta del secolo scorso dell'*Office of Science and Technology Policy* e del *Council on Environmental Quality*.

controllo e del coordinamento delle principali *policy areas* nelle quali intende esercitarsi l'autorità presidenziale, diventa con Obama uno strumento impiegato «*far more pervasively than any previous administration*»¹²⁹. Personalmente scelti e diretti dal Presidente (a differenza dei capi di dipartimento la cui nomina richiede la conferma del Senato), investiti della responsabilità di implementare gli obiettivi politico-amministrativi nelle specifiche aree loro assegnate, questi “*high-profile czars*”, quali esperti di alto e riconosciuto livello tecnico, proliferano nei più diversi settori dell'attività governativa, soprattutto in presenza di situazioni critiche, di particolari contingenze, di condizioni d'emergenza, o comunque laddove venga richiesta una particolare risposta in termini di efficacia ed efficienza a determinate esigenze dell'amministrazione federale¹³⁰. La loro istituzione, spesso legata ad un'esigenza di risposta politica ad una determinata situazione contingente, più che ad una effettiva necessità di riorganizzazione amministrativa degli uffici di governo, è frutto di quella sorta di corto circuito che nell'*administrative state* statunitense, sta conducendo, come già più volte abbiamo avuto modo di osservare, verso forme sempre più accentuate di controllo presidenziale sull'azione amministrativa, cui si connette un sempre crescente *favor* da parte della cittadinanza americana: «*The more presidents take control, the more the public expects them to exercise it – whatever the formal statutory allocation of authority*»¹³¹.

¹²⁹ Così A.J. SAIGER, *Obama's "Czars" for Domestic Policy and the Law of the White House Staff*, 79 *Fordham L. Rev.* 2577 (2011), in part. 2578. Analogamente K.A. WATTS, *Controlling Presidential Control*, 114 *Mich. L. Rev.* 683 (2016) 704, che osserva: «*Although czars have "solid roots in earlier administrations" Obama has used regulatory czars more heavily than other Presidents*». In argomento si veda anche K. SHOLETTE, Note, *The American Czars*, 20 *Cornell J.L. & Pub. Pol'y* 219 (2010).

¹³⁰ J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 592-593, riportano due esempi in proposito: il primo, relativo al primo periodo della Presidenza Obama, quando di fronte alla necessità d'individuare una figura chiave per affrontare la crisi del settore industriale automobilistico statunitense il Presidente non fa riferimento al *Secretary of the Department of Transportation*, ma preferisce nominare un suo “*car czar*”, con ampi poteri decisori anche in ordine alla gestione degli investimenti governativi nel settore; il secondo, relativo all'ultimo periodo dell'incarico, quando nel 2014 Obama crea il suo “*Ebola czar*”, quale risposta politica al timore della popolazione americana per una potenziale diffusione della malattia e all'atteggiamento polemico del Congresso nei riguardi delle agenzie ritenute responsabili di una risposta troppo debole di fronte alla possibile emergenza.

¹³¹ J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 593.

La proliferazione degli *czars* e la loro funzione di *policy chiefs* agli esclusivi ordini del Presidente hanno sicuramente favorito una rinnovata espansione del modello di *Presidential Administration*, con l'assunzione da parte di Obama di un deciso potere di supervisione sull'attività amministrativa a carattere tecnico delle agenzie federali, che sarebbe stato difficilmente raggiungibile con i soli strumenti della *regulatory review* e del ricorso alle *directives* contenute in *memoranda* o *executive orders*. A ciò si aggiunga l'acquisita capacità del Presidente di controllare e coordinare tramite i propri fedeli *employees* la macchinosa burocrazia interna alla Casa Bianca, ove le attività di supervisione delle varie iniziative regolatorie e le relazioni esterne con le agenzie sono risultate spesso difficoltose per la complessa struttura di uffici come l'EOP, composto da circa 1500-1900 persone, e del *White House Office*, che conta dai 400 ai 500 impiegati, e per le conseguenti difficoltà d'immediato riferimento alle direttive presidenziali e della loro corretta e pronta esecuzione¹³².

Se, dunque, sotto il profilo organizzativo l'istituzione di tali funzionari-consiglieri del Presidente ha contribuito ad un incremento dell'efficacia dell'azione di coordinamento presidenziale delle attività di regolazione poste in essere dalle agenzie e commissioni indipendenti¹³³, la stessa istituzione non ha mancato di sollevare notevoli dubbi sotto il profilo della sua legittimazione costituzionale, o quantomeno della sua riconducibilità entro la cornice normativa di attribuzione da parte del Congresso del potere regolatorio alle *independent administrative agencies*. Il ruolo attribuito agli *czars*, finalizzato a coniugare l'*expertise* tecnica, di regola appartenente alle agenzie, con la discrezionalità a carattere politico, ordinariamente attribuita agli uffici della Casa Bianca¹³⁴, manifesta, infatti, quello che è stato definito un segno

¹³² Per tali ragioni l'istituzione degli *czars* viene, ad esempio, salutata con favore da H. BRUFF, *Untrodden Ground: How Presidents Interpret the Constitution*, cit., 488-89, il quale ne sottolinea l'importante funzione di organizzare un efficace coordinamento delle iniziative regolatorie: «*they select priority from the vast statutory menu and set a general policy direction*».

¹³³ Una positiva valutazione in tal senso di tale nuovo stato della burocrazia è, come già detto alla nota precedente, offerta da H. BRUFF, *Untrodden Ground: How Presidents Interpret the Constitution*, cit., 488-489, il quale non ritiene che la nomina degli *czars* da parte del Presidente Obama abbia implicato il mancato riconoscimento, o perfino la violazione, delle leggi di attribuzione del potere alle agenzie amministrative indipendenti.

¹³⁴ Sottolinea A.J. SAIGER, *Obama's "Czars" for Domestic Policy and the Law of*

inequivoco di “*expanding presidentialism*”, corredato dalle corollarie criticità in termini di violazione del principio di separazione dei poteri e di carenza di quel sistema di *accountability* che per legge connota l’azione delle agenzie indipendenti (si pensi, ad esempio, alle garanzie derivanti dalla soggezione al *Freedom of Information Act* (FOIA) o all’attività di supervisione esercitata dal Congresso attraverso la necessità del consenso del Senato alla nomina degli *agency heads*, il controllo sul *budget* e l’obbligo di *report* ai *congressional committees*)¹³⁵.

8. La Presidenza di Donald Trump: verso una “*Deconstruction of the Administrative State*”

Se il Presidente Obama aveva consapevolmente scelto di intensificare l’autorità presidenziale, e dunque di rafforzare i poteri di controllo sull’azione amministrativa delle agenzie federali, attraverso una sistematica “*construction of the administrative state*” funzionale alla realizzazione del proprio programma di governo, il Presidente Trump procede nell’affermazione della propria autorità e nell’incremento dei

the White House Staff, cit., 2583, che uno *czar* rappresenta «*an attractive synthesis of the technocratic advantages traditionally associated with the agency form and the political responsiveness ordinarily attributed to the White House staff*». Peraltro lo stesso A. avverte come «*President Obama’s proliferation of high-profile czars is his particular instantiation of a policy, common to all modern Presidents, of seeking to magnify his control over agency in domestic policy*».

¹³⁵ In tal senso, fra i tanti, J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 594, i quali ricordano altresì come, di fronte al tentativo da parte del Congresso di ridurre l’operatività di alcune *czar positions* all’interno dell’EOP, agendo su una riduzione dei fondi destinati alla loro attività, il Presidente Obama reagì con forza attraverso un *signing statement* «*that argued the failure to fund these positions interfered with the President’s constitutional responsibility to assure faithful execution of the laws (and therefore violated the separations of powers)*»; G.E. METZGER, *Agencies, Polarization, and the States*, 115 *Colum. L. Rev.* 1739 (2015), in part. 1751-1752, secondo cui «*White House “czars” have emerged as a means by which the White House can coordinate and control policy in areas of key concern to the President*»; A.J. SAIGER, *Obama’s “Czars” for Domestic Policy and the Law of the White House Staff*, cit., 2594, il quale ancora precisa «*[C]zars are free of the burden of justifying their own actions to the congressional committees. Their budget come through the Executive Office of the President; they need not justify themselves to the Senate at confirmation; they partake of executive privilege, to the extent that it is available; and they are generally immune [...] to administrative discovery through the Freedom of Information Act*».

connessi poteri di controllo su dipartimenti e agenzie, anche indipendenti, attraverso quello che è stato definito un processo di “*deconstruction of the administrative state*”¹³⁶.

Come a breve vedremo, Trump persegue, infatti, una *deregulatory agenda*, la quale viene realizzata attraverso strumenti diversi, tutti finalizzati a ridurre l’attività amministrativa e a circoscrivere l’azione delle agenzie (indipendenti) alle quali la legge attribuisce poteri il cui esercizio non può essere direttamente controllato dal Presidente¹³⁷.

L’*anti-administrative policy* viene attuata innanzitutto mediante un massiccio intervento deregolatorio, che Trump pone in essere attraverso l’emanazione di una serie di *Executive Orders*, cui si collega uno studiato ricorso al controllo sull’informazione pubblica, ma anche tramite l’intervento legislativo, reso possibile soprattutto nei primi anni del mandato da un Congresso a totale maggioranza repubblicana. A ciò si aggiunge un capillare e studiato esercizio del potere di nomina, cui il Presidente ricorre per costruire un apparato di *officers* fedelissimi nell’attuazione delle sue *deregulatory policies* e per giungere a modificare dal suo interno i caratteri ed il funzionamento dell’apparato amministrativo federale.

Fra i più rilevanti *Executive Orders* occorre per primo ricordare il noto (e discusso) E.O. 13,771, che ha introdotto la cd. “*2-for-1 rule*”, ovvero la regola in base alla quale, per ogni nuova *rule* che le agenzie intendono adottare, occorre che siano contestualmente abrogate due *regulations* già esistenti ed è necessario che il suo costo risulti essere inferiore o uguale a quelli sostenuti per entrambe le regolazioni abrogate¹³⁸. Il costo è in questo senso determinato dalla previsione di bilancio annuale che, sempre in base all’E.O., il direttore dell’*Office of Management and Budget* (OMB) è autorizzato ad imporre sulle agenzie federali¹³⁹.

¹³⁶ In termini J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 597.

¹³⁷ Per una riflessione su tale atteggiamento di “*Anti-Administrativism*” presidenziale si veda G.E. METZGER, *1930s Redux: The Administrative State Under Siege*, 131 *Harv. L. Rev.* 1 (2017).

¹³⁸ *Reducing Regulation and Controlling Regulatory Costs*, Exec. Order No. 13,771 82 Fed.Reg. 9,339 (Feb. 3, 2017).

Per un analitico commento si veda L. PARONA, *Riforme recenti e prospettive future del rulemaking statunitense*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 2018, 1149 e ss.

¹³⁹ Precisa sul punto L. PARONA, *Riforme recenti e prospettive future del rulemaking statunitense*, cit., 1151, che «A partire dal *fiscal year 2018*, infatti, il direttore

Un'ulteriore implementazione della regola *one-in-two-out* per l'adozione delle nuove *rules* e del connesso rispetto del *regulatory budget* è contenuta nel successivo *Executive Order* 13,777, che impone la creazione presso le agenzie di una *Regulatory Reform Task Force* con il compito di identificare la regolazione potenzialmente da abrogare¹⁴⁰.

Dal complesso di tali disposizioni emerge un quadro dell'azione amministrativa fortemente condizionato dal controllo della Casa Bianca, che viene esercitato soprattutto sotto il profilo economico-finanziario attraverso l'estensione delle funzioni di direzione affidate all'OMB.

Ciò che, infatti, merita ancora sottolineare è come la “*2-for-1 rule*” insista principalmente sull'aspetto dei costi della regolazione, trasformando di fatto la “*cost-benefit analysis*”, che almeno dalla presidenza Clinton fino a quella di Obama ha principalmente governato il *rulemaking* federale, in una “*cost-cost analysis*”, o quantomeno ponendo quest'ultima in cima alle priorità delle scelte regolatorie da effettuare nell'ambito dell'analisi costi-benefici (che secondo espressa previsione dello stesso E.O. 13,711 resta comunque in vigore)¹⁴¹.

L'introduzione di questo meccanismo di *regulation reduction* non ha, tuttavia, mancato di suscitare perplessità in dottrina, non solo sotto il profilo sostanziale della definizione dei criteri deregolatori, ma anche sotto il profilo formale della possibile insufficienza dello stru-

dell'OMB stabilisce per ciascuna agenzia un *total incremental cost allowance* che può assumere valore negativo, nullo o positivo, a seconda che quest'ultimo intenda imporre una riduzione del costo della regolazione rispetto all'anno precedente, realizzare un pareggio (e quindi mantenere invariato il livello di spesa e dei costi), o – eccezionalmente – autorizzare un aumento degli oneri imposti dalla regolazione e/o della spesa diretta».

¹⁴⁰ *Enforcing the Regulatory Reform Agenda*, Exec. Order No. 13,777, 82 Fed. Reg. 12,285 (Feb. 24, 2017). Anche in proposito, per un'analisi più dettagliata, cfr. L. PARONA, *Riforme recenti e prospettive future del rulemaking statunitense*, cit., 1151-1152.

¹⁴¹ Per tali rilievi si vedano J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 599, i quali osservano che l'E.O. 13,771 «*completely changes the regulatory impact analysis paradigm for the administrative state*». Una forte attenzione ai costi e una minore considerazione dei benefici sociali netti da parte di questo E.O., nonché la costituzione di un ruolo di controllo da parte dell'OMB nei confronti dell'attività delle agenzie, sono sottolineate anche da D. COLAROSI, *L'amministrazione e il potere politico*, cit., 112.

Su questi profili si veda altresì il contributo di K.B. BELTON, K. KUTRILLA, J.D. GRAHAM, *Regulatory Reform in the Trump Era*, 77 *Pub. Admin. Rev.* 643 (2017).

mento dell'*executive order* a costituire un fondamento legittimo per l'attuazione di una simile riforma¹⁴².

Com'è stato precisato dalla Corte Suprema nel caso *Motor Vehicle Manufacture Association* del 1983¹⁴³, non solo nella fase di promulgazione delle *rules* ma anche nella fase dell'abrogazione, l'APA richiede che la scelta dell'agenzia sia sorretta da motivazioni le quali devono potersi ricondurre ai contenuti della *statute* su cui si fonda il potere regolatorio dell'agenzia medesima. In mancanza di tali motivazioni, la stessa abrogazione della *rule* potrà essere considerata illegittima dalle corti in applicazione dell'*arbitrary and capricious* test. Emerge, quindi, una particolare debolezza della regola *one-in-two-out* introdotta dall'E.O. di Trump, posto che difficilmente in sede di sindacato giurisdizionale potrà essere considerata ragionevole l'eliminazione di una *rule* motivata con esclusivo riferimento all'obbligo imposto nell'*executive order* (e non in una legge), in ragione dell'introduzione di altra regolazione del tutto svincolata nei contenuti e nelle finalità da quella oggetto di abrogazione¹⁴⁴.

Va poi considerato che la riforma deregolatoria imposta dall'E.O. 13,771 non riguarda l'azione di tutte le amministrazioni federali, ma è espressamente applicata all'amministrazione centrale (composta dai

¹⁴² In proposito J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 599-600, i quali ricordano come critiche all'E.O. siano emerse anche fra le file dei "conservative commentators", tra cui ad esempio B. KNIGHT, *Quick Reaction to President Trump's Regulation Reduction Executive Order*, *Yale J. on Reg.: Notice & Comment* (Jan. 30, 2017), in yalejreg.com.

¹⁴³ *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n of U.S. v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 463 U.S. 29 (1983).

¹⁴⁴ Si veda in particolare quanto affermato da P. SHANE, *The GOP's Radical Assault on Regulation Has Already Begun*, *Wash. Monthly* (Feb. 27, 2017), in washingtonmonthly.com, «When Congress directs an agency to issue regulations to address a particular problem, the factors that legally count as "relevant" include issues Congress itself identifies for agency concern and any other factors logically relevant to implementing the statute at hand.[...] What isn't legally relevant in evaluating a new proposed regulation is whether there are two old ones available to trash. There is no regulatory statute authorizing any agency to take that into account. [...] An agency explaining that its repeal of Rule A was necessary to secure OMB approval to promulgate Rule B would be laughed out of court».

Per un commento critico si veda anche L. PARONA, *Riforme recenti e prospettive future del rulemaking statunitense*, cit., 1154, il quale pone la questione sotto il profilo dell'assenza di garanzie partecipative (*notice and comment*) nel meccanismo di abrogazione delle *rules* imposto dall'E.O. 13,771.

Cabinet Departments and Administrations e compresi i *bureaus* e *offices* istituiti al loro interno) e a due *independent administrative agencies*, che sono l'*Environmental Protection Agency* (EPA) e la *National Aeronautics and Space Administration* (NASA). Restano, invece, escluse, come già è accaduto negli E.O. disposti in materia di *regulatory review* dai precedenti Presidenti, tutte le altre agenzie indipendenti, tra cui ovviamente le *independent regulatory commissions*, le quali, come sempre nel passato, vengono, comunque, esortate ad uniformarsi agli adempimenti richiesti nell'*order* presidenziale¹⁴⁵.

Seppur nelle incertezze di una sua effettiva e fattibile implementazione, la riforma avviata con gli E.O. ora menzionati rappresenta senz'altro un momento indicativo del processo di attuazione della *policy* presidenziale di Trump, diretta a smantellare completamente la precedente "*Obama-era regulations*". Si tratta di un processo sistematico che viene realizzato innanzitutto (anche se, come vedremo oltre¹⁴⁶, non soltanto) tramite gli strumenti propri del potere esecutivo, come le molteplici direttive presidenziali contenute in altrettanti E.O.¹⁴⁷ o come gli interventi dell'amministrazione trumpiana volti a eliminare tutte quelle specifiche "*pro-regulatory guidances*" non contenute in *rules* formali (e dunque ancora più semplici da abrogare e sostituire)¹⁴⁸, nonché attraverso un mirato controllo dell'informazione pubblica, so-

¹⁴⁵ Sul punto si veda ancora l'analisi di L. PARONA, *Riforme recenti e prospettive future del rulemaking statunitense*, cit., 1153, il quale ricorda come dall'ambito oggettivo della riforma vengano escluse altresì le *rules* riguardanti il settore militare, gli affari esteri e la sicurezza nazionale, nonché quelle relative all'organizzazione, all'attività amministrativa e alla gestione del personale.

¹⁴⁶ Cfr. in particolare *infra* il par. 8.2 sul ricorso alle *CRA resolutions*.

¹⁴⁷ Paradigmatico al riguardo è l'*Order Identifying and Reducing Tax Regulatory Burdens*, Exec. Order No. 14,789, 82 Fed.Reg. 19,317 (Apr. 26, 2017), con il quale Trump adotta una *deregulation in tax* che capovolge l'impostazione regolatoria di Obama, e che, come nota A. GREWAL, *Trump's Broad Power To Revoke Tax Regulations Issued by the Obama Administration*, 36 *Yale J. On Reg.: Notice & Comment* (Nov. 14, 2016), *yalereg.com*, «*is especially likely to be successful, given the virtual impossibility of attaining standing to challenge a rescission in tax that is taxpayer-friendly*».

¹⁴⁸ Per i molteplici esempi in tal senso si vedano J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 600, che fra gli altri ricordano l'eliminazione delle «*policies ranging from the Obama Administration's calculation for how agencies consider the social cost of carbon*» (sulle quali cfr. *supra* alla nota 119), e della «*Administration's interpretation of civil rights laws to protect transgender rights*».

prattutto con riferimento alla omessa o carente divulgazione di dati e valutazioni a carattere tecnico-scientifico, che, per esempio in materia ambientale, potrebbero non rispondere pienamente agli obiettivi del programma politico presidenziale¹⁴⁹.

8.1. *La regulation by guidance e l'estensione del controllo della Casa Bianca in nome della rule of law*

La *policy* presidenziale diretta ad estendere il controllo della Casa Bianca, in particolare attraverso l'OMB ed il suo ufficio interno, l'OIRA, sull'azione amministrativa delle agenzie federali tende più di recente a concentrarsi sull'attività regolatoria attuata dalle *agencies* attraverso i cd. *guidance documents*. Per “*guidance*” s'intende «*an agent statement of general applicability, intended to have future effects on the behavior of regulated parties, that sets forth a policy, but that isn't a binding rule*»¹⁵⁰. L'intensificazione della *review* su tale tipologia di atti risulta agevolmente giustificabile in termini di politica amministrativa da parte della Presidenza, data l'ambigua legittimità della *regulation by guidance*, quale *practice* frequentemente utilizzata, e fors'anche prediletta, dalle agenzie per regolare in modo agevole ed efficace il settore amministrativo di loro competenza, ma al contempo non corredata dalle analitiche garanzie (*in primis* il *notice and comment*), previste dall'APA per il più complesso procedimento di *rulemaking*.

La linea d'intervento presidenziale in tale ambito si esprime inizialmente all'interno di un *Memorandum* emanato dal Direttore dell'OMB nell'aprile 2019 e volto a dettare nuove linee guida dirette ad espandere il potere di controllo della Casa Bianca e del Congresso sul *rulemaking process* delle agenzie federali¹⁵¹. Si richiede, in particolare, agli *executive Departments* e alle *agencies* di sottoporre alla

¹⁴⁹ Emblematico è il caso dell'eliminazione da parte dell'EPA del *climate website*, che da più di vent'anni costituiva un punto di riferimento per ricercatori scientifici e per il pubblico sulla raccolta e analisi dei dati in materia, su cui C. MOONEY, J. EILPERIN, *EPA Website Removes Climate Science Site from Public View After Two Decades*, *Wash. Post* (April 29, 2017) in *washingtonpost.com*.

¹⁵⁰ Così D. ZARING, *Guidance is Unkillable*, 36 *Yale on Reg.: Notice & Comment* (Oct. 10, 2019), a commento dell'Exec. Order No. 13,892, 84 Fed. Reg. 55,239 (October 9, 2018), sul quale *infra* in questo medesimo paragrafo.

¹⁵¹ *Executive Office of the President – Office of Management and Budget, Memorandum for the Heads of the Executive Departments and Agencies*, M-19-14, April 11, 2019, in *whitehouse.gov*.

valutazione dell'OIRA ogni *regulation* ed ogni *official guidance* che essi intendano emanare al fine della loro classificazione come “*major*” or “*minor*”. Le *rules* e le *guidance* classificate come *major* devono di conseguenza essere sottoposte alla *review* e al voto del Congresso. La principale novità risiede proprio nella revisione e nel voto da parte del Congresso sulle *regulatory guidelines*, che a differenza delle *rules* non erano in precedenza valutabili prima della loro emanazione. Il *Memorandum* non indica espressamente quali siano le agenzie soggette alle nuove indicazioni dell'OMB, ma si ritiene che soprattutto la sottoposizione al controllo dell'emanande *guidance*, che nel testo non incontra alcuna eccezione, possa interessare tutte le agenzie, comprese anche le *independent administrative agencies*, tra cui ad esempio la *Securities and Exchange Commission (SEC)*¹⁵².

Nel complesso può senz'altro ritenersi che il processo di revisione avviato dall'OMB ottenga il risultato di porre «*a foot in the door of political oversight of those agencies*»¹⁵³. Anche se può essere vero, infatti, che le *agencies* troppo spesso adottano un *modus procedendi* basato sul celere e pratico ricorso alle *regulatory guidelines*, in luogo del più garantistico *rulemaking process*, il sistema di un controllo sinottico, presidenziale e congressuale, sull'adozione delle medesime rischia di porre in discussione il rispetto del principio di separazione dei poteri all'interno dell'*administrative state* statunitense.

Ciò che pare, soprattutto, interessante osservare è come tale risultato venga giustificato, e di conseguenza pubblicizzato, dal punto di vista dell'attuazione della *rule of law* e del raggiungimento degli obiettivi di *open e transparent government*¹⁵⁴, affermati da Trump nel suo programma di governo fin dalla candidatura, in quella discrasia tra informazione al pubblico e scelte di politica amministrativa che,

¹⁵² Il *Memorandum* introduce alcune eccezioni solo per determinate tipologie di *rules* che possono essere emanate da alcune *independent administrative agencies*, come quelle concernenti la politica monetaria adottata dalla *Federal Reserve's Board of Governors*.

¹⁵³ La frase di Sean Moulton, *senior policy analyst* del *Project on Government Oversight*, è riportata nel comunicato della CNN Politics, *Trump's OMB expands oversight over how independent agencies create rules*, April 12, 2019, *edition.cnn.com*.

¹⁵⁴ Nel comunicato della CNN, *Trump's OMB expands oversight over how independent agencies create rules*, cit. alla nota precedente, viene in proposito menzionato il contenuto di un “*tweet*” di Russel Vought, Direttore dell'OMB, nel quale si annuncia che le nuove linee guida dettate dal Memorandum costituiscono «*another promise kept by the Trump Administration to create a more open and transparent government!*».

come avremo ancora occasione di vedere, sovente emerge nel contesto dell'attuale presidenza.

Il processo di espansione dell'influenza presidenziale prosegue pochi mesi più tardi, quando, nell'ottobre del 2019, Trump emana l'*Executive Order "Promoting the Rule of Law Through Improved Agency Guidance Documents"*¹⁵⁵, con il quale si estende ulteriormente il controllo da parte della Casa Bianca, esercitato in tandem dall'OMB e dall'OIRA, sui *guidance documents* emanati da tutte le agenzie federali, con l'eccezione delle *independent regulatory commissions*, le quali sono comunque invitate a conformarsi alle indicazioni ivi contenute.

L'*Order* prescrive alle agenzie di istituire nel proprio sito web un unico "*searchable, indexed database*" che contenga direttamente, o indichi il *link*, a tutti i *guidance documents*, per i quali deve essere anche precisata l'eventuale efficacia vincolante ai sensi di legge. A tale obbligo di accessibilità pubblica delle informazioni, si aggiunge l'attribuzione all'OMB del potere di richiedere all'agenzia la presentazione di uno specifico *report* nel quale vengano illustrate le motivazioni che sorreggono l'applicazione di una specifica *guidance*, a tal scopo indicata dal Direttore dell'OMB medesimo. Per i *significant guidance documents*, definiti dall'E.O. come i documenti che «*raise novel legal or policy issues*», viene introdotto un nuovo processo di *review* condotto dall'OIRA, e per la loro adozione è richiesto un procedimento di *notice and comment*, mediante il quale l'agenzia deve provvedere a «*to take public comment on any such document before finally adopting it [...] and also to give a public response to major concerns raised in comments*»¹⁵⁶. Il riconoscimento della qualità di "*significant guidance*"

¹⁵⁵ Exec. Order No. 13,892, cit. Nella stessa data il Presidente ha emanato anche l'Exec. Order No. 13,891, 84 Fed. Reg. 55,235 (October 9, 2018), "*Rule of Law Through Transparency and Fairness in Civil Administration Enforcement and Adjudication*", che analizzeremo *infra* al par. 8.4.

A commento A. NIELSON, *Two major Executive Orders*, 36 *Yale on Reg.: Notice & Comment* (Oct. 9, 2019); B. BELL, *The October 9 Executive Orders and Government Acquisition of Information*, 36 *Yale on Reg.: Notice & Comment* (Oct. 10, 2019); N.R. PARRILLO, *The New Executive Orders on Guidance: Initial Reactions*, 36 *Yale on Reg.: Notice & Comment* (Oct. 10, 2019); D. ZARING, *Guidance is Unkillable*, 36 *Yale on Reg.: Notice & Comment* (Oct. 10, 2019); J. GRABOYES, T. PHILLIPS, *ACUS and Best Practices for Agency Guidance*, 36 *Yale on Reg.: Notice & Comment* (Oct. 11, 2019).

¹⁵⁶ Così N.R. PARRILLO, *The New Executive Orders on Guidance: Initial Reactions*, cit., 1, nel richiamo al §4(a)(iii)(A) dell'Exec. Order No. 13,892 cit. L'A. fa, inol-

viene ovviamente rimesso alla valutazione dell'OIRA medesimo, al cui *Administrator* è altresì demandato il compito di emanare appositi *memoranda* finalizzati a stabilire eventuali eccezioni per determinate categorie di documenti.

Il tipico potere delle agenzie di “*issuing guidance*” viene, dunque, rimodellato da questo intervento presidenziale «*under a new centrally-imposed mandate to solicit and respond to comments*»¹⁵⁷.

Ancora una volta all'affermazione (e pubblicizzazione) delle esigenze di rispetto della *rule of law*, sotto lo specifico profilo dell'imposizione di garanzie partecipative nei procedimenti regolatori delle agenzie, si accompagna l'effetto – di certo non consequenziale, ma piuttosto indicativo di una primaria finalità – di assicurare la centralizzazione del potere di *review* che si radica nelle competenze degli uffici della Casa Bianca, e dunque nella persona dello stesso Presidente.

V'è in proposito ancora da notare come proprio la soggezione a procedure di democrazia partecipativa imposta dal *Guidance E.O.* possa condurre di fatto ad un incremento del *practical level of scrutiny* esercitato dall'OMB sull'attività regolatoria delle agenzie, posto che i *public comments*, cui obbligatoriamente diventa soggetta l'adozione dei *significant guidance documents*, potrebbero finire per trasformarsi in una ricca riserva di “motivi” per l'esercizio del sindacato politico-amministrativo da parte dell'OIRA.

L'insinuarsi della *ratio* politica all'interno delle scelte di riforma amministrativa emerge anche in un altro passaggio dell'*Order*, laddove si prevede che, nella procedura seguita dall'*agency* per emanare ciascuna *guidance*, debba sempre essere richiesta l'approvazione «*on a non-delegable basis by the agency head or by an agency component head appointed by the President, before issuance*»¹⁵⁸. La previsione di un obbligo di *sign-off of a presidential appointee* si affaccia come assoluta novità nel contesto dell'attività procedimentale delle *agencies*, all'interno delle quali è prassi piuttosto comune l'adozione di *guidance*

tre, notare come la novità dell'*Order* risieda proprio nella sottoposizione al *notice and comment* di “*all significant guidance documents*”, mentre in precedenza tale procedura veniva adottata solo per gli “*economically significant guidance documents*” in base alla *OMB Good Guidance Practice*, emanata sotto la presidenza Bush II e mantenuta fino a Obama e a Trump.

¹⁵⁷ N.R. PARRILLO, *The New Executive Orders on Guidance: Initial Reactions*, cit., 2.

¹⁵⁸ Exec. Order No. 13,892, cit., §4(a)(iii)(B).

da parte dell'*high-level staff* dei funzionari, senza l'apporto decisivo dei *political appointees* posti al loro vertice¹⁵⁹.

La riforma, sotto tale profilo, non pare più attenere all'ambito dei poteri di *regulatory* (o *deregulatory*) *review* presidenziale, ma piuttosto si pone nei termini dell'esercizio dell'*appointments power*, che costituisce una via preferenziale (anche se spesso tortuosa e difficilmente decifrabile), attraverso la quale il Presidente Trump sta ponendo in essere la propria progressiva opera di decostruzione dell'*administrative state* statunitense.

8.2. Le CRA resolutions e l'eliminazione delle "Obama-era rules"

Gli interventi fin qui descritti esplicano, come già detto, effetti potenzialmente destabilizzanti per gli equilibri istituzionali all'interno dell'esecutivo, ed in particolare nei rapporti tra la Casa Bianca e le agenzie federali; tuttavia, secondo quanto da più parti correttamente osservato, la loro incisività è fortemente limitata dalla tipologia stessa degli strumenti con cui sono stati introdotti¹⁶⁰. *Executive orders*, direttive presidenziali, *information practices* e *memoranda* sono, infatti, suscettibili di un'agevole e radicale sostituzione ad ogni cambio di presidenza, e potrebbero, dunque, perdere ogni rilevanza qualora il Presidente Trump non venisse rieletto per un secondo mandato.

Più duraturo si presenta, invece, il ricorso alle riforme di rango legislativo che Trump, in modo del tutto originale ed innovativo rispetto ai suoi predecessori, ha posto in essere, soprattutto nei primi due anni della sua presidenza, al fine di smantellare sistematicamente il complesso di *major rules* adottate negli ultimi mesi dall'uscente amministrazione di Obama.

Con l'appoggio del Congresso, che, almeno fino ai risultati delle *Midterm Elections* del 2018¹⁶¹, era a netta e preponderante maggioranza

¹⁵⁹ Per tale rilievo N.R. PARRILLO, *The New Executive Orders on Guidance: Initial Reactions*, cit., 3, il quale spiega come tale intervento venga giustificato con la necessità di incrementare la «*political accountability and for ensuring that staff don't arrogate too much power*».

¹⁶⁰ Il rilievo è comune a molti autori, fra i quali si vedano per tutti J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 601, ove ulteriori riferimenti bibliografici; L. PARONA, *Riforme recenti e prospettive future del rulemaking statunitense*, cit., 1155.

¹⁶¹ Le elezioni parlamentari di medio termine (*Midterm Elections*) si sono tenute

repubblicana, viene avviata una corposa opera di abrogazione della *regulation* precedente attraverso l'applicazione del *Congressional Review Act* (CRA), una legge promulgata già dal Presidente Clinton nel 1996 che era rimasta sostanzialmente inutilizzata fino a quel momento¹⁶².

Il meccanismo previsto dal CRA si fonda sulla ordinaria sottomissione da parte di ogni *agency* di una nuova *rule*¹⁶³, prima della sua entrata in vigore, al Congresso e al *Comptroller General*, il quale può decidere di attivare un celere processo di annullamento tramite l'acquisizione di una *joint resolution of disapproval* del Congresso, poi inviata al Presidente per la firma o, al contrario, per il suo veto. Nell'*Act* è previsto un termine massimo di 60 *legislative days* per sottoporre a *review* una regolazione e giungere al suo annullamento. Ed è per tale ragione che tale strumento legislativo è stato principalmente utilizzato dal binomio Trump-Congresso per bloccare l'emanazione dell'ultima *regulation* adottata dall'amministrazione federale sul finire della Presidenza Obama (le cd. *Midnight Rules*). Tuttavia, almeno in un caso, il Congresso e il Presidente sono andati oltre il canonico ambito di applicazione del CRA e lo hanno utilizzato per l'abrogazione di un *guidance document* adottato nel 2013 dal *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB), il quale imponeva ai finanziatori e ai concessionari di automobili di tenere in conto, nella configurazione dei prestiti, l'acquisto da parte di soggetti appartenenti a classi legalmente protette (come le minoranze), che possono beneficiare di tassi agevolati. La regolazio-

a metà del mandato del Presidente Trump, il 6 novembre 2018. Mentre il Senato si è riconfermato a maggioranza repubblicana (53 senatori repubblicani e 47 democratici), alla Camera dei rappresentanti i democratici hanno incrementato i loro seggi, acquisendo la maggioranza (235 seggi su 435 totali).

¹⁶² 5 U.S.C. §§ 801-08 (2018). Come ricordano J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 601, prima della presidenza Trump il CRA venne utilizzato soltanto una volta al fine di abrogare una *rule*: «*The Bush-era Congress nullified the Labor Department's ergonomics rule, which was formulated under President Clinton*» (*Ergonomics Rule Disapproval*, Pub. L. No. 107-5, 115 Sta. 7 (2001)). Sulle modalità di ricorso al CRA da parte di Trump e del "suo" Congresso offre una dettagliata analisi, peraltro in termini pienamente adesivi, P.J. LARKIN JR., *The Trump Administration and the Congressional Review Act*, 16 *Georgetown J. Pub. Policy* 505 (2018).

¹⁶³ Come precisa P.J. LARKIN JR., *The Trump Administration and the Congressional Review Act*, cit., 508, ai sensi del CRA il termine "*rule*" «*has an exceptionally broad reach, effectively reaching any regulation, legal opinion, guidance document, manual, or other document that establishes rights or responsibilities or offers an agency's interpretation of the law*».

ne era stata fortemente avversata dal settore dell'industria automobilistica, ove si affermava l'incompetenza dell'*agency* ad esercitare poteri regolatori in tema di compravendita di veicoli a motore, in quanto non espressamente prevista nella relativa legge istitutiva, il *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del 2010¹⁶⁴. Nell'aprile 2018, e quindi ben cinque anni più tardi rispetto all'emanazione della *guidance*, il Congresso votava per il suo annullamento, che, confermato dal Presidente, ha finito per costituire il primo esempio di un'abrogazione mediante il meccanismo previsto nel CRA, effettuata dopo anni dall'emanazione di un intervento regolatorio avente, fra l'altro, forma di un *guidance document* e non di una *rule*¹⁶⁵.

Ciò che appare ancora rilevante sottolineare in proposito è la particolare efficacia del sistema adottato dal Presidente Trump per incidere sugli aspetti della *regulation* emanata dall'amministrazione precedente e ritenuti non in linea con l'attuale *policy* di governo. L'abrogazione di una *rule* da parte di un'agenzia richiede di regola l'attuazione di un processo piuttosto lento ed in ogni caso complesso, poste le garanzie partecipative che vi sono richieste e la possibilità di una sottoposizione al controllo in sede di *judicial review* con la stessa tipologia di scrutinio effettuabile per la sua promulgazione¹⁶⁶. Al contrario, la CRA *revocation* è un processo celere, fondato sul mero *up-or-down vote*, con un'istruttoria sostanzialmente inesistente e la sottrazione della relativa decisione ad ogni possibile forma di controllo giurisdizionale¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Il *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376 (2010)), adottato il 21 luglio 2010, è un corposo intervento legislativo voluto dal Presidente Obama al fine di modificare i meccanismi di regolazione finanziaria in diversi settori e sotto molteplici profili per migliorare nel complesso la tutela dei consumatori di fronte alla crisi economica. L'*Act*, fra le altre cose, istituisce il *Consumer Financial Protection Bureau*, che vigila sui settori delle carte di credito, di debito e sui mutui immobiliari con lo scopo di monitorare il livello di rischio per i contribuenti americani e di istituire meccanismi di rendiconto e di governance per le istituzioni finanziarie allo scopo di migliorare la trasparenza dei mercati finanziari. Per maggiori informazioni cfr. il sito web ufficiale *consumerfinance.gov*.

¹⁶⁵ In proposito P.J. LARKIN JR., *The Trump Administration and the Congressional Review Act*, cit., 510 e ss., il quale non manca di valutare positivamente il fatto che grazie a questo caso «*an agency's violation of the CRA does not prevent Congress and the President from using that law to eliminate a noncompliant rule regardless of the form it takes and regardless that it may have been issued years ago*» (in part. 512).

¹⁶⁶ Come richiesto dalla Corte Suprema nel già citato caso *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n of U.S. v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 463 U.S. 29 (1983).

¹⁶⁷ In tal senso J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime*

Una CRA *resolution* comporta, inoltre, l'incisiva conseguenza del divieto in capo alle agenzie di adottare nuovi interventi regolatori diretti all'emanazione di *rules* «*in substantially the same form*» rispetto a quelle annullate, a meno che non sia il Congresso medesimo ad autorizzarne espressamente, con un nuovo *Act*, la successiva ri-emanazione¹⁶⁸.

L'effetto che ne deriva è la cristallizzazione delle scelte di politica amministrativa assunte sotto la Presidenza Trump, posto che anche un'eventuale futura amministrazione, sotto la guida di altro Presidente di parte democratica, non potrebbe autonomamente provvedere a promulgare la regolazione così eliminata. Al contempo il sistema evidenzia una chiara perdita di *regulatory power* in capo alle agenzie, che resta per le stesse ragioni ora enunciate, difficilmente recuperabile in assenza di un espresso intervento a carattere ripristinatorio da parte del Congresso¹⁶⁹.

Il balenante successo delle CRA *resolutions*, quali «*historical reversal of government rules in record time*»¹⁷⁰, ha avuto, tuttavia, un effetto

of *Separated Powers*, cit., 602. Nel testo del CRA espressamente si afferma: «*No determination, finding, action or omission under this chapter shall be subject to judicial review*» (§ 805).

¹⁶⁸ Cfr. il *Congressional Review Act* (CRA), cit., § 801(b)(2).

¹⁶⁹ Per tali rilievi critici J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 603. *Contra* P.J. LARKIN JR., *The Trump Administration and the Congressional Review Act*, cit., 509, il quale dimostra, invece, un aperto favore per il sistema, evidenziandone le finalità di «*good government*» che si realizzano nel risultato «*to void rules adopted by an outgoing administration that was no longer politically accountable to the public*», ed ancora rileva come il divieto di adottare nuovamente la *rule* annullata «*prevents agency gamesmanship in the regulatory process*». Lo stesso A. provvede poi a suggerire una più intensa implementazione del ricorso alle CRA *resolutions*, indicando nel contributo ulteriori obiettivi verso i quali dovrebbe orientarsi la congiunta azione presidenziale e congressuale per l'abrogazione di altre *rules* adottate dall'amministrazione Obama.

In riferimento a quest'ultima posizione dottrinale è interessante notare come spesso a sostegno delle scelte di politica presidenziale, dirette a restringere l'esercizio del potere regolatorio in capo alle *independent agencies*, si adducano motivazioni fondate sulla necessità di garantire una *political accountability* nei confronti degli elettori, sulla base dell'implicita considerazione del Presidente quale più diretta espressione della volontà dei cittadini americani, cui vengono contrapposte l'indecifrabilità e l'ambiguità dei meccanismi decisori interni all'apparato burocratico delle amministrazioni federali. Ma su questo avremo modo di tornare a riflettere in conclusione di questo contributo (cfr. *infra* par. 9).

¹⁷⁰ M.D. SHEAR, *Trump Discards Obama Legacy, One Rule at a Time*, *N.Y. Times*

cronologicamente limitato per l'attuazione della *policy* trumpiana. Il suo massiccio utilizzo si è concentrato soprattutto nei primi due anni del mandato presidenziale¹⁷¹. Con l'acquisizione della maggioranza da parte del partito democratico alla Camera dei rappresentanti nelle *Mid-terms Elections* del 2018, il ferreo sodalizio Presidente-Congresso si è inevitabilmente attenuato ed una realizzazione del processo deregolatorio perseguito da Trump, con il connesso effetto di decostruzione dell'*administrative state* federale, ha dovuto trovare altre vie, sicuramente proseguendo nell'utilizzo sistematico dei più tipici strumenti del potere esecutivo (*executive orders*, direttive presidenziali, ecc.), ma anche dirigendosi verso nuovi canali, tra cui un calibrato e poliedrico esercizio dell'*appointments power* presidenziale.

8.3. Le molteplici vie dell'*appointments power* nella *policy* di Trump

Il potere di nomina presidenziale si trasforma nelle mani di Trump in un grimaldello per costruire, o *rectius* decostruire, l'apparato amministrativo federale nel modo più utile al raggiungimento degli obiettivi della propria *policy agenda*. L'esercizio mirato di tale potere (e molto spesso anche il mancato esercizio del medesimo) si esplica attraverso diverse vie, che singolarmente esaminate paiono rappresentare soltanto particolari e contestualizzati momenti di riorganizzazione amministrativa, ma che, se valutate nel loro insieme, lasciano emergere un più sotterraneo e complesso disegno di forte affermazione della *presidential authority*.

Iniziando dall'analisi del più basilico aspetto dell'*appointing executive officers*, si nota nella presidenza Trump un puntuale ricorso alla designazione ai vertici dei dipartimenti e delle agenzie (anche indipendenti) di persone «*who are fiercely loyal to his domestic deregulatory*

(May 1, 2017), in *nytimes.com.*, richiamato da J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 602.

¹⁷¹ Come ricorda P.J. LARKIN JR., *The Trump Administration and the Congressional Review Act*, cit., 509, «*President Trump and Congress took advantage of the CRA in 2017. Together, they quickly erased 14 agency rules promulgated during President Obama's last year in office*». Per alcuni esempi si veda quanto riportato da J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 601, che si riferiscono, ad esempio, alla regolazione adottata nell'*Obama-era* in tema di «*internet privacy, [...] coal mining debris, as well as a rule to prevent the mentally disabled from purchasing firearms*».

policy»¹⁷². Sotto tale profilo il *modus procedendi* dell'attuale Presidente pare avvicinarsi alle modalità di governo adottate in passato da Ronald Reagan¹⁷³; anche se, come avvertito in dottrina, l'*appointments practice* appare ora maggiormente sfumata e si manifesta attraverso molteplici e più tortuosi percorsi¹⁷⁴. Innanzitutto alla "*political and ideological loyalty*" viene affiancata, e spesso preferita, una più diretta "*personal loyalty*", attraverso la scelta, per le cariche più rilevanti, di profili che evidenziano uno stretto legame fiduciario con la persona del Presidente, dimostrato ad esempio con il forte sostegno in campagna elettorale.

La ricerca di una lealtà personale, prima ancora che politica, si esprime chiaramente nell'istituzione dei cd. *shadow Cabinets*, un corpo di amministratori "paralleli" che Trump decide di installare presso le varie agenzie con il preciso compito di monitorare la «*political appointees' compliance with administration priorities*»¹⁷⁵. I "consiglieri ombra", la cui nomina non è soggetta alla conferma del Senato e molto spesso è dovuta a ragioni di fedeltà politica, piuttosto che ad un'effettiva *expertise* tecnica del settore amministrativo di riferimento, vengono collocati in ogni agenzia federale, ma hanno l'obbligo di relazionarsi direttamente con i *senior White House policy advisors* dell'EOP. L'idea di fondo che sorregge la loro creazione attiene alla necessità che tutta l'attività amministrativa federale sia riconducibile al vertice dell'*Executive Office of the President*, in un'ottica di accentramento che supera nelle sue modalità di espressione il ruolo già attribuito agli *czars* da parte del predecessore Obama. Gli *shadow cabinets* si affiancano agli *heads* dei *Departments* e delle *agencies*, già per lo più scelti (e nominati con il consenso del Senato) dal Presidente Trump in base al criterio dell'appartenenza politica e ideologica, in una sorta di ragnatela che raccoglie le fila di tutto il *presidential control of administration*.

¹⁷² J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 603.

¹⁷³ Sulla cui analisi è bene richiamare il fondamentale contributo di V.E. KAGAN, *Presidential Administration*, cit., 2277.

¹⁷⁴ Il riferimento è ancora al ricco studio di J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 603, i quali riportano una serie di esempi, come la nomina dell'*EPA Administrator*, dell'*Attorney General*, dell'*HUD Secretary*, del *Treasury Secretary*, relativi al primo periodo della Presidenza Trump.

¹⁷⁵ J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 604, che ricordano altresì come l'espressione *Shadow cabinets* è stata coniata nel linguaggio giornalistico nell'articolo di J.DAWSEY, N. COOK, *Trump Assembles a Shadow Cabinet*, *Politico* (Jan. 24, 2017), in *politico.com*.

Si tratta, peraltro, di una prova di forza del controllo presidenziale che non ha mancato di riscontrare problemi applicativi e per questo è stata nel tempo sostanzialmente disattesa dall'EOP, visti i ricorrenti contrasti politico-amministrativi verificatisi all'interno delle *agencies* fra i "controllori ombra" e i vertici delle agenzie medesime, i quali, seppur in linea con la politica amministrativa della Casa Bianca, molto spesso hanno dimostrato di mal tollerare un'ingerenza così penetrante sull'espletamento della loro attività¹⁷⁶.

Il Presidente Trump esercita, tuttavia, il potere di nomina anche attraverso altre, e meno dirette, vie, fra le quali può senz'altro individuarsi un architettato esercizio *a contrario* dello stesso potere.

Il prolungato e sistematico ritardo nelle nomine delle *sub-cabinet positions* che richiedono l'approvazione del Senato, tra cui soprattutto i membri delle *independent administrative agencies*, attiene principalmente a questioni di logica politica, ma inevitabilmente produce incisivi effetti sul regolare ed efficace svolgimento dell'azione amministrativa. La tecnica viene utilizzata non soltanto per "svuotare" i vertici delle agenzie indipendenti, ma anche per destabilizzarne la composizione, che, tradizionalmente ispirata a criteri *bipartisan*, con uguale partecipazione di membri del partito repubblicano e del partito democratico, viene nel contesto attuale diretta a favore di una maggioranza repubblicana, attraverso una scacchiera di "*nominations and vacancies*" *ad hoc* predisposta.

Una giustificazione per questo incessante "*slow pace of Trump's appointments*" viene pubblicamente fornita dalla Casa Bianca ancora una volta nel contesto degli obiettivi deregolatori, laddove si ritiene che un elevato numero d'incarichi vacanti nell'alta burocrazia federale incentivi una più diretta e pronta risposta dell'azione di governo nel suo insieme¹⁷⁷. Tuttavia, come ben evidenziato da alcune voci

¹⁷⁶ Raccontano J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 604-605, come la scelta d'introdurre presso i dipartimenti e le agenzie queste figure di monitoraggio fosse stata inizialmente giustificata dall'EOP in ragione delle ricorrenti difficoltà del Presidente Trump a mantenere relazioni durature con molti dei suoi *top appointees*. Tuttavia, «*the Trump EOP seemingly relented on its shadow cabinet*», «*after tension [...] escalated for weeks*», manifestatesi, per esempio, nel rifiuto da parte del fedelissimo Scott Pruitt, all'epoca al vertice dell'EPA, di far partecipare il suo "*White House liaison*" ad una serie di importanti *meeting* dell'agenzia, o nel sistematico riferimento da parte della *Pentagon leadership* alla figura del consigliere inviato dall'EOP con l'ironico attributo di "*the commissar*".

¹⁷⁷ In tal senso J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime*

dottrinali¹⁷⁸, la crisi del *nomination process* – che in realtà affonda le proprie radici già nelle precedenti presidenze¹⁷⁹, ma che con Trump viene artatamente esacerbata – rischia di paralizzare l'attività di molte autorità indipendenti, «*leaving many boards incomplete and some unable to carry out some or all of their responsibilities*»¹⁸⁰, e dunque incapaci di svolgere appieno la loro importante funzione regolatoria, che quasi sempre si esprime in settori di estrema rilevanza per l'interesse generale della collettività, come ad esempio la tutela della salute e dell'ambiente, i servizi pubblici essenziali, la sicurezza del risparmio e gli investimenti finanziari.

8.4 L'estensione del controllo presidenziale sui procedimenti di adjudication delle autorità amministrative indipendenti

Tradizionalmente si ritiene che la *directive authority* del Presidente nei confronti delle agenzie federali possa esclusivamente riguardare l'attività di *rulemaking*, senza mai potersi estendere fino ai procedimenti di *adjudication*. La giurisprudenza americana, nel caso *Sierra Club v.*

of *Separated Powers*, cit., 605.

¹⁷⁸ Oltre al contributo di J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 605, già citato alla nota precedente, si vedano soprattutto P.L. STRAUSS, *Trump Administration Appointments, Take Care* (Apr. 4, 2017), in *takecareblog.com*; E. EAGAN, J. HAUSER, *The Overlooked Executive Branch Scandal of the Trump Era-Independent Agencies*, Center for Economic and Policy Research (March 29, 2019), in *cepr.net*.

¹⁷⁹ Come già abbiamo osservato *supra* al par. 3, la questione delle *vacancies* costituisce un problematico aspetto dei rapporti fra Presidente, Congresso e amministrazioni federali, che viene avvertito soprattutto nei mandati presidenziali caratterizzati dalla *separation of parties*, nei quali il Presidente è espressione di un partito politico diverso da quello che controlla in maggioranza una o entrambe le Camere nel Congresso.

¹⁸⁰ E. EAGAN, J. HAUSER, *The Overlooked Executive Branch Scandal of the Trump Era-Independent Agencies*, cit., 1, i quali riportano in proposito una ricca serie di interessanti esempi riferiti al contesto temporale in cui scrivono gli A., tra cui «*the Democratic vacancy on the Securities and Exchange Commission*» (SEC), l'ostruzionismo delle nomine che interessa tre dei cinque membri della *Federal Deposit Insurance Commission* (FDIC), la totale assenza di quorum nella *Merit Systems Protection Board* (MSPB) con zero membri al suo attivo, la situazione della *Federal Election Commission* (FEC) dove «*all the commissioners are serving expired terms*» e tra i quattro componenti «*there is only one Democratic commissioner while there are two Republican commissioners and an Independent often but not always aligned with the Democratic Commissioner*».

Costle del 1981¹⁸¹, ha chiaramente fissato tale limite, ritenendo illegittima, oltre che inappropriata, qualsiasi forma d'ingerenza presidenziale nell'*adjudication*; ed anche nella letteratura giuridica tendenzialmente promotrice di una *presidential administration*, si sostiene che «*in this context presidential participation in administration, of whatever form, would contravene procedural norms and inject an inappropriate influence into the resolution of controversies*»¹⁸².

La scelta di agire attraverso il *rulemaking* o l'*adjudication* rientra nella discrezionalità di ciascuna agenzia, e viene esercitata con esiti differenti a seconda delle caratteristiche e delle finalità dell'azione amministrativa di propria competenza. Il risultato è variegato, con un costante e a volte esclusivo impiego del *rulemaking process* da parte di alcune *independent agencies*, o viceversa con un ricorso più frequente ai procedimenti di *adjudication*, nell'ambito dei quali, secondo la visione tradizionale, l'azione dell'agenzia resta "immune" dall'influenza presidenziale¹⁸³.

L'*administrative adjudication process* è governato all'interno delle agenzie da un corposo apparato di *administrative adjudicators*, tra cui spiccano quelli che abbiamo già detto essere gli *Administrative Law Judges* (ALJs), funzionari federali «*who preside over trial-like disputes, hear evidence and testimony*»¹⁸⁴, le cui decisioni (gli *administrative or-*

¹⁸¹ *Sierra Club v. Costle*, 211 U.S. App. D.C. 336, 657 F.2d 298 (1981)

¹⁸² Così V.E. KAGAN, *Presidential Administration*, cit., 2363, la quale prosegue come a tal fine sia necessario «*disallow the President from disrupting or displacing the procedural, participatory requirements associated with agency adjudication, thus preserving their ability to serve their intended, special objectives*».

La questione è analiticamente illustrata, limitatamente a quest'interpretazione tradizionale, da D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico*, cit., 124 e ss.

¹⁸³ Si veda sul punto l'analisi di R.V. PERCIVAL, *Who's in Charge? Does the President Have Directive Authority Over Agency Regulatory Decisions?*, cit., 2538, il quale reca l'esempio dell'EPA, che di regola agisce soltanto tramite procedimenti di *rulemaking*, e del *National Labour Relation Board*, che viceversa tende a ricorrere all'*adjudication* ed ha effettuato il suo primo *rulemaking* soltanto nel 1980. Va poi evidenziato come, secondo tale A., la mancata influenza del Presidente nei procedimenti di *adjudication* costituisca un argomento fondante l'inesistenza di un potere di direzione presidenziale sull'attività delle agenzie indipendenti. Lo segue nelle stesse conclusioni D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico*, cit., 126. Tale impostazione, che, come meglio si preciserà *infra* al par. 9, non incontra il favore di chi scrive, appare, peraltro, ormai pienamente smentita dall'estensione del controllo presidenziale sull'*adjudication* intrapreso da Trump, come nel testo andremo ora a descrivere.

¹⁸⁴ Così P.M. SHANE, *Trump's Quiet Power Grab*, (Feb. 26, 2020), in *theatlantic*.

ders) incidono sulle situazioni giuridiche dei privati nei più disparati settori amministrativi, attribuendo contributi e benefici, rilasciando licenze ed autorizzazioni, irrogando sanzioni, pronunciandosi sull'aggiudicazione di contratti pubblici o nell'ambito del pubblico impiego¹⁸⁵; il tutto con un carico di lavoro che è stato stimato nell'ordine di circa 750.000 casi all'anno, circa il doppio delle controversie civili e penali che vengono decise in sede giurisdizionale dalle *federal district courts*¹⁸⁶. Si tratta, dunque, di procedimenti essenziali per l'implementazione della *federal law*, nonché molto spesso per la stessa attuazione del *policy making* in campo amministrativo, posto che alcune agenzie indipendenti ricorrono all'*adjudication* come primario strumento di manifestazione dei poteri loro attribuiti dalle *statutes* istitutive (si pensi, ad esempio, alla *National Labor Relations Board*, che costantemente lo impiega per contrastare le *unfair labor practices*, o alla *Securities and Exchange Commission* (SEC), che lo applica nel perseguimento di molteplici violazioni ai sensi del *Securities Act* federale)¹⁸⁷.

Per la delicatezza del compito, gli ALJs vengono da sempre cir-

com, il quale ricorda che «*there is extensive variety among the several hundred agencies and programs involved in administrative adjudication*», e così esemplifica: «*A plurality of administrative adjudications involve Social Security disability claims. [...] Some agencies, such as the Nuclear Regulatory Commission and the Federal Communications Commission, engage in licensing. Others, such as the Environmental Protection Agency and the Federal Trade Commission, impose penalties for legal noncompliance. Numerous adjudication schemes across multiple agencies involve disputes about government payments, the awarding and administration of government contracts and benefits, and the imposition of employee discipline*».

Sugli ALJs si veda quanto già illustrato *supra* a proposito della sentenza *Lucia v. SEC* al par. 5.1 del presente contributo.

¹⁸⁵ L'*Order* è definito dal § 551 APA come «*the whole or part of a final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form, of an agency in matter other than rulemaking but including licensing*». L'attività di *adjudication* consiste nella «*resolution of specific litigation controversies between adversary parties – such as an agency's denial of an individual's claim for benefits, the administrative imposition of penalties on a firm, or the revocation for a licence*».

¹⁸⁶ Per una precisa ricognizione dei dati in materia si può consultare il *database* creato nell'ambito del *Joint Project of the Administrative Conference of the United States* (ACUS) and *Stanford Law School*, che «*mapped the contours of the federal administrative adjudication process [...], collecting and analysing agency caseload statistics*», *acus.law.stanford.edu*.

¹⁸⁷ Al riguardo P.M. SHANE, *Trump's Quiet Power Grab*, cit., porta altresì l'esempio della *Federal Trade Commission* (FTC) che attraverso l'*adjudication* provvede a valutare e sanzionare *unfair or deceptive trade practices*.

condati presso ogni agenzia da particolari garanzie, fondate sulle previsioni delle stesse leggi istitutive, con l'obiettivo di evitare una politicizzazione del loro ruolo e di assicurarne l'indipendenza. L'insieme degli *administrative orders* da questi emanati all'esito dei procedimenti di *adjudication* costituiscono poi una sorta di "giurisprudenza" a disposizione dei *lawyers* che debbano occuparsi di questioni inerenti ai settori amministrativi interessati da tali decisioni e che vogliano orientarsi sulla *policy* adottata dalle *agencies* in materia.

È in questo quadro che, di recente, ha cominciato ad insinuarsi il tentativo da parte di Trump di realizzare nuove forme di esercizio del potere di controllo presidenziale sulle *independent administrative agencies*. Ciò che viene in rilievo non è la volontà di sindacare, né tantomeno di condizionare nel suo esito, la specifica risoluzione delle singole controversie individuali nei procedimenti di *adjudication*, quanto piuttosto l'interesse ad influire sull'autorità «*to dictate the general rules by which agencies decide individual cases, cases in which accuracy and impartiality are key values*»¹⁸⁸.

Un chiaro attacco all'indipendenza delle *agencies* nell'esercizio della discrezionalità che il Congresso ha per legge loro attribuito nella gestione dei procedimenti di *adjudication* si è palesato recentemente con l'*Executive Order "Promoting the Rule of Law Through Transparency and Fairness in Civil Administrative Enforcement and Adjudication"*, emanato da Trump nell'ottobre 2019, contestualmente al *Guidance E.O.* che già abbiamo ricordato¹⁸⁹. Giustificandosi ancora una volta attraverso il richiamo al principio della *rule of law*, nella sua specifica declinazione della trasparenza ed equità dell'azione amministrativa, il Presidente giunge a circoscrivere la discrezionalità che un'*agency* normalmente esercita nel valutare l'illegittimità di una situazione o di un comportamento, posti in essere da un soggetto privato, mediante l'applicazione dei *general legal standard* dalla medesima *agency* formulati. La regola che viene introdotta è che nessuna determinazione nei confronti di privati possa essere assunta in un procedimento di *adjudication* se l'agenzia non abbia precedentemente informato il pubblico, attraverso l'adozione di una specifica *rule*, sulla presenza di un *general*

¹⁸⁸ P.M. SHANE, *Trump's Quiet Power Grab*, cit.

¹⁸⁹ Exec. Order No. 13,891, 84 Fed. Reg. 55,235 (October 9, 2018), "*Rule of Law Through Transparency and Fairness in Civil Administration Enforcement and Adjudication*". A commento A. NIELSON, *Two major Executive Orders*, cit., 2.

legal standard che espressamente proibisce la condotta la cui illegittimità è oggetto del procedimento medesimo¹⁹⁰.

La predeterminazione degli *standard* decisori appare rispondere ad un'apprezzabile *ratio* di certezza, tesa a scongiurare quella cd. *unfair surprise* che potrebbe scaturire dall'assunzione di una decisione informata a criteri non conoscibili *a priori* da parte del soggetto privato coinvolto nell'*adjudication*¹⁹¹. Tuttavia, l'obbligo di riferirsi esclusivamente a criteri giuridici generali prefissati e pubblicizzati, imposto nel nuovo E.O., rischia di minare la possibilità dell'agenzia di intraprendere nuovi orientamenti decisori, dettati dalle peculiarità di un caso concreto implicante nuove problematiche non contenute in *legal standard* già adottati.

Ne deriva una sorta di cristallizzazione dei procedimenti di decisione delle *agencies*, che vengono di fatto vincolate alla propria "autoprevisione", la quale nel concreto potrebbe, però, non risultare soddisfacente di fronte all'emergere di nuovi ed imprevisi comportamenti violativi delle regole del settore, che, sebbene ritenuti illegittimi non potrebbero essere censurati per l'assenza di uno *legal standard* applicabile previamente stabilito.

Per esemplificare il ragionamento si può ipotizzare, sulla scia di un'attenta dottrina, il seguente scenario¹⁹². Immaginiamo che la *Federal Trade Commission* (FTC) accerti che un operatore economico stia utilizzando un sistema di intelligenza artificiale con modalità del tutto originali al fine di porre in essere pratiche ingannevoli ai danni dei consumatori nel commercio *on line*. La FTC non ha mai riscontrato questa pratica ingannevole in precedenza e intende, in conformità alle previsioni della sua *statute law* istitutiva, avviare un procedimento di *adjudication* per valutare se la nuova tecnica utilizzata possa costituire una "*unfair or deceptive trade practice*". Con un'adeguata istruttoria ed il richiamo alle *agency's policy deliberations*, la FTC può giungere a riconoscere il carattere *unfair* o *deceptive* della nuova *practice*, proibendo all'operatore il futuro ricorso alla medesima. Ciò che già,

¹⁹⁰ Recita l'Exec. Order No. 13,891: «*No person should be subjected to a civil administrative enforcement action or adjudication absent prior public notice of both the enforcing agency's jurisdiction over particular conduct and the legal standards applicable to that conduct*».

¹⁹¹ Sostiene tale punto di vista A. NIELSON, *Two major Executive Orders*, cit., 2.

¹⁹² L'ipotesi è efficacemente suggerita da P.M. SHANE, *Trump's Quiet Power Grab*, cit.

prima dell'*order* presidenziale, l'*agency* non avrebbe potuto fare in una tale circostanza era imporre una sanzione senza una precedente avviso, con apposito *proceeding*, circa l'illegittimità della condotta tenuta. Il rimedio inibitorio adottato dalla FTC è, dunque, interamente *forward-looking* e, in quanto tale, già riconosciuto in passato dalla *Supreme Court* come ragionevole conclusione di un'*administrative adjudication*¹⁹³.

Con il "Transparency and Fairness" E.O., adottato da Trump, quanto sopra ipotizzato non può più ritenersi attuabile. La FTC, in una situazione come quella descritta, dovrebbe ora in primo luogo attivare un procedimento di *rulemaking* diretto a stabilire i generali standard regolatori delle fattispecie di compravendita *on line* che prevedono l'impiego dei suddetti mezzi di intelligenza artificiale, e soltanto in seguito potrebbe provvedere a perseguire, mediante *adjudication*, gli operatori eventualmente coinvolti in tali forme di compravendita telematica. Il risultato, com'è stato efficacemente osservato, «*might be grossly inefficient and would disable the FTC from developing a nuanced factual understanding of regulated practices through individual cases*»¹⁹⁴.

L'esempio dimostra chiaramente le pericolose conseguenze determinate del *fair-warning requirement* imposto dall'E.O. nei procedimenti di *adjudication*. Nonostante nell'*Order* venga enfaticamente dichiarato che «*[n]othing in this order shall be construed to impair or otherwise affect [...] the authority grant by law to an executive department or agency, or the head thereof*»¹⁹⁵, il risultato pare essere esattamente l'opposto: le sue disposizioni, almeno sotto il profilo qui indicato, avranno senz'altro l'effetto di "impair or otherwise affect" la discrezionalità delle *independent administrative agencies*, incidendo sui suoi contenuti ed alterando le condizioni di esercizio dei poteri di *adjudication* loro attribuiti dal Congresso nelle leggi istitutive¹⁹⁶.

¹⁹³ Si veda già la pronuncia della Corte Suprema sul caso *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation et al.*, 332 U.S. 194 (1947).

¹⁹⁴ Così P.M. SHANE, *Trump's Quiet Power Grab*, cit..

¹⁹⁵ Exec. Order No. 13,891, cit.

¹⁹⁶ Va segnalato come, nelle more di pubblicazione del presente contributo, un altro *Executive Order* sia stato emanato proprio con riguardo all'incidenza di un maggiore controllo presidenziale sull'attività di *adjudication* delle *independent administrative agencies*. Si tratta dell'"Executive Order on Regulatory Relief to Support Economic Recovery" del 19 maggio 2020, E.O. 13,924, emanato dal Presidente Trump in relazione all'emergenza sanitaria per il Covid-19. Nell'E.O. il Presidente dispone che tutte le *agencies* «*should address this economic emergency by rescinding, modifying,*

Un secondo, e forse più grave, profilo dell'attacco all'indipendenza delle *agencies* nell'ambito dei procedimenti di *adjudication* viene attuato con riferimento all'ambito delle nomine presidenziali, quale indiretta modalità dell'esercizio di quell'*appointments power* che già abbiamo visto percorrere con Trump diverse e spesso tortuose vie di realizzazione.

Gli interventi in proposito mirano ad incidere sul ruolo degli *independent officers* che operano all'interno delle *agencies*, facendo leva sui procedimenti di nomina (e fors'anche sulle modalità di revoca), o circoscrivendone i poteri decisionali.

Partendo da quest'ultimo aspetto, deve essere menzionata una particolare disposizione contenuta nel *Guidance* E.O. dell'ottobre 2019, di cui già abbiamo trattato a proposito della (*de*)*regulatory review* attuata da Trump anche nei confronti dei *guidance documents*¹⁹⁷. Per l'emanazione da parte delle *agencies* di ogni singola *significant guidance*, l'*Order* richiede l'obbligo del *sign-off of a presidential appointee*. La previsione mira ad eliminare la prassi abbastanza diffusa di affidare tale tipo di regolazione alle decisioni dell'*high level staff* dell'agenzia, senza il coinvolgimento degli *heads* della medesima, i quali – lo abbiamo più volte ricordato – sono *principal officers* nominati dal Presidente con l'*advice and consent* del Senato ai sensi dell'*Appointments Clause* costituzionale¹⁹⁸.

Anche a tal proposito l'introduzione della regola viene sorretta dall'invocata necessità di assicurare la trasparenza delle decisioni,

waiving, or providing exemptions from regulations and other requirements that may inhibit economic recovery». Nelle previsioni rivolte a implementare la *policy* così indicata, l'*Order* espressamente fa riferimento alla necessità delle agenzie di ricalibrare l'attività di *adjudication* «*for the sake of short-term economy*». A tal fine viene ivi codificata una serie di norme procedurali che è imposta a tutte le agenzie, fra le quali per espressa disposizione dell'E.O. è ricompresa «*any independent regulatory agency*». L'intervento presidenziale è ovviamente determinato dalla necessità di affrontare la situazione di crisi economica connessa all'emergenza sanitaria, ma, come rilevato in dottrina nei primi commenti al riguardo, tale *Order* potrebbe essere considerato come a «*pilot project*» per più ampie e generali riforme amministrative, che, per la prima volta, dopo decenni di *presidential administration* esercitata nei soli confronti del settore del *rulemaking*, sembrano viceversa muoversi nella direzione di porre la Casa Bianca «*into closer contact with the enforcement/adjudication side of agency policymaking*». Così A. WHITE, *Covid-19, Regulatory Recalibration, and Learning for the Long Run*, in *Yale J. On Reg.: Notice & Comment* (May 20, 2020), in *yalejreg.com*.

¹⁹⁷ Cfr. *supra* al par. 12.1.

¹⁹⁸ Cfr. U.S. Const. Art. II, § 2, cl. 2.

espressa soprattutto nei termini di un incremento della *political accountability* delle agenzie federali e di un conseguente contenimento del ruolo della burocrazia amministrativa. Il reale effetto è, tuttavia, ancora una volta quello di una forte accentuazione della *directive authority* della Casa Bianca e di una progressiva polarizzazione delle competenze amministrative attorno a figure legate da un rapporto di lealtà politica con il Presidente.

Ma è soprattutto attraverso un indiretto esercizio del potere di nomina presidenziale che nella *Trump-era* si manifesta il più incisivo scacco all'indipendenza che tradizionalmente caratterizza l'azione delle agenzie federali nei procedimenti di *adjudication*.

Ciò avviene in particolare con la sentenza della Corte Suprema *Lucia v. SEC* del 2018, che abbiamo già in precedenza menzionato¹⁹⁹. La qualificazione di *inferior officers* attribuita dalla Corte agli *Administrative Law Judges*, cui consegue l'obbligo della loro nomina da parte degli *heads* dell'agenzia ("*the agency's principal political appointees*"), senza più attingere alle procedure di selezione avviate a tali fini dagli uffici dello *staff* interno – come invece accadeva prima della pronuncia –, finisce inevitabilmente per toccare il cuore di quel complesso di garanzie d'imparzialità e d'indipendenza che, fin dagli anni trenta del secolo scorso, il Congresso ha sempre cercato di assicurare nel conformare *by statute* il ruolo di questi *agency adjudicators*²⁰⁰.

Il *Lucia case* rivela tutta la forza del progressivo processo di centralizzazione del controllo sull'attività amministrativa federale nella persona del Presidente che fino a qui abbiamo inteso tracciare, con i molteplici rischi che ne conseguono, fra cui la potenziale tendenza alla politicizzazione non solo della *regulation*, ma anche dei procedimenti decisori di *adjudication*, ed il connesso rischio di una

¹⁹⁹ *Lucia v. SEC*, 138 S. Ct. 2044 (2018), cit., su cui cfr. *supra* al par. 5.1.

²⁰⁰ Interessante in proposito è la lettura del *Brief Amicus Curiae of Administrative Law Scholars in Support of Neither Party* sul caso *Lucia v. SEC*, in *supremecourt.gov*, redatto da un gruppo di *administrative law professors* della *George Washington University*, i quali analiticamente avvertono la Corte dei pericoli che potrebbero derivare dall'estensione del controllo politico sugli *agency adjudicators* ed osservano che «*Congress devoted a substantial amount of time during the 1930s and 1940s to the question of how to structure agencies that engage in adjudication of regulatory disputes. [...] By statute, Congress imposed procedures for ALJs that were specifically designed to ensure that they had an appropriate degree of decisional independence from the agencies whose cases they were to hear.*».

«“agency capture” to protect corporate interests ahead of the public interest»²⁰¹.

Tale processo non è, peraltro, ancora giunto al suo termine. Già nella controversia sul caso *Lucia* il *Department of Justice* aveva chiaramente invitato la Corte ad andare oltre, suggerendo l'ulteriore argomento secondo cui gli ALJs, in qualità di *officers*, non solo devono essere nominati da soggetti politici come gli *agency's heads*, ma dovrebbero anche essere revocati sulla base di una più ristretta interpretazione della *statute protection* loro assegnata, che ammetta la possibilità di un «*removal for failing to follow directions*». Nella pronuncia la Corte ha esplicitamente rifiutato di seguire una simile impostazione, ma il *Solicitor General* ha emanato un *Memorandum* rivolto a tutti gli *Agency General Counsels*, ove ben traspare l'intenzione del *Department of Justice* di risollevere la medesima questione in un caso futuro²⁰².

²⁰¹ Così P.M. SHANE, *Trump's Quiet Power Grab*, cit., che ancora prosegue: «*New rules shaping adjudication could also enable political officials to make it harder for individuals to get the government benefits to which they are entitled*».

²⁰² U.S. *Department of Justice, Office of the Solicitor General*, Washington D.C. 20530, *Guidance on Administrative Law Judges after Lucia v. SEC (S.Ct.)*, in *static.reuters.com*, nel quale, in particolare al §5, si legge: «*The Constitution not only specifies the manner in which officers of the United States must be appointed, but also limits the extent to which officers may permissibly be shielded from removal by the Department Head. [...] Many litigants have already argued that ALJs are impermissibly shielded from removal because, by statute, ALJs can only be removed “for good cause established and determined by the Merit System Protection Board on the record after opportunity for hearing before the Board. 5 U.S.C. §7521(a). We expect more such challenges in the wake of Lucia*».

Di segno opposto è l'indicazione che compare nel *Brief Amicus Curiae of Administrative Law Scholars in Support of Neither Party*, cit. alla nota 199, ove, invece, si avverte: «*Making ALJs removable at will, or simply for failing to follow directions by political superiors, would undermine the impartiality that Congress sought to guarantee*».

Si veda, inoltre, P.M. SHANE, *Trump's Quiet Power Grab*, cit., il quale, in chiusura dell'articolo, rende noto che, nel gennaio 2020, l'OMB ha pubblicato la seguente *request for information*: «*In furtherance of the policy on Promoting the Rule of Law Through Transparency and Fairness in Civil Administrative Enforcement and Adjudication, the Office of Management and Budget invites the public to identify additional reforms that will ensure adequate due process in regulatory enforcement and adjudication*» (in *federalregister.gov*). La raccolta di *comments*, che si è chiusa il 16 marzo 2020, costituisce, come evidenzia l'A., un'ulteriore prova dell'interesse della *Trump Administration* «*in significantly rewriting the rules by which agencies conduct their trial-type proceedings*».

9. Riflessioni conclusive

Nel percorso di analisi che abbiamo compiuto attraverso le diverse presidenze, da Reagan fino a quella attuale di Trump, emerge una linea di continuità che evidenzia una crescente forma di presidenzialismo, principalmente realizzato mediante quella che potrebbe definirsi una relazione “a staffetta” fra le presidenze medesime. Pur nelle diversità di appartenenza politica e nelle divergenze programmatiche, le più moderne presidenze sono, infatti, accomunate dall’acquisizione di una sempre maggiore autorità sull’apparato delle agenzie federali: un’autorità che viene ereditata dal predecessore e sistematicamente ampliata dal successore, nell’imposizione della propria originale *policy* presidenziale.

Com’è stato acutamente osservato, il tratto distintivo del moderno presidenzialismo americano, ed al contempo la sua più pericolosa espressione, è la tendenziale resistenza alla contrazione: il meccanismo di espansione progressiva di poteri presidenziali funziona «*as a one-way ratchet*»²⁰³. Anche se soltanto alcuni Presidenti hanno posto l’accentuazione del potere esecutivo quale fulcro ideologico del proprio governo, in realtà tutti i Presidenti, a prescindere dal loro programma d’azione e dalla loro appartenenza politica, vengono inevitabilmente «*tempted to embrace their predecessors’ more audacious claims as sources of legal authority and strike out on their own*»²⁰⁴.

Il risultato è quello che finisce, dunque, per sfociare in un inevitabile *bad-mechanism for decision-making*: «*the growth of executive power is all too likely to produce dysfunctional government, no matter which party is in control. Adopted as an ethos of government, aggressive presidentialism breeds an insularity, defensiveness, and even arrogance within the executive branch that undermines sound decision-making, discounts the rule of law, and attenuates the role of authentic deliberation in shaping political outcomes*»²⁰⁵.

²⁰³ La nota metafora si deve a P.M. SHANE, *Madison’s Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy*, cit., 4.

²⁰⁴ Così ancora P.M. SHANE, *Madison’s Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy*, cit., 4, il quale prosegue: «*Unless somehow rebuked, the example of any President asserting authority without a genuine constitutional basis thus becomes historical precedent for the next President committed to the practice of presidentialism whether as a matter of ideological commitment or mere political calculation*».

²⁰⁵ P.M. SHANE, *Madison’s Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy*, cit., 25.

Il ricorso a strumenti diretti ad accrescere il ruolo della Casa Bianca nelle varie forme di controllo dei procedimenti di *rulemaking* e anche, come di recente sembra accadere sotto la Presidenza Trump, di *adjudication*, viene supportato da una serie di giustificazioni, fra cui la necessità di attuare un processo di uniformazione dell'interpretazione legale all'interno dell'esecutivo²⁰⁶ e la pretesa di assicurare un pieno rispetto

²⁰⁶ Si tratta di una giustificazione che, seppur latamente, si collega e trova una sua collocazione nel rimando alla *Chevron doctrine* (*Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984)) e alla limitazione della *statutory interpretation* da parte delle corti, la cui deferenza rischierebbe di essere accentuata, ove condizionata anche dalle direttive di interpretazione legislativa impartite dal Presidente, per esempio nei suoi *signing statements* o nelle altre varie forme attraverso cui può dispiegarsi la sua influenza sulle scelte decisionali delle agenzie indipendenti, soprattutto per quel che concerne la loro funzione regolatoria.

La questione se una decisione dell'agenzia, all'interno della quale si è dispiegata un'influenza presidenziale, possa divenire oggetto di *deference* da parte delle corti è, peraltro, fortemente dibattuta in dottrina. Nega tale possibilità K.M. STACK, *The President's Statutory Powers to Administer the Laws*, cit., 307 e ss., che esclude il riconoscimento di un'autorità prevalente nei confronti delle corti a quelle decisioni assunte dalle agenzie su pressione politica da parte del Presidente. Diametralmente opposta è la tesi sostenuta da V.E. KAGAN, *Presidential Administration*, cit., 2372 e ss., la quale ritiene che il coinvolgimento del Presidente nell'adozione delle scelte amministrative delle *agencies* serva, in realtà, ad incrementare la responsabilità (politica) delle scelte medesime, e dunque a maggior ragione debba essere oggetto del rispetto delle corti attraverso il riconoscimento della *deference*.

Sul punto si veda, inoltre, R.V. PERCIVAL, *Who's in Charge? Does the President Have Directive Authority Over Agency Regulatory Decisions?*, cit., 2521 e ss., il quale affronta il tema sotto il diverso profilo della sindacabilità giurisdizionale delle decisioni delle agenzie che siano, direttamente o indirettamente, frutto di un'ingerenza presidenziale, e ricorda l'esemplare caso *Tummino v. Torti*, 603 F. Supp.2d 519 (E.D.N.Y. 2009), riguardante i rapporti fra il Presidente George W. Bush e la *Food and Drug Administration* (FDA). Nella fattispecie la Corte distrettuale ha ritenuto irragionevole la decisione dell'FDA, che inibiva l'utilizzo del farmaco per la contraccezione d'urgenza (cd. "Plan B") senza prescrizione medica alle donne di età minore degli anni diciotto, a causa dell'incongruenza fra le conclusioni favorevoli all'uso del Plan B comunicate dall'*Advisory Committee for Reproductive Health Drugs* e la decisione finale della FDA, che per la prima volta si discostava dalle conclusioni dell'organo consultivo, senza, peraltro, fornire alcuna motivazione al riguardo.

Il tema è ben trattato anche in P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"? The President in Administrative Law*, cit., 738 e ss., il quale porta altresì l'esempio del ruolo che il Presidente spesso intende assumere esercitando un potere di «*oversight of interagency conflicts*»; un potere che è stato, peraltro, riconosciuto dalla Corte Suprema nel caso *Train v. Colorado Public Interest Research Group, Inc.*, 426, U.S. 1 (1976), concernente un conflitto fra l'EPA e la *Nuclear Regulatory Commission* (NRC) sull'incremento di inquinamento radioattivo conseguente ad alcune agevolazioni sulle auto-

del principio della *rule of law*, soprattutto nella sua declinazione del perseguimento di un *open and transparent government*²⁰⁷.

A sostegno del rafforzamento del ruolo presidenziale viene altresì affermato che l'accentramento di poteri a favore della politica, rispetto all'amministrazione, non debba necessariamente essere percepito in senso negativo, posto che, all'accentuazione dei compiti burocratici svolti da organi tecnici come le *agencies*, si accompagna comunemente nei cittadini americani la sensazione di una perdita di legittimazione democratica, che viceversa trova nella figura del Presidente compiuto riconoscimento²⁰⁸.

Si tratta di argomentazioni avanzate soprattutto dai fautori di una *Presidential Administration* come necessaria risposta alle contingenze storico-politiche dell'amministrazione statunitense moderna, alla quale una presidenza esercitata con dinamismo ed autorità non potrebbe che giovare in termini di crescita dell'"*accountability*", per il particolare legame che lega la figura del Presidente al pubblico dei cittadini elettori, e di rinnovata "*effectiveness*" nell'attuazione delle scelte regolatorie dell'amministrazione federale²⁰⁹.

rizzazioni rilasciate dalla NRC. In tale pronuncia la Corte, tuttavia, distingue fra la legittimità dell'esercizio di un potere d'indicazione (e non propriamente autoritativo) in capo al Presidente nei contrasti decisionali fra agenzie (legittimità riconosciuta in assenza di un'indicazione espressa da parte del Congresso sull'organo legislativamente deputato a risolvere tali contrasti) e la diversa ipotesi di contrasti fra la Casa Bianca e un'agenzia, ove viceversa il potere decisionale viene normativamente attribuito in ogni caso a quest'ultima. Nello stesso senso N.K. KATYAL, *Internal Separation of Powers: Cheking Today's Most Dangerous Branch from Within*, 115 *Yale L.J.* 2314 (2006).

²⁰⁷ La giustificazione si ritrova soprattutto fra quegli studiosi che propendono per un rafforzamento dell'autorità decisionale del Presidente come elemento necessario per un corretto funzionamento dell'*administrative state* contemporaneo, come V.E. KAGAN, *Presidential Administration*, cit., 2372 e ss.; L. LESSING, C.R. SUSTEIN, *The President and the Administration*, cit., 2-3 (1994); J. GOLDSMITH, J. F. MANNING, *The President's Completion Power*, 115 *Yale L.J.* 2280 (2006).

²⁰⁸ Sul sentimento di forte sospetto che negli Stati Uniti connota la relazione dei cittadini con una burocrazia "ossificata", che ostacola di fatto con i suoi rifiuti la governabilità, e sulle resistenze in tal senso denunciate dai diversi Presidenti nel tentativo di implementare il loro mandato, si vedano le riflessioni di D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico*, cit., 45.

²⁰⁹ Si veda soprattutto V.E. KAGAN, *Presidential Administration*, cit., 2272 e ss., la quale da un lato minimizza l'autorità di una *expertise* chiamata a guidare i processi di assunzione delle *major agency decisions* («*Bureaucratic expertise [...] cannot alone or even predominantly drive administrative decisions*», in part. 2353), e dall'altro ritiene che un corretto utilizzo di una *presidential administration* abbia il benefico effetto di

Una simile visione, tuttavia, non sembra (o fors'anche non vuole) tenere in conto la reale dinamica decisionale all'interno della Casa Bianca, ove raramente la decisione è assunta dal Presidente, inteso come figura unica, eletta dai cittadini e costituzionalmente investita del potere esecutivo, ma piuttosto è adottata all'interno di un apparato «*of a few thousand White House employees working within the properly protected opacity of that institution*»²¹⁰. E ciò avviene in totale assenza delle garanzie approntate dall'*Administrative Procedure Act* (APA) o dal *Freedom of Information Act* (FOIA), e quindi ben lontano dalle caratteristiche del procedimento decisorio posto in essere da «*a politically accountable agency administrator with the help of a more extensive and expert staff operating under those conditions of enhanced transparency and procedural regularity*»²¹¹.

L'ottica di segretezza e di irresponsabilità pubblica che connota le relazioni spesso sotterranee fra *politics and administration*, fra il Presidente (e i suoi uffici) e le *independent agencies*, soprattutto nell'ambito delle più delicate procedure di *rulemaking*, che toccano punti

evitare pesanti interferenze nella «*regulatory action that in large measure depends on scientific methodology*» (in part. 2356).

Nello stesso senso T.O. MCGARITY, *Presidential Control of Regulatory Agency Decisionmaking*, 36 *Am. U.L. Rev.* 443, 452 (1987); nonché più di recente J. NZELIBE, *The Fable of the Nationalist President and the Parochial Congress*, 53 *Ucla L. Rev.* 1217 (2006).

²¹⁰ P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"? The President in Administrative Law*, cit., 753. Come sottolinea anche H. KITROSSER, *Scientific Integrity: The Perils and Promise of White House Administration*, cit., 2419 :« [p]residential control is a 'they,' not an 'it.' [...] [P]residential control effectively means control by hundreds of political appointees»; ed inoltre «*the thickening of institutions that surround the presidency—such as the growth of the White House bureaucracy—makes it more difficult for presidents to make sharp breaks from the practices of their predecessors, even in "reconstruction" periods when new presidents take the reins from widely repudiated Presidents of a different party*» (in part. 2422).

²¹¹ P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"? The President in Administrative Law*, cit., 753. Sulla quasi totale assenza di pubblicità che ha, per esempio, caratterizzato, sotto la presidenza Bush o nel primo anno della presidenza Obama, le modalità di esercizio dell'influenza degli uffici presidenziali (per esempio dell'OIRA) sulla revisione o addirittura sull'annullamento delle *rules* più significative, soprattutto in ambito economico, si può vedere l'analisi di N.A. MENDELSON, *Disclosing "Political" oversight of Agency Decision Making*, cit., 1150.

Più di recente analoghe considerazioni, anche per gli anni successivi, si ritrovano nello studio di H. KIRTROSSER, *Reclaiming Accountability: Transparency, Executive Power, and the U.S. Constitution*, Chicago, 2015.

nevralgici per la realizzazione dei programmi politici presidenziali, è stata, d'altra parte, favorita negli ultimi anni dall'avvento della cd. *Information Age*. Lo sviluppo della tecnologia informatica ha, infatti, diminuito, se non addirittura eliminato, il possibile vantaggio che, in passato, un'*agency* poteva trarre nei suoi rapporti con la Presidenza con riferimento all'esclusivo possesso di dati e informazioni di carattere tecnico ed al correlato potere di scelta circa i tempi e i modi della relativa comunicazione. I dati e le informazioni sono ormai facilmente interscambiabili e conoscibili con i mezzi telematici dalla burocrazia presidenziale, cosicché l'accesso ad essi determina un inevitabile trasferimento di poteri alla Casa Bianca, la quale può decidere di utilizzarli anche al di fuori del contesto di garanzie procedurali di trasparenza e pubblicità che sono invece imposte per legge, a cominciare dallo stesso APA, a tutte le *agencies* federali²¹².

Nell'insieme, la crescita di una simile tecnica organizzativa all'interno della Casa Bianca soprattutto di recente, sotto le ultime due Presidenze di Obama e di Trump, ha condotto alla formazione di figure quali i *policy czars* o gli *shadows cabinet*, organi atipici, espressivi di una *presidential loyalty* che, nella totale assenza di trasparenza delle procedure, definisce, attua ed impone l'*administrative policy* del Presidente, e ha sviluppato il ricorso ad un *information control* a carattere bifronte, che si traduce nel mantenimento della segretezza o, viceversa, nella comunicazione modellata in ragione degli obiettivi politici da perseguire²¹³.

²¹² In proposito P.L. STRAUSS, *The President and the Constitution*, cit., 1163 e ss., il quale, richiamando anche il contributo di H. BRUFF, *Presidential Management of Agency Rulemaking*, cit., 560, ricorda come una situazione in cui «[r]ulemaking documents came in limited numbers of copies and lived in agency files, from which the White House could only acquire them openly from the agency and with relative difficulty» fosse alla base di un diverso rapporto fra la politica presidenziale e l'azione delle amministrazioni tecniche. Paradigmatico in questo senso è l'*Executive Order* 12,291 del Presidente Reagan, che, come già detto, riconosceva ampio spazio di autonomia alle agenzie, richiedendo la sola comunicazione scritta dell'analisi provvisoria e finale delle *major rules* al Direttore dell'OMB, il quale doveva in merito essere consultato, cosicché il suo parere e la risposta in merito elaborata dall'agenzia stessa potessero (e dovessero) essere pubblicate nel *rulemaking file*.

²¹³ Come rileva H. KITROSSER, *Scientific Integrity: The Perils and Promise of White House Administration*, cit., 2419, «the President has a built-in structural capacity to act in secret, and ample motivation to see the administrative state reach scientific conclusions that are politically convenient».

Tutto ciò ha finito per istituzionalizzare un «*presidential control in the absence of specific presidential directions*»²¹⁴, che conduce ad una *administrative governance* difficilmente verificabile e valutabile nei termini del rispetto del principio di separazione dei poteri.

Da più parti viene in proposito segnalata la carenza di *internal and external checks*, i quali consentano d'individuare l'interferenza politica nelle scelte discrezionali delle agenzie, dall'interno, per esempio attraverso l'introduzione di metodi di condivisione pubblica dei documenti e delle informazioni tecniche su iniziativa delle «*science agencies*», e dall'esterno, con l'introduzione di garanzie normative di trasparenza (mediante l'estensione del campo di applicazione del FOIA e dell'APA) che possano contribuire ad individuare i percorsi decisionali influenzati da una *ratio* «extra-amministrativa»²¹⁵.

Il recente *trend* verso una sempre più decisa affermazione di un *muscular presidentialism* porta con sé un ulteriore elemento di debolezza per gli equilibri su cui dovrebbe reggersi l'*administrative state* statunitense. Il rischio insito in una simile atteggiarsi del ruolo presidenziale si può tradurre anche in una generale carenza di durabilità della *policy action*, come ha dimostrato recentemente il passaggio dalla Presidenza Obama a quella di Trump²¹⁶. Il sistematico smantellamento effettuato da quest'ultimo nei confronti di tutto l'impianto amministrativo costruito dal predecessore ha determinato una repentina trasformazione della *public policy*, i cui effetti d'instabilità per gli equilibri dell'ordinamento amministrativo non avrebbero di certo po-

²¹⁴ Così si esprimono J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 551.

²¹⁵ Osserva al riguardo H. KITROSSER, *Scientific Integrity: The Perils and Promise of White House Administration*, cit., 2421, «*The APA has been construed by the Supreme Court not to apply to the President. [Franklin v. Massachusetts, 505 U.S. 788, 796, 800–01 (1992)]. Furthermore, administrations have suggested—sometimes as a matter of statutory interpretation, sometimes as a matter of constitutional interpretation, and often as both—that statutory openness and other procedural requirements do not apply to White House offices.*».

Sulla conseguente mancanza della possibilità di un controllo anche in sede giurisdizionale sulla «*political reason for agency action*» si vedano J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 553-554.

²¹⁶ Sono esempi in tal senso le radicali trasformazioni avvenute nel passaggio fra i due Presidenti nei settori dell'*immigration policy* o della *climate change policy*; aspetti su cui non è possibile soffermarsi nell'economia del presente lavoro, ma per i quali si può vedere la compiuta analisi condotta da J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., rispettivamente 563 e ss. e 579 e ss.

tuto verificarsi nel contesto di un potere presidenziale esercitato su altri presupposti, e cioè nei limiti ben più stretti che potrebbero trarsi dall'interpretazione rigorosa del quadro normativo di riferimento, approntato in Costituzione o anche dal Congresso²¹⁷.

Le questioni fin qui sollevate non vengono, peraltro, ritenute sufficienti, da parte di una certa dottrina, a riconoscere l'esistenza di un potere di direzione presidenziale.

V'è infatti chi non ritiene di individuare, al di là dei poteri di nomina o di revoca normativamente previsti in capo al Presidente, l'esistenza di un vero e proprio potere di direzione esercitato dal medesimo nei confronti delle autorità amministrative federali²¹⁸. Il riferimento è all'impossibilità di configurare la sussistenza di un potere di direzione costituzionalizzato (e infatti non è previsto in Costituzione), legalizzato (e infatti non è attribuito dal Congresso) e neppure istituzionalizzato nella prassi. L'assenza di prove sulla presenza di una *directive authority* viene, inoltre, dedotta dalla varietà, e talvolta anche contraddittorietà, degli strumenti impiegati dai diversi Presidenti per esercitare la loro influenza nei confronti delle *agencies*. Dalla mutevolezza degli effetti spiegati da tali strumenti, spesso determinata dal contesto politico nel quale gli stessi Presidenti si trovano ad agire, tale orientamento dottrinale trae l'idea circa l'esistenza di un mero potere di supervisione presidenziale, che viene legittimamente esercitato dal Presidente in quanto ricompreso fra i poteri esecutivi istituzionalmente attribuitigli e resta limitato ad un'attività di impulso e di coordinamento tra i vari organi amministrativi, senza condizionare l'esercizio della loro discrezionalità²¹⁹.

Sembra, invece, preferibile da parte di chi scrive affrontare il tema da un altro angolo visuale, liberandosi da schemi preconconcettuali sulla definizione del tipo di potere esercitato dal Presidente nei confronti

²¹⁷ Per tali rilievi ancora J.L. MASHAW, D. BERKE, *Presidential Administration in a Regime of Separated Powers*, cit., 551, i quali in proposito si riferiscono alla tensione fra "assembly government" e "executive government" che caratterizza l'evoluzione del sistema amministrativo americano.

²¹⁸ Si veda D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico*, cit., 121 e ss., la quale segue soprattutto le tesi espresse da R.V. PERCIVAL, *Who's in Charge? Does the President Have Directive Authority Over Agency Regulatory Decisions?*, cit., 2533 e ss.; e da H.H. BRUFF, *Presidential Power Meets Bureaucratic Expertise*, cit., 487.

²¹⁹ In tal senso ancora D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico*, cit., 120.

degli apparati amministrativi federali (che sia esso un potere di nomina, di revoca o un potere afferente alla tipologia più sfuggente della direzione), e sottolineando l'esigenza di astrarre l'analisi dalla specifica configurabilità dell'esercizio di ciascuno di tali poteri all'interno delle diverse esperienze presidenziali.

Ciò che pare opportuno è studiare e comprendere il fenomeno dell'influenza presidenziale sull'azione amministrativa nella sua unitarietà e diacronicità, cercando di individuare il filo conduttore comune al suo sviluppo e alla sua realizzazione.

Distillando i dati essenziali che sono emersi dall'analisi che ha occupato questo studio, emerge il disegno di un monolitico complesso di forme di poteri, che prescinde da una catalogazione secondo la trilogia della nomina, della revoca e della direzione: un complesso nel quale queste stesse tre categorie paiono spesso intrecciarsi in una relazione strumentale, che si traduce in un *ever-growing presidential control* che ormai caratterizza la conformazione del potere esecutivo nell'*administrative state* americano.

La dialettica tra *politics* e *administration* si sta sviluppando nell'ordinamento statunitense lungo un percorso di crescente espansione del potere del Presidente; un potere che sembra più corretto definire come "potere di controllo", intenso in senso ampio, come sommatoria di tutte le molteplici forme di ingerenza presidenziale, che, esprimendosi nelle diverse direzioni dell'*appointments*, del *removal* o del *directive power*, producono l'effetto di travalicare il principio di separazione dei poteri, invadendo spazi tradizionalmente (e soprattutto costituzionalmente e normativamente) riservati all'esercizio dell'azione amministrativa.

Nel far fronte ad una simile "moltiplicazione" delle forme attraverso le quali si è visto attuare, nelle più recenti presidenze, il potere di controllo sull'attività delle agenzie, emerge chiara la necessità, invocata dalla più attenta dottrina, di richiamarsi ai pilastri essenziali dell'*administrative law* americano, che da sempre cavalca (e governa) la difficile linea di confine fra politica e diritto²²⁰.

Le *agencies*, in qualità di *decision makers* individuati per legge dal Congresso, operano con una serie di limiti e garanzie all'interno di una

²²⁰ Si veda, per tutti, P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"?* *The President in Administrative Law*, cit., 713; e, più di recente, *The Trump Administration and the Rule of Law*, *Revue Française d'Administration Publique*, No. 170, 433 (2019).

cornice normativa prestabilita: la scelta dei vertici subordinata al consenso del Senato; la nomina di *officers*, caratterizzati da professionalità tecnica, e talvolta, come nel caso degli ALJs, da una garanzia d'indipendenza strettamente connessa all'esercizio del loro ufficio; la discrezionalità delle scelte amministrative, cui si collega il rispetto dell'obbligo motivazionale e a monte lo svolgimento di procedure istruttorie trasparenti e, per lo più, partecipative; nonché la conseguente sottoposizione al *judicial review*, sono alcuni tra gli esempi di detti limiti e garanzie²²¹.

Il Presidente, viceversa, agisce al di fuori di questi limiti e di queste garanzie. La sua azione, svincolata da ogni cornice normativa, è soggetta solo ad un controllo di carattere politico, «*finding legal authority in the Presidential apparatus, free of the APA's constraints and transparency, reasonableness, participation and limited bases for judgment*»²²².

Se, com'è stato efficacemente sottolineato, le *agencies*, anche nell'eventualità di una massima e debordante estensione dei loro poteri, potessero mai storicamente trasformarsi in organi “*omnipowered*”, istituzionalmente rimarrebbero sempre e comunque amministrazioni “*unicompetent*”; il Presidente, invece, sembrerebbe già aver intrapreso, storicamente e istituzionalmente, un cammino destinato a trasformarlo in un soggetto “*omnipowered*” ed al contempo “*omnicompetent*”²²³.

Riflettere su questi profili di “*politicization of the executive branch*” e di sfida alle fondamenta costituzionali dell'*administrative state*, che in queste pagine abbiamo voluto evidenziare attraverso l'analisi del sistema statunitense, costituisce un momento essenziale per orientare la nostra attenzione e per accogliere, in seno alla dottrina del diritto

²²¹ La “*reasoned administration*”, come afferma J.L. MASHAW, *Reasoned Administration and Democratic Legitimacy*, cit., viii, intesa come quel complesso di requisiti normativi e di regolamentazioni e prassi amministrative attraverso i quali nel diritto amministrativo si assicura una *democratic governance*, deve costituire a *legal requirement* che «*affect agency process and internal structures, create participative and responsive process for agency action, and erects protection against unreasonable and arbitrary government action*».

²²² Così P.L. STRAUSS, *Overseer, or “The Decider”?* *The President in Administrative Law*, cit., 713, il quale richiama le parole di T.D. RAKOFF, *The Shape of the Law in the American Administrative State*, 11 *Tel Aviv U. Stud. L.* 9, 22-24 (1992).

²²³ In tal senso T.D. RAKOFF, *The Shape of the Law in the American Administrative State*, cit., 22.

amministrativo moderno, il lungimirante avvertimento della Corte Suprema americana che giunge da un recente passato: «*The accretion of dangerous power does not come in a day. It does come however slowly, from the generative force of unchecked disregard of the restrictions that fence in even the most disinterested assertion of authority*»²²⁴.

²²⁴ Così si esprime Justice Frankfurter, nella sua *concurring opinion* sul caso *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 594 (1952). La frase è citata, nell'*incipit* del suo contributo, da P.L. STRAUSS, *Overseer, or "The Decider"? The President in Administrative Law*, cit., 696.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)