

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED ECONOMIA  
XXV CICLO**

**I “CONCETTI GIURIDICI INDETERMINATI”**

**COMPARAZIONE TRA SISTEMI GIURIDICI  
E ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO**

*Riassunto della tesi*

**TUTOR**

Chiar.mo Prof.  
Marcello Clarich

**CANDIDATA**

Maria Tecla Rodi

Lo studio si è posto come obiettivo principale l'analisi del fenomeno dei "concetti giuridici indeterminati" in una prospettiva transordinamentale, al fine di verificare come si atteggi in concreto, in sistemi giuridici diversi da quello italiano, il sindacato del giudice sulle valutazioni dell'amministrazione agganciate a tali concetti, per poi, in seconda battuta, esaminare quali prospettive di indagine possa offrire l'analisi economica del diritto. Ciò anche funzionalmente al rinnovato interesse per il fenomeno, determinato dall'introduzione nel nostro ordinamento dell'azione di adempimento.

Si sono considerate due esperienze giuridiche - quella tedesca e quella statunitense - che sono tradizionalmente associate l'una all'idea di un giudice paladino del controllo pieno e incondizionato dell'amministrazione, l'altra all'idea di un giudice più ossequioso nei confronti dell'amministrazione, tanto da diventare nell'immaginario dottrinale paradigmatiche di modelli di sindacato potenzialmente contrapposti.

Il primo capitolo è dedicato all'esperienza tedesca. Vi si analizzano la genesi e l'evoluzione del dibattito sugli *unbestimmte Rechtsbegriffe*, contestualizzandole nei vari passaggi, con l'obiettivo di evidenziare delle linee di sviluppo, fino ai giorni nostri. Si procede quindi all'esame diretto della giurisprudenza che, in relazione all'applicazione di concetti giuridici indeterminati e in deroga al principio del controllo pieno (la *vollständige tatsächliche und rechtliche Überprüfung*), ha riconosciuto la sussistenza di una riserva a favore dell'amministrazione (*Beurteilungsspielraum*) in diversi gruppi di casi, attraverso l'analisi di una o più sentenze del *Bundesverwaltungsgericht* e del *Bundesverfassungsgericht* rappresentative di ciascun gruppo. In relazione alle diverse fattispecie si propone un confronto "empirico" tra l'attitudine del giudice tedesco e la potenziale attitudine del giudice italiano in circostanze analoghe. L'indagine rivela come il modello di sindacato tedesco sui concetti giuridici indeterminati non possa considerarsi un prototipo monolitico, ma si atteggi diversamente a seconda che si faccia questione di un concetto giuridico indeterminato "puro", di un concetto giuridico indeterminato con spazio di valutazione ovvero di un concetto giuridico indeterminato che venga "assorbito" dalla discrezionalità. Dal confronto concreto con la giurisprudenza del giudice italiano in relazione alle specifiche ipotesi considerate si ricava un

tendenziale allineamento con il giudice tedesco. Si conclude quindi nel senso che in situazioni concrete può assistersi ad una convergenza in punto di contenuti e livelli di tutela, anche ove una considerazione astratta di modelli paradigmatici porterebbe ad escluderne la possibilità.

Il secondo capitolo è dedicato all'esperienza statunitense. Dopo un inquadramento generale degli *standard* di *judicial review*, si analizza la sentenza *Chevron*, il relativo “*two-step test*” e la dottrina che da tale pronuncia è scaturita. Si rileva come l'individuazione dei casi in cui *Chevron* è effettivamente applicabile sia collegata all'espletamento di un ulteriore test (il cosiddetto *step zero*), introdotto e sviluppato in una terna di pronunce che vengono discusse. Tali pronunce circoscrivono l'ambito di applicazione di *Chevron* a determinate tipologie di “interpretazioni” dell'agenzia. L'analisi della giurisprudenza e dei contributi più recenti della letteratura mostra come si possa dubitare che il precedente *Chevron* sia il termine di riferimento corretto per un confronto comparatistico riguardante il sindacato sui concetti giuridici indeterminati, principalmente in quanto le questioni applicative relative a tali concetti sono qualificabili come “*mixed question of law and fact*” e non come “*pure questions of law*”, sole questioni - queste ultime - con riferimento alle quali opererebbe, almeno secondo parte della dottrina, una deferenza alla *Chevron*.

Si procede quindi ad una disamina del problema del sindacato sui *factual findings* dell'amministrazione per considerare più ampiamente quello che viene definito come una sorta di “*step three*”, ovvero il test attraverso il quale si verifica se le determinazioni di un'agenzia siano illegittime in quanto “arbitrarie” o sprovviste di “*substantial evidence*”, con esame della giurisprudenza più rappresentativa. Successivamente viene analizzata la giurisprudenza pre-*Chevron* relativa alle “*mixed question of law and fact*” in quanto funzionale a delineare un “*pattern of judicial review*” che serve quale cornice di riferimento fino a *Chevron* e, secondo parte della dottrina, anche oltre. Ci si interroga infine sulle sorti della distinzione tra “*mixed questions of law and fact*” e “*pure questions of law*” nella giurisprudenza successiva a *Chevron*, concludendo che, in un confronto comparatistico sul problema del sindacato relativo all'applicazione dei concetti giuridici indeterminati, il corretto riferimento statunitense potrebbe non essere *Chevron*, non solo perché non sussiste unanimità tra gli studiosi quanto alla sua concreta portata, ma anche alla luce del

fatto che la linea tra *agency policymaking* e *agency law-finding* è molto sottile e dunque anche negli Stati Uniti quella che appare come una questione di applicazione della legge può in concreto rivelarsi esercizio di un potere discrezionale. Viene infine criticata una tesi recentemente proposta che vorrebbe un'equivalenza funzionale tra il "modello" tedesco e il "modello" statunitense, per concludere che l'incisività del sindacato giudiziale in relazione all'applicazione di concetti giuridici indeterminati negli Stati Uniti è di volta in volta legata al variare di diversi elementi rilevanti, il che rende impossibile individuare un "modello" unitario.

Nel terzo capitolo è proposta una lettura del problema dei concetti giuridici indeterminati in un'ottica di analisi economica del diritto, anche nella sua variante *comparative*. Si rileva come tale disciplina, la cui applicazione al diritto amministrativo è ancora in uno stadio piuttosto embrionale, consenta di valorizzare dei profili di indagine inusitati o comunque non completamente esplorati dalla dogmatica tradizionale. Si individuano quattro chiavi di lettura collegate ad altrettanti percorsi di approfondimento: il tema delle *policy* e *delegation lotteries*; il problema del livello ottimale di dettaglio della norma (*rules vs. standards*); l'indeterminatezza del criterio di sindacato e le cosiddette *deference lotteries*; e infine il problema dell'intensità ottimale del sindacato giudiziale. Si considerano infine l'apporto che l'analisi economica del diritto può dare al diritto amministrativo e le criticità connesse al ricorso a tale disciplina.

Le considerazioni conclusive ripercorrono le problematiche delineate nello svolgimento dello studio e sintetizzano i risultati dell'indagine. Il dato più rappresentativo appare la convergenza degli ordinamenti esaminati verso la necessità di riconoscere, in un numero più o meno ampio di ipotesi, un limite al controllo del giudice sulle valutazioni dell'amministrazione agganciate alla presenza di concetti giuridici indeterminati, controllo che viene circoscritto ad uno *standard* di ragionevolezza. Ciò a prescindere dalla tradizione di diritto amministrativo in cui si collocano, dagli sviluppi storico-costituzionali di riferimento e dall'articolazione del sistema di giustizia amministrativa. Ci si sofferma infine sulle ragioni che possono giustificare tale confluenza.