

IL DIRITTO ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA NELLA PROSPETTIVA DELLA TEORIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI ¹

**LUIZ GUILHERME MARINONI
PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE -
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (BRASILE)**

SOMMARIO: 1. Nozione di diritti fondamentali. 2. Le prospettive oggettiva e soggettiva dei diritti fondamentali. 3. I diritti fondamentali e le loro efficace orizzontale e verticale. 4. La cosiddetta multifunzionalità dei diritti fondamentali. 5. Il diritto fondamentale alla effettività della tutela giurisdizionale. 6. L'inquadramento del diritto alla effettività della tutela giurisdizionale nella classificazione funzionale dei diritti fondamentali. 7. Il rapporto tra il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, il diritto materiale e la realtà sociale. 8. Conseguenze dalla idea di diritto al procedimento idoneo al diritto materiale e la realtà social: 8.1. Tecnica processuale e procedimento adeguato; 8.2. Diritto alla tecnica anticipatoria; 8.3. Diritto al provvedimento adeguato; 8.4. Diritto al mezzo esecutivo adeguato. 9. Significato della applicabilità immediata del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva. 10. Il dovere del giudice conformare il procedimento: 10.1. Il dovere del giudice conformare il procedimento adeguato al caso concreto come conseguenza dai diritti di protezione e alla tutela giurisdizionale effettiva; 10.2. Norme come principi e regole; 10.3. Differenza tra interpretazione conforme la Costituzione, dichiarazione parziale di nullità senza riduzione di testo e interpretazione di accordo con la Costituzione; 10.4. Le regole che confroscono al giudice il potere di concedere tutela anticipatoria nel pocesso di cognizione e di determinare la cosiddetta "misura executiva necessaria", nello stesso tempo in cui additano alla idea di che la tipificazione legale non è la migliore soluzione alla prestazioni giurisdizionale, lasciano chiaro il suo dovere di concretare il diritto fondamentale alla tutela giuridizionale efetiva dinanzi al caso concreto; 10.5. La realizzazione del diritto alla effettività della tutela giurisdizionale dipende dalla considerazione del diritto materiale e della realtà sociale. 11. Efficacie verticale, orizzontale e verticale con ripercussione laterale. 12. Il problema della efficacia laterale del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva

1 Nozione di diritti fondamentali

¹ Il presente lavoro è dedicato al volume collettaneo in omaggio al Professor Giuseppe Tarzia, a chi ho avuto l'onore di avere come membro della commissione esaminatrice del mio concorso per professore ordinario di diritto processuale civile nell'Universidade Federal do Paraná, e a chi devo la generosa accoglienza e il dedicato orientamento che ho ricevuto quando dei miei studi di post dottoramento nell'Università di Milano.

I diritti fondamentali sono legati, come sembra ovvio, alla loro “fondamentalità”, che può essere vista nei sensi materiale e formale.² Quest’ultima viene vincolata al sistema costituzionale positivo. La Costituzione conferisce dignità e protezione speciali ai diritti fondamentali, sia lasciando chiaro che le norme definitorie dei diritti e delle garanzie fondamentali hanno applicazione immediata (art. 5° , §1° , cost. fed. brasiliana), sia permettendo la conclusione di che i diritti fondamentali sono protetti non soltanto di fronte al legislatore ordinario, ma anche contro il potere costituente riformatore – per appartenere all’elenco delle c.d. clausole petreas (art. 60, cost. fed. brasiliana).³

D’altra parte, la fondamentalità materiale parte dalla premessa che i diritti fondamentali ripercuotono sulla struttura dello Stato e della società.⁴ Nel Titolo II (artt. 5 a 17) della Costituzione Federale viene scritto: “*Dei diritti e delle garanzie fondamentali*”. Il primo articolo di questo Titolo, cioè, l’art. 5°, afferma nel suo §2° che “i diritti e le garanzie espressi in questa Costituzione non escludono altri decorrenti dal regime e dai principi da esso adottati, o dei trattati internazionali in cui la Repubblica Federativa do Brasile sia parte.” Questa norma permette, con l’accoglienza dell’idea di fondamentalità materiale, che altri diritti, ancorché non espressamente previsti nella Costituzione e, con più ragione, non elencati nel Titolo II, siano considerati diritti fondamentali.

Come si vede, la Costituzione, nel suo art. 5°, §2°, istituisce un sistema costituzionale aperto alla fondamentalità materiale. Dunque, se la Costituzione elenca dei diritti fondamentali nel suo Titolo II, questo non impedisce che diritti fondamentali – come il diritto all’ambiente – siano inseriti in altri dei suoi Titoli, o addirittura fuori di essa.

Tuttavia, per la caratterizzazione di un diritto fondamentale a partire dalla sua fondamentalità materiale, è imprescindibile l’analisi del suo contenuto, cioè, “ della circostanza di avere o meno, decisioni fondamentali sulla struttura dello Stato e della società, di modo speciale, però, per quanto riguarda, in essi, la posizione occupata dalla persona umana.”⁵

2 Le prospettive oggettiva e soggettiva dei diritti fondamentali

² Sui concetti di diritto fondamentale in senso materiale e formale, v. José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 93 e ss; Miguel José Faria, *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem*, Lisbona, ISCPSI, 2001, p. 3 e ss; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 137 e ss; Jorge Miranda, *Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa*, *Revista de Direito Público*, v. 82, p. 5 e ss.

³ Ingo Wolfgang Sarlet, *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 30, p. 98 e ss.

⁴ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 81. Sulla dignità della persona umana come norma fondamentale all’ordine giuridico-costituzionale, v. ancora Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 61 e ss. V. anche, Maria Celina Bodin de Moraes, *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (a cura di Ingo Wolfgang Sarlet), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 81.

Le norme consacratrici di diritti fondamentali affermano valori, i quali incidono sulla totalità dell'ordinamento giuridico e servono per illuminare i compiti degli organi giudiziari, legislativi e esecutivi. In questo senso, è possibile dire che queste norme implicano in una valutazione di ordine oggettiva.

La norma di diritto fondamentale, indipendentemente dalla possibilità della sua soggettivazione, contiene sempre valutazione. Il valore in essa contenuto, rivelato di modo oggettivo, si estende necessariamente sulla comprensione e l'attuazione dell'ordinamento giuridico. Si attribuisce così, ai diritti fondamentali, una efficacia irradiante.

Affermare la doppia dimensione – oggettiva e soggettiva – dei diritti fondamentali non significa dire che il diritto soggettivo decorre dal diritto oggettivo. Quello che qui importa chiarire, è che le norme che stabiliscono diritti fondamentali, se possono essere soggettivate, non riguardano soltanto al soggetto, ma sì a tutti quelli che fanno parte della società. Certamente, come spiega Vieira de Andrade, i diritti fondamentali non possono essere pensati soltanto dal punto di vista dei singoli, come facoltà o poteri di cui questi sono titolari, ma valgono anche giuridicamente dal punto di vista della comunità, come valori o finalità.⁶

Una delle più importanti conseguenze della dimensione oggettiva è quella di stabilire allo Stato un compito di protezione dei diritti fondamentali. Questo compito di protezione relativizza “la separazione tra l'ordine costituzionale e ordine legale, permettendo così che si riconosca una irradiazione degli effetti di questi diritti (*Austrahlungswirkung*) sull'intero l'ordinamento giuridico”.⁷ Di fronte ad esso resta lo Stato costretto a proteggere i diritti fondamentali attraverso, per esempio, le norme di divieto o di imposizione di condotte. Così la norma che vieta la vendita di prodotto considerato dannoso alla salute del consumatore o la norma che costringe l'installazione di attrezzatura antinquinamento per evitare danno all'ambiente.

La norma di diritto fondamentale, istituendo valore, e così influenzando sulla vita sociale e politica, regola il modo di essere dei rapporti tra i privati e lo Stato, così come i rapporti soltanto tra i singoli privati. In quest'ultima prospettiva, è possibile pensare alla efficacia dei diritti fondamentali di fronte ai rapporti tra i privati.⁸

3 I diritti fondamentali e le loro efficacie orizzontale e verticale

⁶ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 144-145.

⁷ Gilmar Ferreira Mendes, *Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 2002, p. 209.

⁸ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 590 e ss; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 270 e ss; Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, in: *A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 107 e ss.

Non è ammissibile confondere le dimensioni oggettiva e soggettiva dei diritti fondamentali con le loro efficacie orizzontale e verticale. La dimensione oggettiva è contrapposta alla dimensione soggettiva e ha per scopo spiegare che le norme di diritti fondamentali – oltre la possibilità di essere riferite ad un diritto soggettivo – costituiscono anche delle decisioni valutative di disposizione oggettiva. Perciò, è corretto parlare delle dimensioni oggettiva e soggettiva dei diritti fondamentali quando considerati i rapporti tra i privati e il Pubblico Potere (efficacia verticale) o i rapporti tra privati (efficacia orizzontale).

Certamente, quando si parla delle efficacie verticale e orizzontale, si vuole alludere alla distinzione tra l'efficacia dei diritti fondamentali sul Pubblico Potere e l'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti tra i privati. Vi è efficacia verticale nella vincolazione del legislatore e del giudice. Vi è efficacia orizzontale – nota anche come “efficacia privata” o di “efficacia rispetto a terzi” – nei rapporti tra privati, benché si sostiene che, nel caso di chiara disparità tra due privati (ipotesi di potere economico sociale), c'è anche rapporto di tipo verticale.

Il problema che si presenta dinanzi all'efficacia orizzontale è quello che nei rapporti tra privati ci sono due (o più) titolari di diritti fondamentali, e quindi in essi è impossibile affermare una vincolazione (efficacia) simile a quella che incide sul Pubblico Potere.⁹ In ogni caso, pure dinanzi alla efficacia nei confronti dei privati, vale la distinzione tra dimensione oggettiva e la dimensione soggettiva dei diritti fondamentali. Quindi, oltre l'incidenza delle norme, come valori oggettivi, sui rapporti tra i privati, un privato può affermare il suo diritto nei confronti di un altro, osservate le particolarità della situazione concreta e eventuale scontro di diritti.

Vi è grande discussione sulla questione dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali.¹⁰ C'è chi sostiene che i diritti fondamentali hanno efficacia immediata sui rapporti tra i privati, e altri appena mediata.

⁹ Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, in: *A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*, cit., p. 155.

¹⁰ Sulla efficacia dei diritti fondamentali sui privati, v. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 290 e ss; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (a cura di Ingo Wolfgang Sarlet), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003; José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 1270 e ss; José Joaquim Gomes Canotilho, *Dogmática dos direitos fundamentais e direito privado*, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (a cura di Ingo Wolfgang Sarlet), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003; Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2003; Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrecht und Privatrecht – eine Zwischenbilanz*, Berlin, Walter de Gruyter, 1999; Claus-Wilhelm Canaris, *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (a cura di Ingo Wolfgang Sarlet), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003; Jörg Neuner, *O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental*, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (a cura di Ingo Wolfgang Sarlet), Porto Alegre,

Quando si pensa ad efficacia mediata, si afferma che la forza giuridica dei precetti costituzionali soltanto si affermerebbe, nei confronti dei privati, tramite principi e norme di diritto privato. Questo avverrebbe attraverso le norme di diritto privato – ancorché editate a causa del dovere di protezione dello Stato.¹¹ Inoltre, i precetti costituzionali potrebbero servire come principi di interpretazione delle clausole generali e concetti indeterminati passibili di concretizzazione, però sempre all'interno delle linee basiche del diritto privato.¹²

Conforme i teorici della efficacia immediata, i diritti fondamentali sono applicabili direttamente nei confronti dei privati. Oltreché norme di valori, avrebbero importanza come diritti soggettivi contro enti privati aventi poteri sociali o addirittura contro individui che abbiano posizione di supremazia rispetto ad altri privati. Altri, arrivando più lontano, ammettono l'incidenza immediata dei diritti fondamentali rispetto alle persone "comuni". Quello che importa, in questa ultima prospettiva, è che si dispensa la intermediazione del legislatore – e così le regole del diritto privato – e si toglie l'idea che i diritti fondamentali potrebbero essere presi soltanto come regole di interpretazione.¹³

Però, come chiarisce Vieira de Andrade, "quello che si deve capire per *mediazione* nell'applicabilità dei precetti costituzionali ai rapporti tra gli uguali è infine, la necessità di conciliare questi valori con la *libertà* generale e la *libertà* negoziale, nel diritto civile."¹⁴ Secondo il suo intendimento, non è felice la espressione applicabilità *mediata*, che si confonde con efficacia *indiretta*, quando quello che si vuole affermare è un imperativo di *adattamento e armonizzazione* dei precetti relativi ai diritti fondamentali nella loro applicazione nell'ambito di rapporti tra individui uguali, tenendo conto dell'autonomia privata, nella misura in cui è (anche) costituzionalmente riconosciuta."¹⁵

Livraria do Advogado, 2003; Juan María Bilbao Ubillos, En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? , in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (a cura di Ingo Wolfgang Sarlet), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

¹¹ Secondo Canotilho, alla teoria dell'efficacia mediata, "i diritti, libertà e garanzie avrebbero una efficacia indiretta nei rapporti privati, perché la sua possibilità di vincolazione si darebbe *prima facie* sul legislatore, che sarebbe costretto a conformare i riferiti rapporti accogliendo i principi materiali positivati nelle norme di diritto, libertà e garanzie" (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 593).

¹² José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 276-277.

¹³ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 278 e ss; José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 593 e ss; Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, in: *A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 120 e ss.

¹⁴ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 289.

¹⁵ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 290.

Come è già stato detto, il diritto di protezione ha per destinatario lo Stato, che resta costretto ad editare delle norme per proteggere il diritto del privato nei confronti di altri privati. Quando una di queste norme di protezione non viene compiuta, avviene al privato – da essa protetto (ad es, diritto del consumatore) il diritto di rivolgersi contro il privato che non l’ha osservata. Anzi, il diritto di azione del privato – in queste ipotesi - potrà essere esercitato anche nel caso di minaccia di violazione (azione inibitoria).

In quest’ultimo caso, vi è legge, sotto la Costituzione, che regola i rapporti tra i privati. Però, questa legge stabilisce soltanto una *presunzione* di che gli interessi in gioco sono stati trattati di modo equilibrato, *presunzione* questa che può essere messa in dubbio nell’affermarsi che la regolazione, definita dalla legge, confronta *altra norma di diritto fondamentale*. Trattandosi di legge restrittiva, oltre i valori costituzionali che giustificano la restrizione, dovrà essere messo a fuoco *l’altro diritto* (che deve avere il suo nucleo essenziale protetto). In questa ipotesi, nonostante l’efficacia del diritto fondamentale supponga la partecipazione della legge infracostituzionale, il vero prolema è *quello della armonizzazione fra il diritto fondamentale protetto dalla norma e la autonomia privata*.¹⁷

Ma, quando non vi è legge (regolando la situazione di forma diretta), non si può pensare che i diritti fondamentali non incidono sul privato¹⁸, e così non possano essere immediatamente presi in considerazione dal giudice¹⁹. Succede che, *anche in questo caso*, il giudice dovrà considerare *la necessità di armonizzazione tra il diritto fondamentale e l’autonomia privata*. O meglio, in questa situazione, per dare applicazione ai diritti fondamentali, il giudice potrà ricorrere ai concetti aperti del diritto privato, completandoli con l’aiuto dei valori costituzionali o, se è il caso, prendere in considerazione i principi generali, valendosi *ancora una volta della regola dell’armonizzazione*, sempre che possa

¹⁷ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 291.

¹⁸ Rispetto alla cosiddetta “costituzionalizzazione del diritto privato” e della ripercussione dei diritti fondamentali sul Codice civile, v. Eugênio Facchini Neto, *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (a cura di Ingo Wolfgang Sarlet), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003; Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovsky Ruzyk, *Direito fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (a cura di Ingo Wolfgang Sarlet), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003; Judith Martins-Costa, *Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil*, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (a cura di Ingo Wolfgang Sarlet), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

¹⁹ Sull’efficacia orizzontale dei diritti fondamentali dei lavoratori, v. João Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Coimbra, Almedina, 1985, p. 147 e ss; Aldacy Rachid Coutinho, *A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores*, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (a cura di Ingo Wolfgang Sarlet), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003; José Antônio Peres Gediél, *A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador*, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (a cura di Ingo Wolfgang Sarlet), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

affermare “che vi è un valore o interesse costituzionalmente rilevante che si contrappone all’efficacia normativa assoluta del precetto costituzionale (normalmente l’ autonomia privata)”²⁰.

4 La cosiddetta multifunzionalità dei diritti fondamentali

Quando l’attenzione incide sulla soggettività dei diritti fondamentali, passano a importare le diverse funzioni che possono esercitare. Qui non esiste più la preoccupazione di affermare – dato che è già stato chiarito – che di solito convivono, nella norma di diritto fondamentale, le prospettive oggettiva e soggettiva. Quello che importa lasciar chiaro è che una medesima norma di diritto fondamentale – oltre a potere avere ambedue le prospettive riferite – può racchiudere diverse funzioni. Quello che interessa, in questo momento, è sottolineare la cosiddetta multifunzionalità dei diritti fondamentali e la importanza di una classificazione che, prendendo in considerazione la sua funzione, possa rilevare la importanza dello svolgimento del tema.

Se fra le più importanti classificazioni funzionali sono quelle di Alexy e Canotilho, è giusto dire che, in Brasile, merita riferimento la classificazione realizzata da Ingo Wolfgang Sarlet. Queste tre classificazioni dividono i diritti fondamentali in due grandi gruppi: i diritti di difesa e i diritti a prestazioni.

I diritti fondamentali sono stati visti, all’epoca del costituzionalismo di matrice liberale-borghese, soltanto come il diritto del privato impedire la ingerenza del Pubblico Potere nel suo ambito giuridico, ossia, come diritti di difesa. Però, quello che qui importa, sono i denominati *diritti a prestazioni*, legati alle nuove funzioni dello Stato di fronte alla società. È appunto rispetto ai diritti a prestazioni che esiste qualche differenza tra le classificazioni.

Canotilho divide il gruppo dei diritti a prestazioni, in principio, in diritti all’accesso e utilizzazione di prestazioni dello Stato. Questi sono divisi in diritto originario a prestazioni e diritti derivati a prestazioni. Alludendo al diritto *originario* a prestazioni, spiega Canotilho: “si afferma la esistenza di diritti a prestazioni quando: (1) a partire dalla garanzia costituzionale di determinati diritti (2) si riconosce, simultaneamente, il *dovere dello Stato nella creazione* dei presupposti materiali indispensabili all’esercizio effettivo di questi diritti, (3) e la facoltà dell’individuo esigere, di forma immediata, *le prestazioni costitutive di questi diritti*; Es.: (i) a partire dal diritto al lavoro può derivarsi il dovere dello Stato nella creazione dei posti di lavoro e la pretensione dei cittadini a un posto di lavoro?; (ii) su base al diritto di espressione è legittimo derivare il dovere dello Stato in creare dei mezzi di informazione e di metterli alla disposizione dei cittadini, riconoscendosi a questi il diritto di esigere la sua creazione?”²¹. Nel trattare dei diritti *derivati* a prestazioni, Canotilho chiarisce che, “man mano che lo Stato va concretando le sue responsabilità nel senso di assicurare prestazioni esistenziali dei cittadini (è il fenomeno che la dottrina tedesca chiama di *Daseinsvorsorge*), risulta, di forma immediata, ai cittadini: - il diritto di uguale accesso, acquisizione e utilizzazione di tutte le istituzioni pubbliche *create* dai pubblici poteri (es.: uguale accesso agli istituti d’istruzione, uguale accesso ai servizi

²⁰ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 291.

²¹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 543.

sanitari, uguale accesso all'utilizzazione delle vie e trasporto pubblici); - il diritto di uguale quota-parte (partecipazione) nelle prestazioni fornite da questi servizi o istituti alla comunità (es.: diritto di quota-parte alle prestazioni sanitarie, alle prestazioni scolare, alle prestazioni di riforma e invalidità)".²²

Come si vede, i diritti derivati sono quelli che presuppongono l'adempimento delle prestazioni originarie. Questo resta molto chiaro, nello scritto di Canotilho, a partire da riferimento a giudicato che, in Portogallo, ha dichiarato incostituzionale norma che ha preteso revocare parte della legge che ha istituito il "Servizio Sanitario Nazionale": "a partire dal momento in cui lo Stato *adempie* (totale o parzialmente) i compiti costituzionalmente attribuiti per realizzare un diritto sociale, il rispetto costituzionale di esso lascia di consistere (o lascia di consistere soltanto) *in un obbligo positivo*, per diventare o divenire anche un *obbligo negativo*. *Lo Stato, che era costretto ad attuare per soddisfare il diritto sociale, passa ad essere costretto ad astenersi di attentare contro la realizzazione data al diritto sociale*".²³

Ma, oltre i diritti all'accesso e utilizzazione delle prestazioni dello Stato (sottodivisi in diritto originario e in diritti derivati), Canotilho prosegue nella sua classificazione affermando che i diritti a prestazioni devono essere visti anche come diritti alla partecipazione all'organizzazione e procedimento. In questo punto, Canotilho allude alla necessità di "democratizzazione della democrazia" attraverso la partecipazione diretta alle organizzazioni, cosa che richiederebbe procedimenti. Dice lui: "i cittadini rimangono allontanati dalle organizzazioni e dai processi di decisioni, da cui dipende alla fine la realizzazione dei loro diritti: dunque la esigenza di partecipazione al controllo delle gerarchiche, opache e antidemocratiche imprese; quindi la esigenza di partecipazione alle strutture di gestione degli istituti scolastiche; quindi la esigenza di partecipazione alle imprese e ai mezzi di comunicazione sociale. Attraverso il *diritto di partecipazione* si garantirebbe il diritto al lavoro, la libertà di insegnamento, la libertà di stampa. Vuol dire: determinati diritti fondamentali acquisterebbero maggiore consistenza se i propri cittadini *partecipassero alle strutture di decisione - 'durch Mitbestimmung mehr Freiheit'* (attraverso la partecipazione più libertà)".²⁴

Alexy, tuttavia, divide il gruppo dei diritti a prestazioni in diritti a prestazioni in senso ampio e diritti a prestazioni in senso stretto. I diritti a prestazioni in senso stretto riguardano i diritti alle prestazioni sociali, mentre i diritti a prestazioni in senso ampio presentano altra divisione: diritti alla protezione e diritti alla organizzazione e al procedimento.²⁵ Alexy segna che ogni diritto ad un atto positivo, ossia, ad un'azione dello Stato, è un diritto ad una prestazione. Dunque, il diritto a prestazioni sarebbe la esatta contropartita del diritto di difesa, su cui grava tutto il diritto ad una azione negativa, vale a dire, ad una omissione da parte dello Stato.²⁶ Se la differenza tra diritto a prestazione e diritto di difesa è chiara, i diritti alle prestazioni devono significare, secondo Alexy, più dei diritti a prestazioni

²² José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 541-542.

²³ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p.542.

²⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p.547.

²⁵ Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 419 e ss; Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1986, p. 232.

²⁶ Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 427.

fattuali di natura sociale, dovendo riunire, parimenti, diritti a prestazioni normative, come la protezione attraverso le norme di diritto penale (ad esempio) o l'edizione di norme di organizzazione e procedimentali.²⁷

E è qui che sembra importare, anche se per scopi didattici, il problema riguardante il diritto ambientale. Vi è chi pensi che il diritto ambientale non è diritto fondamentale, semplicemente per non essere incluso nel Titolo II della Costituzione Federale brasiliana, cosa che non merita altre considerazioni, di fronte a quello che è già stato detto quando si è trattato della fundamentalità materiale dei diritti fondamentali. Però, alcuni intendono che il diritto ambientale è dipendente soltanto da prestazioni fattuali statali, che potrebbero essere racchiuse tra le prestazioni in senso stretto. Succede che il diritto ambientale è molto più di questo. L'ambiente non richiede soltanto delle misure fattuali alla sua conservazione e miglioramento, ma anche delle misure normative destinate alla sua protezione e dirette a consentire la partecipazione alla organizzazione attraverso i procedimenti adeguati.²⁸

La classificazione di Ingo Wolfgang Sarlet ugualmente sottolinea i diritti alla partecipazione, i diritti alla partecipazione alla organizzazione e procedimento e i diritti a prestazioni in senso stretto, mettendoli come un gruppo – quello dei diritti a prestazioni – accanto ai diritti di difesa. A partire dalla formulazione di Alexy, Ingo lascia chiaro che l'individuo non ha soltanto il diritto di impedire l'intromissione (diritto ad un non agire), ma anche il diritto di esigere delle azioni positive dalla parte dello Stato.²⁹ Come è ovvio, il diritto di impedire non può confondersi con il diritto di esigere. Il diritto del consumatore, così come il diritto ambientale, esige delle misure positive di protezione, le quali possono consistere nelle norme di natura penale, amministrativa o addirittura in una attuazione concreta dei Pubblici Poteri.³⁰

Rivolgendosi ai diritti all'organizzazione e al procedimento, sottolinea Ingo che lì il problema sarebbe riguardante alla possibilità di esigere dallo Stato “la emissione di atti legislativi e amministrativi destinati a creare degli organi e stabilire dei procedimenti, oppure delle misure finalizzate a garantire agli individui la partecipazione effettiva all'organizzazione e al procedimento”.³¹

5 Il diritto fondamentale alla effettività della tutela giurisdizionale

L'art. 5º, XXXV, della Costituzione brasiliana afferma che “la legge non escluderà dalla valutazione del Potere Giudiziario lesione o minaccia a diritto”. Si intende che questa norma garantisce a tutti il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva.

La sua importanza, dentro della struttura dello Stato Democratico di Diritto, è di facile assimilazione. È noto che lo Stato, dopo il divieto all'autotutela, ha assunto il monopolio della giurisdizione. Come contraccambio di questo divieto, ha conferito ai privati il diritto di azione, fino a poco tempo compreso come diritto alla soluzione del merito.

²⁷ Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 428.

²⁸ Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 429.

²⁹ Affrontando i diritti fondamentali secondo il dovere correlativo, v. João dos Passos Martins Neto, *Direitos Fundamentais - Conceito, Função e Tipos*, São Paulo, Ed. RT, 2003, p. 149 e ss.

³⁰ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 195.

³¹ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 200.

La concezione di diritto di azione come diritto alla sentenza di merito non potrebbe aver vita molto lunga, poiché il giudizio del merito ha importanza soltanto – come dovrebbe essere ovvio – se il diritto materiale coinvolto nella lite viene realizzato – oltretutto riconosciuto dallo Stato-Giudice. In questo senso, il diritto alla sentenza deve essere visto come diritto al provvedimento e ai mezzi esecutivi capaci di dare effettività al diritto sostanziale, il che significa diritto alla effettività in senso stretto.

Tuttavia, non si può dimenticare, quando si pensa al diritto alla effettività in senso lato, di che la tutela giurisdizionale deve essere tempestiva e, in qualche caso, avere la possibilità di essere preventiva. Anticamente, ci si chiedeva sulla esistenza del diritto costituzionale alla tutela preventiva. Si diceva, semplicemente, che il diritto di rivolgersi al Potere Giudiziario non includeva il diritto alla “*liminar*”, purché il giurisdizionato potesse affermare lesione al diritto e vederla apprezzata dal giudice.

Attualmente, davanti alla inclusione della locuzione “minaccia a diritto” nell’art. 5°, XXXV, della Costituzione, non vi è più nessun dubbio sul diritto alla tutela giurisdizionale capace di impedire la violazione del diritto.

In verità, questa conclusione è più che ovvia, specialmente rispetto ai c.d. diritti inviolabili, alcuni innalzati a diritti fondamentali dalla propria Costituzione. In altri termini, il diritto alla tutela inibitoria si trova nella propria struttura della norma che istituisce qualche genere di diritti, perché non si può concepire la esistenza di norma che acconsenta diritto inviolabile senza conferire diritto alla inibizione dell’illecito.

Come si vede, il diritto all’inibizione dell’illecito è sul piano del diritto materiale, perché avviene dalla sanzione che compone la propria norma che conferisce il diritto, e non nell’ambito del diritto processuale. Il processo è soltanto tecnica per la prestazione della tutela inibitoria, perché quest’ultima è già garantita dal diritto materiale. Però, se il processo, di fronte alla natura di qualche situazione di diritto sostanziale, non si trova disposto di modo ad attuare il conferimento della tutela inibitoria a colui che ne ha il diritto, certamente starà negando il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale preventiva.

Importa, ancora, il diritto alla tempestività della tutela giurisdizionale. Il diritto alla tempestività non soltanto ha che vedere con la tutela anticipatoria, ma anche con la comprensione della durata del processo secondo l’uso razionale del tempo processuale da parte del convenuto e del giudice.

La tutela del diritto generalmente è conferita all’attore alla fine del procedimento – quando la sentenza è di procedenza, come è ovvio. Quando c’è fondata apprensione di danno irreparabile o di difficile riparazione, si ammette che l’attore possa, quando gli è possibile dimostrare la probabilità del diritto che afferma avere, richiedere la *anticipazione della tutela desiderata*. Ma questa è appena una delle specie di tutela anticipatoria. Le altre due, vale a dire, quella basata sull’abuso di diritto di difesa (art. 273, II, cod.proc.civ. brasiliano) e quella fondata su incontrovertenza di parte della domanda (art. 273, 6°, cod.proc.civ.), hanno stretto rapporto con la necessità *di distribuzione dell’onere del tempo del processo*.

Pretendere distribuire il tempo implica vederlo come onere, e questa comprensione esige la previa constatazione di che esso non può essere visto come *qualcosa neutra o indifferente* all’attore e al convenuto. Se l’attore ha bisogno di tempo per ricevere il bene della vita a cui persegue, è logico che il processo sarà tanto più effettivo quanto più rapido. Cioché la tecnica anticipatoria basata sull’abuso di diritto di difesa o su incontrovertenza di parte della domanda ha lo scopo fondamentale di dare trattamento razionale al tempo del

processo, permettendo che decisioni sul merito siano prese nel suo corso, purché presenti l'abuso del diritto di difesa o la incontrovertibile di parte della domanda. Pertanto, si parte dalla premessa che non è ragionevole costringere l'attore a sopportare l'indugio del processo quando vi è l'abuso del diritto di difesa o quando parte della domanda può essere definita nel corso del processo. .

Però, come già parlato, la questione della tempestività non si riassume alla problematica della tutela anticipatoria, che deve essere sempre analizzata a partire dall'utilizzazione razionale del tempo del processo dal convenuto e dal giudice. Se il convenuto ha diritto alla difesa, non è giusto che il suo esercizio vada oltre i limiti del ragionevole. Della stessa forma, ci sarà lesione al diritto alla tempestività caso il giudice consegni la prestazione giurisdizionale in tempo ingiustificato dinanzi alle circostanze del processo e della struttura dell'organo giurisdizionale.

Per riassumere, basta sottolineare che vi è diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, tempestiva e, quando c'è bisogno, preventiva. La comprensione di questo diritto dipende dall'adattamento della tecnica processuale ai diritti, anzi, della visualizzazione della tecnica processuale a partire dalle necessità del diritto materiale. Se l'effettività (in senso lato) richiede adattamento e l'adattamento deve portare effettività, certo è che i due concetti possono essere decomposti per meglio spiegare la necessità di adattamento della tecnica alle differenti situazioni di diritto sostanziale. *Pensandosi a partire da questo diventa più facile visualizzare la tecnica effettiva, contribuendosi alla sua ottimizzazione e perché l'effettività avvenga dal modo meno gravoso al convenuto.*

Tale diritto non potrebbe non essere pensato come fondamentale, dato che il diritto alla prestazione giurisdizionale effettiva è decorrenza dalla propria esistenza dei diritti e, così, il contraccambio del divieto della autotutela. Il diritto alla prestazione giurisdizionale è fondamentale alla propria effettività dei diritti, poiché questi ultimi, dinanzi alle situazioni di minaccia o violazione, sempre restano nella dipendenza dalla loro piena realizzazione. Non è per altro motivo che il diritto alla prestazione giurisdizionale effettiva è già stato proclamato come il più importante dei diritti, appunto per costituire il diritto a far valere i propri diritti.

6 L'inquadramento del diritto alla effettività della tutela giurisdizionale nella classificazione funzionale dei diritti fondamentali

Come è facile percepire, il diritto fondamentale alla effettività della tutela giurisdizionale non può essere pensato come diritto di difesa, ossia, come diritto di natura negativa, siccome consiste, come è evidente, in un diritto di esigere una prestazione dello Stato.

Se questo è ovvio, dei dubbi possono sorgere dinanzi alla idea di diritti a prestazioni. Il diritto alla prestazione giurisdizionale effettiva non può essere visto come un diritto ad una prestazione fattuale. Ma non può anche essere visto soltanto come i) il diritto alla tecnica processuale adeguata, ii) il diritto di partecipare attraverso il procedimento adeguato o iii) il diritto alla risposta del giudice. In verità, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva coinvolge questi tre diritti, poiché esige tecnica processuale adeguata (norma processuale), istituzione di procedimento atto a consentire la partecipazione (per es. azione collettive) e, finalmente, la propria risposta giurisdizionale.

Si noti, in primo luogo, che il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva ha rapporto con la possibilità di partecipazione, e perciò presuppone un diritto alla *partecipazione* (o *Teilhaberechte* dei tedeschi). In questa linea, la necessità di partecipazione ha fatto Canotilho rapportare il procedimento collettivo al diritto ad un procedimento giusto.³² Si tratta del procedimento capace di conferire la possibilità di partecipazione per la protezione dei diritti fondamentali collettivi e per rivendicazione dei diritti sociali. Succede che questa partecipazione deve essere fatta davanti ad un *procedimento idoneo alla protezione dei diritti*, anche perché il diritto alla protezione non esige soltanto norme di contenuto materiale, ma parimenti *norme* processuali.³³ Questo vuol dire che il diritto alla protezione dei diritti fondamentali ha come corollario il diritto a preordinamento delle tecniche adeguate alla effettività della tutela giurisdizionale, le quali non sono altro che risposte dello Stato al suo dovere di protezione.

Però, il diritto alla tutela giurisdizionale non solo richiede la considerazione dei diritti di partecipazione e presentazione di tecniche processuali adeguate, come si rivolge al conseguimento di una *prestazione* del giudice. Questa *prestazione del giudice, così come la legge*, può anche significare, in qualche caso, *concretizzazione del dovere di protezione dello Stato dinanzi ai diritti fondamentali*. La differenza è che la legge è risposta astratta del legislatore, mentre la decisione è risposta del giudice di fronte al caso concreto. Ossia, vi è diritto, dovuto dallo Stato-legislatore, alla emissione di norme di diritto materiale di

³² “Il diritto ad un procedimento giusto implicherà oggi la esistenza di procedimenti collettivi (*Massenverfahren* nella terminologia tedesca), che rendono possibili la intervento collettiva dei cittadini nella difesa di diritti economici, sociali e culturali di grande rilevanza per la esistenza collettiva (esempio: “procedimenti di masse” per la difesa dell’ambiente, della salute, del patrimonio culturale, dei consumatori). Si tratta, qui, di un tipo di procedimento che cerca di soddisfare gli stessi obiettivi della azione popolare di natura giurisdizionale, e, perciò, deve considerarsi racchiuso nell’ambito di protezione dell’articolo 52.º/3 da CRP” (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 665).

³³ Come scrive Alexy, “una comparación de los derechos a procedimiento en sentido estricto con los derechos a competencias de derecho privado muestra claramente los diferentes objetivos que se persiguen en el ámbito de la organización y el procedimiento. Mientras que los derechos a competencias de derecho privado aseguran, sobre todo, la posibilidad de que puedan realizarse determinadas acciones iusfundamentalmente garantizadas, *los derechos a procedimiento en sentido estricto sirven en primer lugar, para la protección de posiciones jurídicas existentes frente al Estado y frente a terceros. Por ello, es posible tratar a estos últimos también dentro del marco de los derechos a protección*” (Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, p. 474). Anche Ingo Sarlet sottolinea l’importanza delle regole processuali per la realizzazione del diritto di protezione: “si impone il riferimento al fatto che sotto la rubrica dei diritti a prestazione in senso ampio, considerandosi esclusi i diritti in senso stretto (diritti a prestazioni fattuali), si inquadrano fondamentalmente i diritti a prestazioni normative da parte dello Stato, *che possono includere sia diritti a protezione mediante la emissione di norme giuridico-penali, sia la istituzione di norme di organizzazione e procedimento*” (Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 194-195).

protezione, così come di norme di diritto che istituiscono delle tecniche processuali capaci di propiziare effettiva protezione. Ma lo Stato-Giudice ha anche dovere di protezione, che realizza nel momento in cui proferisce la sua decisione rispetto ai diritti fondamentali.

Tuttavia, il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, quando si rivolge verso il giudice, non esige *soltanto l'effettività della protezione dei diritti fondamentali*, ma sicché la tutela giurisdizionale sia prestata di modo effettivo *ad ogni diritto*. Tale diritto fondamentale, per l'appunto, non richiede *solo tecniche e procedimenti adeguati alla tutela dei diritti fondamentali*, ma *sì tecniche processuali idonee alla effettiva tutela di qualsiasi diritto*. Di modo che la risposta del giudice non è soltanto una forma di darsi protezione ai diritti fondamentali, ma *sì una maniera di darsi tutela effettiva ad ogni situazione di diritto sostanziale*, inclusive ai diritti fondamentali che non richiedono protezione, ma soltanto prestazioni fattuali dello Stato.

Come si vede, sebbene la risposta del giudice assista al diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, soltanto in alcuni casi l'oggetto della decisione è altro diritto fondamentale, occasione in cui, in realtà, esiste il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale accanto al diritto fondamentale materiale posto alla decisione del giudice. Quando questo altro diritto fondamentale richiede prestazione di protezione, non vi è dubbio che la decisione configura evidente prestazione giurisdizionale di protezione. E nel caso in cui la decisione non tratta di diritto fondamentale? Si osservi che, sebbene il giudice, in questo caso non decida su diritto fondamentale, lui ovviamente risponde al diritto fondamentale alla effettiva tutela giurisdizionale. In questa ipotesi, come la prestazione del giudice non decide su diritto fondamentale, essa dovrà essere considerata di fronte al proprio diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale.

Se il giudice non ha soltanto la funzione di risolvere liti, però quella di custodire la idoneità della prestazione giurisdizionale, senza potere rassegnarsi ad applicare la tecnica processuale che possa portare ad una tutela giurisdizionale non effettiva, è certo dire che il suo dovere non si riassume ad una mera risposta giurisdizionale, dato che esige la prestazione di una tutela giurisdizionale *effettiva*. Ossia, il dovere del giudice, così come quello del legislatore nell'istituire la tecnica processuale adeguata, è legato al diritto fondamentale alla effettività della tutela giurisdizionale, inteso come un diritto necessario perché si dia protezione a tutti gli altri diritti.

In questo senso, capito la necessità di tutela – qui intesa come protezione – dei diritti attraverso il processo giurisdizionale, è corretto pensare che il giudice e il legislatore, nel zelare per la tecnica processuale adeguata alla effettività della prestazione giurisdizionale, prestano protezione ai diritti e, per conseguenze, al diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, i quali, non fosse così, a nulla servirebbero.

Il giurisdizionato non è costretto a contentarsi con un procedimento inidoneo alla tutela giurisdizionale, perché il suo diritto non si riassume alla possibilità di accesso al procedimento legalmente istituito. Certamente, il diritto alla tutela giurisdizionale non può restare limitato al diritto di uguale accesso al procedimento stabilito, o *al concetto tradizionale di diritto di accesso alla giustizia*. Non importa appena dire che tutti devono avere pari opportunità di accesso ai procedimenti e agli avvocati, e così alla effettiva possibilità di argomentazione e produzione di prova.

Sarà che il diritto alla tutela giurisdizionale è appena il diritto al procedimento legalmente istituito, non importando la sua capacità assecondare di maniera idonea il diritto materiale? Ora, è improprio pensare che vi è diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale, ma che questo diritto può avere la sua effettività compromessa se la tecnica

processuale è stata istituita di modo incapace di attendere al diritto materiale. Immaginare che il diritto alla tutela giurisdizionale è il diritto di andare a giudizio attraverso il procedimento legalmente fissato, poco importando la sua idoneità per la effettiva tutela dei diritti, sarebbe rovesciare la logica del rapporto tra il diritto materiale e il diritto processuale. Se il diritto di andare a giudizio resta alla dipendenza della tecnica processuale espressamente presente nella legge, il processo è che darà i contorni del diritto materiale. Ma, deve succedere proprio il contrario, poiché il primo serve per compiere i propositi del secondo. Questo significa che l'assenza di tecnica processuale adeguata a determinato caso conflittuale concreto rappresenta ipotesi di omissione che attenta contro il diritto fondamentale alla effettività della tutela giurisdizionale.

Se il dovere del legislatore emanare il procedimento idoneo può essere reputato inadempito di fronte a determinato caso concreto, il giudice, davanti a questo, ovviamente non perde il suo dovere di prestare la tutela giurisdizionale effettiva. Per tale ragione, il giudice ha il dovere di interpretare la legislazione alla luce del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale, stando costretto a ricavare dalla regola processuale, sempre con la finalità di effettivamente tutelare i diritti, la sua massima potenzialità, purché – e questo non occorrerebbe dire – non sia violato il diritto di difesa.

Dunque, si desidera proporre, in questo momento, che il diritto alla tutela giurisdizionale, ancorché senza perdere la sua caratteristica di diritto di uguali opportunità di accesso alla giustizia, passi ad essere visto come il diritto alla effettiva protezione del diritto materiale, del quale sono debitori il legislatore e il giudice, che allora passa ad avere un vero dovere di comportarsi d'accordo con il diritto fondamentale alla effettività della tutela giurisdizionale.

7 Il rapporto tra il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, il diritto materiale e la realtà sociale

Se il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva non si contenta di essere il diritto al procedimento legalmente istituito, e se non basta più ragionare in termini di pari opportunità di accesso alla giustizia, è fondamentale verificare a partire da quale punto il procedimento deve essere conformato, e così qual è l'origine della sua legittimazione.

È chiaro che, in una prima analisi, la legittimità del procedimento dipende dall'osservanza dei principi costituzionali che garantiscono la adeguata partecipazione delle parti e del giudice. Così, giudice naturale, egualità, contraddittorio, pubblicità e motivazione delle decisioni.

Anche se i principi della parità e del contraddittorio devano essere visti – come diversamente non potrebbe essere – in una prospettiva concreta, che parte dall'idea che la parità di partecipazione deve prendere in considerazione le disparità delle differenti posizioni sociali, è indispensabile analizzare la realtà sociale e il diritto materiale, vale a dire, la sostanza sulla quale il procedimento incide. Pertanto, è imprescindibile che l'analisi consideri non soltanto la necessità di parità interna al procedimento, ma soprattutto l'apertura alla partecipazione mediante differenti specie procedurali³⁴.

³⁴ Come dice Alexy, “los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una ‘protección jurídica efectiva’”. Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del

Si prendi, qui, l'idea di procedimento differenziato per quanto riguarda il procedimento ordinario – quest'ultimo istituito senza qualsiasi considerazione al diritto materiale e alla realtà sociale. Esistendo situazioni di diritto sostanziale e posizioni sociali giustificatrici di distinti trattamenti, la differenziazione di procedimenti è d'accordo con il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Dallo stesso motivo, l'esistenza di un procedimento appena per situazioni distinte viola il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva.

È facile percepire le posizioni sociali legittimatrici della differenziazione dei procedimenti. Se lo Stato ha il compito di avviare l'accesso di tutti alla giustizia (e ai beni sociali), non è difficile concludere che coloro che meritano procedimenti (tecniche processuali) differenziati sono appunto coloro che hanno delle difficoltà di affrontare le formalità del procedimento comune. Con base su questa idea, ad es., è stato istituito il procedimento dei "*Juizados de Pequenas Causas*".

L'altro verso del procedimento differenziato è legato alle differenti situazioni di diritto sostanziale. Essendo differenti le situazioni che hanno bisogno di protezione giurisdizionale, diventa addirittura ovvia la necessità di tecniche processuali differenziate, poiché un singolo procedimento mai avrà la capacità di far carico di situazioni materiali distinte.

L'espressione procedimento differenziato potrebbe essere presa come sinonimo di procedimento speciale. Però, una buona parte della dottrina processuale accusa i procedimenti speciali di attentare contro la logica della separazione tra diritto processuale e il diritto materiale. Tale dottrina, tuttavia, non considera il fatto che differenti situazioni di diritto sostanziale richiedono procedimenti differenziati, e che, così, la pretesa di uniformità di procedimenti può essere vista soltanto come frutto di delirio di onnipotenza del processualista.

È già passato il tempo in cui bastava studiare l'azione una e astratta e l'universo di sentenze che le erano attorno. L'idea di diritto di azione, come mero diritto ad una sentenza di merito, non ha molta importanza a chi è preoccupato con un processo effettivo, cioè, con un processo in grado di dare effettività ai diritti che da esso hanno bisogno di essere protetti.

È necessario ridescoprire i rapporti tra il processo e il diritto materiale, che – come bene ha osservato Denti - la così proclamata autonomia di azione e del rapporto processuale è finita per offuscare, lasciando da parte la stretta dipendenza dagli istituti del processo dall'influenza del diritto sostanziale e, quindi, dal ruolo che il diritto egemonico svolge nella società.³⁵

Se il processo può essere visto come strumento, è assurdo pensare a neutralità del processo rispetto al diritto materiale e alla realtà sociale. Il processo non può essere indifferente a tutto questo. In questo senso, è corretto affermare che *non c'è mai stata autonomia del processo*, ma sì *un rapporto di interdipendenza* tra il diritto processuale e il diritto materiale.³⁶

procedimiento garantiza los derechos materiales del respectivo titular de derechos" (Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 472).

³⁵ Vittorio Denti, *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 12.

³⁶ Andrea Proto Pisani, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, Cacucci, 1982, p. 11.

8. Conseguenze dalla idea di diritto al procedimento idoneo al diritto materiale e la realtà sociale

8.1 Tecnica processuale e procedimento adeguato

Non c'è come confondere *tecnica processuale con procedimento*. Il procedimento è *una specie* di tecnica processuale destinato a permettere la tutela dei diritti.

Per capirsi il procedimento, come tecnica processuale autonoma, occorre allontanarlo dalla tecnica anticipatoria, dalle sentenze e dai mezzi esecutivi. Questo perché è possibile *distinguere* diritto al procedimento di, ad es., diritti alla sentenza e al mezzo esecutivo adeguato.

Il procedimento, sebbene possa essere visto come garanzia di tecnica anticipatoria, sentenze e mezzi esecutivi, può essere analizzato come qualcosa che si *differenzia* dal procedimento ordinario di cognizione piena e esauriente, *e in questi termini ha importanza di per sé, indipendentemente dalle tecniche processuali in esso inserite*.

Il procedimento, come tecnica processuale autonoma, e così indifferente alla tecnica anticipatoria, alle sentenze e ai mezzi esecutivi, *può essere visto soltanto nella prospettiva della accelerazione della pratica dei suoi atti e della limitazione della cognizione del giudice*.

In questa linea, occorre dimostrare la differenza tra la sommarietà procedimentale in senso formale e la restrizione della cognizione in senso materiale.³⁷ Per analizzarsi questa questione, si deve partire dal procedimento *ordinario di cognizione piena e esauriente*.

La sommarietà formale altro non è che il risultato della accelerazione della pratica degli atti processuali. Di modo che il procedimento *formalmente* sommario è rappresentante di questa specie di sommarietà, però non limita il giudizio circa l'oggetto cognoscibile – restringendo la produzione di prove per raggiungere la cosiddetta verosimiglianza o cognizione sommaria in senso materiale. Al contrario, vi è solo giudizio finale di verosimiglianza rispetto all'oggetto cognoscibile nei procedimenti che si contentano con il *fumus boni iuris* (per esempio: procedimento cautelare).

Il procedimento di *cognizione* sommaria (*questa è soltanto una delle specie della cognizione in senso materiale*) non permette la conoscenza approfondita dell'oggetto cognoscibile (verosimiglianza), mentre il procedimento formalmente sommario (art. 275 e ss. cod.proc.civ. brasiliano) sempre rende possibile la conoscenza approfondita dei fatti litigiosi, sebbene in un tempo inferiore a quello che sarebbe impiegato al procedimento ordinario - dinanzi alla accelerazione degli atti processuali.

La restrizione della cognizione in senso materiale può dare origine a diversi tipi di cognizione³⁸. Quando si guarda l'intensità della cognizione rispetto all'oggetto cognoscibile, la cognizione può essere *esauriente o sommaria*, conforme si ammetta o meno, *la piena produzione di prove*. È possibile dire, in questo senso, che la cognizione è riguardata in senso *verticale*. Quando si pensa alla *materia* che può essere conosciuta dal

³⁷ Sulla differenza tra procedimento formalmente sommario e restrizione alla cognizione in senso materiale, v. Victor Fairen Guillén, Juicio ordinario, plenarios rápidos sumario, sumarísimo, in *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1969, v. 2, p. 825-830.

³⁸ Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, São Paulo, Ed. RT, 1987, p. 85 e ss.

giudice – e non soltanto alla forma (restrizione o meno, della produzione della prova) attraverso la quale il giudice potrà giungere ad un giudizio sull’oggetto conoscibile -, la cognizione è riferita ad una prospettiva orizzontale, quindi il taglio non è fatto più rispetto alla profondità della conoscenza (in senso verticale). Quello che importa, in questa ultima prospettiva, è sapere qual è la materia che può formare oggetto di cognizione, e non se la cognizione può condurre a “giudizi” c.d. di verosimiglianza o di certezza (perché attaccati alla limitazione o meno, della produzione della prova). Meglio spiegando: la cognizione in senso orizzontale indaga su “che cosa” (quale la materia) può formare l’oggetto conoscibile, mentre la cognizione in senso verticale domanda “come” (attraverso la pienezza probatoria o meno) si può formare il giudizio.

Dunque, per quanto riguarda alla cognizione in senso *orizzontale*, vi sono *cognizione piena e cognizione parziale*. In effetto, la cognizione piena riguarda alla ampiezza della conoscenza del giudice in senso orizzontale. Non importa, qui, la possibilità di cognizione esauriente dell’oggetto conoscibile. La contrapposizione tra cognizione piena e parziale deve essere intesa a partire dal piano del diritto materiale, giacché, in certe ipotesi, la cognizione del magistrato può non raggiungere l’intera estensione fattibile del conflitto di interessi (in senso preprocessuale, ovviamente). Nulla impedisce, perciò, che il procedimento ordinario o il procedimento formalmente sommario siano di cognizione piena o di cognizione parziale.

La cognizione parziale è attinente ai procedimenti che delimitano l’oggetto conoscibile (la materia che può essere conosciuta). Questo è fatto in due maniere: mediante la previsione delle questioni che l’attore può portare a Giudizio (embargo dell’esecutato) o delle allegazioni che possono essere presentate nella contestazione³⁹. È rispetto alla restrizione del contenuto della difesa, e la conseguente limitazione della materia che può essere conosciuta, che i casi sono più significativi.

Nei procedimenti di cognizione parziale, il giudice resta impedito di conoscere le questioni riservate, ossia, le questioni escluse dal legislatore *per dare contenuto ad altra domanda*.⁴⁰ Però, le questioni *escluse* dal legislatore *sempre* potranno essere oggetto di azione inversa posteriore, in cui saranno attore e convenuto, rispettivamente, il convenuto e l’attore nel primo processo. Il art. 5º, XXXV, della Costituzione brasiliana garantisce il diritto del convenuto portare a giudizio, anche se come attore, le questioni che non ha potuto dedurre nella contestazione.

Mediante tale tecnica è possibile *investigare il valore* che è contenuto in ogni procedimento. Perché questo sia possibile, è necessario capire che il procedimento di cognizione parziale oggettiva privilegiare la *certezza* e la *celerità*, nel permettere il sorgimento di una *sentenza con forza di cosa giudicata materiale in un tempo inferiore a quello che sarebbe necessario all’esame di tutta la estensione della situazione litigiosa*.

L’importanza del procedimento adeguato ha stretto legame con la cognizione parziale. *Anzi, il procedimento adeguato di cognizione parziale, in certi casi, è imprescindibile all’adeguata tutela del diritto materiale e all’adempimento effettivo delle loro necessità. Tuttavia, in altri casi, non presenta giustificazione di fronte al diritto materiale e i valori della Costituzione, costituendo privilegio odioso.*

³⁹ Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, cit., p. 87.

⁴⁰ V. Ovídio Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. RT, 2000, v. 13, p. p. 48.

Importa sapere, di questo modo, quello che legittima i procedimenti speciali, anche perché vi è chi sostenga, in base a criteri cosiddetti scientifici, la improprietà della esistenza di procedimenti differenziati, e così la utopia di un procedimento unico. Questa pretesa, fondata su desideri pseudoscientifici, può costituire soltanto una illusione infondata, giacché non si può trattare dello stesso modo situazioni diverse. La supposizione che un unico procedimento potrebbe servire a tutti, indipendentemente dalle loro differenze, perché così fosse possibile una miglior sistemazione tecnica e teorica, implica in una assurda sovrapposizione della teoria sulle concrete necessità degli uomini, e così – nella migliore delle ipotesi – può essere vista come un desiderio egoista. Non vi è dubbio che, se un diritto non può essere tutelato mediante procedimento di cognizione piena, ad esso deve essere deferito un procedimento speciale.

Nelle azioni possessorie si limita la difesa, vietandosi che le obiezioni petitorie siano messe in discussione. Però, il convenuto, soccombendo in procedimento di cognizione parziale, resta con la possibilità di proporre azione contraria contro il vincitore. Così, si permette che il proprietario, vinto nell'ambito possessorio, discuta le sue ragioni di natura petitoria posteriormente. Si noti che il contenuto dell'azione possessoria non ha a che vedere con il procedimento in senso formale (ordinario o sommario), ma sì con la restrizione a discussione del dominio. Però, se la effettività della tutela del possesso dipende da questa limitazione a difesa, la sua giustificazione è sensibile.

Tuttavia, tale via di percezione non è abbastanza. Il sistema processuale si deve adattare non soltanto alle caratteristiche dei diritti materiali, ma anche *alle differenti condizioni sociali dei litiganti*. La mancanza di questo adattamento, di fronte alla preferenza al procedimento unico, è un difetto che ha segnato le codificazioni processuali del diritto continentale europeo – nelle parole di Trocker assai preoccupate in progettare un sistema lineare e puro.⁴²

Per verificarsi la necessità di procedimenti speciali di cognizione parziale e di organi giurisdizionali specializzati occorre considerare i valori della Costituzione Federale. L'art. 3°, III, della Costituzione Federale, è molto chiaro nell'affermare che uno degli obbiettivi fondamentali della Repubblica Federativa di Brasile è *“sradicare la povertà e la emarginazione e ridurre le disuguaglianze sociali e regionali”*. È possibile lasciar chiaro, in questa linea di argomentazione, che non è tutto procedimento speciale istituito dal legislatore un procedimento legittimo alla luce dei valori della Costituzione. Anche per un'ovvia ragione: *della stessa forma che non è corretto trattare situazioni differenti per mezzo di un unico procedimento, non è possibile conferire procedimenti distinti a situazioni che non meritano – alla luce dei valori della Costituzione – trattamento diversificato*.

Se la Costituzione Federale deve eliminare le disuguaglianze, non si può accettare il procedimento che fa appunto il contrario, cioè, incrementa la disuguaglianza, aprendo a chi ha condizione sociale privilegiata l'opportunità di percorrere le vie della giurisdizione grazie ad un procedimento differente di quello che è assegnato alle condizioni sociali “comuni”. Come abbiamo già detto⁴³, i procedimenti, come tutti gli atti del pubblico potere, devono essere in conformità con il principio della uguaglianza. Il legislatore infracostituzionale è obbligato a progettare dei procedimenti che non costituiscano dei privilegi, così come, per assistere ai non abbienti, a strutturare dei procedimenti che siano

⁴² Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 698.

⁴³ Luiz Guilherme Marinoni, *Efetividade do processo e tutela de urgência*, cit., p. 73-74.

differenziati, nella misura in che la distinzione di procedimenti è una esigenza insopprimibile per un ordinamento che si ispiri alla uguaglianza sostanziale⁴⁴.

Il procedimento che non è d'accordo con il principio dell'uguaglianza non è *due process of law*. La clausola del giusto processo legale non è più mera garanzia processuale, essendo trasformatosi, accanto al principio dell'uguaglianza, “nel più importante strumento giuridico protettore delle libertà pubbliche, con rilievo della sua più recente funzione di controllo dell'arbitrio legislativo e della discrezionalità governamentale, nettamente della “ragionevolezza” (*reasonableness*) e della “razionalità” (*rationality*) delle norme giuridiche e degli atti in generale del Pubblico Potere”⁴⁵. La clausola del giusto processo legale in senso sostanziale permette il controllo della legittimità delle norme giuridiche attraverso il principio della isonomia. Poi, come diceva già San Tiago Dantas, non tutti gli atti legislativi formalmente perfetti sono *due process of law*. Perché lo sia, occorre che questo atto, nel suo contenuto normativo, stia d'accordo con il principio di uguaglianza⁴⁶.

Il controllo della ragionevolezza della legge, operata a causa della garanzia del giusto processo legale, *ha per scopo evitare leggi che siano arbitrarie, anzi, leggi che discriminino per disattenzione al principio della uguaglianza, o che lascino di differenziare quando necessario l'osservanza di questo principio*. Cioè, la clausola include “il divieto al Potere Legislativo di emanare delle leggi discriminatorie, o dove siano affari, cose o persone trattate con disuguaglianza su di punti di cui non ci sia tra loro differenze ragionevoli, o che esigono, per la loro natura, delle misure singolare o differenziate”.⁴⁷

Ci sono diversi procedimenti – segnalato dalla migliore dottrina⁴⁸ come procedimenti specialissimi – che non ha alcuna legittimità di fronte a questa prospettiva di analisi. È il caso della esecuzione privata del Decreto legge n. 70/66, o del procedimento del Decreto legge n. 911/69. In questo ultimo caso, il convenuto, nella contestazione – ai sensi dell'art. 3°, §2° – può soltanto “allegare il pagamento del debito arretrato o l'adempimento degli obblighi contrattuali”. Come è ovvio, questa norma limita la difesa per imprimere maggior celerità al procedimento. Questa celerità è data all'attore alle spese del convenuto, che resta impedito – secondo il desiderio della legge – di discutere le clausole del contratto, *che consistono in materia che potrebbe giustificare il non pagamento*. Si tratta di restrizione della difesa che non ha alcuna giustificazione, ma appena l'intenzione di conferire una giustizia più rapida agli istituti di crediti. La restrizione al diritto di difesa, qui, non trova legittimità nei valori costituzionali.

Però, ancorché il procedimento di cognizione parziale apra l'opportunità alla scoperta della sua finalità nella prospettiva dei valori, ci sono dei procedimenti che sono istituiti con cognizione parziale in virtù di valori meritevoli di protezione. Il Decreto legge n. 3.365, di 21 giugno 1941 (che dispone su espropriazione per pubblica utilità), afferma che la contestazione potrà vertere soltanto su vizio del processo giudiziale o impugnazione del

⁴⁴ Come scrive Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione*, cit., p. 701.

⁴⁵ Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 31.

⁴⁶ F. C. de San Tiago Dantas, *Problemas de direito positivo*, Rio de Janeiro, Forense, 1953, p.34.

⁴⁷ Cf. Francisco Campos, *Igualdade de todos perante a lei*, *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, p. 412.

⁴⁸ Laércio Alexandre Becker, *Contratos Bancários*, cit., p. 63 e ss.

prezzo; e che qualsiasi altra questione potrà essere trattata soltanto in azione propria (art.20). Come è già stato ditto per i tribunali, la legge non impedisce “la discussione giudiziale intorno al fondamento della espropriazione, in caso di eventuale abuso da parte del Pubblico Potere; non impedisce anche che qualsiasi allegazione sia esaminata dal Potere Giudiziario. Solo che tali discussioni dovranno succedere in azione propria”⁴⁹. È evidente che la questione allontanata dalla cognizione del giudice – il fondamento della espropriazione – può essere portata alla conoscenza del Potere Giudiziario attraverso, ad esempio, l’uso del “*mandado de segurança*”. Quello che importa è sapere se è giustificabile limitare la contestazione ad eventuale vizio del processo e al prezzo. In questo caso, non vi è dubbio che la restrizione alla difesa è giustificabile, poiché il fondamento della espropriazione è *legittimato dal pubblico interesse*. Così nel processo in cui si oggettiva la espropriazione, non c’è ragione per discutersi il fondamento della espropriazione, ma soltanto il prezzo. Ma se lo espropriato vorrà discutere questione che non possa essere oggetto della cognizione del giudice nella espropriazione, questo evidentemente sarà possibile mediante azione inversa.

Si pensando in termini di procedimento adeguato, vale osservare, alla fine, la necessità di procedimenti che rendono possibile la partecipazione dei singoli, anche se attraverso entità legittimate, nella difesa di diritti economici, sociali e culturali della società (ambiente, diritti dei consumatori, patrimonio pubblico e culturale, diritti alla educazione e alla salute ecc.).⁵⁰ Sono i procedimenti – caratterizzati specialmente i) per deferire ad enti collettivi la legittimazione *ad causam* e ii) per trattare di forma estensiva della cosa giudicata materiale – previsti nel sistema che serve alla tutela dei diritti diffusi, collettivi e individuali omogenei, imposto dalla Legge della Azione Civile Pubblica e dalla parte finale del CDC. (Codice di difesa del consumatore - Brasile).

8.2 Diritto alla tecnica anticipatoria

D’altra parte, il *giurisdizionato* ha diritto alla tecnica anticipatoria. Diritto alla tecnica anticipatoria vuol dire diritto alla possibilità di istanza e di *acquisizione* della anticipazione della tutela. In questo senso, il diritto alla tecnica anticipatoria è il diritto alla tecnica processuale capace di rendere possibile la anticipazione della tutela. Meglio spiegando: il diritto alla tutela anticipatoria non è soltanto il diritto alla acquisizione di decisione concessa di tutela anticipatoria, *ma sì il diritto al bene della vita assegnato da questa*

⁴⁹ RTFR, 102/94.

⁵⁰ V. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 665.

*decisione. Ossia, pensare a diritto alla tutela anticipatoria implica parlare nella sua piena e integrale effettivazione.*⁵¹

La tecnica anticipatoria è stata strutturata di differenti forme, diventando possibile richiedere la anticipazione della tutela quando ci siano: i) apprensione di danno (artt. 273, I, 461, §3° e 461-A cod.proc.civ. brasiliano e 84, 3°, c.d.c brasiliano); ii) abuso di diritto di difesa (art. 273, II, cod.proc.civ. brasiliano); e iii) parte incontrovertibile della domanda (art. 273, §6°, cod.proc.civ. brasiliano).

La tutela è il bene della vita perseguito dall'attore. Dunque, in principio è concessa alla fine del procedimento. Di questo modo, la tutela è, di regola, la tutela finale, che deve essere quindi classificata in diverse specie. *Solo mediante la classificazione delle tutele (che nulla ha che vedere con la classificazione delle sentenze) è possibile sapere l'oggetto materiale del processo, e così definire le reali necessità del diritto materiale e, in questa prospettiva, la tecnica processuale che deve essere alla sua disposizione. Se, in casi eccezionali – di cui artt. 273, 461 e 461-A cod.proc.civ. e 84, c.d.c – la tutela (che di regola dovrebbe essere concessa alla fine) può essere concessa anticipatamente, è evidente che la sua natura non si modificherà quando anticipata. Perciò, per sapere la natura della tutela anticipata, occorre definire la natura della tutela finale (che evidentemente cambia secondo il caso conflittivo concreto).*⁵²

Quando si richiede tutela finale inibitoria⁵³, e si domanda tutela anticipata per impedire la violazione del diritto, questa tutela anticipata sarà, evidentemente, tutela

⁵¹ Sul diritto alla tempestività della tutela giurisdizionale, specificamente rispetto alla idea di “ragionevole durata” dei processi, espressamente presente nel nuovo art. 111 della Costituzione italiana, v. Giuseppe Tarzia, L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 2001, p. 1 e ss; Giuseppe Tarzia, Il giusto processo di esecuzione, *Rivista di Diritto Processuale*, 2002, p. 329 e ss; Sergio Chiarloni, Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 2000, p. 1010 e ss; Vincenzo Caianiello, Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione, *Rivista di Diritto Processuale*, 2001, p. 42 e ss; Mauro Bove, Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, 2002, p. 479 e ss.

⁵² Si noti che, in caso di tutela inibitoria anticipata, la prova da esigere sarà completamente differente dalla prova della tutela risarcitoria anticipata (per esempio). Inoltre, nel caso di tutela inibitoria, la pretesa alla anticipazione può essere vista come regola, cosa che non succede nei casi in cui la tutela finale è (ancora come esempio) risarcitoria.

⁵³ Nel diritto italiano, v. talaltro, Aldo Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano : Giuffrè, 1974; Aldo Frignani, Inibitoria (azione). *Enciclopedia del diritto*, v. 21, p. 559 e ss; Aldo Frignani, Azione in cessazione. *Novissimo Digesto Italiano* (appendice I), 1980, p. 639 e ss; Aldo Frignani, Inibitoria (azione). *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17, p. 1 e ss; Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova : Cedam, 1987; Cristina Rapisarda, Inibitoria. *Digesto delle discipline privatistiche*. v. 9, p. 475 e ss; Cristina Rapisarda e Michele Taruffo, Inibitoria. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17. p. 1 e ss. Ugo Mattei, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*. Milano : Giuffrè, 1987; Mario Libertini, La tutela civile inibitoria. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli : Jovene, 1989, p. 315 e ss; Luigi Montesano, Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali

inibitoria anticipata. Nel caso in cui è avvenuto atto contrario al diritto, ma ancora non è stato prodotto danno (ad es. esposizione alla vendita di prodotto nocivo alla salute del consumatore), la tutela sarà di rimozione dell'illecito, conservando la stessa natura nel caso di anticipazione.

Queste due specie di tutele sono preventive rispetto al danno. Questo non vuol dire che, quando il danno è già avvenuto, non si possa domandare tutela anticipata contro il *periculum in mora*. La differenza è che, in quest'ultima situazione, la tutela anticipata urgente sarà richiesta per evitare la produzione di danni in relazione al danno che è già avvenuto. Per questo motivo, non si può accettare l'idea di che l'art. 5°, XXXV, della Costituzione Federale, garantisce soltanto il diritto alla tutela anticipata di carattere eminentemente preventivo. Quando questa norma garantisce la tutela anticipatoria, essa non ha per scopo soltanto avviare la accelerazione della tutela di prevenzione, ma anche impedire che altri danni siano arrecati all'attore a causa del ritardo nel riparare il danno o nella assistenza del dovere o dell'obbligo di adempimento.

Nello stadio attuale del diritto processuale civile, è improprio pensare che il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva possa scartare i diritti a queste tutele. Se il diritto effettivo alla prevenzione dipende dalla anticipazione o se il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva non può permettere che l'attore subisca danno in ragione del ritardo nella concessione della tutela giurisdizionale finale repressiva (la quale dunque bisogna essere anticipata), è più che evidente che la tutela anticipatoria, basata sugli artt. 273, I, 461 e 461-A del cod.proc.civ. e 84 del c.d.c., è albergata in questo diritto fondamentale.

Ma, come è già stato detto, sarebbe una enorme contraddizione intendere che il diritto fondamentale assegna il diritto alla concessione della tutela, però non alla sua effettività. Quando la tutela anticipata esige un non fare, un fare, o la consegna di cosa, è tranquilla e innegabile la possibilità di applicazione delle regole degli artt. 461, 461-A del cod.proc.civ. e 84 del c.d.c. Il problema sorge quando si pensa alla tutela anticipatoria di pagamento di somma in denaro. Immaginare che la forma di esecuzione di questa tutela anticipatoria deve essere fatta conforme alle norme relative alla esecuzione della sentenza di condanna, realizzandosi attraverso espropriazione, non lo è soltanto equivocado, ma anche perverso.

Si pensi, ad es. alla necessita di somma che sorga nel corso del processo di cognizione in cui si domanda tutela risarcitoria per l'equivalente in ragione di atto illecito. Qualcuno potrebbe dire che, in questo caso, la anticipazione della tutela è impropria, o che la somma anticipata deve essere eseguita mediante le regole relative alla sentenza di condanna al pagamento di denaro.

Si tratta di ragionamento preoccupato unicamente *con una (pseudo) coerenza processuale e che vuole appunto ignorare il diritto materiale e la realtà sociale*. Poco importa sapere qual è la regola per la esecuzione della somma dovuta per forza di sentenza, ma sì essere a contatto con la *necessità* - sul piano del diritto materiale e della realtà sociale - del danneggiato che deve aspettare il tempo per la tutela giurisdizionale finale.

Come è ovvio, la regola processuale della esecuzione per espropriazione - come tecnica che lo è - è stata fatta per assistere determinate e specifiche necessità del diritto materiale.

e urgenti. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. 1995, p. 775 e ss; Maria Rosaria Maugeri, *Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria*, Milano, Giuffrè, 1997.

Dunque, la domanda che deve essere fatta non deve incidere sulla tecnica processuale che è utilizzata nel caso di tutela finale, ma sì sulle necessità di coloro che hanno bisogno delle tutele finale e anticipata di somma.

La necessità del danneggiato ricevere immediatamente denaro non è differente della necessità di alimenti fondati su diritto di famiglia. Il danneggiato che, in conseguenza dell'illecito, bisogna immediatamente di denaro per supplire dei bisogni primari, mantenimento della casa, cura dei figli, educazione e salute, non si trova in situazione più vantaggiosa di quello che si vede nell'urgenza di chiedere alimenti fondati su diritto di famiglia.

In altri termini, la fonte degli alimenti – diritto di famiglia o atto illecito – non cambia la necessità. Se è così, non c'è come dare mezzi di esecuzione effettivi ad un caso, dimenticando l'altro. *Questo costituirebbe lesione al principio della uguaglianza.*

Anzi, *non abbiamo alcuna paura o dubbio al sostenere che il giudice può e deve impiegare – se c'è bisogno – lo espediente della multa per conferire effettività alla tutela anticipatoria di somma in denaro.*⁵⁵ *La multa, come si sa, è una tecnica che si destina ad agire sulla volontà del convenuto, pretendendo, di questa forma, l'adempimento della decisione giudiziale. Così, non si può negare la sua utilità nei casi in cui si pretende somma in denaro.*

Il fatto della multa non essere prevista espressamente nell'art. 273 non può essere interpretato come un messaggio del legislatore nel senso in cui la sua utilizzazione è possibile appena nei casi di obblighi di fare e non fare.⁵⁷ Questo sarebbe lo stesso che interpretare la norma processuale di forma contraria alla Costituzione. Anzi, *la norma processuale – quando compresa alla luce della teoria dei diritti fondamentali – deve essere interpretata conforme ai diritti fondamentale. In altre parole, se un mezzo esecutivo è imprescindibile alla effettività della tutela giurisdizionale, non si può negare la possibilità della sua utilizzazione. A meno che non si voglia considerare il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva.*

Si lasci chiaro che l'insistenza della possibilità dell'uso di questi mezzi esecutivi parte dalla premessa della necessità della tutela anticipatoria di somma. Però, questa necessità non ci sarà se l'attore dice che bisogna immediatamente del denaro per meglio curare i suoi affari o attività, *senza provare che bisogna immediatamente del denaro per non subire danno irreparabile o di difficile riparazione.* Inoltre, la tutela anticipatoria di somma sarà soltanto ammissibile per impedire la pratica di danno che non avverrebbe se il convenuto non avesse commesso l'atto che si pretende vedere corretto dalla tutela finale. Per meglio dire: *se il danno temuto non ha rapporto con l'atto praticato dal convenuto, la anticipazione della tutela non può essere concessa. Se l'attore bisogna immediatamente di pecunia da ragioni non legati all'atto praticato dal convenuto, non è plausibile anticipare la tutela, poiché questa non può essere vista come espediente per aiutare l'attore che, per motivi estranei alla condotta del convenuto, ha bisogno immediato di somma in denaro.*

Lasciandosi a parte la tutela anticipatoria legata al pericolo, ci vuole pensare circa la tutela anticipatoria vincolata all'abuso di diritto di difesa e alla cosiddetta parcella

⁵⁵ Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela*, 7ª. ed., cit, p. 245-249.

⁵⁷ Nello stesso senso, Marcelo Lima Guerra, *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, São Paulo, Ed. RT, 2003, p. 150, José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 395.

incontrovertibile della domanda nel corso del processo. Queste specie di tecniche anticipatorie stanno in rapporto con la durata del processo o, più precisamente, con la distribuzione dell'onere della durata del processo.

Non si può negare che la durata del processo reca danno all'attore che ha ragione, beneficiando nella stessa misura il convenuto che non la possiede.⁵⁸ Di questa forma è eliminata la credenza alla neutralità della durata del processo. Ma, dal momento in cui la durata del processo è ammessa come onere, sorge la conseguenza logica che essa non può essere sopportata dall'attore, poiché questo sarebbe lo stesso di accettare che il diritto di azione costituisce un onere che incide su quello che si rivolge al Potere Giudiziario.

Di modo che l'onere della durata del processo deve essere distribuito nella misura del diritto dell'attore e della fragilità della difesa del convenuto. Come tecnica di implementazione di questa idea, si pensa alle regole dell'abuso del diritto di difesa e della non controversia, nel corso del processo, di una delle domande cumulate o di parte della domanda formulata.

Rispetto all'abuso di diritto di difesa, il ragionamento è preso a partire dalla regola di distribuzione dell'onere della *prova*. L'art. 333 del cod.proc.civ. brasiliano, nel fissare che, rispetto all'atto costitutivo, l'onere della prova⁵⁹ incombe all'attore, e quanto all'atto impeditivo, modificato o estintivo l'onere è del convenuto, permette che si determini, con facilità, qual è la parte che ha bisogno della istruzione della causa o, in altri termini, del tempo del processo.⁶⁰

Se il cod.proc.civ. afferma che spetta al convenuto provare gli atti impeditivi, modificati o estintivi, lo stesso criterio deve servire di base alla distribuzione del tempo del processo, perché in questa ipotesi è il convenuto, e non l'attore, chi ha bisogno della istruzione della causa e, di conseguenza, del tempo del processo. Se gli atti costitutivi sono evidenziati, non vi è ragione perché l'attore deva assumersi il tempo che il convenuto utilizzerà per produrre prova. Ossia, all'attore non può essere imposto il peso del tempo che serve unicamente al convenuto.⁶¹

Giovanni Scarselli, analizzando la questione alla luce dell'art. 2.697 del cod.civ. italiano – che tratta, a somiglianza dell'art. 333 del cod.proc.civ. brasiliano, della distribuzione dell'onere della prova -, afferma che, nella misura in cui questo articolo è visto come una

⁵⁸ V. Italo Andolina, *“Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1983.

⁵⁹ Sull'onere della prova, v. Salvatore Patti, *Prove, Disposizioni generali*, cit.; Gian Antonio Micheli, *Onere della prova*, Padova, 1966, p. 177 *et seq.*; Luigi Paolo Comoglio, “Le prove”, *Trattato di diritto privato* (diretto da Rescigno), v. 19, p. 193 *et seq.*; Giovanni Verde, “Prova”, *Enciclopedia del diritto*, v. 37, p. 628 *et seq.*; Gerhard Walter, *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá, 1985; Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, Porto Alegre, 1987, p. 281 *et seq.*; José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1994, p. 112 *et seq.*; Munir Karam, “Ônus da prova: noções fundamentais”, *RePro*, v. 17, p. 50.

⁶⁰ V. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, São Paulo, Ed. RT, 2002, 5a. ed.

⁶¹ Cf. Giuliano Scarselli, *La condanna con riserva*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 560.

norma dettata dal buon senso ad una giustizia distributiva degli oneri probatori, può essere letto anche *per estensione come la disposizione che riparte tra l'attore e il convenuto gli oneri in generale della attività istruttoria processuale*, che non riguardano soltanto l'aspetto statico della prova, *ma pure quello dinamico del tempo necessario alla sua produzione*. Così come è ingiusto imporre all'attore l'onere della prova di tutti i fatti controversi, sembra pure irrazionale che ad esso venga sempre attribuito il tempo della durata del processo, senza che sia possibile una ripartizione immediata attraverso la tecnica della “condanna con riserva della eccezione sostanziale indiretta”.⁶³

La tutela anticipatoria, attraverso la tecnica della “riserva della cognizione della esecuzione indiretta infondata”, permette la realizzazione anticipata del diritto, evitando che il tempo del processo, che serve al convenuto, deva essere sopportato dall'attore. Si rilevi, però, che questa modalità di tutela anticipatoria non trova sostegno appena nella evidenza dei fatti costitutivi del diritto dell'attore, poiché richiede, ancora, che la eccezione sostanziale indiretta *si riveli infondata*.

Come si vede, tale specie di tutela anticipatoria apre opportunità alla distribuzione del tempo del processo nella misura in cui il convenuto abusa del suo diritto di difesa, presentando una eccezione sostanziale indiretta infondata per indugiare il momento della realizzazione del diritto.⁶⁴

Da ultimo, non si può non considerare la nuovissima e fondamentale modalità di tutela giurisdizionale prevista nell'art. 273, §6° del cod.proc.civ. brasiliano, e così pure considerata specie di tutela anticipatoria. D'accordo con questo comma, “la tutela anticipata potrà anche essere concessa quando una o più delle domande cumulate, o parte di esse, rivelarsi incontrovertibile”.

Dinanzi all'allusione espressa a “incontrovertibile”, si potrebbe immaginare che questa tutela soltanto sarebbe possibile nel caso di non-contestazione o riconoscimento giuridico parziale della domanda. Però, se è certo che queste due ipotesi giustificano la tutela anticipatoria, è innegabile che vi è altra situazione capace di fare sorgere la “incontrovertibile” sufficiente alla concessione della tutela.⁶⁵

Se una domanda cumulata (o sua parte) è evidenziata nel corso del procedimento che ancora deve proseguire alla elucidazione – attraverso la produzione di prove – di altra domanda (o dell'altra parte della domanda), non vi è razionalità in costringere l'attore ad aspettare il tempo necessario al *termine* del procedimento, per solo allora potere ottenere la tutela del diritto *che è diventato incontrovertibile, e che in questi termini era un “diritto evidente”*.

⁶³ Giuliano Scarselli, *La condanna con riserva*, cit., p. 560-561.

⁶⁴ Come dice Pisani, la tecnica della “condanna” con riserva delle eccezioni può soddisfare la esigenza di evitare l'abuso del diritto di difesa: “in base ad essa, il giudice, conosciuti i soli fatti costitutivi del diritto, emette un provvedimento giurisdizionale di merito, rinviando ad una fase processuale successiva la cognizione in ordine alle eccezioni del convenuto” (Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1994, p. 627).

⁶⁵ Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo, Ed. RT, 1996.

Il diritto alla tempestività della tutela giurisdizionale implica nel diritto alla definizione della domanda *matura* da giudicare, o che *non richiede* la produzione di altre prove per essere definita. Ora, tale diritto (alla tempestività) è un diritto fondamentale, di modo che il processo civile deve essere strutturato da rendere possibile la sua realizzazione piena e concreta.⁶⁶

Orbene, parlare di “incontroverta” è pensare alla sentita e da molto proclamata necessità di tutela dei “diritti evidenti”, vale a dire, dei diritti che non esigono più chiarimenti probatori nel corso del procedimento.⁶⁷

8.3 Diritto al provvedimento adeguato

Come la prestazione effettiva della tutela del diritto dipende dal provvedimento adeguato, è chiaro che non si può parlare di diritto alla tutela senza pensare a diritto al provvedimento che sia capace di prestarla. Anzitutto, si deve chiarire che, quando parliamo di provvedimento, ci riferiamo alla decisione interlocutoria e alla sentenza. Evitiamo parlare soltanto di sentenza, appunto, dal fatto che la decisione interlocutoria (e non solo la sentenza) deve assumere anche forme diverse per potere tutelare di modo adeguato i diritti.

Si deve ricordare che la sentenza declaratoria appena regola formalmente un rapporto giuridico, e così non è dotata della capacità di attuare sulla volontà del convenuto. Perciò, di fronte alla minaccia della pratica di illecito, non si presenta come provvedimento adeguato.

D'altra parte, come è noto, la sentenza di condanna è l'unica sentenza della classificazione trinatoria che non basta per sè stessa.⁶⁹ *Questa sentenza – per una serie di motivazioni culturali e politiche – è stata attaccata ai mezzi di esecuzione forzata tipificati nella legge. Non è stata legata ai mezzi di esecuzione indiretta e ha mai permesso che il giudice concedesse mezzi esecutivi non espressamente previsti nella legge o che la esecuzione attuasse senza la proposizione della azione di esecuzione.*

Come la sentenza di condanna – nel suo concetto – è legata alla azione di esecuzione, essa è incapace di prestare, ad es. la tutela inibitoria e la tutela di rimozione dell'illecito. Non si può immaginare che la sentenza di condanna – vale a dire, la sentenza ritenuta come di condanna⁶⁹ - sia capace di impedire la violazione di un diritto o addirittura di rendere eseguibile, prontamente e senza la necessità della azione di esecuzione, la rimozione di un illecito.

⁶⁶ Come scrive Adolfo di Majo, “il discorso sulla tutela dei diritti implica dunque necessariamente la riflessione sui mezzi di tutela che l'ordinamento prevede nell'ipotesi di violazione del diritto. L'argomento della tutela avrebbe mero valore declamatorio ove esso non si confrontasse con le previsioni di diritto positivo sui mezzi attraverso i quali i diritti sono tutelati” (Adolfo di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 4).

⁶⁷ V. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, 5^a. ed, cit.

⁶⁹ Quando si pensa a classificazione è da tener conto i concetti che hanno portato alla loro formazione, e non altri.

⁶⁹ Quando si pensa a classificazione è da tener conto i concetti che hanno portato alla loro formazione, e non altri.

Se è così, è inevitabile concludere che il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva mai potrà essere atteso mediante i provvedimenti della classificazione trinarìa. Tale diritto dipende da provvedimenti mandamentali ed esecutivi.⁷⁰

8.4 Diritto al mezzo esecutivo adeguato

Come la definizione della natura della sentenza dipende dalla considerazione dei mezzi esecutivi ad essa legati, si potrebbe pensare che la voce anteriore sarebbe sufficiente per coinvolgere il diritto al mezzo esecutivo adeguato.

Accade che i provvedimenti mandamentale e esecutivo si possono legare a *vari* mezzi di esecuzione indiretta e diretta, e così occorre verificare quello che deve essere utilizzato *nel caso concreto*. Inoltre, di fronte specialmente agli artt. 461 del cod.proc.civ. e 84 del c.d.c., si conferisce al giudice il potere di concedere provvedimento (o mezzo esecutivo) *differente* da quello richiesto, rompendosi, così, *il rigore del principio che obbliga alla congruenza tra la sentenza e la richiesta*. Infine, attualmente, in virtù degli artt. 461 e 461-A del cod.proc.civ. e 84 del c.d.c., si permette all'attore di richiedere *nella fase esecutiva*, così come al giudice di imporre senza richiesta – nel caso in cui *la sentenza non è stata capace di attuare la tutela* -, mezzo esecutivo capace di assistere il diritto alla tutela giurisdizionale.

La plasticità di questi provvedimenti, così come la possibilità della emissione di provvedimento (o mezzo esecutivo) diverso da quello richiesto e della imposizione di mezzo esecutivo differente da quello che non ha portato al fine desiderato, deve essere compresa a partire dalla necessità di conferirsi al giudice potere sufficiente alla effettuazione della tutela giurisdizionale.

La sentenza di condanna è legata al cosiddetto *principio della tipicità dei mezzi di esecuzione*. Secondo questo principio, il vincente, con la proposizione della azione di esecuzione, può solo valersi dei mezzi esecutivi *tipificati nella legislazione*. Questo costituirebbe – come ha detto Chiovenda e ha confermato Denti⁷¹ di forma critica – *una garanzia di libertà del convenuto contro la possibilità di arbitrio del Pubblico Potere*. Però, se la tipicità dei mezzi di esecuzione, come garanzia contro l'arbitrio dello Stato-Giudice, era giustificabile cento anni fa, questo oggi non è ragionevole. Il problema della società contemporanea non è solo quello di garantire la libertà dell'individuo contro la minaccia di oppressione Statale, ma sì attuare la tutela effettiva dei diritti, molti di essi essenziali alla sopravvivenza degna dell'uomo.

Per questa ragione, si attribuisce maggiore estensione e potenzialità alla effettuazione della tutela giurisdizionale. *Questo è corollario del proprio diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale*. Tuttavia, se è innegabile che il mezzo esecutivo

⁷⁰ Si ricordi che la definizione della natura delle sentenze non può prescindere dalla considerazione dei loro mezzi di esecuzioni.

⁷¹ Vittorio Denti, Il processo di cognizione nella storia delle riforme, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, p. 808.

deve essere capace di propiziare la tutela dei diritti, *questo mezzo esecutivo dovrà generare la più piccola restrizione possibile all'ambito giuridico del convenuto.*⁷³

Sarebbe perfino dispensabile dire – per essere ovvio – che la regola che la esecuzione deve essere fatta dal modo meno gravoso al convenuto si applica in ogni parte in cui si sia di fronte alla utilizzazione di mezzo esecutivo. La esecuzione deve avere i suoi gradi di effettività e di interferenza valutati d'accordo con il caso conflittivo concreto. A causa della necessita di darsi maggior elasticità alla attività esecutiva, si è abbandonato il dogma di che la legge potrebbe prevedere ogni situazione concreta, e così fissare i mezzi di esecuzione che potrebbero essere utilizzati in pratica. Però, se questo ampliamento di poteri è giustificabile di fronte alle limitazioni della legge, è evidente che l'uso dei provvedimenti e la attività esecutiva dal giudice dovranno essere controllati.

Si consideri, così, in primo luogo, i differenti mezzi di esecuzione che possono essere legati ai provvedimenti. Non è possibile scegliere l'uno o l'altro di forma aleatoria e negligente. Come procedere nella scelta tra i mezzi di esecuzione diretta e i mezzi di esecuzione indiretta? La legittimità della scelta dell'attore dinanzi ai provvedimenti e ai mezzi esecutivi, così come la legittimità della preferenza del giudice per provvedimento o mezzo esecutivo differente dal richiesto, dipende non solo dalla sua *adeguazione e idoneità* alla tutela del diritto, ma anche di essere il “*meno oneroso*” al convenuto.

L'arresto, come è ovvio, è di tutti essi il più eccezionale, essendo passibile di utilizzazione quando la multa e i mezzi di esecuzione diretta sono incapaci di portare alla tutela del diritto e, inoltre, quando non finalizza l'adempimento di ordine giudiziale che demandi disposizione di patrimonio (o spesa di denaro). Rispetto alla multa e ai mezzi di esecuzione diretta non si può pensare, astrattamente, a quando uno deve preferire l'altro. Anche perché, di fronte al nuovo contesto in cui vive la esecuzione, l'uso della multa deve preferire – di regola – quello dei mezzi di esecuzione diretta, poiché è totalmente obsoleta l'idea di che la multa deve restare ai casi in cui la esecuzione diretta non possa attuare (così alle ipotesi di obblighi infungibili).

Tuttavia, il giudice deve spiegare le ragioni che l'hanno portato ad ammettere o preferire determinato provvedimento o mezzo di esecuzione. *La necessità del giudice spiegare i suoi motivi di modo molto preciso avviene dal fatto che oggi non vige più il principio della tipicità dei mezzi esecutivi, che congelava la possibilità di concedersi vera effettività alla tutela giurisdizionale, in ragione della impossibilità di scegliersi il provvedimento e il mezzo esecutivo adeguati di fronte alle differenti situazioni concrete.*

Si veda che, dal fatto del giudice avere il potere per determinare il miglior modo di effettivazione della tutela, da lui si esige, per conseguenza, la *giustificazione delle sue scelte*. La giustificazione permette *controllo critico sul potere del giudice*. L'equivoco della *giustificazione* è che rileverà l'illegittimità della scelta del giudice, e così che la sua attività

⁷³ Rispetto alla regola della proporzionalità e delle sue *sub* regole, v., nel diritto brasiliano, Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 314 e ss; Luis Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1996; Raquel Denize Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995, Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996; Paulo Arminio Tavares Buechele, *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

non è rimasta racchiusa nelle avvertenze delle regole della “adeguatezza” e della “necessità”. In questo senso si può dire che la *giustificazione* è l'altra faccia dell'incremento del potere del giudice.

Queste forme di esercizio e controllo del potere di esecuzione sono fondamentali di fronte ai diritti della società contemporanea, costituendo pura manifestazione della crescente necessità di pensarsi il diritto di fronte al caso concreto.

Nel contesto della effettività dei mezzi di esecuzione, nulla sembra così rilevante quanto il problema della tutela risarcitoria nella forma specifica. Come è noto, il diritto al risarcimento nella forma specifica preferisce al risarcimento per equivalente. Però, come si percepisce nella pratica forense brasiliana, il risarcimento per equivalente è molte volte immaginato come l'unico possibile da ottenersi. Questo avviene, come è ovvio, per motivo che il cpc brasiliano ha istituito, come veicolo processuale destinato al risarcimento nella forma specifica, la sentenza di condanna e la azione di esecuzione di obbligo di fare – quando, una volta non compiuto il fare necessario alla riparazione, l'eseguito dovrebbe richiedere che esso fosse prestato da un terzo alle spese del debitore. Come la parte che non fa generalmente non paga ad un terzo fare, la probabilità del danneggiato dover pagare per la riparazione nella forma specifica era molto grande, e così praticamente era inesequibile il risarcimento nella forma specifica.

Però, se riparare significa, anzitutto, fare o consegnare cosa in sostituzione alla distrutta, nulla può impedire che, nel diritto brasiliano, sia impiegata la multa per dare effettività al risarcimento nella forma specifica (artt. 461 e 461-A del cod.proc.civ.e 84 del c.d.c.).

È vero che non vi è procedenza nel costringere il convenuto a riparare – ossia, a fare - , quando lui è privato di capacità tecnica per ciò. Però, *questo costituisce circostanza meramente accidentale* rispetto al dovere di riparare – che è, soprattutto, dovere di risarcire nella forma specifica, *e non semplice obbligo di pagare denaro*.

Il dovere di riparare nella forma specifica non si estingue nel caso in cui il convenuto dimostra di non avere capacità tecnica di farlo. Ossia, la dimostrazione di incapacità tecnica non ha il dono di trasformare il diritto al risarcimento nella forma specifica in diritto l'indennizzo in pecunia.

Così, dimostrata la incapacità tecnica e non compiuta la sentenza, il giudice deve utilizzare la multa per forzare il trasgressore a pagare perché terzo presti il fare necessario al risarcimento. In questo caso, la multa non sarà usata a forzare il trasgressore a pagare, ma sì per possibilitare il risarcimento nella forma specifica. Come è evidente, *la incapacità tecnica del lesa non può trasformare il suo dovere di risarcire in obbligo di pagare denaro*.

In realtà, in ogni caso dove la multa è l'unico mezzo capace di conferire la tutela del diritto, il suo uso sarà evidentemente sostenuto dal diritto fondamentale alla effettività della tutela giurisdizionale.⁷⁴ Questo avviene nel caso di tutela anticipatoria di somma in

⁷⁴ Come scrive Canotilho, “la esistenza di una protezione giuridica efficace presuppone il *diritto alla esecuzione delle sentenze* (‘fare compiere le sentenze’) dei tribunali attraverso i tribunali (o di altre pubbliche autorità), devendo lo Stato fornire ogni mezzo giuridico e materiale necessario e adeguato per far compiere le sentenze del giudice. Questa dimensione della protezione giuridica è estensiva, in linea di principio, alla esecuzione di sentenze proferite contro il proprio Stato (CRP, art. 205.º/2 e 3, e, in termini costituzionalmente claudicanti, il Decreto-Legge n. 256/A/77, di 17 giugno, artt. 5.º ss., e Decreto-Legge n.

denaro (come già accennato) e nel caso di tutela risarcitoria nella forma specifica. Si veda che la non utilizzazione della multa, anche per forzare il trasgressore a pagare il fare, *inutilizza il risarcimento nella forma specifica*. Anzi: la multa, benché non espressamente prevista, è assolutamente necessaria alla effettività della tutela anticipatoria di somma in denaro e alla tutela risarcitoria nella forma specifica. Quindi, non si può dire che, dal fatto di essa non essere espressamente prevista a queste situazioni, il suo uso resta vietato. *Poi, l'omissione del legislatore di dare effettività al diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, come è ovvio, non può essere interpretata a suo sfavore.*

Di recente, il “Tribunal de Justiça di Rio Grande do Sul” ha deciso azione “rescisória” di sentenza la quale *ha imposto multa diaria* per costringere il convenuto a dare soma.⁷⁵ Il attore è affermato, in questa azione, che la sentenza avrebbe violato il disposto negli artt. 644 del cod.proc.civ. e 84, §4° del c.d.c., “*ecco che questa multa solo potrebbe essere imposta nella ipotesi di trattarsi di obbligo di fare o non fare*” (TJRS, 6^a. CC, Ação Rescisória n. 599263183).

Ma, il magistrato Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, nel suo voto, ha argomentato sulla possibilità del giudice applicare multa – nei termini della prevista negli artt. 461, §4°, cod.proc.civ. e 84, §4°, c.d.c – nel caso di sentenza di condanna al pagamento di somma in denaro. Ha detto: “*All’attore, la sentenza con questo intendimento avrebbe violato testo di legge, poiché solo si trattando di obbligo di fare o non fare sarebbe lecita la fissazione di multa diaria*. Questo modo di vedere entra in aperto conflitto, tuttavia, con una visione più attualizzata dell’esercizio della giurisdizione. Oggigiorno, le misure coercitive vengono caratterizzandosi come strumento di concretizzazione del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, cosicché il suo impiego non può essere escluso in maniera aprioristica. Come bene pondera Marcelo Lima Guerra (*Execução Indireta*, São Paulo, RT, 1998, p. 54), ‘il giudice ha il potere-dovere di, anche e principalmente nel silenzio della legge, determinare le misure che si rivelino *necessarie* alla migliore assistenza ai diritti fondamentali coinvolti nella causa, a lui sottomessa’. (...) Questo significa, nell’ambito del processo di esecuzione, che il giudice ha il potere-dovere di, anche e principalmente nel silenzio della legge, determinare i mezzi esecutivi che si rivelino necessari alla migliore assistenza alla esigenza di prestazione della tutela esecutiva efficace (Marcelo Guerra, *op. cit.*, p. 57). Sul campo della esecuzione di somma non si passa di modo diverso, si giustificando l’impiego di misure coercitive, come la *astreinte*, per concretare il valore costituzionale protetto dalla effettività della tutela giurisdizionale. Per questa ragione, l’uso

267/85, di 12 luglio, artt. 95.ºss). Si rilevi che, nel caso di esistere una sentenza vincolativa che riconosca un diritto, la esecuzione della decisione del tribunale non è solo una dimensione della legalità democratica (‘dimensione oggettiva’), ma anche *un diritto soggettivo pubblico* del privato, al quale devono essere riconosciuti mezzi compensatori (indennizzo) etc (cfr. Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, art. 6.º), nel caso di non esecuzione illegale di decisioni dei tribunali (cfr. Il caso *Hornsby*, di 19/03/1997, in cui il Tribunale Europeo dei Diritti dell’Uomo sottolinea il momento di esecuzione come dimensione intrinseca della Dichiarazione del Processo)” (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 496).

⁷⁵ V. tale decisioni, con commenti di Roberto Benghi Del Claro, nel v. 27 della *Revista de Direito Processual Civil* (Genesis Ed.).

di tali misure non può essere ostato neanche da espressa disposizione infracostituzionale, neppure dal silenzio di questa legislazione” (TJRS, 6^a. CC, Ação Rescisória n. 599263183).

Non vi è dubbio che la multa può contribuire (come mezzo coercitivo) a dare effettività alla decisione che impone il pagamento di somma.⁷⁶ La multa coercitiva potrà essere imposta quando *necessaria* a dare effettività alla tutela giurisdizionale.

Non si dica che la utilizzazione della multa elimina il diritto di difesa del condannato. La multa darà al condannato la possibilità di pagare, di difendersi – che resta nella dipendenza dalla nomina di beni ai sensi del’art. 655 del cod.proc.civ. brasiliano e di giustificare il non pagamento, dimostrando la sua impossibilità.

Occorre chiarire che, di fronte a sentenza di condanna, i limiti della difesa sono *ristretti*. Anteprogetto relativo alla “esecuzione di sentenza che condanna al pagamento di somma”, ora in fase di studio in Brasile, afferma che il condannato potrà presentare difesa disegnata di “impugnazione”. Con essa, potranno essere arguite le seguenti materie (art. 475-L dell’Anteprogetto): “i) – mancanza o nullità della citazione, se il processo è avvenuto in contumacia; ii) – pignoramento incorretto o valutazione erronea; iii) illegittimità delle parti; iv) – eccesso di esecuzione; v) – ogni causa impeditiva, modificativa o estintiva dell’obbligo, come pagamento, novazione, compensazione, transazione o prescrizione, purché sopravveniente alla sentenza; vi) – essere la sentenza fondata su legge o atto normativo dichiarato incostituzionale dal Supremo Tribunal Federal, in azione diretta di incostituzionalità”. Comma unico: quando l’esecutato allega che l’eseguente, con eccesso di esecuzione, pretende somma superiore a quella risultante dalla sentenza, gli spetta dichiarare di immediato il valore che intende corretto, sotto pena di rigetto liminare di questa impugnazione”. In questo Anteprogetto, la impugnazione *solo deve essere accolta nello effetto sospensivo* quando, oltre rilevanti i suoi fondamenti, il proseguimento della esecuzione è “manifestamente suscettibile di arrecare all’esecutato grave danno, di difficile o incerta riparazione” (Anteprogetto, art. 475-M, *caput*).⁷⁹

Tornando all’attuale sistema del cod.proc.civ.brasiliano: il fatto dell’esecutato aver nominato immobile (ad esempio) al pignoramento quando della presentazione di difesa (embargos), non può impedire l’eseguente di verificare se l’esecutato ha denaro pignorabile depositato in conto bancario. Così potrà domandare che il giudice richieda informazioni a banche o “Banco Central”. Scoperta la esistenza di denaro, la multa deve essere considerata, perché l’esecutato non ha osservato l’ordine giudiziale. Lo stesso succederà se il debitore resta inerte – non nominando qualsiasi bene al pignoramento.

⁷⁶ V., nel diritto italiano, Michele Taruffo, Note sul diritto alla condanna e all’esecuzione, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, p. 668; Luigi Paolo Comoglio, Principi costituzionali e processo di esecuzione, *Rivista di Diritto Processuale*, 1994, p. 450 e ss.

⁷⁹ La sospensione della difesa è ammessa soltanto in casi eccezionali, quando la propria esecuzione può recare danno grave. Però, anche se deferito l’effetto sospensivo, l’eseguente potrà portare avanti la esecuzione caso faccia cauzione sufficiente e idonea (Anteprogetto, art. 475-M, §1°). Proprio perché la sospensione dell’esecuzione *soltanto si giustifica di fronte alla probabilità di danno grave*, si ammette che il creditore, prestando cauzione, *elimini la ragione di essere dell’effetto sospensivo*, e allora possa proseguire con l’esecuzione fino alla soddisfazione del suo diritto.

Però, *la multa non può incidere rispetto al debitore privato da patrimonio senza attentare contro diritto fondamentale che meriterà prevalenza, nel caso concreto, davanti al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva*. Si potrebbe immaginare che l'applicazione della multa sarebbe innocua nel caso di mancanza di patrimonio, e che, perciò, questa discussione non avrebbe accettazione o validità. Succede che, se il valore del debito può essere aumentato con la multa, il valore finale trovato sarà, in tesi, esigibile, e così potrà essere praticamente realizzato caso il debitore acquisti patrimonio. Però, non vi è *razionalità* in ammettere che il valore della multa possa essere levato dal patrimonio che venga *ad essere acquisito* dal debitore, poiché la multa *ha per scopo intimidire* il debitore a pagare – considerato il suo patrimonio *attuale* - e non *punire* il debitore che non possieda patrimonio nel *momento* in cui il credito è esigido.

È per questo che il debitore deve avere l'opportunità di giustificare il non pagamento e la non nomina di beni. In questa difesa, l'esecutato dovrà presentare relazione del suo patrimonio e redditi, anche la situazione dei suoi conti bancari, pure i motivi che giustificano il non pagamento della somma di denaro e le prove che dimostrano la veracità delle sue allegazioni. In ragione della presentazione di questa giustificazione, *il giudice resta investito del potere-dovere di richiedere delle informazioni a qualunque ente pubblico e/o privato, come "Receita Federal", "Banco Central", banche private, datore di lavoro e altre imprese con cui il debitore mantenga dei vincoli*.

9 Significato della applicabilità immediata del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva

Viene scritto nell'art. 5º, §1º della Costituzione brasiliana, che "le norme definitorie dei diritti e garanzie fondamentali hanno *applicazione immediata*".⁸⁰ Quello che importa, in questo momento, è sapere il significato e portata di questa norma rispetto al diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva.

Nell'affermarsi che la norma relativa a un diritto fondamentale ha applicabilità immediata, si vuole sottolineare la sua forza normativa. Come a questa norma non si può attribuire funzione retorica, non si può presumere che il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva solo possa essere espressa in conformità alla legge, *e che così sia da essa dipendente*.

Di modo che la norma dell'art. 5º, §1º, della Costituzione, sarebbe già sufficiente⁸¹ per dimostrare la tesi di che il giudice *non solo deve interpretare la legge processuale in*

⁸⁰ Sul tema, v. João Pedro Gebran Neto, *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*, São Paulo, Ed. RT, 2003.

⁸¹ Si riferendo all'art. 5º, §1º, della cost. Brasiliana, e norme simili, previste nella legge Fondamentale della Repubblica Federale della Germania e nella Costituzione Portoghese di 1976, scrive Sergio Fernando Moro che tali norme sarebbero a principio superflue. "Forse i costituenti li abbiano formulati con proposito unicamente didattico, *preoccupati con le posizioni, oggi oltrepassate, di che le norme costituzionali si dirigevano esclusivamente al legislatore, il che li avrebbe portati a dichiarare sul proprio testo costituzionale l'equivoco di tali posizionamenti*. Indipendente da quello che hanno voluto i costituenti, il fatto è che consta

conformità al diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, come deve ancora concretarlo, attraverso la via interpretativa, nel caso di omissione o di insufficienza di legge.

Comunque, anche se i principi della forza normativa della Costituzione e della effettività possano sembrare una super affettazione di fronte alla norma che afferma che il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva ha applicabilità immediata, sembra importante riportarli, specialmente perché il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, *sebbene diretta verso lo Stato, anche contro il giudice, ripercuote sulla sfera giuridica della parte, e così può essere pensato – come si vedrà nel punto 11 – come un diritto di efficacia verticale, ma con efficacia latelare sui parti.*

Ossia, nonostante la applicabilità immediata di questo diritto sia innegabile, il compito interpretativo del giudice, per ripercuotere sulla sfera giuridica di qualcuno che non fa parte della relazione verticale stabilita in virtù del diritto, non può lasciare di considerare i principi che con esso possano urtare nel caso concreto.

Come dice Hesse, “la interpretazione adeguata è quella che riesce a concretare, di forma eccellente, il senso (Sinn) della proposizione normativa dentro delle condizioni reali dominanti in una determinata situazione”.⁸² Ossia, il principio della forza normativa della Costituzione⁸³ dà base alle interpretazioni che conferiscono ai diritti fondamentali, di fronte alle circostanze concrete, una efficacia ottima⁸⁴.

Il principio della effettività⁸⁵ (relativo alla interpretazione costituzionale), a sua volta, sintetizza la idea di che i diritti fondamentali devono essere interpretati in un senso

nella Carta costituzionale brasiliana dispositivo che dice espressamente che le norme di diritto fondamentali hanno applicazione immediata” (Sergio Fernando Moro, *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*, São Paulo, Max Limonad, 2001, p. 67).

⁸² Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Fabris, 1991, p. 23.

⁸³ Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, cit., p. 96.

⁸⁴ “Nella soluzione dei problemi giuridico-costituzionali deve darsi prevalenza ai punti di vista che, considerando i presupposti della costituzione (normativa), contribuiscono ad una efficacia ottima della legge fondamentale. Di conseguenza, deve darsi primazia alle soluzioni ermeneutiche che, comprendendo la storicità delle strutture costituzionali, possibilitano la ‘attualizzazione’ normativa, garantendo, parimenti, la loro efficacia e permanenza” (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 229).

⁸⁵ Riferendosi a questo principio, ma a esso attribuendo il nome di principio della massima effettività, scrive Canotilho: “Questo principio, designato anche come principio della efficienza o principio della interpretazione effettiva, può essere formulato così: ad una norma costituzionale deve essere attribuito il senso che più efficacia le dia. È un principio operativo rispetto a tutte e qualsiasi norme costituzionali, e nonostante la sua origine stia legata alla tesi della attualità delle norme programmatiche (Thoma), è oggi invocato soprattutto nell’ambito dei diritti fondamentali (in caso di dubbio deve *preferirsi la interpretazione che riconosca maggiore efficacia ai diritti fondamentali*)” (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 227).

che gli conferisca la maggiore effettività possibile. Anzi, in caso di dubbio deve prevalere la tesi che dia la maggiore effettività possibile al diritto fondamentale⁸⁶.

10 Il dovere del giudice conformare il procedimento

10.1 Il dovere del giudice conformare il procedimento adeguato al caso concreto come conseguenza dai diritti di protezione e alla tutela giurisdizionale effettiva

Come è già stato accennato, il dovere di protezione si dirige contro il *Pubblico Potere*, e non soltanto, come si potrebbe pensare, contro il legislatore. Se lo Stato ha il dovere di proteggere i diritti, sarebbe incoerente presumere che questo dovere *dipende appena da azioni normative*.

Il dovere di protezione richiede, è certo, delle regole di diritto materiale. Ma non può riassumersi a ciò. Dipende, ancora, da azioni fattuali dello Stato – come, ad esempio, della attuazione della Pubblica Amministrazione nella protezione del consumatore, della salute pubblica e dello ambiente – *e della prestazione giurisdizionale*.

Inoltre, la protezione, anche sul piano normativo, non può rimanere ristretta a norme di diritto materiale, *poiché il processo civile si costituisce anche come meccanismo di protezione dei diritti fondamentali, sia per evitare la violazione o danno al diritto fondamentale, sia per conferirgli il dovuto risarcimento*.

Per essere uno strumento di protezione, è evidente che il processo civile non può lasciare di strutturarsi di maniera idonea alla effettiva tutela di diritti. Si noti, anzi, che il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva non richiede solo la protezione dei diritti fondamentali, *ma la tutela di ogni diritto*. Si trattando della tutela di diritti non-fondamentali, l'unico diritto fondamentale in gioco è il proprio diritto alla effettività della tutela, *che ovviamente non si confonde con il diritto materiale oggetto della decisione*. È per questo motivo, invece, che il diritto di azione, o diritto di rivolgersi al Potere Giudiziario, deve essere pensato come il diritto alla effettiva tutela giurisdizionale, per il quale non basta una sentenza, *ma sì la possibilità di effettivazione concreta della tutela perseguita*. La dottrina spagnola più moderna, nell'esaminare l'art. 24 della Costituzione Spagnola di 1978, sta lasciando a parte le vecchie discussioni intorno alla azione come mero diritto di andare a giudizio o con semplice diritto a una sentenza di merito. David Vallespín Pérez, ad esempio, in libro appena pubblicato (2002), così scrive: “El derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 CE no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo, fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. *Exige también que el ‘fallo se cumpla’ y que el recurrente sea repuesto en su derecho y*

⁸⁶ D'altra parte, come conseguenza di questo stesso orientamento, l'interpretazione che vale nel caso di legge restrittive di diritto fondamentale è quella che minimizza questa restrizione. Così, se da una parte si deve pensare a interpretazione che dia la maggiore effettività possibile al diritto fondamentale, da l'altro si deve pensare ad interpretazione che minimizzi la restrizione al diritto fondamentale.

*compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido. Lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes en meras declaraciones de intenciones”*⁸⁷.

*Quello che manca, però, è ammettere che se la tecnica processuale è imprescindibile alla effettività della tutela dei diritti, non si può presumere che, di fronte alla omissione del legislatore, il giudice nulla possa fare.*¹² Questo per una ragione semplice: il diritto fondamentale alla effettività della tutela giurisdizionale non si indirizza appena verso il legislatore, ma si dirige anche contro lo Stato-Giudice. Perciò, è assurdo pensare che il giudice lascia di avere il dovere di tutelare di forma effettiva i diritti solo perché il legislatore ha lasciato di produrre una norma processuale idonea alla tutela del diritto materiale.⁸⁸

Di conseguenza, si deve comprendere che il cittadino non ha semplice diritto alla tecnica processuale evidenziata nella legge, ma sì il diritto ad un determinato comportamento giudiziale che sia capace di conformare il procedimento alle necessità del diritto materiale e dei casi concreti.

*Come è ovvio, non si pretende dire che il giudice deve pensare il processo civile secondo i suoi propri criteri. Quello che si vuole evidenziare è che il giudice ha il dovere di interpretare la legislazione processuale alla luce dei valori della Costituzione.*⁸⁹ Come questo dovere genera quello di pensare al procedimento in conformità alle necessità del diritto materiale e della realtà sociale, è imprescindibile al giudice comprendere le tutele dovute al diritto materiale e capire le diverse necessità della vita delle persone.

⁸⁷ David Vallespín Pérez, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Barcelona, Atelier, 2002, p. 142-143. V. anche Álvaro Gil-Robles, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 85 e ss.

¹² V. Michele Taruffo, Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2001, p. 11 e ss; Sergio Chiarloni, Ruolo della giurisprudenza e attività creative del nuovo diritto, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2002, p. 1 e ss.

⁸⁸ Non si tratta di applicare l'idea, già intuita da molto tempo, di adeguazione del procedimento al caso concreto. Lasciare uno spazio di azione al giudice per meglio applicare la tecnica processuale, altro non è che avere coscienza di che, di fronte a determinate situazioni, non c'è come prevedere la forma procedimentale adeguata. Però, se questo adeguamento solo può essere fatto dentro dei limiti previamente considerati, *qui si va oltre*. Quello che si vuole rilevare è la necessità del giudice conformare il procedimento al caso concreto in ogni caso che la tecnica processuale non è capace di attendere al diritto materiale e alla realtà sociale. In questo caso, il giudice dovrà considerare le tutele promesse dal diritto materiale, la realtà sociale e i valori della Costituzione.

⁸⁹ Si riferendo ai poteri del giudice, anche se nel processo cautelare, ha affermato Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “resta il giudice investito di maggiore discrezionalità nella determinazione dell’oggetto del processo, potendo a volte ‘costruire’ nel caso concreto il provvedimento più adeguato alle esigenze di tutela, e pure agire d’ufficio secondo determinata dottrina, prescindendo dunque da domanda della parte” (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 120).

In questo senso non è sufficiente pensare che, di fronte a due interpretazioni possibili della regola processuale, il giudice deve preferire quella che non sia contraria alla Costituzione. È che, di fronte a certa regola processuale, possono esserci due interpretazioni che siano *ragionevoli* nella prospettiva costituzionale. In questo caso, il giudice ha il dovere di preferire la interpretazione che garantisca alla *massima effettività* alla tutela giurisdizionale, considerando sempre l'oggetto che deve essere tutelato (la tutela del diritto materiale) e la realtà sociale.

Dinanzi ad una visione semplificatrice, qualcuno potrebbe presumere che stiamo proponendo che il giudice ricavi la massima effettività dalla regola processuale, *poco importando il risultato della sua interpretazione*. Non si tratta di questo, però. Si lasci chiaro che il giudice non ha la possibilità – e né potrebbe avere – di interpretare la regola processuale *come se fosse alieno ai valori della Costituzione*. Il suo dovere è interpretare la regola processuale, o anche supplire eventuale omissione legislativa, per dare la massima effettività *alla tutela giurisdizionale, comprese le necessità del caso concreto e considerate i valori costituzionali che danno protezione al convenuto, come il diritto di difesa*.

10.2 Norme come principi e regole

Robert Alexy, sviluppando la sua teoria dei diritti fondamentali, avverte che la distinzione qualitativa tra regole e principi ha un ruolo importante in questo ambito. Afferma che i principi sono norme che comandano che qualcosa sia realizzata *nella maggiore misura possibile, dentro delle possibilità giuridiche e fattuali esistenti, mentre regole sono norme che possono essere espletate o meno, giacché, se una regola è valida, deve essere fatto proprio quello che essa esige, né più né meno*. Perciò, i principi, al contrario delle regole, sono chiamati di *mandati di ottimizzazione*, che possono essere realizzati in diversi ranghi, consonante *alle possibilità giuridiche e fattuali*.⁹⁰

Le regole *racchiudono determinazioni* in un ambito fattuale e giuridicamente possibile. Mentre, la realizzazione dei principi *dipende dalle possibilità giuridiche e fattuali*. Queste possibilità sono condizionate dai principi opposti, e così esigono la considerazione *dei pesi* dei principi in collisione secondo le circostanze del caso concreto.⁹¹

Si noti che, nel caso di *conflitto di regole*, il problema è di *validità*, mentre che, nella ipotesi di *collisione di principi*, la questione è di *peso*.⁹² Quando vi è collisione di

⁹⁰ Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 86 e ss.

⁹¹ Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 86 e ss. V. anche Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, p. 92 e ss.

⁹² Ronald Dworkin, nell'opera *Taking Rights Seriously*, afferma che le regole obbediscono la logica Del “tutto o niente”, mentre che i principi quella del “peso” o della “importanza” (Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, p.70 e ss). V. ancora, Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 127 e ss; Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de Princípios Constitucionais*, São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 69; Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 77 e ss. Sul Diritto come sistema di regole e principi nella'opera di Dworkin, v. Cláudio Pereira de Souza Neto, *Jurisdição Constitucional, Democracia e*

principi, uno deve cedere di fronte all'altro, *conforme le circostanze del caso concreto*.¹³ Questo significa che, lì non c'è come dichiararsi la *invalidità* del principio di minore peso, dato che esso prosegue integro e valido nell'ordinamento, potendo meritare prevalenza, di fronte allo stesso principio che l'ha preceduto, dinanzi ad altro caso concreto.⁹³

Questo giudizio, pertinente *al peso dei principi*, è un *giudizio di ponderazione*, che così permette che i diritti fondamentali abbiano effettività di fronte ad ogni caso concreto, considerati i principi che con essi possano collidere.

Si osservi, però, che questi principi, nonostante abbiano rapporto con i valori, da essi possono essere distaccati. I principi hanno rapporto con il piano deontologico, mentre che i valori fanno parte della sfera assiologica^{93-A}. Nella prospettiva assiologica, o dei valori, il ragionamento è evidentemente differente da quello circoscritto all'area relativa al nucleo essenziale dei principi. Cioè, anche se i principi costituiscono "mandati di ottimizzazione", forzando ad una interpretazione "dentro delle possibilità giuridiche e fattuali esistenti", il suo operatore resta limitato a delle barriere normative prestabilite^{93-B}. Inoltre, l'operatore, nel concretare i principi, deve giustificare il suo ragionamento attraverso quello che Alexy chiama "argomentazione giuridicamente corretta", il che permetterà non soltanto il controllo della decisione del giudice, ma anche una ragionevole sicurezza giuridica.

Si risalti che i diritti fondamentali hanno natura di principio. Così, se i principi costituiscono *mandati di ottimizzazione*, dipendenti *dalle possibilità*, il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva (ad esempio) – che allora può essere chiamato di principio alla tutela giurisdizionale effettiva – *costituisce anche un mandato di ottimizzazione che deve essere realizzato di fronte ad ogni e qualunque caso concreto, dipendendo soltanto dalle sue possibilità, e così della considerazione di altri principi o diritti fondamentali che con esso possano scontrarsi*.

Come si vede, a partire dal momento in cui si constata che il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva ha natura principiale, si desume la conseguenza di che esso non si sottomette alla logica della applicazione delle regole. Questo diritto fondamentale non può essere negato nella prospettiva della validità, poiché quello che importa, alla sua effettiva incidenza, è il caso concreto, e così la considerazione di altri principi che ad esso possano contrapporsi. Ossia, esso sarà sempre valido, benché deva venire armonizzato con altro principio di fronte alle circostanze di un caso concreto.

Questo vuol dire che, *con la distinzione tra principio e regola*, resta pure facile al giudice prestare la tutela giurisdizionale effettiva, anche se ci sia omissione legislativa. Gli basta armonizzare questo diritto fondamentale e quell'altro principio che possa con esso scontrare, considerando le circostanze del caso concreto, e specialmente le regole dello "adeguamento" e della "necessità".

Racionalidade Prática, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 220 e ss. Rispetto ai principi come "supernorme di Diritto", v. Carlos Ayres Britto, *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 178 e ss.

¹³ V. Alberto Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2002.

⁹³ Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 88-92.

^{93-A} Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 141.

^{93-B} Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 147.

10.3 Differenza tra interpretazione conforme la Costituzione, dichiarazione parziale di nullità senza riduzione di testo e interpretazione di accordo con la Costituzione

Dimostrato che il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva ha natura di principio, non può restare dubbio rispetto al dovere del giudice di conformare il procedimento adeguato al caso concreto, utilizzando la tecnica processuale capace di dare effettività al diritto, purché non sia violato principio o diritto che con esso si scontri.

Per giungere alla tecnica processuale adeguata alla situazione concreta, il giudice, oltreché partire dal principio della effettività della tutela giurisdizionale, deve considerare la omissione legislativa o la regola processuale incapace di propiziare la effettività della prestazione giurisdizionale. La conclusione rispetto alla omissione o alla inidoneità della regola processuale esige la previa analisi della tutela promessa dal diritto materiale e delle necessità concrete della parte. Se la conclusione è nel senso che la omissione o la regola processuale, di fronte alle esigenze del diritto materiale e della realtà sociale, impediscono la prestazione giurisdizionale nella forma effettiva, il giudice non può sottrarsi al dovere di applicare la tecnica processuale adeguata al caso concreto. Poco importa la omissione o la inidoneità della regola processuale, posto che il giudice, di fronte al diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, ha il dovere di applicare la tecnica processuale adeguata alla tutela del diritto materiale.

Ma, per ciò, è necessario capire che il sistema processuale deve essere interpretato *di accordo* con la Costituzione, specialmente con il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva. Quando si pensa a questo, molte volte si confonde interpretazione *di accordo* con la Costituzione, *dichiarazione parziale di nullità senza riduzione di testo e interpretazione conforme la Costituzione*⁹⁴, sebbene anche esse siano importanti alla realizzazione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva.

Le due ultime sono *strumenti di controllo della costituzionalità* delle leggi e atti normativi⁹⁵, mentre che la prima rappresenta soltanto *metodo di interpretazione* della legge. La differenza tra le due ultime è sul fatto che la interpretazione conforme deve essere utilizzata nei casi di leggi *manifestamente incostituzionali* e la dichiarazione parziale di nullità senza riduzione di testo nelle ipotesi di leggi *in principio compatibili* con la Costituzione⁹⁶.

La interpretazione conforme stabilisce una unica interpretazione *conforme* la Costituzione, dichiarando che *tutte le altre sono con essa incompatibili*. Nella dichiarazione parziale di nullità, si dichiara la incostituzionalità *di alcune interpretazioni*, preservandosi la letteralità del testo legale. Nella dichiarazione parziale di nullità gli organi del Potere Giudiziario e della Pubblica Amministrazione restano vietati *di realizzare determinate interpretazioni*, mentre che, nella interpretazione conforme, *si stabilisce una unica interpretazione possibilile*.⁹⁷

⁹⁴ Sul tema, non si può non consultare Clèmerson Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 2000, 2ª. ed., p. 263 e ss.

⁹⁵ Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 100.

⁹⁶ Eduardo Fernando Appio, *Interpretação conforme a Constituição*, Curitiba, Juruá, 2002, p. 75 e ss.

⁹⁷ Eduardo Fernando Appio, *Interpretação conforme a Constituição*, cit., p. 78-79.

In azione diretta di incostituzionalità, il Supremo Tribunale Federale potrà giudicare parzialmente procedente la domanda per dichiarare incostituzionale ogni interpretazioni possibile, eccetto una, stabilita espressamente nella sentenza (acórdão), o per dichiarare incostituzionali alcune interpretazioni, in essa ipotizzate. Nel primo caso vi è interpretazione conforme, che ha degli effetti *erga omnes* e vincolante su tutti gli organi del Potere Giudiziario e della Pubblica Amministrazione, impedendoli di dare interpretazione diversa. Nel secondo caso vi è dichiarazione parziale di nullità, pure con degli effetti *erga omnes* e vincolante, vietando i giudici e la Pubblica Amministrazione di adottare qualunque interpretazione dichiarata incostituzionale.⁹⁸

Nel controllo diffuso⁹⁹, il giudice di primo grado potrà trovarsi con legge processuale (ad esempio) in principio incostituzionale o con legge processuale con possibili interpretazioni incostituzionali. Nella prima ipotesi, verificando il giudice che la legge non è incostituzionale quando interpretata in un determinato senso, deve adottarla espressamente come ragione per decidere. Quando il giudice conclude che alcune interpretazioni della legge processuale sono incostituzionali, oltreché dichiararle, deve indicare la interpretazione che delimiterà il giudizio, benché possa esserci altra compatibile con la Costituzione.

La interpretazione conforme e la dichiarazione parziale di nullità senza riduzione di testo permettono al giudice di primo grado, nel controllo diffuso, i) interpretare la legge processuale (sempre ad esempio) per stabilire l'unica interpretazione compatibile con la Costituzione¹⁰⁰, così come ii) interpretare la legge processuale per, togliendo alcune interpretazioni incostituzionali, dichiarare la adeguata al caso concreto, ancorché possano esserci altre compatibili con il testo costituzionale. In questi casi (controllo diffuso), come è ovvio, non si deve pensare ad effetto vincolante, a impedire altri giudici e organi della Pubblica Amministrazione di decidere in senso contrario.

⁹⁸ Come le due hanno “efficacia *contro* tutti e effetto vincolante rispetto agli organi pubblici del Potere giudiziario e alla Pubblica amministrazione federale, Statale e Comunale” (art. 28, Lei 9.868/99), la dottrina avverte “che la differenza è sottile, considerando che, sotto l’angolo di cassazione, ambedue eliminano alcune delle interpretazioni possibili”, ma non lascia di sottolineare che, mentre la dichiarazione parziale di nullità ha effetto principale *negativo* (rispetto a *determinate interpretazioni*, ipotizzate dal giudice), la interpretazione conforme ha effetto principale *positivo*, nella misura in cui elegge *l’unica interpretazione* possibile, vincolando giudici e amministrazione” (Eduardo Fernando Appio, *Interpretação conforme a Constituição*, cit., p. 78-79).

⁹⁹ Impedire l’applicazione dell’interpretazione conforme e della dichiarazione parziale di nullità senza riduzione di testo “daí giudici e tribunali inferiori *sarebbe restringere la propria modalità di controllo diffuso; sarebbe una specie di mezzo-controllo*” (Lenio Luiz Sreck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 518).

¹⁰⁰ “La limitazione nell’applicabilità della interpretazione conforme alla Costituzione si appoggia sulla espressione letterale del testo impugnato, *quando questo sia ripieno di termini tecnici, colti dalla scienza*, i quali il giudice non può sostituire validamente. *Negli altri casi, data la indeterminazione della norma, potrà il giudice riempire il contenuto semantico utilizzando della sua interpretazione*” (Eduardo Fernando Appio, *Interpretação conforme a Constituição*, cit., p.151).

Ossia, il giudice, di fronte al diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale, *oltreché avere il dovere di ricusare le interpretazioni che ad esso non corrispondono, deve scegliere espressamente la interpretazione che gli conferisca la maggiore effettività.*¹⁰¹

Va sottolineato, però, che la interpretazione *di accordo* con la Costituzione *non si costituisce in strumento di controllo della costituzionalità, ma si in metodo di interpretazione.*¹⁰² Il giudice è costretto ad interpretare le norme di accordo con la Costituzione o, in una accezione più vicino a quello che qui interessa, *di accordo con i diritti fondamentali.* Questa ultima affermazione è decorrenza immediata dalla dimensione oggettiva dei diritti fondamentali, o meglio, dalla forza giuridica oggettiva di questi diritti. Si parla, in questo senso, in efficacia irradiante dei diritti fondamentali, “nel senso che questi, nella loro condizione di diritto oggettivo, forniscono impulsi e direttive alla applicazione e interpretazione del diritto infracostituzionale.”¹⁰³ Tale efficacia irradiante è che fa sorgere la tesi della interpretazione di accordo con i diritti fondamentali.

Tuttavia, non sarebbe possibile dimenticare dei casi in cui *non vi è legislazione, o che essa è insufficiente, ipotesi denominate da Vieira de Andrade come di “mancanza di legge”.*¹⁰⁴ In questo caso – chiarisce il giurista portoghese -, “il principio della applicabilità diretta vale come indicatore di eseguibilità immediata delle norme costituzionali, presumendosi la sua ‘perfezione’, cioè, la sua autosufficienza basata sul carattere liquido e certo del suo contenuto di senso. Vanno, poi, qui inclusi *il dovere* dei giudici e degli altri operatori giuridici di applicare i precetti costituzionali e la autorizzazione *per così concretizzarli per via interpretativa*”.¹⁰⁵

Nell’ipotesi che lo Stato si omette di presentare tecnica processuale adeguata alla effettiva prestazione della tutela giurisdizionale, il giudice deve giustificare che la sua applicazione è necessaria a causa della necessità del diritto materiale (delle tutele che devono essere prestate perché avvenga la effettività del diritto materiale). Partendosi dalla premessa che non vi è dubbio che il giudice deve prestare la tutela effettiva, è facile giustificare, in conformità alla Costituzione, che determinata tecnica è imprescindibile alla tutela della situazione concreta.

Così, se il giudice, dinanzi alla legge processuale, è *costretto* a scegliere la interpretazione conforme il diritto fondamentale, spetta a lui, *in caso di omissione o di insufficienza legale, applicare direttamente la norma che istituisce il diritto fondamentale*

¹⁰¹ Sul rapporto tra prestazione giurisdizionale effettiva e interpretazione costituzionale, v. Flávia de Almeida Viveiros de Castro, *Interpretação constitucional e prestação jurisdicional*, Rio de Janeiro, Lumen juris, 2002.

¹⁰² “Si tratta, anzitutto, di concedere ogni rilievo, dentro l’elemento sistematico dell’interpretazione, al riferimento alla Costituzione. Certo, ogni norma non deve soltanto essere presa nell’insieme delle norme della legge e nell’insieme dell’ordine legislativo; si deve anche considerare nel contesto dell’ordine costituzionale” (Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 659).

¹⁰³ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 148.

¹⁰⁴ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 256.

¹⁰⁵ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 256-257.

alla tutela giurisdizionale effettiva, considerando i principi che con esso possano scontrarsi di fronte al caso concreto.

10.4 Le regole che conferiscono al giudice il potere di concedere tutela anticipatoria nel processo di cognizione e di determinare la cosiddetta “misura esecutiva necessaria”, nello stesso tempo in cui additano alla idea di che la tipificazione legale non è la migliore soluzione alle prestazioni giurisdizionali, lasciano chiaro il suo dovere di concretare il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva dinanzi al caso concreto

La possibilità del giudice concedere tutela anticipatoria nel processo di cognizione, analizzando soltanto il fondato timore del danno, l'abuso di diritto di difesa e la incontrovertibile di parte della domanda, entra in confronto con la tesi di che la tutela anticipatoria *deve essere prevista in procedimenti speciali specifici.*

In verità, il conferimento di potere alla concessione di tutela anticipatoria nel procedimento comune avviene dalla percezione di che la necessità della tutela anticipatoria deve essere esaminata dinanzi al *caso concreto*, verificandosi la situazione di pericolo che può rendere imprescindibile la anticipazione della tutela, il modo come la difesa è esercitata e il fatto di parte della domanda essere diventata incontrovertibile nel corso del processo.

La possibilità della concessione della tutela anticipatoria in queste ipotesi parte dalla premessa di che la effettività della tutela giurisdizionale dipende dalla considerazione di tutte queste situazioni, le quali ovviamente non possono essere pensate in astratto, ma soltanto dinanzi alle situazioni conflittive concrete.

Lo stesso fondamento è dietro alla idea di darsi al giudice il potere di concedere la misura esecutiva necessaria e adeguata, ai sensi degli artt. 461 e 461-A del cod.proc.civ. e 84 del c.d.c. Ossia, la impossibilità del legislatore prevedere, di fronte alle differenti situazioni di conflitto, i) quando la tutela anticipatoria deve essere concessa e ii) le misure esecutive necessarie e adeguate, ha fatto che questo potere fosse trasferito al giudice. *Si osservi, tuttavia, che queste previsioni legali sono solo indicativi di che il giudice non può lasciare di avere potere per applicare la tecnica processuale adeguata, poi se fosse ammissibile la tesi di che il compito del giudice è sottoposto alla espressa previsione di mezzo esecutivo, la legislazione processuale potrebbe negargli strumenti necessari all'adempimento del suo dovere e al rispetto del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva.*

Proprio per questo, non si può pensare che il giudice ha assunto potere solo per trattare delle misure adeguate di fronte alle obbligazioni di non-fare, di fare o consegnare cosa. Si noti che, se il giudice ha assorbito il dovere di prestare tutela anticipatoria dinanzi alle necessità delle svariate situazioni di diritto sostanziale, lui evidentemente ha preso potere per conferirgli effettività, mediante la applicazione del mezzo esecutivo adeguato. Anche perché sarebbe assurdo pensare che il giudice ha potere per concedere la tutela anticipatoria, ma non per renderla effettiva.

Così, nel caso in cui si fa necessaria la tutela anticipatoria di somma di denaro, è sbagliato immaginare che il giudice deva applicare le modalità esecutive che servono alla tradizionale “esecuzione di somma”, solo perché non è stata espressamente prevista misura esecutiva adeguata, come la multa. Davanti a questa ipotesi, basta al giudice *giustificare* la necessità di questa tecnica esecutiva, *alludendo alla situazione carente di tutela*, perché

allora la multa possa essere applicata basata *sul diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva*.

In realtà, il giudice ha potere-dovere di dare effettività al suo lavoro, prestando la tutela giurisdizionale di forma effettiva. Così, qualunque sia la situazione concreta, il giudice non può sottrarsi al suo dovere di determinare il mezzo esecutivo adeguato, incrociando le braccia di fronte ad omissione legislativa¹⁰⁶ o di mancanza di chiarezza della legge, come se il dovere di prestare la tutela giurisdizionale non fosse suo, ma si trovasse alla esclusiva dipendenza del legislatore.

10.5 La realizzazione del diritto alla effettività della tutela giurisdizionale dipende dalla considerazione del diritto materiale e della realtà sociale

Il diritto fondamentale alla effettività della tutela giurisdizionale ovviamente esige la analisi della sfera giuridica del convenuto. Però, non basta pensare al diritto di difesa.

L'adeguazione della tecnica processuale deve essere misurata davanti alle necessità del diritto materiale e alla situazione concreta, vale a dire, alle necessità di tutela del diritto materiale, che molte volte dipende da confronto con il diritto del convenuto.

Se il diritto dell'attore deve essere effettivamente protetto, la tecnica processuale capace di conferirgli tutela potrà interferire di forma più, o meno, incisiva sulla sfera giuridica del convenuto, e perciò il potere del giudice, in questa prospettiva, non può lasciare di essere controllato attraverso la regola della

Quando la analisi incide su regole processuali che stabiliscono i procedimenti di cognizione parziale e le "*liminares*", è necessario considerare il diritto materiale e la realtà sociale che sta dietro ai diritti di azione e di difesa. Non è possibile allo aumento della effettività del diritto di azione, e alla restrizione del diritto di difesa, senza considerare la sostanza che si trova dietro le posizioni di attore e di convenuto. Per pensare a *bilanciamento* non è possibile immaginare, per logica, che le posizioni sono *neutre*. È necessario tener conto dei "beni materiali" che si confrontano.¹⁰⁷

Rispetto ai procedimenti di cognizione *parziale*, come già accennato, bisogna verificare se la restrizione della possibilità di *allegazione* è legittimata dai *valori della Costituzione*. O meglio, se i valori costituzionali proteggono la tutela perseguita alle spese della restrizione della possibilità di *allegazione*.

Per quanto riguarda la tutela anticipatoria prevista in *procedimenti speciali* – di forma scartata della dimostrazione di pericolo -, conviene analizzare se la situazione di diritto materiale che si pretende tutelare giustifica la restrizione del diritto alla produzione di prova. Si osservi che, nelle ipotesi in cui si richiede la dimostrazione del pericolo (artt. 273, I, 461 e 461-A del cod.proc.civ. e 84 del c.d.c.), bisogna comprendere i motivi che

¹⁰⁶ Sulla questione delle "omissioni legislative" v. José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 325 e ss.

¹⁰⁷ Vale qui riprodurre quello che abbiamo detto in libro pubblicato nel 1995: È fondamentale per trovare la reale effettività del processo la presa di coscienza di che sono di natura varia i beni coinvolti nei litigi. Il nuovo processo non è più un 'processo neutro', ma un processo che sa che, della stessa forma che tutti non sono uguali, i beni che costituiscono i litigi non hanno uguale valore giuridico" (Luiz Guilherme Marinoni, *A Antecipação da tutela*, 7^a ed., cit., p. 25).

possono giustificare la concessione della tutela anticipatoria *nel caso concreto*. Il pericolo legittimo la restrizione della produzione della prova e, così, la “verosimiglianza”. Però, quando la concessione della tutela anticipatoria può causare danno irreversibile al diritto del convenuto, sarà necessario prendere in considerazione i “beni materiali” in contesa. In questo caso, la possibilità di restrizione al diritto alla prova deve camminare in ragione proporzionale *diretta del valore* del bene affermato dallo attore, e in ragione proporzionale *inversa del valore* del bene affermato dal convenuto.

D'altra parte, il mezzo esecutivo eletto nel caso concreto deve essere *adeguato* (*legittimo*) al fine che l'attore vuole raggiungere. Questo fine è la *tutela* desiderata. In questa direzione, il mezzo esecutivo solo è adeguato quando capace di *legittimamente* raggiungere *la tutela* richiesta.

Oltre l'adeguamento, si deve verificare se questo mezzo esecutivo è *idoneo* – per quanto riguarda alla sua *efficacia* – per proporzionare, in termini *concreti*, *la tutela cercata*. Tale mezzo, tuttavia, oltre ad essere adeguato e idoneo alla tutela, *deve essere quello che porta la “minore restrizione possibile” alla sfera giuridica del convenuto.*¹⁰⁸

Parlare di minore “restrizione possibile” porta con sé la supposizione di che il mezzo idoneo è il *più leggero*.¹⁰⁹ La regola della necessità – che si divide nelle *sub* regole del mezzo idoneo e della minore restrizione possibile – ha rapporto con quello che Larenz chiama di proibizione di eccesso, che porta le idee di “giusta misura” e “equilibrio”, le quali vogliono evidenziare la impossibilità del diritto dell'attore essere protetto da mezzi che traggano conseguenze “smisurate” al convenuto.¹¹⁰

La applicazione della regola della proporzionalità implica l'idea di “*giusta misura*”.¹¹¹ Questa idea – come spiega Larenz – ha un stretto rapporto con quella di “giustizia”, sia nell'esercizio dei diritti sia nella imposizione di doveri e oneri, di equilibrio

¹⁰⁸ Come osserva Juarez Freitas, “proporzionalità significa, anzitutto, sacrificare il *mínimo per preservare il massimo di diritti fondamentali*” (Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 194).

¹⁰⁹ D'accordo con Paulo Bonavides, fondato sulla lezione di Maunz/Dürig, di tutte le misure che ugualmente servono all'ottenimento di un fine, si deve scegliere quello meno dannoso agli interessi del cittadino, potendo così, il principio della necessità *essere anche chiamato principio della scelta del mezzo più soave* (Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 319).

¹¹⁰ Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 514.

¹¹¹ Secondo Carlos Roberto Siqueira Castro, “proporzionalità racchiude, così, l'orientamento deontologico di cercarsi il mezzo più idoneo o la minore restrizione possibile, perché la lesione di un bene della vita non vada oltre quello che sia necessario o, almeno, che si possa difendere a causa di altro bene o di un oggetto giuridico rivestito da idoneità o riconosciuto come di grado superiore. Si tratta dunque, di postulato nucleare che si converte in filo conduttore metodologico della concretizzazione giudiziale della norma, alla quale, secondo Pierre Muller, ‘devono ubbidire tanto quelli che esercitano quanto quelli che subiscono il potere’ (Carlos Roberto Siqueira Castro, *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p.82).

di interessi reciprocamente contrapposti sulla linea del minore pregiudizio possibile.¹¹² In questo senso, il mezzo esecutivo solo può essere detto “giusto” quando, oltre che adeguato e idoneo, non porta pregiudizi eccessivi e sragionevoli al convenuto.

Però, il mezzo esecutivo non può non considerare *l'eventuale collisione, sul piano sostanziale, fra i diritti dell'attore e del convenuto*. Se è innegabile che il mezzo più idoneo è quello che deve proporzionare la minore restrizione possibile, è *necessario ammettere che esso può variare secondo la dimensione dei valori collidenti*. Questo vuol dire, in altri termini, che nei casi in cui la tutela del diritto dell'attore dipende dalla restrizione di un diritto fondamentale, come il diritto alla libertà, il giudice, alla scelta del mezzo esecutivo, *non può dimenticare che sta armonizzando beni in conflitto*.

Tuttavia, nel caso in cui *non si tratta di armonizzare, sul piano sostanziale, beni in collisione, il mezzo più idoneo deve essere trovato solo di fronte alle necessità di tutela del diritto materiale e del diritto di difesa*. Tali *necessità* non sono altro che le *tutele promesse dal diritto materiale*, le quali, così, devono forzosamente essere fornite dal processo. Di qui, dunque, l'interesse per il suo risultato giuridico-sostanziale e, infine, per la sua strumentalità sostanziale.

Ecco un altro motivo fondamentale per la elaborazione di una classificazione delle tutele (e non solo delle sentenze). Se gli operatori del diritto, compreso il giudice, non sanno precisare le necessità del diritto materiale (dunque, le tutele) sarà impossibile all'attore chiedere e al giudice imporre il mezzo esecutivo abile alla prestazione della tutela del diritto. Dallo stesso modo, e stessa ragione, sarà impossibile alle parti (attore e convenuto) controllare la imposizione del mezzo di esecuzione, o discutere se questo è il “più idoneo” e quello che causa la “minore restrizione possibile”.

11 Efficacie verticale, orizzontale e verticale con ripercussione laterale

Abbiamo già parlato delle efficacie dei diritti fondamentali sullo Stato (efficacia verticale) e sui rapporti tra i privati (efficacia orizzontale). Però, è arrivato il momento di aggiungere qualcosa alla esatta comprensione di tali efficacie.

Canaris, all'affrontare la questione della ripercussione dei diritti fondamentali sui privati, afferma che non è corretto parlare di efficacia immediata rispetto ai terzi, proponendo la osservanza della distinzione tra efficacia immediata e vigenza immediata. Afferma che, non essendo così, “anche il vincolo immediato ai diritti fondamentali del legislatore privato potrebbe essere designato come efficacia immediata rispetto a terzi”¹¹⁴. Avverte che i “destinatari delle norme dei diritti fondamentali sono, in linea di principio, *solo lo Stato e i suoi organi, ma non i soggetti di diritto privato*”¹¹⁵. Su questa linea, conclude che l'oggetto di controllo “secondo i diritti fondamentali sono, in principio, soltanto *regolazioni e atti statali, cioè, soprattutto leggi e decisioni giudiziali, ma non pure atti di soggetti di diritto privato, ossia, e soprattutto, negozi giuridici e atti illeciti*”.¹¹⁶

¹¹² Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 514.

¹¹⁴ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit, p. 54.

¹¹⁵ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit, p. 55.

¹¹⁶ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit, p. 55.

Canaris, nel rilevare la distinzione tra vigenza immediata e efficacia immediata dei diritti fondamentali, arriva al risultato di che questi diritti hanno vigenza immediata, sebbene si dirigano solo contro il legislatore e il giudice, quando allora non si può pensare a efficacia immediata rispetto a terzi. Come è facile capire, Canaris è preoccupato con lo art. 1°, n. 3, della LF tedesca, che afferma che i diritti fondamentali vincolano, “come diritto immediatamente vigente”, il legislatore e gli organi giurisdizionali.

Si noti, però, che anche se si accetti che soltanto il legislatore e il giudice sono i destinatari dei diritti fondamentali, non si può negare che la decisione del giudice ripercuote sulla sfera giuridica del privato. O meglio, che il giudice, ancora in questo caso, prenderà in considerazione la vigenza (che sia) dei diritti fondamentali sui privati.

Però, quando Canaris afferma che soltanto la decisione del giudice – oltre ovviamente la legge – deve essere oggetto di controllo a partire dai diritti fondamentali, lascia chiaro che anche i privati possono controllarla con base sui diritti fondamentali – come non potrebbe essere diverso.¹¹⁷ Ora, permettendosi che il giudice prenda in considerazione la incidenza dei diritti fondamentali sul privato, si ammette, implicitamente, che i diritti fondamentali hanno valore di fronte ai soggetti privati indipendentemente da legge. Così, il problema di sapersi se i diritti fondamentali incidono sui rapporti dei privati finisce per ricevere una risposta da una altra via.

Sulla linea di ragionamento di Canaris, essendo lo Stato il destinatario dei diritti fondamentali, la attività del legislatore e del giudice non può essere capita come efficacia *immediata* di fronte a terzi. O meglio, in questa direzione non si pensa ad efficacia orizzontale diretta, ma soltanto all’intermediazione della legge e del giudice per la proiezione dei diritti fondamentali. Infatti, Canaris non nega che la decisione del giudice, come destinatario dei diritti fondamentali, produce effetti sui rapporti tra i privati, affermando che questo succede *mediatamente, quando i diritti fondamentali sono considerati nella concretizzazione delle clausole generali*.¹⁷

Come la dottrina di Canaris è stata influenzata dalla LF tedesca, la sua preoccupazione basica è stata quella di lasciare chiaro che i diritti fondamentali vincolano il legislatore e il giudice, anche se possano essere presi in considerazione per la definizione dei litigi che coinvolgono i privati. Canaris avverte che i diritti fondamentali hanno anche funzione di mandamento di tutela, obbligando il legislatore a proteggere un cittadino di fronte ad altro. Nel caso di inesistenza o insufficienza di questa tutela, il giudice dovrebbe prendere questa circostanza in considerazione, proiettando il diritto fondamentale sulle relazioni tra i soggetti privati. In questa linea, se, per esempio, il legislatore non ha attuato di modo a proteggere l’impiegato davanti al datore di lavoro, quando tale era imperioso di fronte al diritto fondamentale, c’è stata omissione di tutela o violazione del dovere di protezione statale.

Si noti, però, che questo ragionamento dà valore alla decisione giudiziale, e non alla dimensione materiale del diritto fondamentale. Ossia, il diritto fondamentale non è compreso come diretto ad influire direttamente sui soggetti privati, ma soltanto ad indicare eventuale violazione del dovere del legislatore proteggere un privato contro l’altro. Sembra che Canaris, nel pensare a rapporti tra il diritto fondamentale materiale e il processo,

¹¹⁷ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit, p. 56.

¹⁷ Claus-Wilhelm Canaris, *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (a cura di Ingo Wolfgang Sarlet), cit., p. 236.

addotta il modello della legittimità procedimentale, supponendo che il diritto è appena il risultato del procedimento, e così ricusa legittimità materiale ai diritti fondamentali.

Accade che, almeno nel diritto brasiliano, è importante cercare la integrazione dei modelli della giustizia materiale e della legittimazione procedimentale, considerando le funzioni che i diritti possono esercitare direttamente sui privati. È inquestionabile, per esempio, che i diritti fondamentali hanno grande importanza nella regolazione del modo di essere dei rapporti tra il datore di lavoro e l'impiegato, il che può solo significare una efficacia immediata e diretta dei diritti fondamentali sui privati.¹⁸

Nonostante, questa efficacia orizzontale diretta o immediata non esclude la efficacia orizzontale mediata o indiretta, che si dà attraverso la legge e la decisione giudiziale. Si spieghi meglio: i diritti fondamentali incidono sui privati di forma *immediata*, anche se possano essere considerati nella decisione giurisdizionale. In quest'ultima ipotesi è che la efficacia sarà *mediata*, ovviamente per quanto riguarda le parti del processo.

Però, questa efficacia *mediata* rispetto alle parti non può essere confusa con una efficacia *laterale*. Accade che il rapporto dello Stato con i diritti fondamentali può essere visto di due forme. Si può pensare a i) attività statale (ad es. decisione giurisdizionale) che collega il diritto fondamentale ai privati e ii) al diritto fondamentale come qualcosa che soltanto può incidere sull'ente statale, perché diretto a vincolare la forma del suo proprio procedere.

Si osservi che il contenuto della decisione del giudice, nel prendere in considerazione il diritto fondamentale, incide sui privati. Ossia, il diritto fondamentale, nel

¹⁸ Come scrive José Antônio Peres Gediel “concretamente, l'autonomia privata e i diritti e doveri contrattuali da essa derivati, sempre che si trovano in conflitto con i diritti fondamentali, devono essere esaminati alla luce del criterio o principio della proporzionalità. I diritti fondamentali interferiscono sulla autonomia privata e diventano offensive alla dignità e lesive ai diritti di personalità del lavoratore tutte le esigenze contrattualizzate o pre contrattuali, che esorbitino la esatta finalità e i limiti della operazione economica e vengano ad attingere il nucleo della persona (José Antônio Peres Gediel, A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (a cura di Ingo Wolfgang Sarlet), cit., p. 160). È da vedere anche, la preziosa lezione di Aldacy Rachid Coutinho: “Tutta la realtà è dominata dal contratto di lavoro che si traduce nella presa del corpo e dell'intelletto della persona umana, messi alla disposizione degli interessi del capitale. Ma le condizioni della consegna della forza di lavoro non riflettono soltanto questioni di natura eminentemente patrimoniale, ma anche situazioni giuridiche personali tradotte in diritti. Così, per esempio, il lavoro in luogo insalubre non è giuridicamente rilevante solo mentre un addizionale legale di 40%, 20% o 10% sul salario minimo, ma specialmente come un possibile e eventuale danno alla salute – diritto fondamentale – o la perquisizione non è solo una questione di potere o la sua limitazione, ma l'espressione della inviolabilità del diritto alla vita privata e alla intimità – diritto fondamentale. La possibilità di negoziazione, in questo campo, deve essere estirpata, e la volontà riconosciuta come inesistente. Il mantenimento della visione di contrattualità esplicitata dalla autonomia della volontà serve per svuotare la teoria dei diritti fondamentali.” (Aldacy Rachid Coutinho, A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (a cura di Ingo Wolfgang Sarlet), cit., p. 180).

caso, è preso in considerazione per incidere rispetto ai soggetti privati. Si tratta, dunque, di una efficacia verticale rispetto al giudice e di una efficacia orizzontale mediata di fronte ai privati.

Però, qualcosa distinta succede quando si pensa all'incidenza del diritto fondamentale dinanzi agli organi statali – che è pure efficacia verticale – *per effetto della sua vincolazione al suo modo di procedere e attuare*. In questa ipotesi, il diritto fondamentale, sebbene abbia per scopo vincolare il modo di attuazione statale davanti al privato, *non si proietta sui rapporti tra i soggetti privati, poi non ha qualsiasi obiettivo di regolamentargli*. Il diritto fondamentale, lì, possiede efficacia solo di fronte all'ente statale, *perché si presta a vincolare il suo modo di attuazione, che ha la funzione di assistere non soltanto ai diritti fondamentali che si destinano a regolare i rapporti tra i privati, ma sì ad ogni diritto*.

È questa la precisa situazione del giudice rispetto al diritto fondamentale alla effettività della tutela giurisdizionale. Questo diritto si rivolge verso il giudice, non si confondendo con gli altri diritti fondamentali (materiali) che possono essere portati alla sua *decisione*. Questi “altri diritti” hanno efficacia di fronte al privato. Però, il diritto fondamentale all'effettività della tutela giurisdizionale implica soltanto alla vincolazione o ad un dovere del giudice, non incidendo, prima o dopo della decisione, sul privato.

In realtà, il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, quando presa in considerazione dal giudice, può *solo ripercuotere* sul privato, *conforme a maggiore o minore effettività della tecnica processuale impiegata nel caso concreto*.

In questa dimensione, per evitarsi la confusione tra l'efficacia del diritto fondamentale oggetto della decisione giudiziale, e la efficacia del diritto fondamentale alla effettività della tutela giurisdizionale sulla attività del giudice, deve essere fatta la distinzione tra efficacia orizzontale mediata e efficacia verticale con ripercussione laterale, quest'ultima propria del diritto fondamentale alla effettività della tutela giurisdizionale.

12 Il problema della efficacia laterale del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva

Come è rimasto chiaro, il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva è indirizzato al Pubblico Potere, ma ripercuote sulla sfera giuridica delle parti. In questo caso, come dimostrato, non vi è intermediazione del giudice rispetto ai diritti fondamentali – sui modelli di quello che avviene con la legge -, *ma semplice osservanza del diritto fondamentale dal giudice come agente dello Stato, nella sua attività di prestare la tutela giurisdizionale*.

La propria regola processuale, che costituisce risposta al dovere dello Stato, esiste per permettere al giudice prestare la tutela giurisdizionale, quando allora incide sui privati. Qualcosa non molto differente avviene nell'ipotesi in cui si deferisce al giudice una dimensione di potere che gli permette la scelta tra due o più alternative alla prestazione della tutela giurisdizionale dalla migliore forma possibile – esempio del potere conferito al giudice per la determinazione della ditta “medida esecutiva necessaria” (artt. 461 del cod.proc.civ. e 84 del c.d.c.) -, poiché lì, di fronte al caso concreto, ci sarebbe solo una

alternativa ottima o corretta, quando il “*modo*” di prestazione della tutela giurisdizionale *ripercuoterà soltanto sui privati*.

Se in queste ipotesi il diritto fondamentale (alla tutela giurisdizionale) mette in rapporto il privato e lo Stato (efficacia verticale), *la efficacia che riguarda i privati può essere soltanto laterale, e non orizzontale*. Occorre osservare che lo Stato, *oltretutto costretto a non aggredire i diritti fondamentali e di farli rispettare dai privati, deve tener conto del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale per proteggere i diritti con effettività, dando ragione di essere al proprio ordinamento giuridico*.

Come è facile capire, tale modo di vedere la teoria dei diritti fondamentali è importante di fronte al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, perché se questo diritto è rivolto allo Stato, esso indubbiamente *ripercuote* sui privati.

Quando il giudice presta la tutela giurisdizionale, sia esercendo la scelta della modalità esecutiva adeguata, sia suppiendo eventuale omissione legislativa, deve applicare la regola della proporzionalità. Questo perché l’esercizio del potere giurisdizionale, anche se risulti da un diritto fondamentale, può riguardare non solo il titolare di questo diritto, ma pure diritto fondamentale di privato che ad esso si contrapponga, vale a dire, *diritto fondamentale del convenuto*. Vi è visibile rapporto tra il diritto alla effettività della tutela giurisdizionale e il diritto di difesa, nel senso che la progressione del primo può implicare nella restrizione del secondo.

Si ricordi, considerandosi questi diritti, i) che il procedimento di cognizione parziale implica nella restrizione al diritto alla allegazione; ii) che la tutela anticipatoria – detta in base alla verosimiglianza – implica nella restrizione del diritto alla produzione di prova; iii) che i provvedimenti possono unirsi a mezzi esecutivi diversi; iv) che il giudice può concedere provvedimento e mezzo di esecuzione diverso dal richiesto; v) che il giudice può, d’ufficio, anche se dopo la sentenza passata in giudicato, concedere mezzo esecutivo differente dal fissato nella sentenza; e, infine, vi) che l’omissione del legislatore, in istituire tecnica necessaria alla effettività della tutela di un diritto, deve essere supplita di fronte al diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva.

È certo che i procedimenti di cognizione parziale e la tutela anticipatoria istituita in procedimenti speciali, quando visti come moduli legali, costituiscono frutti del dovere del legislatore. Succede che il procedimento deve essere pensato come un componente necessario alla realizzazione del diritto fondamentale alla effettività della tutela giurisdizionale. In questo senso, esiste per incidere sui privati, e, dunque, può essere questionato nell’essere applicato dal giudice.

Se il procedimento o la tutela anticipatoria sono posti in norme processuali specifiche che incidono sui privati (moduli legali), *si presume la sua legittimità e un equilibrio tra i valori*, di modo che potranno soltanto non essere applicati quando *questa presunzione è distrutta*, a causa di contenere delle limitazioni non fondate sulla idea che determina che la restrizione deve essere appoggiata sui valori costituzionali.

Nel caso di omissione legislativa rispetto a mezzo esecutivo adeguato, non c’è come pensare, ovviamente, a controllo della *costituzionalità della legge*, ma sì se la tecnica processuale desiderata trova protezione nella armonizzazione del diritto alla effettività della tutela giurisdizionale con il diritto di difesa, sempre compresi nel contesto delle necessità del caso concreto. *Qui, al contrario della situazione anteriore, non è il caso di distruggere una presunzione, ma sì di dimostrare una omissione. In questa ipotesi, dinanzi all’applicabilità immediata del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, basta verificare se la tecnica processuale desiderata è necessaria alla realizzazione di*

questo diritto e se nulla impedisce, di fronte all'analisi del diritto del convenuto, la sua concessione.

Quando il *legislatore afferma* che la migliore risposta al diritto fondamentale alla effettività della tutela giurisdizionale è conferire al *giudice*, di fronte ad ogni caso concreto, il potere alla scelta del mezzo esecutivo più idoneo, la preoccupazione non sarà quella di distruggere presunzione o evidenziare omissione (anche perché esse non ci sono), ma sì quella di controllare il potere di scelta del giudice per mezzo della regola della “necessità”. In quel'ultimo caso, sia l'attore come il convenuto possono controllare la scelta del giudice, perché se l'attore ha il diritto alla effettività della tutela del suo diritto, e così al mezzo esecutivo idoneo, il convenuto ha il diritto che questo mezzo sia quello che gli cagioni la minore restrizione possibile.¹¹⁹

¹¹⁹ Opportuna, così, la lezione di Juarez Freitas: “Si fa, per conseguente, meritevole di encomi la Costituzione che alberga valori o principi, alla prima vista, contraddittori. Sembra che una Costituzione democratica forzosamente dovrà presentare tensione interna congenita, sotto pena di non incarnare, di modo legittimo e in permanente legittimazione, i multi e svariati desideri ospitati nel corpo e nello spirito della società, suscitando o imponendo il permanente *labore* interpretativo di compatibilizzazione e di ‘dazione di vita’ organizzata e proporzionale alle prescrizioni frammentarie” (Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3^a. ed., cit., p. 196).