

2004

ANNO LIV

Rivista trimestrale di diritto pubblico



IL DIRITTO AMMINISTRATIVO NEL XXI SECOLO (*)

RICHARD B. STEWART (**)

SOMMARIO: 1. Introduzione e storia. - 1.1. L'ascesa della regolazione amministrativa. - 1.2. Il diritto amministrativo. - 1.3. L'evoluzione del diritto amministrativo statunitense. - 1.3.1. Il modello di *common Law*. - 1.3.2. Il modello tradizionale di *administrative law*. - 1.3.3. Il modello di regolazione manageriale del *new deal*. - 1.3.4. Il modello della rappresentanza degli interessi. - 1.3.5. La gestione analitica della regolazione. - 2. La struttura presente e futura del diritto amministrativo statunitense. - 2.1. L'affanno della regolazione amministrativa. - 2.2. Nuovi metodi di regolazione. - 2.3. Conclusioni provvisorie. - 3. Profili internazionali della regolazione e del diritto amministrativo.

1. Lo scenario è scoraggiante nella sua ampiezza: devo necessariamente dipingerlo a grosse pennellate. Mi occuperò del diritto amministrativo in relazione alla regolazione pubblica, intesa in senso ampio. In primo luogo, riassumerò brevemente gli elementi centrali del diritto amministrativo statunitense nell'ultimo secolo e mostrerò come essi persistano, riconfigurati, nel tempo presente. Valuterò poi i nuovi metodi per raggiungere gli obiettivi dei regolatori, che emergono in un contesto di crescente affanno amministrativo, e le implicazioni di questi nuovi metodi per il diritto amministrativo. Concluderò con una sintesi dei profili internazionali che affiorano nel diritto amministrativo.

1.1. Il secolo appena concluso ha visto uno straordinario svi-

(*) Traduzione di Bernardo Giorgio Mattarella.

(**) Una prima versione di questo saggio ha costituito la conferenza di insediamento dell'autore come *John Edward Sexton Professor of Law* alla *New York University*. L'autore ringrazia Erik Bluemel per l'assistenza nella ricerca e Jane Stewart e i partecipanti al *faculty workshop* della *New York University School of Law* per gli utili commenti.

Il saggio è stato pubblicato in *New York University Law Review*, vol. 78, n. 2 May 2003, p. 437-460. Si ringraziano la Rivista e l'autore per averne consentito la traduzione e la pubblicazione.

luppo dell'ambito e dell'intensità della regolazione amministrativa. I mercati, come altre forme complesse di ordinamento privato, generano enormi benefici, ma anche inefficienze e fallimenti, abusi di potere economico e di posizione, degrado ambientale, rischi per la sicurezza, incertezza economica, dipendenza e altri mali sistemici. Dimostrata l'inadeguatezza del diritto privato e del diritto penale, i legislatori hanno adottato ampi programmi amministrativi per prevenire questi mali. Simili programmi ricorrono soprattutto al metodo di regolazione *command-and-control*, in base al quale il pubblico potere impone agli individui obblighi e divieti specifici: una banca deve avere un certo capitale minimo; una centrale energetica non può emettere più di una determinata quantità di particolato inquinante; dobbiamo separare la carta e il metallo dal resto della spazzatura.

Oggi quasi ogni area di attività è soggetta a regolazione pubblica: la nostra sicurezza fisica ed economica e il nostro benessere dipendono da essa. Non c'è praticamente settore del diritto — titoli di credito e finanza, benessere dei bambini, fisco, commercio internazionale, edilizia residenziale, impiego e quasi tutti gli altri settori — che non richieda una regolazione amministrativa. È per questo che, a partire dal 2003, alla New York University è previsto che gli studenti del primo anno frequentino un nuovo corso sullo stato regolatore e amministrativo, in modo che tutti i nostri laureati abbiano una conoscenza essenziale delle leggi e dei regolamenti, nonché dei procedimenti legislativi, amministrativi e giurisdizionali che si svolgono presso le amministrazioni regolatrici. Può sembrare che questa iniziativa arrivi con molto ritardo, ma si consideri che Harvard adotta ancora il *common law curriculum* elaborato dal preside Langdell nel diciottesimo secolo.

1.2. Nelle società liberaldemocratiche, la regolazione amministrativa è essa stessa regolata dal diritto amministrativo. Questo definisce la posizione delle autorità amministrative nel sistema di governo, specifica le procedure che esse devono seguire per prendere le proprie decisioni, determina l'ammissibilità e l'ambito del sindacato di un giudice indipendente sulle loro azioni. Esso fornisce principi e procedure comuni che tagliano orizzontalmente i diversi campi di amministrazione e di regolazione.

Il nucleo tradizionale del diritto amministrativo è dominato dall'esigenza di garantire la *rule of law* e di proteggere la libertà, facendo in modo che le amministrazioni seguano procedure decisionali corrette e imparziali, agiscano nei limiti del potere loro attribuito dal legislatore

e rispettino i diritti dei privati ⁽¹⁾. Qui la funzione del diritto amministrativo è principalmente negativa: impedire l'esercizio illegittimo o arbitrario del potere amministrativo di coazione nei confronti dei privati.

Negli ultimi decenni, il diritto amministrativo statunitense ha assunto anche una funzione positiva: attraverso nuovi vincoli procedurali e nuovi approcci al sindacato giurisdizionale, esso assicura che le agenzie di regolazione compiano le scelte discrezionali in modo ragionevole e sensibile ai numerosi interessi sociali ed economici coinvolti dalle loro decisioni, compresi quelli di chi trae beneficio della regolazione e di chi è soggetto a controlli e sanzioni ⁽²⁾.

1.3. Per vedere dove andiamo, dobbiamo guardare dove siamo stati. Nell'ultimo secolo, il diritto amministrativo statunitense ha sviluppato con successo cinque diversi modelli o approcci.

1.3.1. Nella fase iniziale, il nostro diritto amministrativo si basava principalmente su azioni di *common law* proposte da cittadini contro funzionari pubblici per ottenere un controllo giurisdizionale di legittimità ⁽³⁾. Per esempio, nel caso di una celebre sentenza pronunciata in Massachussets alla fine del diciannovesimo secolo, il proprietario di un cavallo, per ottenere il risarcimento, esperì un'azione di responsabilità civile di *common law* contro gli ufficiali sanitari che lo avevano abbattuto, ritenendo ragionevolmente ma erroneamente che fosse malato ⁽⁴⁾. La Corte, relatore il giudice Holmes, rigettò la tesi degli

⁽¹⁾ Si v. R.B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 *Harvard Law Review* 1667, 1671-76 (1975) sui limiti legislativi e procedurali dell'attività amministrativa; Richard B. STEWART - Cass R. SUNSTEIN, *Public programs and private rights*, 95 *Harvard Law Review* 1193, 1202-03 (1982) («Attribuendo diritti di difesa ai privati, il modello tradizionale del diritto amministrativo frena il pregiudizio o l'arbitrio dell'amministrazione nel processo di attuazione e, quindi, promuove l'imparzialità. Allo stesso tempo, il sistema limita il potere delle autorità, mantiene una sfera ordinata di libertà dei privati e conserva il sistema di mercato»).

⁽²⁾ Si v. R.B. STEWART, *op. ult. cit.*, 1711-1790, per una descrizione e una valutazione dell'emersione del «modello della rappresentanza degli interessi»; nonché J. FREEMAN, *The Private Role in Public Governance*, 75 *New York University Law Review* 543, 556-64 (2000), per un esame di varie concezioni teoriche del ruolo delle autorità del procedimento amministrativo.

⁽³⁾ Si v. J.F. DUFFY, *Administrative Common law in Judicial Review*, 77 *Texas Law Review* 113, 121-30 (1998).

⁽⁴⁾ *Miller v. Norton*, 26 *North Eastern Reporter*, 100 (1891).

ufficiali, secondo la quale una legge li autorizzava ad agire per ridurre un pericolo, e interpretò la legge nel senso che l'abbattimento fosse autorizzato solo quando un animale fosse effettivamente malato ⁽⁵⁾.

1.3.2. A partire dalla fine del diciannovesimo secolo, i legislatori hanno costituito commissioni per il trasporto ferroviario e altre simili autorità di regolazione per gestire le conseguenze dell'industrializzazione. Per il controllo delle decisioni di queste autorità, le azioni di responsabilità sarebbero state un metodo goffo. Di conseguenza, giudici e legislatori hanno sviluppato quello che ho altrove definito il modello tradizionale del diritto amministrativo ⁽⁶⁾, in base al quale le autorità erano obbligate a tenere udienze analoghe a quelle processuali prima di fissare tariffe o adottare altre misure regolatorie ⁽⁷⁾. I giudici verificavano la valutazione dei fatti operata dalle autorità in base alle risultanze delle udienze e stabilivano se le misure da esse imposte fossero conformi alle previsioni legislative. L'istituzione di questi nuovi organismi aveva generato un serio problema di democrazia: come conciliare l'esercizio del loro potere con il principio democratico? Il modello tradizionale risolveva il problema trattando sostanzialmente queste amministrazioni come organi di aggiudicazione subordinati, soggetti a un rigido controllo legislativo e giurisdizionale ⁽⁸⁾. Il diritto amministrativo funzionava come «cinghia di trasmissione» per legittimare l'esercizio di un potere di regolazione verificando, attraverso il controllo giurisdizionale, che i vincoli imposti ai privati fossero stati autorizzati con legge da un'assemblea legislativa democraticamente eletta.

1.3.3. Il Congresso del *New Deal* istituì una serie di nuove agenzie di regolazione e le dotò di poteri molto ampi, attribuiti da leggi imprecise. Questo fatto acuì il problema di democrazia fino a un punto di crisi ⁽⁹⁾. Le agenzie furono accusate di essere un «quarto potere»

⁽⁵⁾ *Miller v. Norton*, cit., 102.

⁽⁶⁾ Si v. R.B. STEWART, *The Reformation*, cit., 1671-76.

⁽⁷⁾ Si v. per es. *ICC v. Louisville & Nashville R.R. Co.*, 227 *United States Reports* 88, 91-93 (1913), che spiega la natura dell'udienza prevista dalla legge per la definizione delle tariffe da parte della *Interstate Commerce Commission*.

⁽⁸⁾ Si v. R.B. STEWART, *The Reformation*, cit., 1675-76.

⁽⁹⁾ Si v. McNOLLGAST, *The Political Origins of the Administrative Procedure Act*, 15 *The Journal of Law, Economics & Organization* 180, 191-92 (1999), che descrive la preoccupazione, condivisa dalle diverse parti politiche negli anni Quaranta, che

non ammesso dalla Costituzione ⁽¹⁰⁾. L'applicazione del modello tradizionale avrebbe potuto assicurare che le agenzie agissero nei limiti dei poteri loro conferiti dalla legge, ma questi limiti erano talmente generici da attribuire loro ampi poteri discrezionali, producendo un palpabile *deficit* democratico e il pericolo di un esercizio arbitrario di quei poteri. La Corte Suprema arrivò al punto di annullare il *National Recovery Act*, ravvisandovi una delega incostituzionale di potere normativo alle agenzie ⁽¹¹⁾: un passo che essa non ha più ripetuto.

In un libro del 1938 su *The Administrative Process*, che esercitò una notevole influenza, uno dei protagonisti del *New Deal*, James Landis, fece ricorso alla nozione di *regulatory management by experts* per superare le critiche nei confronti delle agenzie del *New Deal* ⁽¹²⁾. Landis assimilò i funzionari pubblici ai *managers* privati: il capitalismo di mercato era crollato e il compito della regolazione era di gestire il commercio o gli altri settori dell'economia in modo da ristabilire la prosperità economica e proteggere i cittadini. Egli sosteneva che questi obiettivi erano impliciti nelle leggi del *New Deal*. Guidati dall'esperienza e dalle regole professionali, gli amministratori esperti avrebbero adottato misure in grado di assicurare questi obiettivi di interesse pubblico. In questo modo, la burocrazia regolatrice avrebbe — sono parole di Landis — «eternamente rigenerato il proprio vigore dal flusso dei desideri democraticamente espressi» ⁽¹³⁾. Di conseguenza, il bisogno di udienze formali e controllo giurisdizionale a garanzia dei diritti dei privati sarebbe stato limitato: questa garanzia mal si conciliava con l'ampia discrezionalità manageriale necessaria per alimentare la prosperità economica ⁽¹⁴⁾.

un'azione amministrativa non soggetta a controlli espandesse indebitamente il potere e l'influenza del potere esecutivo.

⁽¹⁰⁾ Si v., in generale, P.L. STRAUSS, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 *Columbia Law Review* 573 (1984), che illustra gli sforzi profusi per giustificare la delega di poteri normativi alle agenzie amministrative.

⁽¹¹⁾ Si v. *A.L.A. Schechter Poultry Corp. V. United States*, 295 *United States Reports* 495, 542 (1935), che affermò l'incostituzionalità della delega di potere normativo nella sezione 3 del *National Industrial Recovery Act*; *Pan. Ref. Co. v. Ryan*, 293 *United States Reports* 388, 430 (1935), che affermò l'incostituzionalità della sezione 9(c) del *National Industrial Recovery Act*.

⁽¹²⁾ J.M. LANDIS, *The administrative Process*, 1938, 6-46.

⁽¹³⁾ J.M. LANDIS, *op. ult. cit.*, 123.

⁽¹⁴⁾ Si v. A.B. WOLFE, *Will and Reason in Economic Life*, 1 *Journal of Sociale Philosophy* 218, 238-39 (1936), secondo il quale lo stato amministrativo governato da

Nel 1946 il Congresso emanò l'*Administrative Procedure Act* ⁽¹⁵⁾. Esso, come tutto il diritto amministrativo statunitense dei venti anni successivi, rifletteva un difficile compromesso tra il modello tradizionale del diritto amministrativo e la visione manageriale della regolazione di Landis.

1.3.4. Alla fine degli anni Sessanta il diritto amministrativo subì fondamentali cambiamenti ⁽¹⁶⁾ a seguito di tre fattori di sviluppo collegati tra loro: *a*) una diffusa accettazione della critica di Ralph Nader, secondo il quale le agenzie di regolazione avevano mancato di proteggere i cittadini ed erano 'catturate' o comunque dominate dalle imprese regolate ⁽¹⁷⁾; *b*) la comparsa del *public interest law* con la proliferazione di nuove associazioni di difesa legale in materia di ambiente, consumatori, diritti civili, lavoro e altri campi ⁽¹⁸⁾; *c*) una nuova ondata di programmi di regolazione in materia di ambiente, sanità, sicurezza, diritti civili e altro, adottati dal Congresso nel quadro di una «rivoluzione dei diritti» ⁽¹⁹⁾.

esperti potrebbe limitare la democrazia politica ma avrebbe effetti salutarì sull'efficienza economica.

⁽¹⁵⁾ In *Public Law* n. 79-404, 60 *United States Statutes at Large* 237 (versione risultante dalle modifiche pubblicate in varie sezioni di 5, *United States Code*).

⁽¹⁶⁾ Sul modello della rappresentanza degli interessi si v. S.G. BREYER e altri, *Administrative Law and Regulatory Policy*, V ed., 2002, 26-30.

⁽¹⁷⁾ Si v. R.C. FELLMEYER, *The Interstate Commerce Commission: The Public Interest and the ICC: The Ralph Nader Study Group Report on the Interstate Commerce Commission and Transportation*, 1970, 311-25, che illustra in dettaglio il rapporto tra l'influenza delle imprese e l'incapacità dell'*Interstate Commerce Commission* di curare l'interesse pubblico; J.S. TURNER, *The Chemical Feast: The Ralph Nader Study Group Report on Food Protection and the Food and Drug Administration*, 1970, 1-4, che afferma che gli sforzi della *Food and Drug Administration* erano contrastati dai lobbisti, dalle associazioni di categoria e dalle grandi società; si v. anche C. MCCARRY, *Citizen Nader*, 1972, 217, che nota che Nader e i suoi seguaci ritengono che la vita americana «è basata su un semplice scambio: potere politico contro profitti economici e viceversa»; Cass. R. SUNSTEIN, *Constitutionalism After the New Deal*, 101 *Harvard Law Review* 421, 448-49 (1987), che descrive il fenomeno della 'cattura'.

⁽¹⁸⁾ Si v., in generale, *Public Interest Law: An Economic and Institutional Analysis*, a cura di Burton A. Weisbrod e altri, 1978.

⁽¹⁹⁾ Si v. Cass. R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, 1990, 24 («Il più rilevante complesso di iniziative dal periodo del *New Deal* si è avuto negli anni Sessanta e Settanta. Questo periodo è stato caratterizzato da una rivoluzione nell'ambito dei diritti legalmente protetti: una rivoluzione che ha sviluppato ed espanso il *New Deal*»); K. RAUSTIALA, *The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law*, 43 *Virginia Journal*

A seguito di ciò le agenzie, spesso seguendo indicazioni legislative, passarono dalla *case-by-case adjudication* al *rulemaking*, procedura esplicitamente normativa ritenuta più adatta all'attuazione di programmi di regolazione di ampio respiro ⁽²⁰⁾. I giudici ritennero che il diritto di partecipare al processo decisionale delle agenzie e di ottenere il controllo giurisdizionale sulle loro decisioni non poteva più essere limitato ed estesero questi diritti alle nuove associazioni di difesa dell'interesse pubblico ⁽²¹⁾. Svolgendo un sindacato sulla discrezionalità amministrativa che implicava una nuova forma di *hard look*, essi imposero alle agenzie di rispondere a chi avesse rappresentato fatti, analisi e suggerimenti, valutando questi elementi e giustificando le proprie scelte con motivazioni dettagliate e rispondenti all'istruttoria svolta ⁽²²⁾. Il risultato fu quello che ho chiamato modello della «rappresentanza degli interessi», che mira ad assicurare un esercizio informato e ragionato della discrezionalità amministrativa, che tenga conto di tutti gli interessi coinvolti ⁽²³⁾. Il modello tradizionale funzionava come un freno alla regolazione. Coloro che ricorrevano ai giudici a

of *International Law* 1, 15 (2002) (che nota i diversi obiettivi regolatori delle agenzie della «rivoluzione dei diritti» e di quelle del *New Deal*).

⁽²⁰⁾ Per una discussione sulle scelte delle agenzie, tra *rulemaking* e *case-by-case adjudication* e sulla limitazione di queste scelte, si v. W.D. ARAIZA, *Judicial and Legislative Checks on Ex Parte OMB Influence over Rulemaking*, 54 *Administrative Law Review* 611, 616 (2002) («Le agenzie federali e statali sono a volte vincolate a imporre regole di condotta a soggetti privati attraverso la *case-by-case adjudication*»).

⁽²¹⁾ Si v. R.B. STEWART, *The Reformation*, cit., 1723-56. Ma si cfr. R.L. REVESZ, *Federalism and Environmental Regulation: A public Choice Analysis*, 115 *Harvard Law Review* 553, 567 (2001), che osserva che «le risorse addizionali [...] rendono possibile per le imprese, i cui interessi sono concentrati, partecipare a un numero di procedure maggiore di quelle a cui possono partecipare i difensori dei consumatori e dell'ambiente, i cui interessi sono dispersi».

⁽²²⁾ Si v. *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Life Insurance Company*, 463 *United States Reports* 29, 42-43 (1983), ove si osserva che il controllo giurisdizionale assicura che le decisioni delle agenzie siano basate su tutti i dati rilevanti e sostenute da spiegazioni soddisfacenti; *United v. N.S. Food Prods. Corp.*, 568 *Federal Reporter 2d* 240, 252 (II Circuito, 1977), che afferma che il processo decisionale delle agenzie deve contemplare la pubblicazione di tutte le informazioni utilizzate, la risposta ai commenti pertinenti e la spiegazione dell'attività compiuta; *Scenic Hudson Pres. Conference v. Federal Power Comm'n*, 354 *Federal Reporter 2d* 608, 620-21, ove si osserva che i giudici non sostituiscono il proprio giudizio a quello delle agenzie, ma il controllo giurisdizionale sanziona il dovere delle agenzie di considerare tutti i fatti rilevanti prima di decidere.

⁽²³⁾ Si v. R.B. STEWART, *The Reformation*, cit., 1711-90; si v. anche S.G. BREYER e altri, *Administrative Law*, cit., 26-30.

tutela dell'interesse pubblico, al contrario, utilizzarono il nuovo modello e le previsioni sulle azioni popolari, contenute nelle nuove leggi, come un acceleratore per indurre le agenzie all'adozione e all'attuazione dei programmi di regolazione.

1.3.5. Nel 1981, proprio nel momento in cui il modello della rappresentanza degli interessi raggiungeva la sua piena fioritura, il Presidente Reagan emanò l'*executive order* n. 12291, che richiedeva alle agenzie di svolgere l'analisi costi-benefici sui principali regolamenti proposti e sulle soluzioni alternative ⁽²⁴⁾. Le analisi, come il rispetto dell'*executive order* da parte delle agenzie, vennero assoggettate al controllo dell'*Office of Management and Budget* (Omb), ma non dei giudici. Questa iniziativa rifletteva una preoccupazione relativa all'efficienza delle agenzie, ma molto diversa da quella di Nader: quella che un insieme multicefalo e poco controllato di agenzie federali di regolazione, ciascuna delle quali preoccupata di perseguire un solo interesse e stimolata dai patrocinatori dell'interesse pubblico, utilizzasse leggi vaghe per adottare misure regolatorie sempre più intrusive, rigide e costose, trascurando il loro peso sull'economia e sulla competitività internazionale degli Stati Uniti. In assenza di una netta deregolazione, il rimedio fu individuato nella disciplina del processo decisionale e nell'eliminazione della regolazione ingiustificata, attraverso l'analisi costi-benefici e un controllo e una vigilanza centralizzati nell'ufficio del Presidente ⁽²⁵⁾. Questo sistema, concepito per regolare

⁽²⁴⁾ *Executive order* n. 12291, 3 *Code of Federal Regulations* 127 (1982), riedito in 5 *United States Code*, § 601 (1988). E esso è stato sostituito dall'*executive order* n. 12866, 3 *Code of Federal Regulations* 638 (1991), riedito in 5 *United States Code*, § 601 (2000), emanato dal Presidente Clinton. Quest'ultimo, pur modificando alcuni aspetti sostanziali e procedurali di quello del Presidente Reagan, ne ha conservato la struttura di base.

⁽²⁵⁾ Si v. J.F. BLUMSTEIN, *Regulatory Review by the Executive Office of the President: an Overview and Policy Analysis of Current Issues*, 51 *Duke Law Journal* 851, 858-59 (2001), che spiega la *ratio* dell'*executive order* n. 12291; R.H. PILDES - Cass R. SUNSTEIN, *Reinventing the Regulatory State*, 62 *University of Chicago Law Review*, 1, 3 (1995), di analogo contenuto; per visioni contrastanti della rivendicazione del potere presidenziale in queste iniziative e in altre collegate, si cfr. C.R. FIORINA, *Undoing the New Deal Through the New Presidentialism*, 22 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 227 (1988) (che critica il presidenzialismo emergente come intrinsecamente deregolatorio e socialmente indesiderabile) ed E. KAGAN, *Presidential Administration*, 114 *Harvard Law Review* 2245 (2001) (che tratteggia e difende l'uso della regolazione da parte del Presidente Clinton per attuare il suo programma politico).

i regolatori, non funziona con procedimenti giuridici formali e non contempla il controllo giurisdizionale. Esso costituisce un sistema amministrativo del diritto amministrativo.

2. Cosa consegue da tutto ciò per l'oggi e per il domani? Cosa si vede unendo i punti? I primi approcci non sono scomparsi. Il diritto amministrativo è stato profondamente conservatore. Attraverso un processo di adattamento evolutivo alla mutata situazione sociale, le vecchie forme rimangono, ma la loro funzione è cambiata.

Così, usiamo ancora il diritto della responsabilità civile per riparare l'illegalità amministrativa, ma nella forma delle azioni, definite dal paragrafo 1983 ⁽²⁶⁾ e dal caso *Bivens* ⁽²⁷⁾, contro i funzionari che violano i diritti civili dei cittadini. Le agenzie tengono ancora udienze di *adjudication* analoghe a quelle processuali, ma in genere solo per imporre multe, revocare autorizzazioni o irrogare altre sanzioni a singoli soggetti. Il *rulemaking* è diventato la procedura dominante per l'esercizio di poteri normativi da parte delle agenzie ⁽²⁸⁾.

Attraverso nuovi strumenti di analisi formale delle scelte, comprese l'analisi costi-benefici e la valutazione quantitativa del rischio, la concezione di Landis della regolazione manageriale è stata rielaborata nel nuovo sistema di gestione analitica della regolazione. Sebbene all'inizio il controllo svolto dall'Omb con l'analisi della regolazione fosse decisamente avverso alla regolazione e politicamente controverso, il sistema è maturato ed è stato ampiamente accettato. Esso è stato riaffermato dal Presidente Clinton ⁽²⁹⁾. L'analisi di impatto della regolazione, sia nella sua forma economica sia in altre forme, è sempre più spesso usata dai gruppi di interesse pubblico come dalle imprese e viene ormai invocata dallo stesso Omb non solo per chiedere meno regolazione, ma anche per chiederne di più.

Nello stesso tempo, il modello della rappresentanza degli interessi con il controllo giurisdizionale rimane pienamente operante. La par-

⁽²⁶⁾ 42 *United States Code*, § 1983, che prevede l'azione per privazione di diritti civili.

⁽²⁷⁾ *Si v. Bivens v. Six Unknown Named Agents of Fed. Bureau of Narcotics*, 403 *United States Reports* 388, 391-92 (1971), che fa derivare dalla Costituzione la legittimazione dei privati ad agire per la violazione del Quarto Emendamento da parte dei funzionari federali.

⁽²⁸⁾ P.L. STRAUSS, *From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking*, 31 *Wake Forest Law Review* 745, 755-56 e 760 (1996).

⁽²⁹⁾ P.L. STRAUSS, *op. ult. cit.*, 767.

tecipazione dei cittadini al procedimento di *rulemaking* e ad altri procedimenti e l'*hard look* dei giudici sulla discrezionalità amministrativa sono diventati aspetti fondamentali del diritto amministrativo e della pratica amministrativa.

Nel futuro, continueremo ad affidarci a tutti e quattro questi approcci. Il modello della responsabilità civile e quello dell'udienza di aggiudicazione continueranno a essere usati per riparare le misure restrittive illegittimamente imposte a singoli soggetti. La gestione analitica della regolazione e la rappresentanza degli interessi continueranno a essere usati per organizzare e controllare l'esercizio di poteri normativi discrezionali da parte delle agenzie. Gli ultimi due sistemi operano parallelamente e sono sostanzialmente indipendenti l'uno dall'altro ⁽³⁰⁾. Di conseguenza, le agenzie federali di regolazione devono preparare e trasmettere all'Omb le analisi della regolazione prima di emanare nuovi regolamenti e devono anche svolgere procedimenti di *rulemaking* soggetti al controllo giurisdizionale. I due sistemi potrebbero senz'altro essere considerati alternativi, ponendo il problema della scelta di uno di essi. Ritengo tuttavia che, nonostante l'apparente ridondanza e incoerenza, continueremo a usare ampiamente entrambi gli approcci.

I due sistemi usano metodi molto diversi per rimediare al potenziale *deficit* democratico prodotto dall'ampia attribuzione di poteri normativi a burocrazie regolatrici. Il modello della rappresentanza degli interessi crea un surrogato del processo politico attraverso procedure legali, controllate dai giudici, volte alla rappresentanza degli interessi e al dibattito sugli indirizzi amministrativi. Questo modo di legittimare la discrezionalità amministrativa ha notevoli limiti. I rappresentanti degli interessi sono autonominati e non eletti; della loro capacità di rispondere del proprio operato nei confronti dei soggetti, che essi pretendono di rappresentare, si può dubitare ⁽³¹⁾. Inoltre, il

⁽³⁰⁾ Si v. R.B. STEWART, *A New Generation of Environmental Regulation?*, 29 *Capital University Law Review* 21, 38-54 (2001).

⁽³¹⁾ Per una discussione di alcuni dei limiti del modello della rappresentanza degli interessi nel diritto amministrativo, si v. J. Rossi, *participation Run Amok: The Costs of Mass Participation for Deliberative Agency Decisionmaking*, 92 *Northwestern University Law Review* 173, 236-42 (1997), che avverte che una più ampia partecipazione può far degenerare l'attività decisionale delle agenzie, anche facendo sì che esse privilegino il compromesso politico a scapito della nitidezza delle decisioni; M. SEIDENFELD, *Empowering Stakeholders: Limits on Collaboration as the Basis for Flexible Regulation*, 41 *William and Mary Law Review* 411, 427-45 (2000), secondo il quale la

modello della rappresentanza degli interessi può tendere a produrre misure regolatorie di compromesso tra gli interessi configgenti, che possono non essere conformi all'interesse generale o anche non essere legittime ⁽³²⁾.

La gestione analitica implica un duplice metodo di legittimazione delle scelte di indirizzo delle agenzie. In primo luogo, essa utilizza l'analisi costi-benefici come metodo per tenere conto degli interessi di tutti i cittadini coinvolti e per individuare misure regolatorie che accrescano il benessere sociale. Di conseguenza, essa costituisce uno strumento alquanto diverso per surrogare il processo legislativo, aggregando interessi per definire gli indirizzi regolatori. In secondo luogo, il sistema del controllo dell'Omb è basato sull'autorità e soggetto al controllo del Presidente, che ha una legittimazione elettorale. Ma anche questi rimedi al *deficit* democratico hanno notevoli limiti. L'analisi costi-benefici spesso ignora la giustizia distributiva e i valori non commerciabili e trascura la pubblicità del dibattito e della deliberazione ⁽³³⁾. Inoltre, il collegamento tra il controllo svolto dagli economisti dell'Omb sui regolamenti dell'*Environmental Protection Agency* (Epa) e la responsabilità nei confronti degli elettori è, nella migliore delle ipotesi, tenue ⁽³⁴⁾.

struttura interna e le dinamiche dei gruppi di interessi possono renderli incapaci di partecipare alla regolazione in modo collaborativo; R.B. STEWART, *The Reformation*, cit., 1762-70, in ordine ai problemi di fondo di «quali interessi devono essere rappresentati e i mezzi attraverso i quali questa rappresentanza deve essere assicurata».

⁽³²⁾ Si v., in generale, W. FUNK, *Bargaining Toward the New Millennium: Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest*, 46 *Duke Law Journal* 1351 (1997), che accusa la negoziazione delle norme di impedire alle agenzie la considerazione dell'interesse pubblico; W. FUNK, *When Smoke Gets in Your Eyes: Regulatory Negotiation and the Public Interest - EPA's Woodstove Standards*, 18 *Environmental Law* 55 (1987), che sostiene che la negoziazione delle norme, da un lato, rende le agenzie mere agevolatrici del consenso dei partecipanti, dall'altro, produce il rischio che esse eccedano i limiti del potere loro conferito. Ma si cfr. P. J. HARTE, *Assessing the Assessors: the Actual Performance of Negotiated Rulemaking*, 9 *New York University Environmental Law Journal* 32 (2002), che descrive i successi della negoziazione delle norme.

⁽³³⁾ Si v. L.A. KORNHAUSER, *On Justifying Cost-Benefit Analysis*, 29 *Journal of Legal Studies* 1037, 1054 (2000). Ma si cfr. l'*executive order* n. 12866, 3 *Code of Federal Regulations* 638, (1994), riedito in 5 *United States Code*, § 601 (2000), volto a porre rimedio ai difetti dell'analisi costi-benefici.

⁽³⁴⁾ Si v. M. CARDE, *Can Bambi Ride Herd over Godzilla? The Role of Executive Oversight in EPA's Rulemaking for the Waste Isolation Pilot Plant*, 36 *Natural Resources Journal* 643, 675-76 e n. 248 (1996), che osserva che, data la politica dei rifiuti

Come soluzione al problema del *deficit* democratico, ciascun modello ha seri difetti, ma essi possono essere considerati complementari: l'uno tende a compensare i limiti dell'altro. L'ottica accentratrice dell'ufficio per la gestione della regolazione e le tendenze centrifughe del modello della rappresentanza degli interessi si frenano e si bilanciano reciprocamente. Questi freni e bilanciamenti, insieme alla nostra tendenza a non rischiare in materia di *governance*, spiegano perché continuiamo a usare entrambi gli approcci. Ciononostante, ci sono alcune serie tensioni tra essi, sia in linea di principio sia in pratica.

2.1. Oggi dobbiamo affrontare un grave problema, quello del crescente affanno della regolazione ⁽³⁵⁾. Il pubblico chiede che la regolazione offra livelli sempre più alti di tutela, ma il governo sembra sempre meno capace di offrire, attraverso la regolazione amministrativa, una simile protezione in modo efficiente ed efficace. Di regola ci vuole molto tempo per elaborare e adottare nuovi regolamenti e altro ancora per attuarli ⁽³⁶⁾. I risultati della regolazione sono spesso al di sotto delle aspettative, mentre gli adempimenti imposti da essa sono sempre più onerosi.

A mia opinione, questi disagi sono dovuti in primo luogo al nostro eccessivo ricorso a metodi di regolazione del tipo *command-and-control*: negli ultimi due secoli, questo è stato l'approccio dominante per il raggiungimento degli obiettivi della regolazione. Questo metodo, soprattutto se centralizzato nella regolazione federale, risente dei problemi inevitabilmente derivanti dal tentativo di definire la condotta di milioni di attori in un'economia molto complessa e in rapida evoluzione e in una società che abbraccia una nazione grande ed

nucleari del Congresso, il controllo dell'OMB sull'EPA può oscurare, piuttosto che chiarire, la responsabilità politica; E.D. OLSON, *The Quiet Shift of Power: Office of Management & Budget Supervision of Environmental Protection Agency Rulemaking Under Executive Order 12291*, 4 *Virginia Journal of Natural Resources Law* 1, 28-35 e 55-57 (1984), che conclude che il controllo dell'OMB sull'attività normativa dell'EPA non ha aumentato la capacità dell'agenzia di rispondere del proprio operato, né promosso un'analisi vigorosa.

⁽³⁵⁾ Si v., in generale, I. AYRES e J. BRATHWAITE, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* (1992); R.B. STEWART, *A New Generation*, cit., 27-38.

⁽³⁶⁾ M. SEIDENFELD, *Demystifying Deossification: Rethinking Recent Proposals to Modify Judicial Review of Notice and Comment Rulemaking*, 75 *Texas Law Review* 483, 483-84 (1997), che osserva che i recenti sviluppi del diritto amministrativo, volti a espandere la partecipazione pubblica, hanno involontariamente ostacolato il *rule-making* con adempimenti superflui.

eterogenea ⁽³⁷⁾. Questi problemi si sono acuiti con l'intensificarsi della regolazione. L'inflessibilità e la rapida obsolescenza rendono le regole dettagliate di condotta, emanate dalle agenzie federali, più onerose e meno efficaci allo stesso tempo. Oltre a pregiudicare l'efficacia della regolazione, la proliferazione di controlli rigidi e non adattabili ne mina la legittimazione agli occhi della comunità regolata e impedisce la responsabilità dei regolatori ⁽³⁸⁾. La situazione è peggiorata con l'ampliamento e l'intensificazione della regolazione imperativa federale, conseguenti alle richieste da parte del pubblico.

I due modelli di diritto amministrativo ai quali facciamo attualmente riferimento, per disciplinare l'esercizio della discrezionalità delle agenzie federali nella definizione di norme e indirizzi, sono incapaci di curare questi problemi. In effetti, essi li acuiscono, aggravando l'affanno della regolazione. Il processo di rappresentanza degli interessi, guidato dagli avvocati, determina un significativo rallentamento del processo di regolazione ⁽³⁹⁾. L'adozione delle discipline più importanti richiede almeno cinque anni. Il controllo giurisdizionale implica un ulteriore ritardo e può essere seguito da un'ulteriore attività di *rulemaking* se un regolamento è bocciato dal giudice. Il risultato è l'«ossificazione» del processo di *rulemaking* ⁽⁴⁰⁾. Anche l'analisi della regolazione dell'Omb e altre forme di controllo di impatto hanno contribuito alla «paralisi da analisi» ⁽⁴¹⁾. Le agenzie ricorrono in modo

⁽³⁷⁾ Si v. R.B. STEWART, *A New Generation*, cit., 27-38.

⁽³⁸⁾ Si v. *Regulatory Encounters: Multinational Corporations and American Adversary Legalism*, a cura di A. Kagan - Lee Axelrad, 2000, 404-05; R.B. STEWART, *Reconstitutive Law*, 46 *Maryland Law Review* 86, 103-04 (1986).

⁽³⁹⁾ J. FREEMAN, *Collaborative Governance in the Administrative State*, 45 *UCLA Law Review* 1, 5 e 17-18 (1997), che sostiene che il processo di rappresentanza degli interessi in contraddittorio produce un *rulemaking* lento, rigido e poco creativo.

⁽⁴⁰⁾ Si v. M. SEIDENFELD, *Demystifying Deossification*, cit., 483 («Il termine 'ossificazione' indica le inefficienze che colpiscono i programmi di regolazione a causa di complicazioni procedurali che le agenzie devono superare per adottare nuove discipline»); si v. anche T.O. MCGARITY, *Some Thoughts on 'Deossifying' the Rule-making Process*, 41 *Duke Law Review* 1385, 1387-1436 (1992), che fornisce una visione d'insieme delle cause e delle conseguenze dell'ossificazione); R.J. PIERCE, Jr., *Seven ways to Deossify Agency Rulemaking*, 47 *Administrative Law Review* 59, 60-66 (1995), di analogo contenuto.

⁽⁴¹⁾ Per una discussione di come le valutazioni del rischio e le analisi di impatto possono essere costose e rallentare in modo significativo le decisioni delle agenzie, si v. C. CAMPBELL-MOHN - J.S. APPELGATE, *Learning from NEPA: Guidelines for Responsible Risk Legislation*, 23 *Harvard Environmental Law Review* 93, 126-27 (1999); T.O.

crescente a metodi meno formali, meno responsabili e più opachi per definire gli indirizzi della regolazione ⁽⁴²⁾.

Un rimedio a questi problemi è la deregolazione al livello federale: la premessa è che i fallimenti del governo regolatore sono anche più dannosi dei fallimenti dei mercati, o che i problemi della regolazione dovrebbero essere affrontati al livello statale e locale. Questo atteggiamento ha un certo fondamento, ma alcuni gravi fallimenti dell'ordine del mercato devono essere affrontati al livello federale. Il problema è come farlo.

2.2. La risposta sta nell'adozione di nuovi metodi di regolazione e di nuovi strumenti per alleviare i problemi creati dall'eccessivo affidamento a metodi centralizzati di *command-and-control*. Due di questi nuovi metodi stanno emergendo nella pratica regolatoria. Si tratta dei sistemi a rete che comprendono amministrazioni pubbliche e organizzazioni di interessi e dei sistemi di incentivi economici.

Per evitare i difetti della regolazione basata sugli ordini imposti dall'alto e dei procedimenti amministrativi formali, si sono sviluppate varie forme di reti flessibili tra agenzie e soggetti interessati, volte a risolvere in modo innovativo i problemi di regolazione ⁽⁴³⁾. Piuttosto che tentare di dettare unilateralmente la condotta dei regolati, le agenzie di regolazione hanno elaborato numerose strategie per coinvolgere nella formazione e attuazione degli indirizzi della regolazione

MCGARITY, *The Expanded Debit over the Future of the Regulatory State*, 63 *University of Chicago Law Review* 1463, 1523 (1996).

⁽⁴²⁾ Si v. R.A. ANTHONY, *Interpretive Rules, Policy Statements, Guidances, Manuals, and the Like - Should Federal Agencies Use Them to Bind the Public?*, 41 *Duke Law Journal* 1311, 1332-55 (1992), che fornisce esempi di uso di documenti relativi ad attività non normativa per vincolare il pubblico); L. NOAH, *Scientific 'Republicanism': Expert Peer Review and the Quest for Regulatory Deliberation*, 49 *Emory Law Journal* 1033, 1068-69 e n. 161 (2000) («le agenzie possono ben tentare di contenere le riforme [ossificanti] optando per meccanismi meno formali»).

⁽⁴³⁾ Si v., in generale, J. FREEMAN, *Collaborative Governance*, cit., a difesa del modello del governo collaborativo nel diritto amministrativo, in alternativa a quello della rappresentanza degli interessi; G.C. POINDEXTER, *Addressing Morality in Urban Brownfield Redevelopment: Using Stakeholder Theory to Craft Legal Process*, 15 *Virginia Environmental Law Journal* 37 (1995), che applica i principi normativi della teoria dello stakeholder per affrontare i bisogni di tutte le categorie di interessati, conciliando equità e sviluppo economico; M. SEIDENFELD, *Empowering Stakeholders*, cit., 414-26, che affina la teoria dello stakeholder per migliorare gli approcci collaborativi; R.B. STEWART, *A New Generation*, cit., 60-94, per una descrizione dell'uso dei programmi di regolazione contrattuali e quasi-contrattuali.

vari attori, pubblici e privati, incluse le imprese e le organizzazioni senza scopo di lucro ⁽⁴⁴⁾. Ecco alcuni esempi: la negoziazione tra i rappresentanti delle imprese, delle organizzazioni di interesse pubblico e dei governi statali e locali, per ottenere il consenso su nuovi regolamenti delle agenzie, al di fuori dei procedimenti normativi formali ⁽⁴⁵⁾; meccanismi di cooperazione che coinvolgono soggetti governativi e non governativi nella prestazione di servizi alle famiglie o nella gestione della sanità ⁽⁴⁶⁾; la negoziazione di piani regionali di conservazione dell'*habitat*, sotto l'ombra draconiana dell'*Endangered Species Act* ⁽⁴⁷⁾, tra le agenzie federali per la gestione delle risorse naturali, i privati proprietari, le imprese di sviluppo e i governi statali e locali ⁽⁴⁸⁾. In questi casi, le agenzie federali sono parti attive, spesso dominanti, del processo e il risultato è una relazione quasi-contrattuale tra le parti, volta a risolvere i problemi di regolazione in modo coordinato. Questo metodo implica il passaggio, nella produzione normativa, dalla produzione di massa centralizzata a una strategia post-industriale. Le sue parole d'ordine sono flessibilità, innovazione, fissazione dei parametri, trasparenza dei livelli di prestazione raggiunti e reciproco *learning by doing* ⁽⁴⁹⁾. Nell'Unione europea questo approccio, definito «metodo

⁽⁴⁴⁾ Si v. N. GUNNINGHAM - P. GRABONSKY, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, 123-129 (1998).

⁽⁴⁵⁾ Sui pregi di questo approccio, si cfr. G. COGLIANESE, *Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking*, 46 *Duke Law Journal* 1255 (1997), il quale critica la negoziazione normativa e ne individua i limiti, con P.J. HARTER, *Negotiating Regulations: A Cure for Malaise*, 71 *Georgetown Law Journal* 1 (1982), che sostiene il ricorso alla negoziazione normativa.

⁽⁴⁶⁾ Si v., in generale, Notice, *Medicare and Medicaid Programs Health Care Financing Research and Demonstration Cooperative Agreements and Grants for Fiscal Year 1991*, 56 *Federal Register* 26, 20 (6 giugno 1991).

⁽⁴⁷⁾ In *Public Law* n. 93-205, 87 *United States Statutes at Large* 884 (1973): versione risultante dalle modifiche pubblicate in 16 *United States Code*, §§ 1531-1544 (2000). Si v., in generale, Notice, *Medicare and Medicaid Programs*, cit.

⁽⁴⁸⁾ Si v., in generale, B.C. KARKKAINEN, *Collaborative Ecosystem Governance: Scale, Complexity, and Dynamism*, 21 *Virginia Environmental Law Journal* 189 (2002), il quale descrive il modello emergente di «governo collaborativo dell'ecosistema», che enfatizza la definizione di soluzioni ecologiche locali attraverso l'ampia cooperazione pubblico-privato, il coordinamento e la condivisione delle informazioni); si v. anche A.C. LIN, *Participants' Experiences with Habitat Conservation Plans and Suggestions for Streamlining the Process*, 23 *Ecology Law Quarterly* 369, 379 e nt. 49 (che riassume il processo di negoziazione in base all'*Endangered Species Act*).

⁽⁴⁹⁾ Si v., in generale, M.C. DORF - C.F. SABEL, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, 98 *Columbia Law Review* 267, 283 (1998), che propone lo «sperimen-

aperto di coordinamento», è ampiamente utilizzato per attuare programmi di regolazione dei servizi sociali negli stati membri ⁽⁵⁰⁾. Varie ragioni sembrano indurre le agenzie ad adottare queste strategie per perseguire i propri compiti: eliminare i costi di transazione di processi più formali, assicurarsi la cooperazione di categorie di interessati che possano sostenere l'attività dell'agenzia o trattenersi dall'ostacolarla, assicurare la loro partecipazione a una più efficace attuazione delle sue scelte. I privati interessati hanno a loro volta numerosi incentivi a partecipare. I reciproci vantaggi delle parti e i mezzi attraverso i quali i diversi meccanismi istituzionali li coinvolgono sono importanti argomenti da studiare.

Alcuni metodi di regolazione a rete si allontanano ulteriormente dal modello imperativo, eliminando il coinvolgimento diretto delle agenzie per ricorrere a strategie di «governo a distanza». Attraverso queste strategie, le agenzie creano strutture o incentivi per risolvere i problemi in ambito privato. Gli esempi includono approcci basati sull'informazione, come l'inventario delle emissioni tossiche (Tri) dell'Epa, che richiede ai titolari di impianti che emettono sostanze tossiche nell'aria di controllarle e fornire informazioni, che poi vengono pubblicate ⁽⁵¹⁾. Il programma Tri ha prodotto una drastica riduzione di simili emissioni, a causa della pressione informale che la pubblicazione di quelle informazioni ha generato sulle imprese ⁽⁵²⁾. Gli approcci basati sull'informazione sono stati utilizzati anche per perseguire

talismo democratico» come modello di governo «rispondente alle condizioni della vita moderna».

⁽⁵⁰⁾ J. COEN - C.F. SABEL, *Sovereignty and Solidarity: EU and US*, in *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*, a cura di Jonathan Zeitlin - David Trubeck, in corso di pubblicazione nel 2003, 691, 694-95, disponibile all'indirizzo http://web.mit.edu/polisci/research/cohen/sovereignty_and_solidarity_EU_and_US.pdf. Per una descrizione del metodo aperto di coordinamento, si v. C. DE LA PORTE - P. POCHET, *Introduction*, in *Building Social Europe Through the Open Method of Co-ordination*, a cura di C. DE LA PORTE - P. POCHET, 2002, 11, 3-16. Per una valutazione del funzionamento del metodo aperto di coordinamento nella politica dell'impiego, si v. C. BARNARD - S. DEAKIN, "Negative" and "Positive" Harmonization of Labor Law in the European Union, 8 *Columbia Journal of European Law* 389, 411-12 (2002); D.M. TRUBEK e J. MOSHER, *New Governance, EU Employment Policy, and the European Social Model*, in *Governing Work*, cit., 95, disponibile all'indirizzo <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/011501.html>.

⁽⁵¹⁾ R.B. STEWART, *A New Generation*, cit., 138-39.

⁽⁵²⁾ Si v. B.C. KARKKAINEN, *Information as Environmental Regulation: TRI and Performance Benchmarking, Precursor to a New Paradigm?*, 89 *Georgetown Law*

obiettivi di tutela della salute ⁽⁵³⁾. Altri esempi includono l'incoraggiamento, da parte del governo, della gestione collettiva di politiche dell'ambiente e dei sistemi di controllo, per elevare il livello di tutela dell'ambiente ⁽⁵⁴⁾, e i programmi di collaborazione volontaria dell'Epa e del Dipartimento dell'energia con le imprese, per ridurre l'uso di energia e le emissioni di biossido di carbonio ⁽⁵⁵⁾. Con questi metodi, che sono stati definiti «diritto riflessivo», il governo sviluppa sistemi e canali di comunicazione per promuovere misure di autoregolazione da parte di soggetti non governativi ⁽⁵⁶⁾. L'autoregolazione delle imprese sotto il controllo delle agenzie, in campi come il risparmio, la radio-diffusione e la cinematografia fornisce un'altra variante di questa strategia.

Del tutto diverso è un secondo rimedio, che si va profilando, all'affanno della regolazione: l'uso di sistemi di incentivi economici. Gli esempi includono permessi di inquinare commerciabili e tasse ambientali, imposizione di oneri di impatto infrastrutturale e ambientale sulle imprese di sviluppo ed esperimenti con incentivi economici per chi presta cure mediche. Piuttosto che dettare la condotta da tenere, questi metodi utilizzano i prezzi — per esempio, una tassa su ogni unità di inquinante emesso — per orientare la condotta verso la direzione desiderata, lasciando agli attori regolati la possibilità di scegliere il metodo meno costoso per farlo. Tassare l'inquinamento fornisce al settore privato anche un potente stimolo per innovare nella

Journal 257, 259-63 (2001), che nota il successo del Tri nel consentire alle imprese di valutare, controllare e migliorare la tutela dell'ambiente.

⁽⁵³⁾ Si v., in generale, W.M. SAGE, *Regulating Through Information: Disclosure Laws and American Health Care*, 99 *Columbia Law Review* 1701 (1999), che analizza le leggi che impongono alle imprese di fornire informazioni in materia di tutela della salute.

⁽⁵⁴⁾ R.B. STEWART, *A New Generation*, cit., 134-36 e 143-45.

⁽⁵⁵⁾ Si v. A.S. MILLER, *Energy Policy from Nixon to Clinton: From Grand Provider to Market Facilitator*, 25 *environmental Law* 715, 728, nt. 111 (1995), che illustra i programmi *Climate Challenge* del Dipartimento dell'energia e i programmi *Energy Star* e *Green Lights* dell'Epa.

⁽⁵⁶⁾ R.B. STEWART, *A New Generation*, cit., 127-34. Si v., in generale, E.W. ORTS, *Reflexive Environmental Law*, 89 *Northwestern University Law Review* 1227, 1232 (1995) («il diritto ambientale riflessivo mira a stabilire processi di autoriflessione nelle imprese per incoraggiare uno sforzo continuo volto a minimizzare i danni all'ambiente»); G. TEUBNER, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, 17 *Law and Society Review* 239 (1983), che confronta il diritto riflessivo con altre teorie evoluzioniste del diritto.

ricerca e nell'adozione di pratiche industriali meno inquinanti ⁽⁵⁷⁾. Gli incentivi economici sono il passo logicamente successivo all'attuale processo incentrato sull'Omb. Piuttosto che utilizzare gli strumenti economici per imporre regole ai regolatori imperativi, si elimina la regolazione imperativa e si utilizzano gli strumenti economici per ricostituire il mercato stesso a fini regolatori ⁽⁵⁸⁾. Non bisogna equivocare: non è un *laissez-faire* deregolatorio. Perché il sistema funzioni, occorre un'intensa attività di controllo e sanzione, volta a prevenire le frodi. Per esempio, la disciplina dei permessi di inquinare, adeguatamente predisposta e applicata, ha consentito un'enorme riduzione dell'inquinamento atmosferico e allo stesso tempo drastici risparmi — fino al cinquanta per cento e oltre — rispetto alle tradizionali tecniche imperative ⁽⁵⁹⁾.

Per essere ampiamente accettati, i nuovi metodi di regolazione devono fornire risultati migliori. Per essi si pongono, inoltre, problemi giuridici di responsabilità e problemi politici di legittimazione. La strategia a rete offusca deliberatamente la tradizionale distinzione tra pubblico e privato, a favore di una fusione cooperativa ⁽⁶⁰⁾. Il presupposto è che i problemi regolatori, che attraversano sempre più spesso i confini delle sfere di attribuzione, richiedono competenze specifiche. I partecipanti alla rete formano una comunità di conoscenza ed esperienza specialistica in ordine a un determinato problema di regolazione, anche se rappresentano diversi interessi pubblici, sociali ed economici e diverse visioni dello stesso problema ⁽⁶¹⁾. Questi caratteri possono, in una certa misura, giustificare le scelte regolatorie. I metodi di regolazione basati sulle reti, comunque, restringono deliberatamente il ruolo della produzione formale del diritto e dell'attuazione

⁽⁵⁷⁾ Si v., in generale, R.B. STEWART, *Economic Incentives for Environmental Protection: Opportunities and Obstacles*, in *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development: the United States, the European Union and the International Community*, a cura di R. Revesz - P. Sands - R.B. Stewart, 2000, 171, dove si analizza l'uso dei sistemi di incentivi economici nei contesti nazionale e internazionale.

⁽⁵⁸⁾ R.B. STEWART, *Reconstitutive Law*, cit., 88-89.

⁽⁵⁹⁾ R.B. STEWART, *Economic Incentives for Environmental Protection*, cit., 180-84 e 212-14.

⁽⁶⁰⁾ A.C. AMAN, Jr., *The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law: From Government to Governance*, 8 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 379, 399 (2001): «con un approccio trasformativo al diritto amministrativo, la linea tra pubblico e privato è quanto mai offuscata».

⁽⁶¹⁾ Si v. M.C. DORF - C.F. SABEL, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, cit., 314-23, sulla descrizione del modello dello «sperimentalismo democratico».

attraverso atti giuridici, che sono il centro del diritto amministrativo che conosciamo. Nelle versioni del diritto riflessivo, il governo quasi scompare, come lo Stregatto. Se importanti decisioni sono trasferite a processi informali che coinvolgono attori non governativi, come può il diritto impedire abusi faziosi di potere, frenare la tirannia della competenza specialistica e assicurare risultati benefici per il pubblico, compresa la giustizia distributiva?

La rete non è un soggetto legalmente responsabile. In alcuni casi, il suo funzionamento può dare luogo a soluzioni formali che coinvolgono autorità amministrative, come intese, autorizzazioni per i soggetti regolati e anche regolazioni formali. Questi sono soggetti al controllo giurisdizionale per eccesso di potere (manifesta violazione dei limiti legislativi o costituzionali). Comunque, molte autorità pubbliche partecipanti, di diversi livelli di governo, possono essere soggette al controllo di diversi giudici. La funzione negativa del diritto amministrativo, di controllo dell'esercizio del potere, può essere mantenuta con successo, ma è difficile immaginare come il modello della rappresentanza di interessi, che si basa su procedimenti giuridici formali per la formazione delle decisioni, possa essere applicato con successo al diritto prodotto dai sistemi a rete. Anche l'assoggettamento dei processi decisionali a rete a un sistema di controllo dell'analisi della regolazione, sul modello Omb, è alquanto problematico.

I sostenitori del metodo della rete argomentano che i sistemi trasparenti di informazione e scambio offrono garanzie e permettono il controllo dei programmi ⁽⁶²⁾. Questa strategia deve ancora essere chiarita. Il governo federale dovrà assumere un ruolo forte nella specificazione dei parametri e assicurare un accurato controllo e diffusione dei risultati della regolazione, per accrescere la visibilità politica e la trasparenza del metodo di regolazione ⁽⁶³⁾. Possono esserci,

⁽⁶²⁾ Si v. A.C. AMAN, JR., *The Limits of Globalization*, cit., 396 («Un approccio al diritto amministrativo incentrato sugli scambi tra attori interni ed esterni e sull'associazione pubblico-privato dovrebbe concentrarsi sul bisogno di trasparenza e partecipazione»); si v. anche A.C. AMAN, JR., *Proposals for Reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy and the Furtherance of a Global Public Interest*, 6 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 397, 415-417 (che propone di applicare le disposizioni dell'*Administrative Procedure Act* e del *Freedom of Information Act* ai soggetti privati che agiscano per conto dei soggetti pubblici).

⁽⁶³⁾ Si v. M.C. DORF - C.F. SABEL, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, cit., 345-48, che sottolineano l'importanza delle autorità amministrative nella fissazione dei parametri.

comunque, significativi compromessi tra efficienza e trasparenza, in questa come in altre applicazioni del diritto amministrativo.

Anche i sistemi di incentivi economici riducono la portata del diritto amministrativo, delegando agli attori del mercato l'attuazione, sulla base di indicazioni di prezzo, delle decisioni attualmente prese da agenzie governative attraverso processi, più o meno formali, soggetti al controllo giurisdizionale. Di conseguenza, coloro che sono danneggiati dalle scelte di attuazione degli attori privati — relative, per esempio, al livello degli scarichi inquinanti nei vari siti — possono avere rimedi limitati, rivolti al disegno complessivo del sistema piuttosto che a specifici risultati regolatori. Può esservi, quindi, la difficoltà di assicurare l'equità regolatoria a livello individuale o applicativo ⁽⁶⁴⁾. A differenza delle strategie a rete, peraltro, i sistemi di incentivi economici conservano una netta distinzione tra governanti e governati, quindi imputano chiaramente le responsabilità ⁽⁶⁵⁾. Le decisioni delle agenzie relative agli obiettivi e alla struttura dei sistemi di incentivi, inoltre, sono regolarmente soggette alle procedure di *rulemaking* e al controllo giurisdizionale. Riducendo notevolmente le decisioni che le autorità amministrative devono prendere, poi, i sistemi di incentivi economici possono favorire la responsabilità politica ⁽⁶⁶⁾. Per esempio, con i permessi di inquinare commerciabili e i sistemi di tasse ambientali le decisioni amministrative riguardano il livello totale di incentivi — per esempio, il livello totale di emissioni permesse in base a un

⁽⁶⁴⁾ Si v. E. REHBINDER, *Market-Based Incentives for Environmental Protection*, in *Environmental Law*, cit., 245, 248-49, a sostegno del controllo giurisdizionale su particolari effetti degli ampi sistemi di incentivi economici.

⁽⁶⁵⁾ Si v. A.C. AMAN, Jr., *The Limits of Globalization*, cit., 379-80, che osserva che lo spostamento dall'approccio centralizzato di *command-and-control* a forme di regolazione di mercato ha prodotto non solo sistemi di incentivi economici ma anche associazioni pubblico-privato. Aman, peraltro, nota che le forme di regolazione di mercato sono diventate più comuni, «ma non a causa dell'astratta decisione di cedere potere al settore privato, come se ci fosse un gioco a somma zero tra 'il pubblico' e 'il privato'. Piuttosto, il ruolo del mercato e degli attori privati è cresciuto perché essi possono affrontare i problemi senza le limitazioni imposte loro da arbitrari confini territoriali» (p. 391).

⁽⁶⁶⁾ Si v. B.A. ACKERMAN - R.B. STEWART, *Reforming Environmental Law*, 37 *Stanford Law Review* 1333, 1356-57 (1985), per la tesi che le decisioni delle agenzie sugli incentivi appropriati genererebbero un dibattito pubblico sui dilemmi dell'ambiente e sulla politica del Congresso. Per una critica di questa affermazione, si v. L. HEINZERLING, *Selling Pollution, Forcing Democracy*, 14 *Stanford Environmental Law Journal* 300, 311-18 (1995).

sistema di permessi individuali commerciabili — piuttosto che una miriade di dettagli applicativi, che sono definiti dalle imprese.

2.3. Sulla base di questi sviluppi, quali conclusioni provvisorie si possono trarre in ordine al diritto amministrativo dei prossimi decenni?

1) Il diritto amministrativo continuerà a essere, allo stesso tempo, evolutivo e fortemente conservativo. Le varie forme e i rimedi esistenti saranno conservati (anche se la loro applicazione potrà cambiare) nonostante lo sviluppo e l'aggiunta dei nuovi. Il sistema di analisi e controllo della regolazione incentrato sull'ufficio del Presidente sarà rafforzato, come suggerito dal giudice Breyer e da altri, per includervi componenti sia scientifiche e tecnologiche sia economiche, per prevedere una più esplicita definizione delle priorità e per conferirgli la capacità di predisporre e valutare nuovi metodi di regolazione ⁽⁶⁷⁾.

2) Continueranno a esservi forti incentivi a limitare l'uso del metodo di regolazione *command-and-control*. I costi eccessivi della regolazione e altri deterrenti all'investimento genereranno preoccupazioni crescenti in un'economia globale sempre più strettamente integrata. A livello federale, ci sarà un uso sempre più frequente di incentivi economici e metodi a rete, anche se la regolazione imperativa continuerà a giocare un ruolo primario.

3) Tra i nuovi metodi di regolazione, esprimo una preferenza per i sistemi di incentivi economici rispetto alle strategie a rete, perché mi sembrano più efficienti ed efficaci e perché imputano chiaramente le responsabilità giuridiche e politiche alle autorità pubbliche. Tuttavia, ci sarà anche un forte bisogno di nuove soluzioni regolatorie che coinvolgano diversi uffici pubblici e colleghino il settore pubblico, quello dell'impresa e quello *nonprofit*.

4) Il diritto amministrativo svilupperà nuove forme per affrontare le particolari questioni poste dai nuovi metodi di regolazione basati sulle reti e sugli incentivi economici. I modelli esistenti di diritto amministrativo si sono sviluppati prevalentemente in risposta a un singolo metodo di regolazione, quello imperativo. L'adozione di me-

⁽⁶⁷⁾ Si v. S.G. BREYER, *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*, 1993; si v. anche E.W. WARREN e G.E. MARCHANT, «More Good than Harm»: *A First Principle for Environmental Agencies and Reviewing Courts*, 20 *Ecology Law Quarterly* 379, 438-39, che discutono una migliore e più ampia supervisione della regolazione da parte dell'esecutivo.

todi di regolazione totalmente diversi indurrà e richiederà di sviluppare nuovi approcci al diritto amministrativo. I procedimenti giuridici formali, rafforzati dal controllo giurisdizionale, saranno volti alla tutela dei diritti individuali nei confronti delle applicazioni concrete del potere di regolazione, ma potrebbe esservi un nuovo spazio per il diritto della responsabilità civile. Il lato positivo del diritto amministrativo, relativo alle regole di formazione delle scelte normative discrezionali, si baserà in modo crescente su meccanismi non giurisdizionali e, quindi, continuerà ad avere un limitato impatto giurisdizionale.

5) Sarà di grande importanza assicurare che, per quanto possibile, i nuovi metodi di regolazione promuovano la responsabilità finale degli organi politici, piuttosto che indebolirla. Le strategie del diritto amministrativo, come la rappresentanza degli interessi e la gestione analitica, devono in definitiva sostenere ed essere sostenute dal primato della responsabilità degli eletti. In un sistema democratico rappresentativo, queste strategie non possono essere totalmente autolegittimate.

6) Un profilo ulteriore è l'importanza dello studio dei cambiamenti e dell'evoluzione del diritto. I percorsi evolutivi delle tecniche di regolazione e dei modelli di diritto amministrativo, che sono stati descritti, sono stati prodotti dal bisogno di adattamento al mutamento delle condizioni economiche e politiche esterne, ma anche da fattori interni alla cultura del diritto e della regolazione e alla loro interazione. I problemi di regolazione degli Stati Uniti e dell'Unione Europea sono per molti aspetti simili, ma per affrontarli i due sistemi stanno sviluppando tecniche regolatorie diverse e meccanismi di governo e responsabilità del tutto differenti. Questi aspetti meritano di essere studiati non solo per una migliore comprensione dei caratteri e del ruolo del diritto nelle società industriali avanzate, ma anche per identificare gli strumenti più fruttuosi ed efficaci attraverso i quali una determinata società può affrontare le sfide regolatorie emergenti.

3. L'evoluzione futura del diritto amministrativo negli Stati Uniti dovrà anche fare i conti con gli aspetti internazionali della regolazione: argomento, questo, che assumerà un grande rilievo nei prossimi decenni. In questa sede, posso solo indicare alcune questioni cruciali e alcuni possibili collegamenti.

Alcuni dei (ma non tutti i) problemi generati dall'integrazione economica globale e dallo sviluppo eccedono le capacità di regolazione

interne. Gli esempi vanno dal cambiamento del clima alla regolazione del commercio, alla proprietà intellettuale. Per affrontare questi problemi, emergono vari meccanismi internazionali di regolazione ai livelli bilaterale, regionale e globale. Ne esistono due forme principali: meccanismi orizzontali e verticali.

I meccanismi orizzontali implicano la cooperazione informale tra gli organi di regolazione nazionale per coordinare le decisioni e le pratiche attuative in settori come la concorrenza, le telecomunicazioni, la chimica e la sicurezza nei trasporti. Questo coordinamento aiuta a ridurre le barriere al commercio e agli scambi, create da regolazioni nazionali divergenti, e ad affrontare i problemi di regolazione transnazionali che eccedono le capacità puramente domestiche ⁽⁶⁸⁾. Per esempio, i regolatori nazionali possono accordarsi per accettare reciprocamente, come equivalenti, le rispettive norme di fabbricazione o per condividere informazioni e coordinare le misure di tutela della concorrenza in ordine alle pratiche di imprese multinazionali.

I meccanismi verticali consistono in sistemi previsti da trattati che pongono norme internazionali sulla regolazione e istituiscono organizzazioni internazionali per assicurare la loro attuazione attraverso misure interne. Gli esempi includono organizzazioni del commercio come il Nafta e l'Omc e simili organizzazioni in materia di ambiente come il Protocollo di Montreal (che regola le sostanze chimiche che consumano l'ozono della stratosfera) e il Protocollo di Kyoto (che regola le emissioni di gas a effetto serra) ⁽⁶⁹⁾.

Altri tipi di meccanismo sono in via di emersione. Il Vertice mondiale sullo sviluppo sostenibile di Johannesburg ha prodotto una serie di meccanismi associativi tra governi nazionali, imprese multina-

⁽⁶⁸⁾ Per un'introduzione al concetto di reti orizzontali, si v., in generale, A.-M. SLAUGHTER, *The Accountability of Government Networks*, 8 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 347 (2001), che descrive le reti di regolazione transgovernative e i problemi di responsabilità; si v. anche P.M. HAAS, *Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination*, 46 *International Organization* 1 (1992), che esplora gli effetti del coordinamento internazionale delle decisioni sui processi decisionali.

⁽⁶⁹⁾ Si v. il *Protocollo di Montreal sulle sostanze che impoveriscono lo strato di ozono*, 16 settembre 1987, art. 2, 26 *International Legal Materials* 1550 (entrato in vigore il 1° gennaio 1989); e il *Protocollo di Kyoto della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici*, Conferenza delle Parti, Terza sessione, Punto 5 dell'ordine del giorno, Doc. N.U. n. FCCC/CP/1997/L.7/Add.1 (1997), 37 *International Legal Materials* 32 (1998), disponibile all'indirizzo <http://unfccc.int/resource/docs/cop3/107a01.pdf>.

zionali, organizzazioni ambientali di consumatori, lavoratori e paesi in via di sviluppo e altre organizzazioni non governative (Ong) per conseguire obiettivi di regolazione internazionale e sviluppo; in alcuni casi, questi meccanismi coinvolgono anche organizzazioni internazionali. Essi presentano una certa somiglianza con alcuni dei metodi di regolazione a rete esaminati con riferimento al contesto nazionale. I sistemi internazionali di emissioni commerciabili di gas a effetto serra autorizzate dal Protocollo di Kyoto rappresentano un'applicazione internazionale di grande importanza dei sistemi di incentivo economico per affrontare il cambiamento del clima.

Con meccanismi di questo tipo, le scelte e le regole della regolazione, applicate all'interno degli Stati Uniti e degli altri paesi, sono definite sempre più spesso attraverso processi extranazionali, non direttamente soggetti al diritto amministrativo interno ⁽⁷⁰⁾. Per esempio, una rete orizzontale di organi nazionali di regolazione del traffico aereo o delle telecomunicazioni può accordarsi informalmente su scelte comuni di regolazione che sono successivamente attuate internamente dai regolatori statunitensi attraverso la definizione di norme o l'adozione di provvedimenti applicativi. Questi atti interni di attuazione sono soggetti ai procedimenti e al controllo giurisdizionale statunitensi, ma le scelte sottostanti sono state adottate attraverso processi extranazionali che non lo sono. Inoltre, in alcuni casi gli atti interni formali possono mancare del tutto e aversi solo esercizio di discrezionalità amministrativa; per esempio, una decisione di non applicare le regole statunitensi ai prodotti importati per via di un precedente accordo informale sull'equivalenza funzionale o sul mutuo riconoscimento delle regole di produzione.

L'uscita dal gioco del diritto amministrativo interno è più evidente nel caso di sistemi previsti da trattati, in base ai quali le misure di regolazione interne possono essere ritenute contrarie al diritto internazionale. Un esempio ampiamente pubblicizzato è la decisione dell'Organo di appello dell'Omc secondo la quale le leggi statunitensi, che vietano l'importazione di tonno pescato in violazione delle norme

⁽⁷⁰⁾ Si v. E.D. KINNEY, *The Emerging Field of International Administrative Law: Its Content and Potential*, 54 *Administrative Law Review* 415, 425-32 (2002), che descrive i problemi che si pongono quando i governi locali e nazionali cedono potere a organismi di regolazione internazionali.

statunitensi poste a tutela dei delfini, erano contrarie alle discipline di libero scambio dell'Omc ⁽⁷¹⁾.

Le associazioni ambientaliste e le altre Ong, negli Stati Uniti e all'estero, hanno duramente criticato questa e altre decisioni dei tribunali dell'Omc e del Nafta, del Fmi, della Banca mondiale e di altri organismi internazionali in una sostanziale replica degli attacchi di Ralph Nader degli anni Sessanta contro le agenzie di regolazione statunitensi. In effetti, Nader c'è ancora e formula contro l'Omc sostanzialmente le stesse critiche che egli lanciava contro la Federal Trade Commission trentacinque anni fa ⁽⁷²⁾. I critici hanno contestato la delega di ingenti poteri a organismi di esperti, di affermata imparzialità, senza adeguati meccanismi di responsabilità giuridica o democratica; hanno affermato che le loro decisioni si formano attraverso un opaco processo interno, che sistematicamente favorisce l'interesse al profitto delle società, a scapito di altri interessi sociali ⁽⁷³⁾.

Quanto è realistico e desiderabile sviluppare un diritto amministrativo per questi nuovi meccanismi, che possa svolgere sia la funzione negativa (di controllo del potere) sia quella positiva (di indirizzo del potere) che il diritto amministrativo svolge in ambito domestico? Possiamo, allo stesso tempo, estendere il diritto amministrativo interno agli aspetti extranazionali della regolazione e cominciare a gettare le fondamenta di un nuovo diritto amministrativo internazionale. Ciascuna di queste due tecniche può sostenere e rafforzare l'altra.

La prima strada potrebbe essere percorsa, per esempio, dai giudici statunitensi, in presenza di decisioni delle agenzie interne che recepiscano scelte adottate da reti transnazionali di regolazione, se essi imponessero ai regolatori statunitensi di procedere con il *notice and comment* prima di intraprendere discussioni e negoziati internazionali. Quando una decisione interna è il risultato di simili discussioni, alle agenzie statunitensi potrebbe essere imposto di includere nella comunicazione del regolamento proposto un riassunto delle considerazioni e delle discussioni dell'organizzazione a rete. La comunicazione e la

⁽⁷¹⁾ *Gatt Panel Report on the United States-Restrictions on Imports of Tuna*, Doc. Gatt n. DS21/R, disponibile in 1991 *Westlaw database* 771248.

⁽⁷²⁾ Si v. R. NADER, *Introduction*, in L. WALLACH - M. SFORZA, *The WTO: Five Years of Reasons to Resist Corporate Globalization*, 1999, 6, 6, il quale insiste sull'Omc e sul Nafta come espressioni di un «sistema non responsabile di governo transnazionale progettato per aumentare il profitto delle società».

⁽⁷³⁾ Si v. R. NADER, *Introduction*, cit., 10.

possibilità di proporre commenti dovrebbero essere previsti anche per le scelte di attuazione basate sul mutuo riconoscimento e su approcci simili. Gli altri stati partecipanti potrebbero a loro volta imporre condizioni simili, che potrebbero fondersi e far maturare di fatto un diritto amministrativo transnazionale.

Un simile percorso *bottom-up* di sviluppo giuridico potrebbe essere adottato in ordine alle decisioni di sistemi e organizzazioni previsti da trattati. Per esempio, i giudici interni alle parti del trattato potrebbero disconoscere gli effetti delle decisioni di organizzazioni internazionali che non rispettino principi fondamentali di trasparenza, possibilità di partecipazione degli interessati e ragionevolezza ⁽⁷⁴⁾. In alternativa, con un approccio *top-down*, un sistema previsto da un trattato potrebbe adottare simili procedure per l'adozione delle proprie decisioni. In questo contesto, ancora più che in quello interno, occorre liberarsi della concezione processuale del diritto amministrativo. Le Ong spesso sostengono la piena trasposizione del modello della rappresentanza degli interessi, sul modello statunitense. La pratica internazionale, tuttavia, ha già iniziato a generare vari approcci differenti, compresi: l'*Inspection panel* della Banca mondiale ⁽⁷⁵⁾; le procedure per la cooperazione ambientale del Nafta ⁽⁷⁶⁾; il processo dell'Unione europea basato sui comitati, volto a coinvolgere nell'attuazione della normativa comunitaria gli stati membri, i rappresentanti

⁽⁷⁴⁾ Per una riconcettualizzazione del diritto amministrativo nel contesto globale, che enfatizza la trasparenza e l'estensione dei valori del diritto pubblico, si v. A.C. AMAN, Jr., *The Limits of Globalization*, cit.

⁽⁷⁵⁾ Si v., in generale, D.D. BRADLOW, *International Organizations and Private Complaints: The Case of the World Bank Inspection Panel*, 34 *Virginia Journal of International Law* 553, 555 (1994): «La creazione del Panel da parte della Banca potrebbe espandere la portata del diritto amministrativo internazionale, fino a includervi la risoluzione delle dispute tra le organizzazioni internazionali e le parti private relative al rispetto, da parte dell'organizzazione internazionale, delle regole e procedure relative al proprio funzionamento».

⁽⁷⁶⁾ Si v., in generale, G. DALE, *Nafta: Commission for Environmental Cooperation*, 1996 *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 26, che descrive la struttura e il procedimento della Cec; S. RICHARDSON, *Sovereignty, Trade, and the Environment. The North American Agreement on Environmental Cooperation*, 24 *Canada-United States Law Journal* 183 (1998), che analizza gli effetti della Cec sulla responsabilità, sulla trasparenza e sul consenso tra gli stati membri; S.R. MILLER, *Comment, Nafta: A Model for Reconciling the Conflict Between Free Trade and International Environmental Protection*, 56 *University of Pittsburgh Law Review* 483, 509-22 (1994), che fornisce una visione d'insieme delle previsioni Nafta in materia di ambiente.

delle organizzazioni degli interessati e gli esperti ⁽⁷⁷⁾; il coinvolgimento di osservatori delle Ong nel processo decisionale del *Codex Alimentarius* sulle regole di sicurezza alimentare e in base alla Convenzione sul commercio delle specie minacciate di estinzione ⁽⁷⁸⁾.

Molti critici degli attuali meccanismi chiedono più democrazia nella *governance* internazionale. In un mondo nel quale le concezioni della legittimazione politica ruotano ancora intorno allo stato-nazione, una concezione convincente di cosa potrebbe essere una *governance* globale democratica — più che di come ottenerla — deve ancora essere sviluppata. Da studioso di diritto amministrativo, ho istinti più modesti. L'esperienza interna delle democrazie con economie avanzate, i meccanismi dell'Ue per il controllo della regolazione e le pratiche internazionali emergenti suggeriscono una varietà di tecniche attraverso le quali cominciare a perseguire gli obiettivi di fondo del diritto amministrativo — procedimenti di decisione giusti, trasparenti e responsabili — mentre aspettiamo la democrazia. Le pressioni per sviluppare e adottare simili tecniche sono crescenti. Le critiche verso i

⁽⁷⁷⁾ Si v., in generale, *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, a cura di C. Joerges - E. Vos, 1999, per una visione d'insieme del sistema di comitati dell'Ue; M. EGAN - D. WOLF, *Regulation and Comitology: The EC Committee System in Regulatory Perspective*, 4 *Columbia Journal of European Law* 499 (1988), che descrive gli effetti delle procedure dei comitati sul sistema di regolazione comunitario.

⁽⁷⁸⁾ Per discussioni relative ai diritti degli osservatori delle organizzazioni non governative (Ngo) nelle riunioni del *Codex Alimentarius*, si v. R.F. HOUSMAN, *Democratizing International Trade Decision-Making*, 27 *Cornell International Law Journal* 699, 718-20 (1994); L.M. WALLACH, *Accountable Governance in the Era of Globalization: The WTO, NAFTA, and International Harmonization of Standards*, 50 *University of Kansas Law Review* 823, 836-38 (2002); L. ROSMAN (nota), *Public Participation in International Pesticide Regulation: When the Codex Commission Decides, Who Will Listen?*, 12 *Virginia Environmental Law Journal* 329 (1993). Per discussioni relative agli osservatori delle Ong e ai diritti di partecipazione nel contesto di altri trattati e organizzazioni internazionali, si v. K. ROGERS - J.A. MOORE, *Revitalizing the Convention on Nature Protection and Wild Life Preservation in the Western Hemisphere: Might Awakening a Visionary but "Sleeping" Treaty Be the Key to Preserving Biodiversity and Threatened Natural Areas in the Americas?*, 36 *Harvard International Law Journal*, 465, 502-05 (1995), che descrive l'importanza crescente delle Ong nel diritto internazionale dell'ambiente; K. RAUSTIALA, (nota) *The "Participatory revolution" in International Environmental Law*, 21 *Harvard Environmental Law Review* 537, 547-48 (1997), che commenta l'ampia partecipazione delle Ong nella Convenzione sul commercio internazionale delle specie minacciate di estinzione; D. VICE, (nota) *Implementation of Biodiversity Treaties: Monitoring, Fact-finding, and Dispute Resolution*, 29 *New York University Journal of International Law and Policy* 577, 616-19 (1997), di analogo contenuto.

procedimenti decisionali delle organizzazioni che regolano la finanza e il commercio internazionali sono sempre più forti. È difficile aspettarsi che i giudici, negli Stati Uniti e altrove, assistano pigramente al superamento di leggi interne, adottate attraverso quei procedimenti, da parte di decisioni internazionali adottate senza di essi.

Nel contesto internazionale, la sfida posta al diritto amministrativo dal controllo della regolazione è molto più grande che nel contesto interno. All'interno, le agenzie di regolazione stanno generalmente a una certa distanza dai parlamenti elettivi. Come si è visto, una questione centrale per il diritto amministrativo è di fondare l'esercizio del potere amministrativo su un governo che abbia una base elettorale rappresentativa. Le reti e le organizzazioni di regolazione internazionale stanno a una distanza ancora maggiore e coinvolgono molti stati e attori non statali. Per molti sostenitori della globalizzazione, questi fattori impongono lo sviluppo di un sistema di *governance* separato e interamente sopranazionale, basato sul modello della rappresentanza degli interessi, per conformare, disciplinare, responsabilizzare e legittimare le decisioni internazionali regolatorie e finanziarie. Le organizzazioni transnazionali di pubblico interesse, le imprese multinazionali e altri attori della società civile svolgerebbero un ruolo primario in questi meccanismi. Si afferma anche che questi contribuirebbero a riempire l'enorme *deficit* democratico delle attuali organizzazioni internazionali ⁽⁷⁹⁾.

Io credo che occorra tenere un sano scetticismo nei confronti di queste proposte e, in particolare, resistere alla tentazione di identificare il governo democratico con meccanismi di governo basati sulla rappresentanza di interessi organizzati. Occorre anche considerare il rischio che attribuire un ruolo troppo importante alle organizzazioni di interessi comprometta la capacità dei sistemi internazionali di svolgere le loro funzioni primarie con successo. Qui si presenta ancora una volta la tensione tra responsabilità ed efficienza. Negli ultimi cinquanta anni, la liberalizzazione del commercio internazionale ha portato enormi benefici economici, anche ai paesi in via di sviluppo. Questi benefici si sarebbero avuti con un regime internazionale governato dagli interessi,

⁽⁷⁹⁾ A.C. AMAN Jr., *Privatization and the Democracy Problem in Globalization: Making Markets More Accountable Through Administrative Law*, 28 *Fordham Urban Law Journal*, 1477, 1479 e 1505-06 (2001), che afferma che il *deficit* democratico della globalizzazione può essere compensato collegando i mercati interni alle reti di interessi globali.

che inevitabilmente si sarebbe preoccupato della divisione della torta economica, piuttosto che della sua espansione?

Né le reti di interessi organizzati né la specializzazione manageriale possono sostituire le forme di governo democratico basato sulla legittimazione elettorale. Non si tratta semplicemente o principalmente di custodire la sovranità di stati potenti come gli Stati Uniti. Con tanto parlare di globalizzazione, il benessere degli individui, massimamente nei paesi poveri, dipende in ultima analisi da governi nazionali che funzionino bene. Da questo punto di vista, dobbiamo valutare attentamente le giustificazioni dei sistemi internazionali di regolazione che soppiantino il diritto interno, non adottarli con leggerezza. Lo sviluppo dei profili internazionali del diritto amministrativo deve, per quanto possibile, operare attraverso il diritto amministrativo interno e poggiarsi su di esso, con il fine ultimo di rafforzare, piuttosto che sostituire (e, di conseguenza, potenzialmente indebolire) i sistemi nazionali di decisione e di responsabilità elettorale. Come farlo esattamente, al momento non è chiaro, ma la difficoltà non deve impedire i nostri sforzi. Occorrerà anche considerare le relazioni tra gli aspetti internazionali della regolazione e del diritto amministrativo, da un lato, e i nuovi metodi di regolazione sul fronte domestico, con i nuovi approcci al diritto amministrativo che saranno necessari per affrontarli, dall'altro.

Alla luce dei fenomeni di interazione e interdipendenza globale, questi compiti rappresentano una grande sfida. Ma lo stato-nazione democratico è un grande esperimento che ha solo due secoli di vita; nonostante la globalizzazione, le sue risorse non sono ancora esaurite. Le questioni che ho esposto non sono accademiche: sono già di fronte a noi. Le nostre risposte devono, in gran parte, necessariamente adattarsi, ma la nostra visione no.