

Luiz Guilherme Marinoni

**L'« INSUFFICIENZA DI TUTELA
NORMATIVA » AL DIRITTO
FONDAMENTALE DI AZIONE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

LUIZ GUILHERME MARINONI
Ordinario dell'Università federale del Paraná

L'« insufficienza di tutela normativa » al diritto fondamentale di azione

SOMMARIO: 1. Dovere statale di tutelare i diritti fondamentali ed insufficienza di tutela normativa al diritto fondamentale di azione. — 2. Vuoti di tutela normativa e ruolo del giudice. — 3. Riflessi sulla posizione del convenuto. — 4. La giustificazione davanti al controllo di insufficienza. — 5. Le regole del « mezzo idoneo » e della « minore restrizione ». — 6. Un caso esemplare: la mancanza del mezzo esecutivo idoneo nell'ambito della tutela anticipatoria avente ad oggetto il pagamento di somme di denaro.

1. — Una premessa di ordine metodologico si rende necessaria all'inizio di un discorso sul diritto fondamentale di azione.

Il diritto di azione, come diritto fondamentale, costituzionalmente garantito, ha efficacia e funzione che non devono essere confusi con quelli rientranti nella nozione tradizionale del diritto di agire in giudizio.

Infatti, il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, come gli altri diritti fondamentali, è costituito da un ventaglio di posizioni giuridiche (potere, libertà, diritto a qualcosa, immunità, ecc.) ⁽¹⁾.

Ciò posto, è possibile rilevare che le stesse ragioni che fondano il dovere dello Stato di tutelare i diritti fondamentali dei cittadini giustificano altresì il dovere del giudice di controllare che le norme di diritto positivo garantiscano l'effettività del diritto fondamentale di azione.

Ciò deriva dal fatto che non spetta soltanto al legislatore l'obbligo di tutelare il diritto fondamentale di azione. In altri termini, i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti impongono al potere giudiziario di attivarsi per sopperire alla mancanza o all'insufficienza della tutela normativa apprestata dal legislatore al diritto fondamentale di azione ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Circa la natura del carattere complesso dei diritti, v. HOHFELD, *Fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*, Westport, 1978, *passim* e ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2002, *passim*.

⁽²⁾ CANARIS, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der*

Per insufficienza deve intendersi non soltanto un vuoto normativo, ma anche la semplice inadeguatezza delle norme di diritto positivo a garantire l'effettività del diritto fondamentale d'azione.

Il giudice, per sopperire all'insufficienza di tutela di un diritto fondamentale « sostanziale », decide sulle relazioni private, armonizzando il diritto fondamentale con la libertà e l'autonomia privata ⁽³⁾.

In questo modo, la decisione giudiziale configura la « norma » che definisce le modalità di tutela del diritto fondamentale innanzi ai consociati.

Invece, quando il potere giudiziario sopperisce all'insufficienza di tutela normativa riguardo al diritto fondamentale di azione, dispone che questo sia adeguatamente esercitato nel rapporto processuale ⁽⁴⁾.

richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, in *Jus*, 1989, p. 161; ID., *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra, 2003, *passim*.

⁽³⁾ L'azione coadiuva la tutela dei diritti fondamentali non solo consentendo la realizzazione specifica della condotta prevista dalla norma di protezione dei diritti stessi, ma portando alla decisione che, armonizzando il diritto fondamentale tutelato con la libertà e l'autonomia privata, costituisce il mezzo attraverso cui il diritto fondamentale giunge nella sfera giuridica degli individui.

⁽⁴⁾ Tornando specificamente alla situazione in cui i giudici ordinari si trovano ad affrontare questioni processuali di rilevanza costituzionale, in Germania, Kirchhof ha effettuato la seguente affermazione prima della riforma processuale del 2002: « Così, quando le posizioni giuridiche costituzionali reclamano unicamente la considerazione di semplici leggi positive, sia nella concessione del diritto ad essere sentiti (art. 103, II), nella considerazione del giudice naturale (art. 101, I 2), o nella garanzia alla protezione giudiziale (art. 19, IV), è da considerare se il legislatore non dovrebbe cedere questo controllo ai tribunali ordinari specializzati più vicini » (*Die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts in Zeiten des Umbruchs*, in *NJW*, 1996, p. 1497). Poiché l'analisi della costituzionalità delle norme processuali da parte del Tribunale costituzionale mitigava molto l'effettività del processo, parte della dottrina — incluso Kirchhof — è passata a sostenere che il giudice ordinario possa decidere sulla violazione del diritto fondamentale processuale da parte della norma processuale. Si sottolinea che tale discussione ha avuto luogo prima della riforma processuale del 2002. In tale anno è stato inserito nella ZPO il § 321.a, che tratta del rimedio per la violazione al diritto di essere sentito (v. PÉREZ RAGONE, *El nuevo proceso civil alemán: principios y modificaciones al sistema recursivo*, in *Revista de Direito Processual Civil*, v. 32, p. 357). Si discute se il rimedio deve limitarsi al diritto di essere sentito o se deve includere altri diritti fondamentali processuali (v. VOBKUHLE, *Bruch mit einem Dogma: die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter*, in *NJW*, 2003, pp. 2193-2264; MÜLLER, *Abhilfemöglichkeiten bei der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach der ZPO-Reform*, in *NJW*, 2002, p. 2747; I. KROPFINGER, *Zum Rechtsschutzbereich der Rüge gemäß § 321. a ZPO*, in *ZZP*, v. 116, pp. 421-445). La decisione plenaria del Primo Senato del Tribunale costituzionale (*BVerfg*), del 30 aprile 2003, ha prescritto al legislatore la definizione dei limiti, dei presupposti e dei dettagli del rimedio del § 321.a. Si è affermato che questo paragrafo non riesce a conciliare nella pratica la corretta ripartizione dei compiti tra la giustizia costituzionale e quella ordinaria e, così, si è conferito al legislatore un termine per correggere il difetto o la mancanza. Rispondendo all'ordine del Tribunale costitu-

Il giudice è vincolato dal *contenuto* del diritto fondamentale nell'esercizio della sua funzione, e, ancora, ha il dovere di prestare tutela giurisdizionale effettiva ai cittadini.

Si potrebbero riscontrare non poche difficoltà nel controllo della tutela normativa di un diritto fondamentale che genera un dovere in capo al giudice.

È necessario tenere presente, in primo luogo, che l'idea di non poter tutelare il diritto fondamentale di azione attraverso il *dictum* del giudice significa lasciare la sua regolamentazione alla mera discrezionalità del legislatore.

Contrariamente a quanto accade per tutti gli altri diritti fondamentali, il potere giudiziario deve sopperire all'eventuale insufficienza di tutela del diritto fondamentale di azione al fine di garantirne l'effettività, ossia il suo esercizio in maniera adeguata e concreta.

Può dunque dirsi che, in questo caso, il giudice controlla l'adeguatezza della tutela normativa del diritto fondamentale di azione al fine di poter esercitare adeguatamente la giurisdizione.

È tuttavia necessario tenere ben separati il dovere di controllare l'adeguatezza della tutela normativa del diritto fondamentale di azione e il dovere di prestare una tutela giurisdizionale effettiva ⁽⁵⁾.

Si tratta di due doveri che ovviamente non devono essere confusi poiché, come è facile intendere, anche ove non fosse possibile verificare l'adeguatezza della tutela del diritto di azione, sarebbe comunque necessario provvedere ad una tutela giurisdizionale effettiva.

2. — Tutelare un diritto fondamentale attraverso specifiche disposizioni normative non significa solo definire le condotte che devono o non devono essere tenute affinché il diritto sia preservato o non sia violato ⁽⁶⁾.

Nel caso del diritto fondamentale di azione, un'adeguata tutela normativa risulta necessaria per consentire la sua realizzazione, ossia soprattutto per definire le tecniche processuali idonee al raggiungimento delle tutele promesse dal diritto sostanziale.

Questa constatazione è fondamentale quando si prende in considera-

zionale (*BVerfG*), il legislatore ha promulgato la *Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör*. In ogni caso, lo scopo dell'allusione al sistema tedesco è solo quello di dimostrare l'importanza del controllo di costituzionalità delle norme processuali e di come il sistema del controllo incidentale, nel considerare queste norme, può contribuire per la realizzazione dei diritti fondamentali processuali.

⁽⁵⁾ Il diritto fondamentale di azione non ha come finalità solo una sentenza di merito, ma la tutela promessa dal diritto sostanziale. Correttamente, EICHENBERGER, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, Bern, 1960, p. 83, vede il diritto di azione come una pretesa ad una decisione *materialmente giusta*.

⁽⁶⁾ V. TARUFFO, *Diritti fondamentali, tutela giurisdizionale e alternative. Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002, pp. 173-188.

zione il (c.d.) « divieto di insufficienza », che è violato quando il legislatore non predispone delle tecniche idonee a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale (7).

È necessario tuttavia individuare quale sia lo spazio lasciato al giudice per definire le modalità idonee a garantire la tutela del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva.

Ci si chiede, in altri termini, se il giudice possa ricorrere a qualsiasi tecnica processuale per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.

Il percorso dell'argomentazione giudiziale, davanti al controllo dell'insufficienza di tutela normativa, richiede, prima di tutto, la dimostrazione che il giudice ha il dovere di tutelare tale diritto fondamentale.

Soltanto dal riconoscimento di questo « dovere di tutela » discende la potestà del giudice di verificare caso per caso se il legislatore ha ommesso di tutelare, o ha tutelato in maniera inadeguata, il diritto fondamentale.

Questa indagine sull'idoneità della tutela normativa riguarda i parametri minimi cui il legislatore deve attenersi affinché il diritto fondamentale possa dirsi sufficientemente tutelato.

Una volta verificata l'incapacità della norma di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva, spetta al giudice identificare la modalità idonea a sopperire l'insufficienza legislativa.

È a questo punto che ci si interroga sul grado di discrezionalità concesso al giudice per individuare quale sia la tecnica processuale più idonea a garantire l'effettività del diritto fondamentale di azione.

A tale riguardo, non possono sussistere incertezze sul fatto che il giudice abbia il potere-dovere di individuare quale sia la tecnica processuale più idonea a garantire l'effettiva tutela giurisdizionale.

Bisogna tuttavia verificare se il giudice disponga di un tasso di discrezionalità che gli consente di far ricorso a qualsiasi tecnica processuale idonea all'obiettivo fissato, oppure se debba individuare la tecnica processuale idonea, ma nei limiti del « necessario ».

Per motivi di legittimità, al giudice non può essere lasciato un ambito di discrezionalità pari a quello riservato al legislatore.

Infatti, sebbene il giudice abbia il dovere di controllare e garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, egli non ha il potere di definire le modalità tecniche mediante le quali tale tutela deve essere esercitata.

Il giudice ha soltanto il potere-dovere di controllare la « insufficienza della tutela normativa », potendo, quindi, solo definire le modalità che consentono che il diritto fondamentale di azione sia sufficientemente tutelato.

Ebbene, la tutela sufficiente è individuata dalla tecnica processuale che non superi quanto necessario per il raggiungimento della tutela giurisdizionale effettiva (8).

(7) MARINONI-PEREZ RAGONE-NUNEZ OJEDA, *Fundamentos del proceso civil*, Santiago, 2010, p. 144.

(8) Come dice Canaris, « il c.d. divieto di insufficienza non coincide con il dovere

3. — Il fatto che il diritto fondamentale di azione sia esercitato davanti al giudice, non significa che la decisione che supplisce all'omissione di tutela normativa non produca effetti in capo al convenuto.

La decisione che identifica l'insufficienza della tutela normativa e, per esempio, fissa un mezzo esecutivo idoneo per ottenere l'effettiva tutela del diritto sostanziale garantisce il diritto fondamentale di azione.

Così, il diritto fondamentale di azione non ha un'efficacia « orizzontale », ma solamente « verticale », esplicando i propri effetti esclusivamente nei rapporti fra Stato e cittadino.

Nella prospettiva della cosiddetta « efficacia orizzontale » (ossia nell'ambito della regolamentazione dei rapporti fra privati), il giudice decide per mediare questa efficacia. E ciò in quanto il diritto fondamentale (per esempio, il diritto all'ambiente) incide sugli individui (efficacia orizzontale) attraverso la decisione giudiziale.

Dinanzi al giudice l'efficacia verticale del diritto fondamentale di azione è duplice: oltre che generare un dovere di prestare tutela giurisdizionale effettiva, impone il controllo della adeguatezza della tutela normativa.

È importante notare, tuttavia, che il controllo di insufficienza, qui, non si esercita perché il diritto fondamentale incida sui privati, ma affinché il diritto di azione sia esercitato in modo adeguato ed il giudice possa prestare la tutela giurisdizionale in maniera effettiva.

Siccome il controllo della sufficienza della tutela normativa del diritto fondamentale di azione comporta la necessaria individuazione della specifica tecnica processuale — per esempio, il mezzo esecutivo « x » —, esso finisce per ripercuotersi anche sulla sfera giuridica del convenuto.

È dunque necessario distinguere tra efficacia orizzontale mediata dalla decisione giurisdizionale ed efficacia verticale con ripercussione collaterale, quest'ultima propria del diritto fondamentale di azione.

Mentre il diritto fondamentale all'ambiente — per esempio — incide sugli individui attraverso la decisione giudiziale (efficacia orizzontale mediata dal giudice), il diritto fondamentale di azione incide sulla configurazione dei doveri giudiziali e, collateralmente, sul convenuto.

Sebbene in entrambi i casi il giudice stia esercitando il controllo di insufficienza di tutela normativa, nel primo il giudice agisce perché ha il dovere di proteggere i diritti fondamentali sostanziali; nel secondo perché,

di protezione, ma ha, piuttosto, una funzione autonoma rispetto ad esso. Poiché si tratta di due percorsi argomentativi distinti, per i quali, in primo luogo, si controlla se esiste un dovere di protezione, e, successivamente, in che termini deve essere realizzato dal diritto ordinario senza andar sotto il minimo di protezione giuridico-costituzionalmente richiesto. Nel controllo di insufficienza si tratta, di conseguenza, di garantire che la protezione soddisfi i requisiti minimi di efficienza » (CANARIS, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pp. 138-139). Id., *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*, in *Jus*, München, 1989, p. 161.

in virtù del diritto fondamentale di azione, ha il dovere di dar tutela effettiva a qualunque tipo di diritto.

La percezione secondo la quale il diritto fondamentale di azione è tutelato al fine di garantire l'effettiva tutela del diritto sostanziale è importante per evidenziare che l'eliminazione dell'insufficienza di tutela a questo diritto fondamentale necessita di una giustificazione che richiede l'analisi della situazione di diritto sostanziale carente di tutela e delle particolarità del caso concreto ⁽⁹⁾.

4. — Oltre a ciò, il giudice non ha discrezionalità nel fissare la tecnica processuale idonea, ma ha un dovere di giustificazione peculiare dell'esercizio del controllo giudiziale dell'insufficienza di tutela normativa ai diritti fondamentali.

L'obbligo di motivazione è direttamente connesso all'ampiezza del potere che è concesso al giudice.

Nel caso del diritto fondamentale di azione, l'argomentazione giudiziale deve essere collegata alla situazione di diritto sostanziale e alle circostanze del caso concreto, indispensabili per dimostrare sia l'insufficienza di tutela normativa, sia l'idoneità della tecnica processuale giudizialmente eletta e la sua « lesività minima ».

Nell'ipotesi di insufficienza di tutela normativa al diritto di azione, il giudice dovrà dimostrare che le necessità del diritto sostanziale richiedono una forma processuale non presente nella legislazione.

Tuttavia, al giudice non basterà dimostrare l'indispensabilità di una determinata tecnica non prevista dalla legge, ma dovrà anche dimostrare che la tecnica processuale identificata come capace di dare effettività alla tutela del diritto è quella che reca la minore restrizione possibile alla sfera giuridica del convenuto.

Nel caso di concretizzazione della norma processuale aperta e di soppressione dell'insufficienza di tutela normativa, l'identificazione delle necessità dei casi concreti e la fissazione delle tecniche processuali idonee devono, ovviamente, essere adeguatamente motivate.

In realtà, il giudice deve stabilire una relazione tra il significato della tutela giurisdizionale sul piano sostanziale (tutela inibitoria, risarcitoria, ecc.) e le necessità del caso concreto e la tecnica processuale (sentenza di condanna, *astreintes*, ecc.).

In altri termini, deve dimostrare che una determinata situazione di diritto sostanziale deve essere protetta da un certo tipo di tutela del diritto, e che, affinché questa modalità di tutela giurisdizionale possa esser prestata

⁽⁹⁾ Il diritto fondamentale di azione non è il diritto ad una azione, omissione o ad uno specifico bene da parte dello Stato, ma a un esercizio del potere dello Stato, i cui contorni possono essere definiti solo alla luce del diritto sostanziale del soggetto che rivendica la tutela. (V. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, 2002, p. 464).

e implementata secondo i parametri dell'effettività, deve essere utilizzata una determinata tecnica processuale.

In tal modo la discussione sulla tecnica processuale si sviluppa su un discorso di diritto sostanziale.

5. — Nella misura in cui la tutela del diritto ad essere prestata è predeterminata dal diritto sostanziale, quando si discute sull'individuazione della tecnica esecutiva adeguata non vi è controversia o dubbio su chi abbia diritto a ciò. Non vi è necessità di giustificare l'intervento coercitivo dello Stato nella sfera giuridica del convenuto. Questo è già stato fatto. La questione che persiste fa riferimento unicamente alla modalità di questo intervento, al mezzo con cui lo Stato deve agire per prestare la tutela del diritto in maniera effettiva.

In questo contesto, problemi interpretativi possono sorgere soltanto qualora esista più di un mezzo idoneo ad ottenere l'effettiva tutela del diritto.

Non vi è qui alcun dibattito circa i mezzi più e meno efficaci, semplicemente perché un mezzo è pienamente efficace e quindi soddisfa il diritto protetto o non è pienamente efficace e, allora, non soddisfa le esigenze processuali per la tutela del diritto.

Essendo necessario scegliere tra differenti mezzi idonei, il criterio può essere solo quello della « minore lesività ». Se esistono due o più forme di tutela possibili, che garantiscano il raggiungimento del medesimo risultato, ovviamente l'unica forma non arbitraria è quella che impone di scegliere la tutela processuale che produca il minor danno nella sfera giuridica del convenuto.

Non è necessario bilanciare il diritto all'effettività della tutela giurisdizionale ed il diritto di difesa, poiché questi diritti non entrano in collisione.

Ognuno di essi incide infatti su un piano distinto, senza che si produca alcun tipo di antinomia.

Il primo esige l'individuazione di un mezzo idoneo per la tutela del diritto; il secondo, la scelta — nell'ipotesi in cui esistano diversi mezzi idonei — del mezzo meno lesivo alla sfera giuridica del convenuto ⁽¹⁰⁾.

Mentre nel caso dell'efficacia orizzontale mediata dalla decisione giurisdizionale la ponderazione è effettuata affinché il diritto fondamentale abbia efficacia nella regolamentazione dei rapporti fra privati, nel caso dell'efficacia verticale con ripercussione collaterale non vi è bisogno di parlare di ponderazione o di bilanciamento, ma di regola di adeguatezza e di regola di necessità o lesività minima, dal momento che tale efficacia si riflette o si ripercuote sul convenuto.

⁽¹⁰⁾ 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*, I, Milano, 2005, pp. 93-162; ID., *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima, 2007, *passim*.

Ciò che conta davvero, però, è che le definizioni di efficacia orizzontale mediata dalla decisione giudiziale e di efficacia verticale con ripercussione collaterale permettono di considerare la possibilità del giudice di tutelare il diritto fondamentale sostanziale e di impiegare le tecniche processuali capaci di conferire effettività alla tutela giurisdizionale dei diritti — siano fondamentali o no —, senza che con questo si escluda la possibilità della controparte di avere un'adeguata protezione dei propri diritti nel caso concreto.

6. — Vi è un caso esemplare, considerato tanto dalla dottrina quanto dai tribunali brasiliani ⁽¹¹⁾, che evidenzia l'attivismo giudiziale al fine di garantire la tutela del diritto fondamentale di azione.

Il c.p.c. brasiliano del 1973 ha introdotto la possibilità per il giudice di emanare provvedimenti anticipatori, tuttavia non ha previsto un mezzo esecutivo idoneo a garantire l'effettività della tutela anticipatoria avente ad oggetto il pagamento di somme di denaro ⁽¹²⁾.

Ben presto sono sorte azioni di risarcimento in cui si chiedeva l'anticipazione della tutela risarcitoria sulla base del fatto che l'attore necessitava immediatamente della somma di denaro per soddisfare una necessità primaria, come il trattamento medico a cui avrebbe dovuto sottoporsi a causa dello stesso danno che gli era stato procurato o, anche per esempio, per il sostegno dell'educazione dei figli.

Qualificandosi la somma di denaro alla stregua di « alimenti indennizzativi », ossia un « diritto agli alimenti » che trova la propria fonte in un atto illecito, non si è avuta alcuna difficoltà nell'accogliere queste richieste di applicare la tecnica anticipatoria nel corso del processo.

Poiché la norma che ha istituito la tutela anticipatoria non ha individuato specifiche modalità di esecuzione, si è deciso di estendere alle misure anticipatorie le modalità previste per l'esecuzione delle sentenze di condanna.

Si è rilevato che l'esecuzione per espropriazione, a causa del suo costo e soprattutto del tempo necessario alla sua realizzazione, era incompatibile con l'urgenza che legittimava la stessa concezione della tutela anticipatoria.

Di fronte a ciò, ancorché in assenza di un'adeguata base argomentativa, i tribunali hanno cominciato a fare ricorso a mezzi esecutivi previsti per altre situazioni di diritto sostanziale.

Si è ammesso l'uso della coercizione personale, prevista per l'ipotesi di inadempimento del dovere di pagare gli alimenti sulla base di un rapporto

⁽¹¹⁾ MARINONI, *Antecipação da tutela*¹², São Paulo, 2012, p. 223.

⁽¹²⁾ V., sulla necessità di mezzo esecutivo idoneo, CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in questa rivista, 1988, pp. 110-122; CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, *passim*; TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 635-637; PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, pp. 627-634.

parentale e delle *astreintes*, mezzo di esecuzione previsto in caso di inadempimento di obbligazioni di non fare e di fare, comprese quelle fungibili.

L'uso di questi mezzi di esecuzione in luogo dell'esecuzione per espropriazione, però, non ha fatto i conti con una dogmatica — e, di conseguenza, con una giustificazione — capace di dimostrare la razionalità della necessità dell'accettazione di queste modalità esecutive.

Parlare di controllo di insufficienza di tutela normativa al diritto fondamentale di azione, stabilendosi dei criteri per la definizione delle modalità adeguate alla sua tutela nel caso concreto, ha l'obiettivo di sostenere la razionalizzazione dell'argomentazione in favore dell'eliminazione dell'insufficienza della tecnica processuale capace di permettere il raggiungimento dell'effettiva tutela del diritto sostanziale.

Si ricordi che, quando il giudice si trova a valutare l'inidoneità della tecnica processuale, egli ha già accertato l'esistenza di un diritto sostanziale che deve essere giurisdizionalmente tutelato. Pertanto, quando egli si trova di fronte l'espropriazione come mezzo per l'esecuzione della tutela anticipatoria per il pagamento di somme, ha già valutato che l'attore, nel caso concreto, ha diritto alla tutela degli alimenti indennizzativi.

Quindi, il passo successivo è quello di dimostrare che l'esecuzione per espropriazione non risulta in grado di garantire l'effettiva tutela del diritto: non è corretto supporre che questa modalità di esecuzione si imponga per la tutela anticipatoria.

Com'è ovvio, non importa sapere qual è la tecnica processuale prevista per dare esecuzione alla tutela finale, ma quali sono le necessità che aprono la strada alla tutela anticipatoria e finale. Come le necessità che giustificano la tutela anticipatoria e la sentenza di condanna sono evidentemente distinte, i mezzi esecutivi devono essere a queste adeguati.

L'esecuzione per espropriazione, nel richiedere un tempo incompatibile con l'urgenza che caratterizza la tutela anticipatoria, è ovviamente al di sotto del minimo necessario per garantire l'effettività della tutela degli alimenti indennizzativi.

Proseguendo nel suo ragionamento, il giudice deve identificare una modalità esecutiva idonea all'effettiva tutela degli alimenti indennizzativi.

Si tornano nuovamente a considerare le circostanze del caso: di fronte alle modalità esecutive previste per altre situazioni di diritto sostanziale, il giudice deve dimostrare, in maniera razionale, che tanto i mezzi esecutivi previsti per gli alimenti fondati su rapporti parentali, quanto le *astreintes* — ammesse in Brasile per i casi di inadempimento di obbligazioni di fare, di non fare e di consegna ⁽¹³⁾ —, devono essere impiegati per ottenere l'effettività della tutela degli alimenti indennizzativi.

La parte lesa che, a causa dell'illecito, richiede la corresponsione di una somma di denaro per sopperire alle necessità primarie, di manuten-

⁽¹³⁾ Nel diritto brasiliano, le *astreintes* sono previste come mezzo esecutivo delle decisioni che ordinano di non fare, di fare (infungibili e fungibili) e di consegna.

zione della casa, di educazione dei figli o anche di salute, non si trova in una situazione diversa da chi ha l'urgenza di domandare gli alimenti sulla base di un rapporto parentale.

In altri termini, la fonte degli alimenti — parentale o atto illecito — non altera la « necessità ». Non vi è motivo per differenziare i mezzi esecutivi in base alla *fonte* degli alimenti. Quindi, non vi è razionalità nel prevedere l'uso di: *i*) addebito sul libro paga, di *ii*) addebito sui redditi periodici e della *iii*) coercizione personale in caso di alimenti fondati su un rapporto parentale ⁽¹⁴⁾, e considerare come adeguata l'esecuzione per espropriazione nelle ipotesi di alimenti indennizzativi.

Inoltre, se è innegabile che le *astreintes* assicurano maggiore celerità e effettività all'adempimento delle decisioni giudiziali, non c'è razionalità nell'ammetterle nei casi di fare fungibile e di consegna della cosa e negarle quando l'attore necessita di una somma in denaro per sopperire ad una necessità primaria. Si ricordi che l'argomento è senza fondamento, nel senso che le *astreintes* non hanno effettività nel caso di obbligazione pecuniaria. Le *astreintes* ovviamente hanno effettività per convincere qualcuno che possiede patrimonio a pagare. La coercizione patrimoniale è certamente efficace per mostrare al debitore che è meglio pagare puntualmente piuttosto che avere il patrimonio sottoposto ad espropriazione per la soddisfazione non solo del credito non adempiuto, ma anche del valore delle *astreintes*. Di modo che è possibile verificare che le *astreintes* e i mezzi di esecuzione previsti nella legge processuale in caso di alimenti fondati su rapporti parentali sono idonei all'effettiva tutela degli alimenti indennizzativi.

Tuttavia, non basta al giudice evidenziare l'insufficienza della tutela normativa al diritto fondamentale di azione e identificare il mezzo esecutivo idoneo all'effettiva tutela del diritto. La sua giustificazione necessita di un'ulteriore tappa argomentativa. È necessario ancora dimostrare qual è il mezzo esecutivo che, sebbene idoneo al raggiungimento dell'effettiva tutela del diritto, è il meno lesivo per il convenuto.

⁽¹⁴⁾ Queste modalità esecutive sono previste nel diritto brasiliano per l'esecuzione dell'obbligazione alimentare fondata su un legame parentale.