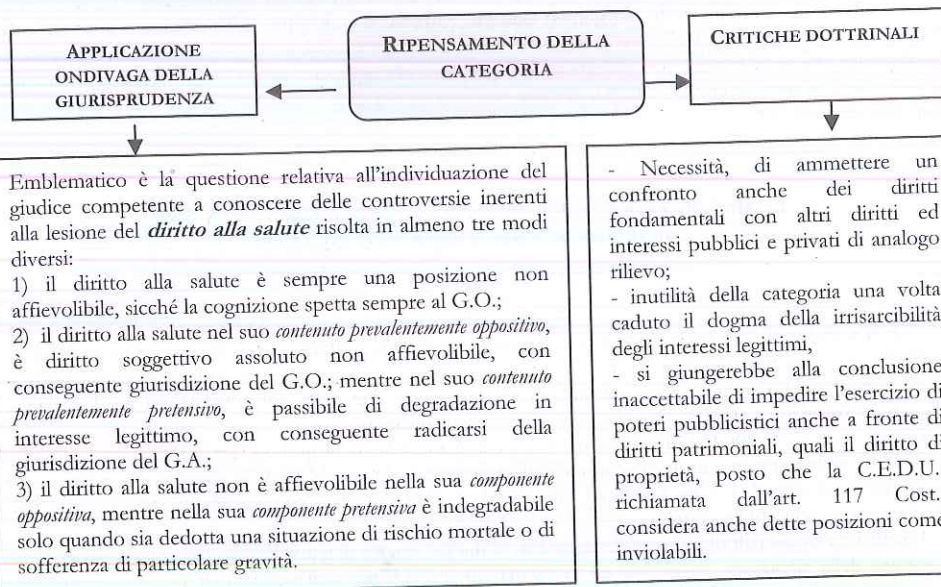


GIURISDIZIONE E DIRITTI FONDAMENTALI

TEORIA DEI DIRITTI INAFFIEVOLIBILI: A partire dalla sentenza 9 marzo 1979, n. 1436 la Cassazione ha teorizzato l'esistenza di **diritti soggettivi assoluti** a fronte dei quali non sarebbe mai concepibile l'esistenza di un potere in capo alla p.a. e, quindi **non suscettibili di degradazione** per effetto dell'intervento dell'amministrazione (c.d. diritti inaffievolibili). Il contrasto tra diritto assoluto e provvedimento amministrativo si tradurrebbe nella **nullità** di quest'ultimo per **difetto assoluto di attribuzione** con conseguente giurisdizione a favore del **G.O.**, non vincolato dai limiti di cui agli artt. 4 e 5 LAC.

La teoria *de qua* è stata applicata dapprima in tema di **diritto alla salute**, poi nel campo dei **diritti primari fondati sulle libertà costituzionalmente garantite**, come la libertà di coscienza e di religione e, infine, in tema di **tutela dello straniero** contro atti discriminatori (cfr sul punto Cass. Civ., Sez. Un. 30 marzo 2011, n. 7186; 15 febbraio 2011, n. 3670).
 DA ULTIMO Cass. civ., Sez. Un., 17 giugno 2013, n. 15115, ha chiarito che *appartengono alla giurisdizione ordinaria tutte le controversie in materia di protezione internazionale, che comprendono le domande di tutela del diritto alla protezione umanitaria, del diritto allo status di rifugiato e di asilo, aventi identica natura riconducibile alla categoria dei diritti umani fondamentali, che debbono essere riconosciuti allo straniero "comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato" (art. 2, d.lgs. n. 286/1998). Tali situazioni protette, in quanto coperte dalla garanzia apprestata dall'art. 2 Cost., non possono essere degradate a interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo.*



Nelle materie in cui è prevista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è quest'ultimo a conoscere dell'eventuale compromissione di diritti fondamentali *non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario - escludendo il giudice amministrativo - la tutela dei diritti costituzionalmente protetti*. Inoltre il giudice amministrativo in sede esclusiva dispone di tutti gli strumenti, sia in sede cautelare che di merito, per offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa (cfr. Corte cost. 27 aprile 2007, n. 140; Cass. civ., Sez. Un., 28 dicembre 2007 n. 27187; Corte cost. 27 gennaio 2010, n. 35; Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460).

SEZIONE II • LE AZIONI A TUTELA DELL'INTERESSE LEGITTIMO

11. L'azione di annullamento.

La valorizzazione della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e il superamento della sua qualificazione in termini di *minus* rispetto al diritto soggettivo ha condotto ad una progressiva "ristrutturazione" del sistema di protezione per esso approntato dall'ordinamento. La stessa Corte Cost. nella sentenza n. 204/04 ha sottolineato come l'art. 24 Cost. imponga di assicurare agli interessi legittimi *"le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare"*.

Il processo amministrativo è stato modellato essenzialmente come processo di annullamento di provvedimenti illegittimi lesivi di interessi oppositivi. Tale visione non era in grado di garantire una piena ed effettiva tutela agli interessi pretensivi. Al G.A. veniva riconosciuto il solo compito di attendere ad un controllo estrinseco dell'esercizio del potere amministrativo, essendo il soddisfacimento dell'interesse sostanziale del privato rimesso al riesercizio del potere da parte della P.A.

La visione del processo amministrativo quale giudizio sull'atto, volto cioè unicamente a valutarne la legittimità, e non sul rapporto sostanziale ad esso sotteso, ha tradizionalmente indotto:

- 1) ad escludere l'ammissibilità di azioni di accertamento e condanna;
- 2) a ritenere non necessaria una complessa attività di raccolta probatoria;
- 3) ad avallare la prassi processuale del c.d. assorbimento dei motivi, in forza della quale il giudice annulla l'atto sulla base della riscontrata presenza di uno dei vizi dedotti con i motivi di ricorso, senza passare all'esame degli altri;
- 4) ad escludere la rimediabilità in corso di giudizio del vizio di motivazione;
- 5) a riconoscere un ampio potere di riesame della vicenda in capo alla p.a. a fronte di un giudicato di annullamento.

A queste considerazioni si aggiungeva la mancanza o la inadeguatezza di altre tecniche di tutela: basti pensare al rimedio risarcitorio, come noto non riconosciuto a protezione degli interessi legittimi prima della sentenza n. 500/99; al sistema di tutela cautelare imperniato sulla sola sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, di certo non idonea a garantire un'adeguata tutela interinale degli interessi pretensivi e al giudizio avverso il silenzio - inadempimento non ritenuto, prima della l. n. 80 del 2005, esteso al vaglio della fondatezza sostanziale della pretesa, ma deputato al solo riscontro dell'inerzia della p.a. (cfr. Cons. St., A.P., 9 gennaio 2002 n.1).

11.1. Le novità introdotte nel sistema di rimedi sperimentabili nel processo amministrativo.

Varie e significative sono state le novità intervenute in fatto di tecniche rimediali azionabili a tutela dell'interesse legittimo:

- 1) la sentenza n. 500/99 ha ammesso la **risarcibilità del danno da lesione degli interessi legittimi**;
- 2) la l. n. 80/2005 ha introdotto il **potere-dovere** del G.A. in sede di giudizio avverso il silenzio-inadempimento di conoscere della **fondatezza sostanziale** della pretesa (cfr. ora art. 31 c.p.a.);
- 3) la l. n. 15/2000 ha introdotto l'art. 21 *octies* nell'ambito della l. n. 241/90 che consente al G.A. di astenersi dall'annullare il provvedimento formalmente illegittimo allorché, all'esito del giudizio prognostico in ordine alla fondatezza della pretesa, risulti la sua correttezza sostanziale;
- 4) l'art. 1 della l. n. 205/2000 ha previsto la possibilità di impugnare i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso e connessi all'oggetto dello stesso attraverso la proposizione di **motivi aggiunti** (cfr. ora art. 43 c.p.a.);
- 5) l'art. 16 della l. n. 205/2000 ha previsto la possibilità da parte del G.A. di disporre della **consulenza tecnica** anche in sede di giurisdizione generale di legittimità (cfr. ora art. 19 c.p.a.);
- 6) l'art. 3 della l. n. 205/2000 ha introdotto il principio della atipicità della tutela cautelare (cfr. ora art. 55 c.p.a.).