

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

I “CONCETTI GIURIDICI INDETERMINATI”

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

TUTOR

Chiar.mo Prof.
Marcello Clarich

CANDIDATA

Maria Tecla Rodi

*A Jacopo - il cui arrivo ha
scardinato i miei
programmi di ricerca -
e a tutti quelli che mi
hanno consentito in
qualche modo di
ridisegnarli*

INDICE

Introduzione	6
Capitolo I	
I concetti giuridici indeterminati nel diritto tedesco: evoluzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale e spunti per una comparazione	12
Premessa	12
1. Le origini del dibattito e le caratteristiche strutturali dell'impostazione tedesca	13
2. L'evoluzione del dibattito:	18
2.1 Le teorie del <i>Beurteilungsspielraum</i> e della <i>Vertretbarkeit</i>	18
2.2 La "normative Ermächtigungslehre"	21
2.3 La prospettiva giuridico-funzionale	23
2.4 Teorie unitarie	24
3. Lo stato attuale del dibattito dottrinale tedesco	28
3.1 Attività amministrativa libera e vincolata	28
3.2 I confini della discrezionalità e del relativo sindacato giudiziale	29
3.3 I concetti giuridici indeterminati e il relativo sindacato	31
3.4 Le <i>Koppelungsvorschriften</i>	34
3.5 Il fenomeno della <i>Austauschbarkeit</i> di concetti giuridici indeterminati e attribuzioni di discrezionalità	35
4. Il punto di vista della giurisprudenza	37
4.1 Il sistema di giustizia amministrativo tedesco e le conseguenze del riconoscimento di uno spazio di valutazione	37
4.2 L'evoluzione del dibattito giurisprudenziale e il riconoscimento di un <i>Beurteilungsspielraum</i> nei diversi gruppi di casi	46
4.3 Il riconoscimento di un <i>Beurteilungsspielraum</i> nel cosiddetto <i>Prüfungsrecht</i>	50
4.4 Il riconoscimento di un <i>Beurteilungsspielraum</i> in relazione alle cosiddette <i>beamtenrechtliche Beurteilungen</i>	71

4.5 Valutazioni di collegi a composizione pluralistica o dotati di particolari competenze	77
4.6 Le altre ipotesi di riconoscimento di un <i>Beurteilungsspielraum</i>	91
4.6.1 Decisioni prognostiche	93
4.6.2 Valutazioni prognostiche e di rischio nel diritto dell'ambiente	100
4.6.3 Decisioni legate ad obiettivi e fattori prefissati nei campi della politica amministrativa e della politica economica	108
4.7 Considerazioni sulla giurisprudenza	114
5. Suggestioni tedesche nel dibattito italiano sulla discrezionalità tecnica	116
6. Valutazioni di chiusura in chiave comparatistica	134

Capitolo II

Concetti giuridici indeterminati e sindacato giudiziale negli Stati Uniti **144**

1. <i>Deference, standard</i> e sistema di <i>judicial review</i>	144
2. Il caso <i>Chevron</i> e il “ <i>two-step test</i> ”	150
3. “ <i>Step zero</i> ”: quando si applica <i>Chevron</i> ?	155
4. “ <i>A kind of Step-three</i> ”	161
5. L'apparente tensione tra <i>Chevron</i> e <i>State Farm</i>	172
6. <i>Undefined statutory terms</i> e <i>judicial review</i> , prima e dopo <i>Chevron</i>	174
7. La tesi dell'equivalenza funzionale tra modello tedesco e modello statunitense. Rilievi conclusivi	200

Capitolo III

Concetti giuridici indeterminati, spada dell'amministrazione e bilancia del giudice tra diritto comparato e analisi economica del diritto **204**

1. Riflessioni tra diritto comparato e analisi giuseconomica	204
2. <i>Policy</i> e <i>delegation lotteries</i>	207
3. Livello ottimale di dettaglio della norma: <i>rules vs. standards</i>	210
4. Indeterminatezza del criterio di sindacato e <i>deference lotteries</i>	216

5. Intensità ottimale del sindacato giudiziale	222
6. Quale contributo dell'analisi economica del diritto al diritto amministrativo?	231
Conclusioni	236
1. Contestualizzazione dell'indagine	236
2. Il contenuto e i risultati dell'indagine	239
3. Rilievi conclusivi tra deferenza, titubanza, effettività della tutela ed efficienza	244
Bibliografia	251

INTRODUZIONE

Il fenomeno dell'indeterminatezza della norma giuridica ha conosciuto diversi tentativi di inquadramento nella teoria generale del diritto, nella teoria dell'interpretazione e nella filosofia del linguaggio giuridico¹.

Una parte del dibattito dottrinario è stata dedicata alla ricerca di una definizione della stessa nozione e alla delimitazione dei confini con nozioni contigue quali imprecisione, ambiguità, vaghezza.

Un'altra parte del dibattito è stata concentrata sulla possibilità di riconoscere autonomia alla categoria dei concetti giuridici indeterminati, attraverso l'enucleazione di distinzioni e affinità rispetto a categorie contigue utilizzate nella tecnica normativa, quali le "clausole generali" e le "norme elastiche"².

Nelle diverse riflessioni si parte dal riconoscimento di una qualche misura di indeterminatezza³ "immanente" alla norma giuridica e al discorso giuridico, fino ad arrivare alla valorizzazione della presenza di norme il cui carattere "impreciso" è più o meno consapevolmente voluto dal legislatore quale necessità imprescindibile per consentire l'adattamento nel tempo dell'ordinamento alle mutevoli circostanze.

Il dilagare del ricorso a concetti giuridici indeterminati nella prassi normativa è inestricabilmente connesso all'espansione della tecnica e alla crescente impotenza

¹ Cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990; C. LUZZATI, *Le metafore della vaghezza*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1999*, Torino, 1999, p. 117 ss.; V. VELLUZZI, *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in "Etica e Politica", 1, 2006, p. 1 ss.; L. LOMBARDI VALLAURI, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in "Jus", 1999, p. 25 ss.; I. TRUJILLO, *Pensare e ragionare da giuristi: interpretazione e ragionamento giuridico*, in "Ragion pratica", 1, ² Cfr. in questo senso l'opera di E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003.

³ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 100 ss.: "Non è più quindi un'eresia affermare che esiste una indeterminatezza in via di principio della norma giuridica e del discorso giuridico [...]. Non è un'eresia, altresì, affermare che l'applicazione e l'interpretazione del diritto non sono mai mere 'sussunzioni' incontestabili e a senso necessitato, anche se si tratta pur sempre di attività almeno parzialmente conoscitive, guidate da metodi razionali, e in certa misura razionalmente verificabili. Resta quindi acquisito il dato della sostanziale indeterminatezza del linguaggio del diritto, che diventa a questo punto la base di partenza per la ricerca delle forme in cui questa indeterminatezza può, in concreto, presentarsi".

del legislatore a fronte della “economicizzazione” dell’esistente⁴.

Nella storia del diritto pubblico italiano e, in specie, del diritto amministrativo, il dibattito sui concetti giuridici indeterminati risulta importato d’oltralpe e condiziona in certa misura le prime elaborazioni della teorica sulla discrezionalità tecnica.

All’epoca in cui l’opera di Cammeo⁵ e Presutti⁶ tradisce il fascino delle suggestioni teutoniche, l’attributo di “tecnica” è tuttavia ancora ben lontano dal significare quanto significherà cinquanta anni dopo⁷. Nonostante l’indiscusso influsso iniziale della dottrina tedesca su quella italiana, l’evoluzione del fenomeno dei concetti giuridici indeterminati in Germania e le elaborazioni italiane sulla discrezionalità tecnica in Italia seguono poi percorsi né paralleli né intersecantisi.

Significativo è il rilievo che la “questione della tecnica”, come definita da Daria De Pretis, ovvero la questione dell’“attività applicativa delle regole tecniche”, resta “lontana e sostanzialmente estranea” ai temi centrali del dibattito tedesco intorno ai temi della discrezionalità e delle norme imprecise⁸. Per la caratteristica riconduzione

⁴ La stessa impotenza del legislatore è assunta a giustificazione del fenomeno che Predieri ha definito l’“erompere” delle autorità amministrative indipendenti (cfr. A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997). Non è casuale, di conseguenza, che il margine di manovra di tali autorità sia costellato dalla presenza di concetti giuridici indeterminati.

⁵ Ci si riferisce a F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in “Giurisprudenza italiana”, III, 1902, p. 276 ss. (nota a Cons. St., IV, 1.6.1902); F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1911-1914, rist. a cura di G. MIELE, Padova, 1960.

⁶ E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in “Giurisprudenza italiana”, 1910, p. 16 ss.

⁷ Sul punto, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, p. 136 ss., che sottolinea come il carattere tecnico della discrezionalità non sia pensato come rinvio a criteri tecnici o scientifici propri di conoscenze “estrane” o comunque “diverse” da quelle che sono oggetto primario dell’attività amministrativa, ma sia inteso come rinvio a “criteri di tecnica amministrativa” ovvero i criteri “che la norma giuridica suggerisce in relazione alle esigenze della pubblica amministrazione”: F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 193.

⁸ “Per un verso la dottrina tedesca non riserva un rilievo differenziato alle questioni tecniche rispetto alle altre questioni di applicazione della legge “tanto meno in funzione di un loro specifico trattamento giuridico; per altro verso, e logicamente ancor prima, va sottolineato come essa non conosca incertezze nel qualificare le stesse “(del tutto occasionalmente considerate) questioni tecniche come vere e proprie *Rechtsfragen* (a fronte delle contrapposte *Ermessensfragen*) e ciò anche una volta aperto il fronte del c.d. spazio di valutazione, rispetto al quale, semmai, la stessa norma tecnica può intervenire come elemento limitativo dei confini”. D. DE PRETIS, *op. cit.*, p. 128 ss.

del dibattito tutto al rapporto legge-amministrazione⁹ il problema delle regole tecniche non può - a monte - trovare qualificato rilievo. Trova invece asilo, come noto, nell'elaborazione degli studiosi italiani, ricostruita idealmente dalla dottrina sopra richiamata in tre fasi in cui acquistano di volta in volta peso determinante dapprima l'elemento normativo, poi l'elemento discrezionale, da ultimo proprio l'elemento tecnico¹⁰.

Se torniamo al momento in cui Cammeo e Presutti mutuano dai "collegi" tedeschi la teoria dei concetti giuridici indeterminati, elaborando la teorica della norma imprecisa, rileviamo che obiettivo originario dell'"importazione" dottrinale è quello di corroborare la negazione dell'esistenza della discrezionalità tecnica come potere di valutazione autonomo. I due studiosi, forti delle suggestioni teutoniche, riconoscono la legittimazione del giudice a verificare in principio la valutazione delle circostanze di fatto effettuata dall'amministrazione, per poi negare in concreto la fattibilità pratica di tale esercizio, impedita - a loro giudizio - dalla struttura stessa del diritto amministrativo e soprattutto del suo processo¹¹.

Ranelletti assimilerà la discrezionalità tecnica alla discrezionalità pura, ritenendo che sia l'apprezzamento puramente amministrativo che quello tecnico-amministrativo costituiscano sempre discrezionalità "amministrativa", non avendo la distinzione tra i due tipi di apprezzamento alcuna "importanza giuridica"¹².

Con Giannini¹³ la discrezionalità assumerà la nota fisionomia di comparazione qualitativa di interessi pubblici e privati concorrenti in una data situazione oggettiva, venendo a denotare una "potestà" che "implica giudizio e volontà insieme", laddove la discrezionalità tecnica si riferirà ad "un momento conoscitivo" che "implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale"¹⁴.

⁹ Sul punto si veda anche G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in "Diritto Processuale Amministrativo", 1, 2011, p. 133 ss.

¹⁰ D. DE PRETIS, *op. cit.*, p. 129.

¹¹ Si trattava cioè di una negazione non tanto "in astratto bensì in concreto per le condizioni storiche di quelle discipline". G.C. SPATTINI, *op. cit.* p. 143.

¹² O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, p. 369.

¹³ Ci si riferisce prevalentemente a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

¹⁴ "Si è indietro presa in esame la tesi che considera la discrezionalità come attività

Secondo certa dottrina¹⁵ il tema dei concetti indeterminati viene così “espunto dal campo dello studio della discrezionalità”¹⁶.

L’attenzione degli studiosi di casa nostra verso il modello tedesco rimane tuttavia alta anche nelle decadi successive.

Sembra pertanto ancora utile ripercorrere, senza ambizione di esaustività, le tappe principali dell’evoluzione del dibattito sui concetti giuridici indeterminati in Germania, fino ad arrivare ai giorni nostri. L’esercizio è anche volto a verificare se le tendenze più recenti riservino novità rispetto alla ricostruzione che tradizionalmente si dà del “modello tedesco” di sindacato sui concetti giuridici indeterminati¹⁷. Ciò

essenzialmente intellettuale, e la fa consistere nella delimitazione di categorie o, nella forma più compiuta, di concetti imprecisi. Tesi insufficiente, in quanto non esaurisce tutti gli elementi della discrezionalità. Ancor più insufficiente, si può dire, in quanto neanche in ogni caso esistono categorie o concetti imprecisi [...]. In certi casi in cui la discrezionalità concerne più elementi dell’atto, avviene di trovare che per uno di essi ricorre un concetto impreciso, per altri no [...]. Quindi vero è solamente che in una limitata quantità di casi la legge, attribuendo un potere discrezionale, fa consistere questo nella precisazione di un concetto impreciso. [...] In conclusione, la ‘precisazione’ non è qualche cosa che caratterizzi il giudizio proprio della sfera discrezionale, anzi è un attributo che può spesso mancare”. M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 65 ss.

¹⁵ Così M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 88, nota 30. Secondo G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in “Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico”, 2000, p. 1048, a Giannini si deve “il merito di aver sottratto la discrezionalità dalle manifestazioni dell’attività interpretativa”.

¹⁶ E. GALANTI, *Discrezionalità e autorità amministrative indipendenti*, in “Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d’Italia”, 64, 2009, p. 13. Secondo la ricostruzione di tale autore, il problema della cosiddetta discrezionalità tecnica in Giannini sarebbe che in essa il giudizio è guidato da criteri a carattere tecnico-scientifico che se in astratto dovrebbero essere “di esistenza” in concreto ben possono essere “di probabilità”, quando l’amministrazione utilizza discipline caratterizzate da un grado più o meno ampio di opinabilità quali quelle letterarie, artistiche, aziendalistiche od economiche. Conseguenze come “corollario importante di questa teoria” che quei sintagmi spesso utilizzati dal legislatore nelle discipline pubblicistiche con i quali la legge delimita l’ambito del potere amministrativo fissandone i presupposti per l’esercizio (quali un provvedimento da emanare “in casi di particolare gravità” o “per scongiurare un pericolo imminente”) non possono dar luogo a discrezionalità tecnica” e che anche i concetti giuridici indeterminati finiscono con l’essere ricondotti nell’alveo della discrezionalità pura e sottratti al sindacato giudiziale.

¹⁷ Rispetto all’opportunità di un’indagine relativa al modello tedesco, è stato recentemente sottolineato come sia “utile, anzitutto, approfondirne i caratteri di specificità, sviluppandone i profili di indagine anche ai fini di un suo rinnovato e più ampio utilizzo nel processo italiano; inoltre, alla luce del tentativo già condotto dalla nostra giurisprudenza, è interessante stabilire se e in che misura tale modello, nonostante i suoi tratti peculiari, abbia rilievo per affrontare il tema generale della sindacabilità delle valutazioni amministrative anche in altri ordinamenti”, I. SEVERINA, *Valutazioni dell’amministrazione e controllo giurisdizionale in*

attraverso un accesso diretto alle fonti originali e specialmente ai singoli materiali giurisprudenziali che non sono stati sinora oggetto di una comprensiva analisi da parte della nostra letteratura. La ricognizione è anche in parte tributaria degli sforzi di coloro i quali hanno in un passato recente guardato con interesse all'esperienza tedesca¹⁸. Avvicinare l'opera di tali studiosi ha anche suscitato la curiosità di valutare se e in che misura l'indagine sulla teorica tedesca sui concetti indeterminati da essi sviluppata abbia condizionato il loro pensiero, lasciandovi uno strascico.

Il modello tedesco rappresenta peraltro nella tradizione, pur con le peculiarità che saranno analizzate, il prototipo del "controllo pieno" a fronte di altre esperienze di almeno apparentemente maggior "ritrosia" giudiziale nei confronti delle valutazioni dell'amministrazione.

In relazione a tale profilo, ci si propone di verificare se i dati giurisprudenziali confermano una tale attitudine del giudice tedesco e quanto, nella concretezza di ciascuna decisione sul caso singolo, l'atteggiarsi del giudice tedesco rispetto alla valutazione dell'amministrazione differisca effettivamente da quello del giudice italiano in situazioni analoghe.

L'analisi economica del diritto ci suggerisce infatti di concentrare l'attenzione sugli *effetti* che l'assetto normativo produce *nella realtà* in capo ai soggetti pubblici e privati. Tale criterio deve orientare anche l'interpretazione finalizzata alla comparazione. La distanza tra modelli "in astratto" che la letteratura giuridica assume come un dogma può rivelarsi, ad un verifica *empirica* anche solo abbozzata quale quella che si propone, meno pronunciata. Per corroborare tale esercizio, lungo il filo rosso del sindacato giudiziale sull'applicazione dei concetti giuridici indeterminati, si ritiene interessante esaminare più da vicino il modello statunitense, per tradizione associato all'immagine di una giustizia più "deferente".

D'altra parte la stessa analisi economica del diritto ci fornisce anche lenti speciali per

Germania, tra diritto interno e diritto comunitario, in "Diritto Processuale Amministrativo", 2, 2008, p. 641 e s.

¹⁸ Ci si riferisce prevalentemente all'opera di P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Milano, 2001, D. DE PRETIS, *op. cit.*, nonché a quelle precedenti di F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987, pp. 247 ss. e F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.

guardare al fenomeno dei concetti giuridici indeterminati e al problema dell'alternativa tra forme più o meno intense di sindacato in termini di maggiore o minore desiderabilità sociale. A tali questioni e a questioni affini sono dedicate alcune riflessioni nella terza parte del lavoro.

La vastità dell'argomento d'indagine e dei materiali di studio e la molteplicità delle potenziali chiavi di lettura e di rielaborazione fanno di questo scritto poco più che un "taccuino" che raccoglie gli spunti e gli appunti di questi anni di ricerca dottorale tra il diritto comparato e l'analisi economica. L'auspicio è tuttavia che questo studio rappresenti solo l'inizio di un percorso di approfondimento i cui contenuti – lo si è potuto toccare con mano – sono potenzialmente inesauribili.

CAPITOLO I

I CONCETTI GIURIDICI INDETERMINATI NEL DIRITTO TEDESCO: EVOLUZIONE DEL DIBATTITO DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE

Premessa; 1. Le origini del dibattito e le caratteristiche strutturali dell'impostazione tedesca; 2. L'evoluzione del dibattito: 2.1 Le teorie del *Beurteilungsspielraum* e della *Vertretbarkeit*; 2.2 La "normative Ermächtigungslehre"; 2.3 La prospettiva giuridico-funzionale; 2.4 Teorie unitarie; 3. Lo stato attuale del dibattito dottrinale tedesco: 3.1 Attività amministrativa libera e vincolata; 3.2 I confini della discrezionalità e del relativo sindacato giudiziale; 3.3 I concetti giuridici indeterminati e il relativo sindacato; 3.4 Le *Koppelungsvorschriften*; 3.5 Il fenomeno della *Austauschbarkeit* di concetti giuridici indeterminati e attribuzioni di discrezionalità; 4. Il punto di vista della giurisprudenza: 4.1 Il sistema di giustizia amministrativo tedesco e le conseguenze del riconoscimento di uno spazio di valutazione; 4.2 L'evoluzione del dibattito giurisprudenziale e il riconoscimento di un *Beurteilungsspielraum* nei diversi gruppi di casi; 4.3 Il riconoscimento di un *Beurteilungsspielraum* nel cosiddetto *Prüfungsrecht*; 4.4 Il riconoscimento di un *Beurteilungsspielraum* in relazione alle cosiddette *beamtenrechtliche Beurteilungen*; 4.5 Valutazioni di collegi a composizione pluralistica o dotati di particolari competenze; 4.6 Le altre ipotesi di riconoscimento di un *Beurteilungsspielraum*: 4.6.1 Decisioni prognostiche; 4.6.2 Valutazioni prognostiche e di rischio nel diritto dell'ambiente; 4.6.3 Decisioni legate ad obiettivi e fattori prefissati nei campi della politica amministrativa e della politica economica; 4.7 Considerazioni sulla giurisprudenza; 5. Suggestioni tedesche nel dibattito italiano sulla discrezionalità tecnica; 6. Valutazioni di chiusura in chiave comparatistica.

Premessa

L'opportunità di considerare più attentamente l'esperienza tedesca relativa agli *unbestimmte Rechtsbegriffe* si rinnova alla luce della tendenza alla trasformazione del processo amministrativo italiano da "giudizio sull'atto" a "giudizio sul rapporto" e in particolar modo a seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'azione di adempimento.

Tale innovazione fa emergere la centralità del problema dell'"accesso al fatto" da parte del giudice amministrativo, che rileva sotto il duplice profilo dell'accertamento inteso in senso stretto (e, dunque, della *verifica del fatto*) e della qualificazione dello stesso alla luce della norma (e, dunque, della *valutazione del fatto*). Rispetto ad entrambe le problematiche, il modello tedesco presenta peculiarità che sono state oggetto di importanti studi.

Tradizionalmente, tuttavia, si tende a porre il *focus* sulla regola più che sull'eccezione, enfatizzando cioè il “dogma” della “*vollständige tatsächliche und rechtliche Überprüfung*” a fronte di una norma imprecisa.

L'esercizio che qui si propone, dopo una sintetica rassegna dell'evoluzione del dibattito dottrinale tedesco sui concetti giuridici indeterminati, mira a focalizzare *a contrario* l'eccezione alla regola, guardando più da vicino, cioè attraverso l'analisi della vicenda concreta, alle ipotesi in cui il giudice, paladino del sindacato pieno, ha riscontrato l'opportunità (o addirittura la necessità costituzionale) di riconoscere una riserva a favore dell'amministrazione in relazione all'applicazione del concetto giuridico indeterminato.

Sembra infatti che le eccezioni al principio della controllabilità piena giochino nel sistema tedesco un ruolo chiave analogo a quello svolto dal principio cui derogano. Ciò è di interesse non solo in una prospettiva di indagine “positiva” rispetto a quell'ordinamento, ma anche al fine di verificare se l'esperienza tedesca possa insegnare qualcosa riguardo all'evoluzione dell'ordinamento interno, in un'ottica, quindi, che l'analisi economica del diritto definirebbe “normativa”.

Giova a questo proposito ricordare che chi ha auspicato l'introduzione dell'azione di adempimento nell'ordinamento italiano non ha mancato di invocare una più rigida distinzione tra concetti giuridici indeterminati e discrezionalità, in funzione di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale¹⁹.

Unbestimmte Rechtsbegriffe, effettività della tutela e poteri riservati di valutazione dell'amministrazione sono oggetto di approfondimento nelle pagine che seguono.

1. Le origini del dibattito e le caratteristiche strutturali dell'impostazione tedesca

È stato rilevato²⁰ come l'interesse per i concetti giuridici indeterminati nel diritto amministrativo tedesco sarebbe “riflesso e indiretto” e la “fortuna” del tema deriverebbe dal collegamento con quello della discrezionalità, riconducibile

¹⁹ A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, Relazione per il Convegno dell'Associazione dei Giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi, Milano, 7 ottobre 2011, in www.agatif.org.

²⁰ M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 89.

pionieristicamente a Bernatzik, che interrogandosi sul *discrimen* giustizia/amministrazione aveva osservato come tale discrimine non potesse ricondursi alla presenza/assenza di discrezionalità, dal momento che doveva riconoscersi discrezionalità ogniqualvolta la categoria legislativa fosse “così vaga” da esigere semplicemente “l’individuazione dell’interesse pubblico o dell’optimum generale”, per cui la norma giuridica da applicarsi verrebbe a richiedere tanto all’amministrazione quanto al giudice di essere trattata nel modo che è opportuno per il pubblico interesse secondo l’opinione di chi giudica²¹.

Bernatzik sosteneva in particolare che il giudizio relativo all’applicazione di regole imprecise è di carattere problematico ed opinabile, per cui occorre una competenza tecnica di cui solo il funzionario dispone, con il corollario che tale giudizio sarebbe insuscettibile di controllo giudiziale, a meno che il funzionario abbia agito contro i doveri d’ufficio²².

La dottrina tedesca “emancipa” presto l’analisi dei concetti giuridici indeterminati da quella della discrezionalità, tracciando anzi una separazione tra gli stessi fenomeni che allora appariva invalicabile²³.

Jellinek²⁴ distingue una “ambiguità della legge voluta dal legislatore” - che identifica l’attribuzione all’amministrazione di un potere discrezionale - dalle ipotesi di indeterminatezza per così dire accidentale, cioè non voluta consapevolmente dal legislatore, rappresentate dai concetti giuridici indeterminati, le cui interpretazione e applicazione devono essere compiute con riferimento alla volontà del legislatore e all’unico significato che il legislatore ha voluto esprimere con la formulazione della disposizione. I concetti “legislativi indefiniti”, che rinviano a regole scientifiche, canoni culturali, alla “concezione sociale media”, acquistano “derivativamente valore

²¹ E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien 1886-Aalen 1964.

²² Bernatzik è protagonista di una nota *querelle* con il collega Tezner (F. TEZNER, *Zur Lehre von den freien Ermessen der Verwaltungsbehörde*, Wien, 1888), il quale oppone alla concezione di Bernatzik una visione legalistica basata su una concezione della discrezionalità che la identifica con la scelta della linea di intervento maggiormente opportuna fra una pluralità di soluzioni giuridicamente ammissibili data una determinata situazione di fatto. La *querelle* è richiamata da F. LEVI, *op. cit.*, p. 249 s., nota n. 26.

²³ In questo senso cfr. M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 92 ss. Come si vedrà *infra*, la stessa dicotomia tende invece oggi, secondo alcune correnti dottrinali, ad attenuarsi.

²⁴ W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913.

di legge” e sono idonei a determinare compiutamente la portata della legge. Concetti non idonei ad essere precisati in modo oggettivo si ritrovano tra quelli cosiddetti “di valore”, “che richiedono un’integrazione soggettiva”²⁵. Non tutti i concetti di valore sono però necessariamente imprecisabili e discrezionali²⁶.

La differenza tra concetti di valore e concetti cosiddetti “empirici” è più volte richiamata dalla dottrina successiva e parzialmente rielaborata, ma contestata nella misura in cui si dubita non solo della riconduzione di singoli concetti all’una o all’altra categoria²⁷, ma dell’utilità stessa della distinzione²⁸.

L’elaborazione in tempi più recenti della divaricazione discrezionalità-concetti giuridici indeterminati è ricondotta a Reuß²⁹, che aveva assunto come differenza centrale tra le due categorie il fatto che con la discrezionalità l’amministrazione avesse una scelta tra più possibili alternative di azione egualmente legittime, mentre in relazione ai concetti giuridici indeterminati venisse in considerazione un mero problema di cognizione (*Erkenntnisproblem*) e non una scelta tra più possibilità di intervento tutte equiparabili quanto a legittimità. Tale problema di cognizione solleva difficoltà legate all’individuazione del concreto campo di applicazione, ma - nonostante dette difficoltà - può dar luogo all’adozione di una sola decisione giusta e pertanto legittima, da cui consegue la piena conoscibilità giudiziale dell’applicazione del concetto.

A ben vedere tuttavia, anche quello di “concetto giuridico indeterminato” è di per sé un concetto connotato da indeterminatezza, sui cui contorni la dottrina non si sofferma sufficientemente. Il quesito relativo a cosa siano i concetti giuridici indeterminati rimane infatti dagli studiosi “dimenticato e lasciato senza risposta”³⁰. È

²⁵ F. LEVI, *op. cit.*, p. 253.

²⁶ Ivi, p. 254.

²⁷ Basti l’esempio di “concetto di pericolo”, che sarebbe da considerarsi come concetto empirico secondo O. BACHOF, come concetto di valore secondo C.H. ULE. Cfr. D. DE PRETIS, *op. cit.*, p. 74 s., nota 82.

²⁸ M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 115 s., sottolinea come non esista una differenza strutturale tra concetti empirici e concetti di valore ma una “effettiva e tangibile differenza funzionale”. Le due categorie servono infatti a scopi diversi e richiedono all’interprete altrettanto diverse prestazioni. I concetti di valore “esplicitano la dinamicità dell’ordinamento”.

²⁹ H. REUß, *Der unbestimmte Rechtsbegriff – Seine Bedeutung und seine Problematik*, in “Deutsches Verwaltungsblatt”, 68, 1953, p. 649 ss.

³⁰ M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 112, sottolinea a proposito come nonostante la vivacità del

per contro oggetto di attenzione l'aggettivo "giuridico", per sottolineare la sua inadeguatezza, dal momento che i cosiddetti "concetti giuridici indeterminati" non hanno *natura* "giuridica" ma assumono giuridica *rilevanza* solo in quanto incorporati in una proposizione normativa³¹.

In realtà, il carattere di indeterminatezza che richiede un intervento specificatore dell'amministrazione non connota tanto le singole nozioni utilizzate dall'enunciato normativo quanto l'enunciato normativo in quanto tale.

Peraltro, nel sistema tedesco, la stessa dicotomia discrezionalità/concetti giuridici indeterminati è strettamente (*rectius*, ontologicamente) correlata alla *struttura* della norma giuridica³². Nonostante si siano registrati taluni tentativi di superamento di questa impostazione³³, essa risulta tuttora, come si vedrà, fortemente radicata.

Gli studiosi riconoscono come la forma prevalente del discorso giuridico sia la struttura condizionale, che vede la norma configurarsi come una proposizione ipotetica, con la proposizione condizionante (che descrive la fattispecie astratta, *Tatbestand*) da una parte e la proposizione condizionata (ovvero, le conseguenze giuridiche, *Rechtsfolge*) dall'altra, del tipo "Se A, allora l'amministrazione può/deve B"³⁴.

dibattito tedesco i relativi risultati non siano convincenti perché proprio questo quesito non viene affrontato. Rileva infatti come tutti i concetti giuridici siano indeterminati, ma ve ne siano alcuni che, per la particolare indefinibilità che li contraddistingue, sono "più indeterminati" degli altri, e come tali qualificabili. Tuttavia, secondo la sua ricostruzione, "il problema dei concetti giuridici indeterminati, preso alla lettera, o non ha senso o non ha interesse. Non ha senso, se si ritiene impossibile una semantica dei termini; non ha interesse, se pur ritenendola possibile, si pone mente al fatto che la semantica giuridica che voglia avere un valore pratico non può che essere semantica di enunciati, di quegli enunciati particolari, cioè, che sono le disposizioni normative".

³¹ In questo senso, il suggerimento di parte della dottrina di parlare di *unbestimmte Gesetzesbegriffe* invece che di *Rechtsbegriffe*. Cfr. O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in "JuristenZeitung", 1955, p. 98.

³² Con le parole di P. LAZZARA, *op. cit.*, p. 123, l'analisi strutturale della norma è il "veicolo per l'individuazione di un potere discrezionale".

³³ Cfr. H. EHMKE, „Ermessen“ und „unbestimmte Rechtsbegriffe“ im Verwaltungsrecht, Tübingen, 1960, recentemente pubblicato in traduzione italiana: "Discrezionalità" e "concetto giuridico indeterminato" nel diritto amministrativo, Napoli, 2011.

³⁴ Sulla struttura logica della norma giuridica configurata come proposizione condizionale si rinvia a A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano, 1965, che richiama a sua volta R. JHERING, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1865 e E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*,

Solo un numero ridotto di norme (quelle a carattere programmatico) è strutturato secondo lo schema della proposizione finalistica.

La discrezionalità amministrativa concerne il versante della proposizione condizionata (quello cioè delle conseguenze giuridiche: "...allora l'amministrazione può B"): l'amministrazione cioè - se si verificano i presupposti previsti dalla proposizione condizionante - può agire secondo quanto descritto nella proposizione condizionata.

Se il legislatore attribuisce all'amministrazione discrezionalità, l'esercizio della stessa è soggetto solo ad un limitato controllo giudiziale nei limiti della sussistenza di un vizio relativo al suo esercizio (*Ermessensfehler*), fermo il limite che l'esecutivo non può sostituire la propria discrezionalità a quella dell'amministrazione.

I concetti giuridici indeterminati sono nettamente distinti anche dalla "*planerische Gestaltungsfreiheit*", designata anche come "discrezionalità di pianificazione" o "*Planungsermessen*"³⁵, che si rintraccia in quelle norme a finalità programmatiche che non consentono la sussunzione dei fatti nella fattispecie astratta secondo un giudizio di tipo sillogistico e richiedono esclusivamente un bilanciamento di interessi attraverso un'operazione di "ponderazione" (*Abwägung*) - sindacabile, secondo la giurisprudenza del *Bundesverwaltungsgericht*, per vizi che ricalcano quelli che caratterizzano l'esercizio della discrezionalità.

La norma attorno alla quale ruota tutto il dibattito tedesco relativo ai concetti giuridici indeterminati è l'articolo 19, comma IV, della *Grundgesetz* (la Legge Fondamentale federale), che garantisce la tutela giudiziale "a chiunque sia leso nei propri diritti" dalla amministrazione. Questa prescrizione è interpretata nel senso di

Leipzig, 1879, quest'ultimo in quanto primo espositore sistematico della concezione della norma giuridica come giudizio ipotetico. Afferma Falzea: "La struttura logica della norma giuridica resta fissata nell'essenziale. Nel caso-limite delle norme incondizionate (e, beninteso, per chi riconosca l'esistenza di questo caso-limite) la proposizione normativa avrebbe una struttura relativamente più semplice e si limiterebbe a stabilire un certo valore giuridico, per esempio il rispetto della vita umana, incondizionatamente. Negli altri casi la norma si configura come una proposizione ipotetica o condizionale; e, come ogni proposizione condizionale, distingue in sé tre componenti logiche: la proposizione condizionante, la proposizione condizionata, il rapporto di condizionalità. Quest'ultimo è espresso dal connettivo interproposizionale se-allora del comune linguaggio". A. FALZEA, *op. cit.*

³⁵ Così H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 169 ss., München 2011.

costituire la cifra del particolare compito di tutela giuridica dei tribunali: l'“effettività della tutela giuridica e del controllo giuridico non è assicurata se i tribunali verificano solo incompletamente l'applicazione del diritto da parte dell'amministrazione”³⁶, secondo un'impostazione che vede nel giudice il “naturale alleato” del cittadino di fronte ad un potente esecutivo”³⁷.

È superfluo richiamare le ragioni storiche che giustificano la tendenza a voler a tutti i costi contenere le prerogative dell'esecutivo, potenziale perpetratore di infiniti abusi dal quale difendersi. La lettura dell'articolo 19, comma IV, della Legge Fondamentale è filtrata dalla memoria storica e condiziona lo sviluppo della teorica tedesca sui concetti giuridici indeterminati in quanto la disposizione è interpretata nel senso che un sindacato meno intenso dell'attività della pubblica amministrazione equivale, di fatto, alla negazione del diritto alla tutela giudiziale³⁸.

Come si vedrà, questa equazione costituisce tuttora il “paradigma dominante”.

2. L'evoluzione del dibattito

2.1 Le teorie del *Beurteilungsspielraum* e della *Vertretbarkeit*

Relativamente al fenomeno dei concetti giuridici indeterminati, negli anni '50 si formano, come noto, due indirizzi di pensiero: il primo riconducibile a Bachof - la cui teorica sullo spazio di valutazione segnerà indelebilmente le riflessioni successive degli studiosi fino ad incidere la stessa giurisprudenza - il secondo attribuito ad Ule, che non mancherà di lasciare una traccia talora ancora riscontrabile negli studi e nelle pronunce successive.

³⁶ E. SCHMIDT-ABMANN, *I limiti del sindacato dei tribunali amministrativi*, in “Diritto processuale amministrativo”, 4, 1995, p. 683 ss. (*DeJure*, in www.iusexplorer.it). L'autore rileva inoltre come l'articolo 19, comma IV, rappresenti la scelta di sistema a favore della tutela di diritti individuali. Nel concetto di “diritto soggettivo” ricadono non soltanto diritti esplicitamente garantiti ma anche tutti gli interessi giuridicamente protetti in quanto riconosciuti da una disposizione giuridica.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Un ruolo chiave è svolto inoltre dall'articolo 20, comma III, della *Grundgesetz*, in base al quale “il potere legislativo è vincolato al rispetto dell'ordinamento costituzionale; il potere esecutivo e giudiziale sono vincolati al rispetto della legge e del diritto”.

Bachof richiamava l'attenzione sul modo non specifico in cui il concetto di "*Ermessen*" veniva utilizzato e applicato a fenomeni diversi³⁹. Considerava, infatti, ontologicamente non assimilabili il caso in cui all'amministrazione fosse stata riconosciuta - al ricorrere di presupposti normativamente determinati - libertà di comportamento e il caso in cui l'amministrazione avesse un margine di valutazione proprio in relazione alla sussistenza di questi presupposti. Fenomeni unitariamente designati con l'etichetta di *Ermessen*, ma in realtà più correttamente da qualificarsi come *Handlungsermessen* e *Beurteilungsermessen*.

Bachof propone di utilizzare la nozione di *Ermessen* per identificare solo il primo tipo di discrezionalità - quella concernente la condotta dell'amministrazione - la *Handlungsermessen*.

L'interpretazione (*Auslegung*) del concetto giuridico indeterminato - ossia l'indagine sul significato "in astratto" - è ritenuta essere, infatti, da Bachof una "*Rechtsfrage*" e pertanto "senza dubbio" pienamente conoscibile e investigabile da parte del giudice secondo i canoni dell'interpretazione giuridica. Anche l'accertamento delle circostanze di fatto (*Sachverhaltsermittlung*) è reputato da Bachof pienamente conoscibile dal giudice.

Il "margine di libertà di azione" dell'amministrazione si rintraccia invece all'ultimo stadio di applicazione dei concetti giuridici indeterminati, al momento cioè della sussunzione delle circostanze di fatto "adeguatamente accertate" in un concetto giuridico indeterminato "adeguatamente interpretato": l'operazione sussuntiva può essere essa stessa oggetto di sindacato quanto all'eventuale superamento dei confini dello "spazio di valutazione"; rimane sottratta al sindacato la scelta adottata dall'amministrazione tra le molteplici delineabili nell'ambito di tale margine di manovra.

Contemporanea alla teoria del *Beurteilungsspielraum* di Bachof è la teoria della *Vertretbarkeit* di Ule⁴⁰. Ule opera una distinzione tra concetti fattuali e concetti normativi: i concetti normativi implicano la formulazione di valutazioni e giudizi da

³⁹ Cfr. O. BACHOF, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁰ C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München, 1955.

parte dell'amministrazione sulla base di criteri culturali, economici e sociali - giudizi che secondo il significato e lo scopo della norma qualsiasi altro soggetto adotterebbe nelle stesse condizioni. In casi di dubbio, tuttavia, possono darsi, secondo Ule, più risultati egualmente possibili a causa di un intrinseco margine di soggettività.

Diventa quindi determinante la "rappresentabilità" del risultato, che costituisce il criterio di misura di intervento del giudice. Tutto ciò che appare giuridicamente "sostenibile" ricade, infatti, nella riserva di valutazione dell'amministrazione: in altri termini, nell'applicazione dei concetti giuridici indeterminati, l'amministrazione può adottare tutte le decisioni "accettabili", quelle cioè che si collocano all'interno dello spettro della *Vertretbarkeit*.

L'accertamento dei fatti, tuttavia, non costituisce prerogativa esclusiva dell'amministrazione: resta, invece, pienamente sindacabile dal giudice.

È attribuita a Jesch⁴¹ (che la mutua in realtà da Heck⁴²) la fortunata immagine del concetto indeterminato come contrassegnato da un alone di incertezza che circonda un nucleo certo⁴³. Se la sussunzione di un determinato fenomeno nel "nucleo certo" del concetto può apparire come necessaria, potrebbe rivelarsi solo "possibile" con riferimento all'alone di incertezza. La stessa struttura logica del concetto indeterminato consentirebbe quindi al giudice non tanto di accertare se l'operazione sussuntiva sia stata necessaria, quanto solo se fosse in astratto possibile⁴⁴. Jesch vede tra concetti determinati e indeterminati una differenza "quantitativa e non qualitativa", data da un maggiore o minor grado di indeterminatezza, quest'ultima implicita in tutti i concetti giuridici⁴⁵.

Rispetto alla posizione di Jesch è interessante un ulteriore rilievo.

Mentre gli altri sostenitori della necessità di riconoscere degli spazi di valutazione per l'amministrazione (per tutti Bachof) attraggono nell'orbita della riserva soltanto l'attività di sussunzione della fattispecie concreta nella norma e non la prodromica

⁴¹ D. JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, in "Das Archiv des öffentlichen Rechts" 82, 1957, p. 163 ss.

⁴² P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in "Archiv für die civilistische Praxis", 1914, p. 173 ss.

⁴³ L'elaborazione dell'immagine dovrebbe secondo M. LUCIANI essere più correttamente ricondotta a K.G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien, 1904.

⁴⁴ F. LEVI, *op. cit.*, p. 259.

⁴⁵ D. JESCH, *op. cit.*, p. 177.

attività di interpretazione della stessa, per cui, come si è visto, l'interpretazione del concetto giuridico indeterminato sarebbe sempre pienamente sindacabile dal giudice e viceversa non sarebbe sempre possibile al giudice verificare l'applicazione del concetto giuridico indeterminato al caso concreto, Jesch rappresenta una "stecca nel coro". Sottolinea infatti, con una considerazione che appare ineccepibile sotto il profilo logico, come "interpretazione e ed applicazione sono identiche, nella misura in cui ogni applicazione di un concetto ad un caso concreto implica allo stesso tempo una interpretazione di quel concetto"⁴⁶.

Wolff contrappone al concetto di spazio di valutazione quello di "Einschätzungsprärogative"⁴⁷. Se un concetto giuridico indeterminato esige una valutazione, in particolare in relazione ad eventi che si collocano nel futuro, che non può essere ripercorsa (compresa) - e pertanto verificata - dal giudice, la valutazione dell'amministrazione deve essere considerata fondante. La sussistenza di una *Einschätzungsprärogative* finisce con l'implicare una presunzione *iuris tantum* della legittimità dell'operato dell'amministrazione.

2.2 La "normative Ermächtigungslehre"

La dogmatica dello spazio di valutazione è successivamente sviluppata da Schmidt-Aßmann, attraverso la cosiddetta "normative Ermächtigungslehre"⁴⁸. Questa

⁴⁶ D. JESCH, *op. cit.*, p. 191, richiamato da M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 107, nota 89.

⁴⁷ H.J. WOLFF, O. BACHOF, *Verwaltungsrecht*, I, München, 1974, p. 191 s., citato da P. BADURA, *Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes*, in *Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag am 6. März 1984*, München, 1984, p. 185.

⁴⁸ E. SCHMIDT-ASSMANN, *Art. 19 Abs. IV*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG (fondato da), *Grundgesetz. Kommentar. Loseblattsammlung*, München, 2003, p. 118, numero a margine 185; P. BADURA, *op. cit.*, p. 169; H. HILL, *Normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften*, in "Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht", 1989, p. 401; C. KOENIG, *Zur gerichtlichen Kontrolle sogenannter Beurteilungsspielräume im Prüfungsrecht*, in "Verwaltungsarchiv", 83, 1992, p. 366; R. SCHOLZ, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in "Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer", 34, 1976, p. 168. È considerato da Lazzara appartenere a tale corrente dottrinale R. WAHL, *Risikobewertung der Executive und richterliche Kontrolldichte Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren*, in "Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht", 1991, p. 410, che viene tuttavia anche collocato tra i teorici della cosiddetta prospettiva giuridico-funzionale. Cfr. P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, in "Diritto

dottrina ammette la possibilità che la legge eccezionalmente investa l'amministrazione della *Letztentscheidungsbefugnis* imponendo contemporaneamente una limitazione del controllo del giudice sulla determinazione dell'amministrazione.

Il problema chiave è quello di stabilire al ricorrere di quali presupposti possa ricavarsi un'attribuzione all'amministrazione di questa natura. Secondo Schmidt-Aßmann si deve guardare alla lettera della legge ma anche, in via sistematica, alla collocazione, all'organizzazione e all'*Arbeitsweise* dell'amministrazione⁴⁹.

In quest'ottica, la presenza di un concetto giuridico indeterminato può solo rappresentare un indizio della sussistenza di una *normative Ermächtigung* dell'amministrazione⁵⁰, ma non ne costituisce il fondamento⁵¹.

La posizione di Schmidt-Aßmann (che sarà ripresa *infra*) viene formulata come un "dogma" nella pronuncia *Sasbach* del *Bundesverfassungsgericht* dell'8 luglio 1982, di cui lo studioso enfatizza in particolare un passaggio di palese centralità di significato per il tema generale dell'intensità del sindacato giudiziale.

Rileva il *Bundesverfassungsgericht*:

amministrativo", 2, 1996, p. 301 ss. (*DeJure*, in www.iusexplorer.it).

⁴⁹ E. SCHMIDT-ABMANN, *Art. 19 Abs. IV, cit.*, p. 120, numero a margine 187; P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania, cit.*, sottolinea che "anche questa dottrina muove dal principio della tutela giurisdizionale piena nei confronti dell'esecutivo: il concetto indeterminato, in quanto previsto dalla legge, costituisce criterio normativo ordinatorio alla stregua del quale il giudice può compiere una verifica della decisione amministrativa; ed a tale principio logico, prima ancora che giuridico, non si sottraggono neppure le norme che presuppongono o rinviano a valutazioni strettamente personali, tecnico scientifiche o su eventi futuri. L'affermazione di principio non esclude tuttavia la possibilità che la legge attribuisca in via eccezionale all'autorità amministrativa anche il potere esclusivo di decidere sulla sussistenza in concreto della situazione descritta dalla norma".

⁵⁰ E. SCHMIDT-ABMANN, *Art. 19, Abs. IV, cit.*, p. 118, numero a margine 184.

⁵¹ In questo senso anche H. KELLNER, *Neue Erkenntnisse zum sogenannten Beurteilungsspielraum?*, in "Die öffentliche Verwaltung", 1972, p. 804 ss.; ID., *Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozeßpraxis*, in "Neue Juristische Wochenschrift", 1966, p. 857, che rileva come la sussistenza di un *Beurteilungsspielraum* a favore dell'amministrazione non possa essere dedotta dalla configurazione astratta del concetto giuridico indeterminato, sottolineando la arbitrarietà delle argomentazioni basate sulle distinzioni teorico-normative dei concetti giuridici. Soltanto in presenza di una, seppure implicita, *autorizzazione* legislativa potrà concludersi nel senso della sussistenza di uno spazio di valutazione. Cfr. P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania, cit.*

Nonostante la presenza nella norma di *Gestaltungs-*, *Ermessens-* e *Beurteilungsspielräume* aperti, ciò esclude in principio un vincolo del potere giudiziario agli accertamenti di fatto o di diritto che altri poteri hanno effettuato in relazione a tali “spazi”, *vincolo che risulta legittimo in singoli casi* (cfr. BVerfGE 15, 275 [282])⁵².

La dogmatica viene sviluppata anche da Papier⁵³, il quale ribadisce come la fonte della *normative Ermächtigung* dell'amministrazione sia da ricercare nel diritto materiale e come alla luce dell'incerto *discrimen* tra concetti determinati o indeterminati - e della eterogeneità degli stessi concetti - non si possa assumere in astratto, indipendentemente dal contesto materiale, la sussistenza di una corrispondenza biunivoca tra concetto indeterminato e *Beurteilungsermächtigung*.

2.3 La prospettiva giuridico-funzionale

Già nel pensiero di Schmidt-Aßmann si ritrovano elementi della cosiddetta prospettiva giuridico-funzionale.

Tale prospettiva valorizza la ripartizione funzionale tra poteri dello Stato per evidenziare come in talune circostanze l'amministrazione sia “meglio attrezzata” rispetto ai tribunali amministrativi ai fini dell'attività di concretizzazione della norma, specialmente in alcuni settori (quali quello della tecnica e del diritto ambientale).

In taluni casi, infatti, la natura della questione è tale che la stessa deve essere *funzionalmente* sottratta alla cognizione del giudice amministrativo⁵⁴.

⁵² Cfr. §90: “Unbeschadet normativ eröffneter Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume sowie der Tatbestandswirkung von Hoheitsakten schließt dies grundsätzlich eine Bindung der rechtsprechenden Gewalt an tatsächliche oder rechtliche Feststellungen seitens anderer Gewalten hinsichtlich dessen, was im Einzelfall Rechtens ist, aus (vgl. auch BVerfGE 15, 275 [282])”.

⁵³ H.J. PAPIER, *Verwaltungsverantwortung und gerichtliche Kontrolle*, in W. BLÜMEL, D. MERTEN, H. QUARITSCH (a cura di), *Verwaltung im Rechtsstaat, Festschrift für C. H. Ule zum 80. Geburtstag*, Köln, 1987, p. 244 ss.

⁵⁴ È ricondotto alla prospettiva giuridico-funzionale anche R. WAHL, *Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte - Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren*, cit., p. 409. Sottolinea come in alcuni casi la concretizzazione dei concetti giuridici indeterminati possa risultare così difficile che il controllo del giudice viene a scontrarsi con i confini *funzionali* della attribuzione giudiziale BVerfGE 84, 34 (cfr. *infra*).

I settori del diritto della tecnica e dell'ambiente richiedono articolate indagini relative al rischio e complessi procedimenti valutativi, per cui l'allocazione ottimale della responsabilità decisionale ricade sull'amministrazione piuttosto che sui tribunali amministrativi.

Terreno d'elezione per lo sviluppo delle riflessioni di questa dottrina è il diritto dell'energia atomica. Le istanze della prospettiva giuridico-funzionale in tale ambito sono valorizzate dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa nelle tre pronunce cardine *Kalkar*⁵⁵, *Sasbach*⁵⁶, *Wyhl*⁵⁷, per le quali si rinvia al §4.6.2.

2.4 Teorie unitarie

L'utilità della dicotomia discrezionalità-concetti giuridici indeterminati è messa in dubbio dalle teorie che invocano una riconduzione ad unità delle due manifestazioni di potere, facendo leva sui comuni denominatori quanto a struttura della decisione e possibili vizi della stessa.

Già Ehmke contesta da un punto di vista concettuale la differenziazione tra discrezionalità e concetto giuridico indeterminato, ritenendola errata e propone un concetto di *Handlungsfreiheit* dell'amministrazione, atto a comprendere entrambe le manifestazioni⁵⁸.

Scholz propone di guardare unitariamente al fenomeno, differenziato tipologicamente nelle varianti della *Tatbestandsermessen*, della *Rechtsfolgeermessen* e della *Gestaltungsermessen*⁵⁹.

Starck elabora una nozione di *Ermessen* come competenza dell'amministrazione alla concretizzazione del diritto nella cornice di un fine predeterminato, che a seconda della formulazione del testo della norma può collocarsi sia sul versante del

⁵⁵ BVerfGE 49, 89.

⁵⁶ BVerfGE 61, 82.

⁵⁷ BVerwGE 72, 300.

⁵⁸ Cfr. H. EHMKE, „Ermessen“ und „unbestimmte Rechtsbegriffe“ im Verwaltungsrecht, cit., p. 28 ss.

⁵⁹ R. SCHOLZ, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, cit., p. 164 ss., richiamato da E. PACHE, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Tübingen, 2001.

Tatbestand che sul versante della *Rechtsfolge*⁶⁰.

A parziale giustificazione della necessità di guardare unitariamente a discrezionalità e concetti giuridici indeterminati si invoca la circostanza che possono essere costruite norme con lo stesso contenuto sostanziale alternativamente attribuendo all'amministrazione discrezionalità sul versante della *Rechtsfolge* o ricorrendo ad un concetto giuridico indeterminato con spazio di valutazione nel *Tatbestand*. Ciò viene assunto come indizio che il legislatore, con l'utilizzo della forma tecnica dell'attribuzione di discrezionalità o dell'attribuzione dello spazio di valutazione attraverso il ricorso ad un concetto giuridico indeterminato, vuole fondare spazi liberi per l'amministrazione che sono sostanzialmente equivalenti e che devono, coerentemente, essere assoggettati ad analoghe forme di controllo giudiziale⁶¹.

⁶⁰ C. STARCK, *Das Verwaltungsermessen und dessen gerichtliche Kontrolle*, in *Bürger - Richter - Staat. Festschrift für Horst Sendler, Präsident des Bundesverwaltungsgerichts zum Abschied aus seinem Amt*, München, 1991, p. 167 ss.

⁶¹ C. STARCK, *op. cit.*, p. 169, richiamato da P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania, cit.*, che riporta l'esempio invocato a supporto della sua tesi: una disposizione la quale prevedesse che "la polizia e le autorità amministrative possono adottare qualsiasi provvedimento necessario ad evitare un pericolo" sarebbe secondo Starck sostanzialmente equivalente ad una disposizione formulata in questo senso: "Quando sussiste un pericolo, e sono necessari provvedimenti per evitarlo, l'autorità amministrativa e la polizia devono adottarli". Alla stregua dell'impostazione tradizionale, invece, il "possono" di cui alla prima formulazione fonderebbe la sussistenza di un margine di discrezionalità sul versante della *Rechtsfolge* in presenza di un "pericolo", restando la valutazione connessa a quest'ultimo concetto indeterminato soggetta ad un controllo giurisdizionale pieno. Nella seconda formulazione, con la sostituzione del "possono" con un "devono" verrebbe meno qualsiasi margine discrezionale a favore dell'amministrazione e residuerebbero solo concetti giuridici indeterminati, soggetti a sindacato pieno. Sottolinea Lazzara come non sia "sufficientemente dimostrato l'assunto di partenza e cioè che le due disposizioni sono sostanzialmente uguali. Invero il 'possono' di cui alla prima norma autorizza l'amministrazione ad un contemperamento di tutti gli interessi coinvolti; autorizza l'ingresso nell'iter decisionale di elementi estranei alla fattispecie normativa come ad esempio la disponibilità di uomini e mezzi o esperienze maturate su casi analoghi. La seconda norma non consente tale ingresso: se sussiste il pericolo l'amministrazione deve adottare tutti i provvedimenti necessari ad evitarlo. Nel primo caso, pur sussistendo il pericolo, l'amministrazione potrebbe anche non intervenire, motivando adeguatamente; nel secondo caso il mancato intervento sarebbe giustificato soltanto sulla base della non sussistenza del pericolo". Vengono ricondotti alla dottrina della considerazione unitaria di discrezionalità e concetti giuridici indeterminati anche M. BULLINGER, *Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung*, in "JuristenZeitung", 1984, p. 1001 ss.; M. HERDEGEN, *Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich*, in "JuristenZeitung", 1991, p. 751 ss.; H.J. KOCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, Frankfurt am Main, 1979; H. SOELL, *Das Ermessen der Eingriffsverwaltung*, Heidelberg, 1973; P. LAZZARA, *Scelte discrezionali e sindacato giurisdizionale in Germania, cit.*, nota 74.

Altre dottrine, differenziando in *Subsumtion* e *Abwägung* le due possibili modalità di applicazione del diritto, riconducono l'*Ermessen*, la *Planungsermessen* e il *Beurteilungsspielraum* ad un unico modello di applicazione del diritto in funzione di concretizzazione, le cui caratteristiche sostanziali vengono identificate concettualmente proprio nella “ponderazione” (*Abwägung*)⁶²: sia la discrezionalità che la concretizzazione di concetti giuridici indeterminati con spazio di valutazione richiedono una *Abwägung* e si espongono alla medesima tipologia di vizi. Data questa identità strutturale, il controllo giudiziale deve essere costruito di conseguenza⁶³: deve distinguersi tra il sindacato che il giudice esercita sulle decisioni vincolate e l'*Abwägungskontrolle*, che interessa tutte le manifestazioni dell'amministrazione “discrezionale”, forgiate da elementi di bilanciamento, ponderazione, valutazione. Questo secondo tipo di sindacato giudiziale verte sul *processo* di ponderazione e non sul risultato.

Le istanze di riconduzione ad unità dei fenomeni sono riprese e sviluppate ulteriormente da Pache⁶⁴, che elabora la nozione di *Tatbestandliche Abwägung*, ponderazione che ha ad oggetto non gli effetti dell'esercizio del potere ma gli stessi presupposti. Non è la mera presenza di un concetto giuridico indeterminato nel *Tatbestand* a fondare un potere riservato di *Abwägung* dell'amministrazione: l'interpretazione e l'applicazione di concetti giuridici indeterminati sono infatti compiti tipici della funzione giudiziale. Se, tuttavia, la concretizzazione di un concetto giuridico indeterminato richiede il confronto di confliggenti punti di vista, diversamente orientati, sul piano del diritto o sul piano del fatto, che il legislatore non ha previsto e composto nella norma, sorge la necessità di sviluppare un procedimento di creazione del diritto che allontana la natura dell'operazione da una mera applicazione vincolata del diritto. Per capire se una norma richiede un'applicazione vincolata del diritto oppure un processo di ponderazione in funzione di concretizzazione si ricorre a tutti i metodi e criteri dell'interpretazione giuridica. A

⁶² R. ALEXI, *Ermessensfehler*, in “JuristenZeitung”, 1986, p. 701 ss.

⁶³ M. GERHARDT, §114, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ABMANN, R. PIETZNER (a cura di), *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, München, 1998, numero a margine 4.

⁶⁴ E. PACHE, *op. cit.*, Tübingen, 2001. L'opera è stata recensita da E. FERRARI in “Diritto pubblico”, 1, 2004, p. 347 ss..

fronte di un *Tatbestand* formulato in modo aperto, o contenente concetti giuridici indeterminati, un ruolo particolare giocano le interpretazioni sistematica e teleologica: non sussiste uno spazio libero per l'amministrazione se il ricorso ai tradizionali metodi di interpretazione è sufficiente a garantire una concretizzazione del contenuto del *Tatbestand*⁶⁵. Se l'interpretazione della norma fa risultare la necessità di una *Abwägung* tra differenti interessi rilevanti sussiste un *Abwägungsspielraum* dell'amministrazione che solo eccezionalmente può ridursi attraverso il bilanciamento di punti di vista singoli, ma nella sostanza attribuisce libertà all'amministrazione nella determinazione dei contenuti. La necessità di una ponderazione in funzione di concretizzazione della norma ha anche come conseguenza un cambiamento nella natura del "vincolo" cui è soggetta l'amministrazione: quest'ultimo non riguarderà cioè un contenuto determinato, ma il procedimento per la determinazione di tale contenuto nel rispetto delle esigenze dello Stato di diritto.

È necessario anche dare conto dell'opinione di chi ha sostenuto l'insussistenza nella decisione del caso concreto di qualsiasi ambito di valutazione sottratto al sindacato giurisdizionale "pieno" a favore dell'amministrazione, ritenendo che un potere discrezionale possa riconoscersi solo nell'esplicazione della potestà normativa. Si tratta della posizione isolata di Rupp⁶⁶, il quale non vede neppure una differenza tra concetti giuridici determinati e indeterminati e non riconosce, di conseguenza, la necessità di derogare al principio della controllabilità giudiziale in relazione a questi ultimi.

L'eccezione riconosciuta dalla giurisprudenza nel settore degli esami e delle votazioni scolastiche - e non disconosciuta da Rupp - si giustificerebbe in ragione

⁶⁵ E. PACHE, *op. cit.*, p. 490 s.

⁶⁶ H.H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen, 1965; citato da D. DE PRETIS, *op. cit.*, p. 89, nota 116 e da P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, *cit.*, p. 120. Dello stesso autore *Ermessen, unbestimmter Rechtsbegriff und kein Ende*, in *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, I, Berlin-New York, 1987. In particolare, la De Pretis sottolinea come secondo Rupp non esista una distinzione tra concetti determinati e indeterminati, in quanto gli uni e gli altri presenterebbero gli stessi problemi applicativi e pertanto continuare per la via intrapresa dalla dogmatica dello spazio di valutazione non porterebbe a nessun risultato.

dell'impossibilità di ricostruire concretamente le circostanze concrete, impossibilità riscontrabile in tutte le situazioni in cui è di fatto precluso al giudice di ricreare il contesto fattuale in base al quale l'amministrazione ha assunto la sua determinazione.

3. Lo stato attuale del dibattito dottrinale tedesco

3.1 Attività amministrativa libera e vincolata

La manualistica contemporanea parla di "amministrazione vincolata" con riferimento ai casi in cui, al verificarsi dei presupposti contemplati dalla norma, l'amministrazione debba adottare la decisione dalla stessa norma specificamente prevista⁶⁷.

Laddove invece la norma attribuisca all'amministrazione la facoltà di stabilire autonomamente *se o come agire* al verificarsi di determinati presupposti, la norma conferisce all'amministrazione un "*Entscheidungsspielraum*" e si parlerà di amministrazione non vincolata. La regola per il caso singolo può quindi essere dettata dall'amministrazione tenendo conto delle concrete, contingenti specificità dello stesso. L'impossibilità di prevedere il comportamento dell'amministrazione in queste circostanze è tuttavia interpretata come una minaccia alla certezza del diritto.

La *gesetzesfreie Verwaltung* identifica quelle ipotesi in cui l'attività amministrativa non consista nell'attuazione della norma ma l'amministrazione agisca in assenza di una norma che guidi e delimiti il suo comportamento. È questo il campo dell'amministrazione di prestazione (*Leistungsverwaltung*).

Gli apparati godono di spazi di decisione ad ampio raggio ma non sono totalmente liberi nel loro agire. Devono infatti rispettare il principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 della Legge Fondamentale nelle sue declinazioni nonché le eventuali *Verwaltungsvorschriften*⁶⁸.

I concetti di dipendenza dell'amministrazione dalla legge e di amministrazione "accessoria alla legge" ("*gesetzabhängige/gesetzesakzessorische Verwaltung*") non

⁶⁷ Si fa riferimento principalmente a H. MAURER, *op. cit.* e a S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2011.

⁶⁸ Sulle *Verwaltungsvorschriften* si rinvia alla nota 184.

descrivono soltanto i casi in cui l'amministrazione agisca in attuazione della norma senza godere di spazi di decisione ma anche i casi in cui l'amministrazione esegua una norma che le attribuisca uno spazio decisionale (*Entscheidungsspielraum*).

Si distingue tra discrezionalità sull'*an* (*Entschliessungsermessen*) e discrezionalità sul *quomodo* (*Auswahlermessen*), riconoscendo la possibilità di fattispecie miste.

La norma può attribuire all'amministrazione un potere discrezionale *expressis verbis*. L'attribuzione di un potere discrezionale può ricavarsi anche dal contesto generale della norma, oppure dall'utilizzo di formule quali "può", "ha facoltà", *et similia*.

Tra le cosiddette "*Kann-Vorschriften*" e le "*Muss-Vorschriften*" sussiste una forma mediana rappresentata dalle cosiddette "*Soll-Vorschriften*", che sostanzialmente obbligano l'amministrazione ad attivarsi quando i presupposti previsti dalla norma risultino verificati, ma consentono all'amministrazione di deviare dalla conseguenza giuridica predeterminata dalla norma in casi eccezionali: questo fa delle *Soll-Vorschriften* la "forma più debole" di attribuzione di discrezionalità⁶⁹.

Le *Soll-Vorschriften* sono ricomprese sotto il cappello della "*Intendiertes Ermessen*", nozione di elaborazione giurisprudenziale che indica quelle ipotesi in cui il legislatore lasci dedurre dalla norma come la discrezionalità debba essere esercitata e quale sia il risultato voluto nella *normalità* dei casi (ma abbraccia anche le ipotesi relative ad altre prescrizioni dalle quali si ricavano "direttive" per l'esercizio della discrezionalità)⁷⁰.

3.2 I confini della discrezionalità e del relativo sindacato giudiziale

Il §40 della legge sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz* o *Vwvfg*) stabilisce che l'amministrazione deve esercitare la propria discrezionalità in conformità allo scopo dell'attribuzione e deve rispettare i confini della stessa determinati dalla norma. Secondo il § 114 della legge recante l'ordinamento dei Tribunali amministrativi (*Verwaltungsgerichtsordnung* o *VwGO*) l'ambito del sindacato del giudice è limitato alla verifica del rispetto di queste direttive.

⁶⁹ Cfr. H.J. WOLFF, O. BACHOF, R. STOBBER, *Verwaltungsrecht*, I, München, 1974, §31, numero a margine 41.

⁷⁰ Cfr. BVerwGE 72, 1; BVerwGE 105, 55.

La dottrina ne ricava l'inesistenza di una "freies" o "beliebiges Ermessen": sussiste solo una "pflichtgemässes Ermessen".

Nonostante la laconicità del §40 Vwvfg e del §114 VwGO la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato dei principi, in base ai quali la scelta relativa all'opportunità di un comportamento è rimessa in via definitiva all'amministrazione e non può essere sindacata. Il controllo relativo all'opportunità può essere effettuato solo in sede di *Vorverfahren* dalla stessa amministrazione (§68 VwGO).

L'amministrazione agisce legittimamente solo se i presupposti indicati dalla norma risultano verificati. Se questo non è il caso, l'azione dell'amministrazione è illegittima. Il sindacato sull'occorrenza nel caso concreto dei presupposti contemplati dalla norma attributiva del potere è pieno.

Per quanto concerne le *Soll-Vorschriften*, non è attribuito all'amministrazione nessuno spazio di decisione o di valutazione relativo all'accertamento dell'occorrenza di una eccezione atipica: una volta accertato che ricorre un'eccezione atipica, sussiste discrezionalità quanto alle conseguenze giuridiche.

In giudizio, pertanto, il giudice verifica senza limiti se l'amministrazione abbia legittimamente ritenuto che ricorresse un'eccezione atipica. Ove l'accertamento operato dall'amministrazione risulti incensurabile, il giudice non potrà sindacare, se non nei noti limiti, la decisione discrezionale dell'amministrazione.

I vizi relativi all'esercizio della discrezionalità (*Ermessensfehler*) sono riconducibili a tre categorie.

Un *Ermessensnichtgebrauch* (anche indicato come *Ermessensunterschreitung*) identifica il mancato esercizio della discrezionalità attribuita dalla norma. Ricorre quando l'amministrazione ritiene, dati determinati presupposti, di non avere altra scelta di comportamento rispetto a quello assunto in concreto e si astiene dall'effettuare valutazioni discrezionali (*Ermessenserwägungen*).

Una *Ermessensüberschreitung* si verifica allorché l'amministrazione assuma una decisione che va al di là della cornice delle possibilità dettata dalla norma (come nell'esempio di una sanzione che superi il massimo edittale)

Un *Ermessensfehlgebrauch* identifica uno scorretto esercizio della discrezionalità, che si articola in diverse "figure sintomatiche", i cui confini non sono tuttavia

nettamente delineati: la prima figura è quella della *Zweckvervehlung*, che connota quelle situazioni in cui l'amministrazione palesemente non rispetti del tutto (o non rispetti sufficientemente) lo scopo dell'attribuzione del potere.

L'*Ermessensmissbrauch* identifica invece quelle situazioni in cui l'amministrazione si lasci condizionare nella sua valutazione da considerazioni estranee⁷¹.

Quale vizio della decisione discrezionale rileva inoltre la violazione di diritti fondamentali o di principi generali del diritto, che possono richiedere o proibire un determinato comportamento dell'amministrazione (in particolare il principio di proporzionalità). Il principio di uguaglianza di cui all'articolo 3, comma I, della Legge Fondamentale conduce spesso ad una autolimitazione dell'amministrazione o ad una *Ermessensreduzierung auf Null*.

3.3 I concetti giuridici indeterminati e il relativo sindacato

La dottrina contemporanea è ferma nel ribadire che un concetto giuridico indeterminato non incorpora automaticamente una riserva a favore dell'esecutivo in relazione all'applicazione del concetto e che solo poche norme attribuiscono espressamente all'amministrazione il potere di interpretare un presupposto in maniera vincolante per il giudice.

L'esempio più richiamato di attribuzione espressa di una riserva in questo senso è l'articolo 71, comma 5, secondo periodo, della legge sulla concorrenza (GWB - *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), in base al quale la valutazione della situazione e dell'evoluzione economica complessiva effettuata dal *Kartellbehörde* è sottratta al sindacato giudiziale (*“Die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung ist hierbei der Nachprüfung des Gerichts entzogen”*)⁷².

⁷¹ S. DETTERBECK, *op. cit.*, p. 106; H. MAURER, *op. cit.*, p. 148 ss.

⁷² Si tratta dunque non del *Bundeskartellsamt* ma delle autorità preposte alla vigilanza sul rispetto della disciplina della concorrenza nei singoli *Länder*, che dipendono direttamente dal Ministero dell'Economia di ciascun *Land* con il quale sussiste un rapporto di *“Weisungsgebundenheit”*, cioè vincolo alle direttive impartite. Obiettivo della norma è quindi quello di impedire che le determinazioni di natura economico-politica assunta da un soggetto comunque legato al Ministero possano essere sindacate dal giudice. Così I. SEVERINA, *op. cit.*, p. 665 s., che richiama il commento al §71 GWB in U. IMMENGA, E. MESTMÄCKER (a cura di), *GWB. Kommentar zum Kartellgesetz*, München, 2001.

Al di là delle rare eccezioni in cui la sussistenza di uno spazio di valutazione è resa esplicita, non potendo essa ricavarsi dalla mera ricorrenza di un concetto giuridico indeterminato, si riscontra la tendenza crescente ad enfatizzare la necessità di agganciare lo spazio di valutazione ad una previsione attributiva, secondo i dettami della “*normative Ermächtigungslehre*”.

Si registrano tuttavia posizioni critiche rispetto a questa dottrina. Di regola infatti la norma non lascia intendere in maniera univoca se deve essere o meno riservato all'amministrazione uno spazio di valutazione; in caso di dubbio, è da preferire l'interpretazione restrittiva della giurisprudenza, per la quale in principio non sussiste uno spazio di valutazione. Questo risultato è dogmaticamente giustificato sulla base dell'articolo 19, comma IV, della Legge Fondamentale e sul diritto all'effettività della tutela giurisdizionale in esso contemplato, interpretato - come già rilevato - nel senso che quanto più penetrante è il controllo giudiziale tanto più effettiva è la tutela dei diritti⁷³.

In altri termini, il principio di divisione dei poteri e quello di Stato di diritto esigerebbero la pienezza della tutela giurisdizionale. In quest'ottica, si riconosce che i concetti giuridici indeterminati con spazio di valutazione devono essere considerati l'eccezione. Questo significa che, in giudizio, il giudice non incontra in principio limiti quanto alla verifica dell'interpretazione che l'amministrazione ha dato del concetto giuridico indeterminato e la sua interpretazione prevale rispetto all'interpretazione dell'amministrazione.

La dottrina contemporanea ribadisce che i concetti giuridici indeterminati costituiscono un problema della fattispecie astratta (dunque, del *Tatbestand*: se i presupposti previsti dalla fattispecie astratta sono verificati, l'amministrazione può o deve provvedere), laddove la discrezionalità si colloca sul versante delle conseguenze giuridiche e riconosce che ove sussiste uno spazio di valutazione dell'amministrazione quanto alla verifica della ricorrenza dei presupposti previsti dalla fattispecie astratta i problemi che ne scaturiscono sono molto simili a quelli che pone la discrezionalità. Si ribadisce tuttavia la necessità di distinguere sempre i due

⁷³ Così S. DETTERBECK, *op. cit.*, p. 112, secondo il quale seguendo l'approccio della *Normative Ermächtigungslehre* non si guadagna molto.

fenomeni, che è ricondotta a “ragioni dogmatiche”. Nei casi in cui non è conferito uno spazio di valutazione all’amministrazione si è in presenza di un concetto giuridico indeterminato in relazione al quale, nonostante ogni possibile indeterminatezza, sussiste un’unica decisione giusta possibile; questo implica la piena sindacabilità giudiziale. Nel caso opposto in cui il concetto giuridico indeterminato presenti uno spazio di valutazione, il conseguente controllo giudiziale sarà limitato: si tratta infatti di ipotesi in cui possono darsi più decisioni parimenti giuste e legittime, quindi il giudice si limita a verificare se la decisione dell’amministrazione si muove nell’ambito della “rappresentabilità/sostenibilità”. È qui evidente l’eco della dottrina attribuita ad Ule.

Il problema degli studiosi si sposta sul versante della determinazione dei casi in cui sussiste uno spazio di valutazione per l’amministrazione.

Dal momento che la mera presenza di un concetto giuridico indeterminato, come si è visto, non può far ricavare l’esistenza di uno spazio di valutazione dell’amministrazione, si sottolinea come “si possa in generale fare riferimento ai pochi gruppi di casi riconosciuti”⁷⁴.

Rileva tuttavia come siano discusse tanto la sistematizzazione generale, quanto l’assegnazione ai gruppi dei singoli casi.

Inevitabile conseguenza del riconoscimento di uno spazio di valutazione riservato all’amministrazione è una limitata competenza di controllo da parte del giudice. La problematica relativa alla profondità del controllo giudiziale rispetto all’applicazione dei concetti giuridici indeterminati si sviluppa molto spesso in termini analoghi rispetto al fenomeno della discrezionalità: nei casi in cui si riconosce all’amministrazione uno spazio di valutazione, il sindacato è di fatti costruito sulla falsariga del sindacato sull’esercizio della discrezionalità e deve distinguersi, così come accade a proposito degli *Ermessensfehler*, tra diversi *Beurteilungsfehler*.

Acquistano pertanto rilievo, come si vedrà nell’esame della giurisprudenza che sancisce il riconoscimento di singoli spazi di valutazione, la violazione di norme che disciplinano il procedimento, l’“incompletezza dell’istruttoria” o il “travisamento dei fatti”, le violazioni del principio di uguaglianza, l’inosservanza dei principi generali

⁷⁴ Ivi, p. 113.

che presiedono le valutazioni, l'incidenza nella valutazione di considerazioni estranee.

3.4 Le *Koppelungsvorschriften*

Sono indicate come *Koppelungsvorschriften* (o *Mischtatbestände*) quelle previsioni normative che contengono un concetto giuridico indeterminato nella fattispecie astratta e l'attribuzione di un potere discrezionale sul versante delle conseguenze giuridiche. Se la compresenza di un concetto giuridico indeterminato e di una attribuzione di discrezionalità non dovrebbe comportare in astratto una deroga all'applicazione della disciplina propria di ciascun istituto, in alcune ipotesi le proprietà di un versante finiscono col condizionare quelle dell'altro.

Nel caso dell'*Ermessensschwund* ("perdita di discrezionalità") tutti i punti di vista che rilevano per l'esercizio della discrezionalità devono essere considerati già nell'applicazione del concetto giuridico indeterminato, con la conseguenza che se risultano verificati i presupposti contemplati nella fattispecie astratta, verosimilmente l'amministrazione risulta vincolata (e non soltanto facoltizzata) all'adozione del provvedimento⁷⁵. Alcuni esempi che la manualistica trae dalla giurisprudenza possono chiarire la portata del fenomeno.

Taluni progetti di edificazione possono essere autorizzati in casi singoli, se la loro attuazione o utilizzazione non siano di nocimento a interessi pubblici ("*öffentliche Belange nicht beeinträchtigt*") secondo la formula del §35, comma secondo, del *Baugesetzbuch* - BauGB). Secondo la decisione BVerwGE 18, 247 (250)⁷⁶, ove risulti che il progetto di edificazione non pregiudica interessi pubblici, non c'è spazio per un diniego dell'autorizzazione: le considerazioni richieste in sede di esercizio della discrezionalità si esauriscono già nel momento di applicazione del concetto giuridico indeterminato.

Nel caso esaminato in BVerwGE 15, 207⁷⁷, viene in questione il §3 della legge sulla modifica dei nomi e dei cognomi del 1938 (*Namenänderungsgesetz*), che prevede

⁷⁵ Così H. MAURER, *op. cit.*, p. 163, numero a margine 49.

⁷⁶ BVerwG, 29.04.1964 - I C 30.62.

⁷⁷ BVerwG, 14.12.1962 - VII C 140.61.

che un cognome possa essere modificato solo se una “motivazione importante” legittima il cambiamento. Il *Bundesverwaltungsgericht* ritiene che nella misura in cui i singoli punti di vista siano già fatti oggetto di una ponderazione di interessi funzionalmente all’applicazione del concetto indeterminato di “motivazione importante”, l’affermazione della sussistenza di una importante motivazione che legittima la modifica conclude la loro “considerazione”. Deve escludersi la possibilità di riconsiderare tali fattori nell’esercizio della discrezionalità⁷⁸.

Diverso il caso dell’*Ermessenssog* (“assorbimento” nella discrezionalità), che identifica quelle ipotesi in cui ciò che appare nel *Tatbestand* come concetto giuridico indeterminato è in realtà da attribuirsi alla discrezionalità, perché la definisce nella sua estensione e contenuto. Il concetto giuridico indeterminato viene quindi assorbito nella discrezionalità. Si richiama l’esempio di una previsione del 1919⁷⁹ in base alla quale “in casi singoli può essere condonata l’applicazione di tasse, ove l’esazione delle stesse risulterebbe iniqua nelle circostanze del caso”. Secondo la decisione BVerwGE 39, 355, il concetto di “iniquo” non caratterizzerebbe la fattispecie astratta ma forgerebbe la discrezionalità contemplata nella *Rechtsfolge*⁸⁰.

3.5 Il fenomeno della *Austauschbarkeit* di concetti giuridici indeterminati e attribuzioni di discrezionalità

In alcuni casi, nella formulazione concreta della proposizione normativa, il legislatore può perseguire uno stesso obiettivo sia attraverso la previsione di un concetto giuridico indeterminato nel *Tatbestand* che attraverso l’attribuzione di un potere discrezionale sul versante della *Rechtsfolge*.

Se il legislatore vuole assoggettare ad autorizzazione lo svolgimento da parte dei funzionari di attività secondarie rispetto a quelle che costituiscono il rapporto di

⁷⁸ Si parla a proposito di questo fenomeno anche di *einheitliche Ermessensentscheidung*: la *Koppelungstatbestand* si tramuta in una “*einheitlichen Ermessenstatbestand*”. Cfr. BVerwG, 05.07.1985 - 8 C 22.83 in BVerwGE 72, 1.

⁷⁹ §131, I, *Abgabenordnung* 1919.

⁸⁰ Critica la posizione espressa dal *Bundesverwaltungsgericht* - e sottolinea la non generalizzabilità della portata della pronuncia date le particolarità della norma in questione - H. MAURER, *op. cit.*, p. 164, numero a margine 50.

impiego con l'amministrazione ed evitare così che possano essere pregiudicati interessi di servizio, può optare per una formulazione tale per cui "se lo svolgimento di attività secondarie pregiudica interessi di servizio, l'amministrazione rifiuta l'autorizzazione" ovvero prevedere genericamente che l'amministrazione "possa negare l'autorizzazione".

L'esempio è tratto dalla vicenda oggetto dell'interessante pronuncia BVerwGE 29, 304⁸¹.

Un brigadiere inquadrato come istruttore di guida nelle forze di polizia si era visto negare il permesso di svolgere come attività secondaria lezioni private di guida. Il diniego era stato motivato sulla base della circostanza che avrebbero potuto essergli un giorno affidati compiti operativi, con il pericolo quindi che potesse non avere la neutralità e l'imparzialità necessarie nei confronti degli ex allievi.

L'istruttore aveva quindi promosso un'azione di adempimento per ottenere l'autorizzazione richiesta, che era stata accolta dal *Verwaltungsgericht*.

Rileva ai fini delle vicende processuali che la norma sull'autorizzazione delle attività accessorie avesse subito una modifica nel senso sopra descritto: originariamente formulata con la previsione di un concetto giuridico indeterminato nel *Tatbestand*, era stata riformulata con eliminazione del concetto giuridico indeterminato e attribuzione di discrezionalità all'amministrazione nella *Rechtsfolge*.

Il *Verwaltungsgericht* aveva ritenuto che dovesse ritenersi applicabile la formulazione originaria e che il concetto giuridico indeterminato ivi utilizzato non contenesse un *Beurteilungsspielraum* dell'amministrazione. Aveva di conseguenza accolto l'azione di adempimento promossa dal ricorrente.

Il *Bundesverwaltungsgericht* veniva a negare l'applicabilità della formulazione originaria della norma al caso concreto, sottolineando come con la nuova formulazione non si intendesse più vincolare l'autorizzazione al ricorrere di presupposti normativamente predeterminati, ma si mirasse invece ad attribuire all'amministrazione un potere discrezionale: tale discrezionalità tuttavia non poteva condurre ad un diniego *ad libitum* dell'autorizzazione contemplata dalla norma, ma doveva essere comunque esercitata *in conformità allo scopo dell'attribuzione del*

⁸¹ BVerwG, 26.04.1968 - VI C 104.63.

potere di autorizzazione: ne consegue che motivazioni diverse da quelle attinenti ai “motivi di servizio”, da intendersi in senso lato, non potevano comunque giustificare un diniego di autorizzazione⁸².

4. Il punto di vista della giurisprudenza

4.1 Il sistema di giustizia amministrativo tedesco e le conseguenze del riconoscimento di uno spazio di valutazione

Per introdurre l’analisi della giurisprudenza che sancisce il riconoscimento di uno spazio di valutazione nei diversi gruppi di casi sembra indispensabile una sintetica disamina dei principali tratti del sistema di giustizia amministrativo tedesco. Tale sistema si rivela nella sostanza profondamente diverso da quello italiano, non soltanto a causa delle ontologiche difformità strutturali tra i due ordinamenti, ma anche e soprattutto per incolmabili divaricazioni *culturali*⁸³, di cui non può darsi atto in questa sede come si vorrebbe.

⁸² Il *Bundesverwaltungsgericht* rinviava quindi la questione al giudizio d’appello, perché potesse essere verificato se la discrezionalità attribuita all’amministrazione ai fini del diniego dell’autorizzazione fosse stata esercitata in modo immune da vizi.

⁸³ Di sicuro interesse il contributo di G. Adamo a conclusione della sua esperienza nell’ambito del programma di scambio dello *European Judicial Training Network*, che meglio di qualsiasi manuale di giustizia amministrativa fornisce un quadro del funzionamento concreto della macchina giudiziaria tedesca. Si rileva in primo luogo l’assenza in Germania di una cultura del sospetto, che consente al giudice relatore di condurre autonomamente l’istruttoria, fino a rendere la causa matura per la decisione, attraverso contatti con le parti, richieste di documenti e chiarimenti del tutto improntati all’informalità, al punto da svilupparsi per lo più telefonicamente o per fax. Il secondo fenomeno richiamato è il prestigio sociale dei giudici, restando comunque il fattore più rilevante la qualità dell’amministrazione e la sua propensione “ad emendare i propri errori, appena essi siano riconoscibili, anche senz’attendere la sentenza”. Si tratta cioè di un’amministrazione che “in sede procedimentale si attiene realmente al principio del contraddittorio, senza opporre alle ragioni del privato scelte preconfezionate; un’amministrazione che esamina effettivamente le contestazioni avanzate con il ricorso amministrativo preliminare (*Widerspruch*); che spesso, già nei colloqui con il giudice relatore, nel corso dell’istruttoria (ma sempre durante il processo), quando si rende conto della fondatezza delle censure dedotte innanzi al tribunale amministrativo, tende a modificare la propria posizione, emendando od eliminando del tutto l’atto giuridico impugnato”. Tale atteggiamento è incentivato anche dalla circostanza che i contenziosi risoltisi negativamente per l’amministrazione sono considerati in sede di verifica periodica dei risultati conseguiti

Per una migliore comprensione delle vicende processuali che saranno descritte nel prosieguo, è necessario tuttavia almeno soffermarsi sull'articolazione gerarchica della giurisdizione amministrativa generale in Germania e sugli strumenti di tutela offerti dal VwGO.

La struttura della giurisdizione amministrativa prevede tribunali amministrativi di primo grado (*Verwaltungsgerichte*), istituiti a livello dei singoli *Länder*; tribunali amministrativi superiori di secondo grado (*Oberverwaltungsgerichte*), che insistono analogamente sui singoli *Länder*, denominati altresì “*Verwaltungsgerichtshöfe*” (corti d'appello) in Baden-Württemberg, Baviera e Assia⁸⁴; un Tribunale amministrativo federale, il *Bundesverwaltungsgericht*, con sede a Lipsia.

Il *Bundesverwaltungsgericht* è giudice di sola legittimità⁸⁵: il giudizio verte sul diritto federale (compresi i principi generali dell'ordinamento) nonché sulle norme del procedimento amministrativo dei *Länder* laddove esse siano (testualmente) ripropositive delle norme della Legge sul procedimento amministrativo federale. Il *Bundesverwaltungsgericht*, in quanto giudice di sola legittimità, è vincolato agli accertamenti di fatto del grado inferiore⁸⁶.

dai dirigenti dei settori dai cui atti o dalla cui inerzia è scaturita la controversia. Ne emerge l'immagine di un'amministrazione a servizio della collettività, che agisce “in vista non di un interesse pubblico così astratto da sembrare evanescente, bensì nella ben più concreta e percepibile prospettiva di perseguire quale scopo il benessere dei cittadini”. G. ADAMO, *Il processo amministrativo tedesco visto da vicino*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Sul processo amministrativo tedesco si veda anche la testimonianza di un magistrato del Tribunale amministrativo di primo grado di Ansbach: W. HEILEK, *Cenni sulla giustizia amministrativa in Baviera/Germania* (testo rielaborato dell'intervento al Convegno di studi “La Giustizia Amministrativa tra nuovo modello regionale e modello federale”, Palermo, 30 ottobre 2000) in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁴ Il Tribunale amministrativo di secondo grado decide in prima istanza nel caso previsto dal §47, primo comma, VwGO (*Normenkontrollverfahren*) e nelle circostanze di cui al §48 VwGO, ossia per controversie attinenti impianti e scorie nucleari, termovalorizzatori, etc.

⁸⁵ Il *Bundesverwaltungsgericht* decide quale giudice di primo grado in alcune fattispecie, come nel caso di controversie di natura non costituzionale tra la Repubblica federale e un *Land* o tra *Länder*.

⁸⁶ Secondo il disposto del §137, comma secondo, VwGO, il Tribunale amministrativo federale è vincolato agli accertamenti di fatto risultanti dalla sentenza impugnata a meno che in relazione a tali accertamenti non siano stati adottati motivi di revisione ammissibili e fondati.

Agisce quindi in funzione di *Revision*: laddove riscontri una violazione, il *Bundesverwaltungsgericht* “cassa” la sentenza impugnata con rinvio per nuova decisione.

L’accesso al *Bundesverwaltungsgericht* è possibile solo ove ricorrano le condizioni di cui al §132 del VwGO, la cui sussistenza deve essere previamente accertata dal giudice di secondo grado o dallo stesso *Bundesverwaltungsgericht* nell’ambito di un separato procedimento. La *Revision* deve essere cioè *ausdrücklich zugelassen*, in quanto si verta di una questione di importanza fondamentale, oppure la decisione in questione risulti divergere da un precedente del Tribunale amministrativo federale o del senato congiunto dei tribunali supremi⁸⁷; oppure il giudice di secondo grado sia incorso in un vizio procedurale ritenuto rilevante.

Un analogo filtro è previsto per l’accesso al giudice di secondo grado dal §124 del VwGO, condizionato alla presenza delle stesse circostanze che delimitano l’accesso al *Bundesverwaltungsgericht*, oppure dalla sussistenza di “particolari difficoltà giuridiche “oppure “difficoltà relative alla natura dei fatti”.

A monte, tuttavia, l’accesso alla tutela giudiziale nelle forme dell’azione di annullamento e adempimento (cfr. *infra*)⁸⁸ è filtrato ai sensi del §68, comma 1, del

⁸⁷ L’art. 95, primo comma, della Legge Fondamentale prevede, oltre alla Corte costituzionale federale e al *Bundesverwaltungsgericht*, altre quattro corti supreme federali: quella per la giurisdizione ordinaria (civile e penale), quella tributaria, quella del lavoro e quella per la previdenza sociale, che si pongono tutte sullo stesso livello.

Al fine di assicurare l’unità dell’orientamento giurisdizionale su questioni fondamentali o comunque d’ordine generale e garantire l’esercizio della nomofilachia, è prevista la costituzione di quest’organo mobile, composto dai presidenti dei cinque tribunali superiori e da quattro magistrati provenienti dalla Corte che opera il rinvio pregiudiziale e da quella già espressasi, con diverso indirizzo, sulla stessa questione. Promuove il ricorso al senato riunito la sezione del tribunale federale che intende discostarsi dalla giurisprudenza di un altro tribunale superiore. Cfr. W. HEILEK, *op. cit.*, e R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella Repubblica Federale di Germania*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, 1996, p. 298.

⁸⁸ Tale obbligo peraltro è stato eliminato *in toto* o comunque circoscritto in alcuni *Länder*, come la Bassa Sassonia. Sul punto cfr. G. ADAMO, *op. cit.*, che sottolinea come altre tipologie di “filtro” all’accesso alla tutela giudiziale siano previste in relazione ad ipotesi specifiche, quali quelle che concernono atti relativi a progetti di opere pubbliche strategiche per le quali la VwvFG prevede un rafforzamento del contraddittorio in sede procedimentale (*Planfeststellungsverfahren*). In questi casi l’accesso alla tutela giudiziale è condizionato dalla mancata presentazione di opposizioni in fase istruttoria (a meno che non si tratti della lesione di una posizione fondata su un titolo di diritto privato). Cfr. anche R. BIFULCO, *op. cit.*, p. 281.

VwGO, dall'obbligo di esperimento del *Wiederspruchverfahren* - un procedimento contenzioso preliminare che segue la proposizione di un'opposizione davanti alla stessa amministrazione che ha emanato il provvedimento - che costituisce un presupposto processuale⁸⁹.

Contro una decisione giurisdizionale definitiva e non più impugnabile con l'appello o con la revisione è ammesso il ricorso a *Bundesverfassungsgericht*, il Tribunale costituzionale federale.

Il ricorso costituzionale è limitato al controllo della conformità della decisione giurisdizionale impugnata con i diritti garantiti dalla *Grundgesetz*.

La via della tutela giudiziale amministrativa è aperta dal §40 VwGO in relazione a *tutte le controversie di diritto pubblico di natura non costituzionale*, in quanto non espressamente assegnate con legge federale ad altro Tribunale⁹⁰.

La contrapposizione tra controversie di diritto pubblico e controversie di diritto privato, fondata sulla norma da ultimo citata e sul §40 VwGO, costituisce criterio di riparto della giurisdizione⁹¹.

Il sistema di tutela giudiziale amministrativa consente l'esperibilità di un numero significativamente ampio di azioni: quelle "ordinarie" sono l'azione di impugnazione o annullamento (*Anfechtungsklage*), prevista dal §42, primo comma, del VwGO,

⁸⁹ Sottolinea R. BIFULCO, *op. cit.*, p. 280 s., come la dottrina abbia evidenziato tra le molteplici funzioni cui assolve il procedimento di opposizione quella di autocontrollo dell'amministrazione in ragione dell'estensione del controllo anche al merito dell'atto e quella di alleggerimento del carico processuale davanti al giudice amministrativo, nonché quella di garanzia giuridica del singolo. Rileva altresì come a seconda che si ritenga prevalente quest'ultima funzione ovvero quella di autocontrollo si ammette o meno da parte dei singoli autori l'eventualità di una *reformatio in peius*.

⁹⁰ Il §40 VwGO specifica inoltre che controversie di diritto pubblico nell'ambito del diritto di un singolo *Land* possono essere assegnate ad un altro tribunale anche con legge statale.

⁹¹ Sottolinea G. ADAMO, *op. cit.*, come tale criterio sia stato molto discusso sul piano teorico ma come in pratica non produca conseguenze significative a livello del singolo processo visto che non è previsto un sistema di regolamento di giurisdizione. Il giudice adito che si ritenga incompetente rinvia la causa al giudice che reputa dotato di giurisdizione, con una decisione che è definitiva e vincolante per quest'ultimo. Ove esistano più giudici astrattamente competenti viene data prevalenza alla richiesta del ricorrente. Se il giudice si reputa invece competente, la statuizione può essere impugnata dinanzi alle corti superiori (sempre nell'ambito della stessa giurisdizione). Cfr. anche R. BIFULCO, *op. cit.*, p. 255.

mediante la quale può essere richiesto l'annullamento di un atto amministrativo⁹²; l'azione di adempimento⁹³ (*Verpflichtungsklage*), prevista dal §42, secondo comma, del VwGO per ottenere la condanna all'emanazione di un atto amministrativo rifiutato od omesso⁹⁴; l'azione generale di condanna ad una prestazione, menzionata "tra le righe" del (ma non disciplinata dal) §43, secondo comma, del VwGO (*allgemeine Leistungsklage/Unterlassungsklage*), finalizzata all'ottenimento di una condanna all'esecuzione di una prestazione (diversa dall'adozione di un atto amministrativo) ovvero all'ottenimento di una condanna all'inazione; l'azione per l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico, o per l'accertamento della nullità di un atto amministrativo (*Feststellungsklage*) prevista dal §43 del VwGO.

Concentrando l'attenzione sulla *Verpflichtungsklage*⁹⁵, è noto che nell'ambito di tale azione si distingue tra un *Vornahmeurteil* e un *Bescheidungsurteil*, tra la possibilità cioè per il soggetto che aspira all'emanazione di un provvedimento a sé favorevole di ottenere una condanna dell'amministrazione a porre in essere l'attività richiesta (in cui sia dettagliata la regola per il caso concreto) oppure una (generica) condanna

⁹² Il §35 della Vwvfg definisce l'"atto amministrativo" come "ogni disposizione, decisione o altro provvedimento autoritativo, adottato da un'autorità amministrativa per la disciplina di un caso concreto relativo alla sfera del diritto pubblico e avente rilevanza esterna con efficacia diretta". La traduzione proposta è mutuata da R. BIFULCO, *op. cit.*, p. 278, il quale rileva altresì come sia stata criticata l'ampiezza concettuale della definizione, ciò che ha innescato un'attività di limatura da parte della giurisprudenza ai fini di definire cosa vi rientrasse e cosa invece restasse fuori.

⁹³ Il §42 VwGO distingue tra *Untätigkeitsklage* e *Versagungsgegenklage*, a seconda che si versi in un'ipotesi di inerzia dell'amministrazione o di espresso rigetto. Sull'azione di adempimento tedesca si veda M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in "Diritto Processuale Amministrativo", 1, 1985, p. 66 ss. Successivamente, sull'argomento, tra gli altri: L. TARANTINO, *L'azione di condanna nel processo amministrativo*, Milano, 2003; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa: Germania – Austria – Italia*, Trento, 2004; M. CARRÀ, *Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco*, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009.

⁹⁴ La cui ammissibilità è condizionata alla circostanza che l'attore faccia valere di essere stato leso nei propri diritti dall'atto amministrativo o dal suo rifiuto o omissione.

⁹⁵ Le considerazioni che seguono sono mutate da M.T. RODI, *Verpflichtungsklage tedesca: brevi cenni su "Spruchreife" e limiti all'obbligo giudiziale di "Aufklärung"*, in "Osservatorio sul codice del processo amministrativo", coordinato da M. CLARICH, R. CHIEPPA, LUISS-Guida al diritto, 2011, in www.ricerca.giurisprudenza.luiss.it e www.diritto24.ilsole24ore.com.

dell'amministrazione a provvedere “alla luce della opinione giuridica” (*Rechtsauffassung*) del Tribunale⁹⁶.

La *Spruchreife* (lo stato di “maturità” ovvero “maturazione” della questione oggetto di esame da parte del giudice) costituisce, nel sistema tedesco di giustizia amministrativa, lo spartiacque tra le due tipologie di decisione. La questione è matura (*spruchreif*) se il giudice è in condizione di assumere una decisione definitiva in relazione all’emanazione del provvedimento amministrativo cui l’attore aspira.

In ossequio al principio inquisitorio che ispira il processo amministrativo tedesco, il giudice è peraltro comunque soggetto ad un obbligo di chiarire lo stato dei fatti e provocare la “maturazione” della questione⁹⁷. Quest’obbligo - l’*Aufklärungspflicht*, corollario dell’*Untersuchungsgrundsatz*, il principio inquisitorio - si applica tuttavia nei limiti in cui la natura stessa della questione renda possibile una sua maturazione: la presenza di discrezionalità o di concetti giuridici indeterminati che attribuiscono all’amministrazione uno spazio di valutazione connotano infatti un difetto “ontologico” di *Spruchreife*, che si traduce anche in un limite interno all’operatività dell’obbligo di *Aufklärung*, pur senza escluderlo⁹⁸.

⁹⁶ A sensi del §113, quinto comma, VwGO, se il rifiuto o l’omissione dell’atto amministrativo sono illegittimi e l’attore risulti leso nei propri diritti il giudice “dichiara l’obbligo” dell’amministrazione di porre in essere l’attività richiesta *se la questione è matura per la decisione*. Altrimenti esso “dichiara l’obbligo” di decidere nei confronti dell’attore nel rispetto dell’opinione giuridica del tribunale. Sulla natura prettamente condannatoria, e non meramente dichiarativa, della sentenza, a dispetto della lettera della previsione si veda M. CLARICH, *L’azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 72 s.

⁹⁷ Si esprime in termini di “doppia valenza” della nozione di *Spruchreife* C. FRAENKEL-HAEBERLE, *op. cit.*, p. 94, che sottolinea come da un lato essa appaia “espressione dell’obbligo del giudice di acquisire nell’istruttoria, in sintonia col principio inquisitorio [...] tutti i fatti rilevanti per la definizione della controversia”, dall’altro criterio funzionale a “differenziare il caso di decisione vincolata, ove il giudice, accertata la spettanza del provvedimento, dovrà condannare l’amministrazione a provvedere nel senso richiesto dal ricorrente, dalla situazione in cui - per la presenza di discrezionalità amministrativa - è precluso a priori un intervento giudiziale così incisivo e quindi la decisione non può maturare”.

⁹⁸ Determina analogamente una carenza di *Spruchreife* la circostanza che il provvedimento amministrativo sia condizionato all’adozione di decisioni preliminari (*Vorentscheidungen*) riservate all’amministrazione ovvero subordinato alla ricorrenza di determinati presupposti la cui sussistenza può essere fatta oggetto di una determinazione accessoria al provvedimento (*Nebenbestimmung*) e l’amministrazione abbia discrezionalità in relazione ad essa. Si veda H.A. WOLFF, §113 VwGO, in H. SODAN, J. ZIEKOW (a cura di),

Nei casi in cui la *Spruchreife* sia intrinsecamente carente viene in considerazione il solo *Bescheidungsurteil*. Il *Bescheidungsurteil* non esonera tuttavia il giudice dall'attività di *Aufklärung*, ma presuppone sempre un'indagine comprensiva, in fatto e in diritto, della questione, funzionale alla verifica relativa alla legittimità del diniego o del silenzio, *ex* §114 VwGO⁹⁹.

Per converso, se l'attore aspira ad un provvedimento amministrativo la cui adozione non dipende dalla discrezionalità dell'amministrazione o da uno spazio di valutazione, il giudice avrebbe un obbligo "pieno" di provocare la *Spruchreife*, che discenderebbe direttamente dal §113, comma 5, VwGO¹⁰⁰ e che legittimerebbe

Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, Baden-Baden, 2006, p. 2024 e §113, in F.O. KOPP, W.R. SCHENKE (a cura di), *VwGO. Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, München, 2013, p. 1412, numero a margine 199.

⁹⁹ Il §114 VwGO (*Nachprüfung von Ermessens-entscheidungen, Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe*) circoscrive il sindacato del giudice in caso di decisioni discrezionali alla verifica relativa al superamento dei limiti legislativi della discrezionalità o ad un uso della discrezionalità non corrispondente allo scopo per il quale il potere è stato conferito. Prevede infatti che "Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsaktes rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist". Con le parole di P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania, cit.*, p. 302, la disposizione può tradursi come segue: "Nella misura in cui la autorità amministrativa è autorizzata ad agire discrezionalmente, il giudice verificherà anche se l'atto amministrativo o il rifiuto o l'omissione dell'atto amministrativo è illegittimo, perché i confini segnati dalla legge sono stati oltrepassati o si è fatto uso del potere discrezionale in modo non corrispondente alle finalità dell'autorizzazione".

¹⁰⁰ Secondo certa dottrina l'obbligo sarebbe comunque ricavabile *a contrario* dal §113, comma 3, VwGO secondo il quale ove il giudice amministrativo ritenga necessario un ulteriore chiarimento della questione, esso può, senza decidere nel merito, annullare l'atto amministrativo e la decisione sull'opposizione se gli accertamenti ancora necessari siano rilevanti per tipo o entità e l'annullamento sia congruo anche in considerazione delle esigenze delle parti, eventualmente adottando una disciplina provvisoria su richiesta delle parti fino all'emanazione del nuovo provvedimento. Questo comma del §113, introdotto con la quarta legge di modifica della VwGO, si ritiene infatti essere applicabile esclusivamente all'ipotesi di *Anfechtungsklage* (azione di annullamento) e non estendibile per analogia alla *Verpflichtungsklage*. Vi si opporrebbe non solo la genesi della norma, ma anche la diversità sostanziale degli interessi dei ricorrenti, a detrimento dei quali un utilizzo analogico dello strumento finirebbe con l'operare. Inoltre, nel caso di *Verpflichtungsklage*, diversamente da quanto accade nel caso di *Anfechtungsklage*, se la *Sachsaufklärung* è insufficiente, sussiste la possibilità per gli interessati di proporre una *Bescheidungsklage*. Sul punto si veda W.R. SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, München, 2009, p. 286.

l'espletamento d'ufficio delle ulteriori indagini sullo "stato dei fatti" ritenute necessarie.

Il punto tuttavia non è del tutto incontroverso. Gli avversatori si appellano direttamente al principio di separazione dei poteri, che vieterebbe la determinazione della *Spruchreife* da parte dell'organo giurisdizionale quando ciò comporti per lo stesso la necessità di intraprendere un'indagine estesa sullo stato dei fatti che non sia stata ancora effettuata dall'amministrazione, perché il giudice si troverebbe a "vestire i panni" dell'amministrazione. Gli studiosi favorevoli ad un accertamento esaustivo invocano invece l'articolo 19, IV comma della Legge Fondamentale e il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva in esso declinato¹⁰¹.

La giurisprudenza ha comunque in passato "sollevato" il giudice amministrativo dall'obbligo di provocare la maturazione della questione in un numero di ipotesi, spesso richiamandosi a ragioni di economia processuale: si è trattato in particolare di casi in cui la legge (ovvero l'ordinamento amministrativo) attribuiva la decisione ad un collegio di esperti particolarmente qualificato o ad un'amministrazione dotata di specifiche competenze tecniche, che non erano stati ancora investiti della questione ovvero che non avevano ancora accertato la ricorrenza di presupposti sostanziali dell'atto amministrativo e l'accertamento di fatto esigeva ancora indagini approfondite e competenze particolari¹⁰². In tempi più recenti è stato ritenuto che il giudice amministrativo potesse eccezionalmente esimersi dal provocare la *Spruchreife* in caso di questioni tecniche complesse. Molte di queste ipotesi, tuttavia, configurerebbero delle "false" eccezioni all'equazione che vuole l'attività vincolata corrispondere alla maturità della questione innescando obbligo di *Aufklärung* pieno, perché sarebbe comunque riscontrabile, secondo parte della dottrina, uno spazio di valutazione riservato all'amministrazione¹⁰³. Separata considerazione merita invece il caso, del tutto eccezionale, in cui l'obbligo di provocare la *Spruchreife* sia stato escluso a fronte della previsione dello svolgimento di un procedimento il cui previo

¹⁰¹ Cfr. *ibidem*.

¹⁰² Si veda in particolare §113, in F.O. KOPP, W.R. SCHENKE (a cura di), *VwGO. Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, cit.*, p. 1379, numero a margine 199.

¹⁰³ *Ibidem*.

esperimento appaia eccezionalmente così fondamentale da condizionare la legittimità dell'emanando provvedimento¹⁰⁴.

Le potenzialità di indagine del giudice sono ulteriormente limitate nell'ipotesi in cui sia la stessa domanda di tutela formulata dall'attore ad essere circoscritta all'ottenimento di un *Bescheidungsurteil*. Il principio dispositivo prevale in tal caso su quello inquisitorio e l'attore dovrà indicare con chiarezza quanto desidera sia esteso l'intervento del giudice¹⁰⁵.

Alcune ipotesi derogano tuttavia all'assioma in base al quale la presenza di un'attribuzione di discrezionalità equivale ad un difetto intrinseco di maturità della questione. Si tratta in particolare dei casi in cui la discrezionalità oppure lo spazio di valutazione dell'amministrazione siano concretamente "ridotti a zero", quando cioè qualsiasi decisione diversa da quella che forma oggetto della domanda dell'attore sarebbe frutto di un errato esercizio di discrezionalità perché la discrezionalità stessa o il potere di valutazione dell'amministrazione non potrebbero, nel caso di specie, che essere legittimamente esercitati in un'unica direzione. In questa eventualità si ritiene che, a dispetto della originaria dotazione di discrezionalità/spazio di valutazione dell'amministrazione, la questione possa risultare matura per la decisione e il giudice possa condannare l'amministrazione all'adozione dello specifico provvedimento richiesto dall'attore perché la dotazione di discrezionalità/spazio di valutazione è solo apparente¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Ivi, p. 1378.

¹⁰⁵ Cfr. W.R. SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., p. 285.

¹⁰⁶ Ci si chiede se, in casi del genere, l'*Aufklärungspflicht* imponga al giudice di *provocare* la maturazione della questione, accertando d'ufficio se sussiste un'ipotesi di riduzione a zero della discrezionalità. Il punto è particolarmente discusso. Secondo parte della dottrina il giudice non sarebbe obbligato, e neanche legittimato, a provocare la maturazione della questione attraverso l'assunzione di prove e la discussione con le parti, in particolare con i rappresentanti dell'amministrazione che avrebbe dovuto adottare l'atto. Cfr. 113, in F.O. KOPP, W.R. SCHENKE (a cura di), *VwGO. Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, p. 1414 s., numero a margine 207. Altra dottrina, pur escludendo la sussistenza di un obbligo per il giudice, ne ammette invece la facoltà. Cfr. H.A. WOLFF, *op. cit.*, p. 2022. Si vedano sul punto ancora: U. DOMGÖRGEN, A. WEGNER, *Das Klageverfahren in I. Instanz* in J. BRANDT, M. SACHS (a cura di), *Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, München, 2009, p. 598.

4.2 L'evoluzione del dibattito giurisprudenziale e il riconoscimento di un *Beurteilungsspielraum* nei diversi gruppi di casi

Prima dell'inizio degli anni '60 “non sembrano esservi dubbi”¹⁰⁷ nella giurisprudenza del *Bundesverwaltungsgericht* sulla sussistenza di un potere di valutazione nell'applicazione di concetti giuridici indeterminati. Rappresentativa in questo senso è la pronuncia dell'11 ottobre 1956¹⁰⁸ che ruota intorno al concetto di “interesse del trasporto pubblico locale”, relativamente ad un'istanza per ottenere la licenza a gestire un'autolinea.

Secondo la previsione normativa oggetto della pronuncia in esame, ferma la sussistenza di un diritto ad ottenere la licenza per la gestione di un'autolinea quando i presupposti previsti dalla fattispecie astratta risultassero dati, residuava all'amministrazione il potere di negare la licenza quando il rilascio della stessa potesse pregiudicare gli interessi del trasporto pubblico locale nel senso di confliggere con i piani generali dell'amministrazione relativi al trasporto.

Il *Bundesverwaltungsgericht* ritiene che, in virtù del ricorso al concetto di “interesse del trasporto pubblico locale”, sussista uno spazio per la “discrezionalità” dell'amministrazione e sottolinea come nessuna differenza quanto alle conseguenze dell'attribuzione si registrerebbe ove non si discutesse di discrezionalità, ma di un concetto suscettibile di una pluralità di significati, in quanto il primato spetterebbe sostanzialmente all'interpretazione dell'amministrazione¹⁰⁹.

Negli anni '60 il *Bundesverwaltungsgericht* ritorna invece a sostenere la tesi della piena conoscibilità del momento applicativo dei concetti giuridici indeterminati¹¹⁰.

Segue una circoscritta fase in cui sembra predominare l'orientamento favorevole ad

¹⁰⁷ D. DE PRETIS, *op. cit.*, p. 96, nota 3.

¹⁰⁸ BVerwGE 4, 89.

¹⁰⁹ Cfr. §15, con il rinvio al contributo di Ule: “Hiernach ist der Senat der Meinung, daß der Behörde insofern bei der Anwendung des Begriffs der Interessen des öffentlichen Verkehrs ein Raum für ihr Ermessen bleibt. Nach der Auffassung des Senats würde es im Ergebnis keinen Unterschied bedeuten, wenn man hier nicht von der Ausübung des Ermessens, sondern von der Auslegung eines mehrdeutigen Rechtsbegriffs in dem Sinne spräche, daß der Auslegung der Behörde grundsätzlich der Vorrang gebühre (vgl. hierzu Ule, Gedächtnisschrift für Jellinek, 1955 S. 309 ff. mit weiteren Nachweisen)”.

¹¹⁰ D. DE PRETIS rinvia, “per la pacifica giurisprudenza amministrativa sul punto”, alle pronunce BVerwGE 21, 184; 35, 69; 12, 359; 16, 116. *Op. cit.*, p. 96, nota 4.

un sindacato solo limitato, idealmente avviata dalla pronuncia del 16 dicembre 1971¹¹¹ sull'indicizzazione dei libri potenzialmente idonei a nuocere ai fanciulli. Tale pronuncia merita particolare considerazione perché sembra aprire la strada ad un vero e proprio *revirement*, che sarà tuttavia sconfessato dalle pronunce successive.

Il concetto indeterminato protagonista della decisione è proprio quello di “idoneità a nuocere ai fanciulli”: il provvedimento dell'organismo incaricato (il *Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien*), finalizzato all'inserimento nell'indice delle pubblicazioni potenzialmente dannose di due numeri di un giornaletto illustrato che riproponeva il romanzo a puntate *I peccati dei figli* di Hans Nogy, doveva, secondo il Tribunale amministrativo federale, ritenersi fondato su un apprezzamento schiettamente di valore, di guisa che poteva ben darsi nella fattispecie in esame uno spettro di valutazioni tutte parimenti ammissibili.

Sostiene il *Bundesverwaltungsgericht*:

L'inserimento nell'indice si fonda sull'idoneità di nuocere ai fanciulli. Questo concetto è stato finora visto come un concetto giuridico indeterminato, che conduce ad un'unica soluzione legittima. Non si tratta tuttavia in questo caso del mero accertamento della ricorrenza di presupposti e di un'operazione di sussunzione. La decisione relativa all'idoneità di nuocere ai fanciulli richiede un giudizio a carattere prognostico e contemporaneamente “direttivo” con una notevole impronta di elementi di valore.

L'idea che l'applicazione del concetto di “idoneo a nuocere ai fanciulli” possa portare ad un'unica soluzione legittima si rivela una finzione. Sono infatti pensabili molteplici soluzioni, una “gamma di possibilità decisionali”, che il diritto può considerare tutte parimenti ammissibili. La decisione del *Bundesprüfstelle* richiede una previsione *de futuro* ed è pertanto, nel suo nucleo, non fungibile.

Il Tribunale amministrativo federale sottolinea come anche la legge che disciplina l'istituzione dell'organismo che presiede alla compilazione dell'indice (così come il relativo procedimento) muova dagli stessi presupposti, nella misura in cui prevede che la decisione sia rimessa ad un collegio dalla composizione variegata e qualificata, tale da garantire al meglio la valorizzazione di tutte le possibilità di apprezzamento: il provvedimento è infatti assunto da una maggioranza qualificata dei membri del collegio che danno voce ai diversi gruppi che compongono la “nostra

¹¹¹ BVerwGE 39, 197.

società pluralistica”.

Dalla natura della composizione di tale organismo discende l’infungibilità della opinione da esso espressa: una sostituzione del suo giudizio con quello eventualmente formulato dal giudice, anche con l’ausilio di un esperto, risulterebbe incoerente con l’impostazione voluta dal legislatore.

Questo non implica però che la decisione della *Bundesprüfstelle* sia sottratta al sindacato giudiziale: il giudice amministrativo deve accertare che l’organismo decidente

sia partito da una completa e pertinente ricostruzione dei fatti, non abbia superato i confini della propria *Einschätzungsprärogative* ed abbia applicato i corretti criteri di giudizio. [La *Bundesprüfstelle*] deve altresì motivare il provvedimento con modalità che consentano la verifica giudiziale e pertanto lasciar riconoscere i criteri valutativi (*Beurteilungsmaßstäbe*) che ha posto a fondamento della propria decisione. La decisione di inserimento nell’indice delle pubblicazioni potenzialmente nocive è altrimenti soggetta ad annullamento.

L’ammissibilità costituzionale (e, in particolare, la compatibilità con l’articolo 19, comma IV, della Legge Fondamentale) del riconoscimento di un tale “porto franco” da un sindacato giudiziale pieno richiede una motivata considerazione da parte del Tribunale: la giustificazione addotta è che una tutela funzionale alla rimozione dell’illegittimità - quale quella garantita dalla citata norma costituzionale - non comporta come suo corollario, in una situazione in cui sussista la possibilità di più decisioni tutte egualmente legittime, che sia il giudice a doverne scegliere una in via definitiva¹¹².

Come anticipato, la sentenza in esame non ha tuttavia realmente rappresentato l’inversione di tendenza, rispetto al *trend* registratosi nel decennio precedente, che certa parte della dottrina ha creduto di riconoscere in tale pronuncia o comunque auspicato. La giurisprudenza successiva conferma infatti l’approccio secondo il

¹¹² Si specifica che “Diese Begrenzung der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung verletzt nicht Art. 19 Abs. 4 GG. Gerichtlicher Rechtsschutz dient der Abwehr von Rechtsverletzungen. Sind mehrere rechtmäßige Entscheidungen möglich, verlangt Art. 19 Abs. 4 GG nicht, daß die Auswahl unter ihnen letztverantwortlich vom Gericht getroffen wird”.

quale, salvo eccezioni - le quali devono essere legittimate da giustificazioni particolari - i concetti giuridici indeterminati sono pienamente sindacabili e non sussista un generale “spazio di valutazione” dell’amministrazione.

La dottrina rileva una convergenza tra le posizioni della giurisprudenza e gli assunti della *normative Ermächtigungslehre*, nella misura in cui sia i sostenitori della prospettiva da ultimo menzionata quanto i giudici invocano la necessità di un’investitura *diretta* dell’amministrazione alla *Letztentscheidungskompetenz* da parte del diritto materiale.

La ricorrenza di concetti giuridici indeterminati con spazio di valutazione viene quindi riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa negli anni successivi in diversi “gruppi di casi”, dalla natura eterogenea, con riferimento a decisioni relative ad esami dalla natura abilitativa (*Abitur*, ovvero esame di maturità, *Staatsexamen*, quali gli esami per l’abilitazione all’esercizio delle professioni legali o per l’ammissione alla facoltà di medicina); decisioni relative ad esami scolastici, universitari *et similia*¹¹³, valutazioni di servizio dell’amministrazione, quali riconoscimento di qualifiche, idoneità, valutazione delle prestazioni dei funzionari¹¹⁴; decisioni connotate da apprezzamenti altamente soggettivi (cosiddetti “*Akta wertender Erkenntnis*”) effettuate da organismi a composizione collegiale dotati di specifiche competenze ovvero composti da rappresentanti di interessi diversificati; decisioni prognostiche¹¹⁵, in situazioni di rischio¹¹⁶, in particolare nell’ambito del diritto dell’ambiente e dell’economia; decisioni basate su obiettivi e fattori relativi alla politica dell’amministrazione e alla politica economica.

Dal canto suo, la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, invocato in casi di asserite violazioni di diritti garantiti dalla Legge Fondamentale, ha avallato il

¹¹³ Sentenza del 12.11.1979, in “Die Öffentliche Verwaltung”, 1980, 380; sentenza del 9.12.1992, in BVerwGE 91, 262; sentenza del 24.2.1993, in BVerwGE 92, 132.

¹¹⁴ Sentenza del 13.5.1965, in BVerwGE 21, 127; sentenza del 26.6.1980, in BVerwGE 60, 245; sentenza del 24.11.1994, in BVerwGE 97, 128, 129; sentenza del 22.9.1988, in BVerwGE 80, 224, 225 s.; sentenza del 25.2.1993, in BVerwGE 92, 147, 149; sentenza del 19.3.1998, in BVerwGE 106, 263, 266 ss.; sentenza del 4.9.1999, in BVerwGE 111, 22, 23.

¹¹⁵ Sentenza del 15.4.1988, in BVerwGE 79, 208, 213; sentenza del 7.9.1989, in BVerwGE 82, 295, 299 ss.

¹¹⁶ Sentenza del 19.12.1985, in BVerwGE 72, 300, 316 s.; sentenza del 19.1.1989, in BVerwGE 81, 185, 190 ss.

riconoscimento di uno spazio di valutazione nei gruppi di casi che precedono, in taluni casi restringendone o “puntellandone” la portata.

Può concludersi, tuttavia, che il principio della controllabilità piena ha conosciuto una serie progressiva di eccezioni¹¹⁷. Negli ultimi anni la tendenza non è stata smentita.

Si ritiene utile un’indagine diretta sui materiali delle decisioni che consenta di apprezzare, nelle circostanze del caso singolo, la portata dei *dicta* giurisprudenziali, anche al fine di verificare se sussistano punti di convergenza con le posizioni che in analoghe situazioni potrebbe assumere il giudice italiano. A tal fine, si propone, nei paragrafi che seguono, una selezione di pronunce rappresentative del riconoscimento di uno spazio di valutazione dell’amministrazione nei gruppi di casi summenzionati.

4.3 Il riconoscimento di un *Beurteilungsspielraum* nel cosiddetto *Prüfungsrecht*

Per quanto concerne il primo dei settori citati, quello del cosiddetto *Prüfungsrecht*, la nostra analisi parte dalla sentenza che ha aperto la strada al riconoscimento di uno spazio di valutazione in quest’ambito, per poi prendere in esame due successive pronunce del *Bundesverfassungsgericht*. In questo più che in altri “settori” in cui è stato riconosciuto uno spazio di valutazione la giurisprudenza costituzionale è infatti intervenuta in funzione *correttiva* della giurisprudenza amministrativa, per precisarne (*rectius*, circoscriverne) la portata. Sembra interessante esaminare le modalità con cui questo intervento è stato concretamente svolto, dal momento che la pronuncia costituzionale consente comunque sufficientemente di apprezzare l’*iter* secondo cui la vicenda giudiziale si è svolta davanti al giudice amministrativo.

La sentenza cardine in materia è rappresentata dalla pronuncia del *Bundesverwaltungsgericht* del 24 aprile 1959 (BVerwGE 8, 272). La vicenda origina

¹¹⁷ Questo è avvenuto, secondo D. DE PRETIS, *op. cit.*, p. 101, “sia attraverso la miglior definizione dei campi tradizionalmente ‘riservati’ all’amministrazione [...] sia attraverso il riconoscimento (peraltro operato di volta in volta) di singoli casi nei quali l’estrema soggettività del giudizio da compiere suggerisca l’opportunità di escludere che esso possa essere svolto in via sostitutiva dal giudice”.

dalla mancata promozione di una ginnasiale alla classe successiva, deliberata dal consiglio di classe sulla base delle votazioni insufficienti riportate nelle lingue inglese e francese, tali da non potersi ritenere compensate dalle migliori prestazioni nelle materie scientifiche. I genitori della ginnasiale promuovevano pertanto un'azione volta all'annullamento della bocciatura e alla condanna dell'amministrazione scolastica alla promozione, lamentando diverse violazioni del procedimento: la mancata redazione del verbale della riunione del collegio in cui la decisione era stata assunta e l'assenza di alcuni membri del corpo insegnante, nonché l'erroneità delle valutazioni relative alle prestazioni dell'allieva, che avrebbero dovuto invece essere reputate sufficienti. Si allegava tra l'altro che un'insegnante in particolare aveva delle prevenzioni nei confronti della ragazza e l'aveva per questo giudicata sfavorevolmente. Un'ulteriore doglianza era relativa alla circostanza che il collegio non aveva operato una compensazione tra le prestazioni meno brillanti e quelle più positive, nonostante sussistesse una prassi consolidata in tal senso. Ciò doveva essere ascritto alla circostanza che alcuni insegnanti disapprovavano il coinvolgimento della ragazza in gruppi *scout*.

L'amministrazione resistente aveva opposto che la decisione rientrava a ragion veduta nell'ambito della discrezionalità ad essa riservata; la sua legittimità non risultava scalfita né da carenze di natura procedimentale né da altri vizi.

Il Tribunale di prima istanza annullava il provvedimento di bocciatura ma non accoglieva l'azione di adempimento, rilevando come la decisione rientrasse nella discrezionalità di valutazione ("*das wertende Ermessen*") dell'amministrazione, poggiando sulla valutazione tecnica e pedagogica della complessiva personalità degli allievi. Il sindacato giudiziale di tale decisione doveva pertanto ritenersi limitato alla verifica dell'eventuale sussistenza di violazioni del procedimento o di un *Ermessensfehler*. Un grave vizio procedimentale invero doveva essere rilevato, in quanto non era stato redatto il verbale della riunione del consiglio di classe. Il consiglio di classe avrebbe quindi dovuto ripetere la procedura decisionale e determinare se le carenze riportate nelle lingue inglese e francese fossero di natura tale da poter comunque supportare una promozione alla classe successiva, secondo le prassi generali e quelle specificamente invalse presso l'istituto scolastico resistente.

Sia i ricorrenti che l'amministrazione resistente proponevano appello contro la pronuncia del *Verwaltungsgericht*. In corso di causa la figlia dei ricorrenti era stata promossa alla classe successiva in una diversa scuola. Si chiedeva pertanto al tribunale di secondo grado solo di accertare se la decisione del consiglio di classe fosse da ritenersi illegittima.

L'*Oberverwaltungsgericht* rigettava l'appello proposto dai genitori dell'allieva e accoglieva invece quello promosso dall'amministrazione. Sottolineava che la decisione di promozione alla classe successiva non rappresentava una valutazione discrezionale, ma un apprezzamento di natura tecnico-scientifico-pedagogica il cui sindacato doveva ritenersi comunque soggetto a limiti, dal momento che all'amministrazione è riconosciuto un *Beurteilungsspielraum*. Tali limiti sono compatibili con il dettato costituzionale. Questo implica che il provvedimento amministrativo e le valutazioni di prestazioni e di idoneità che ne costituiscono il fondamento possono essere soggette ad un controllo circoscritto alla verifica che sia stato applicato il procedimento prescritto e che misure di presidio di principi sostanziali del diritto, quale quello di proporzionalità, siano state rispettate. Con riferimento alla vera e propria valutazione pedagogico-scientifica il giudice può verificare se l'amministrazione sia partita da una errata ricostruzione delle circostanze di fatto o abbia travalicato i confini del proprio spazio di valutazione, in particolare se non abbia osservato principi di applicazione generale che presiedono alle valutazioni o si sia lasciata guidare da valutazioni estranee. Secondo l'*Oberverwaltungsgericht*, un'analisi così condotta portava alla conclusione che il provvedimento in questione non risultava viziato nei termini di cui sopra e pertanto non poteva essere considerato illegittimo.

I genitori dell'allieva proponevano quindi un'istanza di *Revision* al *Bundesverwaltungsgericht*.

Merita sottolineare che il diritto scolastico apparteneva all'epoca dei fatti alla competenza degli stati federati e il *Bundesverwaltungsgericht*, anche precedentemente all'entrata in vigore del VwGO, non poteva conoscere della sua applicazione. Pur tuttavia, rientrava già nella sfera delle sue attribuzioni verificare se l'ammissibilità della tutela amministrativa fosse stata legittimamente affermata o

negata e se il giudice avesse rispettato le norme di procedura.

Per quanto concerne i confini del sindacato giudiziale relativo alle valutazioni di natura pedagogico-scientifica, il *Bundesverwaltungsgericht* sposa le conclusioni dell'*Oberverwaltungsgericht* così argomentando:

Il giudizio sul valore di una prestazione intellettuale può atteggiarsi in termini molto diversi. Per attenuare o evitare gli svantaggi che ne derivano, l'esaminando di regola fornisce la prova di più prestazioni d'esame, giudicate da esaminatori diversi. L'insegnante osserva l'allievo per un periodo più lungo ed elabora un giudizio bilanciato. L'ordinamento obbliga l'insegnante e l'esaminatore a valutare le prestazioni dell'allievo e dell'esaminato secondo la propria migliore scienza e coscienza. Non li obbliga invece a formulare lo stesso giudizio che potrebbe essere formulato ex post da un consulente esterno al quale possa essere richiesto di valutare la prestazione. Insegnante ed esaminatore non sono neppure obbligati a costruire un giudizio sintetico sulla base di formule aritmetiche: possono, al contrario, basare la propria valutazione sull'impressione complessiva. Ne consegue che la valutazione della prestazione dell'allievo e dell'esaminando non potrebbe essere messa in discussione da un giudice che, basandosi sul parere di un esperto, ritenesse di valutare quella prestazione diversamente o ritenesse che dal confronto delle singole prestazioni dovrebbe risultare una valutazione complessiva non corrispondente a quella data.

La conclusione che dalla natura stessa di questa tipologia di valutazioni non può che discendere un limite al sindacato giudiziale deriva anche, per il *Bundesverwaltungsgericht*, da una diversa considerazione:

ammettiamo che il giudice dovesse operare un sindacato pieno di tali valutazioni: basandosi sulla propria formazione potrebbe formulare un giudizio sulle capacità espressive di un allievo nelle lingue inglese e francese o sulle capacità di uno studente di diritto. Sarebbe per lui difficile se non impossibile attribuire un voto, dal momento che il singolo voto è in relazione a tutti i voti che devono essere attribuiti ad altri allievi o esaminandi. Deve essere individuata una media, prima che possano essere attribuiti voti superiori o inferiori alla media. Se si tratta tuttavia di esami di natura tecnica o inerenti settori di cui il giudice per sua formazione capisce poco, sarebbe per lui del tutto impossibile sindacare in maniera sensata la valutazione data. Dovrebbe affidarsi al giudizio di un esperto. Il senso di un esame è tuttavia che l'esaminando provi le proprie capacità ad un esaminatore che basa il proprio giudizio su una esperienza costruita anche in altre circostanze d'esame. L'*Oberverwaltungsgericht* a ragione fa discendere dalla natura giuridica dell'esame la conclusione che il giudice può sindacare le valutazioni tecnico-scientifiche solo limitatamente alla verifica che l'esaminatore non sia partito da una errata ricostruzione delle circostanze di fatto, abbia osservato i principi

generali che presiedono alla formulazione di valutazioni e non si sia lasciato fuorviare da considerazioni estranee. L'ordinamento prevede solo questo tipo di confini. All'interno del perimetro così delineato insegnante ed esaminatore si muovono secondo la propria scienza e coscienza.

Ma tale limitazione del sindacato giudiziale è compatibile con il dettato costituzionale? Il *Bundesverwaltungsgericht* non ha dubbi:

lo Stato di diritto basato sul principio della divisione dei poteri secondo l'impronta della Legge Fondamentale non richiede che il giudice verifichi l'esercizio del potere esecutivo *in jedem Punkte*. Esso prescrive la coesistenza (*Miteinander*) dei poteri. Consente quindi che all'amministrazione sia attribuita discrezionalità, circoscrivendo l'intervento del potere giudiziario nei limiti del sindacato di legittimità. L'*Oberverwaltungsgericht* si pone il dubbio relativo alla costituzionalità dell'attribuzione all'amministrazione di un *Beurteilungsspielraum* perché è restio ad applicare alle possibilità di valutazione di esaminatori e insegnanti il §23, terzo comma, del *Militärregierungsverordnung* (MRVO) 165.

Tale legge, applicabile nelle aree della Germania occidentale occupate dalle forze britanniche, prevedeva al §23, primo comma, che il giudice amministrativo potesse sindacare un provvedimento solo al fine di verificare se esso fosse legittimo o meno. Il terzo comma del medesimo §23 stabiliva tuttavia che, nel caso in cui la legge aprisse alla possibilità di più soluzioni, come attraverso il ricorso all'espressione "secondo la propria discrezionalità", il giudice potesse solo verificare se l'amministrazione si fosse mossa nel perimetro di tale discrezionalità.

Sottolinea il *Bundesverwaltungsgericht* che

[l'*Oberverwaltungsgericht*] evita di utilizzare l'espressione "*Ermessen*". Per indicare una tipologia di attività libera (*Betätigungsfreiheit*), in relazione alla quale il comportamento dell'amministrazione non si determina attraverso una manifestazione di volontà (*Willensentschluß*) quanto piuttosto attraverso un processo di cognizione (*einen Vorgang der Erkenntnis*), in passato, in contrasto all'uso dell'espressione "discrezionalità volitiva ("*volitiven Ermessen*") veniva felicemente utilizzata l'espressione "discrezionalità di valutazione" ("*wertendes Ermessen*") o "discrezionalità cognitiva" ("*cognitives Ermessen*") (Bender, DVBl 1953, p. 33 [37]; Reuß, DVBl 1953, p. 585). Recentemente viene preferita da qualcuno l'espressione "*Beurteilungsspielraum*" (Bachof, JZ 1955, p. 97 [98]). Anche l'*Oberverwaltungsgericht* segue questo uso linguistico. Si tratta di concetti di supporto (*Hilfsbegriffe*), elaborati e forgiati dalla dottrina, per cercare di penetrare e di dare voce alla sostanza delle norme giuridiche, che, quando portano ad un risultato, danno un aiuto significativo all'amministrazione

nell'applicazione della legge e ai giudici. Le espressioni “*unbestimmter Rechtsbegriff*” e “*Beurteilungsspielraum*” non sono ancora state recepite nel dettato normativo. Le norme che disciplinano il procedimento parlano di “*Ermessen*” dell'amministrazione per i casi in cui l'ordinamento contenga una pluralità di soluzioni e si prescrive pertanto al giudice di rispettare questa “*Mehrdeutigkeit*”. Da un punto di vista procedurale si rimane nell'ambito di applicazione del §23 Abs. 3 MRVO 165, anche se la comprensione della natura dell'agire amministrativo legittima l'introduzione del concetto di “*Beurteilungsspielraum*” (si confronti BVerwGE 4, 89 [92]; R. Klein, Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 82 p. 75 [97, 103]; Glosse, NJW 1959, S. 711). È da rilevare che l'*Oberverwaltungsgericht* descrivendo i confini del *Beurteilungsspielraum* si serve di espressioni, del tutto simili a quelle utilizzate per descrivere i confini della discrezionalità¹¹⁸.

Alla luce di quanto precede, il *Bundesverwaltungsgericht* conclude che non ha errato l'*Oberverwaltungsgericht* nell'astenersi dal criticare le valutazioni riportate dall'allieva nelle lingue inglese e francese e dal censurare la mancata compensazione tra le valutazioni riportate in tali materie e quelle più favorevoli riportate in altre.

Era ben possibile invece ai ricorrenti far valere la circostanza che un'insegnante avesse attribuito all'allieva un voto non legittimo a causa di una personale antipatia nutrita verso essa. In relazione a questo profilo, tuttavia, il *Bundesverwaltungsgericht* rileva come il tribunale di primo grado abbia acquisito ampie prove attraverso l'audizione del corpo insegnante e l'*Oberverwaltungsgericht* abbia ritenuto di rigettare le relative censure sulla base di considerazioni che resistono al sindacato del Tribunale amministrativo federale nell'ambito della procedura di *Revision*.

Dal momento che il tribunale di seconda istanza, quando esclude che ricorra una violazione delle norme del procedimento, si muove nell'ambito del diritto del singolo *Land*, la questione esorbita dalla sfera di cognizione del Tribunale amministrativo federale, che non può conoscere, come visto, dell'applicazione del diritto statale. Il tribunale di seconda istanza aveva rilevato come prescrizioni di natura formale, quale quella di verbalizzazione della riunione del consiglio di classe, non potessero essere certo interpretate in maniera stringente solo perché altrimenti il sindacato del giudice

¹¹⁸ Così facendo, il *Bundesverwaltungsgericht* non si pone in contrapposizione rispetto ad altri precedenti che utilizzano il concetto di “*Beurteilungsspielraum*” dal momento che anche in tali pronunce il conferimento di uno spazio di valutazione è giudicato costituzionalmente “sicuro”. Il rinvio è a BVerwGE 5, 153 [162]; BVerwGE 6, 177 [179, 182]; nonché alla sentenza del 27 febbraio 1959, BVerwG VI C 235/57, p. 13.

ne sarebbe risultato aggravato. Aveva così corretto l'errore in cui era incorso il tribunale di prima istanza, restando nell'ambito della propria sfera di cognizione e adempiendo all'obbligo di sindacato che grava su di esso: non ci sono dunque gli estremi per un accoglimento dell'istanza di *Revision*, che viene rigettata dal *Bundesverwaltungsgericht*.

La dottrina, dando in realtà solo superficialmente ragione delle motivazioni a supporto della sentenza, ne sintetizza la portata sostenendo che, nel riscontrare la sussistenza di uno spazio di valutazione nel caso di apprezzamenti in ambito scolastico di natura pedagogico-scientifica, il *Bundesverwaltungsgericht* li giustifica asserendo l'impossibilità di ripetere la situazione d'esame, ovvero di riproporre le circostanze di fatto che hanno originato la valutazione scientifica e in particolare appellandosi all'impossibilità di riproporre un confronto con le valutazioni degli altri candidati¹¹⁹. Il dato rilevante ai fini dell'esercizio oggetto del presente lavoro è tuttavia un altro: il giudizio dell'insegnante, così come la valutazione di una prestazione d'esame, possono - secondo il *Bundesverwaltungsgericht* - essere verificate soltanto "estrinsecamente", limitatamente cioè al rispetto da parte dell'esaminatore delle prescrizioni relative al procedimento; alla partenza di una pertinente ricostruzione delle circostanze di fatto; al rispetto delle norme generali che presiedono alle valutazioni; alla verifica che il valutatore non si sia lasciato guidare da valutazioni estranee.

Tre decenni dopo, in due contestuali pronunce del *Bundesverfassungsgericht* del 1991, il riconoscimento di uno spazio di valutazione nel cosiddetto *Prüfungsrecht*, suggellato dalla pronuncia del *Bundesverwaltungsgericht* sopra citata, viene giudicato non pienamente conforme al dettato costituzionale¹²⁰ per quanto concerne gli esami che condizionano l'accesso al mondo del lavoro.

La prima sentenza (BVerfGE 84, 34)¹²¹ scaturisce dal ricorso di due candidati che asserivano leso il diritto costituzionalmente garantito alla tutela giudiziale in quanto due decisioni relative alla valutazione dell'esame di abilitazione alle professioni

¹¹⁹ Cfr. H. MAURER, *op. cit.*, p. 160 s.

¹²⁰ Cfr. *ibidem*. Sulle pronunce in esame cfr. anche P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania, cit.*

¹²¹ BVerfG, 17.04.1991 - 1 BvR 419/81; 1 BvR 213/83.

giuridiche che assumevano errate erano state assoggettate ad un sindacato limitato, sia nell'ambito del *Widerspruchverfahren* che davanti al giudice amministrativo.

Il primo ricorrente aveva superato il secondo esame di abilitazione con il voto finale di “soddisfacente”. Riteneva tuttavia di essere stato penalizzato in ciascuna delle tre parti che costituivano la prova d'esame. Aveva quindi promosso il *Widerspruchverfahren* contro la predetta decisione, ma l'opposizione era stata rigettata.

Impugnato il provvedimento, ne aveva chiesto l'annullamento e contestualmente la condanna dell'amministrazione a valutare la sua prestazione con il voto di “pienamente soddisfacente”. Chiedeva, in subordine, il rinnovo della procedura d'esame. Il tribunale amministrativo aveva rigettato il ricorso asserendo la sussistenza nel caso di specie di uno spazio di valutazione dell'esaminatore, i cui confini non risultavano essere stati superati.

Il ricorrente aveva quindi impugnato la sentenza presso l'*Oberverwaltungsgericht*, che si era pronunciato in linea con il primo grado.

Il *Bundesverwaltungsgericht* aveva negato la possibilità di una *Revision* escludendo che il giudice amministrativo potesse ingerirsi nella valutazione della prestazione del candidato.

Il secondo ricorrente non aveva superato il primo dei due esami di abilitazione all'esercizio delle professioni legali, ottenendo una valutazione significativamente insufficiente in tutte e tre le parti della prova. Con particolare riferimento a una di esse (l'“elaborato da predisporre a casa”), lamentava che entrambi gli esaminatori coinvolti avevano giudicato come grossolanamente errata sotto più profili una sua presa di posizione che era invece da ritenersi giustificata alla luce dei riferimenti dottrinali che erano stati citati a supporto e in considerazione dello stato della discussione scientifica in materia. Nell'ambito del *Widerspruchverfahren* gli esaminatori avevano parzialmente ammorbidito la critica alla citata presa di posizione del candidato, ritenendo comunque non sufficientemente approfondita la relativa problematica e ribadendo nel complesso la valutazione originaria.

Nei diversi gradi di giudizio era stata invocata dai giudici la sussistenza di uno spazio di valutazione dell'amministrazione.

Il Tribunale costituzionale, investito di entrambe le vicende, sottolinea come il diritto alla tutela giudiziale garantito dall'articolo 19, comma IV, della Legge Fondamentale non implichi soltanto la possibilità dell'accesso alla via giudiziale, ma anche la necessità che la tutela ricevuta sia efficace. Il cittadino ha diritto ad un controllo giudiziale *oggettivamente efficace* cui corrisponde l'obbligo del giudice di esercitare un sindacato pieno rispetto al provvedimento impugnato. Questo preclude in principio un vincolo del giudice all'accertamento e alle valutazioni compiute nel corso del procedimento¹²².

La situazione giuridica tutelata non origina tuttavia dall'articolo 19, comma IV, della Legge Fondamentale, ma è presupposta da tale norma. L'accesso alla tutela giudiziale e l'intensità del relativo controllo devono essere funzionali all'applicazione del diritto materiale e devono risultare atti allo scopo. Se il provvedimento impugnato si fonda sull'applicazione di concetti giuridici indeterminati, la concretizzazione degli stessi rientra nella sfera di attribuzione dei tribunali, che devono sindacare senza limiti l'applicazione fattane dall'amministrazione: le regole che disciplinano il sindacato sull'esercizio della discrezionalità non valgono per i concetti giuridici indeterminati.

I concetti giuridici indeterminati possono tuttavia risultare particolarmente vaghi a causa della forte complessità o della particolare dinamica della materia; la loro concretizzazione può risultare così difficile, che il controllo del giudice viene a scontrarsi con i *confini funzionali della attribuzione giudiziale*. In questi casi può riconoscersi uno spazio decisionale in capo all'amministrazione senza con ciò violare i principi dello Stato di diritto.

In relazione alle valutazioni attinenti esami che condizionano l'accesso al mondo del lavoro sussistono delle particolarità.

Esami di Stato che limitino l'accesso alle professioni accademiche richiedono infatti valutazioni complesse, che devono essere effettuate avendo riguardo al diritto all'uguaglianza nelle possibilità di tutti i soggetti che cercano lavoro, sancito dall'articolo 3 della Legge fondamentale. Ne risulta uno spazio di valutazione (*Prüfungsrechtlicher Bewertungsspielraum*). Questo è tuttavia limitato alle

¹²² Cfr. §46 e 47.

prüfungsspezifische Wertungen (valutazioni specificamente attinenti all'esame) e non si estende fino a ricomprendere tutte le questioni tecniche (*fachlichen Fragen*) che costituiscono oggetto della prova¹²³. La valutazione della prestazione in un esame di accesso al mondo del lavoro è una decisione giuridicamente vincolata dell'esaminatore. Ciò non vale solo relativamente alla determinazione sul superamento o meno dell'esame: se la legge prevede che un esame sia valutato attraverso l'attribuzione di voti secondo una scala, anche questa circostanza influenza significativamente le possibilità di accesso al mondo del lavoro, dal momento che la scelta di un posto specifico è condizionata dall'aver ottenuto un certo voto. Pertanto anche questo tipo di valutazione deve essere adottata avendo riguardo ai citati diritti costituzionalmente garantiti. Nonostante il rilevante impatto pratico e la rilevanza costituzionale di questo tipo di valutazioni i relativi criteri sono definiti dalla legge in modo solo impreciso. Ciò solo non renderebbe a monte impossibile il controllo giudiziale e non potrebbe giustificare l'attribuzione di uno spazio di valutazione all'amministrazione. Subentra però un elemento decisivo: gli esaminatori devono tenere conto delle valutazioni e dell'esperienza sviluppata attraverso l'esercizio della funzione in situazioni d'esame analoghe. La normativa che disciplina le prove d'esame rende chiaro questo passaggio nella misura in cui utilizza come parametro il criterio delle prestazioni "medie". Anche la valutazione di mancato superamento dell'esame (che è la misura di una prestazione da ritenersi insufficiente) non può essere effettuata prescindendo dalla considerazione della media dei risultati. Ne consegue che il voto non può essere considerato isolatamente, ma si colloca in un sistema di relazioni influenzato dall'esperienza personale dell'esaminatore. Nel contesto del processo che scaturisce dal ricorso di un singolo candidato, il tribunale - anche con l'ausilio di un consulente tecnico - non può ricostruire i criteri di valutazione che l'esaminatore ha utilizzato, avendoli sviluppati attraverso l'esperienza di prove d'esame analoghe: si troverebbe dunque a pronunciarsi con riferimento a una *ricostruzione della vicenda d'esame soltanto abbozzata*. Dovrebbe cioè adottare criteri di valutazione propri e sostituirsi all'esaminatore. Non si tratta quindi solo di difficoltà pratiche, ma di un problema costituzionale. Il principio di

¹²³ Cfr. §49.

“eguaglianza nelle possibilità” che governa il diritto degli esami impone che per candidati comparabili valgano, per quanto possibile, comparabili criteri di valutazione. Non sarebbe compatibile con questo principio il riconoscimento a favore di un candidato della possibilità di ottenere una valutazione indipendente dal contesto in virtù della proposizione di un ricorso.

Il Tribunale federale sottolinea come tale posizione sia in linea con quanto sostenuto nell’ambito del giudizio da cui origina la pronuncia. I confini dello spazio di valutazione relativo alla disciplina degli esami scaturiscono dalla legittimazione costituzionale di tale spazio e determinano contestualmente l’ambito del sindacato giudiziale garantito dall’articolo 19, comma IV, della Legge Fondamentale. Soltanto le valutazioni specificamente attinenti l’esame rientrano nella *Letztentscheidungskompetenz* dell’amministrazione. La sussistenza della *Letztentscheidungskompetenz* non implica una preclusione del sindacato giudiziale, ma solo la sua limitazione, in quanto lo spazio di valutazione ha confini il cui rispetto deve essere giudizialmente accertato.

Il Tribunale costituzionale federale richiama i parametri elaborati dalla giurisprudenza amministrativa per identificare un superamento dei confini dello spazio di valutazione. Si presta il fianco a una revisione giudiziale se l’amministrazione è incorsa in vizi del procedimento, ha disconosciuto il diritto applicabile, è partita da presupposti di fatto errati, ha violato criteri generali che presiedono le valutazioni o si è lasciata guidare da considerazioni estranee. Il *Bundesverfassungsgericht* rileva come questa formula, che riecheggia modalità di sindacato delle valutazioni discrezionali, sia così astratta da non lasciar intendere quale sia la profondità del sindacato¹²⁴. Diventa quindi decisivo comprendere quali sono i presupposti al ricorrere dei quali si ritengono violati criteri generali che presiedono le valutazioni ovvero si ritenga che la decisione sia stata contaminata da valutazioni estranee. Il Tribunale costituzionale federale sottolinea come il Tribunale amministrativo federale abbia sviluppato dei criteri che precludono al giudice il sindacato di questioni tecniche, che possono essere affrontate solo con l’ausilio degli esperti della specifica materia. Il controllo relativo alla violazione del divieto di

¹²⁴ Cfr. §56.

arbitrio è limitato a casi estremi in cui una valutazione risulta possibile anche senza ricorso a specifici apprezzamenti tecnici¹²⁵.

Quando si tratti di valutazione che influenzano l'ingresso nel mondo del lavoro una così ampia circoscrizione del sindacato giudiziale non è tuttavia in linea con l'articolo 19, comma IV, della Legge Fondamentale.

Il primo e il secondo esame di Stato giuridico precludono ai candidati l'accesso alle professioni desiderate se essi non soddisfano i requisiti di competenza minimi; lo scopo cui è ordinato l'esame condiziona anche il tipo di valutazione. Ne consegue che risposte pertinenti o soluzioni possibili non possono in principio essere valutate come errate e portare alla bocciatura. Nella misura in cui la correttezza o la pertinenza di soluzioni proposte non possono, a causa della specificità della domanda d'esame, essere univocamente determinate, il giudizio lascia spazio a punti di vista differenti e deve riconoscersi uno spazio di valutazione dell'esaminatore, cui d'altro canto deve corrispondere un corrispondente "margine di risposta" per l'esaminato: una soluzione in astratto *rappresentabile*, supportata da argomentazioni fondate non può essere considerata errata. Allo stesso modo, una revisione giudiziale viene in considerazione solo quando un errore di valutazione ha inciso sull'attribuzione del voto. Il tribunale può esperire questa verifica di causalità in relazione all'esame dei vizi del procedimento: se l'incidenza dell'errore non è da escludere, il tribunale non può sostanzialmente sostituire la valutazione della prestazione, ma solo annullare la decisione. Ciò ha come conseguenza che gli esaminatori devono effettuare una nuova valutazione. A seconda della tipologia di errore possono pensarsi anche casi in cui deve essere riconosciuta al candidato la possibilità di ripetere l'esame. Il *Bundesverfassungsgericht* sottolinea che, nel caso di specie, nonostante nei diversi gradi di giudizio i giudici abbiano ritenuto di esercitare un sindacato limitato, le motivazioni del giudizio di prima istanza richiamate nei gradi successivi mostrano che anche l'esercizio di un sindacato più stringente non avrebbe portato all'annullamento del provvedimento impugnato. Il secondo ricorrente si è infatti concentrato su un'unica censura: la critica alla sua presa di posizione nel lavoro a casa, giudicata dagli esaminatori come errata, anche se corrispondente a una

¹²⁵ Cfr. §56. Sul divieto di arbitrio si veda *infra*, nota 156.

posizione dottrinale. Il giudice avrebbe dovuto esaminare siffatta questione se non fosse stata esclusa *a priori* la possibilità che la critica degli esaminatori avesse inciso sull'attribuzione del voto. Tale rapporto causale non risulta però dall'accertamento operato. Anche per quanto concerne il primo ricorrente l'adozione di un sindacato più intenso non avrebbe comunque portato all'annullamento del provvedimento. Entrambi i ricorsi sono quindi giudicati infondati.

La seconda pronuncia del Tribunale costituzionale (BVerfGE 84, 59) origina da due vicende relative al mancato superamento di prove, organizzate in forma di test a scelta multipla, rispettivamente relative all'accesso alla facoltà di medicina e alla conclusione del relativo ciclo di studi.

La prima ricorrente lamentava che alcuni dei quiz proposti presupponessero conoscenze non reperibili nei normali libri di testo. Altri quiz proponevano serie di alternative, nessuna delle quali risultava pertinente.

Per quanto concerne un quiz in cui si sottoponeva ai candidati un'immagine raffigurante la parte superiore del corpo umano, chiedendo di abbozzare una diagnosi, la risposta proposta come corretta appariva secondo la ricorrente meno pertinente di quella da lei effettivamente scelta.

Il secondo ricorrente non aveva invece superato la prova scritta della terza parte dell'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione medica; aveva risposto correttamente solamente a centosei domande a fronte delle centootto risposte necessarie per il superamento della prova. Sottolineava però che una delle due risposte ritenute errate corrispondeva ad una risposta che, in occasione dei test dell'anno precedente, era stata data per corretta in relazione alla stessa domanda.

Con riferimento alla prima vicenda, il tribunale amministrativo aveva invocato uno spazio di valutazione dell'amministrazione, poi circoscritto nella sua ampiezza dal tribunale di secondo grado.

Anche in relazione alla seconda vicenda era stato invocato uno spazio di valutazione dell'amministrazione che, secondo il *Verwaltungsgericht* ricomprendeva non solo la determinazione dell'esattezza della risposta, ma anche la formulazione della domanda. Aveva ritenuto il *Verwaltungsgericht* che soltanto quando una domanda o una risposta non possono ritenersi legittime sotto alcun punto di vista scientifico -

oppure quando l'organo deputato alla loro formulazione le ritiene non risolvibili, incomprensibili, passibili di interpretazioni diverse - viene in considerazione la possibilità di una correzione/revisione.

Il *Bundesverfassungsgericht*, investito della questione in relazione all'asserita violazione del diritto all'effettività della tutela sottolinea, ricollegandosi alla pronuncia resa parallelamente nella stessa giornata, come anche in relazione ai test a scelta multipla si possano riscontrare valutazioni specificamente attinenti all'esame, che devono essere soggette ad un sindacato solo limitato da parte del giudice. Si tratta specificamente di quelle che presiedono alla formulazione delle domande e delle alternative di risposta, indicanti quali sono le conoscenze imprescindibili che gli esaminandi devono possedere e quali sono i pesi da attribuire alle lacune nella conoscenza - compito questo di organismi specifici.

Lo spazio di valutazione così riconosciuto è tuttavia circoscritto, perché altrimenti non sarebbe garantita l'effettività della tutela¹²⁶.

In primis, i tribunali devono controllare l'osservanza da parte dell'amministrazione delle prescrizioni normative. La disciplina degli esami di medicina impone che le questioni sottoposte ai candidati rendano possibili risultati affidabili della prova. Nel caso di test a scelta multipla esse rispettano tale criterio qualora i quiz siano formulati in maniera chiara, comprensibile, univoca e non suscettibile di contestazioni. Inoltre devono corrispondere allo schema in base al quale l'esaminando si aspetta da ciascun quiz una risposta esatta e quattro alternative errate. Un quiz che non rispetti questi requisiti viola norme sostanziali del procedimento. I tribunali devono conoscere tale vizio eventualmente con l'aiuto di consulenti e non sono vincolati all'amministrazione. Il *Bundesverfassungsgericht* richiama la posizione del *Bundesverwaltungsgericht*, secondo il quale un controllo di correttezza scientifica è in generale precluso ai tribunali. Secondo il Tribunale costituzionale federale, tuttavia, ciò non è in linea con l'articolo 19, comma IV, della Legge Fondamentale. Decisioni relative alla correttezza scientifica delle risposte non sono sottratte al controllo del giudice nei casi in cui, nonostante il quiz sia formulato in modo chiaro e si presenti formalmente immune da vizi, l'esaminato ritenga l'interpretazione

¹²⁶ Cfr. §63 ss.

dell'esaminatore non corretta e pertanto non accetti il provvedimento a lui sfavorevole. Molte questioni scientifiche sono dibattute: nei casi dubbi si rileva il riconoscimento di uno spazio decisionale dell'amministrazione cui deve corrispondere il riconoscimento di un "margine di risposta" dell'esaminato¹²⁷.

I quiz a scelta multipla hanno la particolarità che l'esaminato non ha la possibilità di motivare la sua scelta. Ciò non deve tuttavia tradursi in una limitazione dello "spazio" di risposta da riconoscersi all'esaminato. Deve allo scopo essere sufficiente che la risposta prescelta corrisponda a conoscenze scientifiche consolidate, rinvenibili nei materiali di preparazione all'esame e che di regola i candidati affrontino la prova senza particolari difficoltà. È competenza dei tribunali, necessariamente con l'ausilio di consulenti, esercitare un sindacato corrispondente.

Inoltre deve rinvenirsi uno spazio di valutazione dell'amministrazione in relazione alla determinazione del grado di difficoltà delle prove: è infatti una valutazione che inerisce specificamente alla prova d'esame la decisione di quali conoscenze debbano ritenersi necessarie in ciascun segmento della formazione medica. Al tribunale spetta quindi solo di verificare se la decisione sia talmente lontana dagli schemi da apparire insostenibile agli occhi degli esperti della materia. Il *Bundesverfassungsgericht* conclude che in entrambi i giudizi i giudici amministrativi non hanno esercitato i loro doveri di controllo in modo completo, così violando l'articolo 19, comma IV, della Legge Fondamentale: nel caso del primo ricorrente, il tribunale amministrativo si è limitato (richiamando la giurisprudenza del *Bundesverwaltungsgericht*) ad un'*Evidenzkontrolle* molto generale. I giudici di seconda istanza hanno invece ritenuto esperibile un controllo di correttezza scientifica, nella forma di un ricorso a libri di testo garantiti e generalmente accettati, consultabili attraverso l'esperimento di una consulenza tecnica e sostenendo che ricade nella *Letztentscheidungskompetenz* dell'amministrazione ciò che non può essere accertato con questa modalità.

Il *Bundesverfassungsgericht* sottolinea come questa forma di controllo risulti non essere sufficiente per tutte le tipologie di problematiche che possono presentarsi, come mostrano chiaramente due delle specifiche doglianze, in particolare quella relativa al quiz in cui si chiede ai candidati di abbozzare una diagnosi relativamente

¹²⁷ Cfr. §66.

ad un'immagine del corpo umano: non ritenendo la questione “oggettivata” nella letteratura scientifica il tribunale di secondo grado non l'ha di fatto vagliata. Questo controllo, secondo il *Bundesverfassungsgericht*, sia pure più difficile, è comunque possibile con l'ausilio di un consulente¹²⁸.

In relazione alla vicenda del secondo ricorrente¹²⁹, il *Bundesverfassungsgericht* ritiene che i tribunali amministrativi abbiano rigettato le doglianze del ricorrente semplicemente appellandosi alla sussistenza di uno spazio di valutazione, senza neppure chiarire la circostanza relativa alla riproposizione del quiz per il quale il ricorrente allegava di aver reso una risposta conforme a quella ritenuta corretta in occasione dei test dell'anno precedente.

Il *Bundesverfassungsgericht* richiama la posizione del tribunale amministrativo di secondo grado in base alla quale gli esaminatori possono mutare il loro punto di vista senza motivarne il cambiamento e senza essere assoggettati ad un controllo giudiziale relativamente alla “sostenibilità” del loro punto di vista (*Vertretbarkeit*), per concludere che una *Letztentscheidungskompetenz* così configurata è incompatibile con l'articolo 19, comma IV, della Legge Fondamentale. In entrambi i casi deve ritenersi sussistere una violazione della Legge Fondamentale, con conseguente annullamento con rinvio delle decisioni oggetto di contestazione.

L'estensione dell'intensità del sindacato giudiziale risultante dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* sopra esaminata vale però solo per i *berufsbezogene Prüfungen* (gli esami che condizionano l'accesso al mondo del lavoro) e non per altre prove d'esame, sia pure di abilitazione, quali per esempio la *Jägerprüfung*, l'esame per l'ottenimento della licenza di caccia.

Qui valgono i criteri elaborati dalla giurisprudenza del *Bundesverwaltungsgericht*: il tribunale non può sostituire la valutazione basata sulle proprie competenze o su quelle dell'eventuale consulente tecnico a quella dell'esaminatore¹³⁰.

¹²⁸ Cfr. §73.

¹²⁹ Cfr. §74.

¹³⁰ §114, in F.O. KOPP, W.R. SCHENKE (a cura di), *VwGO. Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, München, 2013, p. 1459, numero a margine 31a, che rinvia a “NVwZ-Rechtsprechungs-Report”, 1999, p. 292.

Alla luce della disamina che precede è interessante interrogarsi sul comportamento che il giudice amministrativo italiano avrebbe tenuto nelle medesime circostanze. Ai fini di tale esercizio, sembra utile analizzare pronunce relative a contingenze quanto più possibile simili a quelle intorno alle quali verte la giurisprudenza tedesca che si sta esaminando.

Ritorniamo dunque alla fattispecie della mancata ammissione alla classe successiva di una ginnasiale, oggetto della sentenza del *Bundesverwaltungsgericht* che, come si è detto, inaugura il filone del riconoscimento di uno spazio di valutazione nel *Prüfungsrecht*, per considerare la sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI, n. 4663 del 2010. Analoga la situazione da cui origina il ricorso. Il genitore di un'allieva non promossa alla prima liceo impugna la bocciatura lamentando, tra l'altro, eccesso di potere in relazione a molteplici profili della decisione nonché disparità di trattamento, in quanto diversi allievi sarebbero stati ammessi alla classe successiva pur avendo ricevuto debiti formativi, come la ricorrente, che avrebbe invece subito arrotondamenti dei propri voti per difetto risultando non idonea con soli due voti gravemente insufficienti.

Il TAR Emilia-Romagna respinge il ricorso. Il Consiglio di Stato ritiene che l'appello non possa trovare accoglimento. Dopo aver ripercorso l'evoluzione della giurisprudenza in materia di sindacato relativo alla cosiddetta "discrezionalità tecnica", evocando il superamento del principio della sindacabilità sul piano del controllo solo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito ed il passaggio ad un controllo che deve estendersi all'attendibilità delle operazioni tecniche effettuate, "con possibile eccesso di potere giurisdizionale solo quando l'indagine del giudice di legittimità si sia estesa alla opportunità o alla convenienza dell'atto, con sostituzione della volontà dell'organo giudicante a quella dell'Amministrazione competente in materia, quando la valutazione dell'Amministrazione sia nell'ambito dell'attendibilità", sottolinea il Collegio che:

in base ai principi generali sopra sintetizzati [...] appare di assoluta evidenza la delicatezza del sindacato giurisdizionale in materia di valutazioni scolastiche, indirizzate non a selezionare i più meritevoli in base a parametri preordinati, come nelle prove concorsuali, ma a garantire un'efficace formazione dei giovani, secondo le finalità proprie dell'istruzione pubblica. Dette finalità

possono configurare la non ammissione alla classe superiore non come soccombenza rispetto ad altri soggetti, né come giudizio in assoluto negativo, ma come riconoscimento della necessità che alcuni singoli scrutinati rafforzino le proprie cognizioni di base, per affrontare senza sofferenza e maggiori possibilità l'ulteriore corso degli studi. Correlativamente l'interesse degli allievi e dei genitori, esercenti la patria potestà, deve identificarsi non nel perseguimento in ogni caso della cosiddetta promozione, ma nel corretto esercizio della potestà pubblica, finalizzata alla migliore possibile formazione culturale degli studenti.

Tale potestà risulta esercitabile con margini di discrezionalità tecnica particolarmente ampi, rimessi sia alla sensibilità che all'esperienza del personale docente: margini che, per quanto risulta dagli atti, non appaiono superati né esercitati in modo incongruo nel caso di specie.

Si configurano come “inammissibili contestazioni del merito valutativo” le considerazioni difensive riferite alla necessità di un “diverso apprezzamento del quadro delle insufficienze riportate [...], o l'incongruità del peggioramento, [...] o ancora la “scarsa sensibilità” degli insegnanti, che attraverso criteri meno restrittivi avrebbero dovuto arginare anche situazioni di abbandono scolastico”.

Le stesse considerazioni sopra svolte - circa il carattere ampiamente discrezionale del giudizio, da formulare per ogni singolo caso - inducono a respingere anche le argomentazioni difensive riferite a disparità di trattamento, anche a prescindere dalla genericità delle stesse, essendo le valutazioni scolastiche connesse ad un apprezzamento globale della personalità e delle capacità di recupero degli studenti, tale da rendere estremamente ardua [...] la configurabilità di situazioni identiche.

Le posizioni del giudice italiano risultano quindi sostanzialmente allineate a quelle del giudice tedesco: le contestazioni del merito valutativo davanti al giudice amministrativo sono inammissibili.

Il giudizio scolastico risulta comunque connesso ad un apprezzamento globale della personalità (e dunque al “*gesamter Eindruck*” del singolo docente) che, al di là dell'etichetta con la quale si voglia identificare il fenomeno, porta ad una sostanziale infungibilità del giudizio formulato, che potrà essere sindacato solo “estrinsecamente”.

Se ci si sposta tuttavia ad esaminare due fattispecie analoghe a quelle intorno a cui verte la giurisprudenza correttiva del *Bundesverfassungsgericht*, le conclusioni così raggiunte relative all'apparente allineamento delle due posizioni cambiano

parzialmente.

Considerando esemplificativamente un recente caso portato all'attenzione del Consiglio di Stato, relativo all'impugnazione della valutazione di insufficienza e conseguente mancata ammissione agli esami orali per l'abilitazione alla professione di avvocato, si riscontra un atteggiamento del giudice italiano che differisce profondamente dall'attitudine che, secondo il giudizio del Tribunale costituzionale federale tedesco, il giudice deve assumere per essere compatibile con il dettato della Legge Fondamentale.

La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3474 è conseguente all'impugnazione degli atti con cui la Sottocommissione per gli esami di avvocato presso la Corte d'appello di Salerno, che aveva giudicato insufficienti gli elaborati del ricorrente e non lo aveva ammesso alle prove orali. Il TAR Puglia accoglieva il ricorso, ritenendo immotivati i giudizi negativi espressi.

Il Consiglio di Stato rileva come dalla lettura della sentenza appaia che il Tribunale abbia *sovrapposto il proprio giudizio a quello della commissione*, scendendo nel dettaglio dei giudizi espressi¹³¹, “forse anche [...] per avventura condivisibili, ma che esorbitano dall'ambito delle competenze del Giudice amministrativo”.

Ricorda infatti come, secondo consolidata giurisprudenza sia propria che della Corte di Cassazione, i giudizi delle commissioni esaminatrici abbiano carattere tecnico e non discrezionale e siano soggetti a sindacato giurisdizionale solo per palese irragionevolezza o travisamento dei fatti:

il giudizio amministrativo è il luogo in cui la valutazione della commissione di esame può essere apprezzata *ab extrinseco*, nei termini di cui prima si è detto, non la sede per contrapporre giudizi di merito (i quali, per definizione, possono sempre rivestire una certa misura di soggettività), salvo il caso in cui tali giudizi siano chiaramente irragionevoli ed arbitrari; il che non si verifica nella specie. Non a caso, d'altronde, proprio per questa ragione è stata costantemente affermata l'irrelevanza dei pareri *pro veritate*, eventualmente adottati a contrastare i giudizi espressi dalle commissioni esaminatrici secondo la propria discrezionale valutazione.

¹³¹ Aveva rilevato il TAR come l'elaborato di diritto civile risentisse dello “stile pragmatico e lineare del ricorrente” e non meritasse il giudizio di mediocrità che aveva ricevuto, mentre nell'elaborato di diritto penale il ricorrente avesse “linearmente tratteggiato la fattispecie giuridica evincibile nel caso sottoposto all'esame” e nell'atto giudiziario di diritto penale le argomentazioni utilizzate risultassero “coerenti alla traccia assegnata”.

In altri termini, secondo il Consiglio di Stato il giudice deve limitarsi ad una *Evidenzkontrolle*.

Un'applicazione stretta della pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* avrebbe presumibilmente costretto il giudice amministrativo ad un esame più attento. Trattandosi di valutazioni che condizionano l'accesso al mondo del lavoro, il giudice amministrativo sarebbe stato tenuto a considerare se la traccia assegnata lasciasse spazio a punti di vista differenti e le risposte del candidato fossero comunque pertinenti, verificando se l'errata valutazione avesse inciso sull'attribuzione del voto finale. Non avrebbe comunque il giudice potuto sostituire la propria valutazione, ma solo annullare la decisione, eventualmente richiedendo il rinnovo della valutazione da parte degli esaminatori originari.

Ancora più interessante l'esame della fattispecie in cui viene in questione la sindacabilità delle valutazioni delle Commissioni delle preposte all'elaborazione dei test a scelta multipla utilizzati in sede concorsuale (si tratta, nello specifico, di un concorso per l'accesso alla dirigenza scolastica) oggetto di recente esame da parte del TAR Lazio¹³². La ricorrente aveva proposto due censure con le quali faceva valere l'ambiguità di alcuni quesiti e rappresentava di avere fornito la risposta esatta ad un certo numero di quiz invece in sede di correzione ritenuti sbagliati, cosicché, sommando le risposte corrette, senz'altro avrebbe superato gli ottanta quesiti necessari per essere ammessa alle prove scritte.

L'interessata sosteneva pure che non sarebbe valso appellarsi alla insindacabilità della discrezionalità dell'amministrazione nel predisporre i quesiti e nell'individuare le soluzioni giuste, stante che la presenza di macroscopici errori avrebbe fatto sì che - secondo pacifica giurisprudenza - la condotta amministrativa censurata fosse senz'altro sindacabile nell'ambito del giudizio di legittimità.

Il TAR del Lazio respinge tuttavia entrambe le censure, in quanto

con esse la ricorrente tende far sì che il giudice sindachi le scelte della Commissione che ha predisposto la batteria di quiz poi estratti dal MIUR in sede di preselezione, laddove, come osservato dalla sezione in altre analoghe

¹³² TAR Lazio, Sez. III-*bis*, 1 febbraio 2013, n. 1120.

circostanze le scelte operate da una Commissione che, come in questo caso, ha proceduto ad elaborare i test sono da ritenersi frutto di discrezionalità tecnica, sindacabile esclusivamente sotto i profili dell'eccesso di potere per manifesta illogicità, irrazionalità ed incongruità delle scelte. Il principio è enunciato per le valutazioni delle Commissioni esaminatrici, ma può essere validamente mutuato per la fattispecie in esame e comporta il corollario secondo cui "il giudicante non può ingerirsi negli ambiti riservati alla discrezionalità tecnica dell'organo valutatore e, quindi, sostituire il proprio giudizio a quello della Commissione." (TAR Lazio, sezione II, 6 dicembre 2010, n. 35389). Analogamente il Consiglio di Stato chiarisce che neppure la "discrezionalità tecnica del G.A. può spingersi sino ad una forma di controllo 'forte', ovvero sino alla sovrapposizione, alla valutazione tecnica della p.a. (che rappresenta una scelta di merito), di una valutazione tecnica del Giudice stesso" (Consiglio di Stato, sezione IV, 30 giugno 2005, n. 3552).

Sottolinea il TAR come la contestazione della ricorrente relativa alle risposte ritenute corrette dalla commissione che ha elaborato i quesiti ed invece dalla ricorrente ritenute errate miri ad introdurre proprio tale controllo forte del giudice "in violazione della riserva di amministrazione".

Come si è visto, il *Bundesverfassungsgericht* non ha invece dubbi quanto alla possibilità che, da una parte, il giudice conosca, eventualmente con l'aiuto di un consulente, di violazioni del procedimento, incluse quelle relative ad una formulazione dei quiz non comprensibile, ambigua o comunque suscettibile di contestazioni.

Dall'altra, al giudice amministrativo non è precluso un controllo scientifico del quiz ove l'esaminato ne contesti la correttezza e da tale erroneità sia asseritamente scaturito un provvedimento a lui sfavorevole. Il giudice deve in questo caso accertare se la risposta prescelta sia corrispondente a conoscenze scientifiche consolidate, rintracciabili nei normali materiali per la preparazione all'esame.

Nelle stesse situazioni in cui si impone al giudice italiano di arrestarsi davanti agli "ambiti riservati alla discrezionalità tecnica dell'organo valutatore", il giudice tedesco è invece, secondo il monito del *Bundesverfassungsgericht*, costituzionalmente tenuto ad un accesso al fatto non solo nominale.

4.4 Il riconoscimento di un *Beurteilungsspielraum* in relazione alle cosiddette *beamtenrechtliche Beurteilungen*

Il riconoscimento da parte del *Bundesverwaltungsgericht* della sussistenza di spazi di valutazione dell'amministrazione nel settore delle "*beamtenrechtliche Beurteilungen*" (avallato in parte anche dal *Bundesverfassungsgericht*) è giustificato sulla base del parallelismo strutturale con le decisioni d'esame e le valutazioni pedagogiche, nonchè alla luce della circostanza che tali valutazioni rappresentano atti *di natura altamente soggettiva*.

La giurisprudenza amministrativa riconosce la sussistenza di uno spazio di valutazione, tra le altre, in ipotesi di valutazioni di servizio da parte dei superiori¹³³ basate sul §40 della *Bundeslaufbahnverordnung* (BLV)¹³⁴, valutazioni relative alla fedeltà costituzionale di chi si candida all'assunzione di un incarico pubblico¹³⁵, valutazioni relative alla promozione di un funzionario al livello di carriera successivo¹³⁶. Si tratta di giudizi in cui acquisiscono fondamentale rilievo valutazioni intellettuali, la personalità del funzionario, il suo livello di formazione e la qualità delle sue prestazioni, il comportamento sociale e la capacità lavorativa. Il conferimento di uno "spazio di valutazione riservato" dispiega i suoi effetti già sulla struttura della valutazione: il datore di lavoro fonda la propria decisione su presupposti ben individuati, la cui legittimità è pienamente sindacabile dal giudice e in relazione ai quali egli sopporta l'onere della prova. Si ammette tuttavia che possono essere formulati giudizi di valore basati su una molteplicità di impressioni e osservazioni, che non sono individuati nella loro singolarità¹³⁷. Perché ciò non risulti in una caduta del livello di tutela garantita dall'ordinamento, il datore di lavoro ha l'obbligo di esplicitare nel corso ulteriore del *Vorverfahren* o del processo il giudizio così formulato, rendendolo concreto e plausibile.

¹³³ Cfr. BVerwGE 21, 127, 129; BVerwGE 60, 245, 246; BVerwGE 93, 279.

¹³⁴ A norma di tale articolo dell'ordinamento della carriera dei funzionari pubblici, l'idoneità e le prestazioni del funzionario sono oggetto di una verifica almeno ogni cinque anni o quando necessario per valutare le circostanze operative o personali.

¹³⁵ Cfr. BVerwGE 61, 176, 185 s.

¹³⁶ Cfr. BVerwGE 80, 224, 225 s.

¹³⁷ Cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, *Art. 19 Abs. IV, cit.*, p. 125, numero a margine 194, che rinvia a BVerwG DVB1. 1981, 497 (499).

La domanda relativa alla possibile sussistenza di uno spazio di valutazione in relazione alle decisioni di assunzione, promozione, trasferimento di un dipendente pubblico richiede di considerare se la decisione coinvolge le conseguenze di valutazioni di natura “personale”. In questo caso sussiste un corrispondente spazio di valutazione.

Ma l'estrema soggettività del giudizio richiesto nella valutazione del dipendente non è l'unica circostanza che innesca la necessità di una limitazione del controllo giudiziale. Vengono in considerazione altri fattori, che risultano dalla discrezionalità organizzativa (*Organisationsermessen*) del datore di lavoro: per quanto specificamente concerne le decisioni di assunzione, esse vengono adottate avendo presenti le specifiche necessità della posizione che deve essere ricoperta, la definizione delle quali è rimessa alle determinazioni di pianificazione del datore di lavoro.

Rappresentativa della tendenza a riconoscere la sussistenza di uno spazio di valutazione per quanto concerne le valutazioni nell'ambito del pubblico impiego è la sentenza del *Bundesverwaltungsgericht* BVerwGE 106, 263¹³⁸, che si inserisce in un solco di giurisprudenza costante sul punto.

Si tratta di un caso di licenziamento di un'insegnante per i risultati insufficienti riportati in esito al periodo di prova.

Nell'ambito dell'esperimento della prova, i dirigenti scolastici avevano frequentato alcune lezioni dell'insegnante, attribuendole un voto di insufficienza. A tale valutazione aveva fatto seguito il prolungamento del periodo di prova. Nel corso del prolungamento del periodo di prova l'insegnante aveva ricevuto un'ulteriore visita a sorpresa da parte dei suoi dirigenti e le era stata rappresentata la necessità di un miglioramento.

Il *Bundesverwaltungsgericht* rileva un errore procedurale relativo al mancato esperimento di una prova per testimoni richiesta dalla ricorrente, il cui esito avrebbe potuto modificare lo stato degli accertamenti di fatto alla base della decisione. Ciò comporta l'annullamento della sentenza impugnata e il rinvio della questione in primo grado.

¹³⁸ BVerwG, 19 marzo 1998 2 C 5/97.

Rileva il *Bundesverwaltungsgericht* che non sussistono invece gli estremi per addivenire all'annullamento del provvedimento oggetto di contestazione perché non può sapersi se in esito all'esperimento della prova per testimoni risulterà un vizio del procedimento.

Alla luce degli accertamenti già esperiti non sussistono gli estremi per l'adozione di una decisione favorevole alla ricorrente. Ciò in quanto il sindacato del giudice si scontra con *i confini funzionali della funzione giudiziale* quando la fattispecie presuppone valutazioni o prognosi non accessibili ad una esatta cognizione tecnica o giuridica. Quello di prova è un concetto giuridico complesso, che attribuisce una *Einschätzungsprärogative* all'amministrazione in relazione ai presupposti della fattispecie astratta, prerogativa che deve essere rispettata dai giudici¹³⁹.

Il carattere - in parte di valore, in parte prognostico - dell'accertamento non consente un controllo pieno da parte del giudice. Questi apprezzamenti specifici sono esclusivamente riservati al datore di lavoro e non possono essere sostituiti da un apprezzamento da parte del giudice, neppure con l'ausilio di consulenti tecnici. Solo il datore di lavoro è in condizione di garantire il diritto alla parità di trattamento rispetto agli altri aspiranti all'impiego pubblico e di accertare in un confronto valutativo la legittimità dell'aspirazione del funzionario¹⁴⁰.

Il *Bundesverwaltungsgericht* conclude che la norma di conferimento del potere di licenziare un funzionario in prova¹⁴¹ soddisfa le esigenze costituzionali di determinatezza della prescrizione normativa e di riserva di legge. Il concetto di prova (*Bewährung*) guadagna contorni determinati attraverso il riferimento ai criteri di idoneità, capacità e rendimento qualificato di cui all'articolo 33, secondo paragrafo della Legge Fondamentale. Se il funzionario in prova non soddisfa tali requisiti, non può instaurare un rapporto a tempo indeterminato e *deve* essere licenziato. Criterio per la valutazione della prova sono le esigenze dell'incarico che si aspira di assumere a tempo indeterminato. La domanda relativa al *se* il funzionario ha superato il periodo di prova può ricevere solo una risposta affermativa o negativa. Il tempo a

¹³⁹ Cfr. §22.

¹⁴⁰ Cfr. §24.

¹⁴¹ Si trattava dell'art. 39, comma 1, n. 2 della legge sul pubblico impiego della Bassa Sassonia (*Niedersächsisches Beamtenengesetz*).

disposizione del datore di lavoro per accertare il superamento della prova da parte del funzionario corrisponde alla durata complessiva del periodo di prova prescritto dalla legge. Il procedimento per l'accertamento dell'avvenuto superamento della prova non necessita neppure costituzionalmente di ulteriori prescrizioni normative oltre a quelle che disciplinano in generale il procedimento amministrativo. Tuttavia il procedimento amministrativo deve essere tale che la valutazione di idoneità risulti adeguata ed equa e il funzionario possa rappresentare efficacemente il proprio punto di vista in merito a prese di posizione dell'amministrazione che assuma scorrette¹⁴².

Il *Bundesverwaltungsgericht* riconosce che nel caso di specie l'appellato non ha mal interpretato il concetto di *Bewährung* né superato i confini del conferimento dello spazio di valutazione (*Beurteilungsermächtigung*) dal momento che ha comminato il licenziamento sulla base di una prestazione professionale insufficiente alla fine dell'espletamento di un regolare periodo di prova. Secondo gli accertamenti dell'*Oberverwaltungsgericht* - vincolanti come sappiamo anche per il *Bundesverwaltungsgericht* in qualità di *Revisionsgericht* - l'amministrazione è partita nella propria valutazione da una corretta ricostruzione delle circostanze di fatto e correttamente ha attribuito importanza decisiva al rendimento dimostrato durante il prolungamento del periodo di prova, ponendo a base della valutazione la durata complessiva della stessa.

Il *Bundesverwaltungsgericht* rileva inoltre come l'organizzazione dell'incarico della ricorrente durante il periodo di prova non lasci riconoscere un errore nei presupposti della decisione. La finalità del rapporto di prova consente di poter accertare l'idoneità del funzionario allo svolgimento di attività che rientrano nelle mansioni di un funzionario a tempo indeterminato nelle medesime condizioni sostanziali dei funzionari appartenenti alla stessa carriera. Il datore di lavoro deve pertanto assicurarsi che non sussistano limitazioni o aggravii della prova. Rileva come, durante il prolungamento del periodo di prova, la ricorrente non sia stata esposta a nessun impegno straordinario: l'*Oberverwaltungsgericht* ha accertato che le difficoltà in cui la ricorrente si è imbattuta a causa di un frequente cambio delle classi sono state eliminate durante il prolungamento del periodo di prova e le lezioni in classi

¹⁴² Cfr. §26.

sovraffollate e difficili sono un problema generalmente risolto pedagogicamente con successo dal corpo insegnante.

Dal momento che l'*Oberverwaltungsgericht* non ha accertato l'incompletezza o la non pertinenza degli accertamenti posti alla base della decisione, né risulta che la valutazione sia stata effettuata in spregio a criteri generali che presiedono le valutazioni o sia stata determinata da considerazioni estranee, nella misura in cui, dopo la remissione del giudizio al primo grado e il completamento dell'accertamento ancora da espletare in quella sede, non risultino vizi del procedimento, le regole del procedimento devono ritenersi rispettate. Ne deriva l'intangibilità della valutazione effettuata dal datore di lavoro e a lui sostanzialmente "riservata".

Concludendo la disamina della seconda famiglia di casi in relazione ai quali la giurisprudenza tedesca ha riconosciuto la sussistenza di uno "spazio di valutazione" dell'amministrazione in corrispondenza del ricorso a concetti giuridici indeterminati nella definizione dei presupposti della fattispecie astratta, si rileva come si tratti di ipotesi in relazione alle quali davanti al giudice italiano sarebbe stata invocata e poi accertata la sussistenza di un potere "tecnico-discrezionale"¹⁴³, ovvero, a seconda dei casi, di un potere "sostanzialmente discrezionale", con conseguente limitazione del sindacato giudiziale in termini che appaiono del tutto analoghi a quelli risultanti dal riconoscimento di uno "spazio di valutazione" dell'amministrazione da parte del

¹⁴³ Con riferimento alle valutazioni prodromiche agli avanzamenti di carriera nel rapporto di impiego di diritto pubblico, esemplificativamente nel settore militare, si riconosce che i giudizi di avanzamento a scelta degli ufficiali sono "connotati da un alto tasso di discrezionalità tecnica, ed implicano un apprezzamento della carriera e della professionalità di soggetti di solito tutti dotati di elevato profilo per cui in tali casi, le differenze di valutazione in conseguenza finiscono per essere sovente affidate ad elementi estremamente specifici o sfumati". Ciò non implica tuttavia che l'"alta discrezionalità tecnica" attribuita all'amministrazione sia sottratta al sindacato del giudice amministrativo. Essa è sempre sindacabile in presenza: - di valutazioni macroscopicamente così incoerenti o irragionevoli da essere sintomaticamente rivelatrici di un vizio della funzione (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 24 dicembre 2009, n. 8758); ovvero - in presenza di un'incoerenza generale del metro valutativo adoperato, o di una manifesta incongruità del punteggio, avuto riguardo rispettivamente agli incarichi ricoperti, alle funzioni espletate ed alle positive valutazioni ottenute durante tutto l'arco della carriera degli scrutinandi; - di una valutazione palesemente non corretta o irrazionale di presupposti che immotivatamente giudicati in maniera diversificata (cfr. Consiglio Stato, Sez. IV, 6 luglio 2009, n. 4291). Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 6 settembre 2012, n. 4723.

giudice tedesco.

Per quanto specificamente concerne la valutazione relativa al superamento del periodo di prova nell'impiego alle dipendenze della P.A., il Consiglio di Stato tende a ravvisarvi la preponderanza dell'elemento discrezionale:

sul piano generale, va osservato come la professionalità del dipendente in prova vada valutata non solo prendendo in esame la qualità e la quantità del lavoro svolto, ma anche l'affidabilità dimostrata dal punto di vista caratteriale e nei rapporti sia con il restante personale che con i terzi.

In altri termini, il periodo di prova non è diretto esclusivamente ad accertare le capacità manuali dell'aspirante dipendente, ma anche le sue qualità attitudinali e comportamentali.

Così, come esattamente precisato dal primo giudice, il provvedimento di risoluzione del rapporto di lavoro per l'esito negativo del periodo di prova, " si considera sufficientemente motivato qualora sia emesso in base ad un giudizio riassuntivo della qualità del servizio prestato, della persona e dell'attitudine del dipendente, in relazione alla natura del servizio senza alcuna menzione di fatti specifici."

Anche in questo caso, quindi, si consente che la valutazione sia basata sul *gesamter Eindruck*, senza che sia necessario ancorare la motivazione a singole impressioni o episodi. Sembra tuttavia riscontrarsi una divergenza tra l'attitudine del giudice tedesco e quello italiano, nella misura in cui il Consiglio di Stato pare escludere, per il caso di giudizio negativo sulla prova, la necessità di una "ampia e specifica motivazione".

In questo senso, del resto, si è espressa più volte la giurisprudenza di questo Consiglio precisando che "in sede di giudizio di superamento del periodo o meno del periodo di prova, l'Amministrazione gode di ampia discrezionalità, la quale può esprimersi nella valutazione complessiva dell'attività del dipendente ai fini della prosecuzione del rapporto d'impiego, senza che sia necessaria una ampia e specifica motivazione, anche in caso di giudizio negativo" (Sez. VI, 17.08.99, n. 1064 ; 07.03.84, n. 128).

[...] Se l'Amministrazione, nonostante l'utilizzo dell'intero periodo di prova e del periodo in cui il dipendente ha prestato servizio a seguito del provvedimento cautelare [...] non è riuscita a formulare un giudizio positivo in ordine alle capacità lavorative professionali del dipendente, deve ritenersi pienamente legittimo che la stessa Amministrazione nel motivare la risoluzione del rapporto, esprima le proprie ragioni in forme anche non compiutamente descrittive dei singoli episodi ovvero delle singole occasioni nelle quali il dipendente non ha dato buona prova della sua concreta ed effettiva idoneità al

servizio”¹⁴⁴.

Come si è visto, invece, in Germania, ove la valutazione poggia su una molteplicità di impressioni e osservazioni, che non sono individuati nella loro singolarità nel corpo del provvedimento, sussiste comunque l’obbligo di darne un’esplicitazione nel corso ulteriore del *Vorverfahren* o del processo al fine di rendere il giudizio “concreto e plausibile”. L’onere motivazionale, sia pur assolvibile in via extraprocedimentale, non è perciò più attenuato solo perché l’estrema soggettività del giudizio del soggetto giudicante non consente di dettagliare i singoli elementi che, nella loro globalità, hanno portato alla complessiva valutazione. Il soggetto giudicante deve essere comunque in grado di rendere ragione della stessa, attraverso una chiara e plausibile concretizzazione.

4.5 Valutazioni di collegi a composizione pluralistica o dotati di particolari competenze

Uno spazio di valutazione è riconosciuto dalla giurisprudenza del *Bundesverwaltungsgericht* anche in relazione a determinate decisioni di consessi indipendenti, composti da esperti e dunque qualificati da un punto di vista della competenza, oppure a composizione pluralistica, formati da rappresentanti di interessi. Schmidt-Aßmann accomuna tali ipotesi sotto l’ombrello delle *prüfungsähnliche Fachbegutachtungen*, cioè delle verifiche a contenuto tecnico che presentano elementi di similitudine con le prove d’esame, rilevando tuttavia come esse non costituiscano un gruppo unitario¹⁴⁵.

SI tratta di ipotesi in cui viene richiesto ad un collegio di adottare delle decisioni che presuppongono valutazioni o giudizi di natura artistica, etico-morale, pedagogica o tecnico-scientifica che necessitano di specifica *expertise*.

L’esempio più richiamato è quello della già citata sentenza del 16 dicembre 1971¹⁴⁶, relativa all’indicizzazione dei libri nocivi per i ragazzi, in cui veniva in questione il

¹⁴⁴ Consiglio di Stato, Sez. V, 6 settembre 2012 n. 4723.

¹⁴⁵ E. SCHMIDT-ABMANN, *Art. 19 Abs. IV, cit.*, p. 126, numero a margine 195.

¹⁴⁶ BVerwGE 39, 197, citata *supra*.

concetto di “idoneità di nuocere ai fanciulli”¹⁴⁷, previsto dalla legge sulla pubblicazione di scritti dannosi per la gioventù.

La pronuncia, come si è visto, era stata salutata come un *revirement* rispetto al principio della controllabilità piena che si riteneva essere stato definitivamente sancito dalla giurisprudenza amministrativa fino a quel momento.

Secondo la sentenza, la decisione di inserire alcuni scritti nella lista delle letture nocive comporta un giudizio connotato da elementi di valore, che può portare ad una molteplicità di soluzioni, tutte egualmente “*vertretbar*”. La composizione pluralistica e qualificata del collegio che effettua la valutazione garantisce l’effettiva valorizzazione di tutte le possibilità di decisione¹⁴⁸. Ipotizzare un intervento del giudice, eventualmente con l’ausilio di un consulente, in funzione sostitutiva della valutazione della commissione all’uopo deputata risulta illogico. L’enfasi è posta sull’elemento pluralistico piuttosto che sull’elemento relativo alla qualificazione tecnica della commissione: sottolinea Schmidt-Abmann come tale indicazione non risulti convincente, dal momento che il collegamento tra composizione pluralistica del collegio e esclusività della prerogativa decisionale dell’amministrazione non rappresenta un’idea suscettibile di generalizzazioni.

L’indicizzazione delle letture “nocive per i fanciulli” è ancora al centro delle pronunce BVerfGE 83, 130¹⁴⁹ e BVerwGE 91, 211¹⁵⁰.

Il Tribunale costituzionale federale, con la prima sentenza che gode di larga fama, generalmente nota come la decisione *Josephine Mutzenbacher* dal titolo dell’omonimo libro, aveva concluso che anche un romanzo pornografico può costituire “opera d’arte” nel senso dell’articolo 5, comma 3, primo periodo della Legge Fondamentale. L’inserimento di un’opera artistica, nell’indice delle letture idonee a nuocere ai fanciulli presuppone pertanto un’operazione di bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti: le esigenze di protezione dei minori da una parte e la libertà di espressione artistica, dall’altra. Il Tribunale costituzionale federale contesta nel merito il mancato esercizio di questa operazione di

¹⁴⁷ Cfr. sul punto anche D. DE PRETIS, *op. cit.*, p. 98 s.

¹⁴⁸ Cfr. *ibidem*.

¹⁴⁹ BVerfG, 27.11.1990 - 1 BvR 402/87.

¹⁵⁰ BVerwG, 26.11.1992 - 7 C 20.92.

bilanciamento da parte della *Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien*¹⁵¹.

La seconda pronuncia riguardava le sorti da riservare al tascabile *Opus Pistorum* di Henry Miller, il cui inserimento nell'elenco di letture "bandite" ai giovani era stato determinato dalla considerazione da parte della citata *Bundesprüfstelle* della sua natura come essenzialmente pornografica. L'editore aveva impugnato la decisione dell'organismo, che era stata annullata in primo grado in quanto si riteneva fossero stati erroneamente negato il carattere artistico dell'opera e omessa l'operazione di bilanciamento sopra menzionata, da ritenersi imprescindibile a seguito della pronuncia del Tribunale costituzionale federale.

Nel richiedere la *Revision* della sentenza, gli appellanti sostenevano che il tribunale amministrativo avrebbe dovuto esso stesso effettuare la richiamata operazione di bilanciamento, in quanto non doveva ritenersi sussistere nell'ipotesi in esame un *Beurteilungsspielraum* dell'organismo summenzionato.

Il *Bundesverwaltungsgericht* sottolinea che la *Bundesprüfstelle* nella sua decisione ha sottovalutato il significato e la portata della libertà di espressione artistica, costituzionalmente garantita. Ciò poteva portare al (mero) annullamento della sua decisione da parte del tribunale amministrativo, essendo precluso allo stesso di determinare a quale bene dare priorità nel conflitto tra libertà di espressione artistica e protezione dei giovani.

Questa operazione di bilanciamento, secondo il Tribunale amministrativo federale, è demandata dal legislatore alla *Bundesprüfstelle*: tale riserva di attribuzione deve essere rispettata dal giudice nel suo esame, che deve essere volto a verificare che l'organismo deputato abbia osservato le direttive che discendono dalla giurisprudenza costituzionale.

Questa ripartizione dei ruoli tra amministrazione e giudici è definita in maniera stringente attraverso le regole che disciplinano la composizione dell'organismo e i suoi obiettivi; non rileva tuttavia, a questo fine, la sola circostanza che si tratti di individui la cui esperienza pratica li rende specialmente qualificati in termini di competenza; ciò solo non porterebbe infatti ad un primato della decisione

¹⁵¹ Mette tuttavia altresì in discussione la legittimità costituzionale della composizione dello stesso organismo.

dell'amministrazione cui i giudici debbano guardare con deferenza: anche un giudice può e deve necessariamente rivolgersi a degli esperti. È decisiva invece un'altra considerazione: la norma che disciplina la composizione dell'organismo ne garantisce la natura pluralistica e assicura che la decisione sia assunta da un consesso in cui almeno due membri provengano dai settori dell'arte, della letteratura, del commercio librario o dell'editoria. Questo rappresenta un elemento di "autogoverno" che *ottimizza* la libertà di espressione artistica in un campo difficilmente afferrabile da un punto di vista giuridico e pertanto particolarmente sensibile. Se il giudice potesse sostituirsi ad un'operazione di bilanciamento così effettuata si svuoterebbe di significato la garanzia istituzionale che presidia il diritto costituzionalmente garantito¹⁵².

Emblematico delle titubanze della giurisprudenza nel riconoscimento di uno spazio di valutazione è il "caso del vino". Con la sentenza BVerwGE 129, 27¹⁵³ viene riconosciuto lo "spazio di valutazione" di una commissione deputata all'esame organolettico di un vino al fine dell'attribuzione della denominazione di "vino di qualità" (*Qualitätswein*) la cui sussistenza era stata negata una manciata di anni prima dallo stesso *Bundesverwaltungsgericht*.

La normativa comunitaria prevede che i produttori siano tenuti a sottoporre i vini per i quali chiedono la denominazione di "vino di qualità" ad un esame analitico e ad un esame organolettico: l'esame organolettico riguarda il colore, la limpidezza, l'odore e il sapore. Un vino può essere classificato come "vino di qualità" soltanto qualora dall'esame organolettico risulti che esso possiede le caratteristiche idonee. Il diritto tedesco in materia di vino recepisce le previsioni comunitarie: ai sensi dell'articolo 19, §1, della legge sul vino (*Weingesetz – WeinG*) un vino prodotto in Germania può

¹⁵² "Dadurch, daß das Gremium sich zu zwei Dritteln aus den in §9 Abs. 2 Nr. 1 bis 8 GjS genannten Gruppen rekrutiert - wobei die Beschlußfähigkeit voraussetzt, daß wenigstens zwei Mitglieder die Kunstfreiheit aus den Bereichen Kunst, Literatur, Buchhandel oder Verlegerschaft beteiligt sind (§9 Abs. 3 Satz 2 GjS) -, wird ein Element der "Selbstverwaltung" geschaffen, das in einem rechtlich nur schwer faßbaren und daher besonders sensiblen Bereich optimiert. Könnte ein Gericht seine Auffassung, welches der widerstreitenden Verfassungsgüter im Einzelfall Vorrang genießen soll, unbeschränkt an die Stelle der Einschätzung dieses Gremiums setzen, liefe diese institutionelle Grundrechtsabsicherung leer". BVerwGE 91, 211 (217).

¹⁵³ BVerwG 16. 5. 2007 - 3C 8.06.

essere denominato vino di qualità solo se è stato ad esso attribuito un numero ufficiale, l'“*amtliche Prüfungsnummer*”; ciò accade solo se il prodotto è conforme a quanto previsto dagli atti dell'Unione europea, dalla legge tedesca sul vino e norme attuative.

Il decreto di attuazione della legge tedesca sul vino prevede che sia attribuito una *Prüfungsnummer* solo se il vino risulta “privo di difetti in aspetto, odore e sapore”.

Il ricorrente aveva proposto un'azione di adempimento per ottenere l'“*amtliche Prüfungsnummer*” per un determinato vino ai fini del riconoscimento quale vino di qualità con l'attributo di prima scelta (*Spätlese*), essendogli stata negata dall'amministrazione l'attribuzione della *Prüfungsnummer* in esito all'esame organolettico eseguito dalla commissione competente, risultato sfavorevole.

Il riconoscimento quale vino di qualità richiede l'attribuzione di 1,5 punti in corrispondenza delle tre caratteristiche odore, gusto e armonia e una media minima sulle tre valutazioni di 1,5 punti (*Qualitätszahl*). Il vino del ricorrente aveva ottenuto una media di 0,88 punti. Due esperti su quattro gli avevano attribuito 0 punti in tutte e tre le voci, avendo riscontrato un retrogusto anomalo. Il terzo e il quarto esperto rispettivamente 1,5 punti per ciascuna voce.

Il procedimento di opposizione si era concluso con il rigetto. Il vino era stato giudicato come biologicamente modificato in senso pregiudizievole.

Al nuovo esame organolettico aveva ottenuto un *Qualitätszahl* pari a 0,90. Due esaminatori su cinque avevano attribuito 0 punti in corrispondenza di tutte e tre le voci di valutazione, gli altri tre invece 1,5 punti.

Al ricorso venivano allegate delle certificazioni private a supporto della tesi che le caratteristiche che gli esperti avevano interpretato quale vizio della produzione rappresentavano in realtà peculiarità dell'annata 2003. Amministrazione e giudici non sarebbero stati tuttavia vincolati al giudizio formulato dalla commissione di esperti, ma avrebbero dovuto adottare un giudizio autonomo. Rilevava altresì, secondo il ricorrente, che la *maggioranza* dei componenti di entrambe le commissioni avesse giudicato favorevolmente la prova. In subordine, si chiedeva la ripetizione dell'esame organolettico da parte di un'autorità indipendente.

Il *Verwaltungsgericht* di Magonza accoglieva l'azione di adempimento, condannando l'amministrazione resistente al rilascio dell'"amtliche Prüfungsnummer". Risultava decisivo, a detta del tribunale di primo grado, che nel corso del *Widerspruchverfahren* la maggioranza degli esperti avesse giudicato positivamente il vino.

Il *Berufungsgericht* (l'*Oberverwaltungsgericht* della Renania-Palatinato) disponeva il rinnovo dell'esame organolettico, incaricando allo scopo il *Weinbauamt* di Neustadt. In quest'occasione il vino otteneva un *Qualitätszahl* pari a 2,71 punti da parte di tutti gli esaminatori e l'amministrazione rilasciava l'"amtlichen Prüfungsnummer". Il ricorrente mirava tuttavia a sentir dichiarare l'illegittimità del diniego originario, anche ai fini del risarcimento del danno per il pregiudizio derivante dal mancato ottenimento dell'"amtliche Prüfungsnummer" per oltre un anno. Propone una *Fortsetzungsfeststellungsklage* ai sensi del §113, comma 1, quarto periodo, VwGO¹⁵⁴

L'*Oberverwaltungsgericht* modificava il giudizio di primo grado e rigettava l'azione di accertamento. Rilevava come fondamento temporale dell'azione volta all'accertamento dell'illegittimità del diniego (a differenza di quella di adempimento) fosse il momento della decisione sull'opposizione. L'impugnato diniego risultava formalmente legittimo e a nulla rilevava che la maggioranza degli esaminatori si fosse espressa favorevolmente.

Il ricorrente invocava quindi l'intervento del *Bundesverwaltungsgericht* in funzione di *Revision*.

Il *Bundesverwaltungsgericht* rigetta l'istanza di *Revision* perché infondata. Sottolinea come il *Berufungsgericht* non abbia accolto l'istanza del ricorrente perché non aveva provato che il vino fosse, al momento temporale rilevante, privo di difetti e non avrebbe più potuto provarlo dal momento che, nel frattempo, il vino era andato modificandosi. Così facendo era partito dal presupposto che la questione relativa all'immunità da difetti del vino rientrasse nell'alveo della piena sindacabilità da parte

¹⁵⁴ In base a tale previsione se il provvedimento amministrativo o il diniego oggetto di un'azione di annullamento o adempimento siano superati in corso di causa, su istanza di parte il tribunale dichiara l'illegittimità dello stesso ove l'attore abbia un giustificato interesse a tale accertamento.

del giudice. Il realtà, il giudizio della commissione competente in relazione all'assenza di difetti quanto ad aspetto, odore e sapore può essere sindacato da parte del giudice *solo limitatamente*. Ciò corrisponde ad un superamento di quanto sostenuto in precedenza dallo stesso *Bundesverwaltungsgericht* nella decisione BVerwGE 94, 307 in materia di *Weinprüfung*, ove il tribunale federale aveva sottolineato come le previsioni normative in materia di attribuzione dell'"*amtliche Prüfungsnummer*" non lasciassero riconoscere che il legislatore avesse voluto attribuire all'amministrazione il diritto di *Letztentscheidung* sull'esistenza delle caratteristiche tipiche di identificazione delle varie denominazioni vinicole, con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale doveva intendersi pieno¹⁵⁵.

Ritornando sui propri passi, il *Bundesverwaltungsgericht* riconosce che ai sensi dell'articolo 19, comma IV, primo periodo della Legge Fondamentale, i tribunali hanno in principio un controllo pieno sull'attività dell'amministrazione¹⁵⁶. Questo vale anche nell'ambito dell'applicazione di fattispecie e concetti giuridici indeterminati. Sottolinea tuttavia come il legislatore possa attribuire all'amministrazione uno spazio di valutazione per casi specifici e in tal modo disporre che il controllo giurisdizionale debba limitarsi alla verifica del rispetto dei *confini* giuridici di questo spazio. È l'interpretazione della norma che consente di stabilire se la legge attribuisce o meno uno spazio di valutazione.

Il *Bundesverwaltungsgericht* ricorda come esso abbia riconosciuto la sussistenza dell'attribuzione di uno spazio di valutazione all'amministrazione in casi in cui alla decisione ineriscono in larga misura elementi soggettivi e la norma attribuisce la competenza decisoria ad un organo speciale dell'amministrazione, chiamato ad esprimersi senza ricevere istruzioni, con una legittimazione tecnica speciale e nell'ambito di uno specifico procedimento. Ciò vale in particolare in caso di organi collegiali, che appianano le possibili divergenze interpretative rendendo nel contempo "oggettiva" la decisione da assumere¹⁵⁷.

¹⁵⁵ BVerwG, 25.11.1993 - 3 C 38.91. Cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, *I limiti del sindacato dei tribunali amministrativi*, cit.

¹⁵⁶ Cfr. §26.

¹⁵⁷ Cfr. §27.

Anche la decisione relativa alla ricorrenza dei presupposti sensoriali affinché un vino possa essere classificato come “vino di qualità” esige l’impiego di alte competenze tecniche che possono essere acquisite solo attraverso formazione tecnica ed esperienza pluriennale. Di norma tale decisione non può essere adottata senza consultare degli esperti e ciò vale sia per l’amministrazione che per il giudice. Anche gli esperti possono tuttavia non riuscire a tenere la propria valutazione indenne da condizionamenti soggettivi. Al fine di neutralizzare il rischio di “soggettivismo” si ricorre ad organi collegiali¹⁵⁸.

Il diritto vigente attribuisce alla commissione la decisione sull’idoneità del vino, le cui risultanze vincolano l’amministrazione nell’emanazione del provvedimento¹⁵⁹.

L’amministrazione deve verificare che l’esame sensoriale sia stato correttamente condotto dalla commissione incaricata secondo presupposti, metodo e procedimento obiettivi. L’estensione del sindacato che è chiamata ad operare coincide con quella del sindacato giurisdizionale. Se in esito al controllo operato dall’amministrazione sussistono motivi di doglianza, essa deve disporre un ulteriore esame, che non effettuerà direttamente ma rimetterà alla stessa commissione di esperti o sottoporrà ad un’altra commissione. Ciò, sottolinea il *Bundesverwaltungsgericht*, corrisponde anche alla prassi dell’amministrazione resistente: se un vino è respinto dalla commissione perché ritenuto viziato, l’amministrazione verifica che la bottiglia esaminata sia effettivamente un campione rappresentativo e che non presenti un difetto atipico (retrogusto di tappo). In questo caso l’amministrazione non cerca di ripercorrere direttamente l’esame organolettico, ma accerta esclusivamente che la decisione della commissione abbia un sufficiente fondamento oggettivo¹⁶⁰.

La latitudine del sindacato in relazione alla valutazione dell’organo competente ha gli ormai noti confini¹⁶¹: il giudice verifica che le norme sul procedimento vigenti siano state rispettate, che la commissione sia partita da una corretta comprensione dei concetti da applicare, che abbia ricostruito le circostanze di fatto rilevanti in modo pertinente e completo, che nel proprio giudizio si sia attenuta a criteri di valutazione

¹⁵⁸ Cfr. §28.

¹⁵⁹ Cfr. §30.

¹⁶⁰ Cfr. §31.

¹⁶¹ Cfr. §38.

universalmente validi e da ultimo che non abbia violato il divieto costituzionale di arbitrio¹⁶². Nel caso di specie, non risulta dagli accertamenti compiuti dal *Berufungsgericht* che i confini dello spazio di valutazione siano stati superati.

Nel caso considerato in BVerwGE 72, 195, è sempre protagonista un collegio a composizione variegata, deputato in questo caso a valutare l'idoneità professionale di un soggetto che richiedeva l'ammissione alla Borsa di Francoforte in qualità di negoziatore. L'istanza per l'ammissione alle negoziazioni in qualità di agente di cambio di quest'ultimo era stata rigettata sulla base del fatto che risultava dubbio se il richiedente possedesse le conoscenze necessarie per l'autorizzazione.

Il *Verwaltungsgericht* accoglieva il ricorso volto ad ottenere una condanna della resistente all'emanazione del provvedimento richiesto. Il *Verwaltungsgerichtshof* rigettava l'appello della resistente, e il *Bundesverwaltungsgericht* annullava la decisione d'appello e rinviava la questione al *Verwaltungsgerichtshof* per nuova trattazione e decisione. A seguito del nuovo procedimento davanti a quest'ultima corte, la resistente veniva condannata a pronunciarsi nuovamente sull'istanza dell'aspirante agente di cambio nel rispetto della concezione giuridica del tribunale. A fondamento della decisione si poneva la circostanza che ai sensi del §7, comma 4, primo periodo, numero 1 della *Börsengesetz* (BörsG) l'autorizzazione presupponeva che il richiedente possedesse l'affidabilità e l'idoneità professionale" necessarie per l'attività. Attraverso il ricorso al concetto giuridico indeterminato di "idoneità professionale" si attribuiva al *Börsenvorstand* uno spazio di valutazione, ove non

¹⁶² Il divieto di arbitrio (*Willkürverbot*) è un corollario del principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3, comma 1, della Legge Fondamentale che si impone ai poteri esecutivi e giudiziari nell'adozione delle rispettive decisioni. In particolare, l'amministrazione può lasciarsi guidare solo da punti di vista obiettivi (è il cosiddetto *Verbot sachfremder Erwägungen*, cioè il divieto di considerazioni incongrue). È illegittimo qualsiasi comportamento che non risulti spiegabile in base ad un apprezzamento ragionevole e in virtù della natura della cosa (Cfr. BVerfGE 65, 317 (322)). In questi casi l'agire dell'amministrazione si colloca spesso già al di fuori della copertura data dalla norma di conferimento del potere o comunque in contraddizione con il principio di proporzionalità. Il divieto di arbitrio corrisponde, in buona sostanza, al nostro principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa: la decisione dell'amministrazione deve essere immune da censure sul piano della logica. Nei casi in cui sia riconosciuto all'amministrazione uno spazio d'azione (*Handlungsspielraum*) il divieto di arbitrio ha come corollario anche la necessità che non siano operate sostanziali disparità di trattamento tra fattispecie omogenee. Questa è nota come la "nuova formulazione" del divieto di arbitrio, affine al nostro principio di imparzialità dell'azione amministrativa. Cfr. S. DETTERBECK, *op. cit.*, p. 70.

ricorresse il caso previsto dal quinto comma della stessa norma, che presupponeva il possesso di una formazione professionale specifica (*Berufsausbildung*). Il *Bundesverwaltungsgericht* riconosce che l'istanza di revisione è infondata e la rigetta, rilevando che il *Verwaltungsgerichtshof* si è correttamente pronunciato nel senso che fosse solo possibile condannare l'amministrazione all'adozione di una nuova decisione nel rispetto della concezione giuridica del tribunale, stante la sussistenza a favore del *Börsenvorstand* di uno spazio di valutazione.

Rileva in particolare che *Bundesverwaltungsgericht*, nella sua pronuncia, sottolinea come la decisione relativa all'idoneità professionale di cui al §7 comma 4, primo periodo, n° 1 della BörsG non richieda semplicemente l'accertamento dei fatti e la loro sussunzione sotto gli elementi della norma, quanto piuttosto un giudizio valutativo, che contiene elementi di natura previsionale, per quanto concerne lo stabilire se le conoscenze professionali del candidato, le caratteristiche soggettivo-personali e le competenze sulla base della sua esperienza pratica acquisita siano tali che né il funzionamento del mercato azionario né gli interessi dell'aspirante negoziatore e dei suoi clienti possano essere pregiudicati. Questo depone a favore del riconoscimento nella norma dell'attribuzione di uno spazio di valutazione, quanto la circostanza che la valutazione di ammissione è affidata ad un organo collegiale costituito da esperti e formato sulla base di principi specifici. Secondo il §3, comma 2, primo periodo della BörsG tale collegio è rappresentativo di tutti i soggetti ammessi alle negoziazioni a norma di legge, statuto o contratto. È garantito che agenti di cambio e negoziatori indipendenti abbiano i loro rappresentanti ed è possibile anche la nomina di un membro tra le fila degli emittenti di valori mobiliari ammessi alla negoziazione, gli investitori e gli intermediari finanziari, così assicurando che tutti i partecipanti al mercato vi siano rappresentati. Tale composizione non solo assicura che il *Börsenvorstand* decida in maniera competente circa l'ammissione alle negoziazioni di nuovi soggetti, ma consente di convogliare i diversi punti di vista di cui i diversi rappresentanti sono portatori, creando così il presupposto perché considerazioni estranee possano essere contrastate nel processo interno di assunzione della decisione.

Sia alla luce della natura della valutazione di idoneità che deve essere assunta dal

Börsenvorstand, sia in vista della competenza professionale e della *composizione* del comitato, non può essere messo in dubbio che le sue decisioni siano vincolanti, nel senso che il controllo di legittimità del giudice dovrà limitarsi alla verifica che il concetto di idoneità professionale e i confini del potere di apprezzamento da esso conferiti non siano stati mal compresi, che siano stati effettuati corretti e completi accertamenti dei fatti, che i principi generali di valutazione siano stati rispettati ed evitate considerazioni estranee e siano state applicate correttamente le norme di procedura¹⁶³.

Dall'esame della giurisprudenza che precede si ricava che non è tanto (o soltanto) la natura della questione a giustificare una "riserva" di valutazione da parte dell'amministrazione, quanto la natura del *soggetto* investito della potestà valutativa, così come voluta dal legislatore, la cui composizione risulta tale da valorizzare - in un confronto inevitabilmente non ripetibile davanti al giudice amministrativo - tutti i possibili, molteplici punti di vista. Ne consegue che il carattere potenzialmente soggettivo di una valutazione viene a subire una trasformazione proprio nell'ambito del procedimento valutativo, alla luce dell'apporto dei diversi soggetti coinvolti. Ciò finisce con l'oggettivare in un certo senso la valutazione stessa. Sarà proprio questo elemento, e non più la *relatività* del giudizio (anche eventualmente derivante dal suo contenuto previsionale), ad escluderne un sindacato pieno.

Schmidt-Abmann contesta tuttavia la validità di tale criterio, sottolineando come non risulti affatto convincente. Proprio in virtù della natura di tali consessi, e specificamente alla luce del pericolo che in tali sedi - più che nell'amministrazione "ordinaria" - si verifichi una commistione di interessi "estranei", il legislatore sarebbe tenuto, *a contrario*, a prevedere un controllo pieno¹⁶⁴.

Rispetto a questa terza famiglia di casi in cui è stato riconosciuto uno spazio di valutazione dell'amministrazione in relazione a concetti giuridici indeterminati presenti nella fattispecie astratta, un confronto con la giurisprudenza del giudice italiano che si basi sull'analisi di singole fattispecie concrete è più difficile, date le

¹⁶³ BVerwG 07.11.1985 – 5 C 29.82.

¹⁶⁴ E. SCHMIDT-ABMANN, *Art. 19 Abs. IV, cit.*, p. 127, numero a margine 196.

peculiarità delle singole vicende analizzate.

Ai fini di un abbozzare un parallelismo tra le due esperienze ci si può chiedere tuttavia *in astratto* come avrebbe agito il giudice italiano posto davanti alla stessa situazione materiale.

Per quanto concerne la valutazione del potenziale di nocimento ai fanciulli del giornalino illustrato, posta la necessità di un'operazione di bilanciamento tra diritti costituzionalmente garantiti, l'elemento discrezionale sarebbe stato presumibilmente reputato prevalente rispetto all'elemento tecnico. È stato infatti rilevato come la difficoltà di separare concettualmente tra opinabilità ed opportunità amministrativa sia accentuata proprio nei casi in cui la valutazione presenta caratteri di obiettiva complessità, collegata alla rilevanza di interessi di rango primario protetti da norme costituzionali¹⁶⁵. L'emersione di tali interessi "induce il legislatore primario ad affidare il potere di provvedere ad articolazioni dell'amministrazione che si assumono dotate di una peculiare legittimazione, alla luce della composizione e qualificazione tecnica"¹⁶⁶.

Per quanto concerne l'attribuzione dell'etichetta "vino di qualità", la fattispecie sarebbe ritenuta comportare una valutazione esclusivamente tecnica (sia pur opinabile). La *natura* della questione, ossia la sua intrinseca opinabilità - e non la composizione dell'organismo deputato ad adottarla - verrebbe quindi a giocare un ruolo nella determinazione dell'intensità del sindacato giudiziale. Ma in che termini il sindacato operato dal giudice amministrativo italiano risulterebbe diverso, in termini di profondità, da quello operato dai colleghi tedeschi?

Per quanto concerne l'ipotesi relativa all'applicazione del concetto di "idoneità di nuocere ai fanciulli", date le considerazioni di cui sopra, sembra opportuno evocare la giurisprudenza amministrativa italiana sulle valutazioni *complesse* dell'amministrazione e sull'applicazione dei concetti giuridici indeterminati, che esclude che il controllo giurisdizionale "possa *sempre* atteggiarsi nelle forme del controllo sostitutivo, di tipo 'forte'"¹⁶⁷.

Con le parole di Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287:

¹⁶⁵ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287.

¹⁶⁶ Cfr. *ibidem*.

¹⁶⁷ Cfr. *ibidem*.

è, invero, frequente riscontrare una linea di demarcazione molto sfuggente tra il momento della valutazione tecnica opinabile e quello della ponderazione dell'interesse pubblico, insieme con l'interesse del ricorrente e degli altri interessi in gioco. Non solo tra di essi è spesso apprezzabile contestualità cronologica, ma addirittura parziale sovrapposizione concettuale sul piano logico. Accade, insomma, che la valutazione tecnica e la ponderazione degli interessi, lungi dal potersi tenere distinte, appaiono talora fuse in un procedimento logico unitario; e la difficoltà di separare i due momenti è in larga misura accentuata dallo sviluppo della tecnica e dai mutamenti organizzativi e funzionali dell'azione amministrativa.

Quando l'apprezzamento tecnico opinabile si accavalla con la scelta di merito, ciò è un indice della sussistenza "di un potere di valutazione tendenzialmente riservata all'amministrazione", che non corrisponde ad una preclusione del controllo giurisdizionale, ma all'impossibilità di un sindacato "con poteri sostitutivi".

Di fronte ad una valutazione complessa, con contestualità cronologica e parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e la ponderazione dell'interesse pubblico (con l'eventuale fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario) il sindacato del giudice italiano non assume mai la fisionomia di un controllo "forte".

La sentenza n. 5287 del 2001 lascia tuttavia intendere che, nelle diverse ipotesi in cui sia richiesta una valutazione tecnica (sia pur opinabile), ma non emergano profili *stricto sensu* discrezionali, un sindacato di tipo sostitutivo sia in principio possibile. In realtà già la pronuncia n. 601 del 1999¹⁶⁸ sembra adombrare questa possibilità, almeno in relazione alle ipotesi in cui la valutazione tecnico-amministrativa risulti inattendibile "per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo".

Ma cosa intende il Consiglio di Stato con l'espressione controllo sostitutivo? È reso chiaro da un passaggio della stessa pronuncia:

nel dirimere una controversia annoverabile, secondo tradizione, in quelle collegate al controllo della c.d. discrezionalità tecnica, il giudice non si è limitato a censurare le valutazioni tecniche (non giuridiche) che erano apparse

¹⁶⁸ Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

sicuramente inattendibili ed irragionevoli, ma ha direttamente sostituito la valutazione tecnica sviluppata nel processo a quella effettuata dall'amministrazione. Si è compiuto, a ben vedere, un controllo di tipo “*forte*”, che si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione. Mentre il controllo di tipo “*debole*” avrebbe richiesto che le cognizioni tecniche acquisite grazie al consulente fossero utilizzate solo allo scopo di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa.

Un controllo “*forte*”, nell'accezione di cui alla decisione n. 5287 del 2001, implica pertanto una sovrapposizione della valutazione opinabile del giudice a quella dell'amministrazione, laddove nell'esercizio di un sindacato debole, sia pur intrinseco, il giudice utilizza l'*expertise* surrogatoria del consulente tecnico al solo fine di comprendere se la valutazione dell'amministrazione sia effettivamente attendibile.

Ci si chiede quindi se e in quali casi il controllo del giudice italiano sulle valutazioni tecnico-opinabili dell'amministrazione possa proporsi (e si sia effettivamente proposto) come “sostitutivo-forte”, nell'accezione sopra richiamata.

Si rileva a tale riguardo come una sovrapposizione della valutazione del giudice a quella dell'amministrazione verrebbe ad assumere, in un contesto in cui è presente l'azione di adempimento, un significato di tipo concretamente “creativo-sostitutivo” rispetto ad un utilizzo in una chiave che, in un contesto ordinamentale sprovvisto della possibilità di condannare l'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto, è comunque prevalentemente “critico-demolitoria”, per quanto si voglia valorizzare l'effetto conformativo della sentenza di annullamento.

In realtà la giurisprudenza in materia di discrezionalità tecnica che è andata sviluppandosi a partire dal 1999 sembra confermare un tendenziale rifiuto della giurisprudenza nei confronti della possibilità di esercitare un sindacato sostitutivo rispetto alla valutazione opinabile dell'amministrazione, salvo circoscritte pronunce. Ciò è in linea con l'atteggiamento che assume il giudice tedesco in relazione alle ipotesi in cui si riscontra il riconoscimento di uno “spazio di valutazione” dell'amministrazione.

Il giudice valuta l'eventuale superamento dei confini di tale spazio, ma non “sovrappone” la propria valutazione a quella dell'amministrazione. A fronte del

riconoscimento di uno “spazio di valutazione”, un sindacato di tipo sostitutivo da parte del giudice tedesco risulta essere sempre escluso.

L'impossibilità del giudizio di atteggiarsi nella forma di un controllo sostitutivo è affermata non solo in relazione a fattispecie in cui emergono indizi della presenza di un potere che, con gli occhi del giurista italiano, apparirebbe come discrezionale, ma anche in relazione ad ipotesi in cui si ragioni di valutazioni ancorché opinabili, di natura meramente “tecnica”, quale quella relativa all'idoneità del vino ai fini dell'attribuzione dell'etichetta di “vino di qualità”.

Si rammenta tuttavia che quanto sopra è valido esclusivamente in relazione alle ipotesi in cui si riscontri uno spazio di valutazione dell'amministrazione. Ove non sussista uno spazio di valutazione dell'amministrazione, anche nei casi in cui si ragioni di valutazioni tecniche opinabili, in principio il sindacato del giudice tedesco sull'interpretazione e sull'applicazione dei concetti giuridici indeterminati è pieno e quindi potenzialmente forte nel senso sopra citato. Su questo punto si tornerà più avanti.

4.6 Le altre ipotesi di riconoscimento di un *Beurteilungsspielraum*

Seguendo la prospettiva classificatoria proposta da Schmidt-Aßmann, sono considerate separatamente (e differenziate “tipologicamente”) dalle attribuzioni di spazio di valutazione in senso stretto (che egli circoscrive ai giudizi relativi alle prestazioni d'esame, alle valutazioni nel settore del pubblico impiego e alle verifiche tecniche “assimilabili” alle valutazioni di prestazioni di esame, cui sono stati dedicati i paragrafi che precedono), le *Einschätzungsprärogativen*, le *Prognoseermächtigungen*, i *Rezeptionsbegriffe* e le *Technikklauseln*. Lo studioso chiarisce tuttavia come non si tratti di “istituti strettamente distinti”.

Le *Einschätzungsprärogativen* vengono spesso proposte come un sottoinsieme del gruppo “spazio di valutazione”. Si tratta di ipotesi accomunate, come sottolinea Schmidt-Aßmann, dalla natura “politica” del concetto di cui la norma richiede l'interpretazione e l'applicazione.

Fedele alla *normative Ermächtigungslehre* Schmidt-Aßmann sottolinea però come non sia la mera natura *politica* del concetto in considerazione o la componente prognostica della valutazione richiesta all'amministrazione a fondare la riserva a favore dell'amministrazione. In generale tuttavia quanto più chiaramente il compito di concretizzazione del concetto è affidato al livello *governativo* tanto più è facile rinvenire la sussistenza di una *Einschätzungsprärogative*.

L'interesse suscitato negli studiosi dalla giurisprudenza relativa alle fattispecie cosiddette "d'esame" ha fatto tuttavia sì che queste ulteriori ipotesi restassero in secondo piano e la loro considerazione fosse accompagnata dal rilievo tranquillizzante che si trattasse di "rare eccezioni". La parte speciale del diritto amministrativo dà in realtà un quadro completamente diverso: risulta la sussistenza di una molteplicità di *Einschätzungsprärogative*, che assumono spesso in ruolo chiave nelle relazioni giuridiche.

L'elenco proposto da Schmidt-Aßmann nel fondamentale commentario all'articolo 19, comma IV, della *Grundgesetz* ricomprende in parte la casistica il cui esame si propone nei successivi paragrafi.

Quali ipotesi di *Einschätzungsprärogative* riconosciute dalle corti superiori si menzionano: le valutazioni del ministero della Difesa relative all'istituzione e al mantenimento dei distretti di volo; la valutazione relativa alla "situazione economica complessiva" effettuata dal *Kartellbehörde* ai sensi del §71, comma 5, della *GWB* (la legge sulle limitazioni della concorrenza); la determinazione delle quote di importazione ai sensi della *AussenwirtschaftsG* (la legge sul commercio estero); il potere regolamentare del Ministero per la determinazione del conguaglio relativo al potere d'acquisto per i funzionari impiegati all'estero; la valutazione dell'interesse del trasporto pubblico locale ai fini del rilascio delle licenze taxi; la valutazione dello scopo pubblico per l'esercizio di attività economiche municipali; il riconoscimento dell'interesse pedagogico alla istituzione di una scuola elementare privata; la valutazione delle necessità in relazione al diritto del soccorso pubblico.

Secondo la ricostruzione di Schmidt-Aßmann, sussistono delle sovrapposizioni tra *Einschätzungsprärogativen* e *Prognoseermächtigungen*, che si trovano spesso a convivere nel *Tatbestand*. Proprio in virtù di tale sovrapposizione,

Prognoseermächtigungen e *Einschätzungsprärogativen* sono congiuntamente esaminate nei paragrafi che seguono.

4.6.1 Decisioni prognostiche

Come sottolinea Schmidt-Abmann¹⁶⁹, non sussiste un principio in base al quale le decisioni di carattere prognostico siano per ciò solo soggette ad un sindacato solo limitato da parte del giudice amministrativo. Dal momento che la presenza di elementi prognostici caratterizza una molteplicità di ambiti dell'agire amministrativo, un tale principio sarebbe del tutto incompatibile con il compito di riesame "comprensivo" che spetta ai tribunali, come si è visto, alla luce del dettato dell'articolo 19, comma IV, della Legge Fondamentale. La natura prognostica è peraltro parte integrante dell'indeterminatezza di taluni concetti impiegati dalla norma. È stato rilevato che così come la sola indeterminatezza di per sé non comporta una limitazione del controllo giudiziale, lo stesso discorso vale per la componente prognostica di tale indeterminatezza. Rispondono a questo canone, con conseguente assoggettabilità ad un sindacato pieno, le valutazioni di pericolo tipiche del diritto di polizia e le valutazioni di *affidabilità*.

Al legislatore non è tuttavia precluso di attribuire all'amministrazione una *Letztentscheidungskompetenz* anche in relazione a concetti a contenuto prognostico: come già accennato, in alcuni casi la *Prognoseermächtigung* e la *Beurteilungsermächtigung* vengono a sovrapporsi e a confondersi. Altre *Prognoseermächtigung* si rintracciano in leggi di pianificazione economica o pianificazione a carattere generale. La maggior parte delle *Einschätzungspärogative* riconosciute sono la conseguenza della natura mista politico-prognostica della decisione da assumere.

Non tutte le norme che comportano un giudizio probabilistico contengono un'attribuzione di un potere di valutazione prognostico. Quando tale attribuzione non è presente il giudice deve esercitare un sindacato pieno anche sull'elemento previsionale, ripercorrendo l'iter valutativo e da ultimo anche sostituendo la propria

¹⁶⁹ E. SCHMIDT-ABMANN, *Art. 19 Abs. IV, cit.*, p. 130 ss.

valutazione probabilistica a quella dell'amministrazione, eventualmente con l'ausilio di consulenti esterni.

L'attribuzione di una *Prognoseermächtigung* si traduce invece in un sindacato limitato a specifici criteri di verifica, che nell'ipotesi più semplici corrispondono ai criteri di sindacato previsti per le *Beurteilungsermächtigungen*, mentre per le valutazioni prognostiche relative al diritto della pianificazione sono più elaborati e corrispondono alla struttura della prognosi. Si distingue un momento di (i) controllo della base della prognosi, relativo quindi alla corretta comprensione delle questioni sottese alla stessa, degli assunti di partenza e dei presupposti quantitativi: tutti i dati a disposizione devono essere stati presi in considerazione; (ii) controllo del procedimento: deve essere verificato se l'amministrazione abbia scelto un metodo (leggasi "criterio") scientificamente attendibile ed adeguato, se lo abbia applicato con coerenza e se la prognosi in sé risulti plausibile (*nachvollziehbar*). Il risultato della prognosi invece non è sindacabile per quanto concerne il suo contenuto. Il tribunale amministrativo non può sostituire la propria valutazione prognostica a quella dell'amministrazione. Sussiste un *Prognosefehler* se una prognosi risulta essere assunta in spregio ad uno dei citati criteri.

Da ultimo, deve essere verificato se sussiste un rapporto di proporzionalità tra il livello di incertezza relativo agli sviluppi futuri della situazione, insito nella prognosi, e gli interventi che la prognosi mira a legittimare. In relazione a quest'ultimo punto il giudice esercita un sindacato pieno.

Volendo trarre dall'esame introduttivo della famiglia "decisioni prognostiche" delle considerazioni in chiave comparatistica, il rilievo che appare più significativo è la somiglianza, anche formale, al livello cioè della testuale formulazione degli stessi, tra i criteri elaborati in Germania ai fini del sindacato giudiziale delle valutazioni prognostiche in relazione alle quali sia riconosciuto uno spazio di valutazione dell'amministrazione (perlomeno nel settore della pianificazione¹⁷⁰) e il (generale) canone del sindacato cosiddetto "intrinseco" delle valutazioni tecnico-discrezionali, sviluppato in Italia a partire dalla sentenza n. 601 del 1999, che arriva ad ammettere,

¹⁷⁰ Ma in realtà tali criteri vengono generalizzati a tutte le ipotesi in cui sussiste un *Beurteilungsspielraum* in §114, in F.O. KOPP, W.R. SCHENKE (a cura di), *VwGO. Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, München, 2013, p. 1459, numero a margine 31a.

come noto, la possibilità di una “verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo”.

Come si è visto, al giudice tedesco si chiede di verificare se l’amministrazione abbia scelto un metodo scientificamente attendibile ed adeguato, se lo abbia applicato con coerenza e se la prognosi in sé risulti *plausibile (nachvollziehbar)*.

Anche in Germania viene dunque in rilievo il criterio dell’attendibilità della valutazione, che informa l’orientamento del giudice italiano a partire dalla sentenza sopra citata, con quello che appare come un passaggio da un’“*Evidenzkontrolle*” ad una “*Plausibilitätskontrolle*”¹⁷¹.

Ma come si atteggia il sindacato del giudice a fronte di una valutazione che risulta di scarsa plausibilità, e dunque inattendibile?

Se si tratta di valutazioni prognostiche *in relazione alle quali sia stato riconosciuto uno spazio di valutazione*, il tribunale amministrativo tedesco *non può* comunque sostituire la propria valutazione a quella dell’amministrazione.

Potrebbe essere obiettato, tuttavia, che nel settore in esame l’esclusione di un sindacato di tipo sostitutivo discenderebbe dalla particolare qualificazione delle valutazioni prognostiche in considerazione, collocate nell’ambito del diritto della pianificazione: si tratterebbe quindi, in una prospettiva di diritto italiano, di un limite ontologicamente connesso alla commistione tra profili tecnico-discrezionali e meramente discrezionali. Il giudice non potrebbe cioè “attingere direttamente l’opportunità della scelta effettuata per la miglior cura dell’interesse pubblico”¹⁷².

Si è visto, tuttavia, che quello della non sostituibilità della valutazione da parte del giudice pare un principio ricavabile anche dalla giurisprudenza in casi in cui, in un’ottica di diritto italiano, sembrerebbe mancare qualsiasi profilo di discrezionalità pura.

¹⁷¹ In generale, in tema di “controlli” sull’amministrazione e relativi parametri, cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, *Art. 19 Abs. IV, cit.*, p. 121, nota 1, che rinvia a E. SCHMIDT-ABMANN *Verwaltungskontrolle. Einleitende Problemskizze*, H. SCHULZE-FIELITZ, *Zusammenspiel von öffentlich- rechtlichen Kontrollen der Verwaltung*, W. HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungskontrolle – Perspektiven*, in E. SCHMIDT-ABMANN, W. HOFFMANN-RIEM (a cura di), *Verwaltungskontrolle*, Baden-Baden, 2001, rispettivamente p. 9 ss., p. 219 ss., p. 325 ss.

¹⁷² Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4082.

In altri termini, il sindacato - sia pur intrinseco - del giudice tedesco in relazione a valutazioni tecnico-prognostiche per le quali l'amministrazione sia investita di una *Einschätzungsprärogative* sembra escludere la possibilità che a fronte di una valutazione inattendibile il giudice possa sostituirsi all'amministrazione: il sindacato si arresta di fronte alla constatazione di una prognosi errata.

Nel caso esaminato dalla pronuncia in BVerwGE 79, 208¹⁷³ la ricorrente aveva richiesto una licenza taxi a valere sul territorio del Comune di Monaco.

Il §13, comma 4, del *Personenbeförderungsgesetz* (PBefG) prevedeva che il rilascio della licenza dovesse essere negato se l'interesse del trasporto pubblico ne risultasse pregiudicato, nel senso che l'esercizio della nuova licenza costituisse una minaccia per la "capacità di funzionamento" del settore taxi locale. Nell'effettuare tale verifica l'amministrazione doveva considerare in particolare alcuni fattori esplicitati dalla norma: la domanda relativa al servizio, misurata in termini di richieste di trasporto taxi; la "densità" di taxi; lo sviluppo della struttura costi-ricavi in relazione al tempo di utilizzo; il numero e le cause delle cessazioni di esercizio della licenza taxi.

Il Comune rigettava l'istanza motivando il diniego sul rilievo che il rilascio di una ulteriore licenza avrebbe pregiudicato il funzionamento del settore taxi locale. Sottolineava che solo cinque mesi prima era stata rilasciata un'ulteriore licenza, la ottantunesima, e il periodo di osservazione trascorso non era da reputarsi sufficiente a determinare il potenziale impatto delle nuove immatricolazioni su tale settore del trasporto.

Il *Verwaltungsgericht* accoglieva la *Verpflichtungsklage* dell'aspirante tassista, previo annullamento del diniego e condannava l'amministrazione resistente al rilascio della licenza. L'amministrazione ricorreva in appello contro la sentenza di primo grado ma l'*Oberverwaltungsgericht* rigettava il ricorso. Proponeva pertanto un'istanza di *Revision* presso il *Bundesverwaltungsgericht* lamentando, tra l'altro, una violazione dell'obbligo di *Aufklärung*.

Il *Bundesverwaltungsgericht* riconosce che l'*Oberverwaltungsgericht* ha legittimamente rigettato l'istanza di appello dell'amministrazione.

¹⁷³ BVerwG 15.04.1988 – 7 C 94.86.

L'aspirante tassista ha infatti diritto ad ottenere la licenza richiesta in quanto risultano soddisfatti i presupposti soggettivi di cui al §13, comma 1, PBefG e l'unico motivo legittimante un diniego ai sensi §13, comma 4, della citata previsione non risulta dato nel caso di specie.

Sottolinea il *Bundesverwaltungsgericht* come la licenza possa essere negata esclusivamente ove il rilascio pregiudichi l'interesse del pubblico trasporto nel senso che costituisca una minaccia per il funzionamento della concorrenza locale. Il §13, comma 4, della legge sul trasporto dei passeggeri (*Personenbeförderungsgesetz - PBefG*) non richiede una prova relativa al "bisogno" ma considera come criterio decisivo l'*interesse del pubblico trasporto*.

Limitazioni all'esercizio di un'attività quale quella di servizio taxi sono costituzionalmente ammissibili solo ove ciò sia necessario per proteggere un bene di rango superiore.

Il *Bundesverwaltungsgericht* contesta l'interpretazione che l'amministrazione ha dato del concetto di "minaccia alla capacità di funzionamento" del settore e sottolinea come l'utilizzo del riferimento al "funzionamento" piuttosto che all'"esistenza" del business taxi locale non sia da interpretarsi - come erroneamente effettuato dall'amministrazione - nel senso di richiedere una verifica relativa all'effettiva capacità dell'imprenditore di ammortizzare sufficientemente il capitale investito realizzando un adeguato utile: non si impone cioè all'amministrazione di considerare la situazione economica delle imprese in concorrenza nel settore.

Secondo il Tribunale amministrativo federale, correttamente l'*Oberverwaltungsgericht* ha ritenuto che il rilascio della licenza richiesta non minacciasse la capacità di funzionamento del settore taxi locale e non pregiudicasse l'interesse del trasporto pubblico locale. Ha infatti riconosciuto, ai fini della valutazione del limite oltre il quale il rilascio di ulteriori licenze si traduce in tale pregiudizio, che l'amministrazione deve effettuare un apprezzamento di carattere prognostico che può essere sindacato solo in misura circoscritta dal giudice, limitatamente cioè alla verifica che l'amministrazione abbia ricostruito correttamente ed esaustivamente lo stato dei fatti, abbia riconosciuto i punti di vista rilevanti per la

decisione e non abbia stimato in maniera *palesemente erronea* il possibile sviluppo della situazione.

Se, nella verifica della legittimità del diniego fondato su tale valutazione prognostica, il giudice accerta che l'amministrazione non ha considerato tutti i fattori rilevanti per la decisione, deve disporre l'annullamento del diniego del rilascio di licenza quale decisione che prevede un *prognostisches Spielraum* e condannare l'amministrazione ad una nuova decisione. Non può invece rendere *entscheidungsreif* la questione nel senso di effettuare direttamente la valutazione prognostica che spetta all'amministrazione.

Esclusivamente quando lo stato delle cose sia tale che *non residui spazio per l'apprezzamento che è alla base della decisione*, il giudice può condannare l'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto. Nel caso di specie è dato, secondo il *Bundesverwaltungsgericht*, un tale stato dei fatti.

Nell'ipotesi in cui siano state presentate numerose domande, l'amministrazione non deve infatti effettuare una valutazione prognostica rispetto all'impatto di ciascuna licenza singolarmente considerata. Se sussiste una moltitudine di licenze già rilasciate, come le ottantuno del caso in questione, può a stento sostenersi, infatti, che una singola ulteriore licenza aggiuntiva possa pregiudicare l'interesse del trasporto locale. Quando sussistono più domande, gli effetti del rilascio delle licenze sul settore taxi locale possono essere determinati solo se viene *unitariamente* valutato se possono essere rilasciate ulteriori licenze e, in caso positivo, quante.

Se l'amministrazione ha risposto negativamente alla domanda relativa alla possibilità di rilascio di ulteriori licenze sulla base di una valutazione prognostica *palesemente errata*, non sussistono gli estremi che legittimino un diniego. Se infatti il giudice non può sostituirsi all'amministrazione nella valutazione relativa al numero di licenze ancora da emettere, ciò non esclude che possa condannare l'amministrazione al rilascio della licenza ove ritenga (ed *esclusivamente* ove ritenga) che la prognosi posta alla base del diniego porti ad un numero evidentemente basso, e dunque la prognosi sia palesemente errata. Ai fini del giudizio, almeno quando si tratti solo di uno o due ricorrenti, non viene infatti richiesto neppure all'amministrazione di

valutare il numero di licenze che possono ancora essere rilasciate senza pregiudizio per l'interesse del trasporto pubblico.

Il *Bundesverwaltungsgericht* ripercorre gli accertamenti compiuti dal *Berufungsgericht* con riferimento agli indicatori esemplificativi del funzionamento del settore dei taxi locale per verificare la fondatezza delle doglianze relative alla presunta violazione dell'obbligo di *Aufklärung* di cui al §86, comma 1, VwGO, per concludere che tale obbligo non è stato violato. L'amministrazione in appello non ha inoltre provato nessuna circostanza che potesse costituire un indizio della sussistenza di una minaccia per il settore taxi locale ai sensi del §13, comma 4, secondo periodo.

Il Tribunale federale sottolinea come la richiesta di ascoltare un esperto in relazione alla "capacità di funzionamento del settore" non costituisca - come già rilevato dal giudice d'appello - un mezzo istruttorio adeguato, perché servirebbe soltanto a "dare un nome" alla questione giuridica in esame. L'*Amtsermittlungsgrundsatz* previsto dal §86, comma 1, non onera le parti, e non obbliga corrispondentemente l'amministrazione, a mettere in discussione ai fini dell'*Aufklärung* uno stato dei fatti che non è sostanzialmente in discussione e non si impone come ulteriormente bisognoso di "acclaramento". Tra l'altro le restrizioni all'accesso ad una attività impongono, per essere costituzionalmente ammissibili, un onere della prova rafforzato. L'amministrazione può porre delle barriere all'ingresso all'esercizio dell'attività di tassista solo se il pericolo di cui al §13, comma 4, primo periodo, BPefG è "provabile come concreto o la sua verificabilità incombe come prossima secondo il giudizio *scrupolosamente motivato* dell'amministrazione" (BVerfGE 11, 168, 191).

Gli accertamenti del *Berufungsgericht* provano che non sussistono i presupposti per ritenere legittima la valutazione dell'amministrazione relativa alla sussistenza di una minaccia per il settore taxi. Al contrario: la circostanza che per l'acquisto o l'affitto di una licenza si paghino delle somme elevate è un chiaro indizio nel senso che il settore può conoscere un accrescimento ancora significativo del numero di licenze prima di veder minacciata la sua capacità di funzionamento.

Date queste premesse, il *Bundesverwaltungsgericht* rigetta l'istanza di *Revision*, confermando la legittimità dell'operato del *Berufungsgericht*.

Molteplici e variegati gli spunti offerti da questa pronuncia.

Si rileva come, in un'ottica di diritto italiano, la fattispecie di prognosi al centro della sentenza che precede (relativa alla valutazione dell'*impatto* delle licenze taxi sull'*interesse* del trasporto in termini di funzionamento, nel contesto territoriale, sulla base di criteri destinati a fungere prevalentemente da “indizi” soggetti ad apprezzamento da parte dell'amministrazione) sarebbe ritenuta probabilmente richiedere una valutazione tecnico-complessa da parte dell'amministrazione, con commistione tra il momento tecnico e quello *stricto sensu* discrezionale, con conseguente limitazione delle possibilità di controllo da parte del giudice allo strumentario del sindacato estrinseco.

Ma anche assumendo la prevalenza dell'elemento discrezionale, avrebbe il giudice italiano, date le circostanze del caso, ritenuto “esauriti” i margini di discrezionalità annullando il diniego e accogliendo l'azione di adempimento? Dalla giurisprudenza amministrativa successiva al Codice del processo amministrativo, e in particolare, al suo “secondo correttivo”, non sembrano potersi ricavare indizi sufficienti che consentano di rispondere affermativamente.

4.6.2 Valutazioni prognostiche e di rischio nel diritto dell'ambiente

Per quanto concerne le valutazioni prognostiche e di rischio nel diritto dell'ambiente, in relazione alle quali - stante il loro carattere previsionale - sono in astratto valide le considerazioni introduttive di cui al paragrafo che precede, esse meritano una considerazione separata perché la dottrina ne dà una trattazione concettualmente autonoma in dipendenza dei concetti giuridici indeterminati che vengono in considerazione.

Nel settore ambientale è infatti frequente il ricorso, nella definizione dei presupposti del potere di autorizzazione cui sono subordinate determinate attività¹⁷⁴, alle nozioni di “regole generalmente riconosciute della tecnica” o allo “stato della (scienza e

¹⁷⁴ Sul punto si veda anche P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, cit.

della) tecnica”. Questi concetti indeterminati costituiscono un rinvio, di natura recettizio-conservativa, i primi, recettizio-pianificatoria i secondi.

Il problema della limitazione del sindacato giudiziale ad essi relativa si inserisce quindi nell’ambito di un dibattito più generale, che concerne i concetti “di recezione”, ossia quei concetti che sono inseriti nella norma al fine di richiamare ed assorbire determinate *direttive*, che possono a loro volta avere natura normativa¹⁷⁵.

Il problema relativo ai *Rezeptionsbegriffe* è a due livelli: dal un lato, concerne il sindacato giudiziale delle stesse direttive, che segue la loro propria natura (normalmente discrezionale-pianificatoria o discrezionale-normativa), dall’altro concerne il sindacato dei singoli momenti applicativi: il giudice ha in principio l’obbligo di sindacare pienamente se l’amministrazione abbia correttamente determinato la direttiva applicabile e ne abbia tratto le corrette conclusioni. Non tutti i concetti di recezione incorporano una *Beurteilungsermächtigung* o una *Einschätzungsprärogative*. In alcuni casi, tuttavia, un concetto recettizio può incorporare una riserva decisionale a favore dell’amministrazione, che può essere relativa alla concretizzazione della direttiva o altri elementi del concetto.

Per quanto concerne i concetti di natura recettizio-conservativa (*conservative Rezeptionsbegriffe*), il rinvio alle regole della scienza e della tecnica “generalmente riconosciute” richiede al giudice non di intraprendere indagini proprie ma di fare affidamento su conoscenze estranee, nella misura in cui è tenuto a ricavare il grado di riconoscimento di una presa di posizione scientifica dall’opinione maggioritaria tra gli esperti.

È discusso invece se concetti di natura recettizio-pianificatoria (*gestaltende Rezeptionsbegriffe*) quali “stato della scienza e della tecnica” configurino l’attribuzione di un potere di concretizzazione della norma a favore dell’esecutivo e una corrispondente limitazione del sindacato giudiziale.

¹⁷⁵ Cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, *Art. 19 Abs. IV, cit.*, p. 113, numero a margine 202, che fa l’esempio delle necessità di servizio ai fini della sostituzione di un funzionario, che non possono essere valutate prescindendo dalla pianificazione dei ruoli operata dall’amministrazione, di guisa che la valutazione passa attraverso una decisione di natura organizzativa dell’amministrazione che a sua volta è soggetta ad un sindacato solo limitato.

In *Kalkar*¹⁷⁶ il *Bundesverfassungsgericht* si trova a valutare la legittimità costituzionale dei presupposti per l'autorizzazione degli impianti di energia atomica previsti dal §7(I) e (II) della legge sull'energia atomica (AtomG).

Il §7(I) della AtomG prevede che chi costruisce o gestisce un impianto per la produzione o la fissione del combustibile nucleare richieda una licenza. Tale licenza è concessa se sussistono i presupposti di cui al §7(II), che prevedono, tra l'altro, che non possa dubitarsi dell'affidabilità del richiedente e delle persone responsabili per la creazione, la gestione e la supervisione del funzionamento dell'impianto, che le persone impegnate nel funzionamento del sistema possiedano le “conoscenze necessarie” relative alla sicurezza di funzionamento dell'impianto, ai rischi potenziali e alle misure di protezione e che il richiedente abbia adottato ogni precauzione necessaria alla luce dello “stato attuale della scienza e della tecnica” per evitare i danni derivanti dalla costruzione e la gestione dell'impianto.

Il proprietario di una azienda agricola situata ad un miglio di distanza dal sito per il quale era stata autorizzata la costruzione di un impianto atomico ricorreva contro la concessione della licenza adducendo la violazione delle procedure di cui al §7(II) della AtomG. Il tribunale amministrativo respingeva l'istanza. Veniva quindi proposto appello presso l'*Oberverwaltungsgericht*, che sollevava questione di costituzionalità, chiedendo se, in considerazione delle implicazioni rilevanti per la sicurezza pubblica e per i diritti dei cittadini coinvolti nella produzione di energia nucleare, il Parlamento non avesse l'obbligo di stabilire criteri più *concreti* per la costruzione degli impianti rispetto a quelli previsti dalla AtomG.

Il *Bundesverfassungsgericht* conclude che i §7(I) e 7(II) della legge sull'energia atomica non violano l'obbligo costituzionale che le leggi siano redatte con sufficiente precisione. L'uso di termini imprecisi quali “affidabilità” e “conoscenze necessarie”, di cui al §7(I) è costituzionalmente ammissibile. Il grado di precisione richiesto dipende dalla natura della materia da disciplinare e dall'intensità della disciplina.

Rileva come, in ogni caso, tali concetti siano sempre stati oggetto di interpretazione da parte del potere legislativo, esecutivo e giudiziario.

¹⁷⁶ BVerfGE 49, 89, *cit.* Cfr. anche E. SCHMIDT-ABMANN, *I limiti del sindacato dei tribunali amministrativi*, *cit.*

Anche il §7(II) risulta, secondo il *Bundesverfassungsgericht*, sufficientemente preciso ai fini della compatibilità con il dettato costituzionale. Questa disposizione riguarda il campo della sicurezza tecnica. Qualsiasi regolamentazione legislativa in questo campo deve fronteggiare le particolari difficoltà che risiedono nella natura della materia da disciplinare.

Nel fissare le norme che tengono conto degli sviluppi scientifici e tecnologici, il legislatore ha un certo numero di opzioni disponibili per rendere tali sviluppi giuridicamente vincolanti. Queste norme hanno una caratteristica comune: ricorrendo a concetti giuridici indeterminati il legislatore *sposta* la difficoltà relativa alla loro concretizzazione e al loro adeguamento al progresso scientifico e tecnologico. Pertanto, le autorità amministrative e giurisdizionali devono compensare il *deficit* normativo lasciato dal legislatore.

La legge può, per esempio, fare riferimento a “norme tecniche generalmente riconosciute”. In questo caso, l’amministrazione e i giudici possono limitarsi ad accertare l’opinione della maggioranza tra i tecnici. Questo criterio ha lo svantaggio di ritardare lo sviluppo di nuove tecnologie. Il riferimento della AtomG allo “stato attuale della scienza e della tecnica” impone sforzi ancora maggiori per la concretizzazione del contenuto della norma e il suo adeguamento agli sviluppi scientifico-tecnologici.

Il *Bundesverfassungsgericht* lascia qui aperta la possibilità che nelle situazioni in questione il sindacato giudiziale possa essere eventualmente limitato¹⁷⁷.

L’utilizzo di concetti giuridici indeterminati rientra nella discrezionalità del legislatore. Il ricorso a concetti giuridici indeterminati nel §7(2) della AtomG non è peregrino: la formulazione prescelta, che è aperta a sviluppi futuri, serve come “protezione dinamica” dei diritti fondamentali. La determinazione di regole rigide costituirebbe piuttosto una regressione a scapito della sicurezza. Il

¹⁷⁷ BVerfGE 49, 89, §108: “Dabei kann es hier offenbleiben, wo im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG bei der Bewertung technischer Normen und Standards für die Einschätzung künftiger Schadensmöglichkeiten die Grenzen richterlicher Nachprüfungspflicht liegen, und ob sich die Gerichte nicht etwa darauf beschränken dürfen zu prüfen, ob bei Kenntnislücken und Unsicherheiten im Bereich der naturwissenschaftlichen und technischen Feststellungen und Beurteilungen die Grenzen der sich daraus ergebenden “Bandbreite” eingehalten worden sind”.

Bundesverfassungsgericht conclude per la necessità di tollerare qualche incertezza del diritto.

Le considerazioni appena svolte valgono anche per il cosiddetto rischio residuale che viene in considerazione nel contesto del §7, (II), n. 3, disposizione che consente la concessione di licenze, anche se la probabilità di un danno futuro non si può escludere con assoluta certezza. La legge lascia all'esecutivo la determinazione della tipologia e della portata di rischio che può essere tollerata o che, al contrario, deve essere considerata inaccettabile¹⁷⁸.

Il legislatore vuole che siano considerati tutti i danni, pericoli e rischi specifici derivanti dall'installazione e dal funzionamento e che la probabilità di un incidente, che può essere tollerata al momento del rilascio della licenza, sia la più bassa possibile. Con riferimento allo stato attuale della scienza e della tecnica la legge obbliga l'esecutivo a rispettare il principio della migliore protezione possibile contro i pericoli e rischi. Il legislatore non è vincolato, tuttavia, a definire con precisione i possibili tipi e fattori di rischio. La valutazione dei rischi derivanti da un impianto nucleare dipende da una molteplicità di circostanze, molte delle quali sono in costante evoluzione. Nell'interesse di una protezione dinamica del diritto alla vita e alla proprietà l'esecutivo deve valutare e adeguare costantemente le misure di sicurezza - compito per la cui esecuzione è meglio attrezzato rispetto al legislatore. L'inevitabile grado di incertezza nella valutazione di tali rischi risiede nella natura della conoscenza umana¹⁷⁹.

La pronuncia BVerfGE 61, 82 (*Sasbach*)¹⁸⁰ si pone in continuità con il precedente *Kalkar*. Il *Bundesverfassungsgericht* specifica la possibilità di un sindacato solo limitato delle valutazioni di rischio dell'amministrazione, circoscritto ad una verifica di legittimità, che esclude che il giudice possa porre proprie valutazioni in luogo di quelle dell'amministrazione¹⁸¹.

¹⁷⁸ BVerfGE 49, 89, §110.

¹⁷⁹ Sulla portata della sentenza cfr. P. BADURA, *op. cit.*, p. 174. Cfr. anche E. SCHMIDT-AßMANN, *I limiti del sindacato dei tribunali amministrativi*, cit.

¹⁸⁰ BVerfGE 61, 82.

¹⁸¹ Sottolinea il *Bundesverfassungsgericht*: "Dabei hat die Genehmigungsbehörde im Rahmen normativer Vorgaben und willkürfreier Ermittlungen auch Bewertungen, zum Beispiel am Maßstab des Standes von Wissenschaft und Technik, der Erforderlichkeit der

Il *Bundesverwaltungsgericht*, nella pronuncia nota come *Wyhl* (in BVerwGE 72, 300)¹⁸², recepisce le indicazioni del *Bundesverfassungsgericht*. La vicenda origina da alcuni ricorsi avverso la prima autorizzazione parziale della costruzione di un impianto atomico nell'area di Wyhl. I ricorrenti lamentavano, tra l'altro, la violazione del §7, (II), n. 3 della AtomG in base al quale il rilascio dell'autorizzazione alla costruzione dell'impianto presuppone che risultino adottate tutte le "precauzioni necessarie secondo lo stato attuale della scienza e della tecnica". I ricorsi erano stati accolti in primo grado. Il *Berufungsgericht* aveva invece interpretato il concetto di "precauzioni necessarie secondo lo stato attuale della scienza e della tecnica" quale concetto giuridico indeterminato pienamente sindacabile.

Il *Bundesverwaltungsgericht* sottolinea che è la stessa struttura della norma ad escludere che il concetto di precauzione possa rappresentare un concetto giuridico indeterminato senza spazio di valutazione.

Secondo la struttura della norma, infatti, la responsabilità dell'accertamento e della valutazione del rischio ricade sull'amministrazione, che deve sì avvalersi del parere degli esperti, ma ponderando il peso delle singole prese di posizione ("*das Gewicht der Meinungsäußerungen gegeneinander abzuwägen*"). Ciò importa che il controllo giudiziale non possa spingersi sino ad una sostituzione della valutazione di questioni scientificamente controverse, ivi compresa l'operazione di *risk-assessment* che ne consegue, che il legislatore attribuisce all'esecutivo. Ciò discende direttamente dal §7, comma 2, AtomG, ma corrisponde anche alla cornice costituzionale¹⁸³.

Vorsorge gegen Schäden (§7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG) oder des Schutzes gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen, zu treffen. Die Gerichte haben solche Feststellungen und Bewertungen nur auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen, nicht aber ihre eigenen Bewertungen an deren Stelle zu setzen".

¹⁸² BVerwG 19.12.1985 - 7 C 65.82. Anche in relazione a Wyhl cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, *I limiti del sindacato dei tribunali amministrativi*, cit.

¹⁸³ Cfr. §30: "Die Exekutive verfügt nicht nur gegenüber der Legislative, sondern auch im Verhältnis zu den Verwaltungsgerichten über rechtliche Handlungsformen, die sie für die Verwirklichung des Grundsatzes bestmöglicher Gefahrenabwehr und Risikovorsorge sehr viel besser ausrüsten (a.a.O. S. 140). Dies ist der eigentliche Grund für die relativ geringe Regelungsdichte, die §7 Abs. 2 Nr. 3 AtG aufweist; er rechtfertigt diese Regelung zugleich vor den Erfordernissen des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts. Demgemäß hat das Bundesverfassungsgericht unter ausdrücklichem Hinweis auf den Grundsatz der Gewaltenteilung ausgeführt, die Verwaltungsgerichte hätten die von den

Anche se l'autorizzazione o il diniego di autorizzazione in relazione agli impianti di cui al §7, comma 1, AtomG possono colpire incisivamente i diritti fondamentali dei cittadini (si confronti BVerfG 49 , 89 [127]), il Tribunale costituzionale federale ha approvato la previsione di cui al §7, comma 2, “data la specificità dell’oggetto normativo” (ivi, p. 138), anche per quanto concerne la delimitazione della sfera d’azione del potere legislativo e di quello esecutivo. Questa delimitazione non può risultare ininfluente sulla portata del controllo giurisdizionale sulle decisioni relative all’autorizzazione degli impianti, contrariamente a quanto ritiene il Tribunale di secondo grado.

L’esecutivo dispone, non solo nei confronti del potere legislativo, ma anche in relazione agli organi di giustizia amministrativa di “*rechtliche Handlungsformen*” [forme di azione] che lo rendono molto meglio equipaggiato per l’attuazione dei principi di *Gefahrenabwehr* [difesa dal pericolo] e *Risikovorsorge* [prevenzione dei rischi] e le migliori disposizioni possibili rischi per la sicurezza (ibid., p. 140) .

Questa è la vera ragione che giustifica la scarsa regolamentazione di cui al §7, comma 2, n° 3 della AtomG. [...]

Di conseguenza, la Corte costituzionale federale ha dichiarato con esplicito riferimento al principio di separazione dei poteri che i giudici amministrativi possono sindacare le valutazioni adottate dalle autorità amministrative sulla base di indagini non arbitrarie esclusivamente sotto un profilo di legittimità, senza sostituire ad esse le proprie valutazioni (BVerfGE 61, 82 [114/115]). Ciò non è impedito dalla disposizione di cui all'articolo 19, comma IV, della Legge Fondamentale¹⁸⁴.

Genehmigungsbehörden aufgrund willkürfreier Ermittlungen vorgenommenen Bewertungen nur auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen, nicht aber ihre eigenen Bewertungen an deren Stelle zu setzen (BVerfGE 61, 82 [114/115]). Die Vorschrift des Art. 19 Abs. 4 GG steht dem nicht entgegen”.

¹⁸⁴ La sentenza *Wühl* è spesso richiamata anche in relazione ad un ulteriore profilo di interesse, rappresentato dal problema delle cosiddette *Verwaltungsvorschriften*. L’uniformità dell’azione amministrativa, la parità di trattamento e la certezza dei rapporti giuridici richiedono la “concretizzazione” della legge mediante atti normativi intermedi che fissano parametri tecnico-scientifici cui l’amministrazione deve fare riferimento nell’esercizio di verifica della sussistenza dei presupposti previsti, ad esempio, per l’autorizzazione degli impianti. Tali parametri sono noti come “*standard ambientali*” e rappresentano il risultato di un’operazione di temperamento tra il diritto ad un ambiente salubre e il diritto di iniziativa economica privata. Lo strumento utilizzato per la definizione di tali parametri è quello di atti amministrativi generali (appunto le *Verwaltungsvorschriften*) che contengono direttive per l’esercizio dei poteri discrezionali o con cui si indicano criteri per l’interpretazione. Si identificano con il termine “*Ermessensrichtlinien*” (direttive per l’esercizio di poteri discrezionali) le “*Verwaltungsvorschriften*” che, “contenendo direttive per l’esercizio dei poteri amministrativi, anticipano e consumano scelte discrezionali in senso stretto; viceversa la più precisa definizione del dato legislativo ed in particolare dei presupposti indicati per mezzo di concetti giuridici indeterminati, avviene attraverso le cosiddette “*norminterpretierende Verwaltungsvorschriften*” e “*normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften*” (rispettivamente prescrizioni amministrative con funzione interpretativa le une e di concretizzazione del dato legislativo le altre. Questi ultimi si riferiscono quindi non al momento discrezionale in senso stretto bensì alla precedente attività

Schmidt-Abmann richiama anche la decisione del 15 aprile 1999 del *Bundesverwaltungsgericht*¹⁸⁵ che traspone i summenzionati principi nel settore dell'ingegneria genetica. Egli sottolinea come, in misura ancora più forte rispetto alle precedenti decisioni, il Tribunale faccia qui appello alle speciali garanzie procedurali previste dalla legge che assicurano che l'organo decisionale, prima di assumere la propria determinazione, si rivolga ad una Commissione per la sicurezza biologica, composta da esperti, il cui parere non è vincolante ma genera uno specifico onere motivazionale scritto in caso di dissenso. Tali garanzie sono ritenute sufficienti a fondare una *Beurteilungsermächtigung*.

In tempi più recenti, il *Bundesverwaltungsgericht* si è pronunciato (in BVerwGE 131, 129¹⁸⁶) in relazione ad una vicenda originata da un ricorso promosso da un soggetto che abitava a 6 chilometri dal sito individuato quale potenziale deposito di scorie nucleari, che aveva impugnato l'autorizzazione rilasciata ai fini dell'esercizio del deposito perché non avrebbe tenuto in adeguata considerazione i rischi derivanti da un possibile attacco terroristico.

Riprendendo le argomentazioni già sviluppate nella sentenza *Wyhl*, il *Bundesverwaltungsgericht* rileva che

in relazione al livello di protezione necessaria contro attacchi terroristici ad un deposito di scorie nucleari l'autorità amministrativa decide sotto la sua responsabilità. Dalla struttura normativa del §7 n. 3 AtG, discende che l'esecutivo è il solo responsabile per l'accertamento e la valutazione del rischio così come per la decisione del tipo e del livello di rischio che può essere o meno assunto. [...] Non è compito del controllo giurisdizionale sostituire una valutazione demandata all'esecutivo con la propria. I giudici devono limitarsi a controllare se l'accertamento e la valutazione dei rischi su cui si fonda la

di interpretazione della legge, di valutazione della situazione di fatto e di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta". In relazione a tali prescrizioni si pone il problema di riconnettervi una rilevanza processuale ai fini di una loro configurazione quali parametri di legittimità del procedimento autorizzatorio. Tale risultato viene raggiunto riconoscendo in capo all'amministrazione un potere riservato di concretizzazione del dato legislativo per mezzo di *standard* ("*Standardisierungsspielraum*"). Cfr. P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, cit.

¹⁸⁵ In "Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht", 1999, 1232.

¹⁸⁶ Sentenza BVerwG 7 C 39 del 10 aprile 2008, oggetto di esame anche da parte di P. SAVONA, *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni giuridiche controverse*, in *www.federalismi.it*, 25, 2011.

decisione dell'autorità poggia su dati sufficienti, se essa tiene conto dello stato della scienza e della tecnica al momento in cui è stata presa e se, dalle risultanze del procedimento autorizzatorio può desumersi che l'autorità ha fondato il proprio convincimento su motivi di diritto.

4.6.3 Decisioni legate ad obiettivi e fattori prefissati nei campi della politica amministrativa e della politica economica

L'ultima "categoria" in senso lato in relazione alla quale è stata riconosciuta la sussistenza di uno spazio di valutazione concerne decisioni di natura eterogenea collegate ad obiettivi e fattori prefissati nei campi della politica amministrativa, della politica economica, accomunate dall'essere assunte avendo come riferimento tali obiettivi e fattori.

Viene in rilievo a questo proposito la pronuncia del 14 dicembre 1994, BVerwG 11 C 18. 93¹⁸⁷, relativa all'effettuazione di voli a bassa quota da parte delle forze armate federali e della NATO nel distretto del Münsterland occidentale. La vicenda origina da ricorso presentato da alcuni privati cittadini e da alcuni comuni, residenti i primi, e collocati i secondi, nel distretto medesimo, al fine di ottenere la condanna dell'amministrazione a non effettuare più voli militari nell'area al di sotto della quota di sicurezza fissata dal §6, comma 1, secondo periodo della legge sul traffico aereo (*Luftverkehrsordnung* – LuftVO) e la condanna a negoziare con la NATO la sospensione *de futuro* di questo tipo di voli. In subordine, si chiedeva la condanna dell'amministrazione a sostituire il sistema allora invalso che prevedeva sette distretti di volo a bassa quota con un sistema di rotazione su una base di quarantanove distretti, così assicurando che tutti i distretti in egual misura (e sempre soltanto sette distretti alla volta) fossero sorvolati per un periodo di tempo circoscritto, predefinito e specificato; oppure con un sistema che garantisse lo sfruttamento uniforme di superfici di volo con le stesse caratteristiche di idoneità su tutto il territorio della Repubblica Federale Tedesca. Si chiedeva inoltre in subordine di accertare che, a causa del sistema di distretti utilizzato, l'effettuazione di voli militari al di sotto della quota sopra citata fosse illegittima e ledesse i diritti dei ricorrenti.

Ai sensi del §30, comma 1, terzo periodo, LuftVO le prescrizioni relative al

¹⁸⁷ BVerwGE 97, 203-214.

comportamento in volo - e quindi anche quella relativa alla quota minima, dettata dal §6 LuftVO - possono essere derogate solo se “*assolutamente necessario per lo svolgimento di funzioni istituzionali*”.

Il *Verwaltungsgericht* aveva ritenuto parzialmente fondata la domanda da ultimo citata, rigettando tuttavia il ricorso. L'appello veniva accolto dall'*Oberverwaltungsgericht*.

Con la *Revision* i ricorrenti lamentano la violazione del §86, comma 2, VwGO, (che prevede che una richiesta probatoria avanzata nella trattazione orale possa essere respinta solo con una motivata ordinanza del tribunale) perché il tribunale di secondo grado aveva rigettato un'istanza di ammissione in relazione ad una prova rilevante proposta nel corso dell'udienza soltanto nella sentenza. Così facendo, avrebbe ommesso di compiere una ulteriore *Aufklärung* oggettivamente possibile e necessaria, in spregio al primo comma del §86 VwGO, in base al quale, come già visto, il tribunale è tenuto a esaminare d'ufficio lo stato dei fatti.

I ricorrenti asseriscono che la decisione del tribunale di seconda istanza viola l'articolo 28, secondo comma, della Legge Fondamentale, che prevede che debba essere garantito ai comuni il diritto di regolare, sotto la propria responsabilità, tutti gli affari della comunità locale nell'ambito delle leggi. La pronuncia ritiene infatti non necessario esperire un procedimento formale per la determinazione delle aree da destinare ai distretto di volo a bassa quota. Tali voli pregiudicano tuttavia in misura rilevante la libertà di pianificazione (*planerische Gestaltungsfreiheit*) dei comuni, i quali sono costretti ad adottare dispositivi antiacustici per gli edifici residenziali e pubblici e non possono più pianificare l'edificazione di ospedali, case di cura o istituti analoghi o altre imprese sensibili al rumore. Ai comuni dovrebbe essere garantito almeno un diritto di partecipazione nella definizione delle aree da destinare a distretto di volo.

Si denuncia inoltre una violazione del principio di proporzionalità, in quanto sussisterebbe concretamente la possibilità di adozione di un sistema alternativo di aree destinabili a distretto di volo a bassa quota. Per quanto concerne l'individuazione delle aree sino a quel momento utilizzate, non è chiaro ai ricorrenti perché sia indispensabile limitare la destinazione a distretto di volo alle aree esistenti,

in particolare dal momento che la stessa autorità militare aveva proposto il criterio della rotazione come alternativa meno onerosa. Sussiste secondo i ricorrenti anche una violazione dell'articolo 3, comma 1, della Legge Fondamentale: attraverso la creazione di soli sette distretti a bassa quota si impone, senza motivo oggettivo, un sacrificio esorbitante alle comunità colpite rispetto a quelle comunità che non sono attualmente sorvolate ma sarebbero potenzialmente interessate dall'adozione di un sistema di rotazione.

Secondo il *Bundesverwaltungsgericht* l'azione è ammissibile e la strada della tutela amministrativa è aperta perché non si tratta di atti di alta amministrazione sottratti alla cognizione del giudice amministrativo, né di questioni di competenza del *Bundesverfassungsgericht*. La *Revision* è tuttavia infondata, perché non sussiste secondo il *Bundesverwaltungsgericht* una violazione del primo, né del secondo comma del §86 VwGO.

Il *Bundesverwaltungsgericht* prende le mosse dal §30, primo comma, terzo periodo, del LuftVO, ai sensi del quale, come si è visto, una deroga delle prescrizioni relative al comportamento in volo è ammissibile solo ove assolutamente necessario per lo svolgimento di funzioni istituzionali.

I voli a bassa quota servono la missione di difesa delle forze federali e sono pertanto di natura sovrana. Che siano strettamente necessari è questione verificabile solo limitatamente dal giudice amministrativo. Con l'articolo 87A, comma 1, primo periodo, della Legge Fondamentale, in base al quale "il Governo federale organizza le forze armate per la difesa", il legislatore costituzionale ha adottato una decisione fondamentale per la difesa militare: secondo l'assetto della divisione dei poteri sancito dalla Legge Fondamentale, spetta al legislatore e agli organi incaricati della difesa federale decidere quali misure concrete siano richieste in ottemperanza al mandato costituzionale. Lo spazio di valutazione politico e di difesa riconosciuto al ministro federale ai fini della determinazione di ciò che sia assolutamente necessario per l'adempimento dei compiti di difesa sovrani dell'esercito federale non può certamente ritenersi illimitato, stante l'articolo 19, comma IV, della Legge Fondamentale. Secondo il *Bundesverwaltungsgericht* è corretto il rilievo del tribunale di seconda istanza secondo cui il sindacato da parte del giudice in relazione

all'autorizzazione ad effettuare voli a bassa quota è circoscritto alla verifica che il ministro federale della difesa sia partito da una pertinente ricostruzione delle circostanze di fatto, abbia riconosciuto il quadro rappresentato dal §30, primo comma, terzo periodo della legge su traffico aereo, si sia lasciato guidare da considerazioni corrette, abbia tenuto debito conto degli interessi civili, compresi quelli alla protezione dal rumore, in una necessaria operazione di bilanciamento e non li abbia invece misconosciuti in spregio al principio di proporzionalità. Il *Bundesverwaltungsgericht* riconosce che, muovendo da questi principi, il *Berufungsgericht* ha ritenuto infondate le doglianze dei ricorrenti senza con ciò violare le norme di diritto della cui applicazione conosce il Tribunale amministrativo federale.

Non può essere censurata la ricognizione delle circostanze di fatto operata dal *Berufungsgericht*: in relazione a essa il Tribunale ha chiarito in maniera *comprendibile e plausibile* le necessità dei voli militari, peraltro drasticamente circoscritti quanto ad intensità a partire dal 1990 a causa dei mutamenti politici intercorsi, e ha altresì accertato che l'amministrazione resistente non aveva misconosciuto i possibili effetti dei voli a bassa quota sulla popolazione, essendo la sua preoccupazione principale proprio quella di contenere le emissioni sonore.

Sottolinea il *Bundesverwaltungsgericht* che gli accertamenti effettuati nel secondo grado di giudizio, vincolanti per il Tribunale amministrativo federale, dimostrano che i voli a bassa quota delle forze armate federali e della NATO erano stati limitati a 1600 ore annue, da suddividersi nei diversi distretti, ripartite in sottoinsiemi di ore con diverse destinazioni funzionali. Il *Berufungsgericht* ha accertato che le doglianze dei ricorrenti in relazione alle misure di organizzazione dei voli non andavano oltre un fastidio occasionale. Non ne risulta pertanto una lesione né dei diritti dei privati cittadini né di quelli dei comuni. A quest'ultimo riguardo, il *Bundesverwaltungsgericht* ritiene non lesive dei diritti dei ricorrenti né la circostanza che non sia stato svolto un procedimento per la determinazione dei distretti di volo a bassa quota, non essendo il procedimento prescritto da alcuna norma di legge, né la circostanza che i comuni non siano stati sentiti prima della definizione delle suddette aree.

Rileva inoltre l'infondatezza anche delle domande proposte in via subordinata.

Secondo l'accertamento del *Berufungsgericht*, il criterio per la determinazione dei distretti per i voli a bassa quota è stato e continua ad essere quello della densità abitativa. La cerchia dei soggetti colpiti dalle emissioni sonore deve essere la più ristretta possibile.

Quello di non sottoporre a *stress* indebiti le popolazioni è un punto di vista oggettivamente sostenibile (“*ein sachlich vertretbarer Gesichtspunkt*”). Una diminuzione delle emissioni sonore nelle aree che sono state considerate sinora distretto comporterebbe come conseguenza un accrescimento delle emissioni sonore nei distretti finora non colpiti. In conformità alla giurisprudenza del *Bundesverwaltungsgericht* sulle misure sulle limitazioni del traffico a causa delle emissioni sonore¹⁸⁸, le forze armate federali dovrebbero tutelare l'interesse dei soggetti sinora colpiti dalle emissioni sonore e tenere allo stesso tempo conto degli interessi di coloro i quali sono stati sinora risparmiati. Le forze armate federali possono tanto più deviare dalle prescrizioni in materia di misure sulle limitazioni del traffico, quanto minore è il grado di disturbo sonoro arrecato. In questo senso risulta già significativa la rilevante riduzione del numero dei voli e, conseguentemente, delle emissioni sonore operata nel tempo.

Il *Bundesverwaltungsgericht* rileva infine come sia incensurabile il rilievo del *Berufungsgericht* secondo cui le aree destinate a distretti di volo a bassa quota sino a quel momento sono gravate da strutture militari particolari meno di quanto accada in altre zone del paese e come, di conseguenza, la scelta di “risparmiare” i nuovi *Länder* dall'esercizio dei voli a bassa quota poggi inoltre sulle condizioni oggettive di quei luoghi¹⁸⁹.

Con riferimento invece alla asserita sussistenza di altri modelli possibili per la distribuzione dei voli a bassa quota e, precisamente, alla presenza di un modello in particolare, sviluppato nel 1985, ma non adottato a causa della mancanza di fattibilità politica del progetto, sottolinea il *Bundesverwaltungsgericht* che il mantenimento del modello correntemente in uso non costituisce una violazione del divieto di adottare

¹⁸⁸ Il rinvio è a BVerwGE 74, 234 [240].

¹⁸⁹ §28.

decisioni arbitrarie (*Willkürverbot*)¹⁹⁰. Come rilevato correttamente dal *Berufungsgericht*, l'adozione di un modello diverso da un altro modello in astratto possibile non può essere censurata, dal momento che l'amministrazione resistente ha considerato la mancata accettazione politica dell'opzione alternativa nell'ambito dell'operazione di ponderazione (*Abwägung*) di cui risponde anche politicamente.

È interessante rilevare che una delle opere dottrinali più innovative nel dibattito tedesco attuale¹⁹¹, già richiamata nel §2.4, si apre proprio con un riferimento alla sentenza da ultimo citata, sottolineando come di norma sia superfluo spiegare al proprietario di una casa situata in uno dei pochi distretti in cui si svolgono le esercitazioni di volo a bassa quota perché un dibattito su presupposti e confini degli spazi di valutazione dell'amministrazione nell'applicazione di concetti giuridici indeterminati sia necessario e quali siano le enormi implicazioni pratiche di tale dibattito, in quanto egli sa già che il riconoscimento di un *Beurteilungsspielraum* del ministro della difesa per la determinazione delle aree da destinare a distretto di volo a bassa quota implicherà, come conseguenza, la riduzione delle concrete possibilità di far valere in giudizio l'illegittimità di tale determinazione, anche ove essa incida sulla sua qualità della vita, pregiudicandola significativamente.

Rispetto all'esempio tratto dalla sentenza che precede, il provvedimento di destinazione di un'area quale distretto di voto a bassa quota verrebbe classificato, in un'ottica di diritto italiano, quale espressione di "alta discrezionalità", potenzialmente manifestazione di un raccordo tra la funzione di indirizzo politico e la funzione amministrativa. Sarebbe pertanto assoggettato ad un sindacato giudiziale di legittimità per definizione "estrinseco", presumibilmente circoscritto a profili di evidenza macroscopica.

È agevole rilevare come questo risultato in termini di circoscrizione di sindacato giudiziale sia ottenibile, nel sistema tedesco, solo attraverso il ricorso al riconoscimento di uno "spazio di valutazione riservato", nella misura in cui la nozione di "*Ermessen*", come tradizionalmente assunta, non si presta in principio ad

¹⁹⁰ Cfr. *supra*, nota 162.

¹⁹¹ Ci si riferisce a E. PACHE, *op. cit.*

abbracciare una valutazione discrezionale nel senso gianniniano che attenga ai *presupposti* per l'esercizio del potere.

4.7 Considerazioni sulla giurisprudenza

Dalla rassegna che precede si ricava che il fenomeno giuridico individuato con la formula “*unbestimmte Rechtsbegriffe*” non è riconducibile ad unità e l'etichetta abbraccia una molteplicità di fenomeni diversi.

Il riconoscimento di uno spazio di valutazione dell'amministrazione nei vari gruppi di casi ha, anche secondo la giurisprudenza, un fondamento dogmatico di volta in volta diverso, che non consente generalizzazioni, essendo le fattispecie rilevanti connotate da un forte grado di disomogeneità.

Per quanto riguarda la giustificazione teorica della “riserva” così individuata, infatti, le ragioni addotte continuano ad apparire “assai varie, differenziate e comunque disomogenee, in quanto riferibili soltanto a specifiche ipotesi e non certamente all'intera categoria dei concetti indeterminati”¹⁹². È certo che l'elemento tecnico non assume rilievo determinante nella qualificazione del fenomeno, né, conseguentemente, nella definizione dei confini del sindacato. Talora concorre con altri rilievi, che acquistano tuttavia un significato preponderante, finendo con l'assorbirlo¹⁹³.

¹⁹² Se si torna alle questioni che la De Pretis riconosceva nel 1995 come “aperte” (ovvero quali sono le condizioni e i presupposti perché, di fronte all'impiego nella norma di legge di un concetto giuridico indeterminato, si possa ritenere che esso conferisca all'amministrazione un potere riservato di giudizio; e quale sia il fondamento istituzionale di tale riserva e della conseguente sottrazione del giudizio amministrativo al sindacato giurisdizionale) sembra possibile ribadire le conclusioni raggiunte allora. Cfr. D. DE PRETIS, *op. cit.*, p. 116 s.

¹⁹³ Già nel 1995 la De Pretis registrava la tendenza della dottrina a rivendicare la legittimità dell'attribuzione al potere esecutivo di spazi applicativi della legge che consentissero l'esplicarsi di un'azione amministrativa più efficace, soprattutto nei settori di intervento caratterizzati dalla necessità di rapidi adattamenti al mutare dei risultati delle conoscenze scientifiche e tecniche, valorizzando la presenza di situazioni in cui il giudice è “difficilmente in grado di compensare le lacune normative che richiedano una particolare responsabilizzazione in termini di utilità di risultati o particolari conoscenze tecniche”. Si vedeva un elemento a favore della rivendicazione all'amministrazione di spazi applicativi della legge nell'accentuazione del compito conformativo della pubblica amministrazione, che viene a qualificarsi da un punto di vista tecnico, in campo economico, energetico, della

La giurisprudenza si mantiene fedele alle ipotesi “tradizionali” di riconoscimento di spazi di valutazione, prevalendo la tendenza all’individuazione “topica” delle situazioni in cui deve ritenersi attribuito all’amministrazione il potere di effettuare una valutazione riservata.

Sussistono tuttavia alcune aperture rispetto al passato (si pensi al “caso del vino”, in cui il *Bundesverwaltungsgericht* ha superato una precedente presa di posizione a favore del riconoscimento di uno spazio di valutazione prima negato), che consentono di ipotizzare il riconoscimento, in futuro, di nuovi spazi di valutazione sulla scorta dei criteri sinora elaborati dalla giurisprudenza, ferma la necessità di riscontrare nel caso concreto una precisa volontà del legislatore di riservare l’applicazione del concetto all’amministrazione secondo i dettami della *normative Ermächtigungslehre*. Le ipotesi in cui si riconosce la sussistenza di un potere di valutazione riservato nell’applicazione di concetti giuridici indeterminati (*Beurteilungsspielraum*), sia pur positivamente individuate, non sono infatti tassative e non costituiscono un *numerus clausus*: i criteri che fondano il riconoscimento della sussistenza di un *Beurteilungsspielraum* in un singolo caso o relativamente ad una singola famiglia di casi si prestano potenzialmente ad essere utilizzati ai fini dell’indagine sulla sussistenza di uno spazio di valutazione in circostanze diverse.

Sul piano processuale, come si è visto, in Germania l’azione di adempimento *sub specie* condanna dell’amministrazione ad un *facere* specifico trova un limite nella presenza di un potere discrezionale o di un potere di valutazione riservato dell’amministrazione in relazione all’applicazione di concetti giuridici indeterminati.

Non sembra corretto considerare unitariamente le ragioni di volta in volta addotte a giustificazione del riconoscimento di un *Beurteilungsspielraum* classificandole come “di natura sostanzialmente pratica”¹⁹⁴. Come si è potuto rilevare, vengono infatti evocate anche giustificazioni di natura *funzionale*.

Appare pertanto possibile concludere nel senso che il controllo giurisdizionale pieno

sicurezza, di tutela dell’ambiente e della salute. D. DE PRETIS, *op. cit.*, p. 84. Il rinvio è a P. BADURA, *op. cit.*, p. 175.

¹⁹⁴ Come sembra fare S. COGNETTI, *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminatezza della norma e opinabilità del fatto da sussumere*, in “Diritto e processo amministrativo”, 2013, p. 349 ss.

della “sussunzione” è in Germania un dogma dello Stato di diritto¹⁹⁵, tanto quanto il riconoscimento di esigenze intrinseche all’ordinamento che impongono di riscontrare in date circostanze una riserva a favore dell’amministrazione proprio in relazione a specifiche operazioni sussuntive.

5. Suggestioni tedesche nel dibattito italiano sulla discrezionalità tecnica

In Italia il problema dei limiti del sindacato giurisdizionale sulla scelta tecnico-discrezionale è riportato in auge dalla constatazione che la “scelta di campo” sulla nozione di discrezionalità tecnica è decisiva ai fini della “delimitazione del raggio di azione dell’azione di adempimento”¹⁹⁶. Essa è infatti strumentale a segnare i confini dell’area dell’attività vincolata¹⁹⁷, in relazione alla quale soltanto è possibile pensare alla eventualità che l’amministrazione sia condannata ad un *facere* specifico.

Il dibattito italiano in materia di discrezionalità tecnica può essere idealmente ridotto al confronto tra una tesi “manichea” (per cui ciò che non è discrezionalità - nel senso di ponderazione di interessi - è attività vincolata, a prescindere dalla circostanza che il legislatore faccia o meno ricorso a concetti giuridici indeterminati nella fattispecie astratta) e una tesi, che chiameremo “analitica”, che nella sostanza non esclude la possibilità di riconoscere, al di là della terminologia di volta in volta utilizzata, una “discrezionalità cognitiva” o un’“autonomia” in funzione di concretizzazione del concetto giuridico indeterminato eventualmente utilizzato dalla proposizione

¹⁹⁵ Cognetti sottolinea che “l’assioma della piena verifica giurisdizionale della sussunzione (e, nell’ambito di questa, della stessa discrezionalità tecnica) non sembra potere operare in termini assoluti e tassativi, ma solo in una prospettiva auspicabilmente tendenziale e programmatica volta a ridurre drasticamente - nei limiti invalicabili delle umane possibilità offerte in ogni ordinamento (sia esso italiano, sia esso centro europeo) - con l’imprescindibile supporto di testi legislativi tendenzialmente precisi, volti a ridurre per quanto possibile, senza tuttavia riuscire a rimuovere del tutto, instabilità e certezze fisiologiche che in ogni contesto umano caratterizzano il rapporto verticale di sussunzione tra norma e fatto”. Ivi, p. 372.

¹⁹⁶ Così P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del Codice del processo amministrativo)*, in “Diritto Processuale Amministrativo”, 2013, p. 385 ss. (*DeJure*, in www.iusexplorer.it).

¹⁹⁷ Dovendosi intendere l’espressione in senso lato e come tale atta a ricomprendere le ipotesi di vincolatezza in concreto. Nel nostro ordinamento evocava un’ipotesi di *Ermessensreduzierung auf Null* già TAR Trento, 16 dicembre 2009, n. 305.

normativa¹⁹⁸.

Inevitabilmente le due tesi portano con sé conseguenze diverse sul piano processuale, quanto a intensità del sindacato e, pertanto, relativamente alla possibilità di concludere il giudizio con un *Vornahmeurteil*.

A ben vedere, entrambi i filoni di pensiero potrebbero essere figli di suggestioni teutoniche.

Il primo orientamento, infatti, valorizza lo schema dicotomico tradizionale discrezionalità/concetto giuridico indeterminato, enfatizzando il dogma del “controllo pieno” (con un innesto gianniniano sulla concezione tedesca della discrezionalità, per cui diventa il momento di ponderazione, e non quello volitivo, il cuore della *Ermessen*).

Il secondo orientamento valorizza l’esistenza di spazi di “apprezzamento” (variamente qualificati) anche sul versante della fattispecie astratta, in apparente ossequio alla dogmatica dello spazio di valutazione, postulando nella sostanza, quando non anche nella nomenclatura, l’esistenza di una discrezionalità “ermeneutica” o “cognitiva”.

Ai due orientamenti possono essere ricondotti gli studiosi che si sono variamente interessati al problema dei concetti giuridici indeterminati nel diritto tedesco.

Al secondo filone di pensiero può, esemplificativamente, essere ricondotta l’opera di Luigi Benvenuti¹⁹⁹, Daria De Pretis, Franco Levi.

Benvenuti parte proprio dal rilievo che i tentativi di classificazione dei rapporti tra zona libera e zona vincolata sono costellati da “contraddizioni e ambiguità”. Il suo rinvio a Laun e alle ipotesi di *gebundenes Ermessen* è funzionale a sottolineare come si ricomprendano sotto questa definizione casi diversi quanto all’ampiezza della

¹⁹⁸ P. CARPENTIERI, *op. cit.*, riscontra una “perdurante confusione sulla nozione stessa di ‘discrezionalità tecnica’, da taluni declinata restrittivamente, in contrapposizione dialettica alla discrezionalità amministrativa, e dunque essenzialmente come ambito di attività amministrativa (anch’essa) interamente vincolata, lì dove altri, invece, la articolano in termini molto più ampi, sulla falsariga del modello concettuale tedesco della fattispecie indeterminata descritta dal legislatore mediante l’uso di concetti giuridici indeterminati, che fondano, in realtà, un ampio potere di scelta in capo all’amministrazione, di integrazione del precetto incompleto della legge e di determinazione di ciò che è legge e di ciò che è interesse pubblico nel caso concreto trattato”.

¹⁹⁹ L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.

libertà di valutazione²⁰⁰. Nel momento in cui lo studioso scende dal piano della teoria ermeneutica al piano della “speculazione giuridica particolare”, cerca di delineare dei modelli “il più possibile riassuntivi della varietà delle situazioni reali”, con l’obiettivo di approssimare le possibili evenienze della realtà²⁰¹. Un primo modello è rappresentato dall’ipotesi in cui “il testo normativo fissi i presupposti e gli scopi dell’azione in modo preciso mentre i mezzi previsti per soddisfare le finalità delle norme risultino essere una conseguenza necessaria delle operazioni interpretative di riempimento di significato della fattispecie”²⁰². Il secondo modello, che è quello che maggiormente interesse le nostre riflessioni, è quello in cui il testo normativo stabilisce in modo impreciso le finalità e le condizioni di una azione tramite “concetti giuridici indeterminati o nozioni elastiche tali da richiedere una complessa attività valutativa *mentre i mezzi previsti dalla norma consistano in una scelta alternativa tra due possibilità*”²⁰³. Il terzo modello è rappresentato dall’intreccio tra più interessi non tutti previsti dalla fattispecie normativa con concessione di una libertà “nella scelta tra più di due mezzi e(o) nella determinazione del contenuto, del tempo, della forma dell’azione”, ciò a prescindere dalla esistenza di una precisione o imprecisione nella definizione dei fini e dei presupposti²⁰⁴.

Il sospetto di Benvenuti è che l’operazione di classificazione e distinzione tra apprezzamento tecnico-valutativo e valutazioni di opportunità operato dalla dottrina possa celare un tentativo di elusione della “problematicità intrinseca in ogni operazione interpretativa”²⁰⁵. Da tale constatazione scaturisce la riflessione sull’utilità stessa di operare distinzioni tra le diverse nozioni e sull’opportunità di “volgersi ad una nozione più lata di discrezionalità”²⁰⁶.

Benvenuti suggerisce di ricomprendere entro il concetto di discrezionalità i casi in

²⁰⁰ Ivi, p. 271.

²⁰¹ Ciò “non al fine di indicare alla scienza giuridica degli schemi rigidi” ma di “renderla consapevole della problematicità intrinseca ai procedimenti di formazione della decisione”. Ivi, p. 278, nota 42.

²⁰² Ivi, p. 279.

²⁰³ Ivi, p. 280.

²⁰⁴ Un quarto modello, che interessa di meno ai fini della nostra indagine, considera l’ipotesi di non coincidenza tra l’autorità che procede alla valutazione e quella che adotta le decisione finale. Ivi, p. 296 ss.

²⁰⁵ Ivi, p. 318.

²⁰⁶ *Ibidem*.

cui uno stesso organo svolga una “concretizzazione delle disposizioni cosiddette imprecise, qualora queste siano alla base della successiva decisione o scelta del mezzo”, abbandonando la distinzione tra zona vincolata e zona discrezionale, per cui dovranno essere considerate discrezionali anche le ipotesi in cui vi sia una fattispecie imprecisa che condizioni l’esercizio del potere²⁰⁷.

De Pretis²⁰⁸, dal canto suo, nel riconoscere la sussistenza di casi in cui l’attività di applicazione della norma giuridica da parte dell’autorità amministrativa comporta il compimento da parte della stessa autorità di una valutazione preordinata alla “scelta di una fra una pluralità di soluzioni ugualmente compatibili con la previsione

²⁰⁷ *Ibidem*. La posizione espressa da Benvenuti potrebbe essere in certa misura riconciliata con quella espressa in M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione, op. cit.*, p. 159 s., laddove si sottolinea come nell’attribuire un potere discrezionale la legge possa distribuirlo su vari elementi e circoscriverlo “talora oggettivamente entro concetti più o meno ampi”. Giannini ne ricava la conclusione che la discrezionalità, non in tutti i casi ma spesso, è determinata entro categorie “dovendosi attribuire al termine il suo comune significato e non quello assunto in particolari dottrine”. A supporto della ricostruzione prospettata, Giannini richiama taluni esempi di diritto positivo, tra cui la concessione del sussidio chilometrico alle ferrovie private, “determinata da presupposti tecnico-economici per categorie late fissate dalla legge”, la concessione mineraria che ha come presupposto l’idoneità tecnica ed economica a condurre l’impresa, etc. Evidenzia come l’attribuzione di una discrezionalità “per categorie” non debba essere confusa con l’attribuzione di una discrezionalità tecnica, mediante le categorie tecniche, “come quando la legge parla di accertare delle forme di attitudine fisica, di determinare la capacità di resistenza o altre qualità di certe opere secondo certi criteri, di giudicare intorno a circostanze di natura tecnica”. Accomuna i due casi, secondo Giannini, il solo profilo logico: la soluzione deve rientrare nelle categorie secondo un giudizio classificatorio. Differiscono però i margini delle autorità, le valutazioni, le funzioni. “In pratica vi sono dei casi per cui per uno stesso atto vi sono determinazioni per categorie tecniche e per categorie di discrezionalità, e altre determinazioni che danno insieme discrezionalità e discrezionalità tecnica”. In particolare, avverte Giannini, l’accertamento del fatto non deve essere confuso con la discrezionalità determinata da categorie: “Altra cosa è che si debba accertare la sussistenza concreta di un fatto per se stessa, altro per vedere la sussumibilità del fatto sotto la legge. Quest’ultima indagine, a differenza della prima, è possibile solo ove la discrezionalità sia determinata mediante categoria”.

²⁰⁸ Prevalentemente, ma non esclusivamente, in *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica, cit.*, che ha il merito di aver ricostruito l’evoluzione storica e del regime giuridico degli *unbestimmte Rechtsbegriffe* nel diritto amministrativo tedesco, con l’obiettivo di delineare una comparazione tra quest’istituto e quello della discrezionalità tecnica nel nostro ordinamento, al fine di evidenziare come il diverso sviluppo concettuale tra i due fenomeni abbia influenzato il rispettivo trattamento giuridico. La ricostruzione prelude all’elaborazione di una teoria originale del potere di valutazione non riservato dell’amministrazione, in cui si pone l’enfasi sull’irrelevanza dell’elemento tecnico, non solo quale criterio della determinazione del fenomeno, ma anche quale criterio di definizione del relativo trattamento giuridico.

normativa”, mette in luce come tale attività di applicazione della norma si distinguerebbe sia dall’attività vincolata (risolvendosi in un giudizio caratterizzato comunque da un certo grado di soggettività) sia dall’attività discrezionale in senso stretto, perché né l’oggetto della scelta, né il parametro in relazione alla quale essa deve essere compiuta sarebbero condizionati dalla valutazione dell’interesse pubblico concreto²⁰⁹. Tale potere di valutazione sarebbe pertanto “neutro” perché “non collegato con gli interessi che costituiscono oggetto della scelta discrezionale, ma non caratterizzato nemmeno dal fatto di costituire espressione di un particolare qualificato rapporto dell’amministrazione con il sapere scientifico”²¹⁰. Nell’opera di De Pretis le suggestioni tedesche sono particolarmente evidenti. Ai fini del riconoscimento della sussistenza di un potere (non discrezionale) riservato di valutazione all’amministrazione, si parte dalla considerazione dell’inadeguatezza del criterio dell’imprecisione della stessa, sottolineando come il potere di valutazione - come qualsiasi situazione di potere - non possa semplicemente discendere da un’indeterminatezza o da una imprecisione normativa. Si propone per contro un ritorno “alla centralità della norma”, che impone la sussistenza di una specifica e inequivoca manifestazione della volontà del legislatore di attribuire all’amministrazione un potere riservato di valutazione. Il problema dell’individuazione, nella norma, di un’attribuzione di potere riservato di valutazione in luogo della semplice assegnazione di un’attività di attuazione, comportante valutazioni tali da poter essere controllate (ed anche sostituite) dal giudice di legittimità²¹¹, è di conseguenza sostanzialmente un problema di *interpretazione*.

²⁰⁹ Cfr. *ivi*, p. 292 s.

²¹⁰ *Ivi*, p. 298.

²¹¹ Come chiarisce in un contributo successivo “in altri termini, la giusta (e giustificata, per le ragioni esposte) salvaguardia del potere dell’autorità di assumere una scelta “insindacabile” nell’ambito delle scelte tecnicamente (e logicamente) possibili, che si traduce nella ‘debolezza’ del sindacato, non incide sulla pienezza del potere del giudice di accertare i fatti, di verificare il percorso valutativo e la correttezza delle stesse regole tecniche applicate (se del caso con l’ausilio di un tecnico) e di stabilire se le valutazioni dell’autorità siano ‘corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili’. Ciò che in questo caso è precluso al giudice è, soltanto, di sostituirsi all’autorità, una volta che l’apprezzamento compiuto da quest’ultima – pur opinabile, e pur non costituendo ‘l’unica decisione possibile’ - abbia superato il vaglio di veridicità dei fatti posti alla sua base, di correttezza tecnica e, in generale, di logicità, proporzionalità e attendibilità”. D. DE PRETIS, *Valutazioni tecniche della Pubblica Amministrazione*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, p. 6181 s.

Attraverso il ricorso a criteri di interpretazione teleologica, analogica e sistematica deve quindi individuarsi una precisa volontà legislativa di affidamento in via esclusiva all'amministrazione²¹². È quindi evidente l'influenza della *normative Ermächtigungslehre* e della giurisprudenza tedesca che riconosce la sussistenza di uno spazio di valutazione nei diversi gruppi di casi.

Secondo quanto prospettato dalla De Pretis è compito (del legislatore attribuire esplicitamente tale potere di valutazione e) della giurisprudenza verificare “con precisione e, soprattutto, con adeguata consapevolezza, le ipotesi nelle quali le valutazioni richieste per l'applicazione della legge da parte dell'amministrazione costituiscono oggetto di conferimento di un vero e proprio potere riservato”²¹³, con l'invito a che l'attività interpretativa giurisprudenziale non adotti schemi di lettura del potere amministrativo fondati sull'“idea tralatizia che esistano, a priori rispetto alla previsione normativa - e magari in connessione con i caratteri sostanziali dell'attività valutativa o conoscitiva da compiere -, spazi riservati di attività amministrativa, ma che risultino invece saldamente coerenti alla premessa della necessaria attribuzione normativa del potere”²¹⁴.

²¹² Il nesso di qualificata funzionalizzazione dell'organizzazione amministrativa può costituire un indizio ai fini del riconoscimento dell'attribuzione di un potere di valutazione. Sarà tuttavia insufficiente “valutare l'adeguatezza della struttura al perseguimento della finalità pubblica”: sarà invece necessario che dalla previsione normativa organizzativa primaria si possa ricavare la volontà specifica e positiva di affidare all'amministrazione il potere di valutazione riservata non discrezionale, con l'indicazione della specifica attività valutativa da compiere o dello specifico compito di apprezzamento o accertamento. Il principio di legalità impone tra l'altro che, nel caso di dubbio circa la natura dell'affidamento di compiti valutativi, si ritenga operante una presunzione di affidamento di compiti valutativi non riservati, con esclusione dell'operatività di un'attribuzione implicita.

Unica eccezione a quanto precede si riconosce nell'ipotesi in cui il carattere ontologico di assoluta irripetibilità dell'attività valutativa faccia sì che la stessa non possa strutturalmente che essere svolta dall'autorità amministrativa, senza possibilità di sostituzione. È il caso delle prove d'esame, degli scrutini scolastici, delle valutazioni di servizio nel pubblico impiego. Cfr. DE PRETIS, *Discrezionalità amministrativa e valutazione tecnica*, cit., p. 381.

²¹³ Ivi, p. 386.

²¹⁴ Ivi, p. 387. Inoltre, “porre la centralità della norma come chiave di volta dell'approccio alla problematica del potere di valutazione non discrezionale dell'amministrazione consente di ricondurre a tale nozione una molteplicità di ipotesi differenziate, mantenendone distinti i caratteri loro propri, senza necessità, in particolare, di forzature dirette a ricondurne gli oggetti a categorie sostanziali unitarie, e ponendo per ciascuna di esse distintamente il problema dello specifico regime giuridico. Sicché la soluzione del problema del trattamento giuridico delle valutazioni non discrezionali della pubblica amministrazione non si pone in

Paolo Lazzara è invece contrario alla possibilità di riconoscere nella complessità del fatto da sussumere e nella sola capacità dell'amministrazione a compiere determinate scelte nel miglior modo possibile una giustificazione della ritrazione del sindacato ed una corrispondente riduzione della tutela giurisdizionale in deroga agli articoli 24 e 113 della Costituzione²¹⁵. Lazzara ritiene infatti che l'individuazione di una riserva di valutazione attraverso criteri di tale natura richiederebbe una difficile indagine in termini di "adeguato rilievo funzionale" del dato organizzativo, che potrebbe facilmente essere condizionata da elementi extragiuridici e di "opportunità istituzionale. Si richiederebbe così di vedere il sindacato giurisdizionale atteggiarsi diversamente a seconda della qualificazione tecnico-specialistica dell'*apparato amministrativo competente*"²¹⁶.

Con particolare riferimento al modello funzionale delle autorità garanti, Lazzara sottolinea come le modalità di intervento finalizzata ad ampliare gli ambiti di libertà dei privati e rafforzare la funzione pubblica di vigilanza sul rispetto dei limiti dell'autonomia privata, segni un diverso "posizionamento sostanziale e formale" dell'amministrazione. Il momento valutativo-decisionale pubblico che caratterizza tale modello di intervento dell'autorità attiene "ora, alla verifica della sussistenza delle condizioni e dei requisiti per l'esercizio di un'attività, ora, al rispetto dei limiti posti sul piano sostanziale alla libertà e all'autonomia privata"²¹⁷.

Focalizzandosi sui meccanismi ordinamentali di produzione degli effetti sostanziali, Lazzara rileva come le ipotesi generalmente indicate in termini di discrezionalità

astratto, ma in relazione alla specifica definizione normativa dell'attribuzione di volta in volta operata dall'amministrazione". Ivi, p. 388.

²¹⁵ P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., p. 176 s.

²¹⁶ "La complessità del fatto da sussumere nell'ipotesi normativa, non può segnare il confine tra amministrazione e giurisdizione. Quest'ultimo dipende piuttosto dal valore delle situazioni giuridiche dei privati attribuite dall'ordinamento nei confronti della pubblica amministrazione. In questo senso, il regime di validità e sindacabilità delle valutazioni tecniche non sembra desumibile alla stregua di elementi "strutturali" connessi alle caratteristiche intrinseche del fatto da valutare: il giudice (amministrativo o civile) chiamato a garantire la tutela – trova nelle situazioni giuridiche soggettive fondamento e limite della propria azione [...]. In altri termini, il piano delle situazioni giuridiche soggettive, disegnato dal legislatore generale, non può essere contraddetto richiamando i caratteri "ontologici" della valutazione da compiere o le prerogative organizzative della pubblica amministrazione. Ivi, p. 173.

²¹⁷ Ivi, p. 276 s.

tecnica siano riconducibili allo schema norma-fatto-potere sull'*an*-effetto, laddove il potere sull'*an* configura l'attribuzione all'amministrazione della scelta se attribuire rilevanza ai fatti descritti in modo indeterminato²¹⁸. Ciò lo porta a condividere l'assimilazione del meccanismo all'attività autoritativa vincolata²¹⁹.

La valutazione amministrativa complessa non può tuttavia “essere considerata come accertamento dei presupposti, tutte le volte cui appare come una vera e propria amministrazione di volontà, attraverso cui si esprime l'esercizio di un potere”²²⁰.

La scelta tecnico-discrezionale può cioè venire a configurare una “espressione di autonomia, tutte le volte in cui l'effetto giuridico, non soltanto si riconnette all'atto della pubblica amministrazione, ma si produce in conformità alla valutazione complessa oggetto dell'attribuzione del potere; quando il giudizio qualificatorio, cioè, si lega inscindibilmente alla produzione autoritativa degli effetti”²²¹.

Il potere sull'*an* non può dirsi “vincolato” nella misura in cui l'amministrazione determina autonomamente l'iniziativa del procedimento, i parametri di ogni apprezzamento, le modalità e l'intensità delle indagini istruttorie. Anche se gli effetti giuridici collegati all'esito di una valutazione complessa sono interamente *predeterminati*, non per questo il giudice può – in sede di sindacato di legittimità – alterare il sistema di valutazione prescelto dall'amministrazione²²².

La soluzione proposta dallo studioso è di considerare insussistente una riserva di valutazione dell'amministrazione tutte le volte che gli effetti sostanziali della norma si producano *ex lege*, laddove a fronte dell'attribuzione di potere “si presume la responsabilità dell'amministrazione nella produzione dell'effetto e la corrispondente riserva di valutazione sulle scelte normativamente non disciplinate”²²³. Le situazioni giuridiche fatte valere si atteggiavano diversamente a seconda che l'amministrazione abbia o meno la titolarità di un potere autoritativo²²⁴. All'ampiezza della situazione giuridica fatta valere si ricollega quindi, in questa prospettiva, l'intensità del

²¹⁸ Ivi, p. 277 s.

²¹⁹ Ivi, p. 279.

²²⁰ Ivi, p. 281.

²²¹ Ivi, p. 282.

²²² Ivi, p. 292.

²²³ Ivi, p. 305.

²²⁴ Ivi, p. 306.

sindacato²²⁵.

Ciò nonostante, Lazzara esclude che, ove presente, “la riserva di valutazione” attenga al momento conoscitivo, riconosce invece la possibilità che anche nella fase istruttoria siano presenti manifestazioni di “autonomia” dell’amministrazione.

Il criterio dirimente diventa la considerazione che l’ordinamento fa della valutazione, la quale assumerà una valenza “dichiarativa” o autoritativa” indipendentemente dalle caratteristiche dell’apprezzamento compiuto e dall’indeterminatezza del dato normativo²²⁶.

Un altro studio che muove dall’analisi dell’esperienza tedesca è quello di Franco Levi, che si interroga, a monte, sulla natura del fenomeno intellettuale inquadrato nel termine di “valutazione”, per concludere come “assai sovente” esso non si distingue dall’attività conoscitiva. Si tratterebbe quindi, nella sostanza, di un “giudizio di fatto” e la circostanza che esso risulti molte volte “complesso ed opinabile” non ne muterebbe la natura²²⁷.

Il rinvio operato dallo studioso a Jellinek²²⁸ è funzionale alla constatazione che “al di là di tutte le incertezze e le divergenze, forse più terminologiche che concettuali, si può pensare che con valutazione - quando non è usata nel senso proprio di giudizio di valore - si intende un giudizio di fatto orientato, per così dire, verso il futuro, volto cioè a definire i caratteri di un fenomeno in vista degli effetti che esso può produrre in seguito: ma con ciò non si esce, in ultima analisi, dall’ambito dei giudizi conoscitivi”²²⁹.

La tesi che nega la possibilità di una discrezionalità nell’accertamento o nella sussunzione (*Subsuntions-* o *kognitives Ermessen*), attribuendo all’interpretazione il compito di definire in modo univoco la portata di ogni termine impiegato dal

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ Ivi, p. 303.

²²⁷ F. LEVI, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., p. 239 s.

²²⁸ Ivi, p. 240, ove si rimanda a W. JELLINEK, *op. cit.*, p. 54, sottolineando come, “pur se in modo non del tutto corretto”, l’autore tedesco vi osservi che non sussiste differenza tra la conoscenza del futuro e del passato.

²²⁹ F. LEVI, *op. cit.*, p. 240.

legislatore nella fattispecie, è considerata dallo studioso “chiaramente aprioristica”²³⁰.

Levi conclude che l’esame della dottrina conduce ad un’antinomia tra funzione descrittiva di taluni vocaboli del linguaggio legislativo ed indeterminatezza del loro contenuto, che non è risolta da quanti sostengono che compito del giudice è solo quello di stabilire se la sussunzione operata dall’amministrazione sia stata ammissibile, permanendo “il problema teorico del valore logico del concetto vago”²³¹. Sussiste, secondo Levi, un’unica via per chiarire il problema, che passa attraverso la constatazione che “le categorie indeterminabili non indicano un tipo di fatti, o di comportamenti, la cui sussistenza in concreto deve essere accertata prima dell’emanazione del provvedimento”. Concorrono invece “assieme con una serie molto ampia, complessa e mutevole di altri fattori - alla descrizione dell’interesse pubblico specifico che rappresenta il canone fondamentale dell’agire dell’organo amministrativo”. Secondo Levi la presenza di categorie indeterminabili o vaghe nella “fattispecie di un potere” fa sì che l’attività conoscitiva dell’organo amministrativo, che si pone quale momento necessario dell’esplicazione del potere medesimo “tende ad accertare dei fatti non in quanto sono previamente descritti dalla legge, bensì in quanto sono in qualche modo connessi con l’interesse pubblico”. Il primo aspetto del valore giuridico dei “concetti indeterminabili diventa quindi, secondo lo studioso, quello di imporre all’amministrazione un’indagine in tal senso”²³². Levi riconosce cioè che l’interesse pubblico esplica la sua efficacia già durante la fase dell’attività conoscitiva che prepara la decisione ma “nella misura in cui essa si muove entro il margine libero”²³³.

Al filone “manicheo”, che non vede zone grigie tra l’attività discrezionale e l’attività vincolata, e auspica l’assoggettamento integrale del concetto giuridico indeterminato alla cognizione del giudice, potrebbe essere ricondotto Fabio Merusi²³⁴, il quale

²³⁰ Ivi, p. 253.

²³¹ Ivi, p. 261.

²³² Ivi, p. 264.

²³³ Ivi, p. 265.

²³⁴ P. CARPENTIERI, *op. cit.*; F. MERUSI, *La teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo*, in “Diritto Amministrativo”, 2009, p. 873 ss. (*DeJure*, in www.iusexplorer.it).

invocando la necessità di una tutela integrale dei diritti fondamentali anche nei confronti della pubblica amministrazione (ivi compreso il diritto alla legalità dell'attività della pubblica amministrazione) la rivendica anche in relazione all'attività "vincolata nei presupposti" e la intende come "piena e integrale conoscibilità da parte di un giudice - ordinario o amministrativo che sia - del fatto costituente il presupposto di un provvedimento amministrativo", anche laddove il fatto sia descritto attraverso il ricorso a concetti giuridici indeterminati²³⁵.

In fondo anche Franco Ledda²³⁶ sembra condividere l'impostazione di fondo di tale orientamento quando sottolinea che, in relazione al problema del sindacato giudiziario, appare ancora decisiva la "fondamentale distinzione tra questioni di diritto e questioni di opportunità, tra *Rechtsfragen* ed *Ermessensfragen*"²³⁷.

²³⁵ Cfr. anche F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in "Diritto Processuale Amministrativo", 2004, p. 973 ss. Più recentemente Merusi osserva, dando per scontato che la sentenza TAR Lombardia, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428 sancisca l'inizio dell'ammissibilità di azioni di adempimento nel processo amministrativo italiano, che l'attenzione debba spostarsi su cosa deva intendersi per azione della pubblica amministrazione vincolata nei presupposti: "Anche l'esercizio di un potere che normalmente è definito 'discrezionale' può essere vincolato e perciò suscettibile di una sentenza di condanna ad adempiere da parte del giudice amministrativo?" Conclude che "nel caso si debba interpretare concetti giuridici indeterminati probabilmente sì". F. MERUSI, *Osservazioni sulla sentenza del TAR Lombardia, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428*, in "Osservatorio sul codice del processo amministrativo", *cit.*

²³⁶ F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, *cit.*

²³⁷ Ivi, p. 312. Ledda volge lo sguardo all'esperienza d'oltralpe e si interroga sul perché "nessun particolare svolgimento sulle norme tecniche sia dato rinvenire nell'opera di quegli autori che pure ci hanno quasi sopraffatto con i loro contributi sulla discrezionalità amministrativa: e non soltanto negli studi 'classici' di Bernatzik, di Tezner, di v. Laun o di W. Jellinek, ma anche in quelli assai più numerosi che si sono succeduti a partire dagli anni cinquanta, dando luogo ad una impressionante fioritura letteraria". Risponde sottolineando che "l'apparente mancanza di uno specifico interesse sembra dovuta alla definitiva acquisizione del criterio già affiorato nella dottrina ottocentesca, e saldamente affermatosi dai tempi di Tezner e di W. Jellinek. Sulla scorta di tale criterio, le questioni tecniche vengono distinte dalle questioni propriamente discrezionali: nella prospettiva del sindacato giudiziario, esse si collocano tra le tipiche *Rechtsfragen*, in quanto riguardano la stessa interpretazione della norma giuridica ovvero l'accertamento e la valutazione dei fatti che per la norma giuridica sono rilevanti". Ivi, p. 271 e p. 273. Con *Rechtsfrage* si intende una questione di applicazione del diritto, nel senso più ampio e appropriato di "applicazione che richiede tanto l'individuazione e interpretazione della norma quanto l'accertamento dei fatti rilevanti". Ivi, p. 273, nota 67. Sottolinea inoltre Ledda come la fondamentale esattezza di queste determinazioni non venga messa in discussione neppure quando "la dottrina sottopone ad un'attenta revisione critica la stessa categoria dei 'concetti giuridici indeterminati' (nell'ambito dei quali, spesso, si può manifestare, spesso potendosi manifestare la diretta rilevanza della norma tecnica)". Ivi, p. 273.

Le questioni esaminate dallo studioso vengono ricondotte alle prime “in quanto riguardanti l’interpretazione stessa della norma giuridica (quando questa sia condizionata dalla piena comprensione di regole o nozioni tecniche), ovvero l’accertamento dei fatti e/o l’individuazione delle risposte che secondo il senso stesso della norma devono ritenersi necessarie”²³⁸.

A Ledda si deve uno degli studi più fini sul rapporto tra potere amministrativo e tecnica, laddove potere è quello che “si manifesta in determinazioni concrete per qualche aspetto originali”²³⁹, mentre la definizione di tecnica avallata dallo studioso coincide inizialmente con quella proposta da Franco Levi: “Le questioni di causalità [...] cui sono applicabili regole generali necessarie, o almeno ritenute tali”²⁴⁰. Nello svolgimento del suo contributo Ledda finisce poi con l’abbandonare il termine “causa”, proponendo la sostituzione del termine “condizione” o “condizionamento”, nonché col respingere l’idea di una necessità inerente il corso dei fenomeni, “dovendo ormai reputarsi sufficientemente indicative, per la individuazione d’un comportamento razionale, le asserzioni che si prospettino come giustificate e quindi come storicamente valide [...] per l’alto grado di probabilità”²⁴¹.

Le “norme tecniche” sono quindi individuate quali strumenti o mezzi per la ricerca d’una soluzione, che anche nei casi dubbi può essere oggettivamente controllata in termini di ragionevolezza”. In quest’ottica Ledda propone un’estensione del discorso alle norme tecniche che “trovano la loro base nelle scienze naturali o ‘reali’, o quelle che possono essere elaborate con l’osservanza dei modelli predisposti dalle scienze

²³⁸ Ivi, p. 312 s.

²³⁹ Ivi, p. 252. “Invero, se si ha riguardo agli aspetti sostanziali dell’attività amministrativa, [...] d’un potere dell’amministrazione può utilmente parlarsi solo con riferimento ai casi in cui quest’ultima disponga d’un certo margine di discrezionalità, cioè di un margine che consenta l’affermazione di una volontà non compiutamente espressa dalla norma: e quindi per l’affermazione della volontà di un precetto che non sia semplice proiezione, nel concreto di quello posto dalla legge”. Ivi, p. 253.

²⁴⁰ Rilevandosi come l’indicazione accolta, se pur riduttiva, abbia il pregio di consentire l’individuazione d’un complesso di tecniche che rispetto al “problema amministrativo” vero e proprio risultano neutre, essendo il loro contenuto informativo del tutto svincolato da giudizi di valore. Ivi, p. 262.

²⁴¹ Ivi, p. 320.

formali, in particolare dalla matematica” fino ad includere potenzialmente anche le tecniche fondate sulle scienze sociali²⁴².

Ledda sottolinea come il dibattito su quello che definisce l'*Ermessensspielraum* non riguardi direttamente il tema della sua analisi ma in certa misura lo coinvolga in quanto molte nozioni tecniche sono rifluite in concetti giuridici indeterminati e, “dopo Bachof, anche nel *Beurteilungsspielraum*”²⁴³.

Il rapporto che collega diritto e tecnica segue lo schema del rinvio: la tecnica fornisce materiali “direttamente utilizzabili, e anzi necessari”, per la costruzione di concetti giuridici, in altri casi “tecnica concorre direttamente ad integrare la proposizione giuridica attraverso lo svolgimento del vincolo di scopo”²⁴⁴.

Quando la tecnica sia incorporata nel diritto, “tanto l’applicazione di un criterio tecnico inadeguato quanto il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti inevitabilmente comportano un vizio di legittimità dell’atto”. Ciò vale non solo per i giudizi di certezza ma anche per le valutazioni o i meri apprezzamenti²⁴⁵. La circostanza che tali apprezzamenti “debbero essere seguiti o preceduti da ponderazioni d’interessi non esclude la possibilità di una loro verifica in sede giudiziaria”: tale verifica lascerebbe impregiudicata la scelta propriamente

²⁴² Ma solo ove si tratti di individuare o prevedere “con criterio assolutamente oggettivo fenomeni e tendenze considerati rilevanti dal diritto”. Ivi, p. 322.

²⁴³ Ivi, p. 308, nota 149.

²⁴⁴ Talvolta la regola tecnica è riprodotta o trascritta nel testo normativo, altre volte è soltanto evocata dalla norma, attraverso il richiamo a particolari discipline o indirettamente attraverso l’indicazione vincolante “di uno scopo rispetto al quale, secondo i dettami della stessa tecnica, risulti necessaria l’adozione di determinati mezzi”. Ancora, molto spesso, la tecnica fornisce gli elementi per la stessa formazione di un concetto giuridico: come ad esempio quando nell’enunciato normativo ricorrano parole che richiamano alla mente fenomeni già individuati dalla scienza, ed espressioni proprie del linguaggio tecnico o scientifico. Un quarto schema, esaminato separatamente dall’ultimo menzionato, ricorre quando a regole d’ordine tecnico debba farsi ricorso “per determinare ulteriormente il contenuto di clausole generali, o la portata di concetti giuridici imprecisi, relativi a fenomeni che secondo il senso proprio della norma hanno giuridico rilievo solo in quanto collegati da un rapporto di causalità”. Ledda rileva comunque come tra queste ipotesi non si abbiano distinzioni nette. Ivi, p. 274 ss.

²⁴⁵ A questo proposito rileva: “Quando si afferma che gli accertamenti tecnici rilevano sotto il profilo della legittimità, si postula un diretto e strettissimo collegamento tra la tecnica e il diritto”, tale per cui l’omessa o non corretta applicazione di una certa tecnica si risolve nell’inosservanza della norma giuridica. “Dell’equazione apprezzamento-merito non si riesce invece a scorgere il criterio: gli apprezzamenti interamente controllati dalla tecnica non possono essere messi sullo stesso piano della ponderazione di interessi”. Ivi, p. 311.

discrezionale, in quanto interesserebbe solo le premesse o le conseguenze necessarie della stessa scelta²⁴⁶.

Ledda contesta la differente categorizzazione di accertamenti e apprezzamenti, sottolineando come riesca difficile comprendere perché l'accertamento demandato al giudice amministrativo, quando si pongano problemi relativi a fatti o a situazioni suscettibili di controllo tecnico, non possa estendersi al riscontro dei cosiddetti apprezzamenti compiuti dall'amministrazione. Si sottolinea l'inattualità dell'opinione di quegli autori classici (tra cui Bernatzik) che ravvisano nelle "specifiche attitudini dell'amministrazione una ragione sufficiente ad escludere la possibilità d'un sindacato giudiziario sugli apprezzamenti tecnici preordinati alla scelta della soluzione più adeguata"²⁴⁷.

Se è incontrovertibile che molto spesso queste valutazioni sono "precedute da una prima individuazione e ponderazione di quei pubblici interessi, che concorrono a delimitare l'ambito del problema tecnico relativo ad una certa situazione; e forse ancor più spesso si hanno determinazioni discrezionali successive, che utilizzano i risultati dell'indagine tecnica per la risoluzione del problema amministrativo vero e proprio" i diversi momenti "che talvolta si succedono ed alternano secondo sequenze molto articolate, sono pur sempre suscettibili di distinzione; ed a ciascuno deve corrispondere un criterio appropriato di controllo"²⁴⁸.

Sottolinea Ledda come "l'impossibilità di fondare direttamente sugli apprezzamenti tecnici un giudizio di certezza o di esistenza può far considerare non soltanto inutile ma inopportuna una diretta revisione in sede giudiziaria": si tratterebbe infatti di sostituire all'apprezzamento opinabile dell'amministrazione l'apprezzamento del giudice, non meno opinabile dell'altro - considerazione questa che, si rileva, ricorre spesso nel dibattito sul cosiddetto *Ermessensspielraum*²⁴⁹.

La relativa opinabilità di un giudizio strettamente tecnico non è certo sufficiente ad escludere la stessa ammissibilità di un sindacato giudiziario e quindi a "relegare la questioni tecniche, non definibili con un giudizio di certezza, nell'ambito

²⁴⁶ Ivi, p. 313.

²⁴⁷ Ivi, p. 307.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ Ivi, p. 99 ss.

dell'*Ermessensfrage* riservata all'amministrazione. È sufficiente per l'ordinamento l'idoneità della norma tecnica a fornire approssimazioni attendibili "o indicazioni esaurienti in ordine alla scelta di un comportamento razionale"²⁵⁰.

Ne consegue che "un giudizio tecnico scorretto, e quindi presumibilmente falso non si può equiparare ad un giudizio forse opinabile ma tuttavia fondato su una corretta applicazione della regola tecnica"²⁵¹.

La soluzione che Ledda suggerisce in merito alla delimitazione del sindacato rispetto ad apprezzamenti tecnici che "almeno in certo grado" siano opinabili è quella poi difatti sposata dalla giurisprudenza amministrativa a partire dalla sentenza n. 601 del 1999: il giudice "deve sottoporre a verifica diretta le cd. operazioni tecniche, per vagliare la loro correttezza, e può annullare o disapplicare l'atto quando il giudizio dell'amministrazione risulti inattendibile (o scarsamente verosimile, per l'insufficienza del criterio o per un vizio del procedimento applicativo)²⁵². Qualora

²⁵⁰ Ivi, p. 311.

²⁵¹ Ivi, p. 312.

²⁵² Ivi, p. 313. Ledda sottolinea inoltre come il problema della classificazione del vizio derivante dall'inosservanza o non corretta applicazione delle norme tecniche non abbia grandissima importanza, dovendosi l'attenzione prevalentemente rivolgere verso la necessità che il sindacato sull'eccesso di potere non si traduca in un "semplice controllo sull'iter logico seguito dall'autorità amministrativa", ma giunga fino "alla verifica diretta delle stesse operazioni". Ivi, p. 317. Contesta "per inciso" quella che denuncia come una quasi sclerotizzazione della figura dell'eccesso di potere, invitando a considerare in questo vizio essenzialmente "la violazione o inosservanza d'una clausola generale di 'ragionevolezza' riferibile a tutti gli atti d'esercizio d'un potere amministrativo. Quando il discorso cade sulla tecnica, il richiamo all'idea di ragionevolezza non può dirsi arbitrario o peregrino, se è vero che per alcuni pensatori la ragionevolezza è appunto 'questione di relazione tra mezzi e risultati' ed 'è ragionevole ricercare e scegliere i mezzi che con ogni probabilità produrranno gli effetti ai quali si tende'. Per altro verso, invece, la ragionevolezza sembra avvicinarci alla giustizia: ma le due prospettive – cioè quella delle utilità, e quella dei valori – non sono necessariamente divergenti o addirittura opposte. In fondo, nell'idea di ragionevolezza – che già in se stessa sconta la limitatezza insuperabile, e quindi la fallibilità della ragione – sta appunto la misura in cui il diritto può assicurare una sintesi tra la pretesa di giustizia, storicamente irrealizzabile nella sua integrità, e una fredda pretesa di razionalità assoluta che non potrà neanche, in alcun tempo, essere pienamente soddisfatta". Ivi, p. 317 s. "La clausola di ragionevolezza, riferita all'azione del pubblico potere, può quindi essere rappresentata come una sorta di "chiusura" di tutte le proposizioni giuridiche indeterminate: da quelle volte a consentire una concreta ponderazione di interessi a quelle che debbono essere integrate con il sussidio della tecnica, e a quelle che ci impegnano nella ricerca delle soluzioni più conformi al valore di giustizia". Ivi, p. 318. Proprio il richiamo alla clausola di ragionevolezza così delineata è strumentale alla delimitazione dell'ambito della funzione che Ledda riconosce in capo al giudice nel controllo diretto sulle operazioni tecniche preordinate

invece il giudizio risulti corretto e quindi attendibile allorché opinabile, ad esso il giudice non può sostituire un proprio diverso apprezzamento, che sarebbe opinabile pur esso²⁵³.

Si evidenzia l'insufficienza di un sindacato meramente estrinseco, ancorato a criteri di logica formale: "neanche il più attento vaglio critico del ragionamento svolto dall'amministrazione può equivalere a una verifica diretta dell'apprezzamento tecnico, e consentire un'appagante risposta in ordine all'adeguatezza del criterio assunto a base del medesimo, nonché la correttezza delle operazioni condotte in sede amministrativa²⁵⁴. Talvolta, sotto il manto di un'argomentazione ineccepibile nel suo aspetto logico-formale possono celarsi errori di valutazione tecnica talmente gravi, da inficiare radicalmente la soluzione del problema"²⁵⁵.

Quanto allo spettro della sostituzione dell'amministrazione da parte del giudice, viene rilevato come il fenomeno non ricorra quando il giudice ritenga inattendibile l'apprezzamento tecnico dell'amministrazione per l'inadeguatezza del criterio od il difetto delle operazioni applicative. In queste ipotesi, infatti, il giudice deve limitarsi a rilevare l'inosservanza della norma giuridica che impone l'utilizzazione della tecnica per l'accertamento dei fatti o l'individuazione di una risposta razionale.

all'esercizio del potere: il limite del ragionevole si impone infatti anche al giudice nel dubbio sulla scelta dei criteri, e deve essere "storicamente stabilito sulla scorta di principi scientifici non ancora "falsificati" o comunque ritenuti utilizzabili per la soluzione razionale di problemi pratici". Ivi, p. 319 s.

²⁵³ "Le stesse conclusioni valgono per la non rara ipotesi in cui la tecnica, rispetto ad un certo tipo di problema, fornisca criteri d'indagine diversi, che in mancanza d'una scelta del legislatore possono considerarsi alternativi: tutti i criteri 'storicamente' validi debbono infatti considerarsi rispondenti al senso della norma giuridica, dalla quale risulti la esigenza di giudizi tecnici. In situazioni di tal genere, il giudice sarà tenuto ad accertare se il criterio seguito dall'organo amministrativo sia tuttora 'vigente', perché autenticato da un sufficiente e persistente consenso, ed a verificare quindi la correttezza della sua concreta applicazione". Ivi, p. 315.

²⁵⁴ Ledda rileva che la giurisprudenza percepisce una distinzione tra giudizi tecnici e determinazioni propriamente discrezionali, ma in molti casi, quando si parla di un giudizio tecnico-discrezionale, "il momento tecnico perde quell'evidenza propria che parrebbe imporre una disamina distinta, e si dissolve interamente nel merito dell'atto". Ivi, p. 300 s. Anche ove la distinzione si colga in modo più immediato, "la verifica del giudice generalmente si adegua agli schemi più consueti, e con riguardo a questi casi del tutto inadeguati: il criterio del giudizio "non si ricerca direttamente nella tecnica che dovrebbe applicarsi per la soluzione di questo o di quel problema", ma nelle regole comuni di correttezza e di coerenza logica. Ivi, p. 301.

²⁵⁵ Ivi, p. 302.

Secondo Ledda soltanto in casi limite eccezionali “la censura del procedimento tecnico adottato dall’amministrazione si può tradurre in una (indiretta) indicazione dei criteri tecnici da osservare nell’attività ‘conoscitiva’ preordinata ai provvedimenti ulteriori dell’amministrazione²⁵⁶”. L’indiretta determinazione giudiziale del criterio giuridico da adottarsi in luogo di quello censurato, che si ha in questi casi, lascia poi “del tutto impregiudicata quella ‘volontà’ concreta, nella quale si manifesta il potere riservato all’amministrazione” dal momento che “la volontà non conforme al senso della norma è per definizione estranea all’ambito della riserva”²⁵⁷.

In relazione alle valutazioni “tecniche”, nell’accezione sopra riferita, Ledda auspica un sindacato che viene definito in termini analoghi a quelli che, come si è visto, connotano la definizione in Germania del sindacato applicabile alle valutazioni prognostiche con riferimento alle quali venga riconosciuto uno spazio di valutazione dell’amministrazione (perlomeno nel settore della pianificazione), criterio poi battezzato (a dire il vero non senza una certa misura di confusione nella giurisprudenza e nella dottrina italiana, che vi hanno fatto ricorso in maniera a tratti schizofrenica) come intrinseco debole, cioè non sostitutivo. Ledda propone indistintamente l’applicazione di questa misura di sindacato a tutte le ipotesi di valutazioni “tecniche”. L’esperienza tedesca, come si è visto, mostra invece l’applicazione di un criterio di sindacato intrinseco forte, cioè (eventualmente anche) sostitutivo in relazione alle “valutazioni” agganciate a concetti giuridici indeterminati nella *Tatbestand* (anche di carattere prognostico) che non riservino uno spazio di valutazione a favore dell’amministrazione.

Si dà conto, da ultimo, di un orientamento secondo il quale sussisterebbe una sorta di riserva “logica” a favore dell’amministrazione nell’applicazione del concetto giuridico indeterminato, che renderebbe inutile interrogarsi sulla natura della valutazione in cui essa si sostanzia, in quanto sarebbe la stessa struttura del sillogismo su cui si fonda la decisione tecnico-discrezionale a militare contro la possibilità di ammettere un sindacato sostitutivo del giudice (e quindi,

²⁵⁶ Ivi, p. 315, nota 157.

²⁵⁷ Ivi, p. 315.

corrispondentemente, contro l'esperibilità di un'azione di adempimento)²⁵⁸.

Laddove il termine universale enunciato nella premessa maggiore lasci all'interprete applicatore un compito di selezione e ulteriore specificazione dell'oggetto (particolare) dell'argomento, come nel caso in cui la norma attributiva di potere tecnico-discrezionale rinvii a *standard* valutativi metagiuridici, verrebbero in questione concetti "caratterizzati da un intreccio profondo di fatti e valori, che descrivono e valutano nello stesso tempo e hanno un intrinseco contenuto normativo, concetti che descrivono proprietà che non si possono semplicemente percepire o misurare 'senza averle comprese e aver appreso a identificarle grazie a una particolare capacità di valutazione di tipo immaginativo'"²⁵⁹.

Il sillogismo presenterebbe in questi casi una particolare struttura circolare, in cui dall'universale si passerebbe al particolare, ma la premessa minore si riverbererebbe specularmente sulla maggiore contribuendo alla sua stessa costruzione e connotazione²⁶⁰. La "ricognizione del fatto" che attiene alla posizione della premessa minore, verrebbe ad interferire direttamente con la stessa costruzione della premessa maggiore per cui il momento deduttivo (dal diritto al fatto) sarebbe "dinamicamente incrociato" con il momento induttivo (dal fatto al diritto), per cui il diritto (il termine generale, nella sua indeterminatezza e scarsa connotazione, ovvero scarsa capacità identificativa e individuativa del fatto) sarebbe descritto e definito (di volta in volta) dall'occorrenza concreta del fatto, per come "valutata" in sede applicativa.

In sostanza, nella discrezionalità tecnica vi sarebbe "un'area del 'diritto', ossia della stessa descrizione in astratto e in generale dei presupposti di fatto dell'esercizio del potere, che non è predefinita dalla legge, ma riservata alla statuizione dell'amministrazione", che muovendo dall'analisi delle singole fattispecie produce una casistica sintetica, che è nella sostanza di "completamento del precetto indeterminato".

²⁵⁸ P. CARPENTIERI, *op. cit.*

²⁵⁹ *Ibidem.*

²⁶⁰ "Certo, in generale, ogni occorrenza (token) di un universale (type) contribuisce alla conferma della sua definizione. Ma, nel caso dei concetti giuridici indeterminati, questa capacità dell'occorrenza particolare di confermare (inverandone il contenuto definitorio) la categoria universale trasmoda in una progressiva ridefinizione precisante dello stesso concetto generale". P. CARPENTIERI, *op. cit.*

Queste considerazioni di natura logica assumono, come vedremo, un potenziale rilievo anche nell'ordinamento statunitense, cui è dedicato il prossimo capitolo e cui si rinvia.

6. Valutazioni di chiusura in chiave comparatistica

La giurisprudenza italiana in materia di azione di adempimento è ancora piuttosto scarsa. Dopo l'*obiter dictum* dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 23 marzo 2011, n. 3, in cui si rilevava che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita²⁶¹, avesse ritenuto esperibile, anche a fronte di un provvedimento espresso di rigetto, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto²⁶² e sempre che non vi ostasse "la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e *tecnica*", la pronuncia più significativa continua ad essere rappresentata dalla sentenza del TAR Lombardia, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, che precede la codificazione dell'azione di adempimento ad opera del secondo correttivo al CPA²⁶³.

Quest'ultimo interviene sull'art. 34, c. 1, lett. c) per chiarire che l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata contestualmente all'azione di annullamento o all'azione avverso il silenzio, ma "nei limiti di cui all'art. 31, comma 3". Come noto, in base a tale norma il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano

²⁶¹ E ciò sullo sfondo di un "ordito normativo che, portando a compimento un lungo e costante processo evolutivo tracciato dal legislatore e dalla giurisprudenza, amplia le tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità delle azioni". *Ibidem*.

²⁶² Tale conclusione si ricavava dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1, riferentesi all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabiliva che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio.

²⁶³ Cfr. D.lgs. 14 settembre 2012, n. 160. Con riferimento all'azione di adempimento si segnalano TAR Sardegna, 13 febbraio 2013, n. 123; TAR Lombardia, Milano, 10 aprile 2012, n. 1045; TAR Lombardia Milano, 14 settembre 2012, n. 2220; TAR Veneto, Sez. II, 14 febbraio 2012, n. 23; TAR Lazio, Sez. I, 19 gennaio 2011, n. 472; TAR Puglia, Bari, 25 novembre 2011, n. 1807; TAR Umbria, Sez. I, 11 settembre 2013, n. 475.

necessari “adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall’amministrazione”.

La sentenza del TAR Lombardia sopra richiamata verte intorno alla richiesta di trasferimento di un agente della Polizia di Stato ai sensi dell’art. 55, comma 4, del D.P.R. n. 335 del 1982 “presso qualsiasi Ufficio o Reparto sito nella città di Pescara e Provincia”, per avvicinarsi al proprio nucleo familiare.

La norma citata prevede che il trasferimento ad altra sede *possa* essere disposto anche in soprannumero all’organico dell’ufficio o reparto quando la permanenza del dipendente nella sede nuoccia al prestigio dell’amministrazione o si sia determinata una situazione oggettiva di rilevante pericolo per il dipendente stesso, o *per gravissime ed eccezionali situazioni personali*.

L’agente di polizia adduceva quali circostanze di fatto idonee ad integrare il presupposto delle “gravissime ed eccezionali situazioni personali” il grave *handicap* del proprio genitore rilevante ai sensi della legge n. 104/1992, con impedimento permanente delle capacità motorie, la sua condizione di figlio unico e la circostanza che l’altro genitore soffriva di disturbi depressivi connessi ai disagi giornalieri conseguenti alla situazione familiare.

L’amministrazione non riteneva però che le circostanze integrassero gli estremi delle gravissime ed eccezionali situazioni personali e rigettava l’istanza, rinviando per la motivazione al contenuto dei dinieghi precedentemente formulati su analoghe domande.

Il provvedimento negativo veniva impugnato. Si lamentava violazione e falsa applicazione della l. 241/90 e dell’art. 55 D.P.R. 24 aprile 1982, n. 335 ed eccesso di potere sotto diversi profili, chiedendo altresì al Tribunale adito di voler ordinare il trasferimento presso qualsiasi ufficio o reparto della Polizia di Stato collocato nelle competenze.

Il TAR Lombardia “rilevato che il provvedimento impugnato non contiene una motivazione adeguata ad evidenziare perché i fatti dedotti dal ricorrente sono stati ritenuti non sufficienti ad integrare il requisito delle gravissime ed eccezionali situazioni personali contemplato dalla fattispecie sul trasferimento ad altra sede ai sensi dell’art. 55 D.P.R. 24 aprile 1982, n. 335”, con ordinanza propulsiva rimetteva

la questione al riesame dell'amministrazione, che in esecuzione dell'ordinanza reiterava il diniego, quindi impugnato dall'agente con ricorso per motivi aggiunti²⁶⁴.

Un primo problema, che non viene tuttavia presentato come tale nello svolgimento logico del Tar Lombardia, è la qualificazione della natura del potere previsto dall'art. 55 D.P.R. 24 aprile 1982, n. 335, caratterizzato dalla presenza di concetti giuridici indeterminati a definire i presupposti (alternativi) per l'esercizio del potere.

Il TAR Lombardia non ha infatti esitazioni a qualificarlo come discrezionale.

Parte della dottrina di commento alla pronuncia sottolinea, quale elemento di dissenso con il TAR, come la norma non attribuisca alcun potere discrezionale all'amministrazione pubblica, *per lo meno* in ordine all'*an* del diritto al trasferimento, ma faccia ricorso, piuttosto, ad una clausola generale, dalla quale sorgerebbe, una volta realizzati i presupposti pur genericamente descritti, un diritto pieno e perfetto del dipendente ad essere trasferito presso altra sede²⁶⁵. Sembra cioè vedersi, nel trasferimento ad altra sede, un provvedimento a "presupposto vincolato"²⁶⁶. In quest'ottica, la presenza di un concetto giuridico indeterminato, che

²⁶⁴ L'ordinanza propulsiva, nel disporre la sospensione del provvedimento impugnato, richiede all'amministrazione di riconsiderare il provvedimento amministrativo, alla luce dei criteri delineati dal giudice amministrativo nella motivazione dell'ordinanza (c.d. *remand*).

²⁶⁵ S. MENCHINI, *L'azione di adempimento incontra il limite della discrezionalità, non delle clausole generali*, in "Osservatorio sul codice del processo amministrativo", *cit.* Nello stesso forum di discussione si segnalano, tra gli altri, A. CORPACI, *Azione di adempimento e ordinanza propulsiva*; A. DI MARIO, *L'azione di adempimento entra nel processo amministrativo*; N. DI MODUGNO, *L'azione di adempimento secondo una recente sentenza*; C.E. GALLO, *La sentenza di condanna all'adozione del provvedimento amministrativo*; L. FERRARA, *L'azione di adempimento è il traguardo?*; E. FOLLIERI, *Con l'azione di adempimento si opera una frattura tra il processo e l'azione amministrativa*; G. FONDERICO, *Conversione delle azioni e condanna all'adempimento nella sentenza n. 472/2011 del Tar Lazio*; B.G. MATTARELLA, *Perseverare diabolicum?*; M. ROSSI SANCHINI, *La sentenza del Tar Lombardia, Milano, sez. III, 8.6.2011, n. 1428: nuove prospettive per il remand in un giudizio incentrato sul rapporto?*; B. SASSANI, *L'azione di adempimento e i limiti dell'azione di accertamento*; A. ROMANO-TASSONE, *A proposito della sentenza n. 1428/2011 del TAR Lombardia*; G. VERDE, *Sulla sentenza del TAR Lombardia-Milano n. 1428/2011*; F. MERUSI, *Osservazioni sulla sentenza del TAR Lombardia, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, cit.*

²⁶⁶ "Se un soggetto si lamenta degli esiti di tale valutazione e ricorre al giudice, impugnando l'atto in cui essa ha trovato espressione (negativa), è il giudice che, in via sostitutiva, compie lo stesso percorso: è ricostruita la fattispecie concreta, è interpretata la norma elastica ed, infine, è operata l'attività di sussunzione della prima nella seconda. In esito a questa attività, il magistrato, ove ritenga che la vicenda sottoposta alla sua attenzione integri gli estremi previsti dalla norma generale ed atipica, accerta che il ricorrente ha diritto al trasferimento e

richiede solo di essere definito con un'operazione ermeneutica e applicato al caso concreto, non costituirebbe mai l'ostacolo all'esperimento dell'azione di adempimento, che incontra invece il limite della discrezionalità - salvo il suo concreto esaurimento.

Nella pronuncia in esame, il TAR Lombardia si riferisce genericamente alla presenza di un'attività discrezionale. Ragionando per un attimo sulla base di criteri importati dall'esperienza tedesca, ci si può chiedere se il TAR rintracci la "discrezionalità" nel solo momento valutativo relativo alla ricorrenza dei presupposti per l'esercizio del potere oppure nell'eventuale margine di valutazione che residui all'amministrazione anche nell'ipotesi in cui i presupposti previsti dalla norma attributiva del potere risultino verificati (e che le consentirebbe di negare il trasferimento a valle di un'operazione di bilanciamento tra gli interessi dell'istante e, assumiamo, eventuali contrapposte esigenze di servizio ritenute comunque prevalenti).

Nella prima ipotesi, infatti, una volta apprezzata, in via riservata, la sussistenza dei presupposti previsti dalla norma d'azione, l'amministrazione sarebbe vincolata all'adozione del provvedimento; nel secondo caso, ove cioè la discrezionalità fosse rintracciabile sul (solo) versante delle conseguenze giuridiche, anche una volta accertato che le circostanze concrete integrano i presupposti e requisiti previsti dalla fattispecie astratta, residuerebbe sempre la possibilità per l'amministrazione di negare l'emanazione del provvedimento.

In realtà la soluzione scelta dal TAR Lombardia per poter accogliere l'azione di adempimento proposta dal ricorrente (sancire cioè che l'amministrazione, dopo

il datore di lavoro ha obbligo di accordare il trasferimento. Il rapporto giuridico è di diritto-obbligo; il potere dell'amministrazione in senso tecnico non esiste; il perfezionamento della fattispecie richiede un provvedimento (di trasferimento) che, nella sua natura, nei suoi effetti e nei suoi contenuti, è identico a quello che dovrebbe emettere, in una stessa situazione, il datore di lavoro privato; con tale provvedimento, il datore riconosce che è sorto il diritto del dipendente e dà corso al trasferimento, individuando la nuova sede ove questo è applicato.

Sul piano del processo, le conseguenze sono inevitabili: il diritto del lavoratore, che, si badi, è già sorto prima e a prescindere dal provvedimento del datore di lavoro che soltanto lo attua, è tutelato con l'azione di adempimento, con i rimedi in forma specifica; il giudice, accertato il diritto, condanna il convenuto inadempiente ad adempiere, ordinando ad esso di emettere quel provvedimento che è dovuto, non residuando spazio alcuno per scelte discrezionali dell'amministrazione, una volta che sia stata riscontrata l'esistenza dei presupposti di legge nel caso concreto". S. MENCHINI, *op. cit.*

l'accertamento giurisdizionale della illegittimità di un diniego su di una istanza, non può negare nuovamente al ricorrente il bene della vita a cui egli aspiri in base ad accertamenti o valutazioni che sarebbero potuti già essere compiuti nell'originario procedimento amministrativo²⁶⁷, e che anche dal combinato disposto di ordinanza propulsiva e motivi aggiunti può risultare una tale riduzione a zero della discrezionalità²⁶⁸), taglia il problema alla radice: nella misura in cui conclude per l'esaurimento in concreto dei margini liberi (con un espediente che, dai più, viene criticato) diventa irrilevante determinare se essi riguardino il momento applicativo del concetto giuridico indeterminato oppure l'esercizio della discrezionalità (o ancora, eventualmente, entrambi i versanti dell'enunciato giuridico).

Ai fini del futuro potenziale applicativo dell'azione di adempimento potrebbe forse invece essere utile, se non addirittura necessario, dare un nome alle cose.

In realtà, quando il TAR Lombardia, nell'affrontare in un passaggio conclusivo il

²⁶⁷ Il TAR Lombardia rileva: “Se pure non può dirsi attualmente condivisa dalla comunità giuridica l'opinione secondo cui l'amministrazione esaurirebbe con il primo provvedimento di rigetto la propria discrezionalità (è la tesi autorevolmente proposta da quanti interpretano il preavviso di rigetto ex art. 10 bis l. 241/90 come norma obbligante l'amministrazione ad indicare, in sede di preavviso di rigetto e con il finale diniego, tutti i motivi ostativi), essendo dai più riconosciuta (anche dopo un primo annullamento) la possibilità di emettere un nuovo atto di diniego per motivi diversi da quelli indicati, tuttavia, deve ritenersi vincolata l'attività amministrativa successiva al secondo annullamento sulla medesima istanza pretensiva. Quest'ultimo assunto si riallaccia a quell'orientamento pragmatico e ragionevole della giurisprudenza amministrativa secondo il quale, in tali casi, il punto di equilibrio fra gli opposti interessi va determinato imponendo all'amministrazione (dopo un giudicato da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo) di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati (cfr. Cons. Stato, V, 134/99; Cons. Stato, VI, 7858/04). Le argomentazioni sopra ampiamente svolte sull'evoluzione del processo consentono di applicare il medesimo principio anche nella consimile ipotesi in cui l'amministrazione venga reinvestita della questione a seguito di *'remand'* (tecnica cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale)”.

²⁶⁸ Grava infatti sull'amministrazione a seguito di un *remand* l'onere “di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati” (così il TAR Lombardia). Se l'amministrazione omette di esaminare l'affare nella sua interezza, finisce col consumare il potere discrezionale. Un'opzione interpretativa simile nel senso di considerare vincolata un'attività discrezionale a seguito di due annullamenti sulla stessa istanza pretensiva è proposta anche da TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 10 aprile 2012, n. 1045. Cfr. R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it, nota 32.

problema delle “sopravvenienze”, prospetta la possibilità di una modifica dell’assetto di interessi fissato dalla sentenza che accoglie l’azione di adempimento, purché la modifica sia motivata in ragione di specifici “fatti” sopravvenuti, menziona, in via esemplificativa non solo la cessazione della necessità di assistenza (nuda circostanza di fatto), ma anche “sopravvenute e *preminenti* esigenze organizzative”, circostanze cioè che implicano un apprezzamento ponderativo. Questo elemento indica che il TAR Lombardia ritiene il versante delle conseguenze giuridiche sicuramente caratterizzato da discrezionalità, nell’accezione di cui all’ordinamento nazionale²⁶⁹.

Continuiamo però a ragionare “alla tedesca”, con l’auspicio di trarne delle indicazioni di supporto in una prospettiva “*de jure applicando*”. Nella norma di conferimento del potere in commento potrebbe essere riscontrata una *Kann-Vorschrift* caratterizzata dalla presenza di un concetto giuridico indeterminato nella fattispecie astratta. In altri termini, l’art. 55 D.P.R. 24 aprile 1982, n. 335 potrebbe essere qualificato come una *Koppelungsvorschrift* (o *Mischtatbestand*)²⁷⁰, contrassegnata dalla compresenza di concetti giuridici indeterminati nella fattispecie astratta e di discrezionalità sul versante delle conseguenze giuridiche.

Questo, come si è visto, implica in principio l’applicazione autonoma della disciplina propria di ciascuno dei due versanti. Potrebbe tuttavia venire uno dei fenomeni, analizzati *supra*, che consentono eccezionalmente che la disciplina applicabile all’un versante condizioni quella applicabile all’altro.

Si pensi in particolare all’ipotesi dell’*Ermessensschwund*. Come si è visto, in questi casi l’applicazione del concetto giuridico indeterminato esaurisce tutti i punti di vista che rilevano per l’esercizio della discrezionalità, con trasformazione del potere discrezionale in potere vincolato. Se risulta accertato che i presupposti contemplati nella fattispecie astratta sono verificati, l’amministrazione *deve* adottare il provvedimento rilevante²⁷¹. Il corollario di ordine processuale è che

²⁶⁹ Indossando le sole lenti del giurista tedesco, si sarebbe invece dovuta rintracciare la presenza di un’attività di natura discrezionale in virtù del solo utilizzo del verbo “potere” nell’espressione “il trasferimento ad altra sede *può*”, salvo quanto si dirà nel prosieguo.

²⁷⁰ Cfr. *supra*, §3.4.

²⁷¹ Si veda anche H-P. SCHMIESZEK, *Allgemeine Einführung zur Entwicklung, Funktion und Unabhängigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in J. BRANDT, M. SACHS (a cura di), *Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, cit., p. 357.

l'amministrazione può essere condannata all'adozione del provvedimento illegittimamente negato. Se il giudice tedesco avesse invocato un *Ermessensschwund* nelle circostanze esaminate dal TAR Lombardia, avrebbe conosciuto dell'applicazione del concetto giuridico indeterminato fatta dall'amministrazione, con esclusione della sussistenza di un potere discrezionale. Non sarebbe cioè stato necessario ricorrere all'*escamotage* invocato nella sentenza per dare una dimensione pienamente soddisfacente alla tutela riconosciuta al ricorrente.

Per contro, se il giudice tedesco non si fosse appellato ad un *Ermessensschwund*, avrebbe per certo verificato integralmente l'interpretazione e l'applicazione del concetto giuridico indeterminato al fatto incontrovertito e accertato autonomamente se la situazione familiare dell'agente di polizia costituisse una "gravissima ed eccezionale situazione familiare".

Ma come si sarebbe comportato a fronte della scelta dell'amministrazione di negare il provvedimento, alla luce dell'assenza della menzione in atti di qualsiasi ragione ostativa al suo accoglimento?

Una riduzione a zero della discrezionalità si verifica, come illustrato, quando le possibilità di scelta dell'amministrazione si riducono concretamente ad una sola. Se le gravi ed eccezionali situazioni personali che giustificano il trasferimento sono conclamate e l'amministrazione non adduce in atti nessuna circostanza impeditiva, può ritenersi per ciò solo che la questione sia matura per la decisione perché si è verificata un'*Ermessensreduzierung auf Null*?

Sembra potersi rispondere affermativamente, dal momento che l'esaurimento dei margini della discrezionalità può essere imposto anche laddove, in applicazione del principio di proporzionalità, l'esercizio di ponderazione degli interessi rilevanti per la definizione del caso singolo sotteso all'attribuzione discrezionale depone nel senso di dare spazio ad un'unica decisione legittima. Ciò si verifica anche quando non sussistano cause che legittimino una decisione alternativa che rispondano allo scopo dell'attribuzione discrezionale.

Nell'ottica di un confronto tra l'esperienza tedesca e quella italiana, alla luce del rinnovato interesse per la problematica dei concetti giuridici indeterminati dopo

l'introduzione dell'azione di adempimento, non si può prescindere dal considerare gli effetti dell'eventuale inottemperanza dell'amministrazione alla condanna all'adozione del provvedimento illegittimamente rifiutato od omesso. Potrebbe infatti sostenersi che l'effettività della tutela che si estrinseca nell'accoglimento di un'azione di condanna all'adozione di un provvedimento si misuri, in ultima analisi, con il metro dell'esecuzione della sentenza.

Anche a fronte della predeterminazione delle modalità di attuazione della pronuncia giudiziale – che, nel caso della *Verpflichtungsklage*, come si è visto, assumono la forma della determinazione del contenuto del provvedimento di cui si ingiunge l'adozione – è significativo ricordare che non sussiste nell'ordinamento tedesco uno strumento analogo al nostro giudizio di ottemperanza che possa fungere da meccanismo di coazione diretta ad adempiere²⁷². L'unica misura (indiretta) di coercizione è rappresentata dallo *Zwangsgeld* di cui §172 VwGO²⁷³, che prevede la possibilità per il giudice di irrogare una sanzione pecuniaria fino ad un massimo di diecimila euro fino a quando l'amministrazione permanga inottemperante (e anche reiteratamente) secondo la procedura esecutiva prevista in materia di crediti pecuniari delle amministrazioni ai sensi del §170 VwGO²⁷⁴.

Tale strumento trova applicazione non solo nel caso in cui ad un *Vornahmeurteil* non faccia seguito l'adozione da parte dell'amministrazione ingiunta del provvedimento

²⁷² Aldo Travi sottolinea come si sia comunque dovuto postulare uno spazio residuale per interventi sostitutivi del giudice al fine di garantire l'esito della funzione giurisdizionale anche rispetto a un'amministrazione "fermamente determinata a non adempiere", da realizzarsi attraverso l'adattamento di istituti del codice di procedura civile. Cfr. A. TRAVI, *Giudizio di Ottemperanza*, in "Diritto Online – Treccani", in www.treccani.it, 2013 e ID., *Verso una convergenza dei modelli di processo amministrativo?*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, p. 20.

²⁷³ "Se un'autorità, nei casi di cui al §113, co. 1, secondo periodo, e co. 5, e del §123, non ottempera all'obbligo impostole nella sentenza o nel provvedimento provvisorio, il tribunale di primo grado può, su richiesta, comminare con ordinanza nei suoi confronti un'ammenda fino ad Euro diecimila, previa assegnazione di un termine, applicarla dopo l'infruttuoso decorso del termine e portarla ad esecuzione d'ufficio. L'ammenda può essere ripetutamente comminata, applicata e portata ad esecuzione". G. FALCON, C. FRAENKEL, *Ordinamento processuale amministrativo tedesco, (VwGO)*, Trento, 2000, p. 138.

²⁷⁴ Cfr. F. SECCHI, *L'esecuzione del giudicato amministrativo nell'esperienza italiana e tedesca: le soluzioni al problema dell'inottemperanza*, tesi di dottorato di ricerca discussa nell'anno 2010 presso l'Università di Trento, disponibile all'indirizzo http://eprints-phd.biblio.unitn.it/312/2/Secchi_tesi_dottorato.pdf, p. 107 ss.

prefigurato nella sentenza, ma anche nel caso di violazione da parte dell'amministrazione della *Rechtsauffassung* del tribunale a seguito di un *Bescheidungsurteil*.

Già nel 1985 rilevava Clarich come lo strumento dello *Zwangsgeld* si fosse rivelato nei fatti inadeguato²⁷⁵. Osservava che “nei confronti di un organo amministrativo fermamente deciso a non emanare l'atto richiesto qualsiasi sentenza di condanna del giudice amministrativo è un'arma spuntata, se non è accompagnata da adeguati strumenti di reazione in caso di mancata esecuzione”²⁷⁶. Sottolineava d'altronde come, a fronte di un'amministrazione informata ad un profondo senso della legalità, la sentenza di condanna potesse rivelarsi essere addirittura superflua, “bastando di per sé l'accertamento da parte dell'organo giurisdizionale dell'obbligo di adottare il provvedimento”²⁷⁷.

Da un lato, dunque, l'azione di adempimento non dovrebbe essere valutata per se stessa, ma sempre considerata in abbinamento agli strumenti applicabili ai fini dell'esecuzione della sentenza che la accolga.

Dall'altro, l'attitudine di un ordinamento a garantire l'effettività della tutela (nel senso della sua satisfattività²⁷⁸, ove siano in gioco interessi pretensivi) dipende anche da fattori diversi e ulteriori, quali la disponibilità di misure interinali funzionali alla conservazione dell'utilità al cui conseguimento la stessa azione di adempimento è preordinata.

²⁷⁵ M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, cit., in particolare p. 81.

²⁷⁶ Ivi, p. 91.

²⁷⁷ *Ibidem*. Rileva F. SECCHI, *op. cit.*, p. 81, nota 127, che l'inottemperanza della pubblica amministrazione alle sentenze del giudice amministrativo, pur essendo una situazione difficile da riscontrare, non è del tutto assente. Il rinvio è a W. ROTH, *Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen und Vergleiche gegen Behörden*, in “Verwaltungsarchiv”, 2000, p. 12 ss.

²⁷⁸ Sulla prospettiva della “satisfattività” della tutela cfr. P. DE LISE, *Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa per l'anno 2012*, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si sottolinea che “dopo gli obiettivi dell'effettività e della pienezza della tutela stiamo per raggiungere un più alto traguardo: quello della sua satisfattività, affinché l'effetto delle pronunce di accoglimento non sia più soltanto quello di ‘dare torto’ all'amministrazione ma anche quello di ‘dare ragione’ al privato, ovviamente nei limiti e con le garanzie delle tecniche processuali”.

L'idoneità *in astratto* di un ordinamento a garantire una tutela “piena”, anche rispetto all'applicazione di concetti giuridici indeterminati può essere valutata solo tenendo conto di tutte le variabili sopra menzionate, al di là dei principi costituzionali, ove non si voglia ricadere in petizioni di principio²⁷⁹, senza trascurare che l'idoneità *in concreto* allo scopo summenzionato dipende anche - e massimamente - dalla sensibilità culturale, o meglio civica (includendo in questa nozione la percezione dello Stato di diritto, della comunità e del principio di legalità), di chi amministra e di chi giudica.

²⁷⁹ “Il tema dell'esecuzione della sentenza conduce dunque a valutare, più in profondità di quanto non ammettano certe enunciazioni costituzionali, la garanzia della tutela giurisdizionale e la sua pretesa assolutezza”. A. TRAVI, *Verso una convergenza dei modelli di processo amministrativo?*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova. 2010, p. 7 ss. Cfr. in particolare p. 19.

CAPITOLO II

CONCETTI GIURIDICI INDETERMINATI E SINDACATO GIUDIZIALE NEGLI STATI UNITI

1. *Deference, standard* e sistema di *judicial review*; 2. Il caso *Chevron* e il “*two-step test*”; 3. “*Step zero*”: quando si applica *Chevron*?; 4. “*A kind of Step-three*”; 5. L'apparente tensione tra *Chevron* e *State Farm*; 6. *Undefined statutory terms* e *judicial review*, prima e dopo *Chevron*; 7. La tesi dell'equivalenza funzionale tra modello tedesco e modello statunitense. Rilievi conclusivi.

1. *Deference, standard* e sistema di *judicial review*

Chiunque debba ragionare del rapporto tra poteri legislativo, esecutivo e giudiziario negli Stati Uniti, sullo sfondo di un'ambiguità della norma di legge, pensa in una sorta di riflesso condizionato immediatamente a *Chevron*, e alla *Chevron deference*.

Tuttavia non c'è solo *Chevron*: il rapporto tra poteri e il problema della misura del *judicial review* si presentano ad un esame più attento molto più complessi.

Peraltro *Chevron*, almeno secondo parte della dottrina contemporanea, rappresenta molto meno di una rivoluzione, in quanto si colloca perfettamente nel solco di una tradizione che finisce in realtà col suggellare piuttosto che con lo scardinare.

La stessa nozione di “deferenza”²⁸⁰ si presenta come una scatola vuota. Indica, come si vedrà, un *quid* piuttosto che un *quantum*. Ragionando di concetti giuridici indeterminati e intensità del sindacato giudiziale sulla loro applicazione, si è tuttavia principalmente interessati al *quantum* e al *quando*.

Sarà quindi necessario guardare dentro *Chevron* e andare oltre.

Per poter fare l'esercizio che ci si prefigge è necessario volgere lo sguardo all'assetto precedente a *Chevron*. Esso si rivela sorprendentemente ricco di spunti utili ai fini delle nostre riflessioni. Queste abbracciano l'intero spettro di *standard* di *judicial review* a disposizione delle corti nella valutazione dell'operato delle agenzie.

²⁸⁰ L'utilizzo del termine “deferenza” nell'accezione di ossequio all'interpretazione che un'agenzia abbia dato ad una legge di cui ha il compito di curare l'applicazione si deve a F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti “regolatrici”*, in “Mercato Concorrenza Regole”, 3, 2000, p. 469 ss.

L'espressione *standard of review* indica, tradizionalmente, la "deferenza" accordata alla decisione di una corte inferiore da parte di una corte di rango superiore²⁸¹.

Le decisioni dei giudici sono distinte in "*questions of law*" (soggette ad uno *standard* di revisione "*de novo*", in cui la corte superiore veste i panni della corte di grado inferiore); "*questions of fact*" (soggette ad uno *standard* di revisione per "*clear error*"); "*matters of discretion*" (soggette ad uno *standard* di revisione per "*abuse of discretion*"). Lo *standard* applicabile al caso concreto risulta in realtà dalla "prevalenza" dell'una questione rispetto all'altra. Se ci si trova di fronte ad una questione "mista" ("*mixed question of law and fact*") la scelta dello *standard* è rimessa ad una valutazione di predominanza dell'uno piuttosto che dell'altro elemento e può essere critica ai fini dell'esito del sindacato. Una "*mixed question of law and fact*" emerge quando, una volta accertati i fatti e davanti ad una *undisputed question of law*, è controverso se i fatti adeguatamente accertati soddisfino quanto previsto astrattamente dalla norma pacificamente interpretata.

Il riferimento alle categorie delle questioni che si pongono all'attenzione delle corti superiori nel *review* delle decisioni delle corti inferiori è necessario in quanto le tecniche di controllo dei giudici sulle decisioni dell'amministrazione sono derivate dalle tecniche impiegate dalle corti d'appello per rivedere le decisioni delle corti inferiori o i verdetti delle giurie²⁸². Per quanto concerne il *review* del giudice rispetto alle determinazioni delle agenzie federali tali tecniche di controllo sono state codificate nel §706 dell'*Administrative Procedure Act* (APA).

Stabilisce il §706 APA che la corte deve "*decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action*".

Deve dichiarare illegittimi e caducare ("*set aside*") gli

agency action, findings, and conclusions found to be—

²⁸¹ Si rinvia alle *Outlines* sugli *Standard of Review* elaborate dalla *Ninth Circuit Court of Appeals* e disponibili all'indirizzo http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/uploads/guides/stand_of_review/I_Definitions.pdf.

²⁸² Sulle origini dell'*appellate review model* si veda T.W. MERRILL, *Article III, Agency Adjudication, and the Origins of the Appellate Review Model of Administrative Law*, in "Columbia Law Review", 111, 2011, p. 941 ss.

- (A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law;
- (B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity;
- (C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right;
- (D) without observance of procedure required by law;
- (E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or
- (F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court²⁸³.

Le questioni di diritto sono, quindi, in principio soggette ad una *de novo review*, nel senso che devono essere determinate dalla corte in via autonoma. L'APA ribadisce così, in un certo senso, che “*it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the laws is*”²⁸⁴. Poi arriva *Chevron*, che sembra a prima vista ribaltare l'assetto in questione, proponendosi come una “*counter-Marbury*”²⁸⁵.

Prima di procedere con l'analisi di *Chevron*, dei suoi antecedenti e dei suoi derivati, sembra importante premettere qualche cenno generalissimo sul sistema amministrativo e giudiziale statunitense, al solo fine di meglio comprendere ciò di cui si discuterà nel prosieguo.

Accanto ai poteri di *adjudication*, le agenzie amministrative negli Stati Uniti hanno il potere di emanare di norme generali e astratte (*legislative* o *substantive rules*). L'emanazione di *substantive rules*²⁸⁶ è soggetta a un procedimento di *rulemaking*: il *formal rulemaking* prevede che l'emanazione sia preceduta da un “*trial-type hearing*”, che assume la consistenza di un vero e proprio contraddittorio di tipo

²⁸³ Gli *standard* stabiliti dall'APA sono contraddistinti da una certa misura di vaghezza. Finiscono pertanto con l'esprimere solo un “*mood*”. In questo senso M. SHAPIRO, *Administrative Discretion: The Next Stage*, in “*Yale Law Journal*”, 92, 1982, p. 1487 ss.

²⁸⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 177 (1803). Su *Marbury* si veda H.P. MONAGHAN, *Marbury and the Administrative State*, in “*Columbia Law Review*”, 83, 1983, p. 1 ss., secondo il quale l'attribuzione all'agenzia del potere di *rule-making* comprende anche l'attribuzione del potere di interpretare lo *statute* che conferisce la *rule-making authority*. Si veda inoltre C.R. SUNSTEIN, *Beyond Marbury: The Executive's Power to Say What the Law Is*, in “*Yale Law Journal*”, 115, 2006, p. 2580 ss., che pone l'enfasi sulla componente di *policy-making* insita nell'interpretazione della legge.

²⁸⁵ Cfr. C.R. SUNSTEIN, *Law and Administration after Chevron*, in “*Columbia Law Review*”, 90, 1990, p. 2075.

²⁸⁶ Da distinguersi dalle *interpretative rules*, che danno l'interpretazione accolta dalle agenzie di norme preesistenti.

processuale; l'*informal rulemaking* si sviluppa secondo i canoni della procedura di *notice-and-comment* e è emersa una terza via intermedia, rappresentata dagli "*hybrid rulemaking*"²⁸⁷.

Nel sistema delineato dall'APA "*rule making*" indica l'"*agency process for formulating, amending, or repealing a rule*"²⁸⁸.

La funzione di *adjudication* delinea invece l'attività delle amministrazioni destinata a sfociare in un *order*, cioè in un provvedimento specifico²⁸⁹.

La tipologia di *orders* delle agenzie federali è ampia e ricomprende varie categorie di provvedimenti in cui è "più o meno evidente la componente giudiziale. Infatti, accando agli *order* che decidono controversie tra privati, possono rinvenirsi autorizzazioni ambientali, licenze di carattere commerciale, provvedimenti in materia personale, decisioni in materia di immigrazione, atti di disciplina scolastica e decisioni di concessione e revoca di sussidi"²⁹⁰: nell'attività di *adjudication* rientra l'intero ambito del provvedere specifico dell'amministrazione²⁹¹. L'adozione di *final orders* che esplicano effetti nei confronti di soggetti determinati può essere soggetta ad una procedura estremamente formalizzata (*formal adjudication*) e riservata a *administrative law judges* che decidono all'esito di un procedimento simile nel suo

²⁸⁷ Cfr. B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti*, Padova, 2005, p. 61 ss.; S.F. WILLIAMS, "*Hybrid Rulemaking*" under the Administrative Procedure Act: A Legal and Empirical Analysis, in "University of Chicago Law Review", 42, 1975, p. 401 ss.

²⁸⁸ Laddove "*rule*" indica "the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or describing the organization, procedure, or practice requirements of an agency and includes the approval or prescription for the future of rates, wages, corporate or financial structures or reorganizations thereof, prices, facilities, appliances, services or allowances therefor or of valuations, costs, or accounting, or practices bearing on any of the foregoing". Cfr. §551 (4) dell'APA.

²⁸⁹ La definizione di "*adjudication*" è data dal §551 (7) dell'APA, secondo il quale essa indica l'"*agency process for the formulation of an order*", laddove "*order*" indica "*the whole or a part of a final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form, of an agency in a matter other than rule making but including licensing*". "*License*" è, a sua volta, definita al §551 (8) dell'APA come "*the whole or a part of an agency permit, certificate, approval, registration, charter, membership, statutory exemption or other form of permission*".

²⁹⁰ B. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 67 s.

²⁹¹ Cfr. *ibidem*.

svolgimento a quello di un processo davanti alle corti federali, inclusa l'acquisizione di testimonianze e l'effettuazione di *cross-examination*²⁹².

Più spesso²⁹³ l'agenzia si pronuncia a seguito di una procedura non improntata a questo modello (*informal adjudication*), non puntualmente regolata, e quindi soggetta ad una disciplina dettata dalle singole agenzie coinvolte, anche in via di prassi, ma comunque subordinata ai requisiti richiesti dalla garanzia giurisdizionale della *due process clause* ove il provvedimento venga ad incidere su diritti protetti da tale clausola ("*life, liberty or property*", di cui al Quinto Emendamento della Costituzione). Nel caso di *informal adjudication proceedings*, la decisione finale è adottata da un funzionario che non gode dello *status* di *administrative law judge*.

Un'ulteriore differenza tra *formal* e *informal adjudication procedure* è che l'*order* che sfocia dal primo tipo di procedura, in base al §557(c), secondo paragrafo, lett. (A) dell'APA, deve contenere "a statement of "*findings and conclusions, and the reasons or basis therefor, on all the material issues of fact, law, or discretion presented on the record*" laddove in caso di *informal adjudication*" è sufficiente, in base al §555(e) dell'APA, un *brief statement of the grounds for denial*, che non è neppure necessario "*in affirming a prior denial or when the denial is self-explanatory*".

Sono sottratti all'applicazione della regola della *formal adjudication* i procedimenti in cui l'adozione del provvedimento sia subordinata ad "accertamenti"²⁹⁴.

Per quanto concerne l'applicazione della *due process clause*, essa richiede da un lato che il privato sia colpito, individualmente e in misura significativa, dalla decisione, dall'altro che "la situazione di fatto alla base della decisione sia opinabile". Il coinvolgimento del privato attraverso una *hearing* deve essere infatti idoneo ad

²⁹² La decisione dell'*administrative law judge* può essere *initial* or *recommended*, a seconda che la sua efficacia sia subordinata alla mancanza di modifiche da parte dell'organo di secondo grado o di vertice ovvero necessiti di essere espressamente avallata da parte degli organi di vertice. Cfr. B. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 74.

²⁹³ Più del 90% dei procedimenti non normativi avrebbe natura *informal*. Cfr. *ivi*, p. 79.

²⁹⁴ "*Proceedings in which decisions rest solely on inspections, tests, or elections*".

incidere sul contenuto del provvedimento, altrimenti si impone come non necessario²⁹⁵.

Tra i tratti distintivi del sistema statunitense rispetto al sistema italiano (e in generale a quelli *a droit administratif*) è rilevante che non c'è oltreoceano una giurisdizione "amministrativa", per cui le corti ordinarie esercitano il *judicial review* sull'agenzia senza neppure avere sezioni specializzate nella materia. Il sindacato non viene tuttavia innescato attraverso i rimedi del diritto comune, perché la tutela dall'amministrazione, sia pur gestita da un giudice ordinario, si articola in rimedi speciali.

Secondo il modello comunemente accolto di *statutory review*²⁹⁶, il giudice ha una giurisdizione di legittimità che sfocia in una pronuncia tipicamente costitutiva *sub specie* annullamento del provvedimento impugnato, con rinvio della questione all'amministrazione perché provveda²⁹⁷. Non è esclusa la mera pronuncia di accertamento con rinvio, senza caducazione del provvedimento, fintantoché l'amministrazione non abbia provveduto secondo il disposto della corte (*remand without vacation*)²⁹⁸. Ove illegittima, la decisione viene quindi privata di effetti con rinvio all'agenzia perché si pronunci sulla vicenda. In generale la Corte non può "riconoscere al richiedente il diritto ad avere la decisione illegittimamente negata né indicare alla *agency* come operare a seguito del *remand*"²⁹⁹. La corte può indicare all'amministrazione come provvedere solamente ove concluda che il fatto o il diritto

²⁹⁵ Ciò non si verifica, ad esempio, ove l'accertamento del fatto dipenda da valutazioni di carattere tecnico, anche in ambito accademico (è il caso affrontato dalla pronuncia della Corte Suprema in *Board of Curators of the University of Missouri et al. v. Horowitz*). Cfr. B. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 84 s.

²⁹⁶ Marchetti rileva come il modello ispiratore sia lo *statutory review* contemplato dal *Federal Trade Commission Act* del 1914 (15 U.S. Code §45(c)) che stabilisce che, dopo che la decisione sia diventata *final*, la parte interessata può presentare una *petition for review* davanti alla Corte d'appello federale territorialmente competente, la quale opera il sindacato sulla decisione sulla base della documentazione fornita dall'amministrazione. Cfr. *ivi*, p. 116.

²⁹⁷ Cfr. *ivi*, p. 114 s.

²⁹⁸ *Ivi*, p. 115, si rimanda a R.M. LEVIN, "Vacation at Sea": *Judicial Remedies and Equitable Discretion in Administrative Law*, in "Duke Law Journal", 53, 2003, p. 291 ss. Si tratta per lo più di ipotesi in cui viene in questione l'illegittimità di norme emanate in esercizio del potere normativo. Tale rimedio consente di evitare di determinare un vuoto di disciplina con l'annullamento.

²⁹⁹ Cfr. B. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 116.

alla base della controversia siano tali per cui alla agenzia non residui alcuna discrezionalità³⁰⁰.

Accanto agli *statutory remedies*, ci sono i rimedi di equità della *declaration* e della *injunction* che possono essere concessi solo quando uno *statutory remedy* non sia disponibile o appaia inadeguato³⁰¹.

Per quanto concerne la giurisdizione sulle *federal question*, essa è normalmente delle corti distrettuali. In alcuni casi, quando un *direct-review statute* attribuisce specificamente alla Corte d'appello una *subject-matter jurisdiction*, è delle Corti d'appello di circuito³⁰².

Le Corti d'appello hanno altrimenti la funzione da cui prendono il nome, in un sistema di *mandatory review* rispetto alle decisioni delle corti inferiori oggetto di impugnazione. Nel sistema, la Corte Suprema si colloca quale 'court of last resort'. È una corte d'appello che opera un sindacato di natura "discrezionale": concedendo il *writ of certiorari*, la Corte Suprema seleziona i casi in merito ai quali vuole pronunciarsi³⁰³.

2. Il caso *Chevron* e il "two-step test"

*Chevron*³⁰⁴ rappresenta, nella letteratura, la decisione fondante, il punto di partenza non controverso di qualsiasi verifica relativa alla *allocation of authority* tra corti

³⁰⁰ Marchetti rileva tuttavia come singoli *statutes* possano deviare dal modello generale, riconoscendo in capo al giudice poteri di riforma o modifica della decisione amministrativa, venendo a configurare una forma di giurisdizione di merito. Cita l'esempio del *Social Security Act* in materia di sussidi. Cfr. *ivi*, p. 117.

³⁰¹ *Ivi*, p. 119.

³⁰² Marchetti rileva a questo proposito che "quando il rimedio è disciplinato dallo *statute* di settore, [...] non è infrequente che il Congresso decida di affidare direttamente alle Corti d'appello il *judicial review* delle decisioni emanate al termine di procedimento caratterizzati da una certa formalità. [...] Se la competenza è allocata nella corte d'appello, tuttavia, è previsto un correttivo al fine di consentire al giudice che constati l'esistenza di una 'genuine issue of material fact' ed in relazione ad essa l'incompletezza e l'inadeguatezza della documentazione raccolta, di rinviare la causa alla *District Court*". *Ivi*, p. 143.

³⁰³ Nella sua valutazione considera diversi fattori. Cfr. *Rule 10* delle *Rules of the Supreme Court of the United States*, adottate il 19 aprile 2013.

³⁰⁴ *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). Cfr. C. CARLI, *Il caso Chevron. Interpretazione del giudice e interpretazione*

federali e agenzie amministrative³⁰⁵. Per contestualizzare, è opportuno richiamare la vicenda su cui insiste la pronuncia, nonostante sia storia nota in quanto oggetto di narrazioni plurime: tutto ruota intorno ad un regolamento dell'*Environmental Protection Agency* che interpreta alcuni emendamenti apportati nel 1977 al *Clean Air Act*, i quali imponevano ad alcuni Stati l'obbligo di istituire un programma di autorizzazione per l'installazione di fonti fisse di inquinamento atmosferico. La definizione data nel regolamento del concetto di "fonte fissa" era nel senso di considerare l'insieme delle attrezzature all'interno di uno stabilimento (cd. "*bubble concept*") e non ogni singolo dispositivo di emissione. Di conseguenza, una modifica degli impianti che non avesse comportato un aumento dell'emissione totale da parte dello stabilimento non sarebbe stata soggetta ad autorizzazione.

La Corte Suprema si interroga sull'accettabilità della definizione proposta dall'agenzia, a seguito dell'intervento del giudice di appello che aveva concluso che solo lo scopo della legge poteva guidare l'indagine sul significato della legge e che, pertanto, esso doveva essere determinato *independientemente* dal giudice.

Per rispondere al quesito, la Corte Suprema, sulla base dell'opinione di maggioranza del giudice Stevens, elabora quello che diventerà poi noto come il "*two-step-test*":

when a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute.

dell'amministrazione negli Stati Uniti, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 4, 1995, p. 959 ss.

³⁰⁵ Cfr. B. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 205 ss. e L. GIANI, *Spunti di riflessione in tema di controllo della discrezionalità tratti dall'ordinamento giuridico statunitense*, in "Diritto amministrativo", 4, 1996, p. 769 ss. La letteratura statunitense in tema è sterminata. Tra gli articoli più interessanti C.R. SUNSTEIN, *Law and Administration after Chevron*, *cit.*

In prima battuta, dunque, deve essere determinato se la legge abbia *direttamente* affrontato il problema in considerazione. Se l'intenzione del legislatore emerge chiaramente, il giudice e l'agenzia sono tenuti a dare attuazione ad essa.

Se il giudice determina tuttavia che il Congresso non ha direttamente affrontato il problema in considerazione e la legge tace o risulta ambigua sul punto, la corte deve (soltanto) stabilire se la soluzione elaborata dall'agenzia si basi su una interpretazione della legge *permissible*, ossia un'interpretazione della legge "attendibile".

La corte non deve invece concludere che l'interpretazione fornita dall'agenzia sia l'unica possibile o quella che avrebbe adottato essa stessa se il problema fosse insorto per la prima volta nell'ambito di un procedimento giurisdizionale³⁰⁶.

Se il Congresso ha esplicitamente lasciato un "gap" perché l'agenzia possa riempirlo, sussiste una delega esplicita all'interpretazione di una specifica previsione per mezzo di un regolamento. In alcuni casi, sottolinea tuttavia la Corte Suprema, la delega relativa ad uno specifico problema è implicita invece che esplicita. In tali casi è escluso un intervento interpretativo sostitutivo della corte: "*A court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency*".

La Corte Suprema richiama i suoi precedenti in materia di riconoscimento del principio della deferenza all'interpretazione amministrativa, sottolineando che esso

has been consistently followed by this Court whenever decision as to the meaning or reach of a statute has involved *reconciling conflicting policies*, and a full understanding of the force of the statutory policy in the given situation has depended upon more than ordinary knowledge respecting the matters subjected to agency regulations³⁰⁷.

³⁰⁶ K.A. BAMBERGER, P.L. STRAUSS, *Chevron's Two Steps*, in "Virginia Law Review", 95, 2009 p. 611 ss.; M.C. STEPHENSON, A. VERMEULE, *Chevron Has Only One Step*, in "Harvard Public Law Working Paper" No. 08-24, disponibile su [ssrn](#); T.J. MILES, C.R. SUNSTEIN, *Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron*, in "University of Chicago Law Review", 73, 2006, p. 823 ss.; P.L. STRAUSS, "*Deference*" is Too Confusing - Let's Call Them "Chevron Space" and "Skidmore Weight", in "Columbia Law Review", 112, 2011, p. 1143 ss.

³⁰⁷ Corsivo mio.

Se la scelta interpretativa rappresenta una “*reasonable accommodation of conflicting policies that were committed to the agency’s care by statute*”, la Corte deve avallarla, a meno che non emerga dalla legge o dalla storia legislativa che l’*accomodation* dell’amministrazione non è tra quelle che il legislatore intendeva accreditare³⁰⁸. Nello *step-two*, quindi, la corte è tenuta ad effettuare una valutazione di ragionevolezza, che ha ad apparentemente ad oggetto un esercizio diverso da quello meramente interpretativo effettuato dall’agenzia. Si parla infatti di “*acomodation of conflicting policies*”. Come si vedrà, proprio il ricorso a questa espressione presta il fianco alla possibilità di fornire, di *Chevron*, letture diverse.

La Corte Suprema conclude che la Corte d’appello ha frainteso la natura del suo ruolo: una volta superato il primo *step* del test e determinato che il Congresso non aveva un’intenzione specifica riguardo all’applicabilità del “*bubble concept*”, la questione da risolvere non era infatti se essa ritenesse inappropriato il ricorso al *bubble concept*, quanto piuttosto se fosse ragionevole la posizione dell’amministrazione, che aveva concluso nel senso dell’appropriatezza di tale concetto.

Secondo la Corte Suprema, l’utilizzo del “*bubble concept*” è “*reasonable policy choice*” dell’agenzia.

In these cases, the Administrator's interpretation represents a reasonable accommodation of manifestly competing interests, and is entitled to deference: the regulatory scheme is technical and complex, the agency considered the matter in a detailed and reasoned fashion, and the decision involves *reconciling conflicting policies*. Congress intended to accommodate both interests, but did not do so itself on the level of specificity presented by these cases.

È irrilevante stabilire se il Congresso desiderava consapevolmente attribuire la decisione della questione all’amministrazione, assumendo che essa fosse meglio predisposta in questo senso in virtù della sua “*great expertise*” e della “*responsibility for administering the provision*”.

³⁰⁸ Sul ruolo della storia legislativa si veda M. FORTE, *May Legislative History Be Considered at Chevron Step One? The Third Circuit Dances the Chevron Two-Step in United States v. Geiser*, in “*Villanova Law Review*”, 54, 2009, p. 727 ss. Sulla diatriba tra “*textualists*” e “*intentionalists*” T.W. MERRILL, *Judicial Deference to Executive Precedent*, in “*Yale Law Journal*”, 101, 1992, p. 969 ss.

Ciò che rileva è invece che

judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges' personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policymaking responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration's views of wise policy to inform its judgments. [...] When a challenge to an agency construction of a statutory provision, fairly conceptualized, really centers on the wisdom of the agency's policy, rather than whether it is a reasonable choice within a gap left open by Congress, the challenge must fail. In such a case, federal judges -- who have no constituency - - have a duty to respect legitimate policy choices made by those who do.

Questa, dunque, nella sua apparente semplicità, è la decisione *Chevron, U.S.A., Inc. v. NRDC*. Altro è la dottrina *Chevron* che dalla omonima sentenza ha preso vita, sviluppandone una propria³⁰⁹. Gli studiosi sottolineano come parte del problema scaturito da *Chevron* sia proprio l'ostinazione con cui si tenta di rispondere alle domande che sorgono a proposito della dottrina *Chevron* facendo riferimento alla omonima pronuncia. “*The two have very little to do with each other*”³¹⁰. Si evidenzia come la moderna dottrina relativa al “*federal court review*” dell'attività interpretativa delle agenzie amministrative federali non discenda in nessun senso sostanziale da *Chevron, U.S.A., Inc. v. NRDC*, quanto piuttosto da una serie di pronunce dei giudici di grado inferiore che dalla metà degli anni ottanta “*converted a narrow Clean Air Act case about imaginary bubbles over factories into a generalized doctrine of administrative law*”³¹¹. A partire da questa serie di decisioni, la dottrina *Chevron* è stata adottata dalla Corte Suprema essenzialmente di *default*.

Ne consegue che

there is no canonical decision systematically laying out either the theory or practice of *Chevron*. The *Chevron* decision itself is a very poor well from which to draw, because it did not create, or purport to create, the doctrine that bears its name. The result of this unsystematic origin of the *Chevron* doctrine is a great many unanswered questions about the *Chevron* methodology, a great deal of

³⁰⁹ Così G. LAWSON, S. KAM, *Making Law Out of Nothing at All: The Origins of the Chevron Doctrine*, in http://works.bepress.com/gary_lawson/165, p. 3

³¹⁰ *Ibidem*.

³¹¹ *Ibidem*.

wiggle room for a wide range of answers to those questions, and no chance whatsoever of finding definitive answers in the place in which too many people continue to look³¹².

3. “Step zero”: quando si applica *Chevron*?

La giurisprudenza successiva a *Chevron* mostra, almeno secondo alcuni autori, un tentativo di restaurare, anche in maniera piuttosto esplicita, il primato dell’interpretazione giudiziale. Il risultato tuttavia non è di un ritorno ai principi pre-*Chevron*, quanto piuttosto l’aggiunta di ulteriori “epicicli”³¹³ rispetto a quei principi. La *vexata quaestio* diventa quale sia lo *scope* della *judicial review*.

Un primo passaggio logico, da collocarsi a *step-zero*³¹⁴, riguarda una questione preliminare lasciata aperta da *Chevron*: quali tipologie interpretative dell’agenzia rilevano ai sensi del *two-step test*?

La questione non è di poco conto ed è al centro di una terna di pronunce³¹⁵.

La prima, *Christensen v. Harris County*³¹⁶ nega deferenza all’interpretazione contenuta in un’*opinion letter* dell’amministrazione (*Wage and Hour Division*) del *Department of Labour*.

Si tratta di uno strumento interpretativo che non rappresenta il prodotto di un procedimento formale di *adjudication* o di *rule-making* secondo la procedura di *notice-and-comment*. Chiarisce la Corte Suprema in questa occasione che le interpretazioni delle agenzie che non abbiano “forza di legge” non godono della deferenza *Chevron*, ma esigono “considerazione” ai sensi della precedente pronuncia *Skidmore et al. v. Swift & Co.*³¹⁷, nella misura in cui risultino persuasive.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ Cfr. C.R. SUNSTEIN, *Chevron Step Zero Chevron Step Zero – Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper no. 91*, in <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>, p. 4.

³¹⁴ Sunstein, *ivi*, p. 3, nota 19, dichiara di prendere l’espressione in prestito da T.W. MERRILL, K.E. HICKMAN, *Chevron’s Domain*, in “Georgetown Law Journal”, 89, 2001, p. 836.

³¹⁵ Si tratta di *Christensen v. Harris County*, 529 U.S. 576 (2000); *United States v. Mead*, 533 U.S. 218 (2001); *Barnhart v. Walton*, 535 U.S. 212 (2002).

³¹⁶ 529 U.S. 576 (2000).

³¹⁷ 323 U.S. 134 (65 S.Ct. 161, 89 L.Ed. 124).

“Interpretations such as those in opinion letters—like interpretations contained in policy statements, agency manuals, and enforcement guidelines, all of which lack the force of law— do not warrant Chevron-style deference”.[...] Instead, interpretations contained in formats such as opinion letters are “entitled to respect” under our decision in *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U. S. 134, 140 (1944), but only to the extent that those interpretations have the “power to persuade,” *ibid.* See *Arabian American Oil Co.*, *supra*, at 256–258.

Ma qual è la portata del precedente *Skidmore*? Il cosiddetto “*Skidmore weight*” fa da contraltare alla deferenza *Chevron*.

La decisione da cui la dottrina prende il nome origina da una controversia tra privati, in cui l’amministrazione aveva solo un ruolo consultivo e di iniziativa processuale.

La questione era relativa alla possibilità di considerare come “orario di lavoro” ai sensi del *Fair Labor Standards Act* il lavoro straordinario notturno, avente particolari caratteristiche, di alcuni dipendenti di una caserma dei vigili del fuoco. Viene in considerazione l’interpretazione che l’amministrazione aveva fornito in un *interpretative bulletin*. La Corte Suprema rileva come tale interpretazione non sia scaturita “*as a result of hearing adversary proceedings in which he finds facts from evidence and reaches conclusions of law from findings of fact*”.

Tuttavia

the Administrator's policies are made in pursuance of official duty, based upon more specialized experience and broader investigations and information than is likely to come to a judge in a particular case. They do determine the policy which will guide applications for enforcement by injunction on behalf of the Government. Good administration of the Act and good judicial administration alike require that the standards of public enforcement and those for determining private rights shall be at variance only where justified by very good reasons. The fact that the Administrator's policies and standards are not reached by trial in adversary form does not mean that they are not entitled to respect. This Court has long given considerable and in some cases decisive weight to Treasury Decisions and to interpretative regulations of the Treasury and of other bodies that were not of adversary origin.

Qual è allora il ruolo che deve essere riconosciuto all’interpretazione dell’amministrazione?

We consider that the rulings, interpretations and opinions of the Administrator under this Act, while not controlling upon the courts by reason of their authority, do constitute a body of experience and informed judgment to which

courts and litigants may properly resort for guidance.

Tale natura di “*body of experience and informed judgment*” non esclude che a tale interpretazione sia riconosciuto un peso nella definizione del caso:

The weight of such a judgment in a particular case will depend upon the thoroughness evident in its consideration, the validity of its reasoning, its consistency with earlier and later pronouncements, and all those factors which give it power to persuade, if lacking power to control.

Il secondo precedente che interviene a definire la portata di *Chevron* è *United States v. Mead*³¹⁸, che verte intorno alla *Harmonized Tariff Schedule* degli Stati Uniti, che autorizza lo *United States Customs Service* a classificare le merci oggetto di importazione e a fissare l'aliquota del dazio in base alle norme e ai regolamenti emanati dal Segretario del Tesoro. Il Segretario del Tesoro disciplina con regolamento le *tariff rulings* prima dell'entrata delle merci, autorizzando l'adozione di *ruling letters* per la classificazione di importazioni particolari, che possono essere adottate da ciascun Ufficio doganale e dal *Customs Headquarters Office*.

L'importazione di “*day planners*” a tre anelli era stata considerata come *duty free* per diversi anni. Ad un certo punto il *Customs Headquarters Office* rivede la classificazione di questo articolo, adottando una *ruling letter* in cui lo qualifica come “diario rilegato”, soggetto al pagamento del dazio. Mead ricorre presso la Corte di Commercio Internazionale, che concede il *summary judgement* a favore del Governo. La corte di circuito federale ribalta la decisione, rilevando che le lettere di *ruling* non riservano il massimo grado di deferenza riconosciuta da *Chevron* dal momento che non sono emanate nell'ambito di una procedura di *notice-and -comment* e non hanno valore normativo.

Viene elaborato, quale *Chevron step-zero*, un “*Mead two-step-test*”.

Il primo passaggio, derivato da *Christensen*, implica che, perché possa ragionarsi in termini *Chevron*, il Congresso deve aver delegato all'agenzia il potere di dettare regole *aventi forza di legge*. Il secondo passaggio prevede invece la verifica che l'interpretazione sia stata resa nell'esercizio di quel potere.

³¹⁸ 533 U.S. 218 (2001).

L'*opinion* della Corte in *Mead* tuttavia non conclude nel senso che l'assenza di tali condizioni implichi *de plano* un'inapplicabilità della *Chevron doctrine*. Rileva infatti che la delega di cui alla prima parte del test "*may be shown in a variety of ways, as by an agency's power to engage in adjudication or notice-and-comment rulemaking, or by some other indication of comparable congressional intent*".

L'essere il frutto di un formale procedimento di *adjudication* o di *notice-and-comment rulemaking* è solo uno dei possibili segni della volontà del Congresso, che può in astratto anche essere ricavata altrimenti.

Mead si spinge ulteriormente a considerare che cosa succeda nel caso in cui un'interpretazione resa dall'agenzia non si qualifichi ai fini di *Chevron*, per concludere, ancora nel solco di Christensen, nel senso dell'applicazione in questi casi della *Skidmore doctrine*³¹⁹.

Secondo quanto conferma *Mead*, pertanto, laddove non si applichi la deferenza alla *Chevron* si applica lo "*Skidmore weight*", che discende direttamente dalla forza persuasiva dell'interpretazione dell'amministrazione.

In *Barnhart v. Walton*³²⁰ viene in considerazione un Regolamento della *Social Security Administration* che stabiliva che un soggetto che invocasse *benefits* per la sua condizione di disabilità non poteva sostenere di aver subito un *impairment* se tale *impairment* non fosse determinato da un problema destinato a durare per almeno dodici mesi.

La stessa interpretazione era stata resa dalla *Social Security Administration* mediante strumenti meno formali. La Corte Suprema è chiamata a pronunciarsi sulla portata vincolante dell'interpretazione contenuta in tali strumenti. Richiamando *Mead*³²¹, la Corte conclude nel senso che tale sentenza

indicated that whether a court should give such deference depends in significant part upon the interpretive method used and the nature of the question at issue [...].

³¹⁹ Rilevando che: "*A Customs ruling letter has no claim to Chevron deference, but, under Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134, it is eligible to claim respect according to its persuasiveness*".

³²⁰ 535 U.S. 212 (2002).

³²¹ Nonchè richiamando i paragrafi 1.7 e 3.3 E.K. DAVIS, R. PIERCE, *Administrative Law Treatise*, Boston, 1994.

In this case, the interstitial nature of the legal question, the related expertise of the Agency, the importance of the question to administration of the statute, the complexity of that administration, and the careful consideration the Agency has given the question over a long period of time all indicate that *Chevron* provides the appropriate legal lens through which to view the legality of the Agency interpretation here at issue.

Barnhard dà un'idea più dettagliata di quali siano gli elementi che l'interprete è tenuto a considerare per verificare se sussistono gli estremi per una deferenza alla *Chevron*. L'interprete deve intraprendere un'analisi multifattoriale che, solo adombrata in *Mead*, si arricchisce di potenzialità in *Barnhart*. Vengono in rilievo la natura "interstiziale" della *legal question*, l'*expertise* dell'agenzia, l'importanza della questione ai fini dell'applicazione della norma di legge, la complessità dell'amministrazione in questione e l'attenzione che l'agenzia ha dedicato alla questione nel corso di un significativo periodo di tempo.

Lo *step-zero* di *Chevron* diventa quindi un esercizio sempre più complesso³²².

Nella recentissima *City of Arlington, Texas v. FCC* 1133 S. Ct. 1863 (2013) questa apertura ad uno *step-zero* più articolato sembra tuttavia, secondo alcuni autori³²³, essere stata stroncata.

La vicenda verte sull'interpretazione di una previsione del *Communications Act* del 1934, come modificato, che richiede alle amministrazioni statali o locali di fare seguito alle istanze di localizzazione di impianti *wireless* entro un "ragionevole periodo di tempo" dalla ricezione della richiesta.

Basandosi sulla propria ampia potestà attuativa del *Communications Act*, la *Federal Communications Commission* (FCC) adotta un *Declaratory Ruling* in cui specifica che con "periodo di tempo ragionevole" debba presuntivamente intendersi un lasso di 90 giorni, per l'installazione di una nuova antenna su una torre già esistente e di 150 giorni per tutte le altre richieste di installazione.

I comuni di Arlington e di San Antonio, in Texas, chiedono una revisione del

³²² Sottolinea Sunstein come tale pronuncia rappresenti il trionfo del giudice della Corte Suprema Breyer, che sedici anni prima si era opposto ad una interpretazione "*strong*" di *Chevron*, rilevando come un'indagine caso per caso sarebbe stata una soluzione migliore rispetto ad una semplice regola di deferenza. Cfr. C. SUNSTEIN, *Chevron Step Zero*, *cit.*, p. 28.

³²³ P.J. SMITH, *Chevron Step Zero After City of Arlington*, in "Tax Notes", 140, 2013, p. 713 ss.

Declaratory Ruling alla corte del quinto circuito, sostenendo che la Commissione non aveva l'autorità di interpretare la norma. La Corte d'appello rileva invece che anche alla determinazione dell'agenzia relativa alla sfera della propria competenza può applicarsi *Chevron*: stante l'ambiguità dell'enunciato normativo, l'interpretazione della FCC in base alla quale l'attribuzione di poteri di regolazione di cui al §201(b) le dà anche il potere di interpretare il termine, merita deferenza.

La Corte Suprema rileva come non sussistono casi in cui un conferimento di *rulemaking or adjudicative authority* sia stato ritenuto insufficiente a supportare una deferenza "alla *Chevron*" per l'esercizio di quei poteri nel settore sostanziale dell'agenzia. Un conferimento di potere di *rulemaking* infatti "validates rules for all the matters the agency is charged with administering".

In *City of Arlington* è richiamata un'unica condizione:

It suffices to decide this case that the preconditions to deference under *Chevron* are satisfied because Congress has unambiguously vested the FCC with general authority to administer the Communications Act *through rulemaking and adjudication, and the agency interpretation at issue was promulgated in the exercise of that authority.*

Nel richiamare le precondizioni per la deferenza *Chevron* (dunque, lo *step-zero*) la Corte Suprema omette qualsiasi riferimento all'analisi multifattoriale, così di fatto precludendo ad una circoscrizione del campo di applicazione di *Chevron*, al di là delle aperture consentite da *Mead*.

La nostra indagine, anche ai fini di un'eventuale comparazione con il "modello tedesco", analizzato nel primo capitolo, potrebbe fermarsi qui. Potremmo concludere che a fronte dell'ambiguità della norma, l'amministrazione il cui operato si qualifichi alla luce degli *step* sopra analizzati e che dia un'interpretazione ragionevole di tale norma riceve deferenza ai sensi di *Chevron*. Potrebbe cioè essere sufficiente il rilievo che, in virtù della giurisprudenza sopra richiamata, la dottrina *Chevron* sembrerebbe applicabile anche alle ipotesi in cui concetti giuridici indeterminati siano utilizzati dalla norma nella descrizione dei presupposti per l'esercizio di un potere di *adjudication*. Tradizionalmente, ai fini di approntare un confronto tra l'esperienza

italiana in merito al sindacato delle valutazioni tecnico-discrezionali dell'amministrazione e quelle straniere ad esse assimilabili, il modello statunitense è proprio rappresentato dalla sola sentenza di cui si discute³²⁴.

Alla luce degli elementi raccolti - anche solo cioè ad un'analisi appena abbozzata quale è quella proposta, che corre esclusivamente lungo il filo dei concetti giuridici indeterminati - sembra tuttavia riduttivo e potenzialmente fuorviante fare esclusivo riferimento a *Chevron*. A fronte dell'indeterminatezza di un concetto (e dunque di un enunciato giuridico), come intesa nel primo capitolo, l'attività di interpretazione/applicazione di quel concetto/enunciato posta in essere dall'amministrazione *anche* nel sistema statunitense non può sempre essere intesa come *mera* attività di interpretazione. Da un lato, infatti, può venire in gioco il *discrimen* tra interpretazione e applicazione (e la qualificazione dell'operazione come di natura interpretativa o applicativa potrebbe non essere senza conseguenze), dall'altro, dietro un'apparente attività di interpretazione, potrebbe invece celarsi l'esercizio di un potere che, con le nostre categorie concettuali, rivela la sua natura di valutazione intermediata dall'applicazione di regole tecniche o addirittura la sua natura puramente *discrezionale*.

Ai fini della nostra indagine è quindi necessario superare il test *Chevron*, per poi eventualmente tornarvi in seconda battuta.

4. “A kind of Step-three”

Il problema di stabilire se le determinazioni di un'agenzia siano illegittime in quanto

³²⁴ Cfr. esemplificativamente F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti “regolatrici”*, cit., 3, 2000, p. 479, che a proposito di norme indefinite e integrazione della legge, rileva come “la soluzione che la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dato (da *Chevron* in poi) a questo problema è formalmente motivata con la teoria della delegazione implicita. In base a questa teoria si sostiene che il legislatore ha delegato alle autorità indipendenti la decisione di tutti i casi compresi nelle materie di loro competenza, su cui il legislatore stesso non si è espressamente pronunciato indicandone una precisa soluzione. Oltre alle delegazioni esplicite, ben note al nostro ordinamento oramai pieno di norme che rimettono ampi settori alla disciplina regolamentare delle autorità indipendenti, esisterebbero anche le delegazioni implicite, che si verificherebbero in tutte le ipotesi in cui il legislatore non ha dettagliatamente disciplinato tutti i casi possibili. L'affinità di questa problematica con quella che nel nostro ordinamento viene dibattuta sotto le rubriche ‘discrezionalità’ e ‘concetti giuridici indeterminati’ è evidente”.

“arbitrarie” o sprovviste di “*substantial evidence*” costituisce una sorta di “*Step Three to be asked directly after the two-step inquiry mandated by Chevron*”³²⁵. Per rispondere al test viene in considerazione la cosiddetta “*hard look doctrine*”, come formalizzata nella pronuncia “*State Farm*”. Prima ancora, tuttavia, viene in considerazione il problema della *review* dei *factual findings* dell’amministrazione.

È necessaria una premessa. Lo *standard of review* che si applica nei casi di procedimento informale (*notice and comment rulemaking* e *informal adjudication*) è l’“*arbitrary and capricious test*”, ove manchi una previsione di legge che disponga l’applicabilità dello *standard* della *substantial evidence*.

Il “*substantial evidence test*” si applica quando la determinazione amministrativa risulti preceduta da un *trial-type hearing* (*formal adjudication* o *formal rulemaking proceeding*) o nelle ipotesi in cui la norma di legge preveda l’applicazione di tale *standard* anche in relazione ad *informal proceedings*³²⁶.

Al giudice non è precluso l’annullamento di una determinazione amministrativa quando non è nella condizione di accertare “*conscientiously*” che questa è supportata da *substantial evidence* alla luce dell’intera documentazione probatoria e non solamente alla luce della *evidence* posta dall’amministrazione a giustificazione dell’atto adottato. Viene così in rilievo il principio del *whole record*³²⁷.

Il *review* si traduce in un sindacato relativo all’adeguatezza dell’istruttoria. Dato il

³²⁵ T.J. MILES, C.R. SUNSTEIN, *The Real World of Arbitrariness Review*, in “University of Chicago Law Review”, 75, 2008, p. 761 ss., in particolare p. 770.

³²⁶ B. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 222. Il *substantial evidence test* è stato applicato per la prima volta in *ICC v. Louisville & Nashville R. Co.*, 227 U.S. 88 (1913) e quindi codificato nel 1914 nel *Federal Trade Commission Act*, che stabiliva che i *Commission findings* fossero “*conclusive*”. Il grado e portata del controllo sarebbero stati poi circostanziati in *Universal Camera Corp. V. NLRB* 340 U.S. 474 (1951). Così B. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 223 s. Si veda G. HANXIN, *Conclusiveness of the Federal Trade Commission’s Findings as to Facts*, in “Michigan Law Review”, 23, 1924-1925, p. 233 ss.

³²⁷ “Obviously responsible men would not exercise their judgment on only that part of the evidence that looks in one direction; the rationality or substantiality of a conclusion can only be evaluated in the light of the whole fact situation or so much of it as appears. Evidence which may be logically substantial in isolation may be deprived of much of its character or its claim to credibility when considered with other evidence”. L.L. JAFFE, *Judicial Review: Substantial Evidence on the Whole Record* in “Harvard Law Review”, 64, 1950-1951, p. 1233 ss., in particolare p. 1235, che riprende il passaggio da L.L. JAFFE, *Administrative Procedure Re-examined: The Benjamin Report*, in “Harvard Law Review”, 56, 1943, p. 704 ss., in particolare p. 733.

carattere formalizzato e giurisdizionalizzato dei procedimenti di *formal adjudication* e *rulemaking*, il controllo finisce con l'essere operato alla stregua di una *review* tra corti superiori e inferiori. Ne risulta un'interpretazione di segno sostanzialmente deferente³²⁸.

Rappresentativa dei termini del sindacato dei *factual findings* dell'amministrazione è la pronuncia *Acting Commissioners of Patents and Trademarks v. Zurko*³²⁹, in cui la Corte Suprema chiarisce il contenuto dello *standard* della "*substantial evidence*" applicato ai *factfindings* dell'agenzia.

Il Patent and Trademark Office (PTO) rigettava un'istanza per il riconoscimento di un brevetto. La corte federale di circuito analizzava gli accertamenti di fatto dell'amministrazione utilizzando lo *standard* di review "*clearly erroneous*" che si applica di norma nei rapporti tra corti di distretto e corti d'appello (c.d. "*court/court review*"), in luogo dello *standard* più lasco di cui all'APA (c.d. "*court/agency review*"), che consente di "*set aside agency findings of fact found to be arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or unsupported by substantial evidence*" e concludeva che gli accertamenti di fatto del PTO erano "*clearly erroneous*"³³⁰. La Corte Suprema si sofferma sulla portata dei due *standard*.

La "*substantial evidence*" implica la sussistenza di "*more than a mere scintilla but less than a preponderance*": il relativo test richiede ai giudici, con le parole della

³²⁸ Cfr. B. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 226 ss., che richiama quella che nel 2005 risulta all'autrice essere l'unica eccezione - *Allentown Mack Sales and Service, Inc. v. NLRB*, 522 U.S. 359 (1998).

³²⁹ 527 U.S. 150 (1999).

³³⁰ Per quanto concerne la *review* dei *factual findings* del PTO, la corte federale di circuito basa la sussistenza di un'eccezione sul 5 U.S.C. §559, ai sensi del quale l'APA non pregiudica l'applicazione di "*additional requirements [...] recognized by law*". Secondo quanto sostenuto dalla corte federale di circuito, all'epoca dell'adozione dell'APA nel 1946, la *Court of Customs and Patent Appeals* (CCPA), predecessore della corte federale di circuito, applicava uno *standard* di review più stringente dei *court/agency review standards*, e questa speciale tradizione di sindacato costituiva un "*additional requirement that trumps §706's requirements*". La Corte Suprema rileva invece che in assenza di un'eccezione, agli *agency factual findings* deve applicarsi l'APA *court/agency review standard*. Da un esame più attento della giurisprudenza del CCPA, non risulta che le sentenze riflettano un "*well-established court/court standard*" rispetto alle decisioni del PTO suscettibile di giustificare un'eccezione alla regola. In questo senso - sottolinea la Corte - l'utilizzo delle espressioni "*clear case of error*", "*clearly wrong*" e "*manifest error*" non può essere considerato dirimente perché relativo ad un'epoca in cui le convenzioni linguistiche sull'utilizzo di tali espressioni non erano ancora consolidate.

Corte Suprema, “to ask whether a “reasonable mind might accept” a particular evidentiary record as “adequate to support a conclusion”. Il “clearly erroneous” standard è invece descritto come la

“definite and firm conviction” that an error has been committed³³¹ [...]. And it has suggested that the former is somewhat less strict than the latter. *Universal Camera*, 340 U. S., at 477, 488 (analogizing “substantial evidence” test to review of jury findings and stating that appellate courts must respect agency expertise).

Si enfatizza che l’applicabilità dell’uno o dell’altro *standard* può in astratto produrre delle conseguenze in termini di risultato, che difficilmente però sono riscontrabili in concreto.

The court/agency standard, as we have said, is somewhat less strict than the court/court standard. But the difference is a subtle one—so fine that (apart from the present case) we have failed to uncover a single instance in which a reviewing court conceded that use of one standard rather than the other would in fact have produced a different outcome.

Nel cercare di distinguere i due *standard*, la Corte Suprema si sofferma sulla natura del sindacato, che in entrambi i casi “requires judges to apply logic and experience to an evidentiary record, whether that record was made in a court or by an agency”. La difficoltà di operare una differenziazione tra i due *standard*, rileva la Corte,

may in part reflect the difficulty of attempting to capture in a form of words intangible factors such as judicial confidence in the fairness of the factfinding process³³². It may in part reflect the comparatively greater importance of case-specific factors, such as a finding’s dependence upon agency expertise or the presence of internal agency review, which factors will often prove more influential in respect to outcome than will the applicable standard of review.

L’*arbitrary and capricious test*, che si applica, come già rilevato, in via residuale, non sembra nella sostanza differire dal *substantial evidence test*. Parte della dottrina rileva come i due siano sostanzialmente identici³³³.

³³¹ Il rinvio è a *United States v. United States Gypsum Co.*, 333 U. S. 364, 395 (1948).

³³² Il rinvio è a *Universal Camera* e a L.L. JAFFE, *Judicial Review: “Substantial Evidence on the Whole Record”*, cit.

³³³ Cfr. R.J. PIERCE, S.A. SHAPIRO, P.R. VERKUIL, *Administrative Law and Process*, New York, 1999, p. 368, citato da B. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 232.

Ai fini della nostra indagine, pare importante mettere in luce come dietro l'etichetta di “*factfindings*” dell'amministrazione sembrano essere ricompresi tanto gli accertamenti quanto gli apprezzamenti di fatto.

In *Marsh v. Ore. Natural Res. Counc.* (1989)³³⁴ viene in considerazione il problema delle valutazioni tecnico-opinabili dell'amministrazione.

L'Elk Creek Dam era parte di un progetto di tre dighe funzionali al controllo dell'approvvigionamento idrico nel bacino del fiume Rogue dell'Oregon.

Il Corpo degli Ingegneri dell'Esercito (Corps) aveva effettuato una valutazione di impatto (EIS) relativamente al progetto Elk Creek nel 1971 e produceva un supplemento della valutazione nel 1980 (FEISs). Dal momento che il fiume Rogue era zona di pesca, il FEISs prestava un'attenzione particolare alla qualità delle acque, alla produzione ittica e alle condizioni di pesca. Relativamente a questi profili aveva previsto che l'Elk Creek Dam non avrebbe determinato alcun effetto significativo sulla produzione ittica, ma un impatto sul livello di torbidità dell'acqua avrebbe potuto, occasionalmente, compromettere la pesca.

Il Corps decideva di procedere con il progetto e nel 1985 avveniva lo stanziamento di fondi da parte del Congresso. Giunti ad un terzo del completamento, quattro società senza scopo di lucro dell'Oregon ricorrevano presso la Corte distrettuale per far cessare la costruzione della Elk Creek Dam, sostenendo che il Corps aveva violato il *National Environmental Policy Act* del 1969 (NEPA): si contestava l'inadeguatezza della valutazione di impatto ambientale, l'omessa inclusione di un “*worst case scenario*”, ma soprattutto la mancata effettuazione di un secondo supplemento valutativo per esaminare le informazioni contenute in due documenti elaborati dopo il 1980 che contenevano alcune previsioni parzialmente contrastanti con i risultati del FEISs. Si trattava in particolare di una nota interna preparata da due biologi dell'*Oregon Department of Fish and Wildlife* (il “*Cramer Memorandum*”), secondo il quale la costruzione della diga avrebbe compromesso significativamente la pesca a valle, e di un secondo studio che mirava a dimostrare che i livelli prevedibili di torbidità delle acque erano di gran lunga superiori a quelli rilevati dal FEISs. La corte distrettuale rigettava tutte le doglianze, sostenendo *inter alia* che la decisione del

³³⁴ 490 U.S. 360 (1989).

Corps di non preparare un secondo supplemento valutativo era *ragionevole*. La Corte d'appello ribaltava la decisione, rilevando che il FEISs era effettivamente carente, in quanto non comprensivo di un "*complete mitigation plan*" e di una "*worst case analysis*," e che i due documenti introducevano probabilmente elementi di novità che il Corps aveva ommesso di considerare attentamente.

È rilevante il disaccordo tra le parti in causa quanto allo *standard di review* applicabile alla decisione dell'amministrazione di non integrare la valutazione di impatto ambientale. L'agenzia ritiene che la Corte debba solo decidere se la decisione sia stata "*arbitrary and capricious*" mentre i rispondenti sostengono che la Corte debba determinare autonomamente cosa sia ragionevole al fine di verificare se l'*agency action* sia effettivamente in linea con le previsioni di legge. La norma rilevante prevede che debba essere effettuato un supplemento di valutazione ove sussistano "*significant new circumstances or information relevant to environmental concerns and bearing on the proposed action or its impacts*". Secondo i rispondenti, la determinazione relativa al se la presenza di nuove informazioni fosse o meno sufficiente a produrre un effetto significativo era alternativamente una "*question of law*" o una "*question of ultimate fact*" (locuzione che corrisponde a quella di "*mixed question of law and fact*") e in quanto tale, "*deserves no deference*" in sede di *judicial review*. Il problema cioè, si incentrava, secondo la prospettazione di parte, sul significato giuridico del termine "*significant*" o, in alternativa, consisteva in una questione dominata dalla componente "*of law*", anche ove configurata nei termini di stabilire se i fatti storici che emergevano dal *record* amministrativo e che fossero accertati e non controversi soddisfacevano lo *standard*. Caratterizzando in questi termini la controversia, invocavano l'applicazione di uno *standard* di "*strict review*", che sarebbe stato necessario ai sensi della "in accordance with law clause" di cui al §706(2)(a) dell'APA o della clausola "*without observance of procedure required by law*" di cui al §706(2)(d). Nel determinare il metro di sindacato applicabile, la Corte rileva che la questione relativa alla necessità o meno di produrre nel caso concreto un supplemento della valutazione di impatto ambientale - "*narrow question*" alla sua attenzione - deve essere soggetta all'"*arbitrary and capricious*" test di cui al §706 (2)(A). Si tratta, ad avviso della Corte, di un "*classic example of a factual dispute the*

resolution of which implicates substantial agency expertise". La controversia, secondo la Corte, "*involves primarily issues of fact*". Dal momento che l'analisi dei documenti "*requires a high level of technical expertise*", è necessario secondo la Corte rimettersi alla "*the informed discretion of the responsible federal agencies*". La Corte rinvia ai propri precedenti in cui aveva stabilito che "*when examining this kind of scientific determination [...] a reviewing court must generally be at its most deferential*"³³⁵. Ne consegue che, nella misura in cui la decisione del Corps di non fornire un supplemento alla valutazione di impatto non sia "*arbitrary or capricious*", non deve essere "*set aside*".

In cosa consiste effettivamente questo *standard* di sindacato?

Per descriverne i contenuti, la Corte rinvia alle considerazioni relative alle "*factual inquiry*" contenute nella sentenza cardine in materia di sindacato sulle determinazioni discrezionali.

As we observed in *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402, 416, 91 S.Ct. 814, 823, 28 L.Ed.2d 136 (1971), in making the factual inquiry concerning whether an agency decision was "arbitrary or capricious," the reviewing court "must consider whether the decision was based on a consideration of the relevant factors and whether there has been a clear error of judgment." This inquiry must "be searching and careful," but "the ultimate standard of review is a narrow one." *Ibid.*

Nel caso in cui la natura opinabile di una questione tecnica sia palese, è sufficiente la constatazione che il punto di vista rappresentato dall'amministrazione sia attendibile, anche ove la Corte trovi più convincente un diverso punto di vista.

When specialists express conflicting views, an agency must have discretion to rely on the reasonable opinions of its own qualified experts even if, as an original matter, a court might find contrary views more persuasive.

Per quanto concerne la decisione di non integrare una valutazione di impatto ambientale a fronte della produzione di nuove informazioni, e quindi la valutazione della loro significatività rispetto alla valutazione precedentemente effettuata, la corte

³³⁵ Il rinvio è alle pronunce *Kleppe v. Sierra Club*, 427 U.S. 390 (1976) e *Baltimore Gas & Electric Co. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 462 U.S. 87 (1983).

- previo scrutinio del *record* di riferimento - deve concretamente verificare che essa sia ragionevole alla luce di tutti gli elementi a disposizione. Se i giudici si astenessero da questo esercizio, si svuoterebbe di fatto il ruolo del *judicial review*.

On the other hand, in the context of reviewing a decision not to supplement an EIS, courts should not automatically defer to the agency's express reliance on an interest in finality without carefully reviewing the record and satisfying themselves that the agency has made a reasoned decision based on its evaluation of the significance—or lack of significance—of the new information. A contrary approach would not simply render judicial review generally meaningless, but would be contrary to the demand that courts ensure that agency decisions are founded on a reasoned evaluation “of the relevant factors.”

Ma, al di là delle petizioni di principio, come si atteggia *concretamente* il sindacato? In *Marsch* la Corte Suprema ripercorre puntualmente l'analisi del Corps rispetto ai due documenti che asseritamente introducevano elementi di novità ed evoca, rispetto a ciascun punto in contestazione, la controdeduzione del Corps, per concludere che:

There is little doubt that, if all of the information contained in the Cramer Memorandum and SCS survey was both new and accurate, the Corps would have been required to prepare a second supplemental EIS. It is also clear that, regardless of its eventual assessment of the significance of this information, the Corps had a duty to take a hard look at the proffered evidence. However, having done so and having determined, based on careful scientific analysis, that the new information was of exaggerated importance, the Corps acted within the dictates of NEPA in concluding that supplementation was unnecessary.

Non è necessario che la determinazione dell'agenzia sia l'unica possibile. È sufficiente che si collochi all'interno dello *spettro* delle opzioni possibili.

Even if another decisionmaker might have reached a contrary result, it was surely not “a clear error of judgment” for the Corps to have found that the new and accurate information contained in the documents was not significant, and that the significant information was not new and accurate. As the SIR demonstrates, the Corps conducted a reasoned evaluation of the relevant information and reached a decision that, although perhaps disputable, was not “arbitrary or capricious.”

Nel trarre tali conclusioni, la Corte Suprema richiama, come si è visto, l'obbligo dell'agenzia di un *hard look* nei confronti delle risultanze degli accertamenti effettuati.

Alla *hard look doctrine* sono soggette, come noto, le valutazioni “discrezionali” delle agenzie. La necessità di quello che si propone come un sindacato non solo di superficie (quindi, almeno nelle intenzioni, non meramente “estrinseco” nell'accezione deteriore), discende come noto dalla sentenza *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*³³⁶, in cui veniva in questione una determinazione amministrativa non preceduta da un procedimento formale suscettibile di *review* ai sensi del “*substantial evidence test*”.

Tutto originava da due leggi promulgate dal Congresso per arginare la distruzione delle risorse naturali del paese, che vietavano al Segretario dei trasporti di autorizzare l'uso di fondi federali per finanziare la costruzione di autostrade nei parchi pubblici ove sussistesse la possibilità di alternative “*feasible and prudent*”. Il Segretario approvava un progetto di costruzione di una superstrada che avrebbe attraversato l'*Overton Park* di Memphis, nel Tennessee.

I ricorrenti contestavano l'invalidità della determinazione del Segretario in quanto non aveva indicato perché riteneva tali alternative insussistenti.

La Corte Suprema stabilisce che è compito dei giudici effettuare una *substantial inquiry* al fine di determinare se il Segretario ha agito nella sfera della propria autorità, se la sua decisione rientra nello spettro delle scelte disponibili e se esso ha *ragionevolmente* potuto ritenere che non sussistessero altre alternative.

Scrutiny of the facts does not end, however, with the determination that the Secretary has acted within the scope of his statutory authority. Section 706(2)(A) requires a finding that the actual choice made was not “arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law.” 5 U.S.C. §706(2)(A) (1964 ed., Supp. V). To make this finding, the court must consider whether the decision was based on a consideration of the relevant factors and whether there has been a *clear error of judgment*. Although this inquiry into the facts is to be searching and careful, the ultimate standard of review is a narrow one. The court is not empowered to substitute its judgment for that of the agency³³⁷.

³³⁶ 401 U.S. 402 (1971).

³³⁷ La Corte Suprema rinvia il caso alla corte distrettuale per *plenary review* della decisione

L'adesione all'approccio sostanziale della *hard look doctrine* è sancito solo in *Motor Veh. Mfrs. Ass'n v. State Farm Ins.*³³⁸.

Il *National Traffic and Motor Vehicle Safety Act* del 1966 prescriveva al Segretario dei trasporti l'adozione di *standard* per la sicurezza degli autoveicoli che “*shall be practicable, shall meet the need for motor vehicle safety, and shall be stated in objective terms*”. Nell'adozione di tali *standard* si richiedeva al Segretario di considerare “*relevant available motor vehicle safety data*”, se lo *standard* proposto fosse “*reasonable, practicable and appropriate*” per la tipologia di veicoli a motore cui era destinato, e “*the extent to which such standards will contribute to carrying out the purposes*” della legge. La legge autorizzava il *judicial review* ai sensi dell'APA in relazione a “*all orders establishing, amending, or revoking*” tali *standard*. La *National Highway Traffic Safety Administration* (NHTSA), alla quale il

del Segretario.

³³⁸ 463 U.S. 29 (1983). Può essere utile richiamare sinteticamente i prodromi dello sviluppo della *hard look doctrine*, riferibili alle posizioni dei giudici Bazelon e Leventhal. Il primo, promotore del cosiddetto *procedural hard look*, propugnava uno scrutinio più rigoroso del solo *administrative process* “nella convinzione che il corretto (e il più possibile partecipativo) svolgimento di esso fosse sufficiente a garantire il carattere non arbitrario della decisione”. Tale approccio finì con l'imporre alle agenzie oneri procedurali non previsti dalla legge per assicurare decisioni fondate e ragionevoli e subì una battuta d'arresto con la decisione della Corte Suprema *Federal Power Commission v. Transcontinental Gas Pipe Line Corp FPC v. Transcontinental Gas Pipe Line Corp.*, 365 U.S. 1 (1961). Così B. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 237 ss. Il giudice Leventhal era per contro promotore del cosiddetto *substantial hard look* (che trova la sua espressione più significativa nel caso *Greater Boston Television Corp. v. FCC*, , 444 F.2d 841, 860 (D.C. Cir. 1970), in cui si evidenzia come “the court must be satisfied that the agency's evidentiary fact findings are supported by substantial evidence, and provide rational support for the agency's inferences of ultimate fact”. Si enfatizza in particolare che “A court does not depart from its proper function when it undertakes a study of the record, hopefully perceptive, even as to the evidence on technical and specialized matters, for this enables the court to penetrate to the underlying decisions of the agency, to satisfy itself that the agency has exercised a reasoned discretion, with reasons that do not deviate from or ignore the ascertainable legislative intent. ‘The deference owed to an expert tribunal cannot be allowed to slip into a judicial inertia.’ [...] Assuming consistency with law and the legislative mandate, the agency has latitude not merely to find facts and make judgments, but also to select the policies deemed in the public interest. The function of the court is to assure that the agency has given reasoned consideration to all the material facts and issues. This calls for insistence that the agency articulate with reasonable clarity its reasons for decision, and identify the significance of the crucial facts, a course that tends to assure that the agency's policies effectuate general standards, applied without unreasonable discrimination”.

Segretario aveva delegato il potere di adottare tali *standard*, abrogava il requisito previsto dal *Modified Standard 208* in relazione al quale nuovi motoveicoli prodotti dopo il 1982 dovevano essere equipaggiati di dispositivi passivi di sicurezza (“*automatic seatbelts or airbags*”). Motivando l’abrogazione, NHTSA sosteneva che non era più in condizione di constatare - come invece le era stato possibile all’epoca dell’adozione dello *standard* - che tali dispositivi automatici procurassero effettivamente dei vantaggi in termini di sicurezza. Nel 1977, la NHTSA aveva assunto che gli *airbag* sarebbero stati installati nel 60% del totale degli autoveicoli di nuova produzione e le cinture di sicurezza automatiche nel 40%. Verso il 1981 fu evidente che le case produttrici intendevano installare cinture di sicurezza automatiche nel 99% delle nuove automobili e che nella stragrande maggioranza dei casi le cinture di sicurezza sarebbero state staccate dagli utenti. La NHTSA concludeva che “*there was no longer a basis for reliably predicting that Modified Standard 208 would lead to any significant increased usage of restraints*”.

Secondo l’opinione della NHTSA, l’“*automatic restraint requirement*” non era più “*reasonable or practicable*”. Inoltre, dati gli alti costi di implementazione e i limitati benefici, la NHTSA temeva che il *Modified Standard 208* sarebbe stato additato come un esempio di *ineffective regulation*. La Corte d’appello riteneva che l’abrogazione operata dall’amministrazione fosse ‘*arbitrary and capricious*’ in quanto la conclusione della NHTSA che essa non poteva ragionevolmente prevedere un aumento nell’utilizzo di cinture di sicurezza costituiva una base insufficiente per l’abrogazione. Rilevava inoltre che la NHTSA non aveva considerato la possibilità di richiedere l’installazione di cinture di sicurezza non staccabili, e che non aveva considerato la possibilità di un’applicazione dello *standard* con riferimento all’installazione dei soli *airbag*.

Sottolinea la Corte Suprema che

an agency changing its course by rescinding a rule is obligated to supply a reasoned analysis for the change beyond that which may be required when an agency does not act in the first instance. While the scope of review under the "arbitrary and capricious" standard is narrow, and a court is not to substitute its judgment for that of the agency, the agency nevertheless must examine the relevant data and articulate a satisfactory explanation for its action. In reviewing that explanation, a court must consider whether the decision was based on a was

based on a consideration of the relevant factors and whether there was a clear error of judgment.

Un primo motivo per riscontrare la natura “*arbitrary and capricious*” della decisione dell’amministrazione è che apparentemente essa non ha considerato di modificare lo *standard* nel senso di prescrivere il solo ricorso alla tecnologia *airbag*. D’altra parte, secondo la Corte, la NHTSA aveva liquidato troppo velocemente la considerazione dei benefici in termini di sicurezza delle cinture automatiche. La spiegazione addotta non poteva ritenersi sufficiente per consentire alla Corte di concludere che l’abrogazione fosse il “*product of reasoned decisionmaking*”³³⁹.

La Corte Suprema annulla la sentenza della corte d’appello, con rinvio affinché la questione sia rimessa all’agenzia “*for further consideration consistent with this opinion*”.

Sottolinea la Corte, dettagliando lo *standard* di *judicial review* dell’*hard look*, che

Normally, an agency rule would be arbitrary and capricious if the agency has relied on factors which Congress has not intended it to consider, entirely failed to consider an important aspect of the problem, offered an explanation for its decision that runs counter to the evidence before the agency, or is so implausible that it could not be ascribed to a difference in view or the product of agency expertise.

5. L’apparente tensione tra *Chevron* e *State Farm*

Alla luce delle considerazioni che precedono, se ne ricava che l’atteggiamento della Corte è di segno (i) sostanzialmente deferente, subordinatamente ad una verifica di ragionevolezza, nei confronti degli accertamenti di fatto dell’agenzia; (ii) deferente nei confronti dell’interpretazione che l’agenzia dia di una previsione ambigua, laddove si applichi la *Chevron doctrine*; (iii) potenzialmente deferente nei confronti dell’interpretazione che l’agenzia dia di una previsione di legge ambigua, laddove si

³³⁹ In particolare, la Corte rileva come l’agenzia non abbia considerato la sostanziale differenza che intercorre tra *detachable automatic seatbelts* e cinture di sicurezza manuali, non ha articolato il perché non sia possibile richiedere *nondetachable belts* e pertanto non ha esplicitato la “*rational connection between facts and judgment required to pass muster under the ‘arbitrary and capricious’ standard*”.

applichi la *Skidmore doctrine*; (iv) di *hard look*, quindi (almeno apparentemente) di natura più intrusiva, laddove venga in considerazione l'esercizio di un potere sostanzialmente discrezionale da parte dell'agenzia ("*judgments of policy and fact*"). Di fronte ad una rappresentazione del problema così schematica, e in particolare alla luce dei termini in cui si è delineata la contrapposizione tra lo *standard Chevron* e quello *State Farm*, può essere naturale obiettare, come fece effettivamente Breyer, il giudice della Corte Suprema (nonché esperto di diritto amministrativo), che ne risulta un mondo alla rovescia, in cui la Corte abdica al suo ruolo di interprete della legge e si insinua nei panni dell'amministrazione quando invece si discute di *matters of policy*. Con le parole di Breyer

the present law of judicial review of administrative decisionmaking, the heart of administrative law, contains an important anomaly. The law
1) requires courts to defer to agency judgments about matters of law, but
2) it also suggests that courts conduct independent, "in-depth" reviews of agency judgments about matters of policy. Is this not the exact opposite of a rational system? Would one not expect courts to conduct a stricter review of matters of law, where courts are more expert, but more lenient review of matters of policy, where agencies are more expert?³⁴⁰

Ma una comparazione tra i due *standard* così costruita si rivela semplicistica e probabilmente riduttiva.

Può, in primo luogo, non essere corretto ricavare dallo *standard State Farm* una misura di deferenza *inferiore* rispetto a quella di *Chevron*. Entrambi gli *standard* richiedono una verifica di ragionevolezza in relazione all'operato dell'agenzia (che sia ragionevolezza nell'interpretazione ovvero nell'operazione di bilanciamento di

³⁴⁰ Cfr. S. BREYER, *Judicial Review of Questions of Law and Policy*, in "Administrative Law Review", 38, 1986, p. 363 ss.

interessi)³⁴¹. È in astratto, quindi, possibile riconciliare i due *standard* senza che venga a crearsi l'anomalia cui allude il giudice Breyer³⁴².

D'altra parte, le conclusioni che abbiamo tratto rispetto a entrambi gli *standard* di sindacato si rivelano approssimative per (almeno) due ordini di motivi.

Da un lato, a fronte di una norma ambigua "*the resolution of the ambiguity frequently requires judgments of policy and principle*"³⁴³. Dall'altro, diventa importante, a questo punto del nostro ragionamento, capire più a fondo quali questioni interpretative originate da una norma ambigua impongano il riconoscimento di una deferenza. Le conclusioni relative a questo aspetto non sono affatto pacifiche.

Per approfondire, ritorniamo sulla strada maestra, quella dei concetti giuridici indeterminati.

6. *Undefined statutory terms e judicial review, prima e dopo Chevron*

Una volta delineata la cornice entro cui si colloca il dibattito relativo al sindacato delle valutazioni dell'amministrazione negli Stati Uniti - e con l'obiettivo di dimostrare perché le conclusioni raggiunte nel paragrafo che precede non danno giustizia della complessità del dibattito - interessa abbracciare nuovamente il tema oggetto della nostra indagine e interrogarsi *specificamente* sull'attitudine dei giudici e degli studiosi statunitensi nei confronti dei concetti giuridici indeterminati.

La locuzione, come si è visto, è mutuata dal dibattito dottrinale tedesco. Espressioni di portata analoga, quali "*broad statutory terms*"³⁴⁴ ("*broad statutory language*" o

³⁴¹ È tuttavia da rilevare che "*there is no universally accepted test for determining when an interpretation is impermissible - or, as modern cases tend to frame it, unreasonable. In particular, it is unsettled whether an interpretation can be unreasonable only when it deviates too far (whatever that means) from the statute or also because it is inadequately explained by the interpreting agency*". G. LAWSON, S. KAM, *Making Law Out of Nothing at All: The Origins of the Chevron Doctrine*, cit., p. 3, nota 10.

³⁴² T. J. MILES, C.R. SUNSTEIN, *The Real World of Arbitrariness Review*, cit., p. 772. Si veda anche C. CARLI, *op. cit.*, p. 994, che rinvia a M. GARLAND, *Deregulation and Judicial Review*, in "Harvard Law Review", 98, 1985, p. 549 ss.

³⁴³ "*Chevron rests on the belief that such judgments should be made by officials with a degree of accountability and specialized competence, not by judges*". T.J. MILES, C.R. SUNSTEIN, *The Real World of Arbitrariness Review*, cit., p. 773.

³⁴⁴ N.L. NATHANSON, *Administrative Discretion in the Interpretation of Statutes*, in "Vanderbilt Law Review", 3, 1949-1950, p. 470 ss., in particolare p. 480, nonché *Gray v.*

“*broad terms*”) ³⁴⁵ oppure “*undefined statutory terms*” ³⁴⁶ non sono tuttavia sconosciute alle riflessioni d’oltreoceano.

La letteratura che si rivela essere più ricca di spunti rispetto al tema che stiamo esaminando si colloca a cavallo degli anni quaranta e cinquanta. Ai giorni nostri si registra tuttavia una rivitalizzazione dell’interesse rispetto allo specifico problema, anche funzionalmente all’obiettivo di leggere tra le righe di *Chevron* e delle pronunce successive delle risposte più *precise* rispetto al problema dell’interpretazione della norma “imprecisa”.

Come si è visto ragionando dell’evoluzione del dibattito tedesco, il problema dei concetti giuridici indeterminati non concerne tanto il momento di interpretazione (in astratto) del concetto utilizzato dalla norma nella descrizione della fattispecie, quanto la sua applicazione ai fatti concreti oggetto del giudizio. Rispetto alla complessiva operazione logica in cui si sostanzia la riconduzione del caso concreto alla fattispecie contemplata dalla norma, il problema dei concetti giuridici indeterminati, come impostato nel dibattito tedesco, interessa particolarmente (ed esclusivamente) il momento sussuntivo, essendo comunque la premessa maggiore del sillogismo (l’interpretazione della norma *in astratto*, e pertanto di tutti gli elementi in essa contenuti), per mutuare un’espressione statunitense, “*the province of the judicial department*”.

Così circoscritto relativamente al solo momento sussuntivo, il tema non è estraneo al dibattito statunitense e viene configurato in termini analoghi a quelli che emergono dalle omologhe riflessioni tedesche. È stato rilevato come

Most frequently, particularly in recent years in the administrative law field, the problem has arisen in connection with the application of statutory language to particular states of fact.”” Though the administrative findings in these cases are basically findings of fact-e.g., whether the subjects of particular administrative determinations fall within a statutory category may largely depend upon their factual characteristics -they also involve questions of statutory interpretation, in the defining of the category itself. Ultimately, the scope of review in these cases depends upon whether the application of the statutory category to the particular

Powell, 314 U.S. 402 (1941) e *NLRB v. Hearst Publications, Inc.*, 322 U. S. 111 (1944).

³⁴⁵ *Negusie v. Holder, Attorney General*, 555 U.S. 511 (2009).

³⁴⁶ *A.G. Becker, Inc. v. Board of Governors of the Federal Reserve System*, 693 F.2d 136, 151 (D.C. Cir. 1982).

factual situation--i.e., the application of law to fact--is thought of as being a judicial or administrative function³⁴⁷.

Non diversamente da quanto fa la dottrina tedesca, quella statunitense discute del confine teorico tra interpretazione e applicazione.

It has been urged that the interpretation and application of statutes are two different things. In this view, interpretation, properly so-called, includes only the determination of the proper sensible meaning of the statute. [...] Actually, the steps in the process of interpreting statutes may be divided into three parts: (1) finding or choosing the proper statute or statutes applicable; (2) interpreting the statute law in its technical sense; and (3) applying the meaning so found to the case at hand³⁴⁸.

Se l'applicazione indica il *proprium* dell'operazione sussuntiva³⁴⁹, il problema dei concetti giuridici indeterminati coinvolgerà solo questo segmento del processo interpretativo. Tuttavia, come avrebbe potuto rilevare Jesch,

So to differentiate interpretation from application is to make a mere dialectic distinction; to find the meaning of a statutory term only in the abstract is to engage in vacuous academic exercises. [...] A statutory term can have meaning only in its application to the particular facts of a particular case. As Mr. Justice Frankfurter has aptly pointed out, "meaning derives vitality from application. Meaning is easily thwarted or distorted by misapplication." Indeed, as one authority well puts it, the final application to a specific case is the crux of the whole process of statutory interpretation³⁵⁰.

Date queste premesse, ci si chiede se la dottrina *Chevron* sia pertinente rispetto allo specifico problema e se le riflessioni maturate sul tema in un ambiente giuridico ontologicamente diverso rispetto a quello in cui il dibattito ha avuto origine consentano comunque di individuare degli elementi di comunione.

³⁴⁷ B. SCHWARTZ, *Mixed Questions of Law and Fact and the Administrative Procedure Act*, in "Fordham Law Review", 19, 1950, p. 73 ss.

³⁴⁸ Il rinvio è a F.J. DE SLOOVERE, *Steps in the Process of Interpreting Statutes*, in "New York University Law Review", 10, 1934, p. 538 ss.

³⁴⁹ "Application is the process of determining whether the facts of the particular case are within or without that meaning. Under this view, it will be said, findings of the type we are concerned with involve only the application, not the interpretation, of the relevant statute". B. SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 85.

³⁵⁰ Cfr. B. SCHWARTZ, *Judicial Review of Administrative Action: Mixed Questions of Law and Fact*, in "Georgetown Law Journal", 50, 1961-1962, p. 684 ss., in particolare p. 693.

Sono essenziali ai fini dell'inquadramento della problematica quattro casi compresi tra il 1941 e il 1951: *Gray v. Powell*³⁵¹, *NLRB v. Hearst*³⁵², *O'Leary v. Brown-Pacific-Maxon, Inc.*³⁵³ e *Packard Motor Car Co. v. NLRB*³⁵⁴.

Ciascuno dei primi tre “reflects a pattern of judicial review that serves as a framework for the law leading up to *Chevron* (and beyond)”³⁵⁵. I primi due precedono la codificazione degli *standard* di *judicial review* dell'APA, il terzo è successivo. Il quarto è tradizionalmente configurato come un'eccezione alla regola che si ricaverebbe dagli altri tre, ma – come si vedrà – è possibile, almeno secondo alcuni, ricondurlo nell'alveo della regola piuttosto che dell'eccezione.

Prima di tali decisioni, il problema dell'applicazione dello “*statutory concept to the particular situation*” veniva concepito come una “*pure question of law*”.

In *Federal Trade Commission v. Gratz*³⁵⁶, che rappresenta il primo caso di applicazione dello *statutory standard* di “*unfair methods of competition*” a specifiche pratiche commerciali, la Corte Suprema ribaltava la conclusione della Commissione che le pratiche commerciali in esame fossero scorrette, non limitandosi a determinare se ci fosse una *evidentiary basis* a supporto della conclusione dell'amministrazione ma concependo il proprio ruolo come

“to embrace the right to determine independently what the appropriate rule of law should be. Its approach was identical with that which it would possess were it reviewing a legal ruling by a lower court.” [...] “The words ‘unfair methods of competition,’” said Justice Mc- Reynolds, “are not defined by the statute and their exact meaning is in dispute. It is for the courts, not the commission, ultimately to determine as matter of law what they include”³⁵⁷.

Questa impostazione viene superata già negli anni '40. *Gray v. Powell* è un caso relativo all'interpretazione di una previsione del *Bituminous Coal Act* del 1937 da

³⁵¹ 314 U.S. 402 (1941).

³⁵² 322 U.S. 111 (1944).

³⁵³ 340 U.S. 504 (1951).

³⁵⁴ 330 U.S. 485 (1947).

³⁵⁵ Cfr. G. LAWSON, S. KAM, *Making Law Out of Nothing at All: The Origins of the Chevron Doctrine*, *cit.*, p. 28.

³⁵⁶ 253 U.S. 421 (1920).

³⁵⁷ Cfr. B. SCHWARTZ, *Mixed Questions of Law and Fact and the Administrative Procedure Act*, *cit.*, p. 75.

parte del *Director* della *Bituminous Coal Division* del *Department of the Interior*. La legge autorizzava l'agenzia a regolamentare pervasivamente l'industria del bitume e prescriveva l'imposizione di una tassa per *non-compliance* “*upon the sale or other disposal of bituminous coal produced within the United States, when sold or otherwise disposed of by the producer thereof*”. La legge definiva il “*disposal*” come comprensivo di “*consumption or use [...] by a producer, and any transfer of title by the producer other than by sale*”. Delineava tuttavia un'eccezione per il “*coal consumed by the producer or [...] coal transported by the producer to himself for consumption by him*”. Si esentava così dall'applicazione del *Code* (e della relativa tassa) il bitume che fosse consumato dal suo produttore. Mentre talune ipotesi ricadevano pacificamente nella “*producer/consumer exception*”³⁵⁸, il caso di *Seaboard* si rivelava dubbio.

Seaboard infatti affittava una miniera e ingaggiava un appaltatore per le operazioni di estrazione e di consegna. La fattispecie concreta non ricadeva pertanto nel “nucleo di certezza interpretativa” dell'enunciato, ma nel suo cerchio d'ombra. *Seaboard* chiedeva quindi al Direttore dell'agenzia di dichiarare l'applicabilità dell'esenzione alla sua fattispecie, ma la richiesta non veniva accolta.

Impugnando la decisione del Direttore, *Seaboard* sollevava due ordini di motivi: sosteneva in via principale di essere il produttore del carbone, come se avesse impiegato nella cava i propri dipendenti invece di un appaltatore esterno. Sottolineava in subordine che, anche se quale “produttore” del bitume fosse stato riconosciuto l'appaltatore esterno, il trasferimento nel possesso del carbone dall'appaltatore non sarebbe stato configurabile come “*sale or other disposal*” ai fini dell'applicazione della norma, perché la proprietà sarebbe rimasta sempre in capo a *Seaboard*. Veniva cioè in questione la rilevanza del “*title of transfer*” ai fini della determinazione della nozione di “*sale or other disposal*”.

³⁵⁸ “If it had bought coal on the open market from a mine, there is no doubt that such a transaction would have come within the statute and thus would have needed to comply with the code provisions in order to avoid the tax penalty. If it had owned its own mine, hired its own employees to mine coal, and then consumed the coal from its own mines, there is no doubt that it would have fallen within the statute's producer/consumer exception”. Cfr. G. LAWSON, S. KAM, *Making Law Out of Nothing at All: The Origins of the Chevron Doctrine*, cit., p. 19.

Su entrambe le questioni la Corte Suprema si pronuncia a favore dell'agenzia ma per motivi diversi “*and with very different accounts of the deference owed to agencies*”³⁵⁹.

Con riferimento al primo rilievo (se Seaboard ricadesse nell'alveo del concetto indeterminato di “produttore del bitume”) la Corte concludeva, dopo un'analisi dettagliata degli accordi contrattuali in essere, che se la separazione tra la fase di produzione e quella di consumo era netta nell'ipotesi in cui l'acquirente si approvvigionava da un soggetto privo di qualsiasi legame con esso - e non sussisteva, per converso, nel caso in cui il consumatore ricavasse il carbone in via di estrazione da una cava di sua proprietà servendosi dei propri dipendenti, si poneva tuttavia tra i due estremi una gamma di

innumerable variations that bring the arrangements closer to one pole or the other of the range between exemption and inclusion. To determine upon which side of the median line the particular instance falls calls for the expert, experienced judgment of those familiar with the industry. Unless we can say that a set of circumstances deemed by the Commission to bring them within the concept “producer” is so unrelated to the tasks entrusted by Congress to the Commission as in effect to deny a sensible exercise of judgment, it is the Court's duty to leave the Commission's judgment undisturbed.

La Corte pertanto finisce col sindacare la sola ragionevolezza della valutazione della Commissione, senza spingersi a verificarne la correttezza, concludendo col riconoscere totale deferenza all'agenzia.

Con riferimento alla seconda questione, che assumeva la natura di produttore dell'appaltatore indipendente, relativa alla circostanza se una “*sale or other disposal*” richiedesse o meno il “*transfer of title*”, la Corte conclude nello stesso senso dell'agenzia, senza riconoscerle tuttavia nessuna deferenza. Utilizza invece uno *standard* di sindacato in cui i commentatori riconoscono una “*strict de novo review*”. Perché il diverso trattamento? Nel passaggio dall'una all'altra questione si rileva un mutamento nell'analisi e nel tono³⁶⁰, che la dottrina spiega sulla base della natura della questione in considerazione. La seconda questione non richiede una *expertise* specifica di settore. Può essere esaminata da un legale in una torre d'avorio,

³⁵⁹ Ivi, p. 18.

³⁶⁰ Ivi, p. 19.

attraverso gli ordinari criteri di interpretazione:

special knowledge of the coal industry to answer. A law professor in an ivory tower who has never seen a lump of coal could apply ordinary tools of statutory interpretation (language, structure, legislative history, purpose, etc.) to figure out the best construction of the statute. The legal question involved is abstract, or pure, in the sense that it can be addressed in principle using nothing more than conventional tools of legal analysis³⁶¹.

Per contro, la prima questione

is not necessarily something that can be answered abstractly from an ivory tower. [...] [O]ne could also believe that the Act's failure to provide a definition of "producer" suggests a more calibrated inquiry, in which case "producer" status other than at the obvious poles (open-market purchases and ownemployee mining) may turn on subtleties in the particular arrangements between the mineowning consumer and the workers who mine the coal. In that circumstance, detailed knowledge of and expertise in the coal industry may well be essential to a reasoned determination of whether any particular entity is a "producer"³⁶².

Inteso in questo senso, *Gray v. Powell* definisce uno schema in cui la deferenza riconosciuta alle agenzie dipende in larga misura dalla natura dell'esercizio interpretativo in questione, come definito dalle caratteristiche del processo logico impiegato. Diventa scriminante cioè se l'esercizio richiesto all'"interprete" è induttivo piuttosto che deduttivo.

Instead of fixing the meaning of the statute and then asking whether Seaboard maps onto that meaning, one might instead define the statute precisely by a common-law-like process of inclusion and exclusion, based on detailed study of the specific facts governing Seaboard's transaction.

Questo genere di indagine si presenta come

law application – the application of legal terms to specific factual settings -- rather than law determination – the abstract ascertainment of statutory meaning -- to reflect its inductive character. And in that context it makes a measure of sense to give deference to the supposedly expert agency charged with the task of applying that particular statute. [...] Pure, abstract, "ivory tower" legal questions call for de novo review, while fact-bound, inductive, law application questions call for a good measure of deference³⁶³.

³⁶¹ Ivi, p. 21.

³⁶² *Ibidem*.

³⁶³ Ivi, p. 20.

In altri termini, il sindacato relativo alle “*mixed questions of law and fact*” (cioè le questioni di *law application*) è assimilato a quello relativo ai “*findings of pure fact*”, esercitato secondo il canone della “*substantial evidence rule*”³⁶⁴.

Lo schema sopra delineato ritorna in una serie di casi che precedono l’era *Chevron*.

Il caso *NLRB v. Hearst* originava da una determinazione del *National Labor Relations Board* nel senso che i “*newsboys*” – cioè gli strilloni con postazioni di vendita fisse – fossero “*employees*” ai fini dell’applicazione della disciplina della contrattazione obbligatoria previste dal *National Labor Relations Act* (noto anche come *Wagner Act*). La definizione di “*employee*” data allora stabiliva tautologicamente che fosse “*employee*” “*any employee.*” L’editore rifiutava di contrattare con il sindacato dei *newsboys* sostenendo che il *Wagner Act* si riferiva alla distinzione di common law tra *employees* e *independent contractors* e i *newsboys* dovessero essere ritenuti *independent contractors* proprio ai sensi dei principi di common-law generalmente riconosciuti.

La Corte Suprema sposa le conclusioni dell’agenzia, in due passaggi degni di distinta considerazione.

In un primo *step*, nega che la definizione di “*employee*” contenuta nel *Wagner Act* incorpori principi della *common law* ai fini della determinazione delle categorie di dipendenti che vi ricadono. Rispetto a questo primo aspetto, senza in alcun modo richiamare la posizione dell’agenzia, la Corte effettua una *de novo review*³⁶⁵.

³⁶⁴ “Under *Gray v. Powell*, the scope of review on these “mixed questions of law and fact” is assimilated to that on findings of pure fact. In both cases, review is limited by the substantial evidence rule—the court looks only to see that there is an evidentiary basis for the administrative finding. *Gray v. Powell* thus “accords to an administrative tribunal’s rationally supportable interpretation of the statute under which it operates the same binding force that the substantial evidence rule accords to the tribunal’s rationally supportable determinations of fact”. Così B. SCHWARTZ, *Mixed Questions of Law and Fact and the Administrative Procedure Act*, *cit.*, p. 78, che rileva come questo *standard* di revisione sia stato coerentemente seguito in una serie di casi e sembri “*established*”.

³⁶⁵ “After all, the question whether the word ‘employee’ in the *Wagner Act* is meant to incorporate pre-existing common-law standards for determining employee status is a classic pure, abstract, ‘ivory tower’ legal question. One can ask and answer it without knowing anything about the newspaper industry – and indeed without even knowing that there is a controversy involving the newspaper industry. One only needs traditional tools of statutory interpretation”. G. LAWSON, S. KAM, *op. cit.*, p. 23.

Rispetto al problema residuale, cioè se, nel silenzio della *common law* sull'interpretazione da dare al termine *employee* nel *Wagner Act*, gli strilloni in questione possano essere qualificati come *employee*, (e dunque se siano ricompresi in tale concetto giuridico indeterminato) rileva la Corte Suprema che

where the question is one of *specific application of a broad statutory term* in a proceeding in which the agency administering the statute must determine it initially, the reviewing court's function is limited [...] The Board's determination that specified persons are 'employees' under this Act is to be accepted if it has 'warrant in the record' and a reasonable basis in law.

La riconduzione degli “strilloni” al concetto indeterminato di “*employees*” ai sensi del *Wagner Act* – così come la riconduzione di *Seaboard* al concetto indeterminato di “*producer*” – rappresenta un “processo induttivo di inclusione e esclusione che si basa su un “*detailed understanding of factual settings*”³⁶⁶.

Si tratta cioè di un processo di “*law application rather than strict law determination, and that process plausibly warrants deference to the agency charged with administering the statute*”³⁶⁷.

Nello stesso solco si colloca *O'Leary v. Brown-Pacific-Maxon, Inc.* Un'impresa impegnata in lavori di costruzione per la Marina Militare sull'isola di Guam aveva messo a disposizione dei suoi dipendenti un centro ricreativo adiacente un canale così pericoloso che sussisteva un divieto di balneazione chiaramente segnalato. Dopo aver trascorso il pomeriggio al centro, un dipendente annegava nel canale nel tentativo di salvare due uomini in difficoltà.

Il *Longshoremen's and Harbor Workers' Compensation Act*, applicabile anche a tale soggetto in virtù del *Defense Bases Act*, autorizzava il riconoscimento di un'indennità in caso di decesso di un dipendente per “causa di servizio”.

Dietro *claim* della madre del dipendente deceduto, il *Deputy Commissioner* accertava come “fatto” che la sua morte dipendeva da causa di servizio e conseguentemente riconosceva un *death benefit* a favore della familiare. La Corte Distrettuale avallava

³⁶⁶ Ivi, p. 24.

³⁶⁷ *Ibidem*.

il riconoscimento del *benefit*. La Corte d'appello ribaltava la decisione sostenendo che

The lethal currents were not a part of the recreational facilities supplied by the employer and the swimming in them for the rescue of the unknown man was not recreation. It was an act entirely disconnected from any use for which the recreational camp was provided, and not in the course of Valak's employment.

La Corte Suprema rileva come l'interpretazione (del concetto giuridico indeterminato) di "causa di servizio" assunta dalla Corte d'appello risulta troppo restrittiva in quanto il riconoscimento di un'indennità in questo caso non è circoscritta alla concezione di *common law* del rapporto di impiego.

Si sofferma quindi sulla considerazione della questione come accertamento di fatto, come prospettata dal *Deputy Commissioner*:

The Deputy Commissioner treated the question whether the particular rescue attempt described by the evidence was one of the class covered by the Act as a question of "fact." Doing so only serves to illustrate once more the variety of ascertainments covered by the blanket term "fact." Here, of course, it does not connote a simple, external, physical event as to which there is conflicting testimony. The conclusion concerns a combination of happenings and the inferences drawn from them. In part, at least, the inferences presuppose applicable standards for assessing the simple, external facts³⁶⁸. Yet the standards are not so severable from the experience of industry nor of such a nature as to be peculiarly appropriate for independent judicial ascertainment as "questions of law."

In altri termini, la Corte riconosce la natura di "*mixed question of law and fact*" del problema in questione. Rileva come sia incontestata l'applicazione dell'APA alla *judicial review* di questi *findings of fact* e come lo *standard* applicabile sia quello discusso in *Universal Camera Corp. v. Labor Board*. Tale *standard*

is sufficiently described by saying that the findings are to be accepted unless they are unsupported by substantial evidence on the record considered as a whole.

³⁶⁸ 340 U.S. 508 (1951).

Invece di rinviare la questione alla corte d'appello, dopo aver riscontrato che essa ha applicato un principio di diritto sbagliato, la Corte rileva come in questo caso si ha di fronte uno

slim record and the relevant standard is not difficult to apply, and we think the litigation had better terminate now. Accordingly, we have ourselves examined the record to assess the sufficiency of the evidence. We are satisfied that the record supports the Deputy Commissioner's finding. The pertinent evidence was presented by the written statements of four persons and the testimony of one witness. It is, on the whole, consistent and credible. From it, the Deputy Commissioner could rationally infer that Valak acted reasonably in attempting the rescue, and that his death may fairly be attributable to the risks of the employment. We do not mean that the evidence compelled this inference; we do not suggest that, had the Deputy Commissioner decided against the claimant, a court would have been justified in disturbing his conclusion. We hold only that, on this record the decision of the District Court that the award should not be set aside should be sustained.

Nonostante sia precedente a *O'Leary v. Brown-Pacific-Maxon, Inc.*, la pronuncia *Packard Motor Car Co. v. NLRB*³⁶⁹ merita un esame di chiusura in quanto generalmente interpretata come “stecca nel coro” nella rosa che stiamo considerando. In *Packard* viene ancora una volta in discussione, *inter alia*, il significato da attribuirsi al termine “employee” nel *National Labor Relations Act*. I caporeparti (*foremen*) della società Packard avevano deciso di organizzarsi nel sindacato della “*Foremen's Association of America*”, che avrebbe rappresentato unicamente i dipendenti con mansioni di coordinamento e vigilanza. L’NLRB aveva riconosciuto che

all general foremen, foremen, assistant foremen, and special assignment men employed by the Company at its plants in Detroit, Michigan, constitute a unit appropriate for the purposes of collective bargaining within the meaning of section 9(b) of the Act

e la *Foremen's Association* era stata certificata quale rappresentanza ai fini dei negoziati sindacali. Packard sosteneva che i *foremen* non fossero *employees* a cui dovesse essere riconosciuta la protezione del *Labor Act* – in quanto emanazione dell’*employer* – e rifiutò di contrattare con il sindacato.

³⁶⁹ 330 U.S. 485 (1947).

La Corte sottolinea come il fatto che la definizione di “*employer*” includa chiunque agisca, direttamente o indirettamente, nell’interesse dell’*employer* non sia sufficiente a farne derivare che i caporeparti non abbiano il privilegio di organizzarsi, in quanto dipendenti, in rappresentanze sindacali, solo perché agiscono nell’interesse del datore di lavoro. È questo il punto su cui, fondamentalmente, la Corte è chiamata ad esprimersi: la sussistenza di un diritto per i *foremen* di organizzarsi in rappresentanze sindacali.

La Corte conclude nel senso dell’interpretazione data dall’agenzia, senza evocare in alcun modo il concetto di deferenza. La pronuncia viene percepita come incoerente rispetto allo schema *Grey-Hearst*, originando un’eccezione al *pattern* sopra delineato, indice della “*pre-Chevron confusion in the law of scope of review*”³⁷⁰.

Come spiegare la sua presenza senza scardinare il sistema? È l’obiettivo di diversi studiosi del fenomeno, le cui indagini tendono, con approcci variegati, a ricondurre ad unità il sistema *pre-Chevron*.

Secondo una dottrina, la questione all’attenzione della Corte Suprema in *Packard* atterrebbe al “*macromeaning*” della previsione, richiedendo “*reconciliation of key statutory terms concerning the fundamental, underlying goals and purposes of the Act*”³⁷¹. La decisione sarebbe, in altre parole, assimilabile alle prima delle due questioni esaminate dalla Corte in *Hearst*, quella relativa al rinvio da parte del *National Labor Relations Act* agli *standard* di *common law*. A corroborare questa lettura della sentenza, il rilievo che nella pronuncia viene *anche* in questione un

³⁷⁰ Cfr. J.H. REESE, *Bursting the Chevron Bubble: Clarifying the Scope of Judicial Review in Troubled Times*, in “*Fordham Law Review*”, 73, 2004, p. 1103 ss., in particolare p. 1122.

³⁷¹ “However, there is more to *Packard* than review of a Board decision simply defining the term ‘employee’. *Packard* required defining the term in the larger context of a potential conflict with the statutory term ‘employer’. The legislative language stated that ‘[t]he term ‘employee’ shall include any employee,’ and ‘[t]he term ‘employer’ includes any person acting as an agent of an employer, directly or indirectly.’ The question before the Court was whether the two terms ‘classify the operating group of industry into two classes; what is included in one group is excluded from the other.’ This was the dissenting viewpoint. Or, whether because foremen are also employees ‘[t]he context of the Act... leaves no room for a construction of this section [employer] to deny the organizational privilege to employees because they act in the interest of an employer.’ This was the majority viewpoint. Manifestly, to consider only the single term ‘employee’ in making this decision would be to attempt to answer half a question. Neither the majority nor the dissenters did so”. Ivi, p. 1123 s. L’autore rinvia a L.L. JAFFE, *Judicial Review: Question of Law*, in “*Harvard Law Review*”, 69, 1955, p. 239 ss., in particolare p. 263.

problema di *micromeaning*, opportunamente deferito alla “*informed discretion*” del *Board*: quello di determinare se, alla rappresentanza costituita dai capopartimenti, potesse essere riconosciuta capacità negoziale ai sensi del NLRA. Rispetto a questo profilo, la Corte sostiene che la decisione assunta dal *Board* sia valida in quanto *reasonable* e supportata da *evidence*.

In un passaggio dell’*opinion* relativo alla *micromeaning issue* la Corte rileva che

If we were obliged to depend upon administrative interpretation for light in finding the meaning of the statute, the inconsistency of the Board's decisions would leave us in the dark. But there are difficult questions of policy involved in these cases which, together with changes in Board membership, account for the contradictory views that characterize their history in the Board. Whatever special questions there are in determining the appropriate bargaining unit for foremen are for the Board, and the history of the issue in the Board shows the difficulty of the problem committed to its discretion. We are not at liberty to be governed by those policy considerations in deciding the naked question of law whether the Board is now, in this case, acting within the terms of the statute. It is also urged upon us most seriously that unionization of foremen is from many points bad industrial policy, that it puts the union foreman in the position of serving two masters, divides his loyalty and makes generally for bad relations between management and labor. However we might appraise the force of these arguments as a policy matter, we are not authorized to base decision of a question of law upon them. They concern the wisdom of the legislation; they cannot alter the meaning of otherwise plain provisions.

Il riferimento alla “*naked question of law*”, dato il contesto in cui è collocato, sarebbe segno del fatto che la Corte ammette di essersi occupata di una questione di *macromeaning*, riconoscendo invece di attenersi alle determinazioni del *Board* per quanto concerne il punto di *micromeaning*. Anche l’analisi della *dissenting opinion* porterebbe a concludere che il nocciolo del contrasto di *Packard* è dato dalle *policy questions* coinvolte nella decisione, mentre non si riscontrerebbe neppure una frase in cui si metta in discussione il potere delegato all’agenzia nella determinazione del *micromeaning* o la ragionevolezza della decisione a questo livello.

La giurisprudenza *pre-Chevron* potrebbe pertanto essere complessivamente ricostruita (e organicamente spiegata) sulla base della distinzione tra *macromeaning* e *micromeaning issues*, secondo la rielaborazione di un modello di allocazione del potere la cui paternità originaria sarebbe riconducibile ad un articolo di Nathanson

del 1950³⁷².

La dottrina che stiamo considerando, di preminente interesse ai fini di un'indagine relativa al sindacato giudiziale dei concetti giuridici indeterminati, dimostra poi attraverso un'indagine empirica che il modello di allocazione *micromeaning-macromeaning* sviluppato in *Grey-Hearst* è l'asse portante della giurisprudenza *pre-Chevron*, nonostante la terminologia utilizzata nelle varie pronunce e lo stile espositivo possano effettivamente, a tratti, indurre in confusione³⁷³.

Tale dottrina è tuttavia consapevole della complessità derivante dalla indisponibilità di “*clear-cut criteria*” per distinguere *macromeaning* e *micromeaning questions*.

On a spectrum between these two poles, it is a matter of degree, a question of predominance as to which type of question is presented. In many situations the distinction may be apparent, but in others it may be obscure. Therefore, reviewing courts may need to make use of other aids to arrive at a determination. [...] The task is similar to distinguishing between rulemaking and adjudication or distinguishing between legislative rules and interpretative rules—a matter of degree. Nevertheless, by whatever criteria they apply, the Justices do make the choice and join the coalition representing that choice³⁷⁴.

Rispetto alla presenza di *Packard*, fermo l'obiettivo di dare una coerenza a tutti i precedenti complessivamente considerati, altra dottrina rileva che, se la questione in considerazione fosse stata effettivamente una “*naked question of law*,” (leggasi una questione di *macromeaning*) la conclusione della “*no deference*” sarebbe la logica conseguenza dell'applicazione della dottrina *Grey-Hearst* e non si sarebbe gridato alla contraddizione.

³⁷² N.L. NATHANSON, *Administrative Discretion in the Interpretation of Statutes*, cit.

³⁷³ “*Differences in style or approach, and simplicity or complexity in an opinion should not be allowed to camouflage what, in fact, the Court has done*”. J.H. REESE, *op. cit.*, p. 1135.

³⁷⁴ Ivi, p. 1136, nota 237. Reese richiama pertanto ad alcuni indizi che possono guidare la scelta, rinviando a L.L. JAFFE, *Judicial Review: Question of Law*, cit., p. 261 ss., in particolare p. 276: “Professor Jaffe asserts that ‘clear statutory purpose’ should be the primary or basic criterion for purposes of allocating between the agency and the reviewing court primary authority to determine legal issues. *Id.* Even so, he believed there were additional considerations which determine its application. They are: (1) the degree to which the determination appears to depend on expertise, (2) the clarity with which a determination can be made to emerge and be given a stable form and content, (3) the importance of the determination in the statutory and administrative scheme (i.e., the clear purposes of the statute), (4) the possible psychological advantage of a judicial pronouncement, and (5) the role of the reviewing court as the guardian of the integrity of the legal system”.

Tuttavia,

that was not the issue. No one believed that a company could simply apply the label “foreman” to someone and thereby remove that person from the statute. The real question was whether persons with the responsibilities, duties, and status of the people labeled “foremen” in this particular case were “employees” within the statute. One could resolve even that issue as a “naked question of law” by saying, as the majority opinion at some points seemed to say, that anyone who draws a salary from the company is an “employee.” But that would have the intriguing consequence, as the dissenting opinion pointed out, of making corporate executives, including the president of the company, employees subject to the Wagner Act.

La tradizione che vede una contrapposizione tra *Packard* e *Hearst* si spiegherebbe cioè solo vedendo in *Packard*, nonostante tutto, un caso relativo alla “*law application*” piuttosto che alla “*law determination*”.

Come giustificare allora l'apparente eccezione senza deviare dal *pattern*? Come legittimare la deferenza all’“*inductive construction*” dell’agenzia rispetto al significato del termine “*employee*” in *Hearst*, ma non in *Packard*?

I sostenitori di questa seconda linea di pensiero, pur rimarcando la validità del criterio distintivo “*pure question of law*”-“*mixed question of law and facts*”, rilevano la sussistenza di una serie di “buone ragioni” per mettere in dubbio, nel caso specifico, l’applicazione della legge fatta dall’amministrazione, che giustificerebbero l’atteggiamento della Corte Suprema, come la circostanza che l’agenzia avesse cambiato più volte idea nel corso del tempo. Sarebbe quindi scriminante la sussistenza di indizi della necessità/inopportunità di riconoscere deferenza all’amministrazione nel caso concreto.

In altri termini, da *Grey*, *Hearst* (e *O’Leary*) si ricaverebbe una regola di deferenza presuntiva, operante di *default* a fronte di “*mixed questions of law and fact*”, in assenza di indici che depongano a favore della non applicazione. In presenza di tali indici, la deferenza non opererebbe³⁷⁵. *A contrario*, la non-deferenza presuntiva a

³⁷⁵ “Normally, a court would defer to an agency’s exercise of law application while reviewing de novo agency exercises of law determination, but if certain epistemologically relevant factors are present, those default rules could be altered. Under the right circumstances, agencies might fail to get deference in law application, as in *Packard*, or receive deference in pure law determination, as arguably happened much later in *FEC v. Democratic Senatorial Campaign Committee*”. G. LAWSON, S. KAM, *op. cit.*, p. 28.

fronte di una “*pure question of law*” (che implica l’applicazione di uno *standard di de novo review*) potrebbe venire ad essere disapplicata sempre in presenza di indici di tale necessità³⁷⁶.

Per corroborare l’ipotesi di lavoro, anche tale dottrina svolge un’indagine “empirica”, focalizzandosi sulle pronunce del *District of Columbia* nei due anni che precedono *Chevron* e riscontrando la presenza di un significativo numero di decisioni che riconoscono deferenza in relazione alle “*questions of law application*” o “*mixed questions of law and fact*”, in aderenza allo schema elaborato. Si tratta di fattispecie in cui si richiede il “*filling out the meaning of ambiguous statutory terms through case-by-case determinations on particular facts, which are precisely the kinds of questions that Gray, Hearst, and O’Leary presumptively entrusted to agencies*”³⁷⁷.

³⁷⁶ “Accordingly, we think that the best account of pre-Chevron law is that it required reviewing courts to conduct roughly the following inquiry:

(1) Does the agency administer the statutory provision at issue? If not, then the agency gets, at most, epistemological deference pursuant to *Skidmore v. Swift* if warranted by all of the facts and circumstances. If yes, then . . .

(2) Is the agency’s legal interpretation a pure, abstract, “ivory tower” legal question that can be asked and answered without knowing anything about the particular dispute before the agency? If no, then the agency presumptively gets a strong measure of deference, tantamount to reasonableness review, unless a constellation of factors counsels against it. If yes, then the court presumptively reviews the matter *de novo*, against subject to a constellation of factors that might counsel against it.

(3) Also, if Congress has expressly entrusted the law-determination function to the agency, then courts must honor the congressional allocation of authority and give the agency’s decision great deference regardless of the classification of the legal question involved”. Lawson e Kam distinguono tra “deferenza epistemologica” e “deferenza giuridica”, *ivi*, p. 13: “There can be very different reasons for affording deference (in any particular degree) to agency decisions - or indeed to any kind of decisions. Sometimes, one might defer to the views of another because one thinks that the other’s decision is good evidence of the right answer. That is, one sets out with the express goal of determining the correct answer to a problem but concludes along the way that someone else is better situated than you to resolve all or some portion of that problem. For lack of a better term, we call this kind of evidence-based deference epistemological deference. On other occasions, however, one might give deference to another’s decision simply because it is their decision, without regard to whether it is good or bad evidence of the right answer. Consider the treatment of jury verdicts. Jury decisions get deference - and in the case of acquittals in criminal cases absolute deference - simply because they are jury decisions, with no case-by-case assessment of whether any particular jury was likely to have gotten the right answer. Again for lack of a better term, we call this kind of deference that is based simply on the identity of the prior decision-maker legal deference”. *Ivi*, p. 13.

³⁷⁷ “These cases involved such matters as whether promulgation of work performance standards were management prerogatives under the federal labor laws, whether commercial paper – specifically ‘prime quality commercial paper, of maturity less than nine months, sold

Lo schema non esclude che la *deference* possa rivelarsi appropriata anche con riferimento a “*pure questions of law*” “*if the statute clearly or expressly allocated authority to make those determinations to the agency*”³⁷⁸.

La natura della questione non è di norma considerata esplicitamente nella decisione, ma la corte si comporta come se l'indagine ne richieda effettivamente l'identificazione.

The decisions generally did not speak openly about whether they were addressing pure questions of law or questions of law application, nor did they distinguish in any meaningful fashion legal deference from epistemological deference. But the cases corresponded reasonably well to a framework that would put those concepts front and center. Put another way, the courts behaved as though the relevant inquiry required identification of the kind of legal question at issue. Indeed, the pattern is strong enough to make what followed even more remarkable than it might seem at first glance³⁷⁹.

Occorre quindi chiedersi come si pongano *Chevron* e la giurisprudenza successiva nell'ambito di questo dibattito.

Rispetto alla nostra analisi, relativa all'applicazione dei concetti giuridici indeterminati, la cornice che abbiamo esaminato nei paragrafi che precedono non dovrebbe subire significativi mutamenti. L'intervento di *Chevron* non dovrebbe cioè spostare i termini del problema, laddove si assuma che *Chevron* viene ad incidere sul trattamento di “*pure or abstract legal questions*”

because those are the cases in which the Chevron framework might make a difference. Agency decisions involving mixed or lawapplying questions would be presumptively entitled to deference under pre-Chevron law, and no one has ever suggested that Chevron to be construed to lower the amount of deference agencies would receive in that context³⁸⁰.

L'assunto che *Chevron* intervenga sulle *pure question of law* non è tuttavia pacifico.

in denominations of over \$100,000 to financially sophisticated customers rather than to the general public’ – are ‘securities,’ whether a rail carrier has an ‘interest’ in a water carrier if the stock is held in a voting trust, whether treating classes of utility customers differently results in “discriminatory” rates, whether a certain job was ‘temporary,’ and whether a certain facility counted as a ‘mine.’” Ivi, p. 35.

³⁷⁸ Ivi, p. 34.

³⁷⁹ Ivi, p. 38.

³⁸⁰ Cfr. Ivi, p. 42.

Non può quindi escludersi che *Chevron* modifichi l'assetto della questione che stiamo considerando. Dobbiamo interrogarci sulle sorti della distinzione tra *pure question of law* e *mixed question of law and facts* nella giurisprudenza successiva a *Chevron*. Tale distinzione, che per un certo periodo non viene più evocata nella giurisprudenza, è riesumata nel 1987 in *Immigration and Naturalization Service v. Cardoza-Fonseca*³⁸¹. Vi si discute se lo *standard* di prova per riconoscere accesso allo *status* di rifugiato, che richiedeva la sussistenza di una “*well-founded fear of persecution*” fosse lo stesso *standard* che governava il diritto a non essere rimpatriato ai sensi dell'*Immigration and Nationality Act* (laddove veniva in considerazione ai fini della determinazione se il rischio di persecuzione fosse “*more likely than not*”). Il Governo sosteneva che i due *standard* si equivalessero, mentre Cardoza-Fonseca sosteneva potesse sussistere una “*wellfounded fear of persecution*” anche nel caso in cui il rischio di persecuzione non fosse “*more likely than not*”. Si trattava pertanto, per la Corte, di definire una questione di diritto pura: determinare cioè se l'interpretazione di due *standard* previsti in due legislazioni diverse coincidesse.

Nel concludere che l'interpretazione dell'agenzia a favore dell'equivalenza dei due *standard* era preclusa dal testo legislativo, l'opinione di maggioranza del giudice Steven rileva che

the narrow legal question whether the two standards are the same is, of course, quite different from the question of interpretation that arises in each case in which the agency is required to apply either or both standards to a particular set of facts.

Il giudice Stevens richiama cioè la distinzione tra “*pure question of law*” and “*application of law*”:

There is obviously some ambiguity in a term like “*well-founded fear*” which can only be given concrete meaning through a process of case-by-case adjudication. In that process of filling ‘any gap left, implicitly or explicitly, by Congress,’ the courts must respect the interpretation of the agency to which Congress has delegated the responsibility for administering the statutory

³⁸¹ 480 U.S. 421 (1987).

program. See *Chevron*, supra, at 843, 104 S.Ct., at 2781–2782, quoting *Morton v. Ruiz*, 415 U.S. 199, 231, 94 S.Ct. 1055, 1072, 39 L.Ed.2d 270 (1974).

Il giudice Stevens ricollega quindi *Chevron* all'applicazione del concetto (diremmo "giuridico indeterminato") di "*well-founded fear*", sottolineando come il compito dei giudici in *Cardoza-Fonseca* fosse invece

much narrower, and is well within the province of the judiciary. We do not attempt to set forth a detailed description of how the "well-founded fear" test should be applied. Instead, we merely hold that the Immigration Judge and the BIA were incorrect in holding that the two standards are identical.

La natura più circoscritta del problema discende dal fatto che non si tratta di dare delle risposte concrete in merito all'applicazione del concetto, ma di definire in astratto se sia corretto o meno considerare identici i due *standard*. Il giudice Stevens sottolinea, in un ulteriore passaggio, che *Chevron* (di cui lui stesso aveva scritto l'opinione di maggioranza) è il precipitato di *settled case-law* (come a dire, niente di nuovo) e, così facendo, sposa di fatto la prospettiva di parte che vedeva nel precedente *Chevron* la risoluzione di una questione di mera applicazione del diritto. La *concurring opinion* del giudice Scalia rivela come la percezione della portata di *Chevron* possa essere molto diversa. Il giudice scrive appositamente *a latere* della *opinion* solo al fine di precisare che la Corte ha frainteso *Chevron*.

The Court [...] implies that courts may substitute their interpretation of a statute for that of an agency whenever they face "a pure question of statutory construction for the courts to decide," rather than a "question of interpretation [in which] the agency is required to apply [a legal standard] to a particular set of facts." No support is adduced for this proposition, which is contradicted by the case the Court purports to be interpreting, since in *Chevron* the Court deferred to the Environmental Protection Agency's abstract interpretation of the phrase "stationary source." In my view, the Court badly misinterprets *Chevron*.

Intende cioè sottolineare che *Chevron* si applica correttamente alle "*pure question of law*". E in ciò consiste la sua "rivoluzione".

La *querelle* è di nuovo in scena in occasione del caso *NLRB v. United Food &*

*Commercial Workers Union, Local 23, AFLCIO*³⁸², in cui la Corte Suprema riconosce deferenza ad una decisione dell’NLRB in relazione ad una questione inquadrabile come di mera interpretazione del diritto. Nella sua *concurring opinion* (cui aderiscono i giudici Rehnquist, White, and O’Connor) il giudice Scalia tiene a puntualizzare che

our decision demonstrates the continuing and unchanged vitality of the test for judicial review of agency determinations of law set forth in *Chevron* Some courts have mistakenly concluded otherwise, on the basis of dicta in *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 446–448, 107 S.Ct. 1207, 1221–1222, 94 L.Ed.2d 434 (1987). [...]. If the dicta of *Cardoza-Fonseca*, as opposed to its expressed adherence to *Chevron*, were to be applied here, surely the question whether dismissal of complaints requires board approval and thus qualifies for judicial review . . . would be “a pure question of statutory construction” rather than the application of a “standar[d] to a particular set of facts,” as to which “the courts must respect the interpretation of the agency,” 480 U.S., at 446, 448, 107 S.Ct., at 1221.

Were we to follow those dicta, therefore, we would be deciding this issue conclusively and authoritatively, rather than merely “decid[ing] whether the agency’s regulatory placement is permissible.” The same would be true, moreover, of the many other decisions alluded to by the court in which “we have traditionally accorded the board deference with regard to its interpretation of the NLRA.” Those cases, and this, are decided correctly only because “the statute is silent or ambiguous” with respect to an issue relevant to the agency’s administration of the law committed to its charge—which is the test for deference set forth in *Chevron*.

Dopo *United Foods*, mentre la rivoluzione *Chevron* domina le corti inferiori³⁸³, la dicotomia *law-determination/law-application* scompare per essere nuovamente riesumata dal giudice Stevens nel 2009 nella sua *concurring/dissenting opinion* (Breyer *joining*) nel caso *Negusie v. Holder, Attorney General*³⁸⁴. Il giudice Stevens richiama la propria *opinion* in *Cardoza-Fonseca* e un altro precedente del 1999³⁸⁵, sottolineando come anche in quest’ultimo caso

the Court encountered just the type of agency decision *Cardoza-Fonseca* indicated would warrant *Chevron* deference. The BIA had denied withholding of deportation because it found that the respondent had “committed a serious

³⁸² *NLRB v. Food & Commercial Workers*, 484 U.S. 112 (1987).

³⁸³ Cfr. G. LAWSON, S. KAM, *op. cit.*, p. 95.

³⁸⁴ 555 U.S. 511 (2009).

³⁸⁵ *INS v. Aguirre-Aguirre*, 526 U.S. 415 (1999).

nonpolitical crime” before he entered the United States, 8 U.S.C. §1253(h)(2)(C) (1994 ed.). The Court of Appeals reversed the agency’s decision and required it to supplement its balancing test with specific additional factors (such as whether the respondent’s acts were grossly out of proportion to their objective and whether the acts were politically necessary and successful).

We reversed the Court of Appeals, concluding that Chevron deference should be accorded to the BIA “as it gives ambiguous statutory terms ‘concrete meaning through a process of case-by-case adjudication.’” 526 U. S., at 425 (quoting Cardoza-Fonseca, 480 U. S., at 448). The BIA’s formulation of a test to apply the statutory standard in individual cases and its application of that test in respondent’s case were precisely the sort of agency actions that merited judicial deference.

Insiste il giudice Stevens nel voler vedere in *Chevron* solo una declinazione del principio di deferenza alle agenzie su questioni di applicazione della legge e non di pura interpretazione. Sottolinea però che si tratta di una questione di principio, che discende dalla complementarietà del ruolo che le corti e l’amministrazione devono giocare ai fini dell’interpretazione.

In the 25 years since *Chevron* was decided, this Court has continued to recognize that courts and agencies play complementary roles in the project of statutory interpretation. We have repeatedly held that “ambiguities in statutes within an agency’s jurisdiction to administer are delegations of authority to the agency to fill the statutory gap in reasonable fashion.” *National Cable & Telecommunications Assn. v. Brand X Internet Services*, 545 U. S. 967, 980 (2005). But even when confronted with a statute that involves a degree of ambiguity—as most statutes do—we have not abdicated our judicial role. The fact that Congress has left a gap for the agency to fill means that courts should defer to the agency’s reasonable gap-filling decisions, not that courts should cease to mark the bounds of delegated agency choice.

In cases involving agency adjudication, we have sometimes described the court’s role as deciding pure questions of statutory construction and the agency’s role as applying law to fact. [...] While this phrasing is peculiar to the adjudicatory context, the principle applies to *Chevron*’s domain more broadly. In the context of agency rulemaking, for instance, we might distinguish between pure questions of statutory interpretation and policymaking, or between central legal issues and interstitial questions. [...] The label is immaterial. What matters is the principle: Certain aspects of statutory interpretation remain within the purview of the courts, even when the statute is not entirely clear, while others are properly understood as delegated by Congress to an expert and accountable administrative body. Statutory language may thus admit of both judicial construction and agency exposition.

Posto in altri termini, Stevens e Breyer da un lato e Scalia dall’altro non concordano sullo “*Chevron step-zero*”.

Questo disaccordo, secondo alcuni, potrebbe essere in realtà spiegato proprio ragionando in termini di riconoscere o meno ancora rilevanza della distinzione tra *question of law* e *mixed question of law and fact*³⁸⁶.

Secondo quanto suggerito, in particolare, Breyer e Stevens riconoscerebbero la necessità di rimettere sempre alla Corte le *question of law* (senza alcun riferimento al *two-step test*) e circoscriverebbero l'applicabilità di *Chevron* alle sole *mixed question of law and fact* (etichettate come "*policy judgements*" per ricomprendere sia le ipotesi di *adjudication* che di *rulemaking*³⁸⁷), con applicazione di una misura di deferenza sostanziale solo se l'analisi condotta nei diversi *step* (assoluta ambiguità della norma, ragionevolezza dell'operazione applicativa) depone in questo senso.

With policy judgments, the court has to decide whether to apply the Chevron two-step at all (i.e., Chevron step zero). To do this, they have to go through the multi-factored analysis described supra and evaluate whether the legislature meant for the agency to speak with the force of law. If the legislature intended for the agency to so speak, then courts may apply the Chevron twostep and ask whether the legislature left unanswered the question at hand. It is only after going through all these steps that courts should defer to the agency's application of the law to the facts, i.e., to the agency's policy judgment³⁸⁸.

Scalia invece percepisce *Chevron* come sostitutivo di tutto ciò che lo ha preceduto, con conseguente obsolescenza della dicotomia *questions of law* e "*mixed questions*"³⁸⁹.

Chevron si pone come una

across-the-board presumption, which operates as a background rule of law

³⁸⁶ Cfr. N.C. STEWART, *Bridging the Divide: Finding Common Ground on the Modern Chevron Debate*, in *The Selected Works of Nicholas C Stewart*, disponibile all'indirizzo http://works.bepress.com/nicholas_stewart/2, che rinvia a R.M. LEVIN, *Identifying Questions of Law in Administrative Law*, in "Georgetown Law Journal", 74, 1985-1986, p. 1 ss.

³⁸⁷ Cfr. N.C. STEWART, *op. cit.* p. 16. L'espressione "*policy judgements*" in luogo di "*mixed questions of law and fact*" deriverebbe dal fatto che "*in an agency adjudication, a court will try to identify mixed questions by asking if the question involves the application of the law to a particular set of facts. In a rulemaking, there are no hard facts per se but rather 'so-called legislative facts'*".

³⁸⁸ Ivi, p. 11.

³⁸⁹ Nella stessa direzione di Scalia S.A. SHAPIRO, R.E. LEVY, *Judicial Incentives and Indeterminacy in Substantive Review of Administrative Decisions*, in "Duke Law Journal", 44, 1995, p. 1051 ss., in particolare p. 1080: "*Chevron replaced the Hearst/Packard distinction with a distinction between clear and ambiguous statutes*".

against which Congress legislates. Ambiguity means Congress intended agency discretion. Any resolution of the ambiguity by the administering agency that is authoritative – that represents the official position of the agency – must be accepted by the courts if it is reasonable³⁹⁰.

Non può tuttavia non rilevarsi come i confini delineati tra le *pure question of law* e le *mixed question of law of fact* non siano universalmente convisi e come i commentatori arrivino a conclusioni opposte sulla qualificazione delle stesse fattispecie. È ancora una volta, quindi, un problema di categorie.

Sembra, peraltro, a chi scrive, che sia una forzatura assimilare astrattamente l'interpretazione di una norma ambigua, ufficialmente resa nell'esercizio di un potere di *rule-making*, alla riconduzione di una fattispecie concreta ad una fattispecie astratta qualificata, nella definizione dei presupposti di un potere di *adjudication*, dal ricorso ad un concetto giuridico indeterminato (sola situazione, quest'ultima, in cui sembra si debba riscontrare effettivamente un problema di *applicazione* della legge), seppure i due problemi possano potenzialmente intrecciarsi in singole vicende.

Infatti, se la legittimazione dell'agenzia ad interpretare in maniera vincolante la norma ambigua contenuta nella legislazione che le affida il potere di *rule-making* può essere più facilmente giustificata proprio in virtù della pre-sussistenza di tale potere (il quale, una volta dato, ricomprenderebbe anche il potere di dare “forza di *rule*” ad un'interpretazione comunque ontologicamente riconnessa all'esercizio di quel potere), lo stesso ragionamento non può applicarsi al caso in cui l'operazione di interpretazione (più correttamente qualificata come di *applicazione* della norma ambigua) concerna l'esistenza di un presupposto di fatto per l'esercizio di un potere. La *mixed question of law and fact* rappresenterebbe infatti in questo caso un problema di “*jurisdictional fact*”³⁹¹: se il fatto adeguatamente accertato non è

³⁹⁰ L'approccio di Scalia ha delle conseguenze sul trattamento delle *pure questions of law* che siano disciplinate da un *ambiguous statute*. In questi casi Scalia riconoscerebbe deferenza all'agenzia ai sensi dello *step-two*. Questo sembra contraddire la lettera dell'APA. Si veda la *dissenting opinion* di Scalia in *Mead*, 533 U.S. 218 (2001).

³⁹¹ “The finding at issue in *Gray v. Powell*, for example, is not only a mixed finding of ‘law’ and ‘fact’, but is also a finding of ‘jurisdictional fact’ in the sense that its existence is a condition precedent to the lawful exercise of the administrative authority.

The administrative power to act in that case was dependent upon the finding that the respondent was not a ‘producer-consumer,’ for the enabling Act was not operative in the absence of such a finding. To apply the doctrine of limited review to such cases would seem

sussumibile nella norma correttamente interpretata, il potere non sussiste, pertanto l'interpretazione/applicazione condiziona l'esistenza stessa del potere dell'amministrazione. In altri termini, se nel primo caso il potere di interpretare in maniera vincolante la legislazione ambigua che contiene la norma di conferimento del potere di *rule-making* deriva proprio da tale potere, il fondamento teorico del potere di interpretare/applicare in maniera vincolante il concetto giuridico indeterminato che definisca un presupposto di fatto per l'esercizio del potere nel secondo dei gruppi di casi considerati deve essere ricercato *aliunde*. Questa considerazione escluderebbe la possibilità di applicare *de plano* il *rationale* della dottrina *Chevron* alle ipotesi di applicazione di concetti giuridici indeterminati, in quanto l'esercizio di risoluzione dell'ambiguità cui l'amministrazione è tenuta nei due gruppi di casi è concettualmente diverso. A ben vedere, infatti, l'interpretazione di un "concetto giuridico indeterminato" resa dall'amministrazione nell'esercizio del potere di *rule-making* non fa altro che allargare, in positivo e in via definitiva, la circonferenza del *Begriffskern*. L'applicazione, nel caso concreto, del concetto giuridico indeterminato che definisce il presupposto di un potere ha invece l'effetto di sciogliere incidentalmente l'interrogativo relativo alla rilevanza, ai fini dell'applicazione della norma, di una determinata ipotesi ricompresa nel *Begriffshof* e tale rilevanza è determinata, nel caso concreto, con riferimento alle risultanze di fatto (è quindi *fact-driven o fact-intensive*). Diverso il caso in cui, in un ribaltamento di prospettiva, il riconoscimento, nel caso singolo, a favore dell'amministrazione, di una riserva nella valutazione di un concetto giuridico indeterminato che definisce i presupposti per l'esercizio di un potere porti con sé, quale corollario, il riconoscimento di un potere di emanare norme interpretative generali e astratte con riferimento a quel concetto³⁹².

Cosa ricaviamo, ai fini della nostra indagine, dalle riflessioni che precedono?

to run counter to the general policy of Anglo-American law against allowing inferior tribunals finally to determine the limits of their own jurisdiction". B. SCHWARTZ, *Mixed Questions of Law and Fact and the Administrative Procedure Act*, cit., p. 80.

³⁹² Questo è il senso cui sembra alludere la dottrina tedesca quando sottolinea che lo *Standardisierungsspielraum* si allaccia ad un *Beurteilungsspielraum*. Sullo *Standardisierungsspielraum* cfr. Capitolo I, nota 184.

In un confronto comparatistico tra modelli relativamente al problema del sindacato relativo all'applicazione dei concetti giuridici indeterminati, il riferimento statunitense non è (*rectius*, non è detto che sia) *Chevron*: sarà *Chevron* nella misura in cui prevalga l'approccio Stevenson-Breyer, che vede la relativa dottrina venire in causa solo relativamente alle ipotesi di “*law- application*” (altrimenti dette “*mixed questions of law and fact*” o “*micromeaning questions*”, se vogliamo adottare la proposta linguistica di Reese, le cui elaborazioni appaiono comunque in linea con la posizione del giudice *Stevenson*). Sarà *Chevron* anche aderendo all'impostazione di Scalia, secondo la quale ciò che rileva è l'ambiguità del testo legislativo, sia che venga in considerazione nella sua astrattezza sia che venga in considerazione nella concretezza della sua applicazione: la declinazione del concetto giuridico indeterminato operata dall'agenzia riceverà così deferenza da parte della Corte proprio in virtù della originaria indeterminatezza dell'enunciato normativo, se accertata come tale e se il risultato si presenti agli occhi della corte come *reasonable*, dunque attendibile.

Ove invece prevalga impostazione di Lawson, che sembra particolarmente convincente, il nostro riferimento sarà *Hearst*, con la mitigazione che discende da *Packard*, con conseguente operatività di una deferenza “di *default*” a fronte di tutte le ipotesi di applicazione di concetti giuridici indeterminati, a meno che non si riscontrino indici che depongano contro l'operatività di tale regola³⁹³.

Al quadro sopra delineato si aggiunge un ulteriore elemento di complicazione, già considerato in apertura della nostra analisi.

³⁹³ In questo senso sembrano deporre taluni precedenti di circuito, richiamati da Stewart, in cui alla considerazione che *Chevron* è inapplicabile fa seguito il ricorso allo *standard* della *substantial evidence*. Si tratta di *America Online, Inc. v. AT&T Corp.*, 243 F.3d 812, 817 (4th Cir. 2001): l'“argument that courts should defer to an agency decision, therefore, would not appear to be governed by *Chevron*, which relates to statutory interpretation, but rather by principles governing administrative adjudications of mixed questions of law and fact”; *Khan v. Holder*, 584 F.3d 773, 776 (9th Cir. 2009) (“*We apply Chevron deference to the Attorney General's interpretations of ambiguous immigration statutes, but need not defer if the statute is unambiguous. We review agency factual findings and determinations of mixed questions of law and fact for substantial evidence*”); *Natural Res. Def. Council, Inc. v. Herrington*, 768 F.2d 1355, 1369 (D.C. Cir. 1985), in cui la corte sottolinea si applica “*the 'substantial evidence standard,' as opposed to Chevron, to the review of the policy judgments made by the Secretary, including those predictive and difficult judgment calls the Secretary is called upon to make*”). Cfr. N.C. STEWART, *op. cit.* p. 18, nota 41.

A fronte dell'indeterminatezza di un enunciato giuridico, l'attività di interpretazione/applicazione di quell'enunciato posta in essere dall'agenzia non può sempre essere intesa come mera attività di interpretazione, neppure oltreoceano.

The task of giving meaning to an empty shell of a statute is a legislative rather than a legal or interpretative task. If an agency, for example, administers a statute that instructs the agency to award licenses for the "public interest, convenience, or necessity," all agency actions under that statute are, at least as a formal matter, "interpretations" of the statute, but in reality the agency is constructing rather than construing the law through its actions. The statute empowers the agency but does not even purport to constrain it in any serious way³⁹⁴.

Ciò che appare come attività di interpretazione potrebbe celare invece l'esercizio di un potere discrezionale. Lo *standard* di *review* previsto dalla "*hard look doctrine*" in relazione all'esercizio di tale potere, focalizzato sul processo logico che ha condotto l'agenzia all'adozione della decisione e sulla necessità di una considerazione di tutti i fattori rilevanti, differisce da una

substantive review that focuses on whether the agency's outcomes meet some criteria of fit with external sources, such as the record in the case of agency fact-finding or statutes in the case of agency law-finding³⁹⁵.

Sfortunatamente, la linea tra *agency policymaking* e *agency law-finding* è sottile e l'attaggiarsi della corte potrebbe non tenere adeguatamente conto delle sfumature.

But because the form of the agency's action is "interpretation" of a statute, a reviewing court might well cast its analysis in terms of reviewing an agency's statutory construction, when in fact the court is (or should be) reviewing the agency's exercise of policy-making discretion³⁹⁶.

³⁹⁴ G. LAWSON, S. KAM, *op. cit.*, p. 16.

³⁹⁵ Ivi, p. 15. Per una proposta di allineamento tra i principi della "*hard look*" e quelli di *Chevron*, M. SEIDENFELD, *A Syncopated Chevron: Emphasizing Reasoned Decisionmaking, in Reviewing Agency Interpretations of Statutes*, in "Texas Law Review", 73, 1994, p. 83 ss.

³⁹⁶ G. LAWSON, S. KAM, *op. cit.*, p. 17.

7. La tesi dell'equivalenza funzionale tra modello tedesco e modello statunitense. Rilievi conclusivi

In un articolo apparso sul "German Law Journal" nel 2009, che ha costituito fonte iniziale di ispirazione della presente indagine, un giovane ricercatore tedesco illustra il problema dello *scope* della *judicial review* in Germania e negli Stati Uniti nell'ambito della regolazione del mercato, postulando che il *test Chevron* abbia una equivalenza funzionale alla *normative Ermächtigungslehre* tedesca³⁹⁷.

Per quanto concerne lo *step-one* di *Chevron* Jan Oster si sofferma in particolare sul passaggio dall'intenzionalismo al testualismo: il primo avallato da giudici quali Stevens, che considerano la storia legislativa come fonte dell'interpretazione, il secondo da giudici quali Scalia o Thomas, che pur investigando l'intenzione del legislatore non si avvalgono a questo fine della storia legislativa, enfatizzando principalmente l'indagine dedicata a comprendere se il linguaggio utilizzato dal legislatore sia chiaro o meno (*new textualism* o *plain meaning rule*)³⁹⁸. Oster sottolinea come sia proprio il nuovo "*textual understanding*" di *Chevron* a corrispondere alla *normative Ermächtigungslehre*³⁹⁹.

In una monografia apparsa successivamente⁴⁰⁰ il medesimo autore ribadisce la tesi dell'equivalenza funzionale, spiegando tuttavia come la *normative Ermächtigungslehre* richieda una decisione in positivo del legislatore nel senso di attribuire uno spazio decisionale all'amministrazione, mentre *Chevron* si basa sul presupposto che l'interpretazione di previsioni suscettibili di significati non univoci sia questione di *policy*, pertanto da riservarsi all'amministrazione: la *Beurteilungsermächtigung* si riscontrerebbe pertanto, in negativo, nella decisione del legislatore di non disciplinare in maniera conclusiva la questione in considerazione⁴⁰¹.

³⁹⁷ J.S. OSTER, *The Scope of Judicial Review in the German and U.S. Administrative Legal Systems*, in "German Law Journal", 9, 2008, p. 1267 ss.

³⁹⁸ Ivi, p. 1283.

³⁹⁹ Ivi, p. 1284.

⁴⁰⁰ J.S. OSTER, *Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht*, Baden-Baden, 2010.

⁴⁰¹ Ivi, p. 103.

Oster rileva che quando il Congresso, in qualità di *primary law-making institution*, non decide specificamente una questione, ma delega all'agenzia il potere di agire con la “*force of law*”, può assumersi sia stato delegato all'agenzia anche il potere interpretativo. La logica sottesa alla teoria della delegazione implicita è simile, secondo Oster, ai fondamenti costituzionali della *normative Ermächtigungslehre*⁴⁰².

Oster ritiene che una *comparative legal investigation* postuli l'equivalenza funzionale tanto della questione fattuale quanto della soluzione giuridica proposta. In *Chevron* identifica lo *standard* applicabile negli Stati Uniti nella determinazione relativa al se le corti debbano riconoscere deferenza all'interpretazione dell'agenzia, laddove la *normative Ermächtigungslehre* rappresenterebbe lo *standard* applicabile in Germania per stabilire se i tribunali debbano riconoscere una deferenza all'interpretazione data dall'amministrazione⁴⁰³.

Si può cogliere tuttavia una prima differenza tra lo *Chevron step-one* e la ricorrenza di un concetto giuridico indeterminato, perché il primo *test* richiede uno sforzo interpretativo al fine di stabilire se la norma è o meno ambigua, laddove per contrasto “*the indefinite legal term is relatively easy to elaborate on*”⁴⁰⁴. D'altra parte, in Germania si richiede, oltre alla sussistenza di un concetto giuridico indeterminato, un'autorizzazione implicita o esplicita all'interpretazione (vincolante) del concetto. Ciò configurerebbe una sorta di *German step-two*. Questa differenza tra le due dottrine sarebbe tuttavia marginale, perché molti dei requisiti da cui in Germania si ricava la sussistenza di un'autorizzazione nel senso descritto (“*agency expertise or the procedure*”) rileverebbero, in ottica *Chevron*, ai sensi dello *Chevron step-one*⁴⁰⁵. Sono inoltre rilevate diverse similarità fra le due dottrine: entrambe faciliterebbero l'evoluzione dell'interpretazione dell'agenzia, entrambe costituirebbero una reazione al crescente potere dell'amministrazione, senza esserne pertanto una causa. In entrambi i casi (non è esplicitato, ma è sottinteso) a fronte di un enunciato ambiguo o

⁴⁰² J.S. OSTER, *The Scope of Judicial Review in the German and U.S. Administrative Legal Systems*, cit., p. 1289 s.

⁴⁰³ Ivi, p. 1285.

⁴⁰⁴ Ivi, p. 1284.

⁴⁰⁵ Ivi, p. 1295.

indeterminato del legislatore, non sussisterebbe un'unica interpretazione, quanto piuttosto uno spettro di soluzioni possibili⁴⁰⁶.

Nonostante la postulata equivalenza funzionale Oster conclude nel senso che una trasposizione di *Chevron* in Germania “*would shift the balance of powers towards the executive*”⁴⁰⁷.

Alla luce delle considerazioni svolte nel primo capitolo a proposito del sistema tedesco, guidate dall'esame dei casi concreti, sembra tuttavia che manchino gli estremi per riscontrare tale equivalenza. Infatti, oltre alle asimmetrie rilevate da Oster, che non paiono così marginali come prospettate dall'autore, da un lato, come si è visto, *Chevron* aprirebbe al riconoscimento di una sorta di riserva in capo all'amministrazione in relazione (esclusivamente o inclusivamente) all'attività di interpretazione della norma ambigua, laddove il riconoscimento di uno spazio di valutazione secondo i dettami della *normative Ermächtigungslehre* individua una riserva a valere sulla sola operazione sussuntiva (e mai relativa alla fase di interpretazione, almeno secondo quanti – i più – riescono a distinguere concettualmente i due momenti).

In secondo luogo, *Chevron* si applica a qualsiasi ambiguità del testo legislativo e non solo all'ipotesi in cui l'indeterminatezza contraddistingua l'enunciato relativo alla descrizione delle circostanze di fatto che condizionano l'esercizio del potere. Avrebbe quindi una portata più ampia di quella della *normative Ermächtigungslehre*. Non ultimo, non è escluso che in realtà l'operazione di apprezzamento delle circostanze di fatto descritte dalla norma in modo indeterminato configuri l'esercizio di un potere discrezionale, che negli Stati Uniti potrebbe giustificare l'impiego di uno *standard* di sindacato diverso (quale quello della cosiddetta *hard look doctrine*).

Come si è visto, in Germania il riconoscimento di uno spazio di valutazione in relazione ad un concetto giuridico indeterminato è talvolta il surrogato del riconoscimento di un potere discrezionale, che non potrebbe essere qualificato come tale in quanto riferito ai presupposti per l'esercizio del potere e non alle sue conseguenze.

⁴⁰⁶ *Ibidem.*

⁴⁰⁷ *Ibidem.*

A proposito degli Stati Uniti non può non rilevarsi, d'altra parte, che nonostante ci sia la tendenza a ricostruire analiticamente il processo decisionale amministrativo, distinguendo le fasi di interpretazione della legge, di accertamento del fatto e di applicazione della legge al fatto, ciò non conduce, diversamente da quanto ci si potrebbe aspettare, a conclusioni nette "circa l'intensità di sindacato esercitabile dal giudice in ciascun passaggio"⁴⁰⁸. L'incisività del sindacato è invece di volta in volta legata al variare di diversi elementi rilevanti, quali "lo specifico campo di azione dell'amministrazione, la definizione dell'attività amministrativa da parte dello *statute*, il tipo di problema sollevato dal ricorrente, il grado di *expertise* dell'agenzia chiamata in causa"⁴⁰⁹. In un contesto di questo tipo "è difficile trarre da casi singoli, anche significativi, il segnale di una regola valida in generale"⁴¹⁰.

Appare dunque impossibile ricavare dall'esperienza statunitense un modello monolitico di sindacato relativo ai concetti giuridici indeterminati. È proprio questa constatazione, tuttavia, a costituire il dato rilevante ai fini della nostra analisi.

⁴⁰⁸ Così D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 283 ss., in particolare p. 311.

⁴⁰⁹ *Ivi*, p. 314.

⁴¹⁰ *Ibidem*.

CAPITOLO III

CONCETTI GIURIDICI INDETERMINATI, SPADA DELL'AMMINISTRAZIONE E BILANCIA DEL GIUDICE TRA DIRITTO COMPARATO E ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

1. Riflessioni tra diritto comparato e analisi giuseconomica; 2. *Policy e delegation lotteries*;
3. Livello ottimale di dettaglio della norma: *rules vs. standards*;
4. Indeterminatezza del criterio di sindacato e *deference lotteries*;
5. Intensità ottimale del sindacato giudiziale;
6. Quale contributo dell'analisi economica del diritto al diritto amministrativo?

Plainly Judge Easterbrook is correct in saying that law is not autonomous in the sense that any legal doctrine ultimately needs a defense in non-legal terms. A defense of law in purely legal terms would be circular, and therefore we need to look outside of law for a defense. The kind of core, simple insight of the economic analysis of law-indispensable, I think, to the practice of law in the Twenty-first Century-is that we can organize a lot of our otherwise unruly debates by suggesting that they are really debates about how to minimize decision costs and error costs.

However, it is not as if this were a magic algorithm that can solve our problems. The identification of what counts as an error may well become contentious, but a lot of debates become much simpler once we see them through the law and economics lens because we can identify our exact point of disagreement.

C.R. Sunstein⁴¹¹

1. Riflessioni tra diritto comparato e analisi giuseconomica

Finora ci si è mossi nel solco di una prospettiva di diritto comparato, con l'obiettivo di verificare come sistemi giuridici appartenenti a diverse tradizioni amministrative si atteggiino di fronte ad analoghe situazioni di fatto, a dispetto delle rispettive nomenclature⁴¹².

⁴¹¹ C.R. SUNSTEIN, *The Autonomy of Law in Law and Economics*, in "Harvard Journal of Law and Public Policy", 21, 1997-1998, p. 93.

⁴¹² U. MATTEI, A. MONTI, *Comparative Law & Economics*, in www-1.unipv.it/websiep/wp/291.pdf, anche in A. N. HATZIS (a cura di), *Economic Analysis of Law: a European Perspective*, Cheltenham, 2001, p. 4: "The comparative legal discourse is

L'adozione di un approccio "fattuale" quale quello prescelto aiuta a colmare i vuoti tassonomici determinati dalle inevitabili disomogeneità tra gli ordinamenti quanto a nozioni giuridiche, dottrine astratte e tecniche interpretative⁴¹³. D'altro canto può svelare come dietro a formulazioni divergenti possano celarsi similarità di natura operativa, o viceversa. Queste considerazioni, mutuata dal diritto privato comparato, possono essere spese anche nell'ambito del diritto pubblico: in particolare, se è vero che la comparazione in diritto amministrativo è più recente e meno sviluppata rispetto ad altre aree del diritto positivo⁴¹⁴, lo strumentario metodologico originato in ambiente privatistico può essere adeguatamente valorizzato anche nel campo del diritto amministrativo⁴¹⁵.

Muovendo la nostra indagine dalle ipotesi in cui la norma utilizzi concetti giuridici indeterminati per individuare i presupposti e requisiti per l'esercizio di un potere, si è guardato a due esperienze di sindacato: la prima, quella tedesca, tradizionalmente associata all'immagine del controllo pieno da parte del giudice - e alla riconduzione di ogni valutazione non discrezionale dell'amministrazione all'esercizio di un'attività di mera interpretazione; la seconda, quella statunitense, cui è stabilmente collegata l'immagine di un potere giudiziario "deferente" nei confronti dell'amministrazione.

both structural and functional. A substantial amount of comparative research, in fact, is devoted to the understanding of how different legal systems deal with analogous factual situations. Within the Western Legal Tradition, divergent legal formulation very often conceal functional similarities at an operational level. [...] Employing the so-called 'factual approach', comparative analysis gains the ability to bridge the taxonomic gaps created by the differences in legal concepts, abstract doctrines and formal or technical constructions of the law. In this sense, comparative law is deeply anti-dogmatic and anti-positivistic. The taxonomic framework varies quite drastically in the law and only by looking beyond it and performing factual problem-based analysis of the law in action does it become possible to explore the economic analysis of differences and similarities in the law".

⁴¹³ *Ibidem*.

⁴¹⁴ Così Napolitano nella sua introduzione a G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, cit.

⁴¹⁵ Sulla comparazione giuridica come forza eversiva che dimostra la relatività dei sistemi giuridici e decostruisce il mito di risposte esatte cfr. S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in F. MERUSI (a cura di), *Annuario. Analisi economica e diritto amministrativo (2006). Atti del convegno annuale dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 96, che rinvia a H. MUIR WATT, *La function subversive du droit comparé*, in "Revue de droit international et de droit comparé", 2000, p. 503 ss.

L'esercizio ha avuto dunque una dimensione prettamente "positiva" e ha cercato di mantenere, nei limiti del possibile, una propria neutralità rispetto al fenomeno⁴¹⁶.

Traducendo la fattualità del nostro approccio nella necessità di entrare nel "merito" del caso singolo per individuare in via pregiudiziale la regola di controllo concretamente applicata, si è cercato di descrivere il modello tedesco, enfatizzando le caratteristiche che rendono le eccezioni al modello del sindacato pieno significative e tali da smentire lo stereotipo secondo il quale la giustiziabilità integrale e incondizionata dell'applicazione dei concetti giuridici indeterminati sarebbe un dogma dello stato di diritto.

Ancorché non utilizzando il medesimo approccio casistico impiegato nell'indagine sul modello tedesco, si è guardato all'esperienza statunitense, cercando di mettere in evidenza come essa offra una molteplicità di "formanti giuridici"⁴¹⁷, che non possono essere ricondotti ad una *single rule* di sindacato sui concetti giuridici indeterminati, per cui una rappresentazione la quale, sia pur schematicamente, contrapponesse semplicisticamente un "modello tedesco" ad un "modello statunitense" non darebbe giustizia della complessità dei fenomeni.

Un approccio fattuale alla comparazione è prodromico a qualsiasi indagine di (*comparative*) *law and economics*:

the taxonomic framework varies quite drastically in the law and only by looking beyond it and performing factual problem-based analysis of the law in action does it become possible to explore the economic analysis of differences and similarities in the law⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Secondo l'impostazione tradizionale di analisi economica del diritto un'indagine può acquisire una dimensione positiva o normativa. La dimensione positiva dovrebbe essere caratterizzata da un alto livello di obiettività e neutralità, laddove il discorso normativo è manifestamente volto ad influenzare l'evoluzione del diritto. Si è evidenziato tuttavia come "the underlying tacit assumption is that law can be observed and described from a completely neutral, out-of-context, standpoint, following the epistemological model of natural sciences. The structural approach proposed by the most advanced comparative legal scholarship, however, constitutes a challenge to the validity of this basic assumption. Lawyers, in act, are themselves considered part of the legal system in which they operate, in whatever professional capacity they may act in it (scholars, judges, practitioners etc.). When they describe the law, their interpretation is part of the law that they are describing". U. MATTEI, A. MONTI, *op. cit.*, p. 10.

⁴¹⁷ S. SACCO, *Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law*, in "American Journal of Comparative Law", 39, 1991, p. 1 ss. (*Part I*), p. 343 ss. (*Part II*).

⁴¹⁸ U. MATTEI, A. MONTI, *op. cit.*, p. 4.

Tra l'esercizio dei comparatisti e quello dei giuristi c'è una continuità di fondo: se gli studiosi di diritto comparato mirano a comprendere l'interazione tra i formanti legali e cercano di decostruire i sistemi nell'ottica di identificare il ruolo delle diverse forze in gioco, la *comparative law and economics* si pone sulla stessa scia, “*addressing the relationship between different formative elements which contribute in the making of any legal rule*”⁴¹⁹.

L'utilizzo dell'analisi economica è quindi strumentale a misurare e comprendere analogie e differenze in “*different legal patterns*” e ad individuare le soluzioni più efficienti.

Law and economics, in fact, can be used to build efficient models, which work as uniform terms of comparison for the different solutions adopted by the actual legal systems compared, in order to allow proper measurement of the distance that separates them from the theoretically efficient solution. Adopting comparative law techniques together with the economic methodology, we may be able to see if an institutional arrangement, a legal doctrine, or a legal rule of one legal system is more or less efficient than another⁴²⁰.

Sembra importante considerare preliminarmente se e in che termini la letteratura giuridico-economica si è intrattenuta sul tema che ci occupa.

Le riflessioni, chiaramente maturate in ambiente statunitense, sono molteplici e variegate. Non essendo possibile ricostruire esaustivamente gli estremi del dibattito, che abbraccia anche problemi contigui o comunque intersecantisi con quello che costituisce specificamente l'oggetto della nostra indagine, ci si limiterà a esplorare alcune suggestioni, lungo quattro filoni, ai quali sono dedicati i paragrafi che seguono.

2. Policy e delegation lotteries

Un primo filone di letteratura giuridico-economica si occupa del problema della “delega” alle agenzie inquadrandolo come una *sub-specie* del dilemma *principal-agent* in cui

⁴¹⁹ *Ibidem.*

⁴²⁰ Ivi, p. 6.

si riscontra un *trade-off* tra la volontà del *principal* di sfruttare il vantaggio informativo dell'*agent* e il timore che l'*agent* possa perseguire nei fatti obiettivi diversi da quelli fissati dal *principal*.

La delega può essere espressa oppure implicita (come, si può assumere, nel ricorso da parte del legislatore ad un concetto giuridico indeterminato).

Si parte dal presupposto che il legislatore *decida* di delegare, esplicitamente o attraverso una *statutory ambiguity*. Non può prevedere con esattezza come il *decision-maker* delegato eserciterà la sua delega. Si tratta quindi di una *policy lottery*: la metafora della “lotteria” rappresenta il fatto che, dal punto di vista del legislatore, la previsione ambigua può configurarsi come una distribuzione di probabilità su una serie di risultati con una media, una varianza e una forma⁴²¹.

Ci si chiede se il legislatore abbia una preferenza a delegare all'amministrazione piuttosto che al potere giudiziario l'interpretazione della norma ambigua. Sono quattro i fattori che ne influenzerebbero le scelte⁴²².

Il primo fattore, classico, è quello dell'*expertise* relativa dei potenziali interpreti, che depone tradizionalmente a vantaggio dell'amministrazione, ma potrebbe tuttavia giocare anche a favore dei giudici ove si voglia enfatizzare le loro superiori *fact-finding abilities*⁴²³.

Il secondo fattore è il cosiddetto *slack*, cioè la divergenza tra le preferenze del legislatore e dei potenziali interpreti. Il *focus* sulla *slack minimization* porta l'attenzione sul desiderio di ridurre la divergenza tra preferenze e pertanto il legislatore preferirà delegare all'agenzia piuttosto che alla corte quando la distanza ideologica tra legislatore e agenzia sia inferiore a quella tra legislatore e corte.

Alcune analisi compiute sulla realtà americana enfatizzano le differenze istituzionali tra le agenzie e il potere giudiziario. Il secondo è politicamente più isolato rispetto alle prime e pertanto è potenzialmente meno suscettibile di subire le influenze del Congresso. Questo potrebbe pertanto portare a ritenere che il Congresso abbia una

⁴²¹ Cfr. M.C. STEPHENSON, *Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, and the Choice Between Agencies and Courts*, in “Harvard Law Review”, 119, 2006, p. 1037, nota 6.

⁴²² Ivi, p. 1042 ss.

⁴²³ J.R. ROGERS, *Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interaction*, in “American Journal of Political Science”, 84, 2001, p. 84 ss.

preferenza verso la delega all'agenzia perché ha in principio la possibilità di meglio controllarla. Tuttavia l'agenzia può essere influenzata anche da parte del Presidente. Ciò rende il trattamento del fattore *slack minimisation* più problematico.

Il terzo fattore è relativo alla manipolabilità dell'attribuzione di credito e discredito da parte degli elettori: nel caso di informazione imperfetta o razionalità imperfetta degli elettori il legislatore ha l'incentivo a scegliere la forma di delega che consenta di massimizzare la sua capacità di evitare il discredito per le decisioni impopolari, riscuotendo credito per le decisioni più popolari. Pertanto il legislatore potrà più facilmente trovarsi a delegare *controversial "no win" decisions*. Dato il maggiore "isolamento politico" del potere giudiziario si potrebbe immaginare che il legislatore preferisca delegare questo genere di decisioni alle corti piuttosto che alle agenzie. Un legislatore che abbia un colore politico diverso da quello del Presidente in carica potrebbe, per converso, pensare di delegare decisioni di tale natura proprio alle agenzie, confidando che l'elettorato associ l'immagine dell'agenzia a quella del Presidente⁴²⁴.

Il quarto fattore è rappresentato dalla variabilità relativa delle "interpretazioni" rese dall'agenzia e dalle corti, nel corso del tempo e a seconda della questione che venga in considerazione.

La coerenza tra le interpretazioni, dal punto di vista del legislatore razionale, presenta costi e benefici. Da un lato essa può avere un valore intrinseco, svincolato dalla desiderabilità della specifica *policy* oggetto di implementazione, se l'incoerenza (cioè la "*variation in the ideological complexion of outcomes across time or across issues*"⁴²⁵) determina inefficienze non desiderabili. Dall'altro lato l'incoerenza può tradurre una diversificazione del rischio politico, che costituisce un valore per il legislatore *risk-averse*.

Il *trade-off* tra *efficient interpretive consistency* e *risk diversification* si svolge lungo due dimensioni. L'interpretazione dell'agenzia tende ad essere *ideologically*

⁴²⁴ Stephenson richiama un'altra teoria secondo la quale, se gli elettori sono più inclini a riconoscere il successo del legislatore *problem-solver* piuttosto che *problem-avoider*, il legislatore potrebbe avere un incentivo a delegare alle agenzie e intervenire *ex post* "*to clean up the messes*" create dalle agenzie. M.C. STEPHENSON, *op. cit.*, p. 1044.

⁴²⁵ Ivi, p. 1038.

consistent across issues ma variabile *over time*, mentre l'interpretazione giudiziale tende ad essere ideologicamente eterogenea *across issues* ma stabile *over time*. Ne consegue che il legislatore razionale che deleghi il diritto di interpretazione ultima ad un'agenzia persegue *diversification and interissue consistency*, laddove la delega ad una corte gli consente di raggiungere *interissue risk diversification e intertemporal consistency*.

Le considerazioni che precedono sono state contestate per la loro eccessiva astrattezza e l'assenza di aggancio empirico⁴²⁶. Se il legislatore si trova di fronte ad una *policy lottery* che lui stesso abbraccia nella misura in cui adotta un testo legislativo ambiguo, il mondo reale conoscerà anche una *second-order "delegation lottery"* relativa al soggetto cui deve essere attribuito il *Letztentscheidungsrecht*. Le due *lotteries* non potrebbero essere dissociate, se non fittiziamente.

Questa incertezza di secondo ordine non deve sorprendere: essa sarebbe provocata dalle stesse cause istituzionali che determinano l'incertezza di prim'ordine. Almeno per una generazione, si sottolinea, l'incertezza di second'ordine relativa all'ambiguità nel testo di legge in relazione al soggetto delegato è stata tra le *central issues* del diritto amministrativo. Escluderla dal modello, sia pur per esigenze di semplificazione, è artificioso. Si ha la sensazione, cioè, che sia il modello a dettare la scelta dei problemi e non i problemi a dettare la scelta del modello⁴²⁷.

3. Livello ottimale di dettaglio della norma: *rules vs. standards*

Un secondo filone di letteratura si preoccupa della possibile definizione di un livello ottimale di precisione della norma⁴²⁸.

⁴²⁶ A. VERMEULE, *The Delegation Lottery*, in "Harvard Law Review", 119, 2006, p. 104 ss.

⁴²⁷ Ivi, p. 111.

⁴²⁸ Cfr. C.S. DIVER, *The Optimal Precision of Administrative Rules*, in "Yale Law Journal" 93, 1983, p. 65 ss.; cfr. già I. EHRLICH, R.A. POSNER, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, in "Journal of Legal Studies", 3, 1974, p. 257 ss.; L. KAPLOW, *Rules vs. Standards: An Economic Analysis*, in "Duke Law Journal", 42, 1992, p. 557 ss.; G. TULLOCK, *On the Desiderable Degree of Detail in Law*, in "European Journal of Law and Economics", 2, 1995, p. 199 ss.

Il dibattito classico contrappone la scelta di emanare un comando giuridico in termini di *rule* o in termini di *standard*, laddove il discrimine è dato dalla circostanza che la norma venga riempita di contenuto *ex ante* o *ex post*.

For example, a rule may entail an advance determination of what conduct is permissible, leaving only factual issues for the adjudicator: (A rule might prohibit “driving in excess of 55 miles per hour on expressways.”)

A standard may entail leaving both specification of what conduct is permissible and factual issues for the adjudicator. (A standard might prohibit “driving at an excessive speed on expressways”)⁴²⁹.

Ci si sofferma sulla desiderabilità relativa della creazione *ex ante* rispetto alla creazione *ex post* del contenuto della norma in termini di costo giuridico e in termini della misura in cui il comportamento individuale si conforma alla norma⁴³⁰.

Il costo della promulgazione di una *rule* è più alto rispetto al costo relativo allo *standard* proprio perché la promulgazione di una *rule* richiede una determinazione *ex ante* del contenuto della norma, laddove il costo di applicazione dello *standard* è più alto perché richiede una determinazione *ex post* del suo contenuto, non solo da parte dei legali che devono eventualmente effettuare delle valutazioni di prognosi in merito allo stesso, ma anche da parte delle autorità che devono applicare lo *standard*.

Quali sono le considerazioni che guidano la decisione di riempire una norma di contenuto *ex ante* (prima dell'azione individuale) piuttosto che *ex post*?

Riempire di contenuto una norma richiede uno sforzo: di analisi, di risoluzione di

⁴²⁹ L. KAPLOW, *Rules vs. Standards: An Economic Analysis*, cit., p. 560. Sembra ricondurre il concetto di *standard* a quello di clausola generale piuttosto che di concetto giuridico indeterminato D. KENNEDY, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in “Harvard Law Review”, 89, 1976, p. 1688, quando osserva che “At the opposite pole from a formally realizable rule is a standard or principle or policy. A standard refers directly to one of the substantive objectives of the legal order. Some examples are good faith, due care, fairness, unconscionability, unjust enrichment, and reasonableness. The application of a standard requires the judge both to discover the facts of a particular situation and to assess them in terms of the purposes or social values embodied in the standard”.

⁴³⁰ Kaplow propone un esempio in tre stadi: assume, al primo stadio, la promulgazione di una legge, sottoforma di *rule* o di *standard*. Nella seconda fase i destinatari della norma decidono come comportarsi: avendo una conoscenza imperfetta del contenuto del comando possono agire sulla base del loro *best guess* oppure possono acquisire *legal advice*, che consente loro di agire nella conoscenza della regola ovvero nella previsione relativa al come uno *standard* potrà trovare applicazione. A questo punto, al terzo stadio, un *adjudicator* determina come si applica la norma. Cfr. L. KAPLOW, *op. cit.*, p. 562.

conflitti di valore o di acquisizione di dati empirici. Intraprendere tali sforzi *ex ante* impone costi aggiuntivi, ma comporta un risparmio per i soggetti che devono determinare come la norma si applica ai propri comportamenti e per l'autorità che deve applicare la norma. Il fattore centrale che determina la desiderabilità relativa di ciascuna forma è la frequenza con cui la norma in discussione è destinata a regolare i comportamenti⁴³¹. Se è vero che lo *standard* consente un'applicazione più precisa della norma perché la rende adattabile alle specifiche circostanze di fatto di un caso concreto, mentre le *rules* si applicano alla generalità dei casi, quando tuttavia ci si attenda un alto numero di casi con importanti caratteristiche ricorrenti le *rules* risulteranno preferibili e più precise⁴³².

L'opportunità di disegnare una norma in termini di *rule* dipende quindi fondamentalmente dalle aspettative circa la sua applicazione futura:

designing a rule that accounts for every relevant contingency would be wasteful, as most would never arise. Although it might be more difficult and costly for an individual and an enforcement authority to apply a standard in a particular instance, such an application need be made only if its unique set of circumstances actually arises. Thus when frequency is low, a standard tends to be preferable⁴³³.

Il dibattito giuridico *rules vs. standard* non è disegnato avendo in mente il problema specifico oggetto del nostro esame. È infatti focalizzato sulla predisposizione di un comando giuridico rivolto ai consociati e finalizzato a modificarne i comportamenti e non si preoccupa della predisposizione di un "comando" giuridico rivolto all'amministrazione che guidi, ad esempio, la decisione di concedere un provvedimento amministrativo favorevole ai soggetti che risultino legittimati.

Se talune riflessioni, specialmente quelle relative alla definizione dei termini del

⁴³¹ "If behavior subject to the law is infrequent, however, standards are likely to be preferable. Of particular relevance are laws for which behavior varies greatly, so that most relevant scenarios are unlikely ever to occur. Determining the appropriate content of the law for all such contingencies would be expensive, and most of the expense would be wasted. It would be preferable to wait until particular circumstances arise". Ivi, p. 621.

⁴³² Ivi, p. 622.

⁴³³ Ivi, p. 563.

dibattito principale, offrono spunti validi anche a proposito della predisposizione delle norme di conferimento del potere⁴³⁴, altre considerazioni che normalmente militano a favore di una maggiore “precisione” nella formulazione della norma⁴³⁵ non è detto che rilevino⁴³⁶.

Il classico dibattito *rule vs. standard* può interessare tuttavia in chiave normativa, per interrogarsi sulla “forma” che deve assumere la disciplina del criterio di sindacato applicabile alla verifica dell’applicazione dei concetti giuridici indeterminati: meglio una *rule* o uno *standard*? L’interrogativo ci riporta in ambiente statunitense e ci consente di considerare la *querelle* tra il giudice Scalia⁴³⁷ e il giudice Breyer⁴³⁸ rispetto a *Chevron* come un classico dibattito di questo tipo⁴³⁹.

Prima di passare all’esame di questi profili, oggetto del paragrafo che segue, sia consentita un’ulteriore digressione sul rapporto tra *rule* e *standard*.

Le riflessioni sull’alternativa tra il definire *ex ante* o *ex post* il contenuto della norma sono neutrali rispetto al problema della *natura* dell’esercizio di definizione di tale contenuto, cioè della qualificazione dell’attività di riempimento postumo, *fact-*

⁴³⁴ Sembra esemplificativamente interessante il rilievo secondo cui la quando si applica una *rule* criteri giuridici in essa contenuti hanno la funzione di selezionare le circostanze di fatto che, nel nostro caso, l’amministrazione colloca alla base della propria decisione, mentre in caso di applicazione di uno *standard* si inverte il rapporto tra fatto e diritto e l’applicazione di uno *standard* fa sì che sia il caso ad assumere il primato nel procedimento decisorio. La scelta di uno *standard* rende dunque il procedimento decisorio *fact-intensive*. Considerazioni riprese da C. GAMBA, *Diritto societario e ruolo del giudice*, Padova, 2008.

⁴³⁵ Precisione che sembra implicare un restringimento dei confini dell’esercizio di riempimento contenutistico *ex post*.

⁴³⁶ Cfr. C. DIVER, *op. cit.*, p. 86 ss., in cui si analizza il caso dei “*national bank chartering standards*”. È il caso, per esempio, del fattore di incoraggiamento della *compliance* che si ricollega ad una maggiore trasparenza, nel caso di norme rivolte ai consociati, o del peso che può essere riconosciuto ai costi di transazione, laddove intesi nella limitata accezione di costi per la proposizione dell’istanza volta all’ottenimento di un provvedimento favorevole. Possono invece venire in considerazione diversi fattori, quale il costo per l’amministrazione ricollegato ad un maggiore onere motivazionale laddove il riempimento della regola avvenga *ex post*.

⁴³⁷ C.R. SUNSTEIN, *Chevron Step Zero*, *cit.*, p. 4, rinvia a A. SCALIA, *The Rule of Law As a Law of Rules*, in “*University of Chicago Law Review*”, 56, 1989, p. 1175 ss.

⁴³⁸ Cfr. S. BREYER, *On the Uses of Legislative History in Interpreting Statutes*, in “*Southern California Law Review*”, 65, 1992, p. 845 ss.

⁴³⁹ “Here, as elsewhere, Justice Scalia seeks clear and simple rules, intended to reduce the burdens of decision-making for lower courts and litigants. And here, as elsewhere, Justice Breyer prefers a case-by-case approach, one that eschews simplicity in the interest of (what he sees as) accuracy”. C.R. SUNSTEIN, *Chevron Step Zero*, *cit.*, p. 4.

intensive del contenuto di una norma. È certo che una *rule* circo-scrive meglio i margini di *discretion* dell'agente, più di quanto faccia uno *standard*⁴⁴⁰. Non si distingue però tra l'attività di concretizzazione dello *standard* che sia mera "attuazione della legge" dall'attività che sia invece frutto di un esercizio di ponderazione.

Da questo punto di vista, potrebbe infatti ritenersi che una valutazione puramente discrezionale demandata all'amministrazione abbia l'effetto di dare un contenuto concreto ad uno *standard* tanto quanto la valutazione sottesa all'applicazione di un concetto giuridico indeterminato. L'attività di concretizzazione *ex-post* potrebbe pertanto essere considerata unitariamente.

Dworkin⁴⁴¹ distingue una discrezionalità che comporta la creazione di un proprio *standard* (forte) dalla discrezionalità richiesta dall'interpretazione di uno *standard* dato per consentirne l'applicazione (debole). Pertanto il sergente che ha ricevuto l'istruzione di scegliere cinque uomini per formare una pattuglia senza aver ricevuto l'indicazione dei criteri in base ai quali operare la scelta ha una discrezionalità forte, mentre se allo stesso sergente è detto di scegliere i cinque uomini *con maggiore esperienza*, avrà allora soltanto una discrezionalità debole, nel senso che dovrà esercitare un giudizio.

Per Dworkin esiste tuttavia una differenza qualitativa tra i due fenomeni, in quanto se nel primo caso la scelta del criterio è lasciata al sergente, nel secondo "ci sono sempre dei principi che esistono già per decidere questioni del genere e c'è sempre un modo giusto per applicare quei principi: in via di principio tuttavia un'interpretazione giusta esiste degli *standard* dati. E ciò anche qualora appaiano aperti e indeterminati, non è richiesta alcuna scelta e quindi non vi è alcuna discrezionalità nell'applicazione dei criteri"⁴⁴².

Galligan si chiede se sia effettivamente possibile una distinzione qualitativa tra i vari significati che la discrezionalità può assumere: rileva infatti come la discrezionalità sia questione di misura, che può andare dalle ampie valutazioni che comportano la

⁴⁴⁰ L. KAPLOW, *op. cit.*, p. 609.

⁴⁴¹ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), 1978.

⁴⁴² D. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999, p. 27.

creazione di veri e propri *standard* fino a quelle dai margini relativamente stretti che restano aperti quando si tratti di applicare uno *standard* ragionevolmente chiaro.

La riflessione di Dworkin, che attiene propriamente alla discrezionalità del giudice, viene così spostata alla sfera amministrativa. Galligan riflette sulla possibilità di scriminare, in questo ambito, tra i poteri “propriamente discrezionali” e quelli che lo sono nel senso più debole, perché richiedono solo l’interpretazione di *standard* già dati. Nel secondo caso, secondo l’impostazione di Dworkin, sarebbe implicata l’interpretazione di principi giuridici, “questione cui si addice la soluzione definitiva da parte degli organi giurisdizionali”⁴⁴³. In linea generale, la distinzione di Dworkin tra questi due tipi di situazioni rispecchia il modo in cui i giudici sembrano configurare un’attribuzione di potere:

Se non vi sono *standard* già predisposti, l’autorità delegata è libera di crearne di propri e tale decisione tende ad essere considerata come decisione finale, purché non esorbiti dai limiti propri dell’autorità e non violi alcun principio giuridico. Se invece uno *standard*, per quanto vago, è comunque dato, i giudici possono ben assumersi la responsabilità della sua interpretazione⁴⁴⁴.

Galligan sottolinea che, nella dottrina e nella giurisprudenza, possono essere trovate affermazioni che distinguono tra discrezionalità e giudizio in termini simili a quelli che Dworkin utilizza per distinguere tra discrezionalità forte e discrezionalità debole. Quando è richiesto un giudizio, i giudici tendono ad affrontare la questione come se una risposta giusta dovesse essere trovata per forza nel contesto dei materiali giuridici. La validità della tesi di Dworkin dipende, secondo Galligan, dalla validità dell’assunto della risposta giusta.

Galligan conclude che

laddove i materiali giuridici esistenti, insieme ai principi politici di fondo, forniscano motivi cogenti per due o più possibili interpretazioni, diventa difficile vedere come lo sceglierne una non dipenda da considerazioni di indirizzo e da una valutazione delle relative conseguenze. Ma se nel compito di interpretazione degli *standard* giuridici rientrano tali questioni, allora il funzionario ha discrezionalità in senso forte di Dworkin: in altre parole, se non

⁴⁴³ Ivi, p. 21.

⁴⁴⁴ *Ibidem*.

c'è la risposta giusta, il funzionario ha discrezionalità, dal momento che l'antitesi della risposta giusta è la discrezionalità⁴⁴⁵.

Galligan finisce così con l'identificare un significato medio di "discrezionalità", che secondo la ricostruzione proposta identificherebbe quei poteri che, nell'ambito di un sistema di autorità, vengono delegati ad un funzionario o ad un insieme di funzionari, lasciando loro uno spazio significativo per poter definire le ragioni e gli *standard* secondo i quali quel potere deve essere esercitato e per applicare tali *standard* nell'adozione delle decisioni specifiche. Tale processo deve, secondo Galligan, essere inteso in modo da comprendere non solo i casi più ovvi di creazione di *standard*, ma anche l'individuazione e l'interpretazione di *standard* vaghi⁴⁴⁶.

4. Indeterminatezza del criterio di sindacato e *deference lotteries*

Il dibattito *rules vs. standard* induce a interrogarsi su un'indeterminatezza diversa rispetto a quella che ha sinora costituito l'oggetto della nostra indagine, un'indeterminatezza che non coincide con quella del concetto giuridico (*rectius*, dell'enunciato giuridico che contiene il concetto giuridico indeterminato soggetto all'applicazione dell'amministrazione), ma che è relativa al criterio con cui viene giudicata tale applicazione. La verifica effettuata relativamente al sistema statunitense ci ha portati a constatare che il criterio di sindacato che si applica nel caso singolo a fronte di un concetto giuridico indeterminato è un dato incerto. L'analisi economica può aiutare a capire perché.

In un articolo del 1995 Levy e Shapiro si chiedono perché sia *Chevron* che *State Farm* non si siano rivelati precedenti così incisivi come potevano apparire in prima battuta⁴⁴⁷. Essi sviluppano un modello di analisi dell'impatto dei *judicial incentives* sul sindacato esercitato in relazione alle problematiche di diritto amministrativo. Tale modello considera due variabili quali componenti del sindacato giudiziale: *craft* e *outcome*, che indicano rispettivamente l'attitudine del giudice all'applicazione

⁴⁴⁵ Ivi, p. 23.

⁴⁴⁶ Cfr. ivi, p. 27.

⁴⁴⁷ S.A. SHAPIRO, R.E. LEVY, *op. cit.*

(ossequiosa ma) ragionata di una dottrina e la considerazione delle implicazioni di un determinato risultato per le parti e la società in generale, cioè i valori della giustizia e dell'utilità sociale filtrati attraverso la visione del mondo del giudice⁴⁴⁸.

Il comportamento giudiziale è dunque funzione di queste due variabili: *ceteris paribus*, i giudici preferiscono collocarsi nel solco dei precedenti delle corti superiori, rispettando le istruzioni degli organi legislativi, le decisioni di *policy* delle agenzie che siano *politically accountable* e la Costituzione. Se fossero esclusivamente motivati da questi fattori, la giurisprudenza sarebbe caratterizzata da un alto livello di determinatezza, coerenza e prevedibilità. Tuttavia i giudici preferiscono degli *outcome* che coincidono con i loro credo ideologici. Quando le due componenti, *craft* e *outcome*, spingono in direzioni opposte in relazione ad un caso specifico, la risoluzione della tensione è influenzata dai *judicial incentives*. Non è riscontrabile in pratica l'adozione di un approccio puro, orientato esclusivamente allo spirito corporativo o al risultato, *craft* o *outcome*. Tutti i giudici considerano entrambi i fattori in diversa misura: il valore che il giudice riconosce a *craft* e ad *outcome* in una decisione specifica riflette l'utilità che il giudice riceve da un particolare orientamento.

Il modello così sviluppato viene utilizzato per spiegare quella che appare come la mancata fortuna di *Chevron* e *State Farm*: i giudici hanno maggiori incentivi a controllare risultati specifici e incentivi più deboli a sviluppare *craft norms* che finiscono con il limitare il perseguimento di risultati specifici. Dal momento che "*indeterminate craft norms enables judges to pursue outcome without sacrificing craft, judges have avoided applications of Chevron and State Farm that are determinate*"⁴⁴⁹.

Vengono in considerazione tre tipologie di incentivi: *respect*, *ideological utility* e *leisure*. Il "rispetto" viene guadagnato dai giudici attraverso l'adozione di un

⁴⁴⁸ "*Shapiro and Levy reach two major conclusions: (1) the doctrines applicable to judicial review of agency action are indeterminate and manipulable; and (2) the judiciary is incapable of creating and maintaining determinate doctrines in this area of law*". R.J. PIERCE, *Legislative Reforms of Judicial Review of Agency Actions*, in "Duke Law Journal", 44, 1994-95, p. 1112. Pierce sposa la prima conclusione, con alcune "*qualifications*". Relativamente alla seconda, ammette che il "*pattern of decisions*" negli anni considerati fornisce un supporto al loro pessimismo.

⁴⁴⁹ S.A. SHAPIRO, R.E. LEVY, *op. cit.*, p. 1052.

approccio coerente con la “tradizione”; l'*ideological utility* si alimenta di *outcome* ad essa favorevoli; la *leisure* deve essere interpretata nel senso classico: i giudici tendono a circoscrivere il tempo lavorato e ad espandere il tempo di svago.

Si assume che l'attitudine di un giudice rispetto a un risultato specifico sia in funzione del livello di determinatezza delle *craft norms*.

Se c'è coerenza tra le *craft norms* e il risultato desiderato, sarà in base a quest'ultimo che i giudici decideranno il caso. Così facendo un giudice può massimizzare l'utilità ideologica senza intaccare il rispetto che gli deriva dal seguire la *craft*.

Se *craft* e *outcome* sono chiaramente inconciliabili i giudici tenderanno ad assecondare la propria *craft orientation* per due ordini di ragioni. Da un lato, la *craft* è la componente dominante del *judicial decisionmaking*. Se un giudice ignora *clear craft norms* per assecondare un *outcome orientation* vedrà probabilmente calare il livello di rispetto che i colleghi, i giuristi e il pubblico in generale gli riservano. Inoltre, avere un *outcome orientation* può rivelarsi controproducente per il giudice. Presso le corti inferiori, infatti, decisioni che si pongono chiaramente in conflitto con *craft norms* saranno ribaltate in appello. In sede di appello, così come presso la Corte Suprema, la collegialità opera come un vincolo; la capacità del giudice di perseguire un risultato è vincolata dalla necessità di guadagnare una maggioranza. Dal momento che l'indeterminatezza dottrinale consente ai giudici di perseguire “risultati” senza sacrificare la *craft*, così massimizzando l'utilità che deriva dal rispetto, dall'ideologia e dal *leisure*, non sorprende l'indeterminatezza della *judicial doctrine*. I *balancing tests* consentono per esempio ai giudici di adottare delle decisioni *outcome-oriented* senza intaccare la “*craft*”. *Test* di tipo aperto, quale quello di ragionevolezza, servono allo stesso scopo.

Gli incentivi alla creazione dell'indeterminatezza dottrinale però si autolimitano, in quanto se è vero che può accrescere la capacità del giudice di controllare un determinato risultato in un caso concreto, è altrettanto vero che essa riduce la possibilità per il giudice di influenzare gli esiti nei casi futuri.

Il livello ottimale di determinatezza in un dato campo in relazione a specifici giudici dipenderà quindi dall'incidenza relativa del desiderio di raggiungere un determinato risultato nel caso direttamente in considerazione e di influenzare il risultato nei casi

futuri. La tensione tra *craft* e *outcome* può ridursi nella misura in cui le *craft norms* siano vaghe e indeterminate. Le corti tenderanno a creare precedenti di portata indeterminata quando i giudici siano particolarmente interessati a controllare il risultato nel caso concreto, specialmente se la preoccupazione di influenzare le decisioni future è limitata. Il *judicial behavior in substantive review of administrative decisions* è coerente con questa previsione. Ciò aiuta a spiegare quello che viene considerato il declino di *Chevron* e *State Farm*.

Nel diritto amministrativo l'indeterminatezza relativa alla profondità del sindacato giudiziale consente al giudice, senza che ciò implichi una perdita di rispetto, di intervenire quando la decisione dell'autorità si ponga in contrasto con i valori di cui è portatore e di esprimere deferenza quando la decisione sia coerente con essi. Consente cioè l'applicazione di meccanismi di deferenza selettiva.

L'indeterminatezza si produce principalmente attraverso due meccanismi: l'uso di *standard di deferenza* di tipo aperto e la proliferazione di categorie *manipolabili* a cui si applicano diversi livelli di deferenza. Ad esempio, i giudici avrebbero manipolato le categorie di "law" e "fact" per alterare lo *standard di review*. *Chevron* avrebbe sostituito la distinzione derivata da *Hearst/Packard* tra tali categorie con una distinzione tra "norme chiare" e "norme ambigue", senza che questa modifica abbia comportato un incremento nel livello di determinatezza, nonostante l'introduzione di *Chevron* sembrasse preludere ad un'era di categorie meno manipolabili:

Since few statutes are absolutely clear, this approach appeared to create a presumption of statutory ambiguity that would be difficult to rebut. Whatever the merits of this approach concerning its impact on separation of powers principles, it would have made judicial review more determinate. In most cases, the courts would have moved to step two. At step two, judges would normally affirm an agency's interpretation of its mandate, except in the rare cases in which the agency did not have a "permissible" construction of its mandate. The Court, however, has taken a different tack. It will move to step two only if it cannot determine Congress's intent by using tools of statutory construction. Since such tools are inherently imprecise, the Court has returned to a situation in which manipulable categories of different degrees of deference apply the courts have avoided interpretations of *Chevron* and *State Farm* that would have established more determinate craft norms. Many commentators have criticized the overly aggressive judicial review that indeterminate craft norms foster, but their proposed reforms generally fail to account for the incentives that favor indeterminacy in judicial review and the mechanisms fostering that

indeterminacy⁴⁵⁰.

Quanto più determinata è la cornice del *judicial review*, tanto maggiore è il costo per il perseguimento di un determinato risultato.

First, when craft norms are more determinate, the sacrifice of craft in pursuit of outcome is more apparent, subjecting the judge to a loss of reputation and respect (including self respect). Second, even if it is ultimately possible to reconcile the pursuit of outcome with more determinate craft norms, such a reconciliation would take additional effort on the part of judges, entailing the sacrifice of leisure.

Conversely, more determinate craft norms also decrease the ideological utility to be gained from pursuit of outcome. They increase the likelihood that institutional constraints such as collegiality and appeal would render pursuit of outcome unsuccessful.

Moreover, to the extent that craft is also part of ideology, more determinate craft norms increase the ideological utility from pursuit of craft.” This countervailing ideological consideration offsets the ideological utility from pursuit of outcome and reduces the net ideological utility derived from an outcome-oriented decision⁴⁵¹.

Il modello si applica in genere all’approccio dei giudici rispetto a qualsiasi questione portata alla loro attenzione, ma predice che ci sarà la tendenza a selezionare dottrine determinate nei campi in cui le decisioni dei giudici raramente implicano *strongly held ideological beliefs*, com’è il caso del diritto commerciale, e dottrine relativamente indeterminate nei campi in cui le decisioni giudiziali spesso implicano tali *beliefs*, come è il caso del diritto amministrativo.

Posto che, alla luce di quanto precede, i giudici avrebbero tutto l’interesse a non rendere i criteri di sindacato chiaramente identificabili, è stato recentemente sostenuto che l’indeterminatezza relativa al se e *quantum* di *deference* non sarebbe del tutto nociva: una vaghezza della norma che si traduca a sua volta in una indeterminatezza del criterio di sindacato applicabile avrebbe infatti un impatto *behavior-shaping* sull’amministrazione⁴⁵².

⁴⁵⁰ Ivi, p. 1069 s.

⁴⁵¹ Cfr. ivi, p. 1078.

⁴⁵² J. MATHEWS, *Deference Lotteries*, in corso di pubblicazione in “Texas Law Review”, 91, 2013, attualmente disponibile in http://www.law.illinois.edu/pdf/lecture-file-Deference_Lotteries.pdf.

Anche in questo caso viene invocata la metafora della lotteria: quando l'agenzia adotta una determinata interpretazione di una norma in un processo di *rule-making* o di *formal adjudication* non può prevedere con certezza quale *standard* di sindacato si applicherà, se *Chevron* o *Skidmore*, né può prevedere se la sua interpretazione sopravviverà al sindacato ove non sia riconosciuta una deferenza alla *Chevron*. La giurisprudenza della Corte Suprema in materia di *deference* contiene quindi due diverse fonti di *unpredictability*. Ciò genera una lotteria dalle caratteristiche peculiari. Si dimostra che l'esistenza di tale *deference lottery* rappresenterebbe in realtà uno strumento flessibile in quanto la relativa non *predictability* dello *standard* di sindacato può produrre effetti desiderabili nel comportamento dell'agenzia.

Sempre nel contesto di un modello *principal-agent* in cui il *judicial review* opera come uno strumento di controllo dell'operato dell'*agent*, si evidenzia come l'agenzia, se avesse la certezza di vedersi riconosciuta una deferenza alla *Chevron*, adotterebbe sicuramente l'interpretazione che meglio soddisfa le sue preferenze anche se non corrisponde alla lettura più *naturale* della previsione di legge.

La sussistenza di un dubbio sull'applicazione di *Chevron* e sul grado di riconoscimento di una deferenza nel caso di applicazione dello *standard Skidmore* farà invece sì che l'agenzia adotti una strategia interpretativa che ha buone possibilità di resistere ad un sindacato alla *Skidmore*, per il caso in cui sia questo a trovare applicazione, ma con contenuti di *policy* che risultino ancora soddisfacenti per l'agenzia.

Si stima che stringere le maglie di *Skidmore* può circoscrivere gli opportunismi dell'agenzia solo fino ad un certo punto, oltre il quale un incremento del livello di scrutinio alla *Skidmore* può incoraggiare l'agenzia ad adottare un'interpretazione della norma meno fedele: se *Skidmore* si rivela uno *standard* troppo difficile per poter essere soddisfatto, i *payoff* derivanti da un compromesso sull'opzione di *policy* sono così magri che l'agenzia non è più incentivata a sforzarsi per cercare di vincere la *Skidmore lottery* e le sarà preferibile, piuttosto, sostenere l'interpretazione della norma che più la soddisfa confidando nell'applicazione di *Chevron*.

Se lo *standard Skidmore* diventa cioè troppo oneroso il comportamento dell'agenzia non sarà dissimile da quello che essa adotterebbe nel caso in cui esistesse un regime

Chevron esclusivo, con l'unica differenza che il tasso di *reversal* delle decisioni dell'agenzia sarà più alto, dal momento che troverà applicazione la dottrina *Skidmore* di tanto in tanto⁴⁵³. Per quanto concerne le potenziali modifiche al comportamento dell'agenzia, la soluzione ideale è rappresentata da una applicazione equilibrata (*fair*) di *Skidmore* in una percentuale equilibrata di casi.

Sebbene gli argomenti siano molto suggestivi, l'assunto che esista un *more natural reading* della norma sembra non realistico: probabilmente, infatti, se un *natural reading* della norma esiste non viene in questione neppure lo *step one* di *Chevron*.

D'altra parte, per quanto qui ci occupa, la discussione sembra meglio attagliarsi alla definizione di una *question of law* nell'ambito dell'esercizio di un potere di *rule-making* piuttosto che alla definizione di una *mixed question of law and fact* nell'ambito dell'esercizio di un potere di *adjudication*.

5. Intensità ottimale del sindacato giudiziale

Affidandosi ad un altro filone di indagine giuseconomica ci si chiede, a prescindere dagli eventuali benefici che possano derivare dall'indeterminatezza del criterio di sindacato applicabile, se sia comunque in astratto possibile determinare un livello ottimale di intensità del controllo giudiziale sulle valutazioni dell'amministrazione, comprese quelle "agganciate" alla presenza di concetti giuridici indeterminati nella norma d'azione.

Sunstein si interroga sulla desiderabilità sociale di un *aggressive judicial review*⁴⁵⁴, proponendo di effettuare una tale valutazione attraverso un esercizio di analisi costi-benefici. Questo esercizio pone una serie di problemi, in primo luogo di natura definitoria. Può essere - e infatti è - *in primis* difficile identificare i benefici. La desiderabilità sociale di un sindacato più o meno intenso sembra dipendere, nella ricostruzione di Sunstein, dall'obiettivo sotteso al *judicial review* o, meglio, dal valore che si assegna all'uno o all'altro obiettivo associato al *judicial review*.

Se l'obiettivo del sindacato è la legalità, un *active judicial review* può essere certo

⁴⁵³ Ivi, p. 40.

⁴⁵⁴ C.R. SUNSTEIN, *On the Costs and Benefits of Aggressive Judicial Review of Agency Action*, in "Duke Law Journal", 3, 1989, p. 522 ss.

desiderabile. Ci sono infatti, secondo Sunstein, buone ragioni per ritenere che le corti abbiano un vantaggio competitivo rispetto alle agenzie riguardo alla determinazione del dettato della legge.

Non è detto tuttavia che accrescere la legalità significhi contribuire ad un miglioramento del *social welfare* ove si ritenga che la maggiore desiderabilità sociale di una soluzione sia data proprio da questa condizione⁴⁵⁵.

Ove invece si ritenga che obiettivo della *judicial review* sia promuovere un'efficiente allocazione delle risorse, intervenendo in funzione correttiva laddove l'agenzia abbia esercitato poteri "esorbitanti", l'obiettivo della *efficient resource allocation* può essere raggiunto dalle corti anche solo ricorrendo al *test* classico che consente di vanificare l'attività dell'agenzia che sia reputata *arbitrary* o *capricious*. La promozione di una più efficiente allocazione delle risorse può venire a sovrapporsi con altri obiettivi portatori di potenziali benefici, quale quello di promozione della legalità, in taluni casi venendo a confliggere con essi⁴⁵⁶.

Un'altra concezione del *judicial review* porta a focalizzarsi sui *real-world improvements* selezionando tuttavia serie di obiettivi diversi rispetto alla promozione di una migliore allocazione delle risorse in senso economico: si tratterebbe di assicurare una migliore distribuzione della ricchezza, promuovere valori non di mercato, promuovere il principio di non discriminazione nei vari contesti.

Secondo l'orientamento tradizionale, che Sunstein ricollega ai lavori di Davis e Jaffe⁴⁵⁷, la funzione di base delle corti è la promozione della *legitimacy* nel procedimento amministrativo. Quello di *legitimacy* rappresenterebbe un *ill-defined concept*, associato tuttavia a nozioni più convenzionali quali la protezione della legalità, la promozione della regolarità procedurale, la tutela contro i "twin evils of

⁴⁵⁵ Sunstein fa l'esempio dell'applicazione letterale di una norma il cui costo sociale netto superi di fatto i benefici, riferendosi alla cosiddetta "*Delaney Clause*", la quale proibisce il ricorso ad additivi potenzialmente carcinogeni ma a basso rischio. Favorire l'applicazione di un'interpretazione letterale della norma significa imporre costi di sostituzione degli additivi con minimo rischio con additivi sprovvisti di rischio, laddove i benefici derivanti da tale sostituzione possono essere invece inferiori.

⁴⁵⁶ Cfr. C.R. SUNSTEIN, *On the Costs and Benefits of Aggressive Judicial Review of Agency Action*, cit., p. 524.

⁴⁵⁷ K. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, San Diego, 1979, §29.1; L.L. JAFFE, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston, 1965.

factional tyranny and self-interested representation”⁴⁵⁸, nella consapevolezza che gruppi privati ben organizzati possono spesso esercitare un’influenza *sproporzionata* sul procedimento amministrativo.

Aderendo a tale impostazione, i benefici del *judicial review* non dovrebbero essere apprezzati direttamente guardando alle conseguenze per il mondo, ma sono di una “*more diffuse sort, and have no necessary or linear connection with good regulatory outcomes*”⁴⁵⁹.

Secondo Sunstein

it is probably fair to say that both courts and observers have paid less attention than they should to the effects of judicial review on the real world of regulation-effects that are crucial to an evaluation of the judicial role. It is in large part because of our considerable ignorance on this score that the study of administrative law remains in a primitive state⁴⁶⁰.

Quale che sia il criterio prescelto, dipende tuttavia molto dal contesto e un’analisi relativa ai costi-benefici prodotti da un *aggressive judicial review* non può che essere condotta su materiali empirici.

Tuttavia, sottolinea Sunstein, è possibile sostenere in generale che un *aggressive judicial review* sia risultato desiderabile in più contesti, almeno in quanto “*powerful ex ante deterrent to lawless or irrational agency behavior*”⁴⁶¹.

In alcuni contesti un *aggressive judicial review* ha determinato di fatto un rafforzamento dei processi di analisi e dell’*accountability* dei funzionari all’interno delle agenzie. Il *judicial review* dovrebbe in questo senso essere valutato in termini di conseguenze sistemiche per il procedimento amministrativo, *in primis* l’effetto “*in terrorem*” della prospettiva dello scrutinio giudiziale.

Ci sono inoltre elementi per dimostrare che il *judicial review* ha spesso portato significativi benefici nel senso di innescare iniziative regolatorie desiderabili e prevenire interventi regolatori irragionevoli o illegittimi.

⁴⁵⁸ Cfr. C.R. SUNSTEIN, *On the Costs and Benefits of Aggressive Judicial Review of Agency Action*, cit., p. 525.

⁴⁵⁹ *Ibidem*.

⁴⁶⁰ *Ivi*, p. 526.

⁴⁶¹ *Ivi*, p. 527.

Tutti gli esempi hanno tuttavia valore poco più che aneddótico, costituiscono delle suggestioni nel senso che “*a world without aggressive judicial review might well suffer from increases in lawlessness, carelessness, overzealous regulatory controls, and inadequate regulatory protection*”⁴⁶². La conclusione è che

aggressive judicial review has produced important ex ante and ex post benefits in numerous settings; and although the evidence is largely anecdotal and far from systematic, it must suffice absent a more sustained investigation into the issue⁴⁶³.

Se è difficile accertare in astratto che un *aggressive judicial review* ha prodotto o produrrà vantaggi significativi, può essere utile, secondo Sunstein, sviluppare dei principi di interpretazione che possano migliorare la situazione⁴⁶⁴. Il primo di tali principi è quello di proporzionalità, secondo il quale in assenza di un *clear statutory statement* le leggi devono essere interpretate nel senso che i benefici sociali aggregati siano proporzionati ai costi sociali aggregati⁴⁶⁵. Non è necessario misurare “tecnicamente” i costi e i benefici attraverso il ricorso alla *willingness-to-pay*, è sufficiente effettuare l’esercizio utilizzando il metro più “lasco” della proporzionalità.

Un secondo principio è quello delle *de minimis exceptions*. L’amministrazione dovrebbe essere autorizzata a rifiutare di imporre una regolazione (e quindi, presumibilmente, rifiutare un’interpretazione di una norma ambigua) che produce dei

⁴⁶² Cfr. *ivi*, p. 529.

⁴⁶³ Cfr. *ibidem*.

⁴⁶⁴ Ciò sulla base del rilievo che “*public law thus far lacks a set of interpretive norms that are well-adapted to the purposes, operation, and occasional failures of regulatory legislation. For this reason, the area of statutory construction of administrative behavior remains undeveloped*”. *Ibidem*.

⁴⁶⁵ Si riconosce che l’introduzione di un principio di proporzionalità “will likely produce sensible regulation and therefore is the appropriate understanding to attribute to Congress under normal circumstances. The principle also recognizes that well-organized groups are sometimes able to obtain legislation that would not be the outcome of a well-functioning deliberative process; that bureaucratic incentives can press agencies in the direction of overzealous enforcement; that the statutory text is sometimes an impulsive reaction to short-term problems; that temporary public concern can result in hasty drafting; and that Congress is not able to focus on all applications of statutory standards”. *Ivi*, p. 530.

costi dove i benefici siano solo *speculative* o *minimal*⁴⁶⁶.

Un ulteriore principio elaborato da Sunstein è relativo alla comprensione degli effetti non desiderati che possono derivare dalla decisione del caso (le “*perverse unintended consequences*”).

Le corti si comportano come se

decision will create only ex post winners and losers in the particular case. This misunderstanding leads to statutory construction that is uninformed by the real-world impact of regulation-and the real-world impact, while not by itself decisive, is frequently relevant to the question of statutory meaning⁴⁶⁷.

Si auspica inoltre un approccio più cauto nei confronti della storia legislativa, un miglior coordinamento tra la norma oggetto di interpretazione nel caso specifico e le altre norme nel sistema, un potere del giudice di intervenire in caso di obsolescenza, nel senso che alla corte deve essere riconosciuto un margine di creatività nell’adattare l’interpretazione al mutato contesto senza che essa sia vincolata all’intenzione del legislatore nel momento dell’adozione della norma⁴⁶⁸.

Quando un *judicial review* è effettivamente *aggressive*? Sembra infatti che la definizione della misura di intensità che rileva sia condizione necessaria per identificare il fenomeno oggetto di studio e impostare la stessa analisi costi-benefici.

Un sindacato potrebbe essere infatti giudicato “aggressivo” misurando tale attitudine come funzione della sua maggiore o minore intrusività (intesa come pieno accesso al

⁴⁶⁶ “Many courts have reached precisely this conclusion, holding that in the absence of a clear congressional statement, administrators may make de minimis exceptions to regulatory controls. Indeed, courts probably should require such exceptions in the absence of explicit statutory text or plausible substantive justifications to the contrary”. Ivi, p. 531.

⁴⁶⁷ Ivi, p. 533.

⁴⁶⁸ “Nonetheless, there is some basis for believing that aggressive judicial review has, in many settings, increased the incidence of legality, prevented arbitrariness, ensured against undesirable regulation, and brought about regulatory controls that have saved lives or otherwise accomplished considerable good. A major gap in current administrative law is the lack of an understanding of the characteristic functions and failures of the regulatory process, and a derivative understanding of the judicial role. Sympathetic engagement with regulatory purposes, together with a solid understanding of regulatory pathologies, ultimately might lead to a set of principles by which courts could indeed bring about “net benefits” through judicial review. No one should argue that the judiciary should play the central role in ensuring legality, rationality, or justice in the administrative process. But it would be difficult to deny that a judiciary suitably sensitive to the functions and failures of the regulatory state might well make things better rather than worse”. Ivi, p. 537.

fatto o come possibilità per il giudice di ripercorrere l'analisi tecnica dell'amministrazione verificando l'attendibilità del criterio utilizzato) ovvero in funzione della possibilità per il giudice di sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione, in via generale o ancorando tale potere sostitutivo al perseguimento di maggiori benefici rispetto a quelli determinati dalla valutazione non discrezionale dell'agenzia.

L'esame dei tratti essenziali del *judicial review* statunitense porta a ritenere che Sunstein potesse non avere in mente un sindacato sostitutivo, ma semplicemente un sindacato non totalmente deferente. L'analisi del sistema tedesco, sia pur con le approssimazioni cui un esercizio del genere costringe, ci ha portati a concludere che il sindacato del giudice a fronte di un concetto giuridico indeterminato è tendenzialmente (almeno potenzialmente) sostitutivo. Almeno potenzialmente, perché non ci sono elementi per valutare in astratto se il giudice tedesco sia incline a riconoscere una deferenza alla *Skidmore* a fronte di un'applicazione del concetto giuridico indeterminato fatta dall'amministrazione dalla particolare forza persuasiva. Per quanto riguarda invece i costi specifici di un sindacato sostitutivo, in generale, si è sostenuto che esso potrebbe rendere più onerose le decisioni amministrative, soprattutto quelle che intervengono nella modificazione dello *status quo*. Ciò si tradurrebbe in un rallentamento delle procedure deliberative, che potrebbe a sua volta disincentivare l'adozione di misure regolatorie anche quando risultino socialmente desiderabili⁴⁶⁹.

I costi determinati da un sindacato intrusivo possono incentivare le amministrazioni ad adottare solo quelle decisioni che producano benefici sufficientemente estesi. L'intensità può essere calibrata, come si è visto, con meccanismi di deferenza selettiva, a seconda che i giudici condividano o meno i contenuti e gli effetti delle decisioni dell'amministrazione⁴⁷⁰.

Alle considerazioni precedenti vengono giustapposti i classici argomenti a favore del sindacato debole: da un lato, la maggiore *accountability* delle amministrazioni rispetto ai giudici, che deriva dal vincolo fiduciario che lega il loro vertice alla

⁴⁶⁹ G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, p. 278 ss.

⁴⁷⁰ Ivi, p. 279.

politica e, laddove manchi tale vincolo fiduciario, come nel caso delle amministrazioni indipendenti, la speciale *expertise*. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, e quindi all'opportunità che corti non esperte siano deputate a sindacare, eventualmente in senso forte, l'operato di amministrazioni esperte, gli studiosi si sono concentrati su diversi profili, rilevando da un lato che grazie all'autoselezione operata dai ricorrenti il sindacato giurisdizionale si concentra su atti che presentano una probabilità di annullamento superiore alla media, dall'altro che le amministrazioni che vogliono evitare la caducazione in sede giurisdizionale dei propri atti saranno incentivate ad aumentare investimenti e risorse per non commettere errori procedurali o di valutazione⁴⁷¹. Sussistono cioè due aspetti centrali che possono portare ad un miglioramento del processo di *decision-making* dell'amministrazione anche se le corti non possiedono la necessaria *expertise* (e pertanto incorrono in errore più probabilmente di quanto facciano le amministrazioni). Il primo aspetto è legato alla circostanza che il sindacato viene innescato dai soggetti che subiscono un pregiudizio dall'emanazione o dalla mancata emanazione del provvedimento, i quali possiedono informazioni private sul caso specifico. Rinviando al modello sviluppato da Shavell⁴⁷² in relazione all'appello delle decisioni delle corti inferiori presso le corti superiori, Wangenheim rileva come il costo-ricorso possa in parte scriminare i soggetti che legittimamente aspirano al soddisfacimento delle proprie pretese da quelli che hanno visto le proprie pretese legittimamente respinte.

Parties who are negatively affected by administrative decisions decide on appealing the decision by comparing their expected gains to the cost of appealing. While the costs tend to be independent of the merits of an appeal, the expected gains increase in the legal merits as long as courts reverse the administrative decisions with higher probabilities when the legal merits of the appeal are higher. As a consequence, wrong administrative decisions are more likely to be appealed than correct ones. Thus, the unappealed decisions are on average more likely to be correct than the appealed decisions and thus than all

⁴⁷¹ Ivi, p. 278, con rinvio a G. VON WANGENHEIM, *Should Non-Expert Courts Control Expert Administrations?*, in J.-M. JOSSELIN e A. MARCIANO (a cura di), *Law and the State. A political Economy Approach*, Cheltenham, 2005, pp. 310 ss., anche disponibile in eale2002.phs.uoa.gr/papers/Wangenheim.pdf.

⁴⁷² S. SHAVELL, *The Appeals Process as a Means of Error Correction*, in "Journal of Legal Studies", 24, 1995, p. 379 ss.

administrative decisions together. As long as the courts' error probabilities are lower than the proportion of incorrectly decided cases among the appealed cases, the appeals process reduces the overall error probability. The courts' error ability thus need not be below the administrations' error probability. The self-selection of appellants compensates for the difference. Depending on its costs, the appeals triggered review may thus be justified by a reduction of overall error probabilities even if courts are more error prone than administrators⁴⁷³.

La sussistenza stessa di una possibilità di sindacato può indurre l'amministrazione che non gradisce veder caducata la propria attività ad esercitare maggiori sforzi per evitare di incorrere in errore. Si tratta quindi di un incentivo indiretto.

Once more, this may offset poor decision making by the courts. Now the courts' error probabilities may even be higher than the administration's error probability among the reviewed cases. However, the reduced error probabilities of the administration must offset both the large error probabilities of the courts and their resource costs. Obviously, the reduction in administrative error probabilities becomes small if administrators hardly can influence the reversal probability because court decisions are nearly independent of the legal merits of the reviewed cases⁴⁷⁴.

Considerazioni *lato sensu* giuseconomiche sono riscontrabili anche nelle riflessioni di alcuni degli autori tedeschi considerati nella prima parte di questo lavoro.

Ad esempio, Schmidt-Aßmann, nello stesso periodo in cui Sunstein si interroga sulla desiderabilità sociale di un *aggressive judicial review*, involontariamente compie un esercizio di analisi-costi benefici, meno sofisticato nelle intenzioni, ma nella sostanza non dissimile, nel momento in cui confronta gli effetti positivi dell'intensa attività di controllo (sintetizzati nella riflessione che il cittadino non si sente abbandonato alla mercé dell'amministrazione e ciò giova all'accettazione delle decisioni amministrative) con le conseguenze negative che ne discendono: la disponibilità all'assunzione di responsabilità da parte del funzionario amministrativo può risentirne "se egli deve sempre fare i conti con il giudice"⁴⁷⁵. Ciò rallenta il

⁴⁷³ G. VON WANGENHEIM, *op. cit.*, in eale2002.phs.uoa.gr/papers/Wangenheim.pdf, p. 5.

⁴⁷⁴ D'altra parte, se le risorse impiegate a favore dei processi amministrativi e giudiziari di *decision-making* sono considerati una variabile in grado di influenzare gli sforzi dell'amministrazione e dei giudici, un incremento di tali risorse può modificare i termini della discussione. Ivi, p. 12 ss.

⁴⁷⁵ E. SCHMIDT-ABMANN, *I limiti del sindacato dei tribunali amministrativi*, *cit.*

procedimento decisionale, sino a bloccarlo finché i tribunali non abbiano deciso una questione parallela. Anche Schmidt-Aßmann giunge così a soffermarsi sulla mancanza della consapevolezza della portata “sistemica” della decisione giudiziale, rilevando come spesso le decisioni dei tribunali determinino effetti bruschi, perché si focalizzano sulle particolarità del caso singolo senza considerare che esse finiscono con determinare delle conseguenze dall’efficacia considerevolmente più ampia⁴⁷⁶.

Già Ehmke nel 1960 a suo modo ragionava *ante litteram* in termini di efficienza del sindacato quando osservava che

meta dei tribunali amministrativi non deve essere un maximum ma un optimum di controllo, che fa coincidere interesse alla tutela giuridica del cittadino con l’interesse del cittadino ad un’amministrazione efficiente. Poiché tale optimum deve essere anche scopo dell’amministrazione, il rapporto tra quest’ultima e giurisdizione amministrativa deve essere concepito come una forma di divisione del lavoro cooperativa, e non come una contrapposizione. Nella prospettiva della dottrina positivista dell’applicazione della legge non esistono necessariamente soluzioni differenziate [...] In base a una corretta concezione dei compiti di amministrazione e giurisdizione amministrativa nel loro rapporto reciproco – come fra l’altro mostra l’esperienza straniera – ciò è ben possibile⁴⁷⁷.

La concezione sottesa alla riflessione di Ehmke sembra far coincidere l’*optimum* del controllo con un’efficienza che taluno ha battezzato come “giuridica”, per contrapporla all’efficienza in senso economico: secondo tale accezione l’efficienza delle regole dovrebbe essere commisurata all’idoneità delle stesse ad assicurare la piena attuazione delle finalità perseguite dal legislatore⁴⁷⁸: ovvero, in altri termini, la miglior tutela dell’interesse pubblico.

Questo risultato non è necessariamente ricollegato alla previsione di un intervento del giudice in funzione sostitutiva tutte le volte che venga in questione l’applicazione

⁴⁷⁶ E. SCHMIDT-ABMANN, *ibidem*.

⁴⁷⁷ H. EHMKE, “Discrezionalità” e “concetto giuridico indeterminato” nel diritto amministrativo, *cit.*, p. 78, nonché p. 47 dell’originale tedesco, *cit.*

⁴⁷⁸ V. GASPARINI CASARI, *Analisi economica del diritto amministrativo. Note a margine del convegno*, in F. MERUSI (a cura di), *Annuario, cit.*, p. 261 ss., in particolare, p. 267: tali finalità non sarebbero necessariamente consistenti nell’accrescimento della ricchezza collettiva, ma semmai in una sua più equa distribuzione; né tanto meno nel benessere complessivo dei soggetti direttamente coinvolti, quanto piuttosto nell’accrescimento del benessere collettivo o dell’intera collettività. Il rinvio è a L.A. FRANZONI, *Introduzione all’economia del diritto*, Bologna, 2003, p. 13.

di un concetto giuridico indeterminato. La ripartizione cooperativa cui fa appello Ehmke potrebbe peraltro ben essere costruita assumendo che sia maggiormente desiderabile, quanto all'allocazione del potere decisionale ultimo in relazione all'applicazione dei concetti giuridici indeterminati, una soluzione che ottimizzi il "materiale informativo" a disposizione. Questo costringe allo sforzo di individuare di volta in volta l'autorità in condizione di procurarsi e di elaborare a minor costo le informazioni necessarie⁴⁷⁹ e potrebbe pertanto far acquisire un rilievo scriminante sia all'elemento di particolare qualificazione tecnica dell'amministrazione che alla natura del procedimento in cui l'amministrazione raccoglie le informazioni.

Detto diversamente, il problema dell'ottimale allocazione del *Letztentscheidungsrecht* potrebbe essere ridotto al solo interrogativo relativo alla determinazione della regola in grado di minimizzare i costi di decisione e i costi dell'errore⁴⁸⁰, attribuendo valore decisivo all'elemento di gestione del patrimonio informativo.

6. Quale contributo dell'analisi economica del diritto al diritto amministrativo?

Dopo questa ricognizione di spunti, è opportuno chiedersi se e quale apporto possa dare l'analisi economica al diritto pubblico e al diritto amministrativo in particolare. Denozza sottolinea come sia difficile isolare il contributo specifico dell'analisi economica rispetto agli altri sviluppi teorici che stanno provocando una profonda evoluzione della materia⁴⁸¹. Rileva in primo luogo come la centralità dell'obiettivo della massimizzazione del benessere dei soggetti coinvolti nell'applicazione di una certa disciplina muova nella direzione di una disintegrazione sostanziale della nozione di interesse pubblico⁴⁸². L'adozione di uno sguardo giuseconomico

⁴⁷⁹ F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, p. 107.

⁴⁸⁰ Cfr. C.R. SUNSTEIN, *The Autonomy of Law in Law and Economics*, cit., p. 93.

⁴⁸¹ F. DENOZZA, *Poteri della pubblica amministrazione e benessere degli amministrati*, in F. MERUSI (a cura di), *Annuario*, cit., p. 12.

⁴⁸² Nella prospettiva dell'analisi costi-benefici in cui, secondo l'autore, tutti gli interessi sono percepiti come particolari e si tratta solo di misurare il grado di soddisfazione o

porterebbe alla critica della stessa nozione che fa coincidere l'interesse pubblico con l'interesse identificato come tale dalla legge. Manca infatti, il presupposto necessario perché possa prevalere questa nozione di interesse pubblico: la legge non è considerata, in una prospettiva di analisi economica, come manifestazione di una volontà comune o come aggregazione delle preferenze ma come frutto di contingenti compromessi tra diversi gruppi di pressione portatori di interessi diversi⁴⁸³.

Un altro profilo su cui si pone enfasi è l'attenzione che l'analisi economica del diritto rivolge al fenomeno dell'incompletezza. La consapevolezza, che è anche del giurista, che la legge non potrà mai disciplinare compiutamente qualsiasi fattispecie che potrà materialmente concretizzarsi assume in un'ottica giuseconomica un ruolo completamente diverso, nella misura in cui mentre il giurista sa di trovarsi di fronte ad una *fictio* perché nella sostanza l'incompletezza sarà colmata dall'intervento di un'autorità (tipicamente il giudice) che interpreterà la norma integrando la legge, in una prospettiva giuseconomica l'incompletezza ha un carattere strutturale e qualsiasi intervento interpretativo non sarà mai in grado, per definizione, di ricostruire quella volontà comune espressa nel testo che ontologicamente non esiste.

L'abbandono della finzione che sostiene il postulato della completezza delle leggi e dei contratti avrebbe come conseguenza che la concreta applicazione di ciascuna norma non è attribuibile ad un processo di progressiva "concretizzazione" del comando dall'alto verso il basso quanto alla "complessa interazione tra i diversi organi che concorrono nella applicazione della norma"⁴⁸⁴. Questa conclusione ha, secondo Denozza, due corollari. Il primo è la perdita da parte del Parlamento del ruolo di principale produttore di regole: "dal momento che non si tratta di definire un interesse superiore ma di massimizzare il benessere di soggetti interessati", può ben darsi che "tecnocrati isolati da pressioni politiche" possano assolvere questo compito più efficacemente⁴⁸⁵.

insoddisfazione che ciascuno esperirà in conseguenza dell'applicazione di una certa regola, ciò sarebbe più evidente: la critica alla concezione sostanziale dell'interesse pubblico come sintesi si alimenterebbe in una concezione che lo costruisce non come sintesi ma come "somma". Ivi, p. 13.

⁴⁸³ *Ibidem*.

⁴⁸⁴ Ivi, p. 14.

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

Il secondo corollario riguarda il ruolo dei giudici, non più intesi quali interpreti principali delle norme, dal momento che l'interprete non è più deputato a garantire "un'attuazione oggettiva e imparziale delle leggi, in funzione della realizzazione di interessi superiori", quanto a individuare di volta in volta le transazioni che massimizzano il benessere degli interessati⁴⁸⁶. Ciò non implica tuttavia che un sistema di interpretazione decentrata demandata a diversi specialisti sia il migliore. Si tratta di procedere ad una valutazione caso per caso.

Il mutamento di prospettiva è sintetizzato rilevando come si passi da un sistema in cui è centrale il valore dell'efficacia, inteso come migliore realizzazione dell'interesse pubblico, ad un sistema centrato sull'efficienza, inteso come scoperta della soluzione che di volta in volta consente la massimizzazione di tutti gli interessi coinvolti⁴⁸⁷. Così individuato, il contributo dell'analisi economica al diritto pubblico sembrerebbe assumere una valenza esclusivamente *sovversiva*, che esclude peraltro *a priori* la possibilità di una coincidenza tra efficienza e miglior realizzazione dell'interesse pubblico.

D'altra parte, la definizione di efficienza proposta da Denozza soffre di una certa misura di approssimazione nella sua identificazione⁴⁸⁸, analoga a quella che si sconta nel tentativo di individuazione dei benefici di un *aggressive judicial review* ai fini di un potenziale esercizio di *cost-benefit analysis*.

È efficiente la regola che determina un incremento del benessere collettivo (inteso come miglioramento complessivo del *sistema*, a sua volta da definirsi) o un incremento nella somma delle utilità individuali? Qual è il criterio con cui si misura

⁴⁸⁶ *Ibidem*.

⁴⁸⁷ Per dare un esempio del mutamento di prospettiva Denozza parte dal caso *Chevron*: esiste una legge che vieta di aumentare l'inquinamento complessivamente prodotto da una "fonte fissa", senza definire il concetto di fonte. Diventa quindi centrale decidere cosa si debba intendere per "fonte". La visione tradizionale richiederebbe una comparazione tra l'interesse alla diminuzione dell'inquinamento "e una ragionevole considerazione degli interessi dei privati destinatari del divieto". In una prospettiva giuseconomica, secondo Denozza, il problema diventa quello di identificare le variazioni di benessere che possono essere determinate dall'una o dall'altra interpretazione. Ma ciò finisce con l'incidere anche sulla determinazione dell'autorità che è meglio in grado di adottare questo tipo di decisioni. Cfr. *ivi*, p. 15 s.

⁴⁸⁸ Cfr. V. GASPARINI CASARI, *op. cit.*, p. 266, nota 21 in cui l'autore si sofferma sul concetto chiave di efficienza delle regole giuridiche nell'opera di F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche, cit.*

tale benessere? Le risposte possono essere tante quanti sono gli studiosi che se ne occupano⁴⁸⁹. La scelta, che è fondamentale ai fini dell'applicazione di un metodo scientifico, è anche indispensabile ai fini di un esercizio di *comparative law and economics*⁴⁹⁰. Essa non è neutrale, ma a sua volta ideologicamente condizionata.

L'assenza di una consapevolezza comune dei concetti e dei valori di riferimento nella disciplina induce, negli amministrativisti, "perplexità e cautela" nell'utilizzo di questa nuova disciplina⁴⁹¹.

Ma è possibile ragionare *a contrario*, senza partire da una data nozione di efficienza? Se cioè, nel mercato delle regole, ordinamenti diversi convergono verso una soluzione omogenea rispetto ad una specifica problematica, può ritenersi per ciò solo che la soluzione individuata sia efficiente?⁴⁹². In caso di risposta positiva, può cioè ricavarsi un criterio di efficienza in via induttiva ragionando sulla soluzione su cui i diversi ordinamenti hanno, rispetto al problema concreto, raggiunto una convergenza?

Gli interrogativi precedenti⁴⁹³, suscitati dall'adozione di un approccio *comparative law and economics* al problema che abbiamo analizzato, vengono qui lasciati aperti, nell'acquisita consapevolezza che l'analisi economica del diritto (e la sua variante *comparative*) può dare un contributo anche al diritto amministrativo. Ciò, tuttavia, solo nella misura in cui non le si chieda di dare delle risposte ai grandi e vecchi

⁴⁸⁹ In questo senso A. ARCURI, R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Enciclopedia giuridica. Aggiornamento*, VI, Milano, 2002, p. 12.

⁴⁹⁰ La *comparative law and economics* ci chiederebbe di affrontare il problema che stiamo esaminando in tre stadi: ad un primo stadio, sarebbe necessario stabilire un modello "efficiente" da un punto di vista teorico, di sindacato sui concetti giuridici indeterminati; ad un secondo stadio, il modello dovrebbe essere confrontato con le singole discipline nazionali per verificare se e in che misura siano conformi, identificando le ragioni della eventuale mancata conformità. Ad un terzo stadio dovrebbero essere identificate le condizioni in base alle quali gli ordinamenti considerati possono evolvere verso una maggiore efficienza economica. Così Y.M. LAITHIER, *Comparative Law and Economic Efficiency*, in "Henri Capitant Law Review", 1, 2010, in <http://henricapitantlawreview.net>.

⁴⁹¹ V. GASPARINI CASARI, *op. cit.*, p. 267.

⁴⁹² U. MATTEI, L. ANTONIOLLI, A. ROSSATO, *Comparative Law & Economics*, in B. BOUCKAERT, G. DE GEEST (a cura di), *Encyclopedia of Law & Economics*, I, Cheltenham, 2000, p. 505 ss.

⁴⁹³ E come questi altri interrogativi, per esempio: in che termini può valutarsi l'efficienza di un *legal transplant* come quello dell'azione di adempimento dall'ordinamento tedesco all'ordinamento italiano?

interrogativi che si pongono all'interprete al di là dei confini dei singoli ordinamenti, ma si accettino i nuovi strumenti euristici che essa offre per porsi e porre nuove domande.

CONCLUSIONI

1. Contestualizzazione dell'indagine; 2. Il contenuto e i risultati dell'indagine; 3. Rilievi conclusivi tra deferenza, titubanza, effettività della tutela ed efficienza.

1. Contestualizzazione dell'indagine

Come si è visto, i cosiddetti “concetti giuridici indeterminati” ricorrono nella definizione dei presupposti e requisiti per l'esercizio di un potere dell'amministrazione che incide talora in senso restrittivo talora in senso ampliativo della sfera giuridica dei destinatari del relativo provvedimento.

Espressioni quali “particolare rilevanza artistica e storica”, “gravi irregolarità”, “mercato rilevante”, “abuso di posizione dominante”, “consistenza” della restrizione o della distorsione del gioco della concorrenza, “sana e prudente gestione”, “necessità e urgenza”, “pericolo”, carattere “anomalo” o “economicamente più vantaggioso” dell'offerta, “dipendenza da causa di servizio”, “idoneità alla classe successiva”, e così via, contrassegnano ora le condizioni previste dalla norma per il conseguimento di una determinata utilità da parte del privato, ora i limiti posti dall'ordinamento all'esercizio di una libertà sul cui rispetto vigila l'amministrazione, diventando così oggetto di un momento valutativo-decisionale pubblico⁴⁹⁴.

Da un punto di vista logico, prescindendo cioè dal contenuto specifico della valutazione richiesta dal singolo momento applicativo (e dunque, dalla natura del potere sotteso alla stessa) la presenza del concetto giuridico indeterminato impone un'operazione di natura non meramente deduttiva ma a carattere misto induttivo-deduttivo.

Il concetto si riempie cioè di contenuto solo nel confronto con una fattispecie concreta la cui qualificazione giuridica rispetto al concetto giuridico indeterminato debba essere apprezzata in termini di sussumibilità. Queste caratteristiche dell'operazione, variamente descritte e qualificate in dottrina, la distinguono dalla

⁴⁹⁴ P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., p. 276.

mera attività di interpretazione.

Proprio in virtù di tale caratteristica sorge il problema di stabilire in che misura il giudice possa sindacare l'applicazione di un concetto giuridico indeterminato operata dall'amministrazione e chi abbia il diritto di decidere in ultima istanza (*Letztentscheidungsrecht*).

Tradizionalmente, nel nostro ordinamento, la giurisprudenza ha sempre conosciuto il fenomeno dei concetti giuridici indeterminati, senza tuttavia utilizzare l'espressione almeno fino alla giurisprudenza inaugurata dalla sentenza del Consiglio di Stato, sezione IV, 9 aprile 1999, n. 601, in cui il richiamo a tale nozione è essenzialmente l'espedito retorico per ricondurre la valutazione tecnico-discrezionale all'alveo dell'interpretazione della legge. In Italia, a fronte della presenza di un concetto giuridico indeterminato non comportante l'impiego di nozioni tecnico-scientifiche, il sindacato si è dichiarato atteggiarsi nei termini di un controllo estrinseco attraverso le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, ma nei fatti si è spesso tradotto in una rivalutazione dell'applicazione del concetto giuridico indeterminato operata dall'amministrazione, laddove la discrezionalità tecnica anche mediata dalla presenza di concetti giuridici indeterminati è stata tradizionalmente sindacata nei limiti della macroscopica evidenza dell'errore, attraverso il veicolo della manifesta illogicità e dell'evidente errore di fatto⁴⁹⁵.

L'introduzione nel processo amministrativo della consulenza tecnica ha aperto la strada ad una dimensione cosiddetta "intrinseca" del sindacato, suggellata dalla giurisprudenza inaugurata dalla pronuncia sopra richiamata, con il riconoscimento della necessità che il giudice non si arresti alla verifica dell'insussistenza di profili di evidenza *ictu oculi*, ma si spinga a considerare, grazie ai nuovi strumenti, l'attendibilità delle operazioni quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo, ferma l'impossibilità di sostituire la propria valutazione a quella dell'amministrazione.

A tratti, tuttavia, la giurisprudenza ha sembrato alludere alla possibilità di una surrogazione del giudice all'amministrazione, nel caso di inattendibilità della

⁴⁹⁵ Cfr. S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005.

valutazione.

Le riflessioni sulla discrezionalità tecnica (che incontrano quelle d'oltralpe nel momento in cui concetti giuridici indeterminati rimandino a nozioni *lato sensu* tecniche) sono maturate in un contesto in cui il rilievo di tale nozione, quanto ai termini della sindacabilità della valutazione, era limitato dalla prospettiva esclusivamente cassatorio-demolitoria del provvedimento immanente al processo amministrativo. A seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'azione di adempimento, la definizione della "discrezionalità tecnica" e dei suoi rapporti con l'attività vincolata diventa anche strumentale alla delimitazione dell'area entro i cui confini è ammessa la possibilità di condannare l'amministrazione all'adozione di un provvedimento con contenuto specifico predeterminato dalla sentenza. L'ammissibilità di tale azione è condizionata, nel Codice del processo amministrativo, dall'assenza di margini di esercizio della discrezionalità e dal carattere non necessario di "adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione"⁴⁹⁶.

Le riflessioni relative ai concetti giuridici indeterminati, alla discrezionalità tecnica e ai limiti del suo sindacato devono quindi oggi essere riconciliate con le trasformazioni in atto nel nostro processo amministrativo, dal momento che l'introduzione nell'ordinamento dell'azione di adempimento impone di riconsiderare più attentamente il discrimine tra il giudicare e l'amministrare quando siano in gioco interessi pretensivi.

D'altra parte, a prescindere dalla situazione giuridica dedotta in giudizio, se il giudice amministrativo fraintende la latitudine del proprio sindacato in relazione all'applicazione di un concetto giuridico indeterminato si apre la via del ricorso in Cassazione per violazione dei limiti esterni della giurisdizione, ora perché si lamenti un eccesso di iniziativa da parte del giudice, che straborda dai limiti della sua funzione⁴⁹⁷, ora perché si lamenti una indebita ritrosia dello stesso⁴⁹⁸. Al problema di

⁴⁹⁶ Laddove il noto *obiter dictum* dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 23 marzo 2011, n. 3 condizionava l'ammissibilità di un'azione di adempimento all'insussistenza di profili di discrezionalità amministrativa "o tecnica".

⁴⁹⁷ È il caso esaminato da Corte di Cassazione, Sez. Un., 17 Febbraio 2012, n. 2312.

far quadrare il rapporto giudice-amministrazione si aggiunge così un problema di equilibri tutto interno al potere giudiziario.

2. Il contenuto e i risultati dell'indagine

Tutto quanto precede rimane sullo sfondo della nostra indagine che, alla luce del rinnovato ma mai del tutto sopito interesse per il fenomeno dei concetti giuridici indeterminati, si è posta come obiettivo principale quello di analizzarlo in una prospettiva transordinamentale al fine di verificare come si atteggi in concreto, in sistemi giuridici diversi dal nostro, il sindacato delle valutazioni dell'amministrazione agganciate a tali concetti, per poi, in seconda battuta, esaminare quali prospettive di studio del fenomeno possa offrire l'analisi economica del diritto. Si è scelto di considerare 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 problema del sindacato dei concetti giuridici indeterminati in Germania è assunto a nucleo centrale dell'indagine (Capitolo I). Il maggior peso riconosciuto a tale esperienza giuridica è disceso dal fatto che il dibattito sui concetti giuridici indeterminati è da lì originato, attraverso lo sviluppo di una originalissima teorica che ha comunque in parte condizionato la nostra dottrina. Nell'ordinamento tedesco è stata peraltro forgiata quell'azione di adempimento che è stata oggetto di recente "importazione" nel nostro sistema di giustizia amministrativa.

Si è dunque raccontata la genesi e l'evoluzione del dibattito sugli *unbestimmte Rechtsbegriffe*, contestualizzandola, senza pretesa di ricostruzione filologica ma col solo obiettivo di evidenziare delle linee di sviluppo, fino ai giorni nostri.

⁴⁹⁸ È il caso esaminato da Corte di Cassazione, Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013, che sfiora in realtà anche il problema dell'eccesso di potere giurisdizionale.

Si è riscontrato come sia ancora forte l'ancoraggio della dicotomia discrezionalità-concetti giuridici indeterminati alla struttura della norma giuridica, che colloca la prima sul versante delle conseguenze giuridiche e i secondi sul versante della descrizione della fattispecie astratta, nonostante si registri la tendenza, almeno in dottrina, a guardare al fenomeno dell'apprezzamento in funzione di una ponderazione prescindendo dal versante dell'enunciato normativo da cui origina l'operazione.

L'attenzione è stata quindi focalizzata sull'esame diretto della giurisprudenza che, in relazione all'applicazione di concetti giuridici indeterminati, ha riconosciuto la sussistenza di una riserva a favore dell'amministrazione in diversi gruppi di casi (*Beurteilungsspielraum*). A questo scopo si è individuata e analizzata una pronuncia rappresentativa di ciascun gruppo, non solo a fini ricognitivi ma anche con l'obiettivo di verificare "empiricamente" quanto l'attitudine del giudice italiano nei confronti dell'applicazione che l'amministrazione faccia di un concetto giuridico indeterminato si discosti effettivamente da quella del giudice tedesco a fronte di analoghe circostanze di fatto.

L'indagine ha rivelato come il modello di sindacato tedesco sui concetti giuridici indeterminati non sia 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. D'altra parte, il controllo sul concetto giuridico indeterminato con spazio di valutazione si articola sulla falsariga del sindacato sull'esercizio dell'*Ermessen*. Pur essendo sicuramente "debole" non è certo estrinseco, nell'accezione deteriore del termine attribuitagli da parte della nostra dottrina, quando sia in gioco un diritto fondamentale, circostanza questa in relazione alla quale lo stesso Tribunale costituzionale invita il giudice amministrativo a non avere davvero nessuna remora, fermo il limite finale della non sostituibilità.

È invece intrinseco di fronte ad un concetto giuridico indeterminato con spazio di valutazione che importi la formulazione di una prognosi: si spinge, in questi casi, a

verificare l'attendibilità del criterio tecnico e del procedimento applicativo, con una formulazione molto simile a quella adottata dalla nostra giurisprudenza.

Negli altri casi, in presenza di un *Beurteilungsspielraum*, rilevano circostanze, apprezzabili anche da un occhio "non esperto", che traducono la scelta di un criterio di ragionevolezza: la violazione di norme che disciplinano il procedimento, l'incompletezza dell'istruttoria, il travisamento dei fatti, le violazioni del principio di uguaglianza, l'inosservanza dei principi generali che presiedono le valutazioni, l'incidenza nella valutazione di considerazioni estranee.

Il rango dogmatico dell'eccezione è tuttavia risultato non inferiore a quello del principio del controllo integrale che si propone come regola.

Rileva quindi che il sistema-icona del controllo pieno (la *vollständige tatsächliche und rechtliche Überprüfung*) ravvisi la necessità di riconoscere delle situazioni in cui il controllo del giudice sulla valutazione non discrezionale dell'amministrazione debba essere solamente "estrinseco", pur imponendo un completo accesso al fatto. Ciò obbliga, in un confronto comparatistico, a considerare le ragioni che giustificano una "riserva", che sono diversificate a seconda della fattispecie in questione e mai generalizzabili.

Nel momento in cui si pone l'enfasi sull'eccezione - rappresentata dai casi di riconoscimento di un *Beurteilungsspielraum* - e ci si cala nella concretezza del giudizio, emerge che il giudice italiano, nelle ipotesi considerate, si sarebbe presumibilmente comportato negli stessi termini del collega tedesco e il giudice tedesco, chiamato a vestire i panni di quello italiano (nell'esempio della vicenda affrontata dal TAR Lombardia e poi decisa con la sentenza n. 1428 del 2011), sarebbe potenzialmente pervenuto alle stesse soluzioni.

Nelle situazioni concrete può assistersi, dunque, ad una convergenza in punto di contenuti e livelli di tutela⁴⁹⁹, anche ove una considerazione astratta di paradigmatici modelli porterebbe ad escluderne la possibilità.

Una disamina di chiusura sul contributo di un numero di autori avvicinatissimi al problema tedesco dei concetti giuridici indeterminati ha permesso infine di

⁴⁹⁹ A. TRAVI, *Verso una convergenza dei modelli di processo amministrativo?*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, cit., p. 13.

riscontrare una tendenza a valorizzare la regola del controllo pieno o l'eccezione alla stessa, a seconda della propria personale inclinazione rispetto al problema interno della trattazione delle valutazioni tecniche dell'amministrazione.

Si è quindi passati ad esaminare l'esperienza statunitense (Capitolo II), partendo dal *tòpos* associato al precedente *Chevron* che vuole tradizionalmente più ossequioso l'atteggiamento delle corti transoceaniche rispetto alle valutazioni dell'amministrazione.

Si è constatato come la problematica dei concetti giuridici indeterminati non sia del tutto estranea a quella tradizione e come il dibattito si articoli in certa misura in termini analoghi all'omologo continentale. Si è analizzato il precedente *Chevron* e la dottrina da esso scaturita, in parte sviluppando una vita autonoma. L'analisi della giurisprudenza e dei contributi più recenti della letteratura sul tema ha tuttavia mostrato come si possa dubitare che il precedente *Chevron* sia il termine di riferimento corretto per un confronto comparatistico relativo al sindacato sui concetti giuridici indeterminati, venendo in considerazione in tale pronuncia una questione di pura interpretazione ("*pure question of law*") piuttosto che una questione di "sussunzione" ("*mixed question of law and fact*") e non essendo ancora chiarito dalla dottrina d'oltreoceano quale sia l'impatto di *Chevron* sulle problematiche del secondo tipo.

L'esame della giurisprudenza pre-*Chevron* relativa alle "*mixed question of law and fact*" mostra comunque un'attitudine di sindacato essenzialmente deferente. Sulla scorta dei criteri elaborati da parte della dottrina, ci sono gli estremi per concludere che, nei confronti della qualificazione giuridica del fatto operata dall'amministrazione, operi una deferenza di *default* in assenza di indizi che depongano in senso sfavorevole all'applicazione di tale deferenza, laddove al fine di invocare il precedente *Chevron* è comunque necessario risolvere positivamente alcune questioni applicative pregiudiziali.

Si è riscontrato peraltro come, ove la complessiva valutazione innescata dalla presenza nella norma del concetto giuridico indeterminato presupponga l'esercizio di poteri discrezionali o il ricorso a saperi di natura tecnica, entri potenzialmente in gioco il criterio di sindacato della *hard look doctrine*, formalmente diverso perché

più intrusivo, ma non necessariamente nella sostanza meno deferente, perché altrettanto ancorato ad un criterio di ragionevolezza.

Come si è visto, non è possibile operare generalizzazioni al fine di identificare un modello unitario di sindacato relativo ai concetti giuridici indeterminati negli Stati Uniti, essendo l'incisività dello stesso funzione di diverse variabili, quali la natura dell'amministrazione in causa, la sua *expertise*, lo *statute* di riferimento, né sia possibile apprezzare in astratto la problematica nell'ottica di un'eventuale condanna dell'amministrazione ad un *facere* specifico, in quanto la tutela riconosciuta in via generale è di natura caducatoria e la possibilità di ingiungere l'adozione di specifici provvedimenti è circoscritta agli *statute* che espressamente la contemplano.

Alla luce delle risultanze che, scaturendo da un'indagine solo abbozzata, sono per loro natura parziali, può dirsi confermata una tendenza del giudice statunitense alla "deferenza" nei confronti dell'amministrazione quando sia in gioco l'applicazione di un concetto giuridico indeterminato, dove tale attitudine non rappresenta tuttavia una forma di "esitazione" all'esercizio del sindacato sul *whole record*, ma è una rispettosa considerazione dalle ragioni dell'amministrazione quando emerga la forza persuasiva del criterio e del metodo dalla stessa seguiti. Il parametro di riferimento, sia pur diversamente declinato nei diversi *standard* e diversamente concretizzato a fronte delle diverse fattispecie materiali, è dunque anche in questo caso una misura di ragionevolezza.

Si è da ultimo proposta una "variazione sul tema" dei concetti giuridici indeterminati in chiave di analisi economica del diritto (Capitolo III), sottolineando 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.

La letteratura giuseconomica ha proposto diverse chiavi di lettura che si prestano ad essere utilizzate ai fini di un'indagine sui concetti giuridici indeterminati, che spaziano dalle considerazioni relative al dilemma *principal-agent* derivanti dall'inquadramento del concetto giuridico indeterminato nelle ipotesi di delega implicita dell'interpretazione, al classico dibattito *rules vs. standards* che attiene alle modalità ottimali di redazione del precetto giuridico fino al tema, che interessa

maggiormente, relativo all'opportunità che corti per definizioni non esperte sindacino l'operato di amministrazioni dotate di particolare qualificazione tecnica.

Come si è visto, l'adozione di un approccio di analisi economica consente anche di abbozzare una spiegazione in merito al carattere di indeterminatezza del criterio di sindacato giudiziale applicabile negli Stati Uniti: proprio tale indeterminatezza consentirebbe al giudice di essere più o meno deferente nelle singole specifiche occasioni, a seconda che la decisione dell'amministrazione oggetto di sindacato si ponga o meno in linea con il bagaglio di valori di cui è portatore.

I profili più interessanti emergono però dalle riflessioni sulla possibilità di individuare un livello ottimale di intensità di sindacato. Se ci si interroga sulla desiderabilità sociale di un sindacato più "aggressivo" e si tenta di elaborare delle risposte attraverso un esercizio di analisi costi-benefici ci si scontra con alcuni problemi, in primo luogo di natura definitoria.

L'individuazione dei benefici è, infatti, collegata al valore relativo assegnato agli obiettivi sottesi al sindacato giudiziale e, dunque, collegata alle preferenze relative a tali obiettivi di chi compie l'esercizio di analisi, ferma la validità della generale considerazione secondo cui quanto più intrusivo è il sindacato giudiziale tanto maggiore sarà lo sforzo profuso dall'amministrazione per evitare di incorrere in errore.

D'altra parte, un problema di natura definitoria concerne a monte la stessa applicazione dell'analisi economica al diritto amministrativo, laddove si ragioni della nozione di efficienza da adottare quale architrave del sistema.

3. Rilievi conclusivi tra deferenza, titubanza, effettività della tutela ed efficienza

Volendo tirare le fila della nostra indagine, quali ulteriori riflessioni è possibile ricavarne?

Quanto ai contenuti, è parso che la tradizionale operazione intellettuale di associazione tra il dibattito italiano sulla discrezionalità tecnica e quello tedesco sui concetti giuridici indeterminati non sia effettuata del tutto a buon diritto, perché il

fenomeno dei concetti giuridici indeterminati abbraccia, oltralpe, ipotesi distinte ed eterogenee. Alcune di queste sarebbero, con le categorie domestiche, qualificate come discrezionali, ma non possono essere in quel sistema ricondotte all'*Ermessen* perché, come l'indagine ha mostrato, la prospettiva tedesca è ancora "avvinghiata" alla struttura della norma giuridica e alla distinzione tra fattispecie astratta e conseguenze giuridiche.

Tale ripartizione ideale, che appare a primo acchito così forzata e fittizia, non è metodologicamente da disprezzare nella misura in cui finisce concettualmente col tradursi nel monito al giudice di distinguere in via generale il momento di accertamento del fatto dalla considerazione dell'eventuale valutazione discrezionale, senza che la naturale ritrosia che contraddistingue, per tradizione, il sindacato sulla discrezionalità condizioni l'altro esercizio.

Quando si ragioni di valutazioni dell'amministrazione, quindi, appellarsi ai "concetti giuridici indeterminati" al fine di evocare l'omonima teorica tedesca può essere appropriato ove si traduca nell'adozione di un *modus operandi* analogo a quello d'oltralpe e, pertanto, in un'esauritiva indagine sui presupposti del potere⁵⁰⁰.

In questo senso, la dottrina tedesca sui concetti giuridici indeterminati può rappresentare una valida ispirazione "di metodo". È invece fuorviante richiamare tale dottrina, come fece il Consiglio di Stato nella sentenza n. 601 del 1999, ai fini di un'"ispirazione" quanto ad intensità e risultato del sindacato, a meno che il rinvio non sia supportato dalla consapevolezza che in Germania, come si è visto, il sindacato del giudice a fronte di un concetto giuridico indeterminato può atteggiarsi in maniera diversa a seconda del concetto e del complessivo enunciato normativo in cui si esso si colloca (in chiave debole-estrinseca, debole-intrinseca o forte), assumendo potenziale rilievo anche altre variabili.

In quest'ottica, lasciarsi suggestionare dalla teorica tedesca sui concetti giuridici indeterminati potrebbe opportunamente portare il giudice a differenziare ipotesi che oggi sono accomunate da un'identità quanto ad intensità e risultato del sindacato solo perché frettolosamente o acriticamente ricondotte sotto l'ombrello della "discrezionalità tecnica". Ciò consentirebbe di superare, una volta per tutte, tale

⁵⁰⁰ Cfr. A. TRAVI, in G. FALCON, *op. cit.*, p. 17.

nozione - che incombe sul giudice amministrativo come la spada di Damocle - e di riconsiderare il problema del riconoscimento della possibilità di un sindacato sostitutivo a fronte di concetti giuridici indeterminati che comportino valutazioni, problema che rileva anche ai fini del dibattito sull'ammissibilità, in tali ipotesi, dell'azione di adempimento.

La possibilità di sostituzione del giudice all'amministrazione (e quindi di condanna di quest'ultima ad un *facere* specifico) sarebbe così circoscritta ai casi in cui, dalla natura del concetto giuridico indeterminato e dal contesto normativo in cui è inserito, non si evinca una volontà del legislatore nel senso del carattere infungibile della valutazione da parte della p.a.

Tutte le volte che si ricavi dall'ordinamento un'indicazione nel senso di tale infungibilità, attraverso la valorizzazione di circostanze quali lo *status* dell'amministrazione, le caratteristiche del procedimento in cui si contestualizza l'applicazione del concetto, fino all'estrema soggettività del giudizio (senza per questo dover allargare forzosamente le maglie della discrezionalità, quella vera), il sindacato potrebbe atteggiarsi come estrinseco o intrinseco, a seconda delle caratteristiche specifiche che assume la valutazione.

La valutazione che importi l'impiego di un criterio tecnico richiederà così una verifica di attendibilità che si estende alla scelta dello stesso, imponendo un esame di plausibilità non in astratto, ma con riferimento alle specificità del caso concreto.

Il riconoscimento della possibilità di un sindacato forte può peraltro fare la differenza solo a fronte di una valutazione che risulti inattendibile agli occhi del giudice.

A fronte di una valutazione che si mostri attendibile anche quanto ad adeguatezza del criterio tecnico e della sua applicazione al caso concreto, il giudice, comprendendola, finirà col dividerla e dunque farla propria⁵⁰¹. In tali ipotesi, la circostanza che il giudice abbia nel suo strumentario anche il potere di sostituirla sembra quindi, nei fatti, irrilevante.

Anche in Germania, patria del principio del controllo pieno, nei casi in cui esso si applica senza temperamenti, è il dubbio rispetto all'accertamento effettuato

⁵⁰¹ In questi termini si esprime anche la Corte di Cassazione, Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

dall'amministrazione ad innescare la ricerca autonoma da parte del giudice di una diversa soluzione secondo la propria convinzione⁵⁰².

Non si può d'altra parte chiedere al giudice di trovare, in un giudizio di legittimità, una soluzione tecnicamente migliore di quella proposta dall'amministrazione: la superiorità relativa di una soluzione tecnica opinabile è, a sua volta, questione opinabile, in relazione alla quale non si vede perché la bilancia del giudice e del suo consulente dovrebbe pesare più della spada dell'amministrazione⁵⁰³. La spada, dunque, resterebbe nelle mani (e sul capo) del tiranno e non si sposterebbe sulla testa di Damocle.

Un altro ordine di riflessioni scaturisce dall'esame dell'esperienza transoceanica.

Se è vero che gli Stati Uniti possono offrire degli scenari di sindacato potenzialmente più deferenti quando si discute dell'applicazione della norma al fatto, e ciò anche in presenza di concetti giuridici indeterminati, il livello di sindacato concretamente in gioco dipende dalla situazione effettivamente dedotta e dal singolo concetto. L'atteggiamento del giudice statunitense potrebbe nei fatti non differire da quello del giudice tedesco e da quello del giudice italiano. Il tentativo di studiare convergenze tra "modelli" non sembra quindi possibile, non solo perché ciascuna esperienza resta indelebilmente segnata dalla tradizione giuridica in cui è maturata⁵⁰⁴, ma anche perché la complessità dei sistemi consente di fatto di apprezzare simmetrie e asimmetrie solo in relazione a singoli momenti di tutela nel loro concreto svolgimento.

A ben considerare, peraltro, l'identità di risultato nel sindacato concretamente operato da giudici appartenenti ad esperienze diverse potrebbe comunque non corrispondere ad un'identità di *animus*: il giudice potrebbe cioè mostrarsi concretamente deferente, perché intimamente persuaso dalla correttezza, sia in punto di logica, che in punto di tecnica, della valutazione sottesa all'applicazione del concetto giuridico indeterminato, oppure perché semplicemente esitante.

L'effettività della tutela sembra compatibile con la deferenza, ma non con la titubanza.

⁵⁰² E. SCHMIDT-ABMANN, *I limiti del sindacato dei tribunali amministrativi*, cit.

⁵⁰³ L'immagine è mutuata, come noto, da F. LEDDA, *op. cit.*, p. 314.

⁵⁰⁴ Cfr. A. TRAVI, in G. FALCON, *op. cit.*, p. 13.

L'indagine mostra tuttavia un risultato ulteriore, sul quale sembra opportuno concentrare l'attenzione. In tutte le esperienze considerate, 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, si riscontra 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.

Gli ordinamenti convergono cioè sulla constatazione dell'impossibilità di garantire sempre e comunque un controllo integrale sull'applicazione di tali concetti.

La confluenza di ordinamenti diversi verso questo dato comune solleva il dubbio che la necessità di circoscrivere il controllo a un parametro di ragionevolezza sia dettata da caratteristiche intrinseche dell'esercizio richiesto al giudice. Ciò anche quando vengano in considerazione questioni di natura *lato sensu* tecnica.

Nel momento in cui il giudice si confronti con una valutazione ancorata ad un sapere che non possiede direttamente (ragionandosi, in questo senso, di una questione "tecnica") e venga quindi ad attingere al bagaglio euristico del consulente tecnico, egli non potrà comunque conoscere, e quindi comprendere, la valutazione ausiliaria più di quanto conosca della valutazione dell'amministrazione. Sarà cioè altrettanto impossibilitato ad entrare nel "merito" della questione. Lo stesso controllo esercitabile dal giudice sulla consulenza tecnica non è, difatti, mai pieno⁵⁰⁵: si configura anche questo come controllo *ab extrinseco*, ancorato a criteri di logica, essendo il giudice in grado di operare una verifica "in concreto"⁵⁰⁶ solo attraverso il filtro della motivazione fornita⁵⁰⁷. Un confronto tra soluzioni tecniche davanti a un giudice naturalmente *imperitus* è quindi possibile solo in termini di ragionevolezza.

⁵⁰⁵ A. PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 2012, p. 434.

⁵⁰⁶ F.P. LUISO, *Diritto Processuale Civile, II, Il processo di cognizione*, Milano, 2007, p. 92 S.

⁵⁰⁷ Proprio in ragione di tali caratteristiche è stato sostenuto che "modificato il molto o il poco che vi è da modificare", il controllo del giudice civile sull'attività del consulente tecnico "ricorda molto il controllo di legittimità del giudice amministrativo in ordine ai provvedimenti amministrativi". A. PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 435.

Non c'è pertanto ragione logica, oltre che giuridica, per ritenere che il giudice debba poter preferire la valutazione del consulente a quella dell'amministrazione nella misura in cui entrambe si collochino nello spettro della piena ragionevolezza.

Si verrebbe altrimenti surrettiziamente ad introdurre un principio di disfavore nei confronti dell'amministrazione, privilegiando la diversa soluzione del consulente *solo perché* non promana dalla medesima⁵⁰⁸.

Da quanto precede sembra potersi inoltre ricavare come corollario che, ove la valutazione dell'amministrazione si palesi agli occhi del giudice come non sostenibile, mentre la valutazione risultante dalla consulenza tecnica appaia attendibile, il giudice potrà eleggere tale valutazione a fondamento di una condanna dell'amministrazione ad adottare un provvedimento specifico esclusivamente nel caso in cui la soluzione dettata dal consulente risulti l'unica possibile, perché il venir meno della soluzione prospettata dall'amministrazione riduce in concreto a zero i margini di opinabilità. Qualora invece, caducata la valutazione dell'amministrazione, siano in astratto ancora possibili più "stati del mondo", non c'è spazio se non per una rinnovazione del procedimento, che consenta all'amministrazione di fare autonomamente ammenda dei propri errori.

Concludendo, i concetti giuridici indeterminati si pongono al crocevia di tensioni insolubili lungo le assi dei rapporti legge-amministrazione-privato-giudice, immanenti a qualsiasi ordinamento giuridico.

Tali tensioni vengono gestite in sistemi diversi attraverso la ricerca di equilibri, variamente ottenuti, comunque fondati sul riconoscimento che il controllo del giudice sull'amministrazione in relazione all'applicazione di concetti indeterminati non possa – e dunque non debba – essere sempre pieno. Custode di tali equilibri resta comunque il giudice in quanto arbitro della ragionevolezza e dell'opinabilità, che ha

⁵⁰⁸ Cfr. invece Travi, quando afferma che "un ordinamento che privilegia la valutazione tecnica peggiore, solo perché essa proviene dall'amministrazione, condanna un Paese al declino, perché rinuncia a ricercare e a premiare la soluzione tecnicamente migliore". A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, in Atti del convegno annuale di studi di Copanello, dal tema "Sindacato giurisdizionale e 'sostituzione' della pubblica amministrazione", 2011, p. 9.

in questo senso l'ultima parola anche quando non sia investito del *Letztentscheidungsrecht*⁵⁰⁹.

Tale riconoscimento è la soluzione, variamente articolata, verso la quale le esperienze giuridiche considerate sembrano convergere, come mosse da una “mano invisibile” in cui parrebbe leggersi la stessa “natura delle cose”.

⁵⁰⁹ Cfr. sul punto S. COGNETTI, *op. cit.*, p. 362 s., che rileva: “Ma stabilire se in una fattispecie esistono margini di incertezza, oppure accertare che tali margini sono più ristretti di quanto ritenga erroneamente (si fa per dire) l'autorità amministrativa, cos'altro è se non assumere il ruolo di arbitro dell'incertezza stessa e acquistare il dominio di essa? Se così è, e lo è, la palla passa inevitabilmente al giudice, vero regista dell'indeterminatezza, al quale prima di decidere spetta decidere se ed entro quali limiti decidere”.

BIBLIOGRAFIA

- ADAMO G., *Il processo amministrativo tedesco visto da vicino*, in www.giustizia-amministrativa.it
- ALEXY R., *Ermessensfehler*, in “JuristenZeitung”, 1986, p. 701 ss.
- ALEXY R., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in “Ratio Juris”, 16, 2003, p. 433 ss.
- ALLEGRA F.M., *Mapping the Contours of the Abuse of Discretion Standard of Judicial Review*, in “Virginia Tax Review”, 13, 1994, p. 423 ss.
- ARCURI A., R. PARDOLESI R., *Analisi economica del diritto*, in *Enciclopedia giuridica. Aggiornamento*, VI, Milano, 2002, p. 7 ss.
- ASPRONE M., MARASCA M., RUSCITO A., *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009
- BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967
- BACHOF O., *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in “JuristenZeitung”, 1955, p. 98 ss.
- BACHOF, O., *Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum*, in “JuristenZeitung”, 1972, p. 641 ss.
- BADURA P., *Limiti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 1, 1984, p. 104 ss.
- BADURA P., *Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes*, in *Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag am 6. März 1984*, München, 1984, p. 169 ss.
- BALDWIN R., *Rules and Government*, Oxford, 1995
- BAMBERGER K.A., STRAUSS P.L., *Chevron's Two Steps*, in “Virginia Law Review”, 95, 2009, p. 611 ss.
- BARRON D.J., KAGAN E., *Chevron's Nondelegation Doctrine*, in “Supreme Court Review”, 2001, 2001, p. 201 ss.

BAWN K., *Political Control Versus Expertise: Congressional Choices about Administrative Procedures*, in "The American Political Science Review", 89, 1995, p. 62 ss.

BEERMANN J.M., *End the Failed Chevron Experiment Now: How Chevron Has Failed and Why It Can and Should Be Overruled*, in "Connecticut Law Review", 42, 2010, p. 779 ss.

BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953

BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 842 ss.

BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986

BERNATZIK E., *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien 1886-Aalen 1964

BIFULCO R., *La giustizia amministrativa nella Repubblica Federale di Germania*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, 1996, p. 255 ss.

BOBEK M., *Reasonableness in Administrative Law: A Comparative Reflection on Functional Equivalence*, in BONGIOVANNI G., SARTOR G., VALENTINI C. (a cura di), *Reasonableness and Law*, New York, 2009, p. 313 ss.

BLOMGREN BINGHAM L., *The Next Generation of Administrative Law: Building the Legal Infrastructure for Collaborative Governance*, in "Wisconsin Law Review", 2010, p. 297 ss.

BOVE M., *Il sindacato della Corte di Cassazione. Contenuto e limiti*, Milano, 1993

BREYER S., *Judicial Review of Questions of Law and Policy*, in "Administrative Law Review", 38, 1986, p. 363 ss.

BREYER S., *On the Uses of Legislative History in Interpreting Statutes*, in "Southern California Law Review", 65, 1992, p. 845 ss.

BULLINGER M., *Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung*, in "JuristenZeitung", 1984, p. 1001 ss.

CAMMEO F., *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in "Giurisprudenza italiana", III, 1902, p. 276 ss.

CAMMEO F., *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910

CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914 - Padova, 1960 con note

di aggiornamento di G. MIELE

CAPONI R., *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in “Il Foro Italiano”, 10, 2010, p. 271 ss.

CAPONIGRO R., *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it

CARLI C., *Il caso Chevron. Interpretazione del giudice e interpretazione dell'amministrazione negli Stati Uniti*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 4, 1995, p. 959 ss.

CARPENTIERI P., *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del Codice del processo amministrativo)*, in “Diritto Processuale Amministrativo”, 2013, p. 385 ss.

CARRÀ M., *Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco*, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009

CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003

CASSESE S., *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in F. MERUSI (a cura di), *Annuario. Analisi economica e diritto amministrativo (2006). Atti del convegno annuale dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 87 ss.

CASSESE S., *Giuristi ed economisti: metodo e metodi nello studio del diritto*, in “Giornale di Diritto amministrativo”, 2002, p. 341 ss.

CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in “Diritto Processuale Amministrativo”, 1984, p. 463 ss.

CERULLI IRELLI V., *La discrezionalità tecnica sotto la lente del g.a.*, in “Urbanistica e appalti”, Milano, 2001, p. 878 ss.

CLARICH M., *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in “Diritto Processuale Amministrativo”, 1, 1985, p. 66 ss.

CLARICH M., *L'effettività della tutela nelle sentenze del giudice amministrativo*, in “Diritto Processuale Amministrativo”, 1998, p. 523 ss.

CLARICH M., *Un approccio “madisoniano”*, in F.A. GRASSINI (a cura di) *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001

CLARICH M., *La giustizia amministrativa nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in “Jus”, 2008, p. 394 ss.

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013

CODINI E., *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008

COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993

COGNETTI S., *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in A. ANGELETTI (a cura di) *Le clausole generali nel diritto amministrativo*, in “Giurisprudenza italiana”, 2012, p. 1212 ss.

COGNETTI S., *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminatezza della norma e opinabilità del fatto da sussumere*, in “Diritto e processo amministrativo”, 2013, p. 349 ss.

COHEN L.R., SPITZER M.L., *Judicial Deference to Agency Action: A Rational Choice Theory and an Empirical Test*, 68, 1996, in “Southern California Law Review”, p. 431 ss.

COOTER R., *Administrative Law and Economics*, in “The Selected Works of Robert Cooter”, in http://works.bepress.com/robert_cooter/62

CORPACI A., *Azione di adempimento e ordinanza propulsiva*, in “Osservatorio sul codice del processo amministrativo”, coordinato da M. CLARICH, R. CHIEPPA, LUISS-Guida al diritto, 2011, in www.ricerca.giurisprudenza.luiss.it e www.diritto24.ilsole24ore.com

CZARNEZKI J.J., *An Empirical Investigation of Judicial Decisionmaking, Statutory Interpretation & the Chevron Doctrine in Environmental Law*, in “University of Colorado Law Review”, 79, 2008, p. 767 ss.

D’ALBERTI M., *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in “Rivista del diritto commerciale”, 2007, p. 239 ss.

D’ANGELO G., *Giudice amministrativo e riconoscimento della dipendenza della malattia da causa di servizio*, in “Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario”, 2012, p. 1403 ss.

DAVIS K.C., *Administrative Law Treatise*, San Diego, 1979

DAVIS K.C., PIERCE R.J., *Administrative Law Treatise*, Boston, 1994

DE LISE P., *Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa per l'anno 2012*, in www.giustizia-amministrativa.it

DENOZZA F., *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in "Mercato Concorrenza Regole", 3, 2000, p. 469 ss.

DENOZZA F., *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002

DENOZZA, *Poteri della pubblica amministrazione e benessere degli amministrati*, in F. MERUSI (a cura di), *Annuario. Analisi economica e diritto amministrativo (2006). Atti del convegno annuale dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 5 ss.

DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995

DE PRETIS D., *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, nota a Consiglio di Stato Sent. 601/1999, in "Giornale di diritto amministrativo", 1999, p. 1179 ss.

DE PRETIS D., *Valutazioni tecniche della Pubblica Amministrazione*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, p. 6176 ss.

DE PRETIS D., *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 283 ss.

DE SLOOVERE F.J., *Steps in the Process of Interpreting Statutes*, in "New York University Law Review", 10, 1934, p. 538 ss.

DELSIGNORE M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in "Diritto Processuale Amministrativo", 2000, p. 182 ss.

DETTERBECK S., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2011

DI MARIO A., *L'azione di adempimento entra nel processo amministrativo*, in "Osservatorio sul codice del processo amministrativo", coordinato da M. CLARICH, R. CHIEPPA, LUISS-Guida al diritto, 2011, in www.ricerca.giurisprudenza.luiss.it e www.diritto24.ilsole24ore.com

DI MODUGNO N., *L'azione di adempimento secondo una recente sentenza*, in "Osservatorio sul codice del processo amministrativo", coordinato da M. CLARICH, R. CHIEPPA, LUISS-Guida al diritto, 2011, in www.ricerca.giurisprudenza.luiss.it e www.diritto24.ilsole24ore.com

DIVER C.S., *The Optimal Precision of Administrative Rules*, in "Yale Law Journal" 93, 1983, p. 65 ss.

DOMGÖRGEN U., WEGNER A., *Das Klageverfahren in I. Instanz* in J. BRANDT, M. S SACHS (a cura di), *Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, München, 2009

DORFMAN-GONZALEZ M., *Chevron's Flexible Agency Expertise Model: Applying the Chevron Doctrine to the BIA's Interpretation of the INA's Criminal Law-Based Aggravated Felony Provision*, in "Fordham Law Review", 82, 2013, p. 973 ss.

DRECHSLER T., *Public Health Endangerment and Standards of Proof: Ethyl Corp. v. EPA*, in "Boston College Environmental Affairs Law Review", 6, 1977, p. 227 ss.

DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), 1978

EHMKE H., „Ermessen“ und „unbestimmte Rechtsbegriffe“ im Verwaltungsrecht, Tübingen, 1960

EHMKE H., "Discrezionalità" e "concetto giuridico indeterminato" nel diritto amministrativo, Napoli, 2011

EHRlich I., POSNER R.A., *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, in "Journal of Legal Studies", 3, 1974, p. 257 ss.

EIFERT M., *Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung: Ermessen, Beurteilungsspielräume sowie Planungsentscheidungen und ihre gerichtliche Kontrolle*, in "Zeitschrift für das Juristische Studium", 4, 2008, p. 336 ss.

ENGISH K., *Le fait et le droit en droit allemand*, in AA.VV., *Le fait et le droit. Etudes de Logique juridique*, Bruxelles, 1961

ENGISH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970

EPSTEIN L., LANDES W.M., POSNER R.A., *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*, Cambridge (MA), 2013

ERICHSEN, H-U., *Die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs- und Kontrollmaßgaben im Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung*, in "Deutsches Verwaltungsblatt", 1985, p. 22 ss.

FABIANI E., *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, standards valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in "Foro italiano", I, 1999, p. 3558 ss.

FABIANI E., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003

FALCON G., FRAENKEL C., *Ordinamento processuale amministrativo tedesco, (VwGO)*, Trento, 2000

FALZEA A., *Efficacia giuridica* in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano, 1965

FARINA C.R., *Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, in “Columbia Law Review”, 89, 1989, p. 452 ss.

FEHLING M., *Comparative Administrative Law and Administrative Procedure. Annual Report - 2011 - Germany*, in www.ius-publicum.com

FERRARA L., *L'azione di adempimento è il traguardo?*, in “Osservatorio sul codice del processo amministrativo”, coordinato da M. CLARICH, R. CHIEPPA, LUISS-Guida al diritto, 2011, in www.ricerca.giurisprudenza.luiss.it e www.diritto24.ilsole24ore.com

FERRARI E., Recensione a E. PACHE, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Tübingen, 2001 in “Diritto Pubblico”, 1, 2004, p. 347 ss.

FERRERI S., *Interprete e traduzione nel diritto*, IN E.I FERRARI (A CURA DI), *Interpretazione e traduzione del diritto: atti del convegno tenuto a Trento presso la Facoltà di giurisprudenza il 30 novembre 2007*, Padova, 2008

FOLLIERI E., *Con l'azione di adempimento si opera una frattura tra il processo e l'azione amministrativa*, in “Osservatorio sul codice del processo amministrativo”, coordinato da M. CLARICH, R. CHIEPPA, LUISS-Guida al diritto, 2011, in www.ricerca.giurisprudenza.luiss.it e www.diritto24.ilsole24ore.com

FONDERICO G., *Conversione delle azioni e condanna all'adempimento nella sentenza n. 472/2011 del Tar Lazio*, in “Osservatorio sul codice del processo amministrativo”, coordinato da M. CLARICH, R. CHIEPPA, LUISS-Guida al diritto, 2011, in www.ricerca.giurisprudenza.luiss.it e www.diritto24.ilsole24ore.com

FONTANA A., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale*, nota a Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 10 giugno 2011, n. 418, in “Foro amministrativo”, 2011, p. 3216 ss.

FORTE M., *May Legislative History Be Considered at Chevron Step One? The Third Circuit Dances the Chevron Two-Step in United States v. Geiser*, in “Villanova Law Review”, 54, 2009, p. 727 ss.

C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa: Germania - Austria - Italia*, Trento, 2004

FRANZONI L.A., *Introduzione all'economia del diritto*, Bologna, 2003

GALANTI E., *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d'Italia*, 64, 2009, in www.bancaditalia.it.

GALLO C.E., *La sentenza di condanna all'adozione del provvedimento amministrativo* in "Osservatorio sul codice del processo amministrativo", coordinato da M. CLARICH, R. CHIEPPA, LUISS-Guida al diritto, 2011, in www.ricerca.giurisprudenza.luiss.it e www.diritto24.ilsole24ore.com

GALLIGAN D., *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999

GAMBA C., *Diritto societario e ruolo del giudice*, Padova, 2008

GARRY P.M., *Judicial Review and the 'Hard Look' Doctrine*, in "Nevada Law Journal", 7, 2006, p. 151 ss.

GASPARINI CASARI V., *Analisi economica del diritto amministrativo. Note a margine del convegno*, in F. MERUSI (a cura di), *Annuario, Analisi economica e diritto amministrativo (2006). Atti del convegno annuale dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 261 ss.

GARLAND M., *Deregulation and Judicial Review*, in "Harvard Law Review", 98, 1985, p. 549 ss.

GERHARDT M., §114, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ABMANN, R. PIETZNER (a cura di), *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, München, 1998

GIANI L., *Spunti di riflessione in tema di controllo della discrezionalità tratti dall'ordinamento giuridico statunitense*, in "Diritto amministrativo", 4, 1996, p. 769 ss.

GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939

GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica dell'interpretazione*, Milano, 1939, ora in *Scritti*, I, Milano, 2000

GIANNINI M.S., *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, 1941, p. 493

GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, in *Scritti*, X, Milano, 2008

GIANNINI M.S., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1965

- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970
- GIARDINO E., Nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 ottobre 2001, n. 5287, in “Foro italiano”, 2002, p. 414 ss.
- GIUSTI A., *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007
- GIVATI Y., STEPHENSON M.C., *Judicial Deference to Inconsistent Agency Statutory Interpretations*, in “The Journal of Legal Studies”, 40, 2011, p. 85 ss.
- GRECO R., *L'istruttoria e l'accertamento del fatto nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011
- GUASTINI R., *Hart su indeterminatezza, incompletezza, e discrezionalità giudiziale*, in “Ragion pratica”, 2003, p. 395 ss.
- HANXIN G., *Conclusiveness of the Federal Trade Commission's Findings as to Facts*, in “Michigan Law Review”, 23, 1924-1925, p. 233 ss.
- HART H.L. A., *Il concetto di diritto*, Torino, 1965
- HEALY M.P., *Reconciling Chevron, Mead, and the Review of Agency Discretion: Source of Law and the Standards of Judicial Review*, in “George Mason Law Review”, 19, 2011, p. 1 ss.
- HECK P., *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in “Archiv für die civilistische Praxis”, 1914, p. 1 ss.
- HEILEK W., *Cenni sulla giustizia amministrativa in Baviera/Germania*, in www.giustizia-amministrativa.it
- HERDEGEN M., *Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich*, in “JuristenZeitung”, 1991, p. 747 ss.
- HILL H., *Normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften*, in “Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht”, 1989, p. 401 ss.
- HOFFMANN-RIEM W., *Verwaltungskontrolle – Perspektiven*, in SCHMIDT-ABMANN E., HOFFMANN-RIEM W. (a cura di), *Verwaltungskontrolle*, Baden-Baden, 2001, p. 325 ss.
- HUFEN C., *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff*, in “Zeitschrift für das Juristische Studium”, 5, 2010, p. 603 ss.

IMMENGA U., MESTMÄCKER E. (a cura di), *GWB. Kommentar zum Kartellgesetz*, München, 2001

JAFFE L.L., *Administrative Procedure Re-examined: The Benjamin Report*, in “Harvard Law Review”, 56, 1943, p. 704 ss.

JAFFE L.L., *Judicial Review: Substantial Evidence on the Whole Record* in “Harvard Law Review”, 64, 1950-1951, p. 1233 ss.

JAFFE L.L., *Judicial Review: Question of Law*, in “Harvard Law Review”, 69, 1955, p. 239 ss.

JAFFE L.L., *Judicial Review: Question of Fact*, in “Harvard Law Review”, 69, 1955, p. 1020 ss.

JAFFE L.L., *Judicial Control of Administrative Action*, Boston, 1965

JHERING R., *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1865

JELLINEK W., *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913

JESCH D., *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, in “Archiv des öffentlichen Rechts”, 82, 1957, p. 163 ss.

KADES E., *The Laws of Complexity & the Complexity of Laws: The Implications of Computational Complexity Theory for the Law*, in “Rutgers Law Review”, 49, 1996-1997, p. 403 ss.

KAPLOW L., *Rules vs. Standards: An Economic Analysis*, in “Duke Law Journal”, 42, 1992, p. 557 ss.

KELLNER H., *Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozeßpraxis*, in “Neue Juristische Wochenschrift”, 1966, p. 857 ss.

KELLNER H., *Neue Erkenntnisse zum sogenannten Beurteilungsspielraum?*, in “Die öffentliche Verwaltung”, 1972, p. 804 ss.

KENNEDY D., *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in “Harvard Law Review”, 89, 1976, p. 1685 ss.

KOCH H.J., *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, Frankfurt am Main, 1979

KOENIG C., *Zur gerichtlichen Kontrolle sogenannter Beurteilungsspielräume im Prüfungsrecht*, in "Verwaltungsarchiv", 83, 1992, p. 351 ss.

KOPP F.O., SCHENKE W.R. (a cura di), *VwGO. Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, München, 2013

KUMER S., *The Accidental Agency*, in "Florida Law Review", 65, 2013, p. 229 ss.

LAITHIER Y.M., *Comparative Law and Economic Efficiency*, in "Henri Capitant Law Review", 1, 2010, in <http://henricapitantlawreview.net>

LAWSON G., KAM S., *Making Law Out of Nothing at All: The Origins of the Chevron Doctrine*, in http://works.bepress.com/gary_lawson/165

LAZZARA P., *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, in "Diritto amministrativo", 2, 1996, p. 301 ss. (*DeJure*, in www.iusexplorer.it)

LAZZARA P., *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive*, in "Diritto processuale amministrativo", 2000, p. 182 ss.

LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001

LAZZARA P., *La normativa tecnica. Integrazione tra pubblico e privato nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Milano, 2012, p. 395 ss.

LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987, pp. 247 e ss.

LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967

LEVIN R.M., *Identifying Questions of Law in Administrative Law*, in "Georgetown Law Journal", 74, 1985-1986, p. 1 ss.

LEVIN R.M., *"Vacation at Sea": Judicial Remedies and Equitable Discretion in Administrative Law*, in "Duke Law Journal", 53, 2003, p. 291 ss.

LOMBARDI VALLAURI L., *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in "Jus", 1999, p. 155 ss.

LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983

LUZZATI C., *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990

LUZZATI C., *Le metafore della vaghezza*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1999*, 1999, p. 117 ss.

MANNING J.F., *Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules*, in “Columbia Law Review”, 96, 1996, p. 612 ss.

MARCHETTI B., *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti*, Padova, 2005

MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985

MATHEWS J., *Deference Lotteries*, in corso di pubblicazione in “Texas Law Review”, 91, 2013, attualmente disponibile in http://www.law.illinois.edu/pdf/lecture-file-Deference_Lotteries.pdf

MATTARELLA B.G., *Perseverare diabolicum?*, in “Osservatorio sul codice del processo amministrativo”, coordinato da M. CLARICH, R. CHIEPPA, LUISS-Guida al diritto, 2011, in www.ricerca.giurisprudenza.luiss.it e www.diritto24.ilsole24ore.com

MATTEI U., *Efficiency in Legal Transplants: an Essay in Comparative Law and Economics*, in “International Review of Law and Economics”, 1994, p. 3 ss.

MATTEI U., ANTONIOLLI L., ROSSATO A., *Comparative Law & Economics*, in B. BOUCKAERT, G. DE GEEST (a cura di), *Encyclopedia of Law & Economics*, I, Cheltenham, 2000, p. 505 ss.

MATTEI U., MONTI A., *Comparative Law & Economics*, in www-1.unipv.it/websiep/wp/291.pd, anche in A. N. HATZIS (a cura di), *Economic Analysis of Law: a European Perspective*, Cheltenham, 2001

MAURER H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2011

MENCHINI S., *L'azione di adempimento incontra il limite della discrezionalità, non delle clausole generali*, in “Osservatorio sul codice del processo amministrativo”, coordinato da M. CLARICH, R. CHIEPPA, LUISS-Guida al diritto, 2011, in www.ricerca.giurisprudenza.luiss.it e www.diritto24.ilsole24ore.com

MERRILL T.W., *Judicial Deference to Executive Precedent*, in “Yale Law Journal”, 101, 1992, p. 969 ss.

MERRILL T.W., *Article III, Agency Adjudication, and the Origins of the Appellate Review Model of Administrative Law*, in “Columbia Law Review”, 111, 2011, p. 941 ss.

MERRILL T.W., HICKMAN K.E., *Chevron's Domain*, in “Georgetown Law Journal”, 89, 2001, p. 833 ss.

MERUSI F., *Giustizia amministrativa ed autorità amministrative indipendenti*, in “Diritto amministrativo”, 2, 2002, p. 181 ss.

MERUSI F., *Variazioni su tecnica e processo*, in “Diritto Processuale Amministrativo”, 2004, p. 973 ss.

MERUSI F., *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in “Diritto Amministrativo”, 3, 2007, p. 424 ss.

MERUSI F., *La teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo*, in “Diritto Amministrativo”, 2009, p. 873 ss.

MERUSI F., *Giurisdizione e amministrazione: ancora separazione dopo il codice sul processo amministrativo?*, in *Atti del XVI Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna, 23-25 settembre 2010*, Milano, 2011, p. 49 ss.

MERUSI F., *Osservazioni sulla sentenza del TAR Lombardia, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428*, in “Osservatorio sul codice del processo amministrativo”, coordinato da M. CLARICH, R. CHIEPPA, LUISS-Guida al diritto, 2011, in www.ricerca.giurisprudenza.luiss.it e www.diritto24.ilsole24ore.com

MILES T.J., SUNSTEIN C.R., *Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron*, in “University of Chicago Law Review”, 73, 2006, p. 823 ss.

MILES T.J., SUNSTEIN C.R., *The Real World of Arbitrariness Review*, in “University of Chicago Law Review”, 75, 2008, p. 761 ss.

MOLITERNI A., *Vigilanza creditizia e diritto amministrativo nella fase di avvio della procedura di amministrazione straordinaria delle banche (nota a Cons. St., sez IV, 11 novembre 2010, n. 8016)*, in “Il Foro amministrativo – CdS”, 10, 2011, p. 1915 ss.

MONAGHAN H.P., *Marbury and the Administrative State*, in “Columbia Law Review”, 83, 1983, p. 1 ss.

MORTATI C., *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, Roma, 1936, ora in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, III, Milano, 1972

MUIR WATT H., *La fonction subversive du droit comparé*, in “Revue de droit international et de droit comparé”, 2000, p. 503 ss.

MURPHY R.W., *Judicial Deference, Agency Commitment, and Force of Law*, in “Ohio State Law Journal”, 66, 2005, p. 1013 ss.

NAPOLITANO G. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007

NAPOLITANO G., ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009

NAPOLITANO G., *Analisi economica del diritto*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, p. 299 ss.

NATHANSON N.L., *Administrative Discretion in the Interpretation of Statutes*, in “Vanderbilt Law Review”, 3, 1949-1950, p. 470 ss.,

NIGRO M., *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in “Foro italiano”, 1967, p. 9 ss.

OSTER J.S., *The Scope of Judicial Review in the German and U.S. Administrative Legal Systems*, in “German Law Journal”, 9, 2008, p. 1267 ss.

OSTER J.S., *Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht*, Baden-Baden, 2010

OTTAVIANO V., *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell’Amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987, p. 313 ss.

Outlines sugli Standard of Review elaborate dalla *Ninth Circuit Court of Appeals* e disponibili all’indirizzo http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/uploads/guides/stand_of_review/I_Definitions.pdf

PACHE E., *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Tübingen, 2001

PAOLANTONIO N., *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, nota a Cons. Stato, Sez. VI, 3 luglio 2002, n. 3637, in “Foro amministrativo”, 2002, p. 2587 ss.

PAPIER H.J., *Verwaltungsverantwortung und gerichtliche Kontrolle*, in W. BLÜMEL, D. MERTEN, H. QUARITSCH (a cura di), *Verwaltung im Rechtsstaat, Festschrift für C. H. Ule zum 80. Geburtstag*, Köln, 1987, p. 244 ss.

PELAGATTI G., *Valutazioni tecniche dell’amministrazione pubblica e sindacato giudiziario, un’analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 1992, p. 184 ss.

PERFETTI L. R., *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in “Foro amministrativo”, 1997, I, p. 1742 ss.

PERFETTI L. R., *Commento a Cons. Stato, sez. IV 9 aprile 1999, n. 601*, in “Foro amministrativo”, 2000, p. 422 ss.

- PIERCE R.J., *Legislative Reforms of Judicial Review of Agency Actions*, in “Duke Law Journal”, 44, 1994-95, p. 1110 ss.
- PIERCE R. J., Jr., *Seven Ways To Deossify Agency Rulemaking*, in “Administrative Law Review”, 47, 1995, p. 59 ss.
- PIERCE R.J., SHAPIRO S.A., VERKUIL P.R., *Administrative Law and Process*, New York, 1999
- PIRAINO S., *Tecnica e discrezionalità amministrativa*, in “Nuova rassegna”, 1992, p. 1053 ss.
- PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Varese, 1964
- POSNER R.A., *Statutory Interpretation-in the Classroom and in the Courtroom*, in “University of Chicago Law Review”, 50, 1983, p. 800 ss.
- POST R.C., *Reconceptualizing Vagueness: Legal Rules and Social Orders*, in “California Law Review”, 1994, p. 490 ss.
- PREDIERI A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997
- PRESUTTI E., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in “Giurisprudenza italiana”, 1910, p. 19.
- PRESUTTI E., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911
- RASELLI A., *Il potere discrezionale del giudice civile*, Padova, 1927, ora in *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975
- RANELLETTI O., *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912
- REESE J.H., *Bursting the Chevron Bubble: Clarifying the Scope of Judicial Review in Troubled Times*, in “Fordham Law Review”, 73, 2004, p. 1103 ss.
- REUß H., *Der unbestimmte Rechtsbegriff – Seine Bedeutung und seine Problematik*, in “Deutsches Verwaltungsblatt”, 68, 1953, p. 649 e ss
- RODI M.T., *Verpflichtungsklage tedesca: brevi cenni su “Spruchreife” e limiti all’obbligo giudiziale di “Aufklärung”*, in “Osservatorio sul codice del processo amministrativo”, coordinato da M. CLARICH, R. CHIEPPA, LUISS-Guida al diritto, 2011, in www.ricerca.giurisprudenza.luiss.it e www.diritto24.ilsole24ore.com
- RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in “Rivista Critica del Diritto Privato”, V-4, 1987, p. 712 e ss.

ROGERS J.R., *Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interaction*, in “American Journal of Political Science”, 84, 2001, p. 84 ss.

ROMANO-TASSONE A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987

ROMANO-TASSONE A., *A proposito della sentenza n. 1428/2011 del TAR Lombardia* in “Osservatorio sul codice del processo amministrativo”, coordinato da M. CLARICH, R. CHIEPPA, LUISS-Guida al diritto, 2011, in www.ricerca.giurisprudenza.luiss.it e www.diritto24.ilsole24ore.com

ROSSI SANCHINI M., *La sentenza del Tar Lombardia, Milano, sez. III, 8.6.2011, n. 1428: nuove prospettive per il remand in un giudizio incentrato sul rapporto?*, in “Osservatorio sul codice del processo amministrativo”, coordinato da M. CLARICH, R. CHIEPPA, LUISS-Guida al diritto, 2011, in www.ricerca.giurisprudenza.luiss.it e www.diritto24.ilsole24ore.com

ROTH W., *Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen und Vergleiche gegen Behörden*, in “Verwaltungsarchiv”, 2000, p. 12 ss.

RUBENSTEIN D.S., *Relative Checks. Towards Optimal Control of Administrative Power*, in “William and Mary Law Review”, 51, 2010, p. 2169 ss.

RUBIN E.L., *The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions*, in “Harvard Law Review”, 105, 2001, p. 1399 ss.

RUPP H.H., *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen, 1965

RUPP H.H., *Ermessen, unbestimmter Rechtsbegriff und kein Ende*, in *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, I, Berlin-New York, 1987

SACCO S., *Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law*, in “American Journal of Comparative Law”, 39, 1991, p. 1 ss. (*Part I*), p. 343 ss. (*Part II*)

SAITTA F., *Appunti preliminari per un’analisi economica del processo amministrativo*, in in F. MERUSI (a cura di), *Annuario. Analisi economica e diritto amministrativo (2006). Atti del convegno annuale dell’associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 281 ss.

SALES N.A., ADLER J.H., *The Rest Is Silence: Chevron Deference, Agency Jurisdiction, and Statutory Silences*, in “University of Illinois Law Review”, 5, 2009, p. 1497 ss.

SALMONI F., *Le norme tecniche*, Milano, 2001

SALVIA F., *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in “*Diritto Processuale Amministrativo*”, 1992, p. 685 ss.

SANDULLI M. A., *La consulenza tecnica d'ufficio*, in “*Foro amministrativo TAR*”, 2008, XII, p. 3533 ss.

SANDULLI A., *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013

SASSANI B., *L'azione di adempimento e i limiti dell'azione di accertamento*, in “*Osservatorio sul codice del processo amministrativo*”, coordinato da M. CLARICH, R. CHIEPPA, LUISS-Guida al diritto, 2011, in www.ricerca.giurisprudenza.luiss.it e www.diritto24.ilsole24ore.com

SAVONA P., *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni giuridiche controverse*, in www.federalismi.it, 25, 2011

SCALIA A., *Judicial Deference to Administrative Interpretation of Law*, in “*Duke Law Journal*”, 3, 1989, p. 511 ss.

SCALIA A., *The Rule of Law As a Law of Rules*, in “*University of Chicago Law Review*”, 56, 1989, p. 1175 ss.

SCHAUER F., *The Convergence of Rules and Standards*, in “*New Zealand Law Review*”, 2003, p. 303 ss.

SCHENKE W.R., *Verwaltungsprozessrecht*, München, 2009

SCHINAIA M. E., *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della Pubblica Amministrazione*, in “*Diritto Processuale Amministrativo*”, 1999, p. 1101 ss.

SCHMIDT-ABMANN E., *I limiti del sindacato dei tribunali amministrativi*, in “*Diritto Processuale Amministrativo*”, 4, 1995, p. 683 ss.

SCHMIDT-ABMANN E., *Verwaltungskontrolle. Einleitende Problemskizze*, in SCHMIDT-ABMANN E., HOFFMANN-RIEM W. (a cura di), *Verwaltungskontrolle*, Baden-Baden, 2001, p. 9 ss.

SCHMIDT-ABMANN E., *Art. 19 Abs IV*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG (fondato da), *Grundgesetz, Kommentar. Loseblattsammlung*, München, 2003

SCHMIDT-ABMANN E., HOFFMANN-RIEM W. (a cura di), *Verwaltungskontrolle*, Baden-Baden, 2001

SCHMIESZEK H-P., *Allgemeine Einführung zur Entwicklung, Funktion und Unabhängigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in J. BRANDT, M. SACHS (a cura di), *Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, cit., p. 352 ss.

SCHOLZ R., *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in “Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, 34, 1976

SCHRÖDER R., *L'azione di adempimento §§ 42 comma 1 113 comma 5 del codice di procedura amministrativa tedesco federale (VwGO)*. Relazione per il convegno d'autunno dell'Associazione dei Giudici amministrativi tedeschi-italiani e francesi. Milano, 7 ottobre 2011 in www.agatif.org

SCHULZ W., *Beurteilungsspielräume als Wissensproblem - am Beispiel der Regulierungsverwaltung*, in “Rechtswissenschaft”, 3, 2012, p. 330 ss.

SCHULZE-FIELITZ, H. *Zusammenspiel von öffentlich- rechtlichen Kontrollen der Verwaltung*, in SCHMIDT-ABMANN E., HOFFMANN-RIEM W. (a cura di), *Verwaltungskontrolle*, Baden-Baden, 2001, p. 219 ss.

SCHWARTZ B., *Mixed Questions of Law and Fact and the Administrative Procedure Act*, in “Fordham Law Review”, 19, 1950, p. 73 ss.

SCHWARTZ B., *Judicial Review of Administrative Action: Mixed Questions of Law and Fact*, in “Georgetown Law Journal”, 50, 1961-1962, p. 684 ss.

SCHWARZE J., *European Administrative Law*, London, 2006

SCOCA F. G., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998

SCOCA F. G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 2000, p. 1050 ss.

SECCHI F., *L'esecuzione del giudicato amministrativo nell'esperienza italiana e tedesca: le soluzioni al problema dell'inottemperanza*, tesi di dottorato di ricerca discussa nell'anno 2010 presso l'Università di Trento, disponibile all'indirizzo http://eprints-phd.biblio.unitn.it/312/2/Secchi_tesi_dottorato.pdf

SEIDENFELD M., *A Syncopated Chevron: Emphasizing Reasoned Decisionmaking, in Reviewing Agency Interpretations of Statutes*, in “Texas Law Review”, 73, 1994, p. 83 ss.

SEIDENFELD M., *Chevron's Foundation*, in “Notre Dame Law Review”, 86, 2013, p. 273 ss., anche in <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol86/iss1/5>

SEVERINA I., *Valutazione dell'amministrazione e controllo giurisdizionale in*

Germania tra diritto interno e diritto comunitario, in “Diritto Processuale Amministrativo”, 2, 2008, p. 641 e ss.

SHAPIRO M., *Administrative Discretion: The Next Stage*, in “Yale Law Journal”, 92, 1982, p. 1487 ss.

SHAPIRO S.A., LEVY R.E., *Judicial Incentives and Indeterminacy in Substantive Review of Administrative Decisions*, in “Duke Law Journal”, 44, 1995, p. 1051 ss.

SHAVELL S., *The Appeals Process as a Means of Error Correction*, in “Journal of Legal Studies”, 24, 1995, p. 379 ss.

SHAVELL S., *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, Torino, 2005

SIGISMONDI G., *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012.

SMITH P.J., *Chevron Step Zero After City of Arlington*, in “Tax Notes”, 140, 2013, p. 713 ss.

SMORTO G., *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in “Europa e diritto privato”, 1, 2010, p. 223 ss.

SOELL H., *Das Ermessen der Eingriffsverwaltung*, Heidelberg, 1973

SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2012

SPATTINI G. C., *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in “Diritto Processuale Amministrativo”, 2011, I, p. 133 ss.

STACK K.M., *Interpreting Regulation*, in “Michigan Law Review”, 111, 2012, p. 355 ss.

STARCK C., *Das Verwaltungsermessen und dessen gerichtliche Kontrolle*, in *Bürger - Richter - Staat. Festschrift für Horst Sendler, Präsident des Bundesverwaltungsgerichts zum Abschied aus seinem Amt*, München, 1991, p. 167 ss.

STATON J.K., VANBERG G., *The Value of Vagueness: Delegation, Defiance, and Judicial Opinions*, in “American Journal of Political Science”, 52, 2008, p. 504 ss.

STEPHENSON M.C., *Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, and the Choice Between Agencies and Courts*, in “Harvard Law Review”, 119, 2006, p. 1035 ss.

STEPHENSON M.C., *The Strategic Substitution Effect: Textual Plausibility, Procedural Formality, and Judicial Review of Agency Statutory Interpretations*, in “Harvard Law Review”, 120, 2006-2007, p. 528 ss.

STEPHENSON M.C., *Rationalizing Hard Look Review after the Fact*, in “Harvard Law Review”, 22, 2009, p. 1909 ss.

STEPHENSON M.C., VERMEULE A., *Chevron Has Only One Step*, in “Harvard Public Law Working Paper” No. 08-24, disponibile in ssrn

STERN R.L., *Review of Findings of Administrators, Judges and Juries: a Comparative Analysis*, in “Harvard Law Review”, 58, 1944-1945, p. 70 ss.

STEWART N.C., *Bridging the Divide: Finding Common Ground on the Modern Chevron Debate*, in “The Selected Works of Nicholas C Stewart”, disponibile in http://works.bepress.com/nicholas_stewart/2

STRAUSS P.L., *“Deference” is Too Confusing - Let’s Call Them “Chevron Space” and “Skidmore Weight”*, in “Columbia Law Review”, 112, 2011, p. 1143 ss.

SUNSTEIN C.R., *On the Costs and Benefits of Aggressive Judicial Review of Agency Action*, in “Duke Law Journal”, 3, 1989, p. 522 ss.

SUNSTEIN C.R., *Law and Administration after Chevron*, in “Columbia Law Review”, 90, 1990, p. 2071 ss.

SUNSTEIN C.R., *The Autonomy of Law in Law and Economics*, in “Harvard Journal of Law and Public Policy”, 21, 1997-1998, p. 89 ss.

SUNSTEIN C.R., *Beyond Marbury: The Executive’s Power to Say What the Law Is*, in “Yale Law Journal”, 115, 2006, p. 2580 ss.

SUNSTEIN C.R., *Chevron Step Zero – Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper no. 91*, in <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html> e in “Virginia Law Review”, 92, 2006, p. 187 ss.

TEZNER F., *Zur Lehre von den freien Ermessen der Verwaltungsbehörde*, Wien, 1888

THONI M., *Die Abwägung konfligierender Interessen im Öffentlichen Recht – einrechtsökonomischer Annäherungsversuch*, in “Journal für Rechtspolitik”, 16, 2008, p. 131 ss.

TOBLER C., *The Standard of Judicial Review of Administrative Agencies in the U.S and EU: Accountability and Reasonable Agency Action*, in “Boston College International and Comparative Law Review”, 22, 1999, p. 213 ss.

TRAVI A., *Nota a Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601*, in “Foro italiano”, 2001, p. 9

TRAVI A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in “Diritto pubblico”, 2004, p. 439 ss.

TRAVI A., *Recensione a Enrico Fabiani, Clausole generali e sindacato della Cassazione*, in “Diritto pubblico”, 2005, p. 663 ss.

TRAVI A., *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia "amministrativa"?*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 3, 2006, p. 310 ss.

TRAVI A., *Commento alla sentenza n. 348/2007*, in “Foro italiano”, 2008, I, p. 39 ss.

TRAVI A., *Verso una convergenza dei modelli di processo amministrativo?*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, p. 7 ss.

TRAVI A., *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, Relazione per il convegno dell'Associazione dei Giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi, Milano, 7 ottobre 2011, in www.agatif.org

TRAVI A., *Giurisdizione e amministrazione*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e 'sostituzione' della pubblica amministrazione: atti del convegno di Copanello, 1-2 luglio 2011*, Milano, 2011, p. 3 ss.

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012

TRAVI A., *Giudizio di Ottemperanza*, in “Diritto Online - Treccani”, in www.treccani.it, 2013

TRUJILLO I., *Pensare e ragionare da giuristi: interpretazione e ragionamento giuridico*, in “Ragion pratica”, 1, 2010, p. 59 ss.

TULLOCK G., *On the Desiderable Degree of Detail in Law*, in “European Journal of Law and Economics”, 2, 1995, p. 199 ss.

ULE C.H., *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München, 1955, p. 309 ss.

ULE, C.H., *Zur Bedeutung des Rechtsstaatsbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, in “Deutsches Verwaltungsblatt”, 1963, p. 475 ss.

VAN DEN HAUWE L., *Public Choice, Constitutional Political economy and Law and Economics*, in BOUCKAERT B., DE GEEST G. (a cura di), *Encyclopedia of Law and Economics*, I, Cheltenham, 2000, p. 603 ss.

VELLUZZI V., *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in “Etica e Politica”, 1, 2006, p. 1 ss.

VELLUZZI V., *Clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010

VENEZIANO S., *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, Testo della relazione italiana all’XI Convegno di diritto amministrativo “*Concetti giuridici a contenuto indeterminato e giurisdizione amministrativa*”, organizzato dalla Associazione dei Giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi a Palermo il 14 ottobre 2005, in www.giustizia-amministrativa.it.

VERDE G., *Sulla sentenza del TAR Lombardia-Milano n. 1428/2011* in “Osservatorio sul codice del processo amministrativo”, coordinato da M. CLARICH, R. CHIEPPA, LUISS-Guida al diritto, 2011, in www.ricerca.giurisprudenza.luiss.it e www.diritto24.ilsole24ore.com

VERMEULE A., *The Delegation Lottery*, in “Harvard Law Review”, 119, 2006, p. 104 ss.

VILLA V., *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*, in “Ragion pratica”, 2010, 1, p. 11 ss.

VILLA V., *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*, Torino, 2012

VOLPE F., *Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo*, in “Diritto Amministrativo”, 4, 2008, p. 791 ss.

WAHL R., *Risikobewertung der Executive und richterliche Kontrolldichte Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren*, in “Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht”, 1991

WANGENHEIM G. VON, *Should Non-Expert Courts Control Expert Administrations?*, in J.-M. JOSSELYN e A. MARCIANO (a cura di), *Law and the State. A political Economy Approach*, Cheltenham, 2005, pp. 310 ss., anche in eale2002.phs.uoa.gr/papers/Wangenheim.pdf

WILLIAMS S.F., “*Hybrid Rulemaking*” under the Administrative Procedure Act: A Legal and Empirical Analysis, in “University of Chicago Law Review”, 42, 1975, p. 401 ss.

WOLFF H.A., §113 VwGO, in H. SODAN, J. ZIEKOW (a cura di), *Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar*, Baden-Baden, 2006

WOLFF H.J., BACHOF O., STOBER R., *Verwaltungsrecht*, München, 1974

WURZEL K. G., *Das juristische Denken*, Wien, Perles, 1904

ZEI A., *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, 2008

ZITELMANN E., *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879