

Alessia Damonte

# DISPOSITIVI ISTITUZIONALI PER «BUONE» POLITICHE PUBBLICHE: IL NOTICE-AND-COMMENT AMERICANO

*workingpaper*

 Centro Einaudi

N1 2011 ISSN 2036-1246



Laboratorio di Politica Comparata  
e Filosofia Pubblica

ALESSIA DAMONTE

**DISPOSITIVI ISTITUZIONALI  
PER «BUONE» POLITICHE PUBBLICHE:  
IL *NOTICE-AND-COMMENT* AMERICANO**

Centro Einaudi • Laboratorio di Politica Comparata e Filosofia Pubblica  
*con il sostegno della Compagnia di San Paolo*

Working Paper-LPF n. 1 • 2011

© 2011 Alessia Damonte e LPF • Centro Einaudi

**Alessia Damonte** ha conseguito il dottorato di ricerca in Sociologia presso l'Università degli Studi di Milano. I suoi interessi di ricerca ruotano intorno al tema del cambiamento nelle politiche pubbliche, all'efficacia dei disegni di *governance*, ai metodi qualitativi per l'analisi comparata. Tra le sue pubblicazioni, *L'altro lato della delega* («Rivista italiana di politiche pubbliche, 2010, n. 3); *Sapere e politiche pubbliche: come è cambiato il discorso sulla «buona conoscenza per le politiche», e cosa implica* («Rivista di politiche sociali», 2009, n. 3); *La governance europea*, in M. Giuliani e M. Ferrera (a cura di), *Governance e politiche nell'Unione Europea* (2008).

e-mail: [alessia.damonte@unimi.it](mailto:alessia.damonte@unimi.it)

Il **Laboratorio di Politica Comparata e Filosofia Pubblica** promuove attività di studio, documentazione e dibattito sulle principali trasformazioni della sfera politica nelle democrazie contemporanee, adottando sia una prospettiva descrittivo-esplicativa che una prospettiva normativa, e mirando in tal modo a creare collegamenti significativi fra le due.

L'attività del Laboratorio, sostenuta dalla Compagnia di San Paolo, si concentra in particolare sul rapporto fra le scelte di policy e le cornici valoriali all'interno delle quali tali decisioni sono, o dovrebbero essere, effettuate.

L'idea alla base di questo approccio è che sia non solo desiderabile ma istituzionalmente possibile muovere verso forme di politica «civile», informate a quel «pluralismo ragionevole» che Rawls ha indicato come tratto caratterizzante del liberalismo politico. Identificare i contorni di questa nuova «politica civile» è particolarmente urgente e importante per il sistema politico italiano, che appare ancora scarsamente preparato ad affrontare le sfide emergenti in molti settori di policy, dalla riforma del welfare al governo dell'immigrazione, dai criteri di selezione nella scuola e nella pubblica amministrazione alla definizione di regole per le questioni eticamente sensibili.

LPF • Centro Einaudi  
Via Ponza 4 • 10121 Torino  
telefono +39 011 5591611 • fax +39 011 5591691  
e-mail: [segreteria@centroeinaudi.it](mailto:segreteria@centroeinaudi.it)  
[www.centroeinaudi.it](http://www.centroeinaudi.it)

## INDICE

DISPOSITIVI ISTITUZIONALI PER «BUONE» POLITICHE PUBBLICHE: IL NOTICE-AND-COMMENT AMERICANO	5
Introduzione	5
1. La ricetta per le buone politiche	6
2. Il dispositivo del <i>notice-and-comment</i>	9
2.1. Il pregiudizio americano verso l'amministrazione federale, e gli argomenti a favore	9
2.2. L'espansione amministrativa e le forze in campo	12
2.3. Il percorso parlamentare	14
2.4. Il fixing del 1946	15
2.5. L'insoddisfazione verso i risultati, e le riforme	18
2.6. La controriforma e la svolta elettronica	22
3. Conclusioni	25
Riferimenti bibliografici	28

## PAROLE CHIAVE

processo di policy, Stati Uniti, amministrazione,  
Pareto-superiorità, pluralismo

## ABSTRACT

**DISPOSITIVI ISTITUZIONALI PER «BUONE» POLITICHE PUBBLICHE:  
IL *NOTICE-AND-COMMENT* AMERICANO**

Larga parte della letteratura condivide l'assunto secondo cui la qualità delle politiche pubbliche dipende dalle istituzioni in cui vengono forgiate. Altrettanto consolidata è però anche la convinzione che non esista un solo modo per fare le buone policy, e che i dispositivi concreti debbano essere diversi in rapporto al tipo di sistema politico, per rispettarne i principi fondativi e inserirsi in modo produttivo entro le sue dinamiche. Il lavoro ricostruisce la razionalità dei disegni istituzionali efficaci e, nel contesto dei sistemi politici pluralisti, si concentra sul caso del *notice-and-comment* americano, ripercorrendone evoluzione ed effetti del funzionamento.

## DISPOSITIVI ISTITUZIONALI PER «BUONE» POLITICHE PUBBLICHE: IL *NOTICE-AND-COMMENT* AMERICANO

### INTRODUZIONE

Le politiche pubbliche possono essere pensate in molti modi (Regonini 2001, Parsons 1995). Come prodotti, si tratta di beni e servizi in qualche modo sottratti alla spontaneità degli scambi volontari fra privati (Lane 1993, Musgrave 1959). Come programmi, sono insiemi di misure più o meno coordinate tra loro e associate a fini desiderabili (Hogwood e Gunn 1984). Come processi, sono dinamiche interne a organismi pubblici, e interazioni fra questi e particolari soggetti privati (Lindblom 1965, 1968). Come arene del potere, si tratta di giochi e di economie politiche (Lowi 1964, 1972; Laumann e Knoke 1987).

Comunque le si concepisca, le politiche pubbliche rimandano però sempre a decisioni e scelte: su quali e quanti beni e servizi vadano prodotti in modo più o meno amministrato, e a chi debbano essere consegnati; su quale sia il fine collettivo desiderabile, e quali i mezzi più appropriati per conseguirlo; sui contenuti delle direttive o dei mandati che attivano organismi pubblici e soggetti privati; sulla posta che attira i giocatori nelle arene e che ne struttura le dinamiche. La decisione è un aspetto così nodale che, per diversi autori, si sovrappone al concetto stesso di *public policy*<sup>1</sup>; tutto il resto – beni e servizi, strumenti e fini; interazioni, mandati e giochi – ne sarebbe semplicemente una conseguenza, o un corollario.

In diverse rappresentazioni teoriche, la politica pubblica come decisione costituisce peraltro lo snodo del contratto fondativo con l'autorità, e la giustificazione stessa dell'intero sistema politico (Engelhardt 1989). Di fronte a un fenomeno o a una condizione «che fa problema» e che non appare risolvibile attraverso scambio volontario, gli individui si costituiscono in collettività politica e delegano a un'autorità il compito di stabilire la soluzione – cioè di decidere quale intervento mettere in campo, come far sì che i destinatari ne beneficino, come assicurarsi che i costi vengano coperti e ripartiti in modo appropriato. In questa prospettiva, il sistema politico si giustifica nella misura in cui, attraverso le sue politiche pubbliche, assolve alla funzione di risposta ai problemi e alle domande sociali; e la capacità di

<sup>1</sup> Va notato come, in queste definizioni, «decisione» indichi il disegno di un determinato intervento, e non un singolo atto decisionale. La costruzione di un disegno di *policy*, infatti, comporta in concreto molti atti di scelta distinti: si veda per tutti Lindblom 1959.

generare soluzioni efficaci nel tempo costituisce una fonte importante di legittimità delle istituzioni. Di conseguenza, un buon sistema politico è innanzitutto quello che dimostra di saper decidere e consegnare politiche buone dal punto di vista sostantivo.

La letteratura sull'argomento è accomunata dalla convinzione che le architetture istituzionali, pur non determinando gli esiti delle politiche, ne condizionino però in misura rilevante la qualità (Scharpf 1997). La ricetta per le buone politiche non è tuttavia unica: se c'è accordo tra gli osservatori sul fatto che il materiale primo sia l'informazione, ciò che varia è il *locus* in cui queste informazioni dovrebbero essere trattate.

Questi assunti vengono sviluppati nel paragrafo 1, che affronta il legame tra disegno istituzionale e qualità delle decisioni di policy, declinandolo nel contesto di un sistema politico di stampo pluralista.

Il paragrafo 2 si focalizza su un caso specifico, quello del governo federale americano, e su un dispositivo particolare, il *notice-and-comment*. Il dispositivo rappresenta infatti l'esito di un processo peculiare, di istituzionalizzazione del «buon» *policy-making* nella dimensione amministrativa del governo federale, in un contesto geneticamente ostile all'idea stessa di amministrazione. Il paragrafo ricostruisce quindi ragioni e dinamiche della sua introduzione, ne spiega i contenuti e ne riporta l'evoluzione.

Le conclusioni ripercorrono infine le valutazioni sul funzionamento del dispositivo e collegano la sua persistenza alla coerenza con la matrice costituzionale della democrazia pluralista americana.

## 1. LA RICETTA PER LE BUONE POLITICHE

Come si facciano le buone politiche è una domanda presente da tempo tanto nei dibattiti pubblici quanto nelle agende di ricerca. Una risposta consolidata è offerta dalla teoria economica delle decisioni sui beni comuni (Coase 1960, Harsanyi 1977, Tollison e Willett 1979, Williamson 1985, Lax e Sebenius 1986, Elster 1986, Majone 1989, Sabel 1994, Scharpf 1997). Da questa prospettiva, la decisione è buona a condizione che soddisfi la logica dell'ottimalità paretiana – ossia se, a seguito di quella decisione, la posizione dei beneficiari designati migliora, ma nessuno dei soggetti interessati dal cambiamento si trova in una situazione peggiore di prima. Le politiche paretianamente superiori allo *status quo* possono essere quindi conseguite attraverso negoziato volontario tra gli *affected interests*, o tra i loro rappresentanti. Nel caso molto frequente in cui non sia possibile arrivare a una decisione Pareto-superiore, la logica economica ammette la possibilità di compensazioni, e considera egualmente valida la scelta capace di aumentare l'utilità aggregata, al netto dei trasferimenti compensativi. Gli scambi più o meno laterali – allo stesso ta-

volò o a un tavolo diverso – tra interessi vincitori (perché beneficiari) e interessi perdenti (perché sostenitori dei costi) diventano, in quest’ottica, pratiche legittime, se permettono di «fare una torta più grande» (Walton e McKersie 1965).

In altri termini, la buona policy richiede che gli interessi coinvolti scioglano due questioni collegate: identificare l’intervento che modifichi lo *status quo* per aumentare l’utilità aggregata (*problem-solving*) e identificare il modo per distribuire i costi dello spostamento e del nuovo equilibrio (*bargaining* distributivo). Le due facce della decisione sono però difficili da far coesistere, perché si alimentano delle stesse informazioni sulla posizione dei giocatori, sulla valutazione dei vantaggi e sulla disponibilità a pagare, ma seguono due razionalità opposte. Tanto il *problem-solving* ha bisogno di fiducia e trasparenza quanto il *bargaining* si presenta come interazione competitiva e implica l’utilizzo strategico, se non opportunistico, delle informazioni. Nel momento in cui le due partite vengono giocate contemporaneamente, la logica del negoziato strategico rischia di prevalere su quella della creazione di valore (Scharpf 1997); la policy può finire così per privilegiare il mantenimento dello *status quo* rispetto alla soluzione del problema, o disegnare uno spostamento a vantaggio degli interessi con le migliori risorse negoziali.

Per ottenere l’informazione credibile necessaria al *problem-solving*, c’è quindi bisogno di dispositivi istituzionali che la estraggano e di arene speciali in cui trattarla fuori dai giochi competitivi. In letteratura c’è accordo sul fatto che l’informazione di policy sia in origine esterna al sistema politico in senso stretto e, più recentemente, che decisori trasparenti, *accountability* come possibilità di scrutinio pubblico e processi partecipati in genere migliorino la qualità delle decisioni (si veda per tutti Kaufmann, Kraay e Mastruzzi 2003). Ma le analisi recenti sottolineano sempre più il fatto che non esiste la soluzione unica, la *one fits all* universalmente applicabile. Dovendo funzionare in contesti molto diversi, le soluzioni istituzionali concrete non possono che cambiare a seconda del tipo di sistema politico, dei suoi caratteri e delle sue dinamiche.

Nell’idealtipo pluralista, elaborato a partire dal caso statunitense, gli assunti ruotano intorno a una visione realista tanto degli individui quanto dei processi. In questa visione, l’elettore è difficilmente competente su tutti i problemi di politica pubblica, e perciò nelle proprie scelte tra i candidati dipende piuttosto dalla prossimità a specifici gruppi di interesse (Becker 1958 e 1983, Bentley 1908, Downs 1957, Truman 1951, Posner 1974, Stigler 1975, Peltzman 1976, Walker 1983, Grossman e Helpman 2001). I partiti sono macchine elettorali incapaci di autentico *problem-solving* e solo i gruppi sono in grado di dare corpo a preferenze intense e dettagliate sulle policy (ma non necessariamente «egoistiche» o «private»: McCarthy e Zald 1977, Kalt e Zupan 1984). Per ragioni strutturali, i gruppi sono infatti maggiormente consapevoli di quanto la loro posizione dipenda dalla combinazione di vantaggi e costi che certe scelte di policy impongono loro, più o meno direttamente; inoltre, una volta organizzati in *lobbies*, questi gruppi possiedono le risorse per indirizzare o manipolare le preferenze tanto degli eletti quanto dei votanti, veicolando entro opportune cornici retoriche e ideologiche informazione ritagliata in modo



strategico sui destinatari. I gruppi di pressione intervengono sia nel lungo periodo sul clima ideazionale, sostenendo centri di ricerca e *think-tanks* (Blyth 2002), sia nel breve, affidandosi a professionisti ed esperti per tradurre le proprie preferenze intense in proposte normative da sottoporre ai politici e in rapporti persuasivi con cui orientare l'opinione pubblica (Edelman 1964, Heinz et al. 1993). Mentre si guadagnano l'accesso alle «risorse politiche», le *lobbies* costruiscono così precise domande di policy e insieme forniscono soluzioni spendibili nel sistema decisionale (Becker 1983, 374). Questo, per alcuni osservatori, rende i gruppi di interesse funzionali all'efficienza del mercato politico, visto che contribuiscono a ridurre l'asimmetria informativa dell'elettorato verso l'agenda di governo (Wittman 1989); per altri, li costituisce come base di una modalità di *policy-making* in parte parallela e in parte integrata a quella del *party government*, ma comunque altrettanto importante – anche se non del tutto compatibile con il paradigma normativo della democrazia rappresentativa (Truman 1971)<sup>2</sup>. Il *lobbying*, infatti, si basa su risorse e capacità strategiche, che consentono solo ad alcuni gruppi di interesse di diventare controparti privilegiate dei decisori politici – con il rischio concreto che si sviluppino relazioni esclusive e oligarchiche e, di conseguenza, che le policy vengano piegate a interessi lontani dai mandati elettorali (Selznick 1953, Schattschneider 1960, Cater 1964, Lowi 1964 e 1969).

Data la diversa capacità di accesso delle *lobbies* all'arena legislativa, il processo decisionale comporta quindi sempre la proiezione di una «macchia cieca», più o meno legittima ma sistematica, sulle ragioni di alcuni *affected interests* – non organizzati, non rappresentati, esclusi dai «sottogoverni». Inoltre, la convinzione delle analisi pluraliste è che, anche ammesso che le maggioranze cambino, difficilmente le *policy communities* proprietarie del «sottogoverno» potranno essere scalzate (Berry 1989, Hecló 1974). Le decisioni che si producono tendono perciò a frustrare il *problem-solving* quanto a essere Pareto-subottimali.

In questo quadro, la soluzione alla «cattura» delle policy da parte degli interessi non può risiedere nella concentrazione del potere decisionale in una sola arena pubblica, anche se legittimata dal voto, né tantomeno nel suo isolamento dalle pressioni – soluzione impraticabile, data la forte dipendenza della politica eletta dall'*expertise* degli interessi sociali organizzati. Piuttosto, la soluzione consiste nella dispersione del potere decisionale in arene distinte, in cui i decisori siano animati da funzioni di utilità diverse e quindi più difficilmente catturabili da uno stesso interesse; e in dispositivi istituzionali che garantiscano l'apertura e la permeabilità di quelle arene al maggior numero di istanze possibili, così da costruire bilanciamenti tra le diverse forze in campo (Hecló 1978). In questo modo la singola decisione di policy diventa l'esito di un processo lungo, frammentato e spesso conflittuale al termine del quale, però, se i dispositivi istituzionali hanno funzionato, la policy non può che individuare un nuovo equilibrio Pareto-superiore rispetto allo *status quo ante*.

<sup>2</sup> La funzione di canale alternativo delle domande sociali è presente anche in diverse analisi del neocorporativismo tra cui quelle di Wilensky (1976) e Offe (1981).

Il nuovo equilibrio non emerge quindi nelle arene di *politics*, dove si stabiliscono piuttosto le priorità e i termini della distribuzione, cioè si identificano beneficiari e pagatori del futuro intervento. Il *problem-solving* vero e proprio, ossia la sostanza della policy, è invece affidata alla dimensione amministrativa, dove le diverse razionalità e istanze devono comporsi attorno agli strumenti di intervento. La sfera dell'amministrazione diventa così un *locus* nodale in cui – se viene rispettata la clausola della «massima partecipazione praticabile» (Rubin 1969) – può prendere corpo la cosa più simile all'«interesse generale» che i pluralisti ammettano (Truman 1951), ossia una soluzione argomentata e pubblica al problema di rilevanza collettiva.

È in questo tipo di contesto, e attorno a questi principi, che prende forma il dispositivo del *notice-and-comment* – come meccanismo di regolazione dell'arena del *problem-solving* idealmente sottratta alle questioni distributive della *politics* perché posizionata nella sfera amministrativa, e più esattamente in quella parte del *policy-making* che si sviluppa dopo la chiusura dei giochi attorno al testo di legge. Il *notice-and-comment* acquista senso quindi alla luce del peculiare carattere pluralista delle amministrazioni americane, in quanto risposta a una serie di domande e di interessi che hanno caratterizzato la faticosa istituzionalizzazione delle politiche del governo federale.

## 2. IL DISPOSITIVO DEL NOTICE-AND-COMMENT

### 2.1. Il pregiudizio americano verso l'amministrazione federale, e gli argomenti a favore

Per deliberata omissione, la Carta fondativa degli Stati Uniti tace su struttura, compiti e vincoli dei corpi amministrativi. Considerati parte del potere esecutivo, ciò che la Carta stabilisce è solo i termini del loro controllo, poi lasciato al gioco istituzionale dei *checks and balances* madisoniani sia tra poteri a livello federale<sup>3</sup>, sia tra competenze fra livelli di governo<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> L'art. 2 della Carta, sul potere esecutivo, stabilisce tra i compiti del Presidente quello di verificare che le leggi siano rispettate lealmente. Lo stesso articolo affida inoltre al Congresso il potere «*To make all Laws which shall be 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*» – legislazione su cui il Presidente mantiene però un diritto di veto. Di fatto, la situazione è rovesciata: è il Presidente a promuovere l'iniziativa legislativa per dare forma al programma elettorale, e il Congresso a mantenere un potere di veto su di essa. Il fenomeno appare particolarmente visibile nel caso di *divided government*, ossia di maggioranze nel Congresso di colore diverso da quello del Presidente – un fenomeno estremamente raro all'inizio della storia americana, ma divenuto via via più frequente nel corso del tempo. Sempre secondo la Carta, poi, il Presidente ha potere di definire i mandati delle agenzie e di nominare – con il consenso e il consiglio del Senato – gli alti funzionari del governo, a partire dai giudici della Corte Suprema e dai consoli, quando la Costituzione non preveda altrimenti. Il Congresso mantiene titolo a stabilire se il potere di nomina dei funzionari di grado inferiore debba risiedere nel Presidente, nelle corti o nei vertici dei dipartimenti. Il potere di *judicial review* sulla legislazione federale e statale, come sulla regolazione emanata dalle agenzie, è infine attribuito alla Corte Suprema, in conseguenza di una sua sentenza del 1803 e della relativa dottrina.

<sup>4</sup> Il Decimo Emendamento alla Costituzione, che incorpora i contenuti del Bill of Right nel disegno fondativo, stabilisce che gli Stati e gli individui siano i detentori dei poteri che la Carta non delega esplicitamente al governo federale, o di cui non proibisce l'esercizio agli Stati. La previsione è spesso entrata in

L'assenza qualifica gli Stati Uniti come caso di tradizione politica radicalmente «anti-statista», nella misura in cui lo «statismo» equivale a concentrare il potere decisionale in una sola sede o in un unico organismo – anche se legittimato da una maggioranza elettorale. A questo pregiudizio originario, ricondotto alla volontà esplicita dei padri fondatori di dare corpo a un'architettura istituzionale lontana il più possibile dal modello europeo (Waldo 1980)<sup>5</sup>, l'evoluzione istituzionale è rimasta fortemente agganciata nel corso del tempo. I corpi amministrativi nazionali, in quanto istituzionalizzazione dell'intervento del governo centrale nell'economia, nella sfera privata e nelle scelte di stati e comunità locali, da sempre suscitano dunque un grande sospetto (Stillman II 1999), che si attenua solamente in presenza di circostanze «eccezionali» e di una domanda politica esplicita.

Perché il livello federale sviluppasse strutture «proprie» ci volle circa un secolo. Solo a seguito dei Panici di fine Ottocento<sup>6</sup>, e delle proteste contro il potere acquisito dalle grandi imprese nella Gilded Age<sup>7</sup>, emerse una domanda politica sufficientemente forte da giustificare la costituzione delle prime agenzie nazionali. Il tema della loro istituzione costituì la cifra della Progressive Era – segnata da un deciso interventismo federale per promuovere la «modernizzazione» del paese, dall'insofferenza per gli scandali offerti dalla commistione tra politica e interessi privati, da una crescente fiducia nei metodi scientifici e nelle competenze esperte. È in questo contesto che prese forma il discorso giustificativo per i corpi amministrativi federali, e quello sulla loro posizione entro il quadro della democrazia americana.

Il discorso si alimentò dell'influente saggio che Woodrow Wilson – accademico, leader del Progressive Movement e futuro Presidente – scrisse nel 1887 per il cen-

tensione con il potere del Congresso, stabilito all'art. 2, di legiferare anche su materie non previste in origine, ma necessarie all'esercizio delle competenze esclusive (si veda *supra*, nota 3). È questa una delle tensioni che attribuisce all'architettura federale americana una relativa instabilità, e di conseguenza ne alimenta la dinamica istituzionale (Wildavsky 1976).

<sup>5</sup> La contrapposizione tra il ruolo delle amministrazioni nel definire l'opposto carattere del federalismo sulle due sponde dell'Atlantico diventa particolarmente visibile se si considerano i due processi di *State-building* prussiano e americano. All'epoca dell'unificazione sotto gli Hohenzollern, l'amministrazione prussiana più rappresentativa e moderna era quella militare, al punto da far rappresentare la Prussia non come «un paese con un esercito» ma come «un esercito con un paese» (Kickert e Stillman II 1999). Dal 1847, per gli Stati Uniti la prima vera struttura unificante fu quella del servizio postale *overland*, affidata peraltro a compagnie private tramite contratti: e questo li definiva «non tanto un paese con un ufficio postale, ma un ufficio postale che rendeva concreta alla gente una nazione in formazione» (Skocpol 1996, cit. in Stillman II 1999, 41).

<sup>6</sup> Nell'ultimo trentennio dell'Ottocento, l'economia americana fu attraversata da due gravi crisi di borsa, nel 1873 e nel 1893. Innescate dagli investimenti delle compagnie ferroviarie, le crisi si ampliarono a causa delle ondate di panico degli azionisti che, vendendo in massa, trascinarono nella bancarotta banche e imprese. I tassi di disoccupazione all'epoca raggiunsero picchi attorno al 20 per cento, superati solamente nella Grande Depressione del '29 (Kindleberger 1978).

<sup>7</sup> Gli ultimi decenni dell'Ottocento sono conosciuti come «gli anni placati oro». Il periodo fu infatti caratterizzato non solo da un forte dinamismo economico e demografico, ma anche dall'aumento delle disuguaglianze sociali che risultarono, da un lato, in aspri conflitti sociali e politici, dall'altro nel consolidamento delle grandi fortune industriali e finanziarie di quelli che la stampa definì i *robber barons* (Bridges 1958).

tenario della Costituzione<sup>8</sup>. In quel testo, Wilson decretava per gli Stati Uniti la fine del periodo di *Constitution writing* e l'inizio dell'epoca del *Constitution making*. Il passaggio, nella sua visione, era necessariamente legato allo sviluppo di una dimensione amministrativa: perché i disegni costituzionali definiscono le libertà individuali e quindi il grado di «affrancamento» di cui possono godere i cittadini in quel regime; ma tali libertà non possono che prendere corpo grazie all'operato dell'amministrazione, ossia del *government in action* (Wilson 1887, 198).

In un periodo in cui portata e numero di interventi richiesti al governo rendevano «harder to run a constitution than to frame one» (Wilson 1887, 200), la riflessione americana sull'amministrazione veniva quindi da Wilson ancorata alla matrice madisoniana dei contrappesi, al problema dell'appropriata distribuzione dell'autorità, e quindi al modo per continuare a garantirne la separazione ma senza perdite di capacità d'azione pubblica, così da mantenere la *trustworthiness* dei disegni istituzionali.

Un simile equilibrio di principi implicava per Wilson innanzitutto lo spostamento dei compiti amministrativi fuori dai testi di legge e quindi dal Congresso, accusato di essere entrato nei dettagli delle politiche al punto da avere «*virtually taken into its own all the substantial powers of government*» (Wilson 1887, 213), violando il principio fondativo della distribuzione dei poteri. Lo slittamento avrebbe quindi dovuto comportare la delega della messa in opera dalla politica eletta a un corpo di funzionari esperti entro un sistema omogeneo ed efficiente, secondo l'ortodossia managerialista dell'epoca. Le agenzie dovevano rappresentare, da questa prospettiva, il luogo in cui i problemi complessi che il governo era chiamato a fronteggiare avrebbero potuto trovare una soluzione più rapida e razionale di quanto la politica avrebbe potuto garantire.

Ma se *expertise* e isolamento dal rumore politico potevano assicurare la qualità del processo decisionale, alimentavano anche il sospetto di autoritarismo. Contro la deriva tecnocratica, Wilson auspicava perciò l'adozione di «*the best means for giving public criticism ... control*» (Wilson 1887, 215) sull'operato dei funzionari. Nel rispetto della lettura americana della razionalità democratica, il vincolo legittimativo all'amministrazione risiedeva quindi non tanto nel mandato ricevuto dalla politica eletta, quanto nel diritto di scrutinio pubblico sulle scelte delle agenzie<sup>9</sup>, e nel dovere delle agenzie di render conto delle proprie scelte direttamente agli stessi «*affected interests*» – principio alla base del futuro dispositivo del *notice-and-comment*.

<sup>8</sup> Il saggio rappresenta una sorta di manifesto delle posizioni che Wilson avrebbe tenuto durante il suo mandato, dal 1913 al 1921 – ossia nel periodo di consolidamento amministrativo del livello federale prima dell'esplosione rooseveltiana.

<sup>9</sup> Va sottolineato come nel contesto statunitense il concetto di delega non implichi il trasferimento definitivo dell'autorità dal delegante al delegato, quanto più semplicemente un mandato che autorizza il delegato a esercitare quell'autorità sotto regole specifiche. I mandati possono perciò essere multipli e verso «agenti» in competizione; e i cittadini, principali ultimi della catena della delega democratica, non esauriscono il loro compito all'atto del voto, ma sono chiamati a controllare e rilegittimare le scelte di policy anche quando escano dalla sfera della politica eletta per passare all'amministrazione. Si veda Elazar 1985, Posner e Vermeule 2002.

## 2.2. *L'espansione amministrativa e le forze in campo*

Le amministrazioni federali della Progressive Era rimasero comunque poche e, in genere, limitate: non solo perché ancorate alle competenze esplicitamente riconosciute dalla Costituzione al livello federale<sup>10</sup>, ma anche perché spesso riducevano la propria attività al controllo sulla «leale implementazione» da parte degli Stati<sup>11</sup>. Ciò nonostante, le agenzie difendevano il loro operato come «interesse pubblico» superiore tanto ai poteri di autodeterminazione degli Stati che dei privati, sollevando le critiche degli operatori del diritto e conflitti con il potere giudiziario (Bernstein 1954). Ma la necessità di una esplicita procedura amministrativa non divenne domanda politica fino al New Deal. È con la presidenza Roosevelt che l'espansione della «quarta branca del governo» – per la sovraordinazione ai decisori preesistenti, per gli spostamenti dallo *status quo ante* che imponeva attraverso i nuovi programmi – porta la domanda in agenda.

La domanda di una chiara procedura amministrativa era espressa innanzitutto dagli interessi economici colpiti dalla prima ondata regolativa progressista e capaci di pressioni sul sistema politico. La delega alle agenzie veniva in realtà guardata con favore dai grandi industriali, «oltraggiati» dalle sentenze della Corte Suprema nell'applicazione delle norme sul mercato e soprattutto sulla proprietà<sup>12</sup>, e desiderosi di avere come controparte governativa un organismo capace di assicurare l'adattamento delle leggi alle variazioni di contesto e di condizioni – caratteristica associata alla prassi amministrativa piuttosto che al giudizio dei tribunali.

<sup>10</sup> L'affermazione delle agenzie federali viene fatta risalire all'Interstate Commerce Act del 1887, passato sull'onda della protesta del Granger Movement e dei governi locali contro il potere delle compagnie ferroviarie sulle tariffe. La legge, oltre a stabilire i termini della politica commerciale nazionale, a presidio del nuovo regime regolativo istituì contestualmente la Commissione per il Commercio Interstatale come agenzia *bipartisan* ed indipendente. Questo modello sarebbe rimasto il punto di riferimento per larga parte delle agenzie della Progressive Era – quali il Federal Reserve Board del 1913, la Federal Trade Commission del 1914 (che sottrasse l'applicazione dello Sherman Anti-Trust Act del 1890 alla Corte Federale) o la Tariff Commission del 1916. Solo dopo la Prima guerra mondiale i compiti federali iniziarono a espandersi oltre la ristretta cerchia delle competenze commerciali, come testimoniano la Water Power Commission (1920), la Commodities Exchange Authority (1922) e la Federal Radio Commission (1927) (Watkins 1926).

<sup>11</sup> Le regole che un'agenzia può emanare si distinguono in legislative (o amministrative) e interpretative (ossia di verifica della liceità dei modi in cui i regolati si sono adeguati alla legislazione in vigore e di *adjudication* dei reclami). La distinzione è molto dibattuta poiché non si esprime in contenuti diversi, ma in diverse conseguenze giuridiche. Alle regole interpretative non si assegna infatti carattere vincolante: quindi, in caso di disaccordo sulla lettura fornita dall'agenzia, l'*adjudication* può essere portata in tribunale. L'attività interpretativa costruisce perciò le agenzie come una sede arbitrale esterna alle corti, e il potere di *adjudication* viene esercitato con una procedura simile a quella dei processi, attraverso evidenze e testimonianze. L'*adjudication* ha rappresentato larga parte dell'attività delle agenzie della Progressive Era sia nei confronti dei privati sia, soprattutto, degli Stati, rimasti per lungo tempo «responsabili di tutte le leggi che erano fondamentali alla vita economica, delle comunità e delle famiglie degli americani», dalla definizione dei diritti di proprietà ai contratti (Lowi 1967).

<sup>12</sup> Nelle prime sentenze applicative della legge anti-trust, la Corte Suprema ha infatti definito la Rule of Reason, secondo cui non è il monopolio in sé a essere illegale e quindi sanzionabile, ma solo quegli assetti che, per natura o per genesi, debbano essere considerati «irragionevoli». Il principio, molto dibattuto ma mai tramontato, ritaglia da allora per la Corte Suprema il potere di stabilire il grado di ragionevolezza degli assetti proprietari o degli accordi tra attori economici.

Il dispositivo del *notice-and-comment* può essere così fatto risalire anche alle richieste dei grandi interessi industriali e finanziari soggetti alla regolazione di ottenere informazioni sulle proposte di intervento o sulla legislazione in preparazione, con l'argomento che una simile informazione avrebbe potuto da subito migliorare la *compliance* e, quindi, ridurre il ricorso alle regole interpretative e al contenzioso (Watkins 1926).

Giudici ed esperti di tecnica giuridica, poi, sin dal 1892 si erano esplicitamente dichiarati ostili all'idea di una delega troppo ampia o ambigua dei poteri decisionali dal Congresso a favore di soggetti terzi<sup>13</sup>. La loro posizione si esprimeva soprattutto come preoccupazione che le decisioni prese dai corpi indipendenti, legittime solo in ragione del mandato ricevuto dal Congresso, rimanessero entro i confini di quel mandato originario, e non si dimostrassero irragionevoli, arbitrarie o dettate da capriccio – in accordo con le prescrizioni del *due process* contenute nel Quattordicesimo Emendamento.

Già durante la «luna di miele» della prima presidenza Roosevelt, l'American Bar Association (nel prosieguo, ABA) istituì un «Comitato speciale sulla legge amministrativa» per studiare i problemi procedurali sollevati dalle nuove agenzie. Il rapporto finale criticava pesantemente le procedure delle politiche del New Deal, soprattutto nella prassi di *adjudication*, per le «tendenze» dei funzionari nelle agenzie a decidere senza aver ascoltato le parti, o avendone ascoltata solo una, a discapito di importanti interessi; ad agire sulla base di rapporti segreti degli ispettori e di pregiudizi; a forzare i mandati in modo arbitrario; e a esercitare contemporaneamente troppi ruoli. Il processo amministrativo costituiva quindi per l'ABA una pericolosa violazione del principio di separazione dei poteri (Sherwood 1947).

Nel contesto dell'epoca, la preoccupazione aveva una qualità politica molto evidente (Bernstein 1954, McCubbins *et al.* 1999). Fino alla metà degli anni Trenta, i tribunali e soprattutto la Corte Suprema rappresentavano infatti l'ultimo strumento che i Repubblicani, elettoralmente molto deboli nel Congresso, potevano utilizzare per opporsi alla nazionalizzazione di una spesa crescente come disegnata dai programmi del New Deal. Anche nel periodo di massimo consenso elettorale verso l'azione del Presidente, infatti, mentre i tribunali degli Stati erano in grado di rendere inefficaci i controlli delle agenzie sulla spesa nella fase post-decisionale, la Corte si adoperava per annacquare le iniziative legislative, riuscendo a volte a bloccarle – come accadde per due capisaldi dell'agenda rooseveltiana, il National Industrial Recovery Act e l'Agricultural Adjustment Act. Queste posizioni avviarono un lungo conflitto con il Presidente, che arrivò a minacciare la sostituzione in blocco dei giudici più ostili – minaccia concretata nel Judiciary Reorganization Bill del 1937. Per dinamiche più o meno naturali, dalla seconda metà degli anni Trenta la Corte passò così su posizioni favorevoli al New Deal. Le richieste iniziali del mondo giuridico si ridimensionarono, limitandosi al mantenimento del diritto delle cor-

<sup>13</sup> La dottrina della *non-delegation* venne applicata per l'ultima volta dalla Corte Suprema in una sentenza del 1935, la *Schechter Corp. vs. Stati Uniti* (Auerbach 1971).

ti di verificare che le amministrazioni interpretassero fedelmente gli statuti, rimanessero nei limiti dei mandati del Congresso e rispettassero le salvaguardie costituzionali ai diritti individuali (Posner e Vermeule 2002); inoltre che, nella verifica dell'implementazione, le agenzie agissero in modo quanto più possibile simile a quello dei tribunali (Bernstein 1954).

Il terzo interesse in gioco era infine quello dei politici locali e dei governatori degli Stati, a cui le riforme rooseveltiane complicavano o impedivano l'uso tradizionale dei finanziamenti per alimentare il consenso delle rispettive coalizioni sociali<sup>14</sup>. Questo, sommato al dibattito sulla riforma giudiziaria, cambiò abbastanza rapidamente gli equilibri interni al Congresso: le elezioni di medio termine del 1938 videro arretrare sensibilmente la maggioranza dei *New Dealers*, e dettero modo alla minoranza repubblicana di allearsi con i democratici conservatori degli Stati del Sud nella cosiddetta *Conservative Coalition*<sup>15</sup>. Questo diverso Congresso portò non solo al blocco di nuovi programmi di intervento<sup>16</sup>, ma si preoccupò anche di far avanzare proposte legislative concrete per limitare la discrezionalità che, attraverso il potere di nomina sui vertici delle agenzie, il Presidente si era costruito (Wallis *et al.* 2006).

### 2.3. Il percorso parlamentare

Nel 1938, le raccomandazioni dell'ABA e le preoccupazioni degli interessi economici e politici fornirono la base di un disegno di «Legge per provvedere a una

<sup>14</sup> Negli anni Trenta, sostenuto da un'ampia maggioranza nel Congresso, Roosevelt costruì una competenza federale sui fondi di assistenza. Fino a quel momento i fondi erano rimasti appannaggio esclusivo degli Stati e delle autorità locali, che li utilizzavano attraverso una vasta pletora di soggetti privati; la gestione era però considerata particolarmente inefficace perché corrotta dall'uso fraudolento fattone dai politici locali e da scopi clientelari. Nel 1933 il Federal Emergency Relief Act creò la Federal Emergency Relief Administration (FERA), che intendeva definire regole per la spesa statale e locale sottraendola agli implementatori privati, ma che non riuscì a impedire la discrezionalità dei livelli di governo subnazionali. A questa discrezionalità la FERA, sostenuta dal Presidente, reagì costruendo e difendendo una propria ampia capacità decisionale – al punto che il capo dell'agenzia, Harry Hopkins, arrivò a rifiutarsi di rivelare quali criteri l'azione distributiva stesse seguendo, anche a fronte delle richieste del Congresso (Wallis 1991). L'azione della FERA lasciò però insoddisfatti i suoi ideatori perché, secondo la legge, i fondi, una volta allocati, diventavano comunque proprietà degli Stati, e l'amministrazione federale perdeva così il controllo sull'ultima parte del processo di consegna dei benefici – parte per la quale, peraltro, gli Stati in origine non possedevano amministrazioni pubbliche proprie. La capacità del livello federale era anche fortemente limitata da un sistema di ispezione sulla correttezza nell'uso dei fondi che, ancora una volta, dipendeva concretamente dagli Stati stessi. Nel 1935 il Social Security Act definì una centralizzazione più decisa della spesa, istituendo programmi «nazionali» gestiti dal solo governo federale attraverso regole uniche e molto stringenti per l'accesso diretto alle risorse da parte di categorie di beneficiari chiaramente definite: anziani, disoccupati, non vedenti, bambini; e poi giovani, agricoltori, comunità rurali. La direzione di una delle agenzie chiave del nuovo intervento, la Works Progress Administration, venne nuovamente affidata a Hopkins. Nonostante gli Stati e le autorità locali ne restassero gli esecutori ultimi, le agenzie federali si riservavano il diritto di autorizzare la spesa, esercitando il controllo sull'effettiva destinazione e sul comportamento degli erogatori finali attraverso regole definite e gestite unilateralmente al proprio interno (Wallis 1991, Wallis *et al.* 2006).

<sup>15</sup> La *Conservative Coalition* sarebbe sopravvissuta fino agli anni Ottanta, per estinguersi con il passaggio degli Stati del Sud ai Repubblicani.

<sup>16</sup> La Employment Standards Administration, istituita nel Dipartimento del Lavoro per dare attuazione al Fair Labor Standards Act del 1938, sarebbe stata l'ultima grande innovazione rooseveltiana adottata dal Congresso.

composizione più celere delle dispute con gli Stati Uniti». La proposta, meglio conosciuta come Walter-Logan Bill, passò al Congresso fra il 1939 e il 1940, ma venne bloccata dal Presidente. Nel giustificare il veto, Roosevelt dichiarò che la sua inaccettabilità risiedeva innanzitutto nelle motivazioni dei proponenti: «*The bill that is now before me is one of the repeated efforts by a combination of lawyers who desire to have all processes of government conducted through lawsuits and of interests which desire to escape regulation*» (Congresso degli Stati Uniti 1940, 3; McCubbins *et al.* 1999). Inoltre, non si era ancora concluso un altro studio sul problema amministrativo, parallelo a quello dell'ABA ma interno al Congresso, commissionato dal Presidente stesso al suo *Attorney General*.

Questo rapporto, che costituisce la prima analisi sistematica del funzionamento delle agenzie federali americane, fu reso pubblico nel 1941 e contribuì a ridefinire le soluzioni preferite da tutti gli interessi in campo. Alla sua pubblicazione seguirono infatti tre nuovi disegni di legge: uno dell'ABA, uno della maggioranza *New Dealer* entro il Comitato dell'*Attorney General*, uno della minoranza. Le audizioni dei giudici nella Commissione giustizia del Senato dimostrarono però che nessuno dei tre nuovi disegni era comunque abbastanza robusto da superare i veti incrociati dentro e fuori il processo legislativo. Nel 1944 vennero così inseriti nell'agenda dei lavori del Congresso due nuovi disegni di legge, che mantenevano le preferenze dei proponenti ma acquisivano le obiezioni e i risultati tanto delle indagini sulle agenzie quanto delle successive audizioni: il primo, ancora una volta sponsorizzato dall'ABA, e il secondo proposto dalla minoranza del Comitato dell'*Attorney General*. La maggioranza *New Dealer* del Comitato cercò a sua volta di far discutere due proprie proposte alternative, che però non ottennero neppure l'attenzione delle Commissioni Giustizia. Con il cambiamento sia del Presidente che dell'*Attorney General*, il veto nei confronti della proposta dell'ABA cadde e il disegno passò rapidamente il vaglio delle Commissioni Giustizia di Camera e Senato (Sherwood 1947).

#### 2.4. *Il fixing del 1946*

L'Administrative Procedure Act (in seguito, APA<sup>17</sup>) venne firmato da Truman nel giugno del 1946. La sua lettera legittima tre procedure per l'attività amministrativa. Una è la procedura interpretativa e non-legislativa, che non ha carattere di obbligatorietà e quindi può essere contestata di fronte a un tribunale. All'estremo opposto, il *rule-making* formale, la cui struttura è mutuata dalle corti, si basa su audizioni dirette delle parti interessate e sulla produzione di evidenze circostanziate, e conferisce vincolatività alle decisioni. Poiché la necessità di audizioni rende la procedura formale impraticabile per regolazioni di una qualche portata<sup>18</sup>, la legge ammette infine un tipo alternativo di *rule-making*, definito «informale», che però rende le decisioni altrettanto vincolanti della procedura formale e si basa sul dispositivo del *notice-and-comment*.

<sup>17</sup> Consolidato nel Codice degli Stati Uniti, o U.S.C., al Titolo 5.

<sup>18</sup> Il problema è riconosciuto da una giurisprudenza della Corte Suprema ben antecedente all'APA, a cui si sono appellate le agenzie nel tempo per giustificare le proprie prassi (Shapiro 2000).



Il *rule-making* informale vincola i titolari di potere regolativo – siano essi comitati, commissioni o, più in generale, agenzie – a:

- pubblicare nel Federal Register<sup>19</sup> il testo della proposta di regolazione, inclusi i principi, le regole formali e informali nonché i criteri sostantivi che la giustificano (che, fin dal disegno originario, comporta l'obbligo di rendere contestualmente disponibile e consultabile il materiale utilizzato dall'agenzia come supporto alla decisione)<sup>20</sup>;
- permettere al pubblico di presentare commenti od obiezioni a quel testo, ed eventualmente sollecitarli attraverso quelli che, per le corti, restano per analogia «audizioni scritte»<sup>21</sup>;
- prendere in considerazione quei commenti – nel caso, rigettandoli con motivazioni sostantive oppure utilizzandoli per modificare la proposta originaria.

Solo a quel punto il testo può essere considerato chiuso e la norma entrare nell'ordinamento. Il rispetto di queste previsioni è inoltre garantito dalla possibilità di intervento delle Corti sull'interpretazione dei mandati da parte delle agenzie, per sanzionare l'inazione o i ritardi, o qualunque decisione che possa essere provata arbitraria, o derivante da un abuso di discrezionalità, o contraria ai termini del mandato o della norma costituzionale, o priva di una base sostantiva.

In questa forma, il testo venne passato dal Congresso all'unanimità. McCubbins, Noll e Weingast (1999, 201) spiegano il voto con il fatto che, per i giocatori dell'epoca, l'accordo rappresentasse un *win-win* poiché, attraverso l'apertura trasparente dell'arena amministrativa a tutti gli argomenti degli *affected interests*, assicurava alla maggioranza che i programmi in vigore non avrebbero potuto essere snaturati dalla sola volontà di futuri Presidenti ostili, e alle minoranze che i Presidenti non avrebbero potuto utilizzare le agenzie contro gli interessi delle *constituencies* perdenti nel gioco elettorale. L'ABA lo definì come una delle misure più meditate e accurate che fossero state approvate, e molti giuristi lo salutarono come una trasformazione epocale in grado di far rivivere i principi fondamentali del *due process*. I vertici delle amministrazioni, poi, non lo osteggiarono, poiché la legge prevedeva la possibilità di fatto per le agenzie di scegliere su quale binario procedurale far avanzare l'implementazione, lasciando quindi margini di manovra sufficientemente ampi per

<sup>19</sup> Il Federal Register esiste sia nella tradizionale versione cartacea sia, dagli anni Novanta, in versione elettronica [<http://www.ofr.gov/>]. Nel 2010 ne è stata inoltre aperta una versione web 2.0 [<http://www.federalregister.gov/>], al momento ancora sperimentale e quindi priva di statuto formale.

<sup>20</sup> *Ex* 5 U.S.C. 533 (c).

<sup>21</sup> Il codice prevede eccezioni per alcune funzioni (si veda *infra*) e per mandati che espressamente costruiscano (e giustificino) deroghe all'obbligo generale. In ultima analisi, resta quindi a discrezione del Congresso la possibilità di porre il successivo *rule-making* delle agenzie entro la traccia dell'APA o meno. D'altra parte l'APA del 1946 sancisce anche il diritto che «*any person suffering legal wrong because of any agency action, or adversely affected or aggrieved by such action within the meaning of any relevant statute, shall be entitled to judicial review thereof*» (sezione 10 lettera a). La clausola apre quindi alla possibilità di una revisione delle eccezioni stabilite per via legislative attraverso *litigation* – come sarebbe avvenuto in modo sempre più deciso negli anni Sessanta, soprattutto sui temi ambientali e di sviluppo territoriale. La successiva legislazione del Presidente e del Congresso porterà a ridurre e ridefinire queste aree di discrezionalità.

portare avanti i propri mandati indipendentemente dal clima politico. Per altri osservatori ancora, si trattava perciò di un dispositivo del tutto insoddisfacente, che presentava molte aree di ambiguità ma che avrebbe comunque limitato sia l'efficienza del sistema amministrativo, rallentandolo, sia la posizione del governo nel processo esecutivo, riducendolo a una delle molte parti in causa entro un gioco pluralista per disegno (Bernstein 1954, 303-304).

Il punto rilevante dell'APA, infatti, è soprattutto normativo. Secondo le sue prescrizioni, «tutte le parti in causa sono individui e i loro distinti interessi sono pari a quello pubblico» (Sherwood 1947, 280). Perciò l'APA nega che l'azione amministrativa possa in sé esprimere la sintesi degli interessi parziali in un interesse maggioritario e perciò superiore, che nel sistema americano è istituzionalmente affidato all'interpretazione del Presidente (Moe 1989). Inoltre, nelle procedure vincolanti, il dovere di decisioni basate su evidenze consistenti promuove un approccio quantomeno circostanziato e argomentato all'attività amministrativa. Infine, stabilendo per l'agenzia un obbligo sia di pubblicazione della conoscenza usata per la decisione, sia di confronto con gli *affected interests*, implicitamente pone le basi per l'estrazione di informazioni necessarie al *problem-solving*, garantendone la credibilità attraverso il controllo incrociato delle controparti e l'impossibilità di una politicizzazione immediata. In questo senso, le procedure vincolanti dell'APA, e il *notice-and-comment* tra esse, ripropongono formalmente la logica della Pareto-superiorità nello snodo cruciale dell'implementazione.

Della democrazia di matrice pluralista, il disegno condivide logicamente anche le debolezze. Il tipo formale di procedura, mutuato dalle corti e che perciò dovrebbe garantire la protezione più alta all'operato delle agenzie, è anche quello che più si presta alla cattura attraverso il *Washington establishment* (Fiorina e Noll 1978): qui, infatti, sono proibiti e sanzionati i contatti diretti tra le parti e l'amministrazione, ma non quelli mediati dai membri del Congresso – che, in questo modo, acquistano la posizione di *brokers* tra amministrazione e proprie *lobbies* di riferimento (McCubbins *et al.* 1987). Nel ben più usato *notice-and-comment*, non esiste limite alla comunicazione *ex parte*, quindi il bilanciamento pluralista è possibile come esito del processo di argomentazione; altrettanto possibile è però che gli interessi destinati a sopportare i costi di una decisione comunque giustificabile siano in grado di bloccare il processo implementativo, e quindi indebolire un'agenzia comunque obbligata dalle corti ad agire – spingendo la decisione verso esiti subottimali.

Dal *notice-and-comment*, inoltre, l'APA del 1946 prevede due tipi di eccezioni. Le prime si giustificano per materia: affari esteri e questioni militari, gestione interna delle agenzie, ma anche questioni relative a proprietà pubbliche, prestiti, finanziamenti, benefici e contratti – benché nel tempo molte agenzie di *welfare* abbiano poi volontariamente adottato il dispositivo. Le seconde si giustificano per il fatto di essere considerate, dal punto di vista tecnico-giuridico, regole non legislative, e quindi non vincolanti: ma in questa categoria ricadono originariamente le interpretazioni, le definizioni generali degli obiettivi dell'agenzia e le regole di funzionamento in-

terno dell'agenzia stessa – ossia ciò che determina la razionalità del comportamento amministrativo, in questo modo sottratta al vaglio pluralista (Warren III 1997). È in queste eccezioni, costruite nel lungo percorso dalla prima proposta di legge alla sua approvazione, che risiedono sia i margini di manovra più ampi delle agenzie sia le possibilità di cattura degli interessi, e su cui si concentreranno le successive riforme.

### 2.5. *L'insoddisfazione verso i risultati, e le riforme*

Negli anni Sessanta, l'attenzione per il funzionamento delle agenzie si sposta dalla spesa alla regolazione, dove tornano visibili molti dei problemi legati al modello pluralista. Questi problemi sono esposti nel testo che, alla fine del decennio, Theodore Lowi (1969) pubblica con il titolo *The End of Liberalism: Ideology, Policy, and the Crisis of Public Authority*. Nel lavoro, Lowi critica pesantemente il tipo di processo decisionale che l'assetto amministrativo in vigore aveva permesso. Se le intenzioni originarie del disegno erano infatti state quelle, condivisibili, di fornire al pluralismo una cornice istituzionale in cui i conflitti tra i gruppi sociali potevano trovare ordine e una soluzione, e il *government by consent* diventare prassi, i risultati erano però particolarmente deludenti. I gruppi sociali, secondo Lowi, avevano infatti piegato il disegno istituzionale a logiche corporative, e in modo tale da relegare il governo a un mero ruolo di ratifica di accordi fra le parti. I gruppi coinvolti nel processo regolativo erano insomma pochi, chiusi attorno alle proprie relazioni privilegiate e stabili nel tempo, perché percepiti come soggetti che assolvevano a «funzioni indispensabili», quindi in un certo senso parte stessa del sistema di governo (Lindblom 1977).

Tuttavia, la cattura delle agenzie da parte di interessi chiave nei sottogoverni, e gli effetti di decisa isteresi sulle politiche, venivano denunciati anche e soprattutto da due categorie particolari di *outsiders*, divenuti rapidamente «cani da guardia» molto visibili e altrettanto credibili dell'azione amministrativa: i gruppi per la protezione del consumatore, che avevano trovato in Ralph Nader il proprio simbolo (Celsi 1991), e i gruppi ambientalisti. La loro attività, fatta principalmente di testi di denuncia circostanziata su specifici rischi per la salute e la sicurezza deliberatamente generati dalle grandi imprese e ignorati dalle agenzie, contribuì a richiamare l'attenzione dell'opinione pubblica verso i fallimenti della *regulation*<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Nader assurse agli onori della cronaca nel 1965 per la pubblicazione di un libro, *Unsafe at Any Speed*, in cui denunciava in modo puntuale l'industria automobilistica, per la scarsa propensione a investire nella sicurezza delle vetture prodotte, e le agenzie governative, per la sistematica cecità verso questo problema nonostante fosse tra le loro competenze – con l'effetto di una spesa pubblica rilevante su una serie di problemi secondari, come la qualità delle strade. Alla pubblicazione seguì una pesante campagna diffamatoria contro Nader orchestrata da General Motors; Nader intentò poi con successo causa contro GM, e utilizzò il risarcimento per continuare ed estendere l'attività di indagine e denuncia. I rapporti dei *Nader's raiders* sono riconosciuti tra i motori di importanti cambiamenti nel comportamento e nelle prassi di diverse agenzie, dalla National Highway Traffic Safety Administration alla Federal Trade Commission, e tra le pressioni che negli anni Settanta contribuirono alla riforma dell'APA. Nader è comunque solo l'esempio più eclatante di una generazione di attivisti e di una serie di testi di denuncia pubblicati in quel periodo – dagli effetti dell'uso dei pesticidi alle controindicazioni nell'uso di certi medicinali, all'incidenza delle malattie professionali (Shapiro 2000, Shapiro e Steinzor 2008).

La prima risposta fornita dal sistema politico sotto la presidenza Johnson fu quella di aumentare drasticamente la regolazione sociale «dura», imponendo agli interessi economici il rispetto di vincoli stringenti di sicurezza e protezione ambientale. Questo non affrontava però il reale problema alla base della cattura, che per molti risiedeva nella tendenza sempre più accentuata del Congresso a disegnare mandati troppo ampi e vaghi per le agenzie al fine di dare corpo alla nuova normativa di protezione. La tendenza è razionalmente giustificabile: mandati vaghi permettono alla politica eletta di massimizzare il consenso e dimostrare al pubblico capacità di risposta sulle priorità in agenda, ma, non indicando beneficiari e pagatori, ha l'effetto di far slittare nelle arene amministrative il conflitto tra interessi protetti e interessi colpiti (McCubbins *et al.* 1989). In queste arene però la soluzione diventa l'esito dei giochi di forza, e discende dalla capacità che un soggetto dominante o una coalizione sociale ha di sbilanciare quei giochi a proprio favore, garantendo all'agenzia un'implementazione rapida e coerente, pena la stasi<sup>23</sup> (Stone 1966).

Per Lowi e per diversi osservatori, la soluzione a questa perdita di capacità risiedeva nella definizione di mandati più stringenti sulle amministrazioni, e quindi richiedeva l'uscita della politica dall'ambiguità. La seconda miglior opzione consisteva in un intervento più incisivo delle corti, che *de jure* costringesse i mandati politici a includere principi, regole e standard amministrativi chiari e impugnabili (Davis 1969, Shapiro 2000). Il mondo amministrativo infine richiamava il Congresso alla necessità di riformare l'APA in modo da far cadere alcune restrizioni previste nel 1946 alla sua applicazione, e contemporaneamente istituire Consigli che permettessero agli interessi latenti o non adeguatamente rappresentati a livello federale di organizzarsi<sup>24</sup>.

Nell'insieme, la soluzione praticabile divenne quella di estendere la portata dei dispositivi esistenti così da rivitalizzare le dinamiche decisionali e amministrative, e migliorare di conseguenza la qualità degli effetti. Ancora una volta, la razionalità di fondo a cui la coalizione dietro al discorso riformatore affidava la palingenesi del-

<sup>23</sup> Esempio eclatante degli effetti perversi della delega incondizionata è l'Economic Stabilization Act del 1970, voluto da Nixon, che autorizzava il Presidente semplicemente a «promulgare quelle regole e regolamenti che giudichi appropriati a stabilizzare prezzi, rendite, stipendi e salari a livelli non inferiori a quelli prevalenti al 25 maggio 1970» e a promuovere «quegli aggiustamenti che si configurino come necessari a prevenire disequilibri rilevanti» nei settori in cui prezzi o salari «siano cresciuti a un tasso palesemente sproporzionato» rispetto a quello mostrato dall'economia nel suo complesso (Public Law 91-379 del 15 agosto 1970). Nixon usò questo mandato per delegare autorità regolativa alla Commissione prezzi e al Comitato sulle paghe, supervisionati da un debole Consiglio sul costo della vita, e vincolati al solo obiettivo di contenere l'inflazione al 2-3 per cento (Executive Order – o EO – 11627 del 16 ottobre 1971). Va notato come le agenzie delegate da Nixon fossero in realtà arene politiche in cui si confrontavano le parti in causa (produttori, lavoratori, consumatori) sotto la presidenza di un funzionario. Questa esperienza di «auto-regolazione» degli interessi viene considerata ampiamente fallimentare: di fronte alla stagflazione, e in un clima particolarmente conflittuale, le parti non riuscirono a trovare alcun terreno per un accordo sugli strumenti da adottare, in assenza di un principio che definisse la distribuzione dei costi (Siciliano 2002).

<sup>24</sup> Così si esprimeva ad esempio la Administrative Conference of the United States nella Raccomandazione n. 5 del dicembre 1968, sulla rappresentanza dei poveri nei *rule-makings* delle agenzie che avessero dirette conseguenze su di loro, e nella Raccomandazione n. 16 dell'ottobre 1969 sull'eliminazione di alcune esenzioni dai requisiti del processo regolativo dell'APA.

L'azione pubblica era, in modo molto deciso, quella della legittimità neo-pluralista – soprattutto nel gioco per una posta solo apparentemente neutra, ma di fatto estremamente politica, come quella amministrativa. Secondo Shapiro (2000, 696), questa nuova generazione di riformatori condivideva infatti con i predecessori la convinzione che il *big government* fosse la sola soluzione ai problemi generati dal *big business*: ma «in quanto “*civic skeptics*”» aveva perduto la fiducia nella conoscenza esperta delle agenzie, a cui preferiva la conoscenza diffusa degli interessi e soprattutto degli *outsiders*. Perciò il processo amministrativo andava ricostruito come un «processo politico surrogato» che tenesse «in conto tutti gli interessi» (McCann 1987, 112; Shapiro 2000). Come avrebbe esplicitato la declaratoria del Government in the Sunshine Act, il problema entrò quindi in agenda come problema di *accountability* – di restituzione ai cittadini, attraverso i dispositivi istituzionali del «rendere conto», del loro ruolo di principale del governo e dell'amministrazione «per le azioni che si suppone vengano prese per loro conto».

Su questa falsariga, la riforma dell'APA seguì i due canali, paralleli e complementari, dell'iniziativa legislativa e della giurisprudenza delle corti. I tribunali vennero messi sotto pressione dagli attivisti, e criticati per l'interpretazione tradizionalmente troppo ristretta degli interessi soggettivi di cui erano chiamati a garantire protezione nel corso del *rule-making* amministrativo – nella prassi, limitati ai soli diritti di proprietà. I nuovi gruppi di interesse pubblico rivendicarono con successo il fatto che anche altri diritti, quali quello alla salute e alla sicurezza, dovessero essere resi parte integrante dei mandati delle agenzie, e impugnabili; e che egualmente impugnabili dovessero essere le titolarità acquisite a seguito dell'attività amministrativa (ad esempio, di accesso a specifici benefici)<sup>25</sup>. Il contenzioso venne inoltre utilizzato per estendere la partecipazione dei comitati civici nelle audizioni sulla concessione delle licenze, e per aumentare l'impugnabilità dell'inazione delle agenzie. Le corti – e specialmente quella del circuito del District of Columbia, dove ha sede legale la maggior parte delle amministrazioni e quindi dei contenziosi – svilupparono anche la dottrina dell'*hard look*, secondo la quale le agenzie erano vincolate a prestare attenzione adeguata alle posizioni sollevate dai destinatari della decisione amministrativa, e comunque a considerare gli interessi del *general public* anche quando non rappresentato. Nella sentenza Vermont Yankee Nuclear Power Corp. vs. NRDC del 1978, la Corte Suprema rifiutò però di avallare quelle estensioni che non fossero esplicitamente previste nella lettera dell'APA, dando corpo alla preoccupazione legata a un sovraccarico di controllo sulle agenzie; allo stesso tempo, legittimò una valutazione più severa sia della non-arbitrarietà delle decisioni amministrative, sia della solidità delle evidenze portate a supporto della decisione finale.

Complessivamente, quindi, le corti si adoperarono di fatto per rafforzare la posizione dei gruppi di interesse pubblico, definendo nelle proprie sentenze opportu-

<sup>25</sup> In seguito alla sentenza della Corte Suprema del 1972 sulla causa Perry vs. Sinderman, il governo fu obbligato a indire audizioni prima di terminare programmi di *welfare* o comunque associati all'erogazione diretta di benefici.

nità più ampie di *litigation* e obblighi più stringenti di trasparenza sostantiva delle scelte delle agenzie (Shapiro 2000). Questa possibilità vincolava l'attività amministrativa a posteriori, attraverso la minaccia di uno svuotamento della regolazione per via giudiziale (McCubbins *et al.* 1987), ma ebbe comunque nel bene e nel male un certo effetto conservativo, allungando i tempi delle *regulations* in cui le evidenze a supporto delle preferenze delle agenzie fossero ambigue (Shapiro 2000).

Nello stesso periodo, il Congresso confermò e indirizzò la strategia delle corti, contribuendo a ridurre i costi di acquisizione dell'informazione sulla *regulation* anche per gli interessi deboli o normalmente esclusi e definendo chiaramente le condizioni sotto cui l'opacità delle agenzie e quindi l'efficienza del *rule-making* andava invece protetta. Oltre che presente nei nuovi mandati di diverse agenzie – prima fra tutte la neo-istituita Environmental Protection Agency<sup>26</sup> – questo orientamento fu oggetto di due leggi trasversali: il Freedom of Information Act (FOIA), del 1966, e il Government in the Sunshine Act, del 1976. Nella sua guida al cittadino del 1995, la Commissione per la riforma e il controllo del governo presentava il FOIA come un'autentica rivoluzione copernicana, perché sancisce per la prima volta il diritto soggettivo dei cittadini ad accedere ai documenti dell'esecutivo. La legge elimina quindi la necessità per il richiedente di dimostrare il proprio diritto a esaminare i documenti, e sposta l'onere della prova sull'agenzia, che in caso di contenzioso deve dimostrare la liceità della propria reticenza. Il FOIA inoltre chiarisce e limita le eccezioni a cui l'agenzia può appellarsi per giustificare l'eventuale propria opacità – eccezioni perfezionate dalla legge del 1976<sup>27</sup>. Il Government in the Sunshine Act aggiunge poi alle informazioni accessibili anche l'osservabilità di «ogni parte di ogni riunione dell'agenzia», lasciando a successive inter-

<sup>26</sup> Nel National Environmental Policy Act del 1969, l'EPA fu esplicitamente vincolata dal mandato istitutivo a rendere pubblica tutta la parte tecnica di supporto alla decisione, incluse le analisi sui potenziali impatti ambientali di ogni azione dell'agenzia.

<sup>27</sup> La lista del FOIA includeva nove eccezioni, tra cui figuravano documenti relativi alla difesa nazionale e alla politica estera se così previsto da un ordine del Presidente, o che facessero prefigurare un'invasione della privacy di specifici soggetti, o che potessero mettere a rischio un'indagine; ma anche memorandum confidenziali tra agenzie (attraverso cui passava parte di quella regolazione informale non vincolante, ma non per questo meno efficace, prevista dall'APA del '46); documenti generalmente relativi alla supervisione delle istituzioni finanziarie; e informazioni geologiche e geofisiche sui pozzi. La lista delle eccezioni, quindi la quantità di informazione secretabile, è rimasta oggetto di ridefinizioni continue nel corso del tempo. Il Government in the Sunshine Act successivamente riduce ancora le eccezioni e le rende maggiormente giustificabili: la difesa nazionale, le informazioni che siano solamente riferite alla gestione del personale delle agenzie, quelle che se rivelate porterebbero alla violazione della privacy e quelle legate a indagini in corso, nonché quelle che implicherebbero la possibilità di speculazioni finanziarie o minerebbero la stabilità delle istituzioni finanziarie. L'interpretazione dell'applicabilità è comunque lasciata alla discrezionalità del Presidente. Nel 1982 Reagan utilizzò così la clausola della sicurezza nazionale per secretare una quantità significativa di informazioni; nel 1995 Clinton ribaltò la situazione e pose sotto il regime di accessibilità del FOIA tutti i documenti depositati da più di 25 anni. Sotto la presidenza Bush, nel 2002 il Congresso, in un provvedimento *omnibus*, modificò la legislazione in modo da precludere la possibilità che richieste provenienti da governi stranieri potessero ricadere sotto le previsioni della legge. Nel 2005 l'EO 13392 impose inoltre alle agenzie di produrre rapporti sul rispetto del FOIA. Il Presidente Bush è poi nuovamente intervenuto sulla materia con l'OPEN Government Act del 2007, in cui si è ridefinita la parte sulle sanzioni per le agenzie inadempienti e istituito l'Office of Government Information Service, incaricato di sorvegliare sul rispetto delle previsioni di legge nonché di offrire una sede alternativa ai tribunali per la composizione del contenzioso.

pretazioni e ai contenziosi il compito di chiarire cosa debba essere definito per «riunione».

L'estensione dell'applicazione del dispositivo disegnata tra gli anni Sessanta e Settanta non difende quindi direttamente l'interesse debole (scelta eventualmente lasciata all'attività legislativa del Congresso e del Presidente), ma abbassa per tutti i costi di ingresso nel gioco del *rule-making* (Auerbach 1971). Il rischio associato a questa apertura partecipativa, però, è duplice e di segno opposto: quello che, nelle agenzie meno imprenditive e su temi a più alta salienza politica, finisce comunque per determinarsi uno stallo decisionale; oppure che, nella frammentazione di posizioni distinte su temi a bassa salienza, le agenzie più imprenditive riescano a costruire coalizioni di supporto alla propria discrezionalità.

#### 2.6. La controriforma e la svolta elettronica

Negli anni Ottanta, questi rischi, sommati agli effetti delle riforme della presidenza Johnson sul sistema economico, contribuiscono ad alimentare una sfiducia radicale per la capacità di intervento del governo, che – per ragioni intrinseche agli strumenti (Wolf Jr 1979), o alle dinamiche di cattura dell'implementazione se non dell'intera politica (Sunstein 1990, Weaver 1978), o agli effetti perversi dell'eccesso di zelo regolativo (Mendeloff 1988) – appare destinato a fallire, frustrando le aspettative di quel pubblico cui dovrebbe invece fornire risposta.

Sotto la presidenza Reagan si avvia così quella che Shapiro (2000) definisce la «contro-riforma» del sistema amministrativo, destinata a riportare l'azione delle agenzie in un maggiore isolamento dalle pressioni sociali e verso una maggiore razionalità tecnica, che coinvolge l'intero sistema istituzionale e che secondo l'autore poggia su tre pilastri: l'introduzione di strumenti di *policy analysis ex ante* (costi-benefici, rischi-benefici, eccetera), sia entro i mandati del Congresso sia, soprattutto, attraverso gli ordini esecutivi del Presidente; l'adozione della dottrina dell'*hard look* da parte delle corti che, nel verificare la legittimità delle decisioni delle agenzie, sanziona le inadempienze sugli strumenti di *policy analysis*; la contrazione della possibilità della Corte Suprema di retroagire sulle decisioni amministrative per via di contenzioso.

È soprattutto il primo pilastro, quello delle valutazioni obbligatorie *ex ante*, a caratterizzare per molti analisti il vistoso riallineamento del funzionamento dell'amministrazione su quella che, all'epoca, appare una combinazione di teorie della scelta razionale e imperativi di efficienza microeconomica (Stone 1997).

Istituto chiave di questo cambiamento di paradigma è l'Office of Management and Budget (OMB), a sua volta trasformazione manageriale nixoniana dell'originario Office of Budget del 1921 – che Roosevelt nel 1939 aveva spostato dal Dipartimento del Tesoro all'Ufficio del Presidente, con l'intento di riportare anche formalmente al vertice dell'esecutivo il controllo sulle politiche di spesa e di gestione

interna delle agenzie. Sotto la presidenza Reagan, con l'obiettivo formale di ridurre il carico burocratico che le amministrazioni federali impongono ai cittadini per «aumentare la qualità, l'efficienza e l'efficacia dei programmi del governo»<sup>28</sup>, il Paperwork Reduction Act del 1980 istituisce entro l'OMB un nuovo ufficio, l'Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA), inizialmente incaricato di verificare la ragionevolezza e la necessità degli obblighi informativi associati a ogni nuova regolazione promulgata dalle agenzie, ma che con l'Executive Order<sup>29</sup> 12291, rimasto in vigore fino al 1993, si trasforma nel soggetto dotato di potere di veto su ogni nuova regolazione che non effettui e superi i test dell'analisi economica d'impatto della regolazione. L'EO 12291 impone infatti alle agenzie di provare che ogni loro decisione soggetta a verifica dall'OIRA rappresenti la scelta di policy che massimizza l'utilità sociale aggregata e, a parità di condizioni, minimizza i costi (Sezione 2). Inoltre, quello stesso ordine esecutivo (Sezione 3) le obbliga a rendere contestualmente disponibili al pubblico anche i risultati di quelle analisi, in una «notifica di proposta della regolazione» che precede il vero e proprio *notice-and-comment* e che, in qualche modo, sottrae ulteriormente all'opacità anche la fase preparatoria della nuova regolazione, proseguendo sulla falsariga del Government in the Sunshine Act. Le analisi *ex ante*, peraltro, non sono generiche, ma finalizzate alla protezione di alcuni interessi specifici, tra cui quelli delle piccole imprese – come stabilito dal Regulatory Flexibility Act del 1980.

Il Presidente Clinton non modifica ma anzi estende questa competenza. Nella declaratoria dell'EO 12866, emanato nel settembre 1993, afferma: «*The American people deserve a regulatory system that works for them, not against them ... We do not have such a regulatory system today*». Gli obiettivi espliciti del suo programma consistono nel miglioramento della programmazione e del coordinamento della regolazione, nella restituzione della centralità delle agenzie nel processo regolativo, nella ricostruzione dell'integrità e legittimità del controllo sulla regolazione, nell'apertura al pubblico. A partire dalla presidenza Clinton, si è rafforzato così anche il diritto d'accesso ai documenti delle amministrazioni<sup>30</sup>. Gli strumenti rimangono quelli della *policy analysis*. L'EO obbliga così le agenzie a valutare gli effetti della regolazione, anche quando non direttamente quantificabili, e ad argomentare già nella fase di *drafting* della regolazione, prima della pubblicazione per il *notice-and-comment*, le proprie scelte in termini di benefici che possano giustificare i costi, lasciando all'OIRA l'incarico di controllare il rispetto delle prescrizioni. Nella successiva attività legislativa, il Congresso e il Presidente avrebbero reso vincolante la valutazione dell'impatto

<sup>28</sup> 44 U.S.C. 3501 (3).

<sup>29</sup> L'Executive Order è un atto amministrativo promulgato dal Presidente degli Stati Uniti in qualità di Capo dell'Esecutivo, e generalmente usato per regolare il funzionamento delle agenzie (Morgan 1970).

<sup>30</sup> L'«emendamento elettronico» al FOIA prevede che dal 1996, anno della sua entrata in vigore, tutti i documenti che le agenzie sono obbligate per mandato istitutivo a produrre – quindi sul processo, la decisione e il relativo supporto informativo incluse le analisi *ex ante* – siano resi disponibili, ricercabili e consultabili per via elettronica. La versione interattiva del Federal Register, oggi in fase sperimentale, dovrebbe consolidare l'apertura decisa del processo amministrativo così generata.



della regolazione su, tra l'altro, stati e comunità locali<sup>31</sup>, governi tribali indiani<sup>32</sup>, minori nella considerazione dei rischi ambientali per la salute e la sicurezza<sup>33</sup>.

Nonostante la valutazione negativa generalmente offerta dagli osservatori, è difficile quindi affermare che queste trasformazioni rappresentino il marchio dell'amministrazione repubblicana o un tentativo finalizzato esclusivamente a impedire l'attività regolativa delle agenzie. Innanzitutto, la logica dell'analisi di impatto trova infatti ampi precedenti nella regolazione associata alla nuova legislazione ambientale, come salvaguardia dei diritti alla sicurezza rispetto ai rischi; si trasferisce successivamente alla protezione di interessi economici attraverso il Regulatory Flexibility Act, per la difesa delle piccole e medie imprese dagli effetti di una regolazione economica tradizionalmente tagliata sui destinatari di grandi dimensioni<sup>34</sup>; e diventa infine uno strumento per costringere tutte le amministrazioni a costruire come *vested interests* alcune categorie sociali particolari considerate meritevoli di protezione anche se sottorappresentate nelle procedure – ancora una volta, secondo una logica coerente con la visione neo-pluralista della democrazia.

Con l'analisi *ex ante* di impatto, anche le fasi di *drafting* della regolazione, fino a quel momento rimaste nella sfera opaca delle decisioni delle agenzie ed esenti dagli obblighi di pubblicità (fatte salve le informazioni sulle riunioni *ex* legge del 1976), vengono in qualche modo proceduralizzate e soggette a pubblico scrutinio. L'effetto immobilizzante dei nuovi obblighi a render conto alla presidenza come agli *affected interests*, inoltre, si ottiene non in sé, ma solo in conseguenza di una riduzione delle risorse delle agenzie.

Tuttavia, le nuove prescrizioni non rappresentano, ancora una volta, un ostacolo insormontabile alla cattura da parte degli interessi, ma solo una riformulazione dei modi in cui può esercitarsi. Per poter valutare gli effetti delle regolazioni, le analisi *ex ante* hanno infatti bisogno di dati puntuali sulla pletera di interessi protetti, di indicatori e di modelli previsionali sull'evoluzione del loro andamento. Tanto i dati quanto l'*expertise* sui modelli previsionali non si trovano necessariamente dentro le amministrazioni che devono realizzare la regolazione, ma più spesso nei *think-tanks* e nei gruppi di interesse organizzati: e quindi vincoli di tempo al processo amministrativo, o indicazioni specifiche sugli indicatori, diventano occasioni di cattura da parte di interessi specifici che solo la pubblicità e il confronto con controparti al-

<sup>31</sup> Unfunded Mandates Reform Act (2 U.S.C. Chs. 17A, 25) e relativo EO 13132.

<sup>32</sup> EO 13175.

<sup>33</sup> National Environmental Policy Act (42 U.S.C. 4321-4347) e relativo EO 13045.

<sup>34</sup> Va notato peraltro come il Regulatory Flexibility Act sia stato originariamente proposto al Congresso nel 1977 da due relatori democratici e noti ambientalisti, Gaylord Nelson e John Culver, con l'intento di proteggere gli interessi dei soggetti piccoli (autorità pubbliche subnazionali, piccole imprese profit e non-profit) dagli effetti perversi della regolazione. La proposta ha generato un'ampia attività di audizioni ed era stata fatta propria già dal Presidente Carter, che nel 1979, in un memorandum alle agenzie, raccomandava una speciale attenzione alla dimensione dei regolati nella definizione dei vincoli regolativi (Verkuil 1982). L'approvazione della legge sotto la presidenza Reagan quindi semplicemente formalizza il precedente lavoro del Congresso.

trettanto esperte possono contestare o controbilanciare. La nuova partita si gioca quindi sulla conoscenza, e sulla capacità di un numero sempre più ampio di interessi di argomentare la qualità delle soluzioni di policy e dei loro effetti.

### 3. CONCLUSIONI

Rispetto agli standard europei, il panorama amministrativo americano è estremamente peculiare. Le agenzie non sono i corpi amministrativi generalisti e stabili di cui un esecutivo si può dotare per il governo di un settore industriale; sono, al contrario, l'espressione pratica delle agende dei Presidenti, filtrate dal consenso più o meno facile del legislativo. Come tali, sono innanzitutto prodotti storici e non immutabili; rispondono a un problema di policy ritenuto significativo da una specifica coalizione politica e sociale; e incorporano nella struttura burocratica la protezione di uno specifico interesse (negli investimenti per lo sviluppo economico, nella riduzione delle esternalità ambientali, nel funzionamento dei mercati, nel controllo di specifiche categorie di rischio) che così può sopravvivere alle sorti della coalizione proponente e diventare in qualche modo «istituzionale», se non proprio «generale» (McCubbins *et al.* 1989). L'agenzia è quindi un soggetto che interviene sistematicamente e per mandato negli equilibri «naturali» dei rapporti di forza tra interessi sociali. È in questo quadro che va compreso il dispositivo del *notice-and-comment*.

Secondo alcuni, il dispositivo serve semplicemente a impedire che gli interessi protetti istituzionalmente nel mandato vengano traditi dalla discrezionalità amministrativa (McCubbins e Schwartz 1984, McCubbins *et al.* 1987). Questo si rifletterebbe in una sensibilità differenziata delle agenzie, portate dai mandati ad ascoltare di più alcune tipologie di interessi rispetto ad altre. In questa lettura, gli esiti del processo amministrativo informale – la distribuzione dei costi e dei benefici generata dal *notice-and-comment* – sarebbero quindi decisi per mandato. Il *notice-and-comment* sarebbe in buona sostanza un dispositivo che permetterebbe alla coalizione vincente di turno (non parlamentare, ma sociale) di portare davvero a casa dei vantaggi. A favore di questa interpretazione depongono ad esempio le evidenze dello studio di Magat, Krupnick e Harrington (1986), secondo i quali la partecipazione dei rappresentanti delle industrie inquinanti al processo amministrativo dell'Environmental Protection Agency per la definizione degli standard sulla qualità delle acque delegati dalla legislazione federale non ha modificato le proposte iniziali dell'agenzia<sup>35</sup>. La presenza dei grandi regolati si sarebbe esaurita, nelle prime fasi del *rule-making*, in una generica richiesta all'agenzia di standard ragionevoli e sostenibili, e, nelle ultime fasi, nella richiesta di informazioni di natura giuridica, in

<sup>35</sup> Balla (1998, 667) fa però notare come Magat, Krupnick e Harrington si basino, nella loro analisi, non sui commenti presentati dagli interessi, bensì solo sulle risposte pubblicate dall'EPA a specifiche categorie di commenti; quindi solleva il dubbio che la loro conclusione possa derivare da un errore di misurazione piuttosto che dall'evidenza empirica.

preparazione della possibile *litigation* sul rispetto di quegli standard. Un controfattuale viene fornito da Hamilton (1996), che dimostra come la stessa EPA – chiamata a decidere delle sanzioni da cui sarebbe dipeso l'*enforcement* della gestione dei rifiuti pericolosi secondo le previsioni del Resource Conservation and Recovery Act, per evitarne l'indebolimento preferito tanto dal Congresso quanto da molti interessi che avrebbe dovuto fronteggiare nel *notice-and-comment* – abbia scelto di evitare le procedure amministrative vincolanti, affidandosi a strumenti *soft* quali i manuali e i memorandum tra agenzie.

Per altri, il dispositivo assolve certo alla funzione di riequilibrare le forze in campo istituzionalizzando un *vested interest*, ma anche a quella paretiana di evitare che la protezione di un interesse generi costi insopportabili o effetti perversi e inattesi sugli interessi colpiti dall'intervento. Il *notice-and-comment* diventa quindi un modo per estrarre l'informazione credibile sull'impatto e le conseguenze di una decisione di policy sia dai potenziali beneficiari che dai sostenitori dei costi – e un modo estremamente più efficace del voto, perché mobilita conoscenze, evidenze e argomenti attorno a una possibile soluzione concreta; allo stesso tempo, il dispositivo non garantisce che la *constituency* favorita nelle intenzioni dei legislatori sia anche quella beneficiata dall'*outcome* dell'azione amministrativa. Balla (1998), nella sua analisi del *rule-making* della Health Care Financing Administration (HCFA) sul cambiamento del sistema di pagamento delle prestazioni Medicare (che il Congresso voleva riequilibrare a vantaggio delle tecniche e degli specialisti non chirurgici, a discapito di quelli chirurgici), trova che l'agenzia sarebbe stata più sensibile agli interessi della *constituency* svantaggiata dalla decisione (i chirurghi) che non a quelli dei beneficiari (i non chirurghi); soprattutto, sarebbe stata più sensibile agli interessi degli specialisti altamente dipendenti dai trasferimenti Medicare, ma non agli interessi con le organizzazioni professionali più ampie. In altri termini, Balla dimostra che in quell'occasione la HCFA non sarebbe stata sensibile al tema politico della «rappresentatività» degli interessi che sottoponevano i commenti, quanto al fatto che fossero implementatori rilevanti dei programmi sanitari pubblici, nonché gli svantaggiati dal cambiamento imposto dalla regolazione.

Appare quindi difficile, attualmente, stabilire quale delle due interpretazioni del *notice-and-comment* – come garanzia dell'aggancio della regolazione alle preferenze di maggioranze sociali contingenti, o della difesa dei *vested interests* e della logica paretiana – abbia il maggiore potere euristico. Molta della capacità del dispositivo dipende, storicamente, dal tipo di procedure in cui viene fatto funzionare – gli obblighi e i diritti delle specifiche agenzie – ma anche dal gioco impostato dai vertici amministrativi con interessi concentrati e diffusi, e dai vincoli esercitati a posteriori dall'atteggiamento delle corti.

Al di là degli esiti tangibili di politica pubblica, resta il fatto che, dal 1946 a oggi, non è mai stato il dispositivo in sé, ma sono state le condizioni di contesto istituzionale a essere fatte oggetto di continua revisione – e in senso espansivo: sono aumentate le aree del *rule-making* aperte allo scrutinio di un maggior numero di

interessi costituiti o latenti. Il che testimonia non solo a favore di un fondamentale consenso diffuso verso la razionalità di questa procedura amministrativa, ma anche della capacità della procedura stessa di adattarsi al cambiamento delle preoccupazioni diffuse. Il dispositivo si è dimostrato infatti nel tempo un protocollo aperto alla ricerca, nella sfera amministrativa e attorno alla posta delle politiche pubbliche, di equilibri soddisfacenti tra una serie di antinomie – interessi diffusi e concentrati, *expertise* tecnico e sovranità politica, efficienza ed efficacia della decisione – implicite nel disegno di «buone» decisioni di policy. In questo senso il *notice-and-comment* costituisce un dispositivo efficace: perché capace di generare politiche coerenti con la matrice normativa del disegno istituzionale fondativo, e di riprodurre anche nell'amministrazione l'idea per cui «[d]emocracy ... is a quintessentially open-ended project, within boundaries defined by a subject matter pertaining to the collective construction, application, distribution, and limitation of political authority ... In this project, experimentation with what democracy can mean is an essential part of democracy itself» (Dryzek 2000, 135).

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Auerbach, C.A. (1971), «Pluralism and the Administrative Process», *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 400, pp. 1-13
- Balla, S.J. (1998), «Administrative Procedures and Political Control of the Bureaucracy», *The American Political Science Review*, 92, pp. 663-673
- Becker, G.S. (1958), «Competition and Democracy», *Journal of Law and Economics*, 1, pp. 105-109
- (1983), «A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence», *The Quarterly Journal of Economics*, 98, pp. 371-400
- Bentley, A.F. (1908), *The Process of Government*, Chicago, University of Chicago Press
- Bernstein, M.H. (1954), «The Politics of Adjudication», *The Journal of Politics*, 16, pp. 299-323
- Berry, J. (1989), «Subgovernments, Issue Networks, and Political Conflict», in R. Harris e S. Milkis (a cura di), *Remaking American Politics*, Boulder, Westview, pp. 239-260
- Blyth, M. (2002) *Great Transformations*, Cambridge, Cambridge University Press
- Bridges, H. (1958), «The Robber Baron Concept in American History», *The Business History Review*, 32, n. 1, pp. 1-13
- Cater, D. (1964), *Power in Washington*, New York, Random House
- Celsi, T.N. (1991), *Nader: The Consumer Revolution*, Brookfield, Millbrook Press
- Coase, R.H. (1960), «The Problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics*, III, n. 3, pp. 1-44; trad. it. *Il problema del costo sociale*, in E. Colombatto (a cura di), *Tutti proprietari*, Quaderni di Biblioteca della libertà n. 20, Torino, Centro Einaudi, 1980, pp. 1-59
- Congresso degli Stati Uniti (1940), «Third Session», *House Documents*, n. 986
- Davis, K.C. (1969), «A New Approach to Delegation», *The University of Chicago Law Review*, 36, pp. 713-733
- Downs, A. (1957), *An Economic Theory of Democracy*, New York, Harper and Row
- Dryzek, J.S. (2000), *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics and Contestations*, Oxford, Oxford University Press
- Edelman, M. (1964), *The Symbolic Uses of Politics*, Urbana, University of Illinois Press
- Elazar, D.J. (1985), «Federalism and Consociational Regimes», *Publius*, 15, pp. 17-34
- Elster, J. (1986), «The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory», in J. Elster e A. Hylland (a cura di), *Foundations of Social Choice Theory*, Cambridge, Cambridge University Press
- Engelhardt, G.H. (1989), «The Economics of Public Goods», *Diskussionschriften aus dem Institut für Finanzwissenschaft der Universität Hamburg*, n. 30 [http://www-1.mtk.ut.ee/doc/Sepp\_Avalikud\_hyvised.doc]
- Fiorina, M. e Noll, R. (1978), «Voters, Bureaucrats and Legislators: A Rational Choice Perspective on the Growth of Bureaucracy», *Journal of Public Economics*, 9, pp. 239-254
- Grossman, G.M. e Helpman, E. (2001), *Special Interests Politics*, The MIT Press
- Hamilton, J.T. (1996), «Going by the (Informal) Book: The EPA's Use of Informal Rules in Enforcing Hazardous Waste Laws», in G.D. Libecap (a cura di),

- Reinventing Government and the Problem of Bureaucracy*, Greenwich, JAI Press, pp. 109-155
- Harsanyi, J.C. (1977), *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, Cambridge, Cambridge University Press
- Hecló, H. (1974), *Modern Social Politics in Britain and Sweden*, New Haven, Yale University Press
- (1978), «Issue Networks and the Executive Establishment», in A. King (a cura di), *The New American Political System*, Washington, American Enterprise Institute, pp. 87-124
- Heinz, J.P., Laumann, E.O., Nelson, R.L. e Salisbury, R.H. (1993), *The Hollow Core: Private Interests in National Policy Making*, Harvard, Harvard University Press
- Hogwood, B.W. e Gunn, L.A. (1984), *Policy Analysis for the Real World*, London, Oxford University Press
- Kalt, J.P. e Zupan, M.A. (1984), «Capture and Ideology in the Economic Theory of Politics», *The American Economic Review*, 74, n. 3, pp. 279-300
- Kaufmann, D., Kraay, A. e Mastruzzi, M. (2003), «Governance Matters III: Governance Indicators for 1996-2002», Washington, The World Bank
- Kickert, W.J.M. e Stillman II, R.J. (1999), «Introduction», in Id. (a cura di), *The Modern State and Its Study*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 3-16
- Kindleberger, C.P. (1978), *Manias, Panics, and Crashes. A History of Financial Crises*, New York, Wiley
- Lane, J.-E. (1993), *The Public Sector*, London, Sage
- Laumann, E.O. e Knoke, D. (1987), *The Organizational State: Social Choice in National Policy Domains*, Madison, University of Wisconsin Press
- Lax, D.A. e Sebenius, J.K. (1986), *The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain*, New York, The Free Press
- Lindblom, C.E. (1959), «The Science of “Muddling Through”», *Public Administration Review*, 19, pp. 79-88
- (1965), *The Intelligence of Democracy*, New York, The Free Press
- (1968), *The Policy-Making Process*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall
- (1977), *Politics and Markets*, New York, Basic Books; trad. it. *Politica e mercato*, Milano, Etas Libri, 1979
- Lowi, T.J. (1964), «American Business, Public Policy, Case Studies and Political Theory», *World Politics*, 16, pp. 677-693
- (1967), «The New Public Philosophy: Interest Group Liberalism», *American Political Science Review*, 61, pp. 3-27
- (1969), *The End of Liberalism: Ideology, Policy, and the Crisis of Public Authority*, New York, Norton
- (1972), «Four Systems of Policy, Politics and Choice», *Public Administration Review*, 32, pp. 298-310
- Magat, W.A., Krupnick, A.J. e Harrington, W. (1986), *Rules in the Making: A Statistical Analysis of Regulatory Agency Behavior*, Washington, Resources for the Future
- Majone, G. (1989), *Evidence, Argument and Persuasion*, New Haven, Yale University Press

- McCann, M.W. (1987), *Taking Reform Seriously: Perspectives on Public Interest Liberalism*, Cornell University Press
- McCarthy, J.D. e Zald, M.N. (1977), «Resource Mobilization and Social Movements: A Partial Theory», *American Journal of Sociology*, 82, pp. 1212-1241
- McCubbins, M.D., Noll, R.G. e Weingast, B.R. (1987), «Administrative Procedures as Instruments of Political Control», *Journal of Law, Economics, and Organization*, 3, pp. 243-277
- (1989), «Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies», *Virginia Law Review*, 75, pp. 431-482
- (1999), «The Political Origins of the Administrative Procedure Act», *Journal of Law, Economics, and Organization*, 15, pp. 180-217
- McCubbins, M.D. e Schwartz, T. (1984), «Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms», *American Journal of Political Science*, 28, n. 1, pp. 165-179
- Mendeloff, M. (1988), *The Dilemma of Toxic Substance Regulation: How Overregulation Causes Underregulation*, Cambridge, The MIT Press
- Moe, T.M. (1989), «The Politics of Bureaucratic Structure», in J.E. Chubb e P.E. Peterson (a cura di), *Can the Government Govern?*, Washington, The Brookings Institution, pp. 267-329
- Morgan, R.P. (1970), *The President and Civil Rights: Policy-Making by Executive Order*, New York, St. Martin's Press
- Musgrave, R.A. (1959), *The Theory of Public Finance*, New York, McGraw Hill
- Offe, C. (1981), «The Attribution of Public Status to Interest Groups: Observations on the West German Case», in S.D. Berger (a cura di), *Organizing Interests in Western Europe: Pluralism, Corporatism, and the Transformation of Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 123-158
- Parsons, W. (1995), *Public Policy*, Cheltenham, Edward Elgar
- Peltzman, S. (1976), «Toward a More General Theory of Regulation», *Journal of Law and Economics*, 19, pp. 211-240
- Posner, E.A. e Vermeule, A. (2002), «Interring the Nondelegation Doctrine», *The University of Chicago Law Review*, 69, pp. 1721-1762
- Posner, R.A. (1974), «Theories of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics and Management Sciences*, V, pp. 335-358
- Regonini, G. (2001), *Capire le politiche pubbliche*, Bologna, il Mulino
- Rubin, L.B. (1969), «Maximum Feasible Participation: The Origins, Implications, and Present Status», *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 385, pp. 14-29
- Sabel, C. (1994), «Learning by Monitoring: The Institutions of Economic Development», in N. Smelser e R. Swedberg (a cura di), *Handbook of Economic Sociology*, Princeton, Princeton University Press, pp. 137-165
- Scharpf, F.W. (1997), *Games Real Actors Play*, Boulder, Westview
- Schattschneider, E.E. (1960), *The Semi-Sovereign People*, New York, Holt, Rinehart and Winston
- Selznick, P. (1953), *Leadership in Administration: A Sociological Interpretation*, Berkeley, University of California Press

- Shapiro, S.A. (2000), «Administrative Law After the Counter-Reformation: Restoring Faith in Pragmatic Government», *The University of Kansas Law Review*, 48, pp. 689-750
- Shapiro, S.A. e Steinzor, R. (2008), «Capture, Accountability and Regulatory Metrics», *Texas Law Review*, 86, pp. 1741-1785
- Sherwood, F.H. (1947), «The Federal Administrative Procedure Act», *The American Political Science Review*, 41, pp. 271-281
- Siciliano, R.C. (2002), «The Nixon Pay Board – A Public Administration Disaster», *Public Administration Review*, 62, pp. 368-373
- Stigler, G.J. (1975), *The Citizen and the State*, Chicago, University of Chicago Press
- Stillman II, R.J. (1999), «Public Administration in the US», in W.J.M. Kickert e R.J. Stillman II (a cura di), *The Modern State and Its Study*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 39-79
- Stone, D. (1997), *Policy Paradox*, New York, Norton
- Stone, J. (1966), *Social Dimensions of Law and Justice*, Stanford, Stanford University Press
- Sunstein, C.R. (1990), *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge, Harvard University Press
- Tollison, R.D. e Willett, T.D. (1979), «An Economic Theory of Mutually Advantageous Issue Linkages in International Negotiations», *International Organization*, 33, pp. 425-449
- Truman, D.B. (1951), *The Governmental Process*, New York, Knopf
- Verkuil, P. (1982), «A Critical Guide to the Regulatory Flexibility Act», *Duke Law Journal*, 2, pp. 213-276
- Waldo, D. (1980), *The Enterprise of Public Administration*, Novato, Chandler & Sharpf
- Walker, J.L. (1983), «The Origins and Maintenance of Interest Groups in America», *The American Political Science Review*, 77, pp. 390-406
- Wallis, J.J. (1991), «The Political Economy of New Deal Fiscal Federalism», *Economic Inquiry*, 29, pp. 510-524
- Wallis, J.J., Fishback, P.V. e Kantor, S. (2006), «Politics, Relief and Reform: Roosevelt's Efforts to Control Corruption and Political Manipulation during the New Deal», in E.L. Glaeser e C.D. Goldin (a cura di), *Corruption and Reform: Lessons from America's Economic History*, Chicago, University of Chicago Press, pp. 343-372
- Walton, R. e McKersie, R.B. (1965), *A Behavioral Theory of Negotiation*, New York, McGraw-Hill
- Warren III, M.G. (1997), «The Notice Requirement in Administrative Rulemaking: An Analysis of Legislative and Interpretive Rules», *Administrative Law Review*, 29, pp. 367-398
- Watkins, M.W. (1926), «The Federal Trade Commission: A Critical Survey», *The Quarterly Journal of Economics*, 40, pp. 561-585
- Weaver, P.H. (1978), «Regulation, Social Policy, and Class Conflict», *Public Interest*, 50, pp. 42-69
- Wildavsky, A. (1976), «A Bias toward Federalism: Confronting the Conventional Wisdom on the Delivery of Governmental Services», *Publius*, 6, pp. 95-120



- Wilensky, H.L. (1976), *The «New Corporatism», Centralization, and the Welfare State*, London, Sage
- Williamson, O.E. (1985), *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, The Free Press; trad. it. *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Milano, Franco Angeli, 1992
- Wilson, W. (1887), «The Study of Administration», *Political Science Quarterly*, 2, pp. 197-222
- Wittman, D. (1989), «Why Democracies Produce Efficient Results», *The Journal of Political Economy*, 97, pp. 1395-1424
- Wolf Jr, C. (1979), «A Theory of Nonmarket Failure: Framework for Implementation Analysis», *Journal of Law and Economics*, 22, pp. 107-139