





# JURA

Temi e problemi  
del diritto

## STUDI

*discipline civilistiche*  
*discipline penalistiche - Criminalia*  
*discipline pubblicistiche*  
*filosofia del diritto*  
*storia del diritto*

## TESTI

## CLASSICI

*collana diretta da*

Italo Birocchi, Marcello Clarich,  
Aurelio Gentili, Fausto Giunta,  
Mario Jori, Vito Velluzzi



Andrea Averardi

Sindacato sul potere pubblico  
e attivismo giudiziale

*visualizza la scheda del libro sul sito [www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)*



Edizioni ETS



[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

*Il volume è stato pubblicato con il contributo della Scuola IMT Alti Studi di Lucca.*

© Copyright 2025

EDIZIONI ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)

[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

*Distribuzione*

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

*Promozione*

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884677280-0

ISSN 2283-5296

*Nel fraterno ricordo di  
Francesco Spadaccia*



## INDICE

<i>Introduzione</i>	11
<i>Capitolo primo</i>	
<i>Juristocracy</i> e giustizia amministrativa	15
1. I volti ambigui della <i>juristocracy</i>	15
2. Il nodo della «ragione politica» della giustizia amministrativa	21
3. La matrice giurisprudenziale del diritto amministrativo e la «stagione dei principi»	30
4. I giudizi di valore tra clausole generali, amministrazione e giudice	40
4.1. Tecnificazione, valutazioni scientifiche e <i>judicial review</i>	48
5. Il contenzioso amministrativo e gli interessi in conflitto: una mappatura	56
6. Dal diritto giurisprudenziale ai giudici che governano e amministrano?	61
<i>Capitolo secondo</i>	
La magistratura amministrativa nel sistema politico istituzionale	69
1. Premessa	69
2. La natura atipica della magistratura amministrativa e l'ideologia del giudice amministratore	71
3. Le nomine governative e l'osmosi tra esecutivo e Consiglio di Stato	80
4. Gli incarichi extra-giudiziali, ovvero il paradosso della neutralità	89
5. Il Consiglio di Stato tutore dell'effettività della regolamentazione e quasi-legislatore	100
<i>Capitolo terzo</i>	
Attivismo giudiziale e giurisprudenza amministrativa	113
1. Premessa	113
2. I limiti esterni della giurisdizione tra effettività della tutela e conflittualità tra corti	114
3. La nomofilachia para-regolamentare e l'incrementalismo giudiziario	124

4. Diritto giurisprudenziale e creatività giudiziale	134
4.1. La dottrina delle corti	138
4.2. Le «ribellioni» del giudice amministrativo	142
5. Giudicare e (è) amministrare	146
5.1. La manipolazione degli effetti temporali delle sentenze di annullamento e il bilanciamento di interessi	150
5.2. La surrogazione delle valutazioni tecniche del giudice a quelle dell'amministrazione	153
5.3. La logica giudiziale ponderativa e l'uso funzionale dei principi	156
<i>Conclusioni</i>	161

## INTRODUZIONE

«Ho letto molti libri ma ad essi non credo»

*Czeslaw Milosz*

Il rilievo pubblico acquisito dalle decisioni giudiziarie ha assunto oggi un grado di trasversalità e di pervasività che, con ogni probabilità, non avrebbe immaginato neppure chi, più di mezzo secolo fa, aveva letto nella *giurisdizionalizzazione* del potere l'affermarsi di un peculiare ruolo dei tribunali quali attori del cambiamento sociale e politico<sup>1</sup>.

Peraltro, a una prima e ampia lettura, dovrebbe risultare agevole rilevare che i principali fattori che nei moderni ordini giuridici hanno concorso a elevare la posizione dei giudici e del momento giurisprudenziale appaiono tutt'altro che recessivi.

È il caso della scomposizione del sistema delle fonti in chiave *deterritorializzata* e *detipicizzata*<sup>2</sup>, specchio della perdita dell'ancoraggio statale del potere pubblico e della sua riconfigurazione maggiormente confacente ai dettami della globalizzazione economica, in veste costituzionalmente «puntiforme» e «multipolare»<sup>3</sup>. O ancora della correlata gemmazione su scala planetaria di sempre nuovi diritti i quali, rispondendo a istanze di giustizia sostanziale, di solito transnazionale, vengono sempre più spesso reclamati direttamente in sede contenziosa, affidando ai giudici una dirimente sovranità interpretativa e applicativa e finendo così per lasciare trasparire una qualche surroga della politica con un diritto di formazione giurisprudenziale<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Da prospettive diverse, seminali, su tutti, i lavori di A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962, di M. SHAPIRO, *Law and Politics in the Supreme Court: New Approaches to Political Jurisprudence*, The Free Press of Glencoe, New York, 1964 e, ancora, di M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1970.

<sup>2</sup> Cfr. G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 13 ss. e B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 2014, pp. 20 ss., ai quali si può altresì rimandare per l'ampia letteratura.

<sup>3</sup> Così, M.R. FERRARESE, *Il costituzionalismo puntiforme e l'invisibilità dei poteri globali*, in *Nomos*, 2018, pp. 1 ss., con riflessioni poi sviluppate in ID., *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Il Mulino, Bologna, 2022. Nella sconfinata letteratura giuridica sulla globalizzazione, pericolosamente oscillante tra apologia e critica preconcetta, una visione equilibrata si trova, per esempio, in D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 3 ss.

<sup>4</sup> A riguardo, tra i numerosi, specialmente sul punto dell'intersezione tra la posizione delle corti e il riconoscimento dei diritti, già A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo di virtù*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 11 ss. Un'immagine fedele dell'attuale richiesta giurisdizionale ancor prima che politica dei diritti è offerta dall'intensa diffusione globale della *climate change litigation*, su cui è fiorita una vastissima letteratura. Per un inquadramento, tra i vari, C. HUGLO, *Le contentieux climatique: une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant, Bruxelles, 2018.

Se ne potrebbe quasi dedurre che la spinta verso un diritto «casistico» sia ormai ineluttabile e che l'ingresso, anche negli ordinamenti di *civil law*, di paradigmi e tecniche da *judge-made law* stia avvenendo in modo tutto sommato lineare<sup>5</sup>.

In realtà, la crescita dell'incidenza (anche politica) della giustizia, pur essendo riscontrabile in tutte le democrazie contemporanee, si manifesta con differenze significative a seconda del contesto di riferimento, sia nel senso dell'intensità che della direzione dell'attivismo giudiziario<sup>6</sup>. Del resto, il ruolo sempre più incisivo e pervasivo assunto dalla giurisdizione impatta o, per meglio dire, *scuote* in maniera diversa gli ordinamenti anche perché la sua incidenza sistemica dipende evidentemente dalle varie interpretazioni che si possono dare al principio della separazione dei poteri<sup>7</sup>.

Alquanto peculiare, in questo quadro di affermazione della *juristocracy*<sup>8</sup>, appare la posizione della giustizia amministrativa in Italia.

Le ragioni di ciò sono intuitive.

Una fondamentale parte del diritto amministrativo italiano (come ovviamente di quello francese) si è sviluppata in via pretoria, «sulle ginocchia» del Consiglio di Stato, al punto che, proprio con riferimento al rilievo del *judge-made law*, si è persino registrato un certo «imbarazzo» degli osservatori anglosassoni, stupiti nel trovare, in un sistema tanto lontano da quello entro cui si muove il giudice inglese o nord-americano, un'impronta così marcata della creatività giurisprudenziale<sup>9</sup>.

Inoltre, lo stesso Consiglio di Stato, nell'arco di tutta la sua storia, ha strenuamente difeso la propria natura e funzione composita, quale parte dell'amministrazione e giudice dell'amministrazione e come consulente governativo prossimo alla politica, seppure «geloso della sua separatezza»<sup>10</sup>.

Il dato storico resta cruciale ma non ci si può chiaramente fermare a esso.

In ogni epoca, difatti, gli spazi della giurisdizione o del diritto giurisprudenziale si riassetano continuamente, accentuando, a seconda del momento, alcune tensioni

<sup>5</sup> Del resto, quasi un trentennio fa era stato osservato che l'enfasi sul crescente rilievo del potere giudiziario e della giurisprudenza stava diventando «una sorta di luogo comune». In questi termini L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 102.

<sup>6</sup> Così, G. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *Democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 9.

<sup>7</sup> Non casualmente, è stato sostenuto che qualsiasi moderna riflessione gius-pubblicistica dovrebbe muovere precisamente da una rivisitazione critica del paradigma montesquieano della separazione dei poteri. Cfr. B. ACKERMAN, *Good-bye Montesquieu*, in S.R. ACKERMAN, P. LINDSETH (eds.), *Comparative Administrative Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2010, pp. 128 ss. A riguardo, di recente, riferendosi all'ordinamento italiano, si veda S. CASSESE, *Esiste in Italia una separazione dei poteri?*, in *La separazione dei poteri*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2023, spec. pp. VIII ss.

<sup>8</sup> L'espressione è tratta da R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2004.

<sup>9</sup> In questi termini, S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Pasquini, A. Sandulli, Giuffrè, Milano, 2001, p. 1.

<sup>10</sup> G. MELIS, *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 1999, p. 58, ma sul punto, ovviamente, si veda sempre M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, pp. 1371 ss., ora in ID., *Scritti giuridici in onore di Salvatore Pugliatti*, II, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 995 ss.

tra le varie componenti ordinamentali<sup>11</sup>. D'altronde, sono anche i modelli di giustizia a evolvere, e questo è risultato particolarmente percepibile per quello della giustizia amministrativa, non solo italiana, rispetto al quale, da oltre un ventennio, si evoca la sempre maggiore capacità di collocare al centro del sistema l'effettività della tutela dei cittadini, oltre l'interesse alla stretta legalità<sup>12</sup>.

Per un arco temporale piuttosto lungo e a noi prossimo, il prisma principale attraverso cui esaminare queste trasformazioni (in atto o potenziali) è stato soprattutto quello della ricostruzione critica delle garanzie accordate dal giudice amministrativo, nell'ottica di tentare di comprendere sino a che punto ricorressero ipotesi in cui quest'ultimo fosse portato a calibrare la portata della legge e dei principi di solito a vantaggio dell'interesse espresso in giudizio dall'amministrazione<sup>13</sup>.

L'analisi di quali siano i reali *standard* di effettività e di indipendenza del sindacato offerto dal giudice amministrativo resta chiaramente importante, anche considerato che questi ultimi dipendono dal peculiare «dualismo a trazione monista» dell'assetto della giustizia amministrativa, il quale presenta endemicamente tratti di costante mobilità<sup>14</sup>.

A ogni modo, dopo anni in cui gli studi si sono concentrati principalmente sul *deficit* di tutela dei privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni, così come sulla contrapposizione tra il giudizio sull'atto e giudizio sul rapporto, pare opportuno che se ne affianchino degli altri in grado di assumere prospettive diverse e volendo anche più eterodosse<sup>15</sup>.

Indicazioni utili, a riguardo, non possono che trarsi dall'esame dell'attuale realtà del contenzioso amministrativo.

Così, per un verso, essa mostra come, nel quadro dell'evoluzione effettivistica della giustizia amministrativa, si stia sempre più demandando al giudice un'opera di composizione di tutti quei conflitti che né la legge né il procedimento riescono compiutamente a sciogliere<sup>16</sup>. Per un altro, ancora dalla casistica emerge come, con una certa frequenza, si diano ipotesi in cui la discrezionalità interpretativa del giudice rischia di sconfinare in forme controverse di creatività giurisprudenziale oppure in anomale tracimazioni della funzione giurisdizionale su quella amministrativa se non su quella legislativa<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> Si leggano, a riguardo, le notazioni di P. COSTA, *Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori): un "castello dei destini incrociati"?*, in *Il problema del diritto giurisprudenziali fra Otto e Novecento*, Quad. fior., Tomo I, 2011, p. 7.

<sup>12</sup> In una letteratura sterminata, si può rimandare, per ora, a E. GARCÍA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2010 (trad. it.), pp. 53 ss.

<sup>13</sup> A riguardo, A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato tra legislazione e amministrazione*, in *Il ruolo dei giudici nel rapporto tra poteri*, a cura di G. Chiodi, D. Pulitanò, Giuffrè, Milano, 2013, p. 139.

<sup>14</sup> S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 95.

<sup>15</sup> Cfr., tra i vari, G. ROSSI, *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1235.

<sup>16</sup> Come rimarcato da L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 1326 ss.

<sup>17</sup> Temi recentemente trattati, da angolature diverse, da F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, *passim* e da L. SALTARI, *I giudici amministratori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, pp. 293 ss.

Questa indagine muove quindi dalla necessità di non trascurare la possibile significatività strutturale di tali fenomeni che, nell'accezione che di seguito si preciserà, si ritiene possano ascrivarsi, in senso critico, all'attivismo giudiziale.

L'obiettivo più ampio della riflessione che segue è comprendere se si stia assistendo all'emergere di una figura di giudice amministrativo singolarmente *dinamico*, il quale esercita la sua funzione con una forte propensione all'elaborazione di soluzioni «equitative» o «incrementali», quasi come fosse un attore istituzionale che coopera o compete con il legislatore, con la burocrazia e con gli altri organi giurisdizionali.

La ricerca, inoltre, pur focalizzandosi su alcune espressioni sostanzialmente atipiche dello scrutinio giurisdizionale sull'attività amministrativa, mira a capire sino a che punto il manifestarsi di esse sia il frutto, oltre che di fattori sistemici ed esogeni, di una possibile conflittualità endemica tra l'adozione di un modello di processo tra parti, improntato a una logica *reattiva* e dunque latamente rimediale, con un sindacato che, in ogni caso, conserva una connotazione di fondo *attiva*, potendo conformare e orientare l'attività futura dell'amministrazione.

Il lavoro, in questo modo indirizzato, è diviso in tre parti.

La prima è dedicata alla contestualizzazione del fenomeno della *juristocracy* e delle sue ambiguità e all'inquadramento di alcuni tratti e problemi ricorrenti del sindacato sul potere pubblico, anche in ragione della frantumazione del sistema delle fonti e della crisi dell'amministrazione pubblica. In essa, oltre a offrire una mappatura di massima del contenzioso amministrativo, si articolano più nel dettaglio le ragioni, gli obiettivi e il metodo della ricerca.

Nella seconda parte ci si sofferma sul disegno organizzativo del sistema della giustizia amministrativa, esaminando alcune delle principali specificità delle regole che governano il corpo dei magistrati amministrativi, specie sotto il profilo della loro prosimità tecnica con l'esecutivo. Particolare attenzione, sempre in quest'ottica, è inoltre dedicata all'esercizio dell'attività consultiva da parte del Consiglio di Stato.

Infine, la terza parte, dopo una concettualizzazione generale delle nozioni di attivismo e deferenza giudiziale, offre una tassonomia ragionata delle manifestazioni della prima<sup>18</sup>. Seguono delle considerazioni d'insieme sui problemi complessivamente affrontati.

<sup>18</sup> È utile anticipare che si intenderanno come manifestazioni di *judicial activism*: 1) l'attività nomofilattica del Consiglio di Stato che, eccedendo la sua ragione ordinaria, si trasforma nell'elaborazione di una forma di nomofilachia para-regolamentare; 2) l'elaborazione di dottrine della corte, cioè di casi in cui il giudice amministrativo, a prescindere dall'utilità per la soluzione del caso concreto, costruisca delle nuove interpretazioni delle norme; 3) le ribellioni del giudice alla legge, e quindi l'esercizio di una discrezionalità interpretativa del giudice così libera da sconfinare nella cattiva creatività; 4) il bilanciamento di interessi giudiziale costruito manipolando gli effetti delle sentenze; 5) la surrogazione delle valutazioni tecniche dell'amministrazione con quelle del giudice; 6) l'adozione di una logica giudiziale di matrice ponderativa di interessi perseguita tramite il richiamo ai principi.

# Jura

---

L'elenco completo delle pubblicazioni  
è consultabile sul sito

**www.edizioniets.com**

alla pagina

<http://www.edizioniets.com/view-Collana.asp?Col=Jura>. Temi e problemi del diritto



---

## Pubblicazioni recenti

### STUDI

#### *discipline pubblicistiche*

- Andrea Averardi, *Sindacato sul potere pubblico e attivismo giudiziale*, 2025
- Fabio Giglioni (a cura di), *Le regole della ricostruzione post-calamità*, 2024
- Luigi Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, nuova edizione, 2023
- Eugenio Bruti Liberati, Marcello Clarich (a cura di), *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto. L'opera scientifica di Aldo Travi*, 2022
- Rosa Palavera, *Il penalista e il suo partito. L'imprescindibilità del segno nel diritto penale*, 2018
- Simone Rodolfo Masera, *Concessioni idroelettriche. Evoluzione e prospettive*, 2018
- Marcello Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Itinerari giurisprudenziali*, 2018
- Barbara L. Boschetti, *La de-strutturazione del procedimento amministrativo. Nuove forme adattative tra settori e sistemi*, 2018
- Gianfrancesco Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, 2017
- Marcello Clarich, *Scritti scelti di diritto amministrativo (1982-1999)*, 2017
- Sara Cocchi, *Uguali nella sostanza, differenti per territorio? La tutela costituzionale dei diritti sociali in Italia e in Spagna*, 2016
- Valentina Gastaldo, *La realizzazione delle opere di urbanizzazione a scamputo tra concorrenza e governo del territorio*, 2016
- Francesco Morosini, *Banche centrali e questione democratica. Il caso della Banca Centrale Europea (BCE)*, 2014
- Michele Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, 2013
- Giuliano Fonderico, *Il comune regolatore. Le privative e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, 2012
- Marco Croce, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, 2012
- Fabio Giglioni, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, 2012
- Francesco Monceri, *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, 2011
- Emiliano Frediani, *La produzione normativa nella sovranità "orizzontale"*, 2010
- Luigi Benvenuti, Marcello Clarich (a cura di), *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, 2010
- Giuliano Fonderico, *Autonomie locali e iniziativa economica privata. Studio sui monopoli e le privative comunali*, 2008

Edizioni ETS

Palazzo Rucconj - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com - www.edizioniets.com

Finito di stampare nel mese di giugno 2025