

Francesco P. Luiso

Istituzioni di diritto processuale civile

SETTIMA EDIZIONE



Giappichelli

Istituzioni di diritto processuale civile



Francesco P. Luiso

Istituzioni di diritto processuale civile

SETTIMA EDIZIONE



Giappichelli

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0222-2

ISBN/EAN 979-12-211-7989-7 (ebook - pdf)



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: LegoDigit s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Parte Prima
DIRITTO E PROCESSO

Cap. I. *La tutela dei diritti*

Cap. II. *I principi sovranazionali e costituzionali*

Cap. III. *Il diritto processuale*

Capitolo I

LA TUTELA DEI DIRITTI

Sommario: 1. Le norme sostanziali. – 2. Le situazioni sostanziali protette. – 3. Le situazioni finali. – 4. Le situazioni strumentali. – 5. L'illecito. – 6. La lesione. – 7. La tutela dei diritti. – 8. La tutela giurisdizionale. – 9. La tutela non giurisdizionale. – 10. Le forme di tutela dei diritti. – 11. La tutela dichiarativa. – 12. La tutela esecutiva. – 13. La tutela cautelare. – 14. I rapporti fra diritto sostanziale e processo.

La tutela dei diritti costituisce una funzione ineliminabile in ogni ordinamento giuridico; per individuare in cosa essa consiste, occorre brevemente richiamare alcune nozioni fondamentali del diritto privato e del diritto pubblico.

Qualunque sistema giuridico è composto da regole di condotta, che qualificano doverosi alcuni comportamenti dei consociati. Si può trattare indifferentemente sia di comportamenti attivi (dover tenere un certo comportamento) sia di comportamenti omissivi (dover non tenere un certo comportamento).

Può darsi che lo scopo, che l'ordinamento persegue nell'imporre i doveri di comportamento, non sia quello di favorire alcun particolare soggetto. Ciò accade, ad es., per il diritto penale sostanziale, che non ha il fine di tutelare la vita di un determinato individuo nei confronti dell'omicidio, o i suoi beni nei confronti del furto, sibbene quella di tutelare la collettività nel suo insieme, prevenendo e reprimendo comportamenti (ritenuti) dannosi per tutti i consociati.

Parallelamente, il processo penale non ha la funzione di tutelare il soggetto leso dall'asserita violazione delle norme penali; esso ha lo scopo di applicare la sanzione penale, prevista per chi contravviene ai doveri imposti da quelle norme, attraverso uno strumento giuri-

1
*Le norme
sostanziali*

sdizionale. In sostanza, nella materia penale lo Stato-autorità rinuncia ad applicare lui stesso la sanzione penale, e sottopone la sua pretesa punitiva alla valutazione di un soggetto autonomo, indipendente e terzo (appunto, il giudice), e questo ovviamente a maggior garanzia dell'imputato, a causa delle conseguenze gravemente incisive che la sanzione penale produce sui diritti fondamentali.

Esempio: Tizio contravviene ad un dovere imposto da una norma penale; per la violazione di tale dovere è prevista una sanzione pecuniaria penale. Spetta al giudice di accertare se Tizio è effettivamente venuto meno al dovere, e conseguentemente è il giudice a stabilire se egli dovrà o meno pagare una certa somma. Se, viceversa, la violazione comporta una sanzione pecuniaria amministrativa, è la pubblica amministrazione a stabilire la somma che Tizio deve pagare, ed il giudice interviene a *posteriori* – e solo se Tizio lo richiede – per controllare la fondatezza della pretesa della pubblica amministrazione.

2 | *Le situazioni sostanziali protette* | Ma le regole di condotta che il diritto sostanziale pone possono non limitarsi – come appunto accade nella materia penale – a prevedere doveri di comportamento; esse possono imporre tali doveri al fine di creare situazioni sostanziali protette, cioè al fine di elevare interessi (in senso pregiuridico), beni della vita alla dignità di diritti, e quindi di garantire, a colui che ne è titolare, l'utilità correlata all'interesse, che viene ad essere giuridicamente protetto. È pertanto il diritto sostanziale a stabilire quando c'è una situazione sostanziale protetta: quando, cioè, un interesse è riconosciuto come tale dall'ordinamento.

3 | *Le situazioni finali* | Ora, a seconda della tipologia dell'interesse protetto, dal punto di vista strutturale le tecniche per costruire una situazione sostanziale sono essenzialmente due. Da un lato, l'ordinamento può fornire il titolare dell'interesse di poteri e facoltà di comportamento, imponendo a tutti gli altri consociati il divieto di impedire l'esercizio di questi poteri e facoltà. I diritti, così strutturati, si definiscono *situazioni finali*, poiché l'interesse in tanto è garantito, in quanto e fin quando il diritto sussista. E, dall'altro lato, il titolare dell'interesse protetto non ha necessità della cooperazione di altri soggetti per soddisfarsi: serve solo che gli altri soggetti si astengano dall'impedire al titolare l'esercizio dei poteri e facoltà che compongono la situazione sostanziale protetta.

Esempio: la proprietà, i diritti reali e personali di godimento, i diritti della personalità in genere hanno le caratteristiche sopra descritte. L'interesse si soddisfa attraverso l'esercizio di poteri e facoltà del titolare; tutti gli altri debbono astenersi dall'interferire. Inoltre, l'interesse trova soddisfazione nel mentre che e fintanto che il diritto sussiste: quando il diritto si estingue, viene meno anche la protezione dell'interesse.

Dall'altro lato, l'ordinamento può prevedere che determinati soggetti abbiano il dovere di tenere certi comportamenti a favore del titolare dell'interesse, il quale pertanto si trova nella situazione inattiva di chi attende la collaborazione altrui. I diritti, così strutturati, si definiscono *situazioni strumentali*, poiché l'interesse si realizza nel momento in cui, con la prestazione dell'obbligato, il diritto si estingue.

4

Le situazioni strumentali

Esempio: i diritti di credito costituiscono tipici esempi di situazioni strumentali. Il creditore non ha niente da fare, deve soltanto attendere che sia effettuata la prestazione. Il suo interesse è soddisfatto quando il debitore adempie; ma con l'adempimento il credito si estingue.

La distinzione fra situazioni strumentali e situazioni finali, come vedremo, rileva sotto molteplici punti di vista. Tuttavia, nell'immediato essa non comporta conseguenze di rilievo.

Così pure non comporta, per il momento, conseguenze di rilievo la distinzione – essa addirittura fatta propria dalla Costituzione (artt. 24 e 103 Cost.) – fra diritti soggettivi ed interessi legittimi. Infatti, sia gli uni che gli altri costituiscono situazioni sostanziali protette; e le diversità che sussistono fra gli uni e gli altri non hanno niente di paragonabile alla diversità che si riscontra fra i casi in cui le norme impongono doveri di comportamento nell'interesse generale ed i casi in cui tali doveri sono invece imposti al fine di elevare interessi della vita alla dignità di situazioni sostanziali protette.

Dunque, la normativa sostanziale opera essenzialmente imponendo doveri di comportamento che, come già visto, talvolta hanno un contenuto positivo, talvolta un contenuto negativo (doveri di astensione). Orbene, qualunque ordinamento si deve porre il problema di cosa accade quando l'astratto dovere imposto dalla norma non è rispettato; quando il concreto comportamento è difforme

5

L'illecito

dall'astratta previsione normativa. Questo fenomeno è comunemente definito come *illecito*. La nozione di illecito ha quindi una portata generale, e non deve essere confusa con quella (particolare) di *fatto illecito*, prevista dall'art. 2043 c.c.

Esempio: è illecito tanto quello di chi uccide, tenendo un comportamento vietato dalla norma penale; tanto quello della pubblica amministrazione, che nega una concessione edilizia dovuta; tanto quello di chi si interpone indebitamente fra il proprietario o il conduttore e l'oggetto del loro diritto, ad es. sottraendo loro la materiale disponibilità del bene; quanto, infine, quello del debitore che non adempie.

Di fronte all'illecito, qualunque ordinamento – se vuole avere un minimo di coerenza e quindi un minimo di effettività – deve prevedere dei meccanismi di reazione. Nella materia penale, abbiamo già visto, lo Stato-autorità rinuncia ad applicare la sanzione penale e si sottopone in via preventiva al processo giurisdizionale. Tale processo ha quindi ad oggetto, in via immediata, l'illecito.

6

La lesione

Nelle materie in cui il dovere è finalizzato a creare una situazione sostanziale protetta, anche i meccanismi di reazione all'illecito non sono fine a se stessi, ma sono al contrario strumentali alla tutela di questa. Infatti, in conseguenza dell'illecito, la situazione sostanziale protetta si trova in stato di *lesione*: si trova in uno stato, che è diverso da quello fisiologico, che la normativa sostanziale vuole realizzare.

Esempio: secondo la normativa sostanziale, il conduttore deve poter esercitare sul bene, oggetto della locazione, determinati poteri. Può darsi che, di fatto, ciò non accada, perché qualcuno (magari lo stesso locatore) – contravvenendo all'obbligo di non interferenza previsto dalle norme sostanziali – gli impedisce di esercitare tali poteri. Tutto ciò costituisce un illecito (rispetto al dovere violato), ma realizza anche e soprattutto la lesione del diritto del conduttore.

In realtà, quindi, i meccanismi, che l'ordinamento prevede come reazione all'illecito, operano sì su questo, ma con una finalità che non è quella di repressione dell'illecito stesso (come accade nel processo penale); la reazione all'illecito qui è finalizzata in primo luogo alla tutela della situazione sostanziale protetta.

Abbiamo così individuato l'oggetto del nostro studio: la tutela dei diritti, e gli strumenti che la realizzano. Il più importante di questi strumenti – che, come vedremo, è costituzionalmente obbligatorio (art. 24 Cost.) – è quello giurisdizionale, cioè quello che si realizza mediante l'intervento di quell'apparato (pubblicistico) dello Stato, che è previsto nel titolo IV della Costituzione. Sono finalizzati alla tutela giurisdizionale dei diritti il processo civile, il processo amministrativo, il processo tributario: essi sono tutti caratterizzati dal fatto, che non si limitano a reagire all'illecito, ma – attraverso questa reazione – tutelano situazioni sostanziali protette.

Ma, al di là degli strumenti giurisdizionali, vi sono anche altri meccanismi (non giurisdizionali) di tutela dei diritti: la stessa attività negoziale delle parti (quando essa sia finalizzata alla risoluzione di una controversia) e l'arbitrato, anzitutto, ma anche certe attività della pubblica amministrazione. È astrattamente possibile, ed in concreto si è verificato in passato e si verifica anche attualmente, che la legge affidi alla pubblica amministrazione il compito di tutelare diritti.

Esempio: gli artt. 145 ss. del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali) prevedono che i diritti, individuati dall'art. 7 dello stesso decreto, possono essere fatti valere, a scelta dell'interessato, alternativamente in sede giurisdizionale oppure dinanzi all'autorità garante, la quale si pronuncia sulla richiesta di tutela con un provvedimento amministrativo, che però ha gli stessi effetti di una sentenza.

La distinzione fra tutela dei diritti (*genus*) e tutela giurisdizionale dei diritti (*species*) si trova già nel codice civile: il sesto libro, infatti, è rubricato «della tutela dei diritti»; all'interno di tale libro, il titolo quarto è rubricato «della tutela *giurisdizionale* dei diritti». Lo stesso codice civile, dunque, prevede un quadro più ampio (la tutela dei diritti), ed all'interno di esso un settore specifico (la tutela giurisdizionale dei diritti). Pertanto noi ci dovremo occupare sia degli strumenti giurisdizionali sia degli strumenti non giurisdizionali di tutela dei diritti.

È evidente, peraltro, che gli strumenti non giurisdizionali debbono essere coordinati a quelli giurisdizionali non solo perché, come vedremo subito, si tratta di meccanismi concorrenti alla produ-

7

La tutela dei diritti

8

La tutela giurisdizionale

zione di uno stesso risultato; ma anche per la presenza, nella Costituzione, di una norma quale l'art. 24, primo comma, che garantisce a tutti l'accesso alla tutela giurisdizionale.

9 | *La tutela non
giurisdizionale*

In conclusione: noi ci occuperemo della tutela dei diritti, di cui un'ipotesi – quella giurisdizionale – è costituzionalmente garantita; le altre ipotesi di tutela (non giurisdizionali) concorrono, al pari della prima, allo stesso risultato. Infatti, nonostante la diversità dello strumento, è identico il risultato che si raggiunge. Non bisogna, infatti, commettere l'errore di inferire, dalla diversità dello strumento, anche una diversità del risultato (nel nostro caso, della tutela).

Esempio: per recarsi da Pisa a Roma, Tizio può utilizzare il treno, l'aereo o la sua auto privata. I mezzi sono diversi, sono diversi i percorsi, sono diversi anche i tempi ed i costi del viaggio. Ma il risultato è lo stesso: una volta giunto a destinazione, Tizio si trova a Roma qualunque sia stato il mezzo di trasporto che abbia utilizzato.

In questa direzione, spesso si è sostenuto: attraverso la giurisdizione si ottiene una certa tutela; l'arbitrato non è giurisdizione; *ergo*, la tutela che dà l'arbitrato è diversa da quella che dà la giurisdizione. Questo è con tutta evidenza un falso sillogismo; esso sarebbe corretto solo se la premessa maggiore fosse la seguente: «*esclusivamente* attraverso la giurisdizione si ottiene una certa tutela».

Lo stesso errore viene talvolta commesso con riferimento all'attività negoziale, quand'essa sia finalizzata alla risoluzione di una controversia. Si dice: il contratto non è sentenza, dunque ciò che si ottiene con il contratto non può essere equivalente a ciò che si ottiene con la sentenza.

Ma una tale premessa, oltre ad essere indimostrata, è anche intuitivamente errata. Abbiamo già visto che la tutela dei diritti presuppone la seguente situazione: una situazione sostanziale protetta, un illecito, la consequenziale lesione della situazione sostanziale protetta. Per porre rimedio a tale situazione, vi è uno strumento (quello giurisdizionale) che l'ordinamento deve necessariamente mettere a disposizione di chiunque sia titolare di una situazione sostanziale protetta in stato di lesione; vi sono, poi, strumenti alternativi non giurisdizionali. Ora, sarebbe assurdo che gli effetti conseguibili attraverso questi strumenti fossero diversi (in tesi, minori) rispetto a quelli prodotti dalla giurisdizione. Se così fosse, tali stru-

menti non sarebbero in realtà alternativi. A che servirebbe predisporre mezzi non giurisdizionali di tutela dei diritti, se con essi si ottenesse un risultato inidoneo al fine?

Abbiamo così appurato che la tutela dei diritti viene in soccorso alle situazioni sostanziali protette, che sono lese dall'illecito. Ora, la tutela dei diritti si esplica in forma diversa in relazione ai diversi bisogni di tutela: al diverso bisogno deve corrispondere una diversa forma di tutela. Per eliminare la situazione di lesione, infatti, è necessario intervenire in modo coerente con il tipo di diritto ed il tipo di illecito, che lo ha colpito.

10

Le forme di tutela dei diritti

Esempio: Tizio, lesa dall'illegittimità dell'atto tributario, vuole l'accertamento che egli niente deve all'amministrazione finanziaria; Caio, creditore di Mevio, vuole la prestazione dovutagli; Sempronio, che ha impugnato il provvedimento amministrativo lesivo del suo interesse legittimo, vuole che, in attesa della decisione del giudice, l'amministrazione sospenda l'attuazione del provvedimento impugnato.

Negli ordinamenti moderni, le tre forme di tutela possibili sono: la tutela dichiarativa, la tutela esecutiva e la tutela cautelare. Ciascuna di esse corrisponde ad un diverso bisogno di tutela, e produce conseguentemente effetti diversi.

a) La tutela dichiarativa ha l'effetto di individuare, in modo vincolante, con riferimento ad una situazione sostanziale protetta, le regole di comportamento che vigono per il, o per i titolari della stessa e per il, o per i soggetti titolari dei doveri di comportamento correlati a tale situazione.

11

La tutela dichiarativa

Esempio: attraverso la tutela dichiarativa si stabilisce se Tizio sia o meno obbligato nei confronti di Caio, in virtù di un certo titolo, a pagare una determinata somma; se Tizio sia o meno, nei confronti di Caio, proprietario di un certo bene; se il licenziamento di Caio, da parte di Tizio, sia o meno efficace; se la delibera condominiale sia o meno valida; se la servitù di passo a favore del fondo di Tizio sul fondo di Caio possa esercitarsi solo a piedi, oppure anche con autoveicoli e con che tipo di autoveicoli.

La tutela dichiarativa interviene quando è necessario stabilire quali siano le facoltà, i poteri ed i doveri di ciascuno dei soggetti

coinvolti in una situazione sostanziale protetta. Quando vi è tale necessità, serve un intervento che determini, ovviamente in maniera vincolante (altrimenti si tratterebbe di un'opinione o tutt'al più di un consiglio), quali sono i comportamenti che ciascuno di essi può o deve tenere. Ciò ha luogo mediante la individuazione di regole di comportamento *concrete* (perché si indirizzano a soggetti determinati e riguardano una determinata situazione sostanziale), che si sovrappongono e si sostituiscono alle regole, di solito generali e astratte, che disciplinano quella situazione sostanziale. Una volta intervenuta la tutela dichiarativa, per sapere se Tizio ha o meno il diritto di passare con un autoveicolo sul fondo di Caio si deve far riferimento non più agli artt. 1063 ss. c.c., sibbene a quanto prescrive la sentenza (o il lodo arbitrale, o il negozio concluso dalle parti stesse).

La tutela dichiarativa, se esercitata mediante poteri autoritativi (cioè, in sede di diritto pubblico) è riservata all'apparato giurisdizionale; tuttavia essa può realizzarsi anche mediante strumenti di diritto privato (arbitrato, contratto).

12
La tutela
esecutiva

b) La tutela esecutiva, viceversa, ha presupposti più ristretti, ma anche più precisi. Per individuare tali presupposti, dobbiamo richiamare quanto già detto in ordine alla struttura delle situazioni sostanziali. Già vedemmo che l'interesse protetto è realizzato talvolta attraverso doveri a contenuto attivo, attraverso una prestazione (in senso lato) di un soggetto, diverso dal titolare del diritto; talaltra attraverso doveri a contenuto omissivo (obblighi di astensione).

Quando siamo di fronte ad una situazione sostanziale, che si attua attraverso la cooperazione «attiva» di un altro soggetto, può darsi che si abbia l'inerzia, l'inattività di questi: ciò, ovviamente, rende insoddisfatta la situazione sostanziale. A fronte di tale fenomeno, la tutela dichiarativa è non tanto insufficiente, quanto irrilevante. Se il debitore non paga, la tutela del creditore non sta tanto nel veder accertato che il debitore deve pagare, quanto che il debitore paghi. Pertanto, a fronte dell'inerzia del debitore, non serve un intervento, come quello della tutela dichiarativa, che affermi l'obbligo del debitore di pagare: serve, invece, un intervento che faccia ricevere al titolare del credito quella utilità, che non gli è stata spontaneamente fornita dal comportamento volontario, che l'ordinamento impone all'obbligato.

Inversamente, quando siamo di fronte ad una situazione sostanziale, che si attua attraverso la cooperazione «passiva» di un altro soggetto, può darsi che questi tenga il comportamento vietato: ciò, ovviamente, rende insoddisfatta la situazione sostanziale. Anche a fronte di tale fenomeno, la tutela dichiarativa è non tanto insufficiente, quanto irrilevante. Se il vicino impedisce l'esercizio della servitù, la tutela del proprietario non sta tanto nel veder accertato che la servitù esiste, quanto che egli possa utilizzarla. Pertanto, a fronte dell'illecito del vicino, non serve un intervento, come quello della tutela dichiarativa, che affermi l'obbligo del vicino di astenersi dall'impedire l'utilizzazione della servitù: serve, invece, un intervento che faccia ricevere al titolare della servitù quella utilità, che non gli è stata spontaneamente fornita dal comportamento volontario, che l'ordinamento impone all'obligato.

Vedremo che svariate sono le tecniche proprie della tutela esecutiva, cioè i modi con cui si può far ottenere al destinatario degli effetti utili del comportamento altrui quella utilità, che egli non ha fisiologicamente ricevuto. Ma si può fin da ora anticipare che i diversi tipi di intervento sono strettamente correlati ai diversi tipi di comportamento, che l'obligato doveva tenere e che non ha tenuto. La tutela esecutiva quindi si articola diversamente sulla base del *dovere* violato, e non del *diritto* correlato a tale dovere.

La tutela esecutiva può attuarsi esclusivamente mediante poteri autoritativi (cioè, necessariamente in sede di diritto pubblico) ma non è riservata all'apparato giurisdizionale; essa può realizzarsi anche con l'intervento di soggetti diversi dal giudice, e cioè della pubblica amministrazione.

c) La tutela cautelare ha fondamento e funzioni diverse dalla tutela dichiarativa e da quella esecutiva. Essa è la più «giovane» delle forme di tutela. Infatti, molte delle cose che diremo a proposito della tutela dichiarativa ed esecutiva sono da tempo patrimonio della scienza giuridica: spesso, risalgono al diritto romano. Viceversa, la tutela cautelare appartiene alle acquisizioni più recenti. Non che isolate ipotesi di tutela cautelare non fossero conosciute anche in tempi lontani: ma solo recentemente, negli ultimi cinquant'anni, si è acquisita la consapevolezza che anche questa forma di tutela fa

parte integrante dell'apparato generale della tutela dei diritti, e come tale essa non può mancare.

La tutela cautelare non è, quindi, un benevolo dono del legislatore, che la prevede se e come vuole: essa è, al contrario, un preciso obbligo che la Costituzione impone al legislatore, il quale deve prevedere idonee tecniche di tutela cautelare, laddove si verifichi l'esigenza che essa ha lo scopo di fronteggiare.

Per individuare tale esigenza occorre partire da una banale, ma fondamentale considerazione: per ottenere tutela ci vuole un certo tempo. In taluni ordinamenti ce ne vuole meno, in altri – come il nostro – ce ne vuole di più: ma inevitabilmente un po' di tempo è necessario. Non è possibile che la tutela – ove essa, naturalmente, spetti – sia concessa contestualmente alla sua richiesta.

Ora, nel lasso di tempo intercorrente fra il momento in cui la tutela è richiesta ed il momento in cui è concessa la vita continua a svolgersi: la realtà materiale non si ferma solo perché è pendente un processo, nel quale si chiede la tutela di un diritto.

Esempio: Tizio vanta un credito alimentare nei confronti di Caio, che Caio non soddisfa. Tizio è costretto a chiedere la tutela del suo diritto. Per ottenere questa tutela, ci vuole tempo: occorrerà un processo dichiarativo, nel quale Tizio ottenga la condanna di Caio, e successivamente – se Caio ancora non adempie – un processo esecutivo. Quando finalmente Tizio ottiene il denaro che gli spetta, è già morto di fame.

La tutela cautelare è quindi sussidiaria rispetto alle altre forme di tutela, ed ha la funzione di evitare – nei limiti del possibile – gli inconvenienti che nascono dal fatto che nessun sistema riesce a dare tutela contestualmente al momento, in cui essa è richiesta. La tutela cautelare serve ad impedire che il lasso di tempo, intercorrente fra la richiesta e la concessione della tutela, diminuisca o addirittura azzeri l'effettività della tutela stessa.

Attraverso ciò la tutela cautelare – insieme ad altri istituti (ad es., i c.d. effetti sostanziali della domanda) – coopera alla realizzazione di due dei postulati (in senso matematico: di affermazioni che non si dimostrano, ma si pongono come condizioni per lo svolgimento di un ragionamento), sui quali è costruita la attuale tutela dei diritti:

1. la tutela dei diritti deve dare tutto quello che spetta e solo quello che spetta in base al diritto sostanziale. Colui, al quale spetta la tutela, non deve avere niente di più ma neppure niente di meno di quello che avrebbe avuto, se non si fosse trovato nella necessità di tutelare la sua situazione sostanziale protetta;

2. la necessità di ottenere la tutela non deve pregiudicare la parte che ne ha diritto: la tutela deve porre la parte, nei limiti del possibile, nella stessa situazione in cui si sarebbe trovata, se non avesse avuto bisogno di chiedere la tutela del proprio diritto.

Il processo, quindi, deve essere neutro: non deve alterare, ma deve rispettare il diritto sostanziale; deve attuare il diritto sostanziale, in modo che – quando finalmente il processo darà alla parte quello che le spetta – la situazione che si realizza sia il più possibile identica a quella che si sarebbe avuta, se, avendo ben funzionato il diritto sostanziale, non vi fosse stato bisogno di tutelare il diritto.

Finora abbiamo sempre parlato in via generale di «tutela dei diritti» perché, come abbiamo già visto, essa può aver luogo sia in via giurisdizionale che in via non giurisdizionale.

La tutela dei diritti in via giurisdizionale è costituzionalmente necessaria in tutte le sue forme. Lo Stato deve predisporre idonei strumenti di diritto pubblico, atti a garantire la tutela giurisdizionale in tutte le forme e per tutte le ipotesi, in cui essa si renda necessaria.

La tutela dei diritti mediante strumenti di diritto privato (cioè in via arbitrale e negoziale) è possibile solo per la tutela dichiarativa: e si discute se essa sia costituzionalmente garantita, oppure se possa essere impedita dal legislatore.

La tutela esecutiva mediante strumenti di diritto privato è esclusa per ragioni che si impongono al legislatore poiché, come vedremo, essa richiede l'esercizio di poteri autoritativi: com'è dimostrato dal fatto, che nessun ordinamento prevede una tutela esecutiva arbitrale. Però è possibile una tutela esecutiva in via amministrativa: ciò che accade per talune fattispecie di esecuzione concorsuale.

La tutela cautelare in via arbitrale è oggi possibile, laddove le parti così dispongano; altrimenti, pur in presenza di una convenzione di arbitrato, essa deve essere richiesta al giudice.

