

IL DIRITTO DI AZIONE NELLA COSTITUZIONE BRASILIANA

Luiz Guilherme Marinoni¹

Sommario: *1. Il diritto di azione e i suoi destinatari: 1.1 La proibizione al legislatore di escludere dall'apprezzamento del Potere Giudiziario lesione o minaccia a diritto; 1.2. Il divieto all'imposizione di obici all'esercizio del diritto di azione; 1.3. Il diritto di azione e la sua dipendenza da prestazioni statali capaci di ostacolare le differenze sociali; 1.4. Il diritto di azione e la necessità di legislazione infracostituzionale capace di attribuirne effettività; 1.5. Il diritto di azione e il dovere giudiziale di dare effettiva tutela ai diritti - 2. Le nuove necessità di tutela dei diritti e l'evoluzione del concetto di diritto di azione: 2.1. Effettività della tutela dei diritti e diritto di azione; 2.2. Il diritto di azione non è soltanto il diritto di domandare la risoluzione del litigio; 2.3. L'azione non si esaurisce con la sentenza di merito passata in giudicato; 2.4. Il diritto alla preordinazione di tecniche processuali adeguate. La incostituzionalità della legge che vieta la concessione di tutela anticipata; 2.5. La regola processuale aperta come mezzo all'effettività del diritto di azione; 2.6. L'insufficienza di protezione normativa al diritto fondamentale di azione; 2.7. La soppressione dell'insufficienza di tecnica processuale nel caso concreto; 2.8. L'importanza delle regole del mezzo idoneo e della minor restrizione possibile; 2.9. Il bilanciamento tra i diritti di azione e di difesa - 3. Conclusione.*

1. Il diritto di azione e i suoi destinatari

1.1. La proibizione al legislatore di escludere dall'apprezzamento del Potere Giudiziario lesione o minaccia a diritto

L'art. 5º, XXXV, della CF brasiliana del 1988, afferma che “*la legge non escluderà dall'apprezzamento dal Potere Giudiziario lesione o minaccia a diritto*”. Le norme contenute nelle Costituzioni brasiliane, rispetto alla garanzia di protezione giurisdizionale, sempre hanno enunciato la proibizione alla legge di escludere dall'apprezzamento giurisdizionale ogni lesione a diritto individuale, avendo la Costituzione del 1988, nella norma sotto commento, ampliato lo spazio di garanzia di tutela giurisdizionale nell'aggiungere alla proibizione di esclusione di lesione, il divieto di esclusione di “minaccia a diritto” – senza qualificarlo come individuale -, volendo con ciò garantire tutela giurisdizionale effettiva a tutti i diritti – individuali, collettivi e diffusi – nel caso di lesione o di minaccia di lesione.

Questa norma, caso interpretata nel suo senso meramente letterale, si dirige soltanto verso il legislatore, vietando un fare, ossia, l'esclusione dall'apprezzamento. La proibizione di esclusione dall'apprezzamento, così come la proibizione al giudice di negarsi a decidere, costituiscono garanzie ad un non fare dello Stato. Un non fare imprescindibile all'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale.

1.2. Il divieto all'imposizione di obici all'esercizio del diritto di azione

Ma il legislatore non può anche imporre degli obici all'esercizio del diritto di azione, poiché questo configura esclusione dell'apprezzamento giurisdizionale, anche se di forma

¹ Professore Ordinario di Diritto Processuale Civile dell' Universidade Federal do Paraná. guilherme@marinoni.adv.br. - www.professormarinoni.com.br

indiretta. Attraverso l'imposizione di obicci non si oggettiva, via di regola, impedire la discussione di una determinata e specifica materia, colpendosi soltanto determinata posizione che sarebbe dipendente dall'adempimento di un incarico, senza che questa posizione possa essere relazionata con una specie di situazione di diritto sostanziale in particolare.

Il STF (Supremo Tribunal Federal) ritiene che una legge che impone il pagamento di tasse giudiziarie eccessive all'esercizio dell'azione viola l'art. 5º, XXXV, della CF. Vi è nel STF, sul tema, la Decisione suprema n. 667, secondo la quale *“viola la garanzia costituzionale di accesso alla giurisdizione la tassa giudiziaria calcolata senza limite sul valore della causa”*. Il *leading case* della materia è la Rappresentazione di Incostituzionalità n. 1.077/RJ, del 28.03.1984, in cui ha affermato il Min. Moreira Alves che *“tasse il cui montante si accerta sulla base di valore del profitto del contribuente (come è il caso del valore reale della domanda), sulla quale incide l'aliquota invariabile, deve avere necessariamente un limite, sotto pena di diventare, rispetto alle cause sopra un determinato valore, indiscutibilmente esorbitante in ragione del costo reale dell'attuazione dello Stato rispetto al contribuente”*.²

È bene sottolineare ancora, il divieto dello stabilimento di istanza amministrativa di corso forzato. Tale proibizione significa che non è possibile esigere l'esaurimento della discussione in sede amministrativa per ammettersi l'esercizio del diritto di azione.

La CF del 1998 non ha riprodotto la seconda parte del § 4º dell'art. 153 della Costituzione anteriore – introdotta dall' EC n. 7/77 -, secondo il quale *“l'ingresso in giudizio potrà essere condizionato all'esaurimento previo delle vie amministrative, purché non esatta garanzia di istanza, neppure oltrepassato il termine di centottanta giorni per la decisione sulla domanda”*. L'art. 5º, XXXV, ha proibito la legge di creare ente amministrativo contenzioso che debba essere necessariamente invocato o nel quale la discussione circa un litigio debba esaurirsi.

Secondo il STF, l'esigenza del previo esaurimento della via amministrativa trasgredisce la garanzia di tutela giurisdizionale³. In realtà, l'unica eccezione alla proibizione di istanza amministrativa di corso forzato è delineata nella propria Costituzione Federale, poiché, secondo il suo art. 217, § 1º, *“il Potere Giudiziario ammetterà solo delle azioni relative alla disciplina e alle competizioni sportive dopo l'esaurirsi delle istanze della giustizia sportiva, regolate nella legge”*. Nonostante, caso le istanze della giustizia sportiva non proferiscono decisione finale nel termine di sessanta giorni, contati dall'instaurazione del processo, il diritto di azione potrà essere liberamente esercitato (art. 217, 2º, CF).

1.3. Il diritto di azione e la sua dipendenza da prestazioni statali capaci di ostacolare le differenze sociali

Il diritto di azione, all'epoca dello Stato liberale, non era concepito come un diritto la cui realizzazione, oltretutto indispensabile alla protezione di tutti gli altri diritti, richiede la considerazione di una serie di circostanze sociali.

Si sa, però, che, quando le libertà pubbliche sono passate ad essere viste come privilegi di pochi, lo Stato ha dato una nuova veste e dimensione agli antichi diritti e ha istituito dei diritti pensati come fondamentali per una organizzazione giusta e ugualitaria della società, aprendo pure opportunità perché al diritto di azione fossero aggregati altri contenuti.

Il diritto di azione è passato ad affrontare un nuovo questionamento non solo perché si è capito che l'esercizio dell'azione potrebbe essere compromesso da ostacoli sociali ed economici, ma anche perché si è preso coscienza che i diritti indirizzati a garantire una nuova

² STF, Representação de inconstitucionalidade n. 1.077/RJ.

³ STF, Mandado de Segurança n. 23.789/PE.

forma di società, individualizzati nelle Costituzioni moderne, soltanto potrebbero essere concretizzati caso garantito un reale – e non un illusorio – accesso alla giustizia.

Per rendere possibile l'accesso alla giustizia, lo Stato ha il dovere di dare all'attore non abbiente avvocato gratuito, ed anche assolverlo dal pagamento di tasse giudiziarie e da ogni altro costo e spesa processuale, incluso quelle occorrenti alla produzione delle prove.

Il costo del processo può impedire il cittadino di proporre l'azione, anche se con la convinzione che il suo diritto è stato violato o è minacciato di violazione. Questo significa che, per ragioni economiche, grande parte dei brasiliani potrebbe essere costretta a non richiedere i suoi diritti. Però, è evidente che non basta conferire diritti e tecniche processuali adeguate e non permettere che il processo possa essere utilizzato in ragioni di obici economici.

Non è per un'altra ragione che la Costituzione Federale, ai sensi dell'art. 5.º, LXXIV, afferma che *“lo Stato darà assistenza giuridica integrale e gratuita a quelli che comprovano insufficienza di risorse”*. Di conseguenza, essendo lo Stato costretto a fornire avvocato alle persone non abbienti, la propria Costituzione Federale, più avanti (art. 134), afferma che *“la Defensoria Pública è organo essenziale alla funzione giurisdizionale dello Stato, spettandogli l'orientamento giuridico e la difesa, in tutti i gradi, dei bisognosi, di cui l'art. 5.º, LXXIV”*.

D'altra parte, se il processo è indispensabile, non basta allo Stato istituire delle forme di tutela senza considerare che alcune cause hanno valore economico incompatibile con il costo del processo tradizionale e che determinati strati della popolazione hanno difficoltà finanziarie per utilizzarlo. Il legislatore infracostituzionale è obbligato – come non potrebbe essere di altra forma di fronte alla garanzia costituzionale del diritto di azione (art. 5.º, XXXV, CF) – ad istituire dei procedimenti e giustizie specializzate per permettere l'accesso dei non abbienti al Potere Giudiziario.

1.4. Il diritto di azione e la necessità di legislazione infracostituzionale capace di attribuirne effettività

Ma il diritto di azione non dipende soltanto da prestazioni statali indirizzate a rimuovere gli ostacoli economici che impediscono l'accesso alla giustizia, ma parimenti da prestazioni normative che istituiscono delle tecniche processuali idonee alla fattibilità per l'ottenimento delle tutele promesse dal diritto sostanziale.

Il diritto di azione non è semplicemente il diritto alla risoluzione del merito o ad una sentenza sul merito. Il diritto di azione è il diritto all'effettiva e reale fattibilità per l'ottenimento della tutela del diritto materiale.

È ovvio che il diritto di azione ha come corollario il diritto di influire sul convincimento del giudice e, così, il diritto alle allegazioni e alla prova. Questo, però, è praticamente inquestionabile in sede dottrina e giurisprudenziale, non esigendo maggior attenzione.

Quello che veramente importa sottolineare è la circostanza di che, se le tutele promesse dal diritto sostanziale hanno diverse forme, l'azione, per poter permettere l'effettivo ottenimento di ognuna di essa, dovrà collegarsi alle tecniche processuali adeguate alle diverse situazioni sostanziali carenti di protezione giurisdizionale. Proprio per questo il diritto di azione esige la strutturazione di tecniche idonee, vi incluse la tecnica anticipatoria, le sentenze e i mezzi esecutivi.

Però, il legislatore non può prevedere tutte le necessità di un diritto materiale, dato che esse non soltanto si trasformano nell'avanzare del tempo, ma ugualmente assumono dei contorni svariati conforme i casi concreti. Da ciò, si è arrivato naturalmente alla necessità di

una norma processuale destinata a dare ai giurisdizionati e al giudice il potere di identificare, sebbene dentro della sua inquadratura, gli strumenti processuali adeguati alla tutela dei diritti.

Così, una volta che il legislatore non ha condizioni di strutturare tante tecniche processuali quante sono le necessità concrete bisognose di tutela, ha il dovere di editare delle regole processuali aperte, come, ad es. quella dell'art. 461 del CPC brasiliani⁴. La concretizzazione di questa norma processuale deve tener conto le necessità di diritto materiale rilevate nel caso, ma la sua istituzione avviene, evidentemente, dal diritto fondamentale di azione.

Dunque, il diritto di azione, quando visto nella direzione delle prestazioni positive dovute dal legislatore, oltre ad acquistare l'aspetto di diritto di accesso alla giustizia, assume la figura di diritto al preordinamento delle tecniche processuali idonee alla fattibilità per l'ottenimento delle tutele promesse dal diritto sostanziale.

Il diritto di azione, come diritto fondamentale, deve essere adeguatamente protetto dal legislatore infracostituzionale, sia attraverso le prestazioni fattibili all'accesso, sia mediante prestazioni normative che istituiscono delle tecniche processuali adeguate.

1.5. Il diritto di azione e il dovere giudiziale di dare effettiva tutela ai diritti

Però, non basta fermarsi sull'idea che il diritto fondamentale di azione incide sulla struttura tecnica del processo, perché pensare che il legislatore sempre assiste alle tutele promesse dal diritto materiale e le necessità sociali di forma adeguata costituisce ingenuità inescusabile⁵.

L'obbligo di comprendere le norme processuali a partire dal diritto fondamentale di azione dà al giudice il potere-dovere di trovare la tecnica processuale idonea alla protezione del diritto materiale.

Come il diritto fondamentale di azione incide sullo stato e, dunque, sul legislatore e il giudice, è evidente che l'omissione del legislatore non giustifica l'omissione del giudice. Se tale diritto fondamentale, per essere realizzato, esige che il giudice sia munito di potere sufficiente per la tutela dei diritti, l'assenza di regola processuale che istituisce strumento processuale idoneo per tanto costituisce evidente ostacolo all'attuazione della giurisdizione e al diritto fondamentale di azione. Così, perché la giurisdizione possa esercitare la sua missione – che è quella di tutelare i diritti – e perché il cittadino veramente possa avere garantito il suo diritto fondamentale di azione, non vi è un'altra alternativa se non quella di

⁴ CPC, Art. 461. “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

⁵ Luiz Guilherme Marinoni, Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nella prospettiva della teoria dei diritti fondamentali, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*. v. 1. Milano: Giuffrè, 2005, p. 93-162.

ammettere al giudice la soppressione incostituzionale o dell'insufficienza di protezione normativa al diritto fondamentale di azione.

2. Le nuove necessità di tutela dei diritti e l'evoluzione del concetto di diritto di azione

2.1. Effettività della tutela dei diritti e diritto di azione

La trasformazione della società e dello Stato e il conseguente sorgere di nuove situazioni sostanziale carenti di tutela, spesso di contenuto non patrimoniale e non di rado garantite come "diritti fondamentali, hanno modificato le regioni di domandare e il proprio contenuto della tutela giurisdizionale.

La giurisdizione ha lasciato di avere il semplice incarico di prestare le tutele dichiarativa e risarcitoria dall'equivalente, assumendo il dovere di tutelare nella forma specifica i diritti, specialmente i diritti fondamentali, come il diritto fondamentale del consumatore e il diritto all'ambiente.

Prova di ciò è nella crescente attenzione che oggi si dà alla cosiddetta "tutela specifica", prevista nell'art. 461 del CPC e nel art. 84 del CDC. La tutela specifica del diritto materiale è la protezione giurisdizionale che non si limita a conferire al danneggiato un valore pari a quello del danno o dell'obbligazione, ma che, invece, inibisce la pratica dell'atto contrario al diritto o al danno o determina il risarcimento *in natura* o l'adempimento della prestazione nella forma specifica o tale come è stata contrattata.

Però, mentre la tutela prestata in soldi neutralizza la differenza tra le diverse tutele del diritto materiale, ammettendo un'unica forma procedimentale, la tutela specifica, per il collegamento con le differenti necessità del diritto materiale, richiede forme procedurali diversificate.

Se l'azione è il diritto alla fattibilità per l'ottenimento della tutela del diritto materiale, è evidente che essa non può lasciare di collegarsi con la forma procedimentale idonea. Questo non vuol dire che devono esserci tante azioni quante sono le necessità carenti di tutela. L'art. 5°, XXXV, della CF, afferma un diritto di azione astratto e atipico, ma capace di permettere l'ottenimento delle diverse tutele promesse dal diritto materiale. Ossia, l'art. 5°, XXXV, della CF, garantisce il diritto al procedimento adeguato o alla tecnica processuale adeguata, senza, ovviamente, definire quale tecnica processuale è garantita al giurisdizionato.

2.2. Il diritto di azione non è soltanto il diritto di domandare la risoluzione del litigio

Il diritto di azione non può essere limitato al diritto di domandare la risoluzione del merito. Il diritto di azione non si esaurisce con la presentazione della petizione iniziale. Il diritto di azione ha diversi corollari, iniziando con il diritto di partecipare adeguatamente del processo, mediante la presentazione di allegazioni e di produzione di prove in termine ragionevole, e di influire sul convincimento del giudice.

Inoltre, è inquestionabile che il diritto di azione dipende da procedimento adeguato, ossia, del preordinamento di tecnica anticipatoria, di sentenze differenziate e di mezzi di esecuzione diversi. Tutto questo è imprescindibile perché l'autore possa ottenere la tutela giurisdizionale del diritto. *jurisdictional do direito*. Di modo che l'azione é, indubbiamente, esercitata. *L'azione è esercitata attraverso il procedimento adeguato.*

2.3. L'azione non si esaurisce con la sentenza di merito passata in giudicato

Il diritto di azione non si esaurisce pure con la sentenza che afferma il diritto, ma occorre l'esecuzione per conferire la tutela del diritto all'attore. È il caso delle sentenze che dipendono da esecuzione, cioè, delle sentenze di condanna, mandamentale e esecutiva.

La pronuncia di queste sentenze, come è intuitivo, non presta la tutela del diritto. Salvo che siano adempiute volontariamente, quando, in verità, lasciano di importare come carenti di esecuzione.

La sentenza di condanna, nonostante gli sforzi dottrinari, mai ha prestato la tutela del diritto. Sempre si è costituita una mera fase alla prestazione della tutela giurisdizionale. Per la tutela risarcitoria per l'equivalente, più importante che la sentenza di condanna è l'esecuzione. In altri termini, nessuno mai ha avuto diritto ad una azione di "condanna", ammesso, o qualificato, lì, come il risultato desiderato dall'attore. Ciò perché nessuno mai ha desiderato condanna, ma la tutela per l'equivalente al valore della lesione o della prestazione non adempiuta o ancora tutela del proprio credito pecuniario non adempiuto. Di modo che se l'azione può essere qualificata dall'intenzione dell'attore, deve essere definita dalla tutela del diritto voluta, e, così, invece di essere enunciata come azione di condanna, deve essere chiamata di azione risarcitoria.

Si noti, invece, che l'alterazione del sistema esecutivo, implementata nel CPC nel 2005, ha un significato importante in termini di teoria dell'azione. La dispensa di azione, per l'esecuzione della sentenza di condanna (art. 475, J, CPC⁶), parte dalla premessa che l'azione non si esaurisce con la sentenza di condanna come cosa giudicata, esigendo l'esecuzione perché la tutela del diritto sia prestata. O meglio, è lì riconosciuta l'irrazionalità dell'uso di due azioni – una di cognizione e l'altra di esecuzione – per l'ottenimento di una sola tutela del diritto. Dunque, se il diritto di azione è il diritto alla fattibilità per l'ottenimento della tutela del diritto materiale, esso non può esaurirsi con la sentenza di condanna, che altro non è che una tecnica processuale posta a servizio dell'effettiva prestazione giurisdizionale.

2.4. Il diritto alla preordinazione di tecniche processuali adeguate. La incostituzionalità della legge che vieta la concessione di tutela anticipata

Si rilevi che il diritto di azione, compreso come diritto alla tecnica processuale adeguata, non dipende dal riconoscimento del diritto materiale. Il diritto di azione esige tecnica anticipatoria per la fattibilità del riconoscimento della verosimiglianza del diritto e del fondato timore di danno, sentenza idonea per l'ipotesi di sentenza di procedenza e mezzo esecutivo adeguato ad entrambe le ipotesi. Se il diritto non è riconosciuto come sufficiente per la concessione dell'anticipazione della tutela o della tutela finale, non si può neanche pensare a queste tecniche processuali.

La norma dell'art. 5º, XXXV, al contrario delle norme costituzionali anteriori che garantivano il diritto di azione, ha affermato che la legge, oltre che non poter escludere lesione, è vietata di escludere "minaccia di lesione" dall'apprezzamento giurisdizionale. L'obiettivo dell'art. 5º, XXXV, in questo particolare, è stato quello di lasciare espresso che il diritto di azione deve poter propiziare la tutela inibitoria ed avere alla sua disposizione delle tecniche processuali capaci di permettere l'anticipazione della tutela.

Presso il STF vi sono tre linee per quanto riguarda l'interpretazione della garanzia di tutela giurisdizionale in caso di "minaccia a diritto"⁷. La prima di esse, affermata specialmente dai Ministri Celso de Mello e Carlos Velloso, sostiene che la legge che vieta la

⁶ CPC, Art. 475-J - "Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação (...)".

⁷ STF, Pleno, Ação direta de inconstitucionalidade n. 223/DF – MC.

concessione di *liminares* viola l'art. 5º, XXXV, potendo essere espressa attraverso il seguente brano del voto del Min. Celso de Mello nella ADI 223/DF – MC: “*La protezione giurisdizionale immediata, dispensabile a situazioni giuridiche esposte a lesione attuale o potenziale, non può essere impedita da atto normativo di carattere infracostituzionale che, vietando l'esercizio liminar della tutela giurisdizionale cautelare dallo Stato, permetta l'annientamento del proprio diritto materiale*”.⁸ La seconda, radicalmente opposta, può essere ottenuta a partire dai voti del Min. Moreira Alves. Ha detto il Ministro, nella ADI n. 223/DF – MC: “*Il proibirsi, in certi casi, da interesse pubblico, l'anticipo provvisorio della soddisfazione del diritto materiale danneggiato o minacciato non esclude, evidentemente, dall'apprezzamento del Potere Giudiziario il danno o minaccia a diritto, poi essa si ottiene normalmente nella soddisfazione definitiva che è proporzionata dall'azione principale, che, questa sì, non può essere vietata per privarsi il danneggiato o minacciato di avvalersi del Potere giudiziario*”.⁹ Più tardi, nella ADI 1.576/DF – MC, il Ministro Moreira Alves ha registrato che, oltre che il fatto della legge poter vietare la concessione di *liminares*, “*la tutela anticipata non è istituto costituzionale. Essa è stata creata dalla legge. Così come è stata creata, all'inizio, senza certi limiti, non vedo perché non si possa limitarla*”.¹⁰ Ora, la terza posizione, è a capo il Min. Sepúlveda Pertence, enuncia che non è corretto rifiutare costituzionalità ad ogni e qualsiasi limitazione legale all'assegnazione di *liminar*, dovendo la legge restrittiva essere analizzata secondo un criterio di ragionevolezza. Nella già citata ADI n. 223/DF – MC, che ha avuto per oggetto la Misura Provvisoria che ha vietato la concessione di *liminar* nelle azioni cautelari e nei *mandati di sicurezza* questionatori del Plano Econômico del Governo Collor, così conclude il Min. Pertence: “*la soluzione sarà nella gestione del sistema diffuso, perché in esso, in ogni caso concreto, nessuna misura provvisoria può sottrarre al giudice della causa un esame della costituzionalità, incluso sotto il prisma della ragionevolezza, delle restrizioni imposte al suo potere cautelare, per, se ritiene abusiva questa restrizione, se la ritiene incostituzionale, concedere la liminar, lasciando di dare applicazione, nel caso concreto, alla misura provvisoria, nella misura che, rispetto a quel caso, la giudichi incostituzionale, perché abusiva*”.¹¹

La posizione del Min. Moreira Alves non merita accoglimento, una volta che il diritto fondamentale di azione garantisce l'effettiva tutela del diritto materiale e, di conseguenza, la tecnica anticipatoria, imprescindibile per permettere l'anticipazione della tutela e, di questa forma, dare effettività alla tutela inibitoria – capace di impedire la violazione del diritto – e, ancora, evitare la pratica di danno. In verità, la posizione del Min. Moreira Alves presenta nettamente la superata idea di diritto di azione come diritto ad una sentenza sul merito. La tecnica anticipatoria è imprescindibile per dare protezione al diritto fondamentale di azione. La sua soppressione o indebita limitazione, così, è palesemente in contrasto con la norma dell'art. 5º, XXXV.

D'altra parte, la posizione del Min. Pertence non distingue diritto alla tecnica anticipatoria da diritto all'ottenimento dell'anticipazione della tutela. È chiaro che non ha diritto all'anticipazione della tutela, poiché questa dipende dalla constatazione della verosimiglianza del diritto e del pericolo di danno di fronte al caso concreto, i quali sono presupposti per la concessione della tutela anticipata ai sensi dell'art. 273, I, CPC¹². Il Min. Pertence sostiene che la restrizione alla concessione di *liminar* può apparire abusiva (e così la legge essere considerata incostituzionale) a determinato caso concreto e non ad altro. Però,

⁸ Ação direta de inconstitucionalidade n. 223/DF – MC.

⁹ Ação direta de inconstitucionalidade n. 223/DF – MC.

¹⁰ Ação direta de inconstitucionalidade n. 1576/DF – MC.

¹¹ STF, Pleno, Ação direta de inconstitucionalidade n. 223/DF – MC.

¹² V. nota n. 15.

come l'abusiva restrizione avrebbe riguardo alle necessità presenti nel caso concreto, l'eventuale incostituzionalità della legge dipenderebbe dalla valutazione dei propri presupposti alla concessione della *liminar* o della anticipazione della tutela. Succede che, quando si penetra la verifica dei presupposti della *liminar*, ovviamente non si sta perquisendo sull'abusività della restrizione alla richiesta di *liminar* o alla valutazione della sua concessione, ma si analizza se la *liminar* è necessaria per tutelare il diritto materiale. In questa situazione, caso il giudice si convinca che la *liminar* non è imprescindibile, la conclusione non sarà quella che la legge restrittiva è costituzionale, ma sì che la *liminar* non deve essere concessa in ragione delle particolarità della situazione concreta. Succede che, perché il giudice possa arrivare alla conclusione che la *liminar* non deve essere concessa, lui necessariamente dovrà ammettere la incostituzionalità della legge.

Il punto chiave, per la soluzione della questione, è nel rendersi conto che la legge "vieta la propria valutazione" dei presupposti della *liminar*, sebbene si parli, per comodità di linguaggio, che la legge "vieta la concessione" di *liminar*. Una legge che vieta la valutazione dei presupposti necessari alla concessione di *liminar* ovviamente nega al giudice la possibilità di utilizzare degli strumenti imprescindibili all'adeguato esercizio del suo potere. E, allo stesso tempo, viola il diritto fondamentale alla fattibilità per l'ottenimento dell'effettiva tutela del diritto materiale.

Di modo che, tra le varie posizioni adottate nel STF, è corretta quella che è a capo il Min. Celso de Mello, a chi "l'accesso alla giurisdizione, proclamato nella norma costituzionale di garanzia, significa la possibilità di illimitata invocazione della tutela giurisdizionale cognitiva, della tutela giurisdizionale esecutiva e della tutela giurisdizionale cautelare dello Stato"¹³

2.5. La regola processuale aperta come mezzo all'effettività del diritto di azione

Consapevole della impossibilità di stabilire tante tecniche processuali quante sono le situazioni sostanziali carenti di tutela, il legislatore ha istituito delle regole processuali aperte, cioè, regole che aprono opportunità all'utilizzazione delle tecniche processuali in qualunque situazione di diritto sostanziale, a patto che presenti, nel caso concreto, certe particolarità, o, ancora, delle regole che danno al giurisdizionario e al giudice il potere di scegliere la tecnica processuale adatta al caso concreto.

L'art. 273 del CPC¹⁴ dà all'attore e al giudice il potere di utilizzare la tecnica anticipatoria di fronte a qualunque conflitto, purché presente i) fondato timore di danno o ii) abuso di diritto di difesa, o che iii) parte della domanda sia diventata incontroversa nel corso del processo (art. 273, I, II e § 6º, CPC). Ossia, basta l'occorrenza di uno di questi requisiti

¹³ Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 223/DF – MC. V., ancora, ADI n. 975/DF – MC, del 09.12.1993, che ha ritenuto incostituzionale la norma proibitiva di concessione di *liminar* contro atto dell'Amministrazione Pubblica senza previa udienza del suo rappresentante; ADI n. 1.576/DF – MC, che ha deciso di essere incostituzionale il condizionamento alla cauzione della concessione della *liminar*, o di qualunque altra misura di natura anticipatoria, anche se dalla concessione potesse recare danno alla persona di diritto pubblico.

¹⁴ CPC, Art. 273. "O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

(...)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso".

perché la tutela anticipatoria deva essere concessa, non importando la natura materiale del litigio.

D'altra parte, l'art. 461 del CPC¹⁵, oltre l'ammissione alla tutela anticipatoria in qualunque caso in cui l'attore vuole "tutela specifica" (art. 461, § 3°, CPC), ammette che il giudice possa, anche d'ufficio, imporre multa per pressione il convenuto a fare o a non fare, stipulando il suo valore in conformità al caso concreto (art. 461, § 4°, CPC). Ed ancora, il § 5° dell'art. 461, forse nella più grande dimostrazione normativa che l'attore e il giudice devono avere il potere di definire la tecnica processuale secondo le necessità del caso, afferma espressamente che, per l'effettività della tutela, "potrà il giudice, *d'ufficio o alla domanda*, determinare le misure *necessarie, quali* l'imposizione di multa per tempo di ritardo, insequimento e arresto...".

Si ricordi che, fino a poco tempo, la sfera giuridica della parte soltanto poteva essere addentrata tramite i mezzi esecutivi tipificati nella legge e le *liminares* potevano soltanto essere concesse in procedimenti speciali, specialmente disegnati a determinate situazioni di diritto sostanziale. Questo per non parlare della restrizione, esistente nel processo civile di tipo liberale, all'uso della multa come mezzo esecutivo destinato a costringere la volontà del convenuto. In quest'epoca, come è intuitivo, il procedimento e, per conseguenza, l'azione non potevano essere strutturate in conformità al caso concreto. Il procedimento formalmente rigido e il principio della tipicità dei mezzi esecutivi erano visti come garanzie di libertà del litigante contro la possibilità di arbitrio del giudice.

Attualmente, però, a causa della necessità di tutela giurisdizionale adeguata alle nuove situazioni di diritto sostanziale e la presa di coscienza del dovere dello Stato tutelare i diritti nella forma specifica, non vi è un'altra alternativa se non dare maggior ampiezza di potere al Giudice. Ma, il potere di fissare il valore della multa e di scegliere la "misura necessaria" conforme alle necessità del caso esige, come contropartita, l'adeguato impiego delle regole o del mezzo idoneo e della minor restrizione possibile, rilevando la necessità del giudice bene fondare le sue decisioni, giustificando la corretta osservanza di queste regole, che, in questa ipotesi, si mostrano imprescindibili alla legittimità dell'esercizio del potere giurisdizionale.

In sintesi, le norme aperte altro non sono che delle risposte del legislatore al diritto fondamentale di azione, permettendo il sorgimento della tesi che il giurisdizionato ha il diritto fondamentale di costruire l'azione adeguata al caso concreto.¹⁶

2.6. L'insufficienza di protezione normativa al diritto fondamentale di azione

Nonostante, anche se il legislatore possa dare protezione al diritto di azione attraverso le norme aperte, non è possibile ammettere l'assenza di regola processuale alla protezione del diritto fondamentale di azione o l'inesistenza di tecnica processuale adeguata a determinato caso concreto.

Si prenda in considerazione, ad esempio, l'anticipazione della tutela di somma in denaro, precisamente la concessione di crediti alimentari in azione di risarcimento di danno. L'esecuzione di questa tutela deve osservare, in principio, il § 3° dell'art. 273, dato che questa è la norma che tratta dell'esecuzione della tutela anticipatoria. Succede che la norma, nell'alludere alle norme che devono essere osservate nell'esecuzione della tutela anticipatoria, si riferisce agli artt. 461 e 461-A, applicabili, rispettivamente, agli obblighi di non-fare e fare e agli obblighi di consegna di cosa, e all'art. 588 (attuale 475-O), relativo soprattutto all'esecuzione della sentenza che condanna al pagamento di somma in denaro. Inoltre, la norma relativa all'esecuzione della tutela anticipatoria non parla niente dei mezzi esecutivi

¹⁵ V. nota n. 4.

¹⁶ Sulla tesi del diritto alla costruzione dell'azione adeguata al caso concreto, Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, v. 1, São Paulo: Ed. RT, 2007, 2ª. ed., p.230-310,

che, occorrendo all'esecuzione degli alimenti fondati su vincoli di parentela - come lo sconto in busta paga, lo sconto di reddito periodico e la coercizione personale (articoli 733 e 734, CPC; articoli 17 e 18, Legge 5.478/68) -, avrebbero effettività all'esecuzione della tutela dei crediti alimentari.

Dunque, nel riconoscere il diritto alla tutela alimentare fondata su atto illecito, il giudice non troverà, nella norma che disciplina l'esecuzione della tutela anticipatoria, tecnica processuale idonea. In questo caso, sarà davanti a mancata tecnica processuale adeguata o di insufficienza normativa alla protezione del diritto fondamentale di azione.

È evidente che l'omissione della legge processuale nell'istituzione di tecnica adeguata non elimina il dovere del giudice prestare, all'attore che ha ragione nel caso concreto, la tutela che gli è stata promessa dal diritto sostanziale. Ragionare di forma contraria sarebbe dare alla legge processuale la possibilità di ostacolare l'esercizio del potere giurisdizionale o ancora ammettere che il diritto alla tutela del diritto materiale, anche se garantito dal diritto sostanziale e dalla Costituzione, può lasciare di avere effettività secondo il desiderio e la sorte della legislazione processuale.

Si osservi che qui, al contrario di quello che succede in altri casi - come, ad esempio, quello di insufficienza di protezione al diritto all'ambiente o al diritto del consumatore¹⁷ -, l'omissione avviene dall'assenza di tecnica processuale all'effettività *di qualunque tutela* promessa dal diritto sostanziale, *sia essa derivante da diritto fondamentale o meno*. Questo in ragione dell'insufficienza di protezione che tocca il diritto fondamentale di azione, che ha per corollario il diritto alla preordinazione delle tecniche processuali adeguate alla prestazione *di ogni e qualsiasi tutela promessa dal diritto materiale*.

2.7. La soppressione dell'insufficienza di tecnica processuale nel caso concreto

Come il diritto fondamentale di azione incide pure direttamente sul giudice (vedi sopra punto 2.7), non vi è dubbio che l'insufficienza di protezione a tale diritto fondamentale deve essere provveduto al caso concreto.

Il ragionamento decisorio, come è noto, passa per due fasi, essendo la prima riguardo ai fatti, le prove e il diritto materiale e la seconda ancorata al diritto processuale, collegandosi alle tecniche processuali adeguate alla prestazione della tutela riconosciuta come dovuta all'attore. In questo senso, la seconda fase del ragionamento decisorio soltanto è necessaria quando il giudice, nella prima fase del suo ragionamento, conclude che l'attore ha diritto alla tutela del diritto che anela ottenere.

Quando il ragionamento decisorio arriva alla seconda fase, può non trovare tecnica processuale capace di garantire effettività alla tutela del diritto - riconosciuta all'attore nella sua prima fase. In questo momento, come è facile ravvisare, diventa evidente l'insufficienza della legislazione processuale, dando al giudice il potere di, considerando altre situazioni sostanziali debitamente protette dal processo, localizzare e utilizzare la tecnica processuale capace di conferire la dovuta esecuzione alla tutela riconosciuta al diritto materiale.

Si osservi, ancora, che il ragionamento decisorio, capace di permettere l'incontro della dovuta tecnica processuale esecutiva, è pure realizzato quando si analizza domanda di anticipazione della tutela, e non soltanto quando si sta alla fine del processo, pronunciandosi la sentenza sulla domanda di tutela finale formulata dall'attore. La differenza è soltanto nella prima fase del ragionamento decisorio, che deve tener conto, conforme il caso, dei presupposti propri alla concessione dell'anticipazione della tutela o alla concessione della tutela finale, i quali sono completamente distinti, bastando ricordare che, nel primo caso, si parla in "verosimiglianza dell'allegazione" e in fondato timore di danno. Frattanto, la seconda

¹⁷ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado* (traduzione di Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto), Coimbra: Almedina, 2003.

fase del ragionamento, in entrambe le situazioni, per partire dalla premessa che la tutela del diritto (anticipata o finale) deve essere concessa, sarà preoccupata soltanto con l'incontro della dovuta tecnica esecutiva.

2.8. L'importanza delle regole del mezzo idoneo e della minor restrizione possibile

Sebbene in ipotesi rare si possa procedere all'impiego della regola della proporzionalità in senso stretto, bilanciandosi i diritti di azione e di difesa al caso concreto, sempre basterà, in caso di omissione di tecnica processuale idonea, applicare le regole dell'adeguamento e della necessità.

Questo vuol dire che, nel verificare l'inesistenza di tecnica processuale idonea a determinata situazione di diritto sostanziale, il giudice dovrà adottare la tecnica che, essendo adeguata di fronte ai valori dell'ordinamento giuridico, sia idonea – nel senso di effettiva – alla tutela del diritto e, allo stesso tempo, quella che reca la minor restrizione possibile al demandato.

Nonostante sia ovvio, è necessario sottolineare che la minor restrizione possibile non è un argomento che possa essere anticipato a quello del mezzo idoneo. Anzi, non c'è come esigere dal giudice un mezzo che rechi minor restrizione a carico della mancanza di idoneità oppure effettività alla tutela del diritto materiale. Questo implicherebbe nell'inversione del ragionamento rivolto a dare concretezza alla tutela dei diritti. Soltanto dopo la definizione del mezzo idoneo è che il giudice deve preoccuparsi, quando vi sono due mezzi idonei, con quello che reca la minor restrizione possibile.

Tali regole sono sufficienti quando si parte dalla premessa che la tutela del diritto è dovuta all'attore e, così, deve essere prestata attraverso il mezzo idoneo che rechi la minor restrizione possibile.

2.9. Il bilanciamento tra i diritti di azione e di difesa

È certo che, all'effettività del processo, ci vuole bilanciare i diritti di azione e di difesa.¹⁸ È quello che succede, ad esempio, nell'anticipazione della tutela, quando si ammette la limitazione del diritto di difesa in nome del diritto di azione.

Sebbene sia costume affermare che il giudice, in questa situazione, fa il bilanciamento tra i diritti di azione e di difesa, la verità è che tale bilanciamento è stato fatto dal legislatore nell'istituire la regola dell'art. 273, I, del CPC, ammettendo l'anticipazione della tutela nel caso di verosimiglianza dell'allegazione e fondato timore di danno.

Nel caso concreto, basterà soltanto analizzare la presenza della verosimiglianza del diritto e del timore di danno. Presenti i presupposti definiti dal legislatore, il giudice non può non concedere la tutela anticipatoria.

D'altra parte, quando il diritto fondamentale di azione incide direttamente sul giudice, obbligandogli a dare configurazione al processo di fronte all'insufficienza della legge processuale, questo di solito succede a causa di determinata situazione di diritto sostanziale o di una tutela promessa all'attore dal diritto materiale. È difficile concepire un caso in cui si obblighi il giudice a sopperire l'omissione del legislatore unica e esclusivamente in virtù del proprio diritto fondamentale di azione.

L'art. 535 del CPC ha istituito gli “embargos de declaração” con lo scopo di permettere la correzione della decisione viziata da oscurità o contraddizione (art. 535, I) e omissione (art.

¹⁸ Il diritto di difesa è garantito dall'art 5º, LV, della CF: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

535, II)¹⁹. Non sono stati stabiliti per permettere la modificazione sostanziale della decisione. Però, a causa di necessità concrete, i tribunali hanno impresso un'altra fisionomia agli “embargos de declaração”, passando ad ammettere la loro pratica per modificare la decisione nei casi di errore di fatto, equivoco manifesto o errore materiale.

Tuttavia, quando si attribuisce agli “embargos de declaração” effetti modificativi della decisione o effetti “infringentes”, si ammette una forma di impugnazione delle decisioni non prevista dal legislatore. Di modo che gli “embargos de declaração com efeitos infringentes” si fondano sui diritti fondamentali di azione e di difesa, essendo l'uno o l'altro, conforme il caso, il responsabile della soppressione dell'omissione legislativa.²⁰

Inoltre, gli “embargos de declaração”, tale come istituiti dal legislatore, non ammettono impugnazione dalla parte contraria.²¹ Però, quando si è passato ad ammettere il carattere modificativo degli “embargos de declaração”, la questione del diritto alla sua impugnazione ha richiesto ridimensionamento. Qualunque forma di impugnazione che possa modificare una decisione deve poter essere risposta dalla parte che è stata da essa beneficiata e può essere lesionato dalla nuova decisione che sarà presa. Caso gli “embargos de declaração com efeitos infringentes” fossero accolti senza la corrispondente possibilità di risposta, si sarebbe violando il diritto fondamentale della parte avversa all'embargante. Non è stata per un'altra ragione che il STF e il STJ hanno cominciato ad esigere l'intimazione della parte contraria negli “embargos de declaração com efeitos modificativos”.²²

Si ricordi che i diritti di azione e di difesa sono esercitati durante il completo corso del processo, e così si snodano in diversi atti, essendo gli “embargos de declaração com efeitos infringentes”, così come la risposta che di fronte ad essi può essere presentata, soltanto delle forme di impugnare e di allegare, anzi, soltanto delle forme di partecipare al processo e convincere il Giudice.²³

L'opportunità di risposta ha costituito lo svolgimento della propria ammissione degli “embargos de declaração com efeitos infringentes”. Comunque, quello che veramente ha rilevanza in questo momento è la circostanza che, operando così, il Giudiziario ammette l'incidenza immediata dei diritti fondamentali di azione e di difesa, anzi, la soppressione dell'omissione legale a partire da questi diritti fondamentali, fatto che rivela, anche se possa

¹⁹ CPC, Art. 535. “Cabem embargos de declaração quando:
I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;
II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”.

²⁰ Gli “embargos de declaração com efeitos infringentes” incrementano la possibilità di partecipazione dell'attore e del convenuto, dando maggior effettività ai diritti di azione e di difesa. Peraltro, quando si sa che i diritti di azione e di difesa si dividono in una serie di corollari – di possibilità ecc. –, diviene molto facile capire che il diritto alla prova, il diritto alle allegazioni e il diritto alle impugnazioni appartengono, per identità di motivi, all'attore e al convenuto.

²¹ Il legislatore ha negato possibilità di risposta agli “embargos de declaração” appunto perché essi non avrebbero lo scopo di modificare la decisione embargada.

²² “Embargos de declaração em embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento – Assenza di atto indispensabile all'apprezzamento del ricorso speciale - ‘Embargos com efeitos modificativos’ – Assenza di intimazione degli embargados – Limitazione di difesa – Fatto – Precedenti. 1. ‘Sebbene inesista previsione legale espressa quanto alla necessità dell'intimazione dell' embargado per impugnar ‘embargos declaratórios’ oposti con proposito modificativo del giudicato, la giurisdizione del Supremo Tribunal Federal si è pacificata nel senso della sua esigenza, a pena di violazione del principio del contraddittorio e dell'ampia difesa’ (STJ, 1.ª T., EEDAGA 314.971).

²³ Nonostante sia costume associare il diritto di rispondere al diritto di difesa, il diritto toccato dall'impossibilità di risposta non è necessariamente il diritto di difesa. Basta osservare il fatto che la decisione può danneggiare il convenuto, dandogli la possibilità dell'uso degli “embargos de declaração com efeitos infringentes”. Così, il convenuto, nell'impugnare la decisione, ovviamente continua esercendo il diritto di difesa. Allo stesso modo, l'attore, nel rispondere agli “embargos de declaração”, prosegue esercendo il suo diritto di azione.

passare impercettibile, una concezione giudiziale del procedimento adeguato a partire dalla Costituzione.

3. Conclusione

Il diritto di azione non può essere ridotto ad un semplice diritto al litigio o di ottenere sentenza che giudichi il merito. Il diritto di azione dipende da prestazioni statali che rimuovano gli ostacoli economici all'accesso alla giustizia, così come diventa illegittima e nulla ogni e qualsiasi attuazione statale capace di ostacolare il suo esercizio.

Ma, a parte queste considerazioni primarie, è bene chiarire che le forme di tutele giurisdizionali dei diritti sono esatte e promesse dal diritto materiale. Parlare di tutela giurisdizionale del diritto implica assumere un'impostazione preoccupata con una forma peculiare di pensare il diritto materiale e il suo rapporto con il diritto processuale. Si rilevi, in questa dimensione, che la titolarità di un diritto deve significare una posizione giuridicamente protetta, a cui sono imprescindibili forme di tutela al diritto. Vale dire, ad esempio, che importa più dell'affermare che vi è diritto all'ambiente sanno sapere se esiste diritto alla tutela inibitoria e alla tutela risarcitoria nella forma specifica. Solo dopo è che entra in scena il problema dell'adeguamento delle tecniche processuali alla prestazione di tali tutele.

Non c'è come pensare a tutela giurisdizionale senza separare le varie forme di tutela dei diritti dalle tecniche processuali che devono rendere fattibile la loro prestazione. L'importanza del rapporto tra le forme di tutela dei diritti - che si inseriscono nel processo come pretese alla tutela giurisdizionale dei diritti - e il processo è nel garantire il diritto all'azione adeguata alla prestazione delle tutele esatte dal diritto materiale.

Però, come il legislatore non può istituire tanti procedimenti o tecniche processuali quante sono le necessità carenti di tutela, non gli resta altra alternativa se non quella di produrre delle regole processuali aperte, cioè, regole che danno all'attore il potere di utilizzare la tecnica processuale idonea all'ottenimento della tutela del diritto nel caso concreto.

Il legislatore opera così, ad esempio, quando conferisce l'opportunità di anticipazione di tutela ad ogni e qualsiasi caso conflittivo, bastando pertanto essere presente il "fumus boni iuris" e il fondato timore di danno (art. 273, I, CPC). Oppure quando dà all'attore e al giudice il potere di scelta della misura esecutiva adeguata alla situazione concreta (art. 461, §5º, CPC).

Frattanto, come il legislatore può omettersi di istituire tecnica processuale idonea ovvero di produrre regola processuale aperta, è possibile esserci assenza od omissione di protezione al diritto fondamentale di azione, o meglio, inesistenza di tecnica processuale capace di permettere l'effettività dell'esercizio di azione nel caso concreto.

Questo vuol dire che il diritto di azione, oltre che non soddisfarsi più con l'idea di semplice risoluzione del litigio (sentenza che giudica il merito) ed ancora, dipendere dalle tecniche processuali idonee alla tutela del diritto materiale, deve essere *strutturata*, mediante l'applicazione delle regole aperte, a seconda delle necessità del caso concreto, inoltre, deve essere *conformata* dal giudice nel caso di insufficienza di protezione al diritto fondamentale di azione.

Quello che si propone, in altre parole, è l'esistenza di un diritto alla costruzione dell'azione adeguata alla tutela del diritto e al caso concreto, il quale è ovviamente autonomo rispetto al diritto materiale, ma ha la sua legittimità dipendente dalla tutela giurisdizionale di diritto richiesto attraverso l'azione.

