

Prefazione

## **Azione come diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e attuazione dei diritti fondamentali**

di Vincenzo Ansanelli

Il *Diritto di azione come diritto fondamentale* di Luiz Guilherme Marinoni si inserisce a pieno titolo fra le opere della moderna teoria generale del processo. L'intento è quello vasto e impegnativo di verificare la capacità dell'ordinamento di attuare le "tutele promesse dal diritto sostanziale" (p. 4). A questo fine Marinoni realizza un costante raffronto fra i diritti sostanziali e le articolate tecniche di tutela giurisdizionale apprestate dal legislatore brasiliano. Ma non solo, dato che per la portata generalizzata dei diritti coinvolti e dei principi applicati l'analisi è estendibile anche ad altri contesti culturali e normativi.

Agevolmente comprensibile appare la centralità del tema di indagine, in una chiave non soltanto giuridica ma di complessiva tenuta politica e sociale del nuovo *Estado Constitucional* così come configuratosi a seguito dell'emanazione della Costituzione Federale del 1988<sup>1</sup>. Ciò detto, appare tuttavia opportuno anticipare come il lavoro si svolga mediante l'adozione di una metodologia d'indagine non ancora del tutto consueta per il lettore europeo. La predisposizione di

---

<sup>1</sup> Per alcuni interessanti rilievi circa la riconfigurazione del processo civile brasiliano a seguito dell'approvazione della Costituzione Federale del 1988 si rinvia ai lavori contenuti in D. Mitidiero (ed.), *O Processo Civil no Estado Constitucional*, Salvador de Bahia, 2012, *passim*; nonché a H. Zanetti jr., *Processo Civil Brasileiro: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 2007, *passim*.

una tutela giurisdizionale effettiva in quanto adeguata alla protezione dei diritti fondamentali viene infatti intesa come un risultato da perseguire anche superando o ricostruendo categorie teorico-dogmatiche apparentemente sedimentate. In questo senso il riferimento è principalmente alla riconfigurazione della nozione del diritto di agire e, quindi, all'impostazione di un rapporto fra attività legislativa e attività giurisdizionale rinnovato nella prospettiva dell'attribuzione al giudice di un ruolo suppletivo del tutto cruciale.

Di qui la particolare attenzione alle varie tecniche interpretative e argomentative (nelle parole dell'Autore "*discorsi*" o "*meta discorsi*" fra diritto sostanziale e diritto processuale) che conducono all'attuazione in sede giurisdizionale dei diritti sostanziali (spec. cap. IV). In effetti, l'obiettivo di fondo di questo complesso percorso appare quello di costruire una teoria – per l'appunto generale – del processo in grado di consentire all'autorità giurisdizionale di scegliere la tecnica processuale più adeguata per l'effettiva protezione e realizzazione dei diritti fondamentali della persona. E ciò, come appena anticipato, anche assegnando al giudiziario il compito di supplire a eventuali carenze o discrasie dell'attività legislativa sotto tale profilo.

L'indagine di Marinoni trae origine dalla verifica dell'impatto che la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali ha avuto sulla concreta configurazione della nozione di tutela giurisdizionale. Realizzatasi in Brasile nel 1988 sulla scorta del fenomenale movimento di riassetto politico e sociale che ha investito tutto il Sudamerica a partire dagli anni '60 del XX secolo, il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona ha comportato un complessivo riassetto degli obblighi o "*prestazioni positive*" gravanti sullo Stato per consentire l'effettiva protezione e realizzazione degli stessi.

La particolare complessità dell'indagine condotta da Marinoni circa l'efficacia delle forme di tutela giurisdizionale apprestate dall'ordinamento brasiliano si può far discendere da due circostanze, distinte per quanto fra loro intimamente connesse. Il riferimento è, anzitutto, al contestuale riconoscimento, accanto a "*diritti di libertà*" di matrice liberale classica e a dimensione essenzialmente individuale, anche di diritti superindividuali classificati già a partire agli anni '80 del XX secolo "*interesses ou direitos difusos, coletivos*

e *individuais homogêneos*". I riferimenti, ormai diffusamente noti anche nella cultura giuridica europea, sono alle particolari forme di protezione di beni quali l'ambiente e il paesaggio, il patrimonio artistico-culturale, la correttezza dell'azione amministrativa e la difesa di "classi" di cittadini (*ante litteram* quella dei cittadini *consumidores*). Deriva da tali aperture la necessità di predisporre strumenti processuali diversamente strutturati rispetto a quelli apprestati per la tutela di singole situazioni soggettive al fine di garantire efficacemente la protezione di beni di natura superindividuale: quali la *ação civil pública*, il *mandado de segurança individual e coletivo* e le più recenti forme di *ações coletivas*. Tecniche che hanno rappresentato mezzi di protezione di beni a titolarità superindividuale o diffusa ma, al contempo, anche importanti strumenti di democratizzazione dello Stato mediante l'intensificazione della partecipazione popolare alla vita pubblica<sup>2</sup>.

La seconda delle circostanze segnalate è invece l'attribuzione al processo civile di un intento complessivamente moralizzatore. In altri termini, il compito assegnato al processo risulta essere quello di perseguire fini variegati e trascendenti gli obiettivi classici e sedimentatisi nel corso del XIX e XX secolo, quali la mera risoluzione del conflitto (come negli ordinamenti di *common law*) o l'attuazione del diritto soggettivo (per gli ordinamenti di *civil law*). Nel codice di procedura civile brasiliano il superamento di tali impostazioni appare epitomizzato dall'attribuzione al giudiziario del ruolo di assicurare, nell'interpretazione e nell'applicazione della normativa processuale, il raggiungimento tanto dei "*fins sociais*" quanto delle "*exigências do bem comum*"; e ciò "*resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana*" (così l'art. 8 del *Código de processo*

---

<sup>2</sup> Per una ricostruzione in chiave diacroniche delle diverse forme di tutela collettiva nell'ordinamento brasiliano vds., nell'ambito di una letteratura particolarmente vasta, A. Gonçalves De Castro Mendes, *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*, 4<sup>a</sup> ed., São Paulo, 2014; per considerazioni anche in chiave comparatistica vds. A. Gidi, *Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries*, in 51 *Am. J. Comp. L.*, 2003, p. 311, Id., *A Class Action come instrumento de tutela dos direitos – As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, São Paulo, 2007.

*civil* brasiliano del 2015)<sup>3</sup>. Da questo mutamento di prospettiva discende una complessiva riconfigurazione del ruolo del giudice, al quale vengono affidati compiti variegati, quali quelli di: a) garantire un processo equo e di ragionevole durata; b) sanzionare condotte non ispirate a canoni di buona fede e lealtà processuale (o comunque, contrarie all'interesse della giustizia); c) salvaguardare l'efficienza dell'amministrazione della giustizia; d) far sì che il processo tenda all'accertamento della verità dei fatti e, appunto, all'attuazione dei principi fondamentali costituzionalmente garantiti. Si tratta, del resto, di principi che per il Sudamerica già avevano trovato formale consacrazione negli artt. 1-11 del *Anteproyecto de Código Modelo* per l'America Latina del 1988<sup>4</sup>.

Nel lavoro di Marinoni queste differenti istanze pervengono a una loro sintesi e raccordo nella rinnovata nozione di “*diritto fondamentale di azione*”. Per il lettore europeo è a questo punto forse opportuno, stante la ricorrenza nel libro di una nozione tanto sedimentata, sgombrare definitivamente il campo da ogni possibile equivoco. Nell'ordinamento brasiliano – e in particolare nella dogmatica elaborata da Marinoni – il diritto di azione quale diritto fondamentale costituzionalmente garantito ha efficacia, obiettivi e modi d'essere che non devono essere confusi con quelli rientranti nella tradizionale per quanto estremamente più limitata nozione di diritto di agire in giudizio. Qui, come in parte già detto, il diritto fondamentale di azione viene infatti inteso quale diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e si compone, pertanto, di una sfera estremamente articolata di posizioni giuridiche: libertà, diritti, poteri potestativi, immunità e facoltà processuali finalizzate a garantire l'effettiva realizzazione di tutti gli altri diritti fondamentali. In questa

---

<sup>3</sup> Per una recente disamina delle caratteristiche del nuovo codice di procedura civile italiana vds. H.V.M. Sica, *Aspetti fondamentali del nuovo codice di procedura civile brasiliano*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); T. Arruda Alvim Wambier, *Le novità del codice di procedura civile brasiliano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1253 ss.

<sup>4</sup> A riguardo si rinvia a S. Schipani-R. Vaccarella (eds.), *Un “Codice Tipo” di Procedura Civile per l'America Latina*, Padova, 1990.

accezione, il diritto di azione supera la dimensione individuale e diviene essenzialmente biunivoco. Mediante l'esercizio del diritto fondamentale di azione l'individuo tutela nei confronti dello Stato anche i diritti sociali, rafforzando in questo modo il suo *status* di cittadino. Al contempo, tuttavia, tale diritto si configura come strumento indispensabile per lo Stato al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale e, per questo tramite, momento centrale di protezione e attuazione degli altri diritti fondamentali.

In questo quadro si intende come sia costante il richiamo alla necessità di strutturare tecniche innovative di tutela processuale in grado di attuare concretamente il diritto sostanziale; siano queste ultime norme che riconoscano direttamente un diritto soggettivo in capo al cittadino siano, invece, *norme di protezione* di altri diritti fondamentali. E in questo contesto ben si inserisce quello che può essere davvero considerato un elemento caratterizzante l'intera produzione di Luiz Guilherme Marinoni: l'elaborazione della nozione di *tutela anticipatoria* realizzata mediante tecniche di esecuzione di tipo *astreintes*. Nella più volte segnalata prospettiva dell'effettività della tutela giurisdizionale (ossia della concreta protezione e attuazione dei diritti fondamentali) l'autore afferma che *“l'azione deve strutturarsi su di un insieme di tecniche processuali specificatamente volte a permettere l'effettiva e tempestiva tutela dei diritti fondamentali [...] come la tecnica anticipatoria e le tecniche istituite per permettere la tutela dei diritti attraverso l'imposizione di un fare o di un non fare”* (cfr. cap. 1, par. 2).

Appare del tutto evidente come una simile ricostruzione abbia l'intento di dimostrare l'esistenza di un preciso obbligo del giudice di attivarsi per ricercare caso per caso le tecniche processuali in grado di dare concreta attuazione ai diritti fondamentali. Un'attività questa a tutti gli effetti intesa a sopperire anche all'inerzia o alla non compiuta protezione apprestata dal legislatore ordinario ai diritti fondamentali; nelle parole di Marinoni: *“l'efficacia del diritto fondamentale nei rapporti fra gli individui deve essere mediata dalla legge, ma se ciò non accade, la giurisdizione è obbligata a darle protezione”*. In altri termini, nella ricostruzione che qui si prospetta

i diritti fondamentali assumono un'efficacia diretta e immediata nei rapporti fra i cittadini.

In questa prospettiva anche il giudice soggiace a un *dovere di protezione*, avendo il compito di ricercare e utilizzare le tecniche processuali più adeguate per garantire l'attuazione del contenuto autentico di quei diritti fondamentali che non abbiano ricevuto adeguata tutela dalla legislazione ordinaria o dall'azione amministrativa. E ciò principalmente al fine di garantire l'armonico sviluppo delle relazioni private nello Stato costituzionale. Un risultato da perseguire a volte utilizzando la *tutela inibitoria* o di *rimozione della condotta illecita*, altre mediante l'applicazione di forme diversificate di *tutela provisória* (art. 292 e ss. *Código de processo civil* brasiliano del 2015) a cui l'ordinamento brasiliano consente il ricorso anche a prescindere dalla sussistenza di requisiti propriamente cautelari<sup>5</sup>.

In effetti Marinoni individua in tali ultime variegate forme di *tutela anticipatoria* gli strumenti più efficienti a disposizione del giudice per una protezione effettiva dei diritti fondamentali. Si tratta di tecniche di tutela processuale che costituiscono pressoché un *proprium* dell'ordinamento brasiliano e che consentono al giudice di anticipare gli effetti della sentenza di merito in una serie di ipotesi fondate sulla valutazione del tenore e della portata complessiva delle difese delle parti. Tali provvedimenti possono essere emessi ove l'azione sia fondata su riscontri probatori di ca-

---

<sup>5</sup> L'individuazione delle tecniche processuali in grado di garantire – essenzialmente per il tramite dell'anticipazione degli effetti della sentenza di merito – l'effettività dei diritti rappresenta in Brasile uno fra i principali ambiti del più recente dibattito intorno al processo civile. In questo contesto particolare rilievo assume il contributo di Marinoni e della sua scuola. Vds. L.G. Marinoni, *Antecipação da tutela*, 11<sup>a</sup> ed., São Paulo, 2011; Id., *Técnica processual e tutela dos direitos*, 4<sup>a</sup> ed., São Paulo, 2013; Id., *Tutela inibitória individual e coletiva*, 5<sup>a</sup> ed., São Paulo, 2012; Id., *Teoria geral do processo*, 8<sup>a</sup> ed., São Paulo, 2014; D. Mitidiero, *Antecipação da tutela – Da técnica cautelar à técnica antecipatória*, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo, 2014; Id., *Antecipação da tutela na reforma do processo civil*, São Paulo, 1997, recensito in Italia da A. Dondi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 1287 ss.

rattere documentale o comunque particolarmente persuasivi, ovvero anche quando le difese del convenuto paleisino intenti abusivi o dilatori (*tutela da evidência* – art. 309 e ss. del *Código de processo* brasiliano del 2015)<sup>6</sup>. La particolare efficacia di queste forme di tutela interinale trova fondamento per un verso nella loro tendenziale stabilità e, per altro verso, nello spettro particolarmente ampio e sostanzialmente illimitato sotto il profilo contenutistico dei provvedimenti adottabili dal giudice per consentirne l'effettiva esecuzione (art. 295 *Código* brasiliano 2015: “*O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória*”)<sup>7</sup>.

In quest'attività di attuazione dei diritti fondamentali, sono gli stessi principi costituzionali a imporre al giudice il dovere di rispettare determinati criteri e limiti, in assenza dei quali l'attività giurisdizionale diverrebbe incontrollabile e, per ciò stesso, arbitraria. È a tal fine che Marinoni elabora le regole del *mezzo idoneo* e della *minore restrizione* quali criteri ermeneutici indirizzanti il ragionamento giudiziale nell'attuazione dei diritti fondamentali in tutti i casi di *insufficienza normativa*.

E del resto una particolare attenzione è rivolta anche ai riflessi dell'attività giudiziale sulla posizioni delle parti e, in particolare,

---

<sup>6</sup> Pare opportuno riportare il testo dell'art. 309 del *Código* brasiliano del 2015: “*A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável*”. Per un ampio commento della norma vds. L.G. Marinoni-S.C. Arenhart-D. Mitidiero, *Novo curso de processo civil*, São Paulo, 2015.

<sup>7</sup> Già prima della riforma del *Código de processo civil* del 2015 vds. L.G. Marinoni, *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo, 2011.

del convenuto (par. 4.3). Sotto tale profilo Marinoni configura un dovere giudiziale di *controllo dell'adeguatezza normativa*, a intendere il necessario compimento da parte del giudice di plurime attività. In un'elencazione stretta, si tratta di attività quali: a) la verifica della necessità di utilizzare tecniche processuali non previste dalla legge per l'efficace tutela del diritto sostanziale; b) la dimostrazione che la tecnica processuale identificata come quella idonea a garantire l'effettività al diritto sostanziale sia anche quella che *"reca la minore restrizione possibile alla sfera giuridica del convenuto"*; c) l'adeguata e razionale motivazione circa l'adeguatezza della tecnica processuale prescelta in relazione alle caratteristiche del diritto sostanziale (par. 4.5). Ed è in qualche modo prevedibile, vista la sua storia intellettuale e le relative scelte di ordine tecnico, che per Marinoni a risultare particolarmente adeguata a garantire il corretto esercizio di questo peculiare *"attivismo"* richiesto ai giudici brasiliani nella prospettiva della protezione effettiva del diritto fondamentale di azione sia la tecnica della tutela anticipatoria in quanto correlata all'applicazione in fase esecutiva di misure coercitive di tipo *astreintes*.

Tali tecniche, secondo il nostro, dovrebbero poter trovare applicazione generalizzata anche in tutti i casi in cui l'obbligazione abbia essa stessa a oggetto il pagamento di somme di denaro. E ciò in quanto, secondo questa interessante e suggestiva impostazione, soltanto l'applicazione di strumenti di coazione particolarmente intensi in sede esecutiva appare in grado di assicurare la concreta attuazione di diritti tanto fondamentali quali il diritto di azione in giudizio.

A questo riguardo, per quanto in qualche misura ulteriore rispetto alla funzione propria di una prefazione, risulta inevitabile un giudizio di valore riguardo all'opera di cui qui si riferisce. Anche in ragione della scelta di vedere l'ambito del processo come un *"luogo dell'effettività"*, la proposta che Marinoni formula qui, ma già in altre opere e da tempo, appare configurarsi come un richiamo forte per gli operatori del diritto e per la cosiddetta accademia ad affrontare in una prospettiva di concreta realizzazione delle aspirazioni configurabili come diritti il mo-



mento processuale. Esistono ben altre ragioni perché quest'opera meriti di essere considerata e, come qui, tradotta. Ma questo dato costituisce un nucleo essenziale di interesse e di suggestiva occasione di dibattito.

*Vincenzo Ansanelli*



## Introduzione

La sedimentazione della categoria dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti ha inciso profondamente sulla nozione di tutela giurisdizionale. Più nel dettaglio, la portata dei diritti fondamentali ha finito per alterare i rapporti fra legislazione (quale momento di normativizzazione positiva dei diritti) e giurisdizione (quale momento di attuazione coattiva dei diritti). In questa prospettiva, il diritto di azione diviene al tempo stesso diritto fondamentale e strumento indispensabile per lo Stato al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale. Tutto ciò conduce necessariamente a riconsiderare la nozione e la portata del diritto di azione.

Nello Stato costituzionale il diritto di azione risulta indispensabile non soltanto per il conseguimento delle prestazioni di natura sociale che lo Stato è tenuto a garantire (come avviene, ad esempio, mediante l'azione per la tutela dei diritti diffusi e collettivi), ma anche per garantire l'effettività delle altre forme di tutela specifica dei diritti fondamentali (di cui sono espressione la tutela inibitoria e la tutela di rimozione dell'illecito) e, infine, per l'esercizio da parte del potere giudiziario del controllo di insufficienza di tutela normativa a tali diritti (ossia la verifica dell'effettività dei diritti fondamentali dei cittadini). Oggi l'azione costituisce, inoltre, un meccanismo che consente la partecipazione del cittadino alla rivendicazione della tutela di diritti di grande rilievo, sia per la corretta organizzazione sociale, sia per la diligente gestione della cosa pubblica. Un risultato perseguito mediante il conferimento ai cittadini della possibilità di controllare e denunciare le deviazioni e le carenze dello Stato nell'amministrazione del patrimonio pubblico.

Tuttavia, il diritto di azione, oltre ad essere indispensabile per pro-

muovere e le diverse funzioni dei diritti fondamentali e i valori fondanti la società contemporanea, rappresenta anche il diritto fondamentale garante dell'effettiva tutela di qualunque diritto e, in quanto tale, deve essere adeguatamente protetto dal legislatore. Conseguentemente, il diritto fondamentale di azione implica il dovere del legislatore di predisporre delle tecniche processuali idonee all'effettivo ottenimento delle varie tutele promesse dal diritto sostanziale.

Da questo punto di vista, attesa la necessità di strutturare il tessuto normativo processuale in modo da facilitare la tutela delle diverse situazioni di diritto sostanziale e, anche, dello specifico caso concreto, si pone per il legislatore l'opportunità di avvalersi della tecnica legislativa delle "clausole aperte", al fine di conferire alle parti ed al giudice il potere di utilizzare la tecnica processuale più idonea alla tutela del diritto sostanziale nel caso concreto. Su tali premesse e, segnatamente, sulla base del fatto che l'azione costituisca il principale strumento per il conseguimento della tutela giurisdizionale, nasce dunque la nozione di diritto alla costruzione dell'azione adeguata alla tutela del diritto sostanziale e al caso concreto.

Proprio perché le regole processuali che regolano l'esercizio dell'azione non possono essere incompatibili con il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, il giudice deve analizzarle in funzione del "divieto di eccesso" e, soprattutto, di quello di insufficienza della tutela normativa del diritto di azione<sup>1</sup>. Con ciò si intende che il giudice ha il dovere di controllare l'insufficienza della tutela offerta dal legislatore al diritto fondamentale di azione, ossia il dovere di verificare l'idoneità delle tecniche processuali predisposte dal legislatore al fine di garantire la tutela del diritto all'azione adeguata in relazione alle circostanze del caso concreto. Il riconoscimento dell'insufficienza di tutela normativa conferisce al giudice il potere di scegliere la tecnica processuale sufficiente al-

---

<sup>1</sup> C.W. Canaris, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, in *JuS*, München, Beck, 1989, p. 161 ss.; C.W. Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra, Almedina, 2003.

l'effettiva tutela del diritto, la quale dovrà essere concessa ed, ancor prima, costruita nei limiti del "necessario", posto che il giudice ovviamente non dispone, né può disporre, dello stesso spazio di discrezionalità del legislatore nel definire il "modo" di tutela dei diritti fondamentali.

Posto che il diritto di azione non può più esser costretto in rigidi schemi procedimentali predisposti dal legislatore e che le necessità delle tecniche processuali possono variare in relazione alle circostanze del caso concreto, diviene fondamentale che le norme che regolano l'esercizio dell'azione siano sottoposte ad un costante test di validità, soprattutto in funzione della regola del divieto di insufficienza di tutela normativa del diritto di azione. Conseguentemente la configurazione dell'azione, quale mezzo per la tutela effettiva del diritto sostanziale, non è rimessa all'esclusivo arbitrio del legislatore né, tantomeno, si traduce in una mera e retorica proclamazione di giustizia, ma è lasciata alla concreta attuazione a opera del giudiziario.



## Capitolo 1

# Il diritto di azione nel quadro dei diritti fondamentali

**Sommario:** 1.1. Condizioni per l'effettivo riconoscimento dei diritti fondamentali. – 1.2. Il diritto di azione come strumento di promozione e attuazione dei diritti fondamentali. – 1.3. L'efficacia dei diritti fondamentali nei confronti dello Stato e loro incidenza nelle relazioni fra privati. – 1.4. L'azione come strumento per definire l'incidenza dei diritti fondamentali nelle relazioni private.

### 1.1. Condizioni per l'effettivo riconoscimento dei diritti fondamentali

I diritti fondamentali, all'epoca del costituzionalismo di matrice liberale-borghese, costituivano specifici strumenti di protezione del cittadino nei confronti dello Stato. Essi erano visti come diritti di difesa che avevano quale principale obiettivo quello di impedire l'interferenza del potere pubblico nella sfera giuridica dei consociati<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> L'ampiezza delle posizioni critiche rispetto alla concezione dei diritti tipica dello Stato liberale è stata compiutamente descritta da Kenneth Baynes (*Rights as Critique and the Critique of Rights*, in *Political Theory*, v. 28, n. 4, p. 452): "Lo scetticismo relativo al contenuto dei diritti (...) si rinviene negli scritti di conservatori come Burke, ma anche di progressisti e radicali come Bentham e Marx. I di-

Nel corso dell'evoluzione del pensiero giuridico allo Stato non si è più riconosciuta una posizione di preminenza e un potere sostanzialmente illimitato e arbitrario nei confronti dei cittadini, bensì il compito di assicurare agli stessi servizi fondamentali quali, *in primis*, il funzionamento della giustizia e il mantenimento dell'ordine sociale. Obiettivi da realizzarsi, appunto, riconoscendo e garantendo l'effettiva esplicazione dei diritti fondamentali. Questi, in altre parole, esigono oggi prestazioni indirizzate alla loro promozione, non essendo più sufficienti le semplici regole di protezione destinate a scongiurare l'indebita ingerenza dello Stato nella vita del cittadino<sup>2</sup>.

I "nuovi" diritti fondamentali hanno preteso, dunque, prestazioni di carattere sociale, ossia prestazioni di fatto o sostanziali destinate a dare concretezza ai diritti sociali, configurando un correlativo obbligo dello Stato di garantirli. Ci si è accorti, infatti, che l'attuazione di alcuni diritti fondamentali necessitava di prestazioni di protezione sia amministrativa che normativa: così, ad esempio, con riferimento alle imposizioni fiscali, alle norme di natura penale o, sotto altro profilo, alle norme di tutela del consumatore. In questa prospettiva si è progressivamente affermata la necessità che i diritti fondamentali trovino piena attuazione anche mediante la effettiva e democratica partecipazione degli interessati nelle organizzazioni sociali; e ciò principalmente al fine di consentire la condivisione delle norme (quali appunto quelle in materia fiscale o penale) e le altre imposizioni conseguenti all'erogazione di prestazioni sociali e di tutela erogate dallo Stato.

---

*ritti sono stati criticati alla stregua di false astrazioni che, seppur le neghino, non fanno altro che irrigidire le differenze reali e le identità concrete, promuovendo l'egoismo e l'atomismo a spese della comunità e della solidarietà. I diritti sono stati oggetto di critica in quanto presuppongono, come rafforzano, divisioni sociali artificiali – tra il sociale e il politico, il pubblico e il privato – e, così, nascondono le vere ragioni della disuguaglianza".*

<sup>2</sup> Occorre avvertire, tuttavia, che già da qualche tempo si sta delineando una critica vigorosa alla distinzione tra diritti di prestazione (positivi) e diritti di difesa (negativi). Vds. C. Sunstein, *The Partial Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, pp. 69-71.



Dinanzi all'evoluzione dei diritti fondamentali ed alle nuove funzioni ad essi associate si percepisce che le diverse prestazioni erogate dallo Stato ben possano essere correlate ad un unico diritto fondamentale<sup>3</sup>. Così, ad esempio, il diritto ambientale richiede prestazioni sociali (canalizzazione dei corsi d'acqua), prestazioni di protezione di fatto (istituzione di guardie forestali), prestazioni di protezione normativa (legislazione di protezione dell'ambiente) e prestazioni di partecipazione (udienze pubbliche per la discussione di linee guida ambientali, azione civile rivolta alla tutela dei diritti diffusi)<sup>4</sup>.

Pertanto, i diritti fondamentali possono richiedere prestazioni di difesa, di carattere sociale, di protezione e di partecipazione<sup>5</sup>.

## 1.2. Il diritto di azione come strumento di promozione e attuazione dei diritti fondamentali

Va anzitutto premesso che sebbene i diritti di difesa normalmente impongano comportamenti di ordine negativo, ossia una sostanziale astensione dello Stato, essi ben possono essere visti anche come diritti volti a preservare la sfera giuridica del soggetto attraverso azioni positive. È in questo senso che si giustifica l'affermazione secondo la quale il diritto al giusto processo è un diritto

---

<sup>3</sup> Come sottolineato da Konrad Hesse, il significato complessivo dei diritti fondamentali, quali elementi di ordine oggettivo, viene ridimensionato ove questo significato sia inteso come istituzione di "un ordine di valori oggettivi", poiché una comprensione limitata all'aspetto "ordine di valori" può nascondere una molteplicità di funzioni e connessioni che coinvolgono i diritti fondamentali (vds. K. Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Fabris, 1998, p. 243); nonché, K. Hesse, *Verfassungsrechtssprechung im geschichtlichen Wandel*, in *JZ*, 1995.

<sup>4</sup> V. O. Fiss, *The Political Theory of the Class Action*, in *Washington & Lee Law Review*, v. 53, 1996, p. 21.

<sup>5</sup> Vds. V. Varano-M. Taruffo, *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino, Giappichelli, 2002.

to di difesa. Il diritto al giusto processo non impone allo Stato soltanto un dovere di astensione, bensì anche la necessità che ogni intervento normativo diretto a incidere postula sulla sfera giuridica dei privati sia preceduto da un procedimento sorretto da regole e-quitative prestabilite. Affinché un'azione dello Stato possa dirsi conforme al principio del giusto processo è indispensabile il compimento di una serie di azioni positive da parte dello Stato quali, ad esempio, il conferimento alla parte interessata del diritto di essere ascoltata, il rafforzamento del contraddittorio, la garanzia dell'imparzialità della decisione, ecc.

All'epoca dello Stato liberale classico, il diritto di azione<sup>6</sup> era direttamente correlato alla tutela delle libertà attraverso procedimenti differenziati ed appositamente strutturati come, ad esempio, l'*habeas corpus*<sup>7</sup>. Anche nello Stato sociale, il diritto di azione – quale diritto contro l'atto arbitrario del potere pubblico – è stato recepito attraverso l'istituzione di modelli processuali appositi, rivelando la necessità di prestazioni *normative* di protezione. Si prenda ad esempio il *mandado de segurança*, che costituisce un procedimento dif-

---

<sup>6</sup> Pare opportuno chiarire che le posizioni giuridiche ricomprese nel diritto di azione sono molto più ampie di quelle riconducibili al semplice "diritto di difesa". In realtà, non vi è modo per descrivere il diritto di azione mediante una formula che escluda il fatto che si tratta di un potere concesso al suo titolare per provocare l'azione dello Stato-Giudice; né, per contro, sarebbe possibile tralasciare la circostanza che se lo Stato-Giudice rimanesse inerte, ancorché provocato dal titolare del diritto di azione, questa omissione si tradurrebbe in una lesione di tale diritto. In definitiva, il diritto di azione per essere soddisfatto comporta necessariamente una prestazione statale.

<sup>7</sup> Nella dottrina giuridica anglo-americana, la relazione tra il diritto di libertà e l'*habeas corpus* era concepita come una relazione tra un diritto (*right*) ed un rimedio processuale (*remedy*), in accordo con la massima, figlia di un regime di governo di leggi e non di uomini (*rule of law*), secondo la quale per ogni diritto doveva esserci un rimedio (*for every right there must be a remedy*). L'enunciato classico della relazione *rights/remedies*, si rinviene chiaramente nella decisione della Suprema Corte di Giustizia nel caso *Marbury vs. Madison*, del 1803. A tale riguardo, vds. R.H. Fallon, *Marbury and the Constitutional Mind: A Bicentennial Essay on the Wages of Doctrinal Tension*, in *California Law Review*, v. 91, n. 1, 2003, pp. 1-55.

ferenziato volto all'immediata ed effettiva protezione dei diritti del cittadino minacciati o violati dal potere pubblico<sup>8</sup>. Tale ultimo esempio, unitamente alle considerazioni svolte più sopra, mostra come non sia errato concettualizzare la nozione di procedimenti predisposti a tutela delle libertà.

In un'altra prospettiva – ma con la medesima funzione di protezione delle libertà – il diritto di azione è stato per lungo tempo concepito come mero diritto di agire, come una garanzia di libertà di fronte allo Stato che, oltre a non poter restare inerte dinanzi alle richieste di tutela provenienti dai cittadini, assume il dovere di preservare la sfera giuridica del soggetto contro interventi esterni, incluso un intervento dello stesso Stato. Questa, più o meno, è l'idea di azione che – manifestatasi alla fine del XIX secolo – ha trovato riscontro nella teoria di Eduardo Couture, il quale ha identificato l'azione come una specie di diritto costituzionale “di petizione”; senza però trarre da tale qualificazione alcuna conseguenza sia in ordine alla necessità di esigere dallo Stato una tutela giurisdizionale effettiva in ragione delle diverse situazioni di diritto sostanziale, sia l'intimo collegamento esistente fra il diritto di azione e la partecipazione popolare alla vita dello Stato attraverso la giurisdizione<sup>9</sup>.

In questa prospettiva, ad esempio, non sussistono oggi incertezze sul fatto che principale funzione dell'azione collettiva sia quella di garantire, in determinate fattispecie, la concreta esigibilità delle prestazioni sociali<sup>10</sup>. La possibilità di esigere giudizialmente pre-

---

<sup>8</sup> Il *mandado de segurança* secondo l'art. 5.º, LXIX, della Costituzione Federale brasiliana, deve essere utilizzato “*per proteggere un diritto liquido, certo e non coperto da habeas corpus o habeas data, quando il responsabile della illegalità o dell'abuso di potere sia un'autorità pubblica o un agente di una persona giuridica che esercita un Pubblico Potere*”.

<sup>9</sup> Cfr. E. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 17ª ed., rist. 3ª ed. (1958), Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 74 ss.

<sup>10</sup> Dietro la dicotomia diritti originari – diritti derivati si pone il problema dell'azionabilità dei diritti ad una prestazione positiva. Attualmente, la dottrina maggioritaria accetta che alcune posizioni giuridiche tutelate da diritti fondamentali di prestazione siano azionabili, mentre per altri diritti nega tale possibilità (vds., nel-

stazioni costitutive di diritti sociali mediante l'azione istituita per la tutela di diritti trans-individuali (Legge 7.347/85 – Legge dell'Azione Civile Pubblica e Legge 8.078/90 – Codice di Difesa del Consumatore), ad esempio, conferisce ad essa il carattere di mezzo al servizio della realizzazione di questi diritti e di strumento in grado di incoraggiarne la rivendicazione. Allo stesso tempo, quindi, l'azione serve sia per costringere lo Stato ad adempiere alle prestazioni costitutive di diritti fondamentali sociali, sia quale – e si noti che è essa stessa una prestazione – mezzo per la democratizzazione della giustizia, garantendo l'effettiva partecipazione dei consociati alla rivendicazione di prestazioni sociali.

È lo stesso esercizio dell'azione che configura la partecipazione, in quanto il fine che con esso si ricerca – ossia la tutela giurisdizionale – è la prestazione costitutiva del diritto sociale. Si noti che la partecipazione dipende soltanto dall'esercizio dell'azione, in quanto la prestazione sociale esige comunque la concessione della tutela giurisdizionale del diritto.

Si potrebbe eccepire che la prestazione statale che conferisce il diritto alla partecipazione non richieda l'esercizio dell'azione; ossia, in altri termini, che tale partecipazione sia concessa in conseguenza della mera e semplice previsione del procedimento giudiziale che consenta l'esercizio della pretesa alla prestazione sociale. Tuttavia, vi è differenza tra permettere la proposizione dell'azione, attraverso la creazione del procedimento, e conferire concretezza al suo esercizio, mediante l'attività giurisdizionale. Anche l'attività giurisdizionale – a partire dalla previsione di un procedimento giudiziale

---

la dottrina tedesca, R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 482 ss.; nella dottrina nord-americana, L.G. Sager, *Justice in Plain Clothes: Reflections on the Thinness of Constitutional Law*, in *Northwestern University Law Review*, v. 88, n. 1, 1993, pp. 410-435; C. Sunstein, *Designing Democracy*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 221 ss.; in lingua portoghese, J.J.G. Canotilho, *Escritos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 35 ss.; I.W. Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 254 ss.). Ciò che varia tra i diversi autori è il criterio in base al quale individuare quali siano le posizioni di prestazione azionabili e quali invece non lo siano.