

CEDAM

RIVISTA DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA
G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA
E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI

DIRETTORI

C. PUNZI e B. CAVALLONE

COMITATO DI DIREZIONE

M. ACONE - G. BONGIORNO

V. COLESANTI - L.P. COMOGLIO

C. CONSOLO - G. COSTANTINO

C. FERRI - R.E. KOSTORIS

S. LA CHINA - S. MENCHINI

G. MONTELEONE - R. ORIANI

N. PICARDI - A. SALETTI

B. SASSANI - F. TOMMASEO

N. TROCKER - R. VACCARELLA

Novembre-Dicembre
2016

edicolaprofessionale.com/RDP



Wolters Kluwer

RIGIDITÀ E FLESSIBILITÀ DEL PROCESSO CIVILE (1)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Principio di legalità nella disciplina del processo: origini storiche. – 3. L'affermazione dei moderni ordinamenti processuali nell'Europa continentale. – 4. Distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria. – 5. Caratteristiche fondamentali del «rito ordinario». – 6. Modelli del rito ordinario. – 7. Alternative della *formelle Prozessleitung*. – 8. Segue: uno o più modelli di trattazione. – 9. Segue: termini legislativi o giudiziali, rigidi o elastici. – 10. Distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria: conclusione. – 11. Situazione italiana.

1. – Lessi i primi due libri di Nicola Picardi, *La successione processuale* (1964) e *La trascrizione delle domande giudiziali* (1968), quando studiavo per la mia tesi di laurea sulla successione a titolo particolare nel diritto controverso. Da allora il suo modo «diverso» di studiare la procedura civile, attento alla storia degli istituti e delle idee, mi ha sempre accompagnato, facendomi sentire in buona compagnia nella comunità degli studiosi del processo civile. A lui dedico con affetto questo saggio, scritto per le XXV Giornate iberoamericane e XI Giornate brasiliane di diritto processuale (Recife, 15-17 settembre 2016), in cui ho avuto occasione di rileggere alcune sue pagine, riflettendo sulle origini storiche dell'affermarsi del principio di legalità nella disciplina del processo, nel contesto di uno studio sulla distinzione tra «procedimenti rigidi e procedimenti flessibili».

In relazione a ciò, la prospettiva che si affaccia per prima alla mente è diretta ad approfondire la distinzione tra processi rigidi e processi flessibili a seconda che la disciplina della sequenza procedimentale sia affidata alla legge, al potere discrezionale del giudice, all'autonomia delle parti ovvero, come di solito accade, ad una miscela più o meno equilibrata tra queste tre componenti.

In questa sede intendo avviare la riflessione soffermando l'attenzione unicamente sul punto di equilibrio tra predeterminazione legislativa e potere discrezionale del giudice, lasciando fuori quadro l'autonomia privata (2).

(1) Il saggio è destinato alla raccolta di studi in onore del prof. Nicola Picardi. Le ricerche che hanno condotto alla stesura di questo contributo sono state svolte nel quadro del PRIN 2012, 2012SAM3KM, «*La codificazione dei procedimenti dell'Unione europea*» (coordinatore prof. Jacques Ziller, Università degli studi di Pavia), finanziato dal MIUR.

(2) In tema cfr. A. Chizzini, *Konvenzionalprozess e poteri delle parti*, in questa *Rivista* 2015, 45 ss.; R. Caponi, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 99 ss.

2. – In primo luogo, si possono prendere in considerazione le origini storiche dell'affermazione del principio di legalità nella disciplina del processo.

Si tratta di un aspetto della conquista del primato delle fonti del diritto fondate sull'autorità politica rispetto alle fonti culturali: *auctoritas non veritas facit legem*, secondo la pregnante formula di Thomas Hobbes. Il disegno teso ad inaridire le fonti culturali del diritto a vantaggio delle fonti politiche trova terreno fertile proprio negli sviluppi relativi alla protezione giudiziaria dei diritti da parte degli organi dello Stato. Nelle brevi considerazioni che gli inizi del pensiero giusnaturalista nel secolo XVII riservano al processo civile, esso viene colto, nella prospettiva del superamento dello *status naturalis* nello *status civilis*, come lo strumento che prende il posto dell'autotutela⁽³⁾. Nello stato di natura non esistono giudici dotati di potere coercitivo al fine di comporre le controversie: *iudex non datur, qui lites exortas pro imperio definiat et componat*⁽⁴⁾. In tale stato si deve far ricorso all'autotutela, cosicché la controversia può sfociare nel *bellum privatum*⁽⁵⁾. Dopo la stipula del contratto sociale e l'istituzione dello Stato, l'esercizio della giurisdizione viene assegnato da Hobbes al *summum imperium*⁽⁶⁾ e collocato da Pufendorf accanto al potere legislativo, nonché alla potestà punitiva⁽⁷⁾. Nonostante le sfumature di diversità dei percorsi argomentativi seguiti dai pensatori giusnaturalisti, il punto d'arrivo è, su questo punto, comune: la giurisdizione nelle controversie civili è affidata alla potestà dello Stato; essa sostituisce in via di principio l'autotutela; il giudice prende il posto della parte che si fa giustizia da sé; la disciplina del processo civile viene essenzialmente e fondamentalmente ancorata all'interno dello *ius publicum*⁽⁸⁾. Questo primo approdo della riflessione processuale nell'epoca moderna, individua già uno dei pilastri su cui si erge

⁽³⁾ Cfr. K. W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen 1976, 3 ss., 48.

⁽⁴⁾ Così, S. Pufendorf, *De Jure Naturae Et Gentium*, ed. G. Mascovius, Frankfurt e Leipzig 1759 (rist. 1967, tomo I), libro V, cap. XIII, *De modo litigandi in libertate naturali*, § II, 843 s.

⁽⁵⁾ Così, U. Grozio, *De jure belli ac pacis*, Lugduni Batavorum 1939, libro I, cap. III, 89 s., sulla distinzione tra *bellum publicum* e *bellum privatum*. Seguìto successivamente su questo punto da Pufendorf, egli indica tre modi per evitare questo esito: il colloquio, il ricorso consensuale ad un arbitro, la sorte (U. Grozio, *op. cit.*, libro II, cap. XXIII, 569 ss.).

⁽⁶⁾ Cfr. T. Hobbes, *De cive*, ed. H. Warrender, Oxford 1983, cap. 6, § 8.

⁽⁷⁾ Cfr. S. Pufendorf, *De Jure Naturae Et Gentium*, *op. cit.*, tomo II, libro 7, cap. 4, § 4.

⁽⁸⁾ Queste proposizioni si ritrovano espressione nell'opera di Boehmer, *Introductio in ius publicum universale, ex genuinis iuris naturae principiis deductum et in usum iuris publici particularis quarum cunq̄ue rerum publicarum adornatum*, Halae Magdeburgicae, 1710, 499 ss. Il brano è riportato da K. W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess*, cit., 54 ss.

l'attuale esperienza europea: la giustificazione del processo civile risiede nel divieto di farsi ragione da sé, nel divieto di autotutela privata. Si dischiude la prospettiva che ancora la disciplina del processo civile all'interno dello *ius publicum* (9).

3. – Passando dalla mitologia giusnaturalistica alla storia dei fatti, conviene approfondire l'approccio maturato in quel profondo mutamento della temperie culturale e politica che, fra il secolo XVII e il secolo XVIII, segna il progressivo affermarsi nell'Europa continentale dei moderni ordinamenti processuali. Il proposito dello Stato moderno di appropriarsi della funzione di rendere giustizia e di rivendicare a sé il monopolio della disciplina del processo relega al margine una dimensione di giustizia astattuale, resa in un processo – l'*ordo iudiciarius* medievale – i cui principi di svolgimento provengono dalle regole della retorica e dell'etica, regole elaborate quindi dalla stessa comunità cui appartengono i protagonisti della vicenda processuale (10). Il disegno politico dello Stato moderno è animato dalla tensione a rimediare alla degenerazione del processo romano-canonicò e ad apprestare certezza alla disciplina del processo, affidandola ad un'autorità superiore ed esterna rispetto ai soggetti della vicenda processuale (11). Con le parole di Nicola Picardi: «fino all'età moderna la procedura era considerata manifestazione di una ragione pratica e sociale,

(9) Cfr. K. W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess*, cit., 54 ss.

(10) Cfr. A. Giuliani, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: «nuova retorica» e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto* 1986, 81 ss.; Id., *L'ordo iudiciarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.* 1988, 598 ss.; Id., voce *Prova in genere (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano 1988, 518 ss. Sulle origini della concezione moderna del processo, si possono vedere inoltre i lavori di N. Picardi, voce *Processo (dir. moderno)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano 1987, 101 ss., specie 110 ss.; Id., voce *Codice di procedura civile (presupposti storici e logici)*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, vol. II, Torino 1988, 457 ss., specie 461 ss.; infine i saggi raccolti in Id., *Modelli storici della procedura continentale*, t. II, *Dall'ordo iudiciarius al codice di procedura*, a sua volta ricompreso in *L'educazione giuridica*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, VI, Napoli 1994. Sulle ricerche di Giuliani e di Picardi, v. le osservazioni di K. W. Nörr, *Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*, in *Riv. dir. proc.* 2004, 1 ss.

(11) Per un incisivo quadro della degenerazione del processo romano-canonicò, con particolare riferimento alle disastrose condizioni in cui l'amministrazione della giustizia versa in Italia nel secolo XVIII, in conseguenza della molteplicità e confusione delle fonti legali della disciplina del processo, della struttura complessa e formalistica del procedimento civile e del caos nell'ordinamento delle giurisdizioni, v. M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, 7 ss., con indicazioni bibliografiche sul fenomeno del particolarismo giuridico (in nota 1) e sul processo di diritto comune in Italia (in nota 3), alle quali si può aggiungere F. Schupfer, *Manuale di storia del diritto italiano*, Città di Castello 1908, 673 ss. L'unico tentativo organico, ma discontinuo, di ridurre le degenerazioni che il processo di diritto comune comportava fu la creazione, ad opera del diritto canonico e statutario, di un

che si era realizzata nel tempo attraverso la collaborazione della prassi dei tribunali e della dottrina (...). Con la formazione degli Stati moderni, pur fra notevoli resistenze, si andò invece affermando l'opposto principio della statualità del processo: il sovrano rivendicò il monopolio della legislazione in materia processuale»⁽¹²⁾.

Il rafforzamento dell'assolutismo monarchico che si produce a partire dal secolo XVI è seguito dal progressivo dominio assunto sull'apparato dello Stato dalle burocrazie centralizzate, nonché dalla burocratizzazione della stessa funzione giudiziaria⁽¹³⁾. Già nel secolo XVII vennero emanati i primi codici di procedura, così in Francia l'*Ordonnance civile touchant la réforme de la justice* del 1667 (il cosiddetto *code Louis*). L'esempio saliente del disegno improntato all'efficienza della amministrazione della giustizia, chiaramente percepita ormai come fondamentale interesse dello Stato moderno, si coglie con particolare nettezza nella struttura impressa all'amministrazione della giustizia dalla riforma prussiana⁽¹⁴⁾, in particolare nel *Corpus Juris Fridericianum* di Federico II il Grande (1781)⁽¹⁵⁾.

Tra parentesi: nella Prussia di quel tempo matura pienamente la consapevolezza che lo sforzo in direzione dell'efficienza della giustizia civile può essere coronato da successo solo se il potere politico non si limiti ad intervenire sulla disciplina processuale, ma si occupi intensamente anche della formazione del giurista e dell'organizzazione giudiziaria. Si può ricordare ad esempio che già nel 1747 viene introdotta in Prussia la forma di reclutamento delle professioni legali (giudice, avvocato, pubblico funzionario) fondata sull'esame di Stato⁽¹⁶⁾.

I cambiamenti trovano espressione significativa nella progressiva prevalenza – in particolare nella letteratura giuridica tedesca dei secoli XVII e XVIII – dell'impiego del termine *processus* rispetto al termine *iudicium*⁽¹⁷⁾. Quest'ultimo infatti, con il denotare la concreta attività umana che si svolge nel processo, reca il segno di un'esperienza giuridica, quella

modello alternativo di processo: il processo sommario, sul quale si veda l'indagine storica in G. Scarselli, *La condanna con riserva*, Milano 1989, 59 ss.

⁽¹²⁾ Così, N. Picardi, voce *Processo (dir. moderno)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano 1987, 101 ss., specie 114 ss., con ampia indicazione delle fonti.

⁽¹³⁾ Cfr. M. Damaska, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna 1991, 75; V. Denti, voce *Processo*, in *Enc. scienze sociali*, vol. VII, Roma 1997, 21 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. V. Denti, voce *Processo*, in *Enc. scienze sociali*, vol. VII, Roma 1997, 21 ss.

⁽¹⁵⁾ Per una prima informazione, v. C. A. Cannata, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino 1971, 114 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr. L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari 2001, 172 s.

⁽¹⁷⁾ Ricostruisce le alterne fortune del termine *processus*, N. Picardi, voce *Processo (dir. moderno)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano 1987, 103 ss.

medievale, che riesce difficilmente ad astrarre le istituzioni sociali e giuridiche dalle persone che concretamente vi operano. La percezione medievale del fenomeno giudiziale ben si desume dalla lettura del brocardo di Bulgaro: *iudicium accipitur actus ad minus trium personarum*⁽¹⁸⁾. Ma la tendenza verso l'istituzionalizzazione della vita giuridica già si profilava attraverso l'esempio offerto dalla chiesa e i progressi nello studio del diritto romano e canonico⁽¹⁹⁾. In campo processuale la distinzione tra persona e ufficio del giudice può essere individuata esemplarmente nell'affermarsi della massima: *iudex secundum allegata, non secundum conscientiam iudicare debet*, già nel XII secolo⁽²⁰⁾. In questo scenario, il progressivo impiego della nozione di *processus* offre il suggello definitorio a questo sviluppo, esprimendo nel modo migliore quei tratti di astrazione e di irrigidimento della vicenda processuale rispetto alle persone ivi concretamente operanti, che si profilano con definitiva nettezza nel fenomeno di burocratizzazione della funzione giudiziaria.

Un saliente prodotto concettuale della razionalizzazione del potere giudiziario in quanto potere burocraticamente organizzato è costituito dalla categoria del procedimento, come sequenza di atti preordinati all'emanazione della decisione del giudice⁽²¹⁾. Gli interessi pubblici immanenti al processo civile per il carattere statale della giurisdizione sono protetti dagli obblighi in capo al giudice che si inseriscono nella sequenza processuale, ma che hanno la loro fonte in rapporti di diritto pubblico esterni al processo⁽²²⁾.

4. – Se questa è ancora oggi la struttura fondamentale che regge il processo, occorre domandarsi quali distinzioni si possono operare, a seconda che la disciplina dei processi sia affidata alla legge o al potere discrezionale del giudice.

⁽¹⁸⁾ Cfr. K. W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientia iudicat*, München 1967, 7 s.

⁽¹⁹⁾ Cfr. R. C. Van Caenegem, *The Law of evidence in the Twelfth Century*, in *Proceedings of the Second International Congress of Medieval Canon Law*, a cura di S. Kuttner e J. J. Ryan, Roma 1965, 297 ss., specie 299 ss.

⁽²⁰⁾ Ripercorre la storia di questa massima tra l'esperienza giuridica medievale e la prima età moderna il lavoro di K. W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientia iudicat*, cit.; si veda inoltre J. P. Junoy, *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, in questa Rivista 2007, 1497 ss.

⁽²¹⁾ Cfr. V. Denti, *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna 1989, 22 s.

⁽²²⁾ J. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage* (1925), rist., Aalen 1962, 77.

Il discorso è indirizzato prevalentemente ai processi a cognizione piena in Italia, ma non si può evitare di affrontare il tema della distinzione rispetto ai processi sommari⁽²³⁾. La distinzione tra processi a cognizione piena e processi sommari è un punto attuale che si inserisce in una linea storica caratterizzata da una notevole mobilità e permeabilità. Il problema è comune a tutti gli ordinamenti vicini a quello italiano per tradizione storica e cultura processuale. È comune in particolare agli ordinamenti europei. È inevitabile pertanto che nel compiere questa operazione si cerchi il dialogo con le esperienze europee, non solo per tracciare le linee di una possibile armonizzazione, ma anche perché le decisioni giurisdizionali circolano nello spazio giudiziario europeo e non si può rinunciare a sciogliere questo nodo fondamentale in modi che siano radicalmente divaricati da un ordinamento all'altro.

Dal punto di vista semantico, la contrapposizione tra cognizione piena e cognizione sommaria sembra esprimere l'idea che la prima sfoci in un enunciato finale vero, cioè corrispondente al diritto sostanziale, più di quanto possa esserlo il provvedimento conclusivo di un procedimento sommario. In realtà non si è formato un consenso sull'individuazione degli elementi che rendono logicamente migliore la cognizione piena rispetto a quella sommaria. Non vi è nemmeno accordo se cognizione piena significhi conoscenza logicamente migliore di quella sommaria. Infine si dibatte se la cognizione differisca qualitativamente tra i vari di procedimenti sommari, se tutti i procedimenti sommari rechino in sé un momento di cognizione ed istruzione probatoria o se piuttosto, in taluni di essi, l'attività processuale non sia diretta ad altro che alla preparazione del titolo esecutivo. Per descrivere in modo attendibile in che cosa consistano le differenze tra processi a cognizione piena e processi sommari occorre abbandonare l'idea di cogliere l'essenza della cognizione piena in una diversità logica dell'attività di conoscenza. Per svolgere questo compito, occorre fare leva piuttosto sulle diversità strutturali dei processi (quanto a disciplina del procedimento, a contenuto del provvedimento finale, a tipo di stabilità degli effetti di quest'ultimo) e/o sulle loro differenze funzionali.

Alla luce di quest'ultimo rilievo si può innanzitutto esaminare l'impostazione che, nel distinguere tra processi a cognizione piena e procedimenti sommari, muove dagli aspetti strutturali del procedimento. Sulla base di questa impostazione, sono stati enucleati, in particolare nella cultura pro-

(23) Si riprendono alcune idee sviluppate già in R. Caponi, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702 bis seg. c.p.c.)*, in *Giusto proc. civ.* 2009, 1115 ss.

cessuale italiana, due tratti essenziali dei processi a cognizione piena. In primo luogo, il contraddittorio tra le parti è provocato fin dall'inizio e il provvedimento giudiziale è emanato dopo che le parti sono state messe in condizione di far valere tutte le loro ragioni davanti al giudice. In secondo luogo, la legge predetermina tendenzialmente le forme e i termini in cui si svolge l'attività delle parti e del giudice, e quindi i loro poteri, doveri e facoltà processuali sotto il profilo delle allegazioni in punto di domande, eccezioni e fatti che ne costituiscono il fondamento, della tipicità dei mezzi di prova, delle modalità di assunzione delle prove in giudizio e dei soggetti su iniziativa dei quali le prove possono essere assunte, dei termini a difesa delle parti nelle varie fasi del processo. In altri termini, la disciplina del procedimento non è affidata, se non in piccola parte, al potere discrezionale del giudice. Rispetto ai processi a cognizione piena, i processi sommari si distinguerebbero per il fatto che essi differiscono in almeno uno dei due tratti, nel senso che il provvedimento finale è emanato *inaudita altera parte* o la disciplina del procedimento è affidata prevalentemente al potere discrezionale del giudice⁽²⁴⁾.

Vi è ampio consenso sul fatto che questa sia una descrizione veritiera delle attuali differenze tra i procedimenti a cognizione piena ed i procedimenti sommari nell'ordinamento italiano. È incerto però il valore prescrittivo di questo quadro. In particolare sussiste un contrasto, riattizzato alla fine degli anni '90 del secolo XX dall'esplicita introduzione nella Costituzione italiana della riserva di legge in materia di disciplina dello svolgimento del processo (art. 111, comma 1°, Cost.), relativo alla doverosità costituzionale di un grado così alto di tipizzazione legislativa dell'attività delle parti e del giudice nei processi a cognizione piena. Riassumendo per il lettore straniero i termini di un dibattito molto noto nell'ambiente italiano, alla stregua di una prima concezione la riserva di legge impone appunto che la disciplina dei processi a cognizione piena sia tendenzialmente predeterminata dalla legge. L'essenza di tali processi consiste proprio in tale predeterminazione legale, l'unica in grado di sottrarre la titolarità e l'esercizio dei poteri delle parti alla soggezione al potere discrezionale del giudice. Alla stregua di una seconda concezione, la riserva di legge non esclude invece che la determinazione della disciplina processuale possa essere affidata, in una notevole dimensione, al potere discrezionale del giudice. Il legislatore potrebbe adottare uno schema

⁽²⁴⁾ Così, A. Proto Pisani, *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.* 2002, V, 65 ss.

formale caratterizzato da flessibilità, privo di un ordine procedimentale rigidamente prefissato e con un giudice dotato di (una certa) libertà nello scegliere le forme dell'agire più adeguate al perseguimento del risultato⁽²⁵⁾, rispettati i limiti inderogabili del contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale.

Senza nascondere il fascino sprigionato dai valori che la prima concezione mira a realizzare, non si può misconoscere che essa guarda verso un passato carico di onore e di prestigio, più che verso la linea evolutiva europea.

5. – In una prospettiva europea guadagna particolare attenzione l'idea di accelerare la tutela giurisdizionale attraverso un processo a cognizione piena elastico, che affida lo svolgimento preferibile nel caso concreto alle determinazioni discrezionali del giudice.

Nel processo civile statale dei paesi europei vi è un rito «ordinario», che è sempre a cognizione piena. Fondamentalmente, esso ha le caratteristiche seguenti: *a)* di regola, ogni diritto riconosciuto dalla legislazione sostanziale ne può costituire l'oggetto; *b)* il contraddittorio è disciplinato nel modo più completo ed esauriente; *c)* il suo scopo prevalente è di stabilire chi ha ragione e chi ha torto tra le parti, cioè di pervenire alla giusta composizione della controversia attraverso l'applicazione di norme di diritto ad opera di un giudice. In considerazione dei precedenti elementi, *d)* il provvedimento finale di merito è dotato del maggior grado di stabilità nell'ordinamento cui ci si riferisce. Le caratteristiche del rito ordinario *sub a)* e *sub c)* sono tendenzialmente uniformi, mentre le caratteristiche *sub b)* e *sub d)*, cioè struttura del contraddittorio ed estensione del giudicato, variano tra diversi ordinamenti.

Consideriamo le differenze relative alla struttura del contraddittorio.

6. – Fondamentalmente, si possono distinguere tre modelli di svolgimento del processo di cognizione di primo grado⁽²⁶⁾.

Il primo modello si applica in Italia, in Francia (e si applicava in Spagna, prima del nuovo codice del 2000). Esso rinviene la propria origine nel processo romano canonico e si articola in tre fasi: una fase preparatoria

(25) Così, S. Chiarloni, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile, in Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Milano 2000, 18.

(26) R. Stürmer, *The Principles of Transnational Civil Procedure*, in *Rabels Zeitschrift* 2005, 201 ss., 223 ss.

che inizia con lo scambio degli atti introduttivi e si conclude con la precisazione dell'oggetto della decisione (domande ed eccezioni) e dei fatti da provare; una fase istruttoria diretta all'accertamento dei fatti, caratterizzata da una serie di udienze; una fase finale che prevede l'emanazione della decisione.

Il secondo modello è a struttura bifasica, tipico del classico processo anglo-americano. Dopo lo scambio degli atti introduttivi, vi è una prima fase che serve alla raccolta dei fatti e dei mezzi di prova necessari per la discussione della causa nella successiva fase del dibattimento. La prima fase non è diretta ad informare il giudice attraverso la presentazione dei mezzi di prova, bensì è diretta ad informare esclusivamente le parti. Nella seconda fase, totalmente orale, le parti presentano al giudice i fatti, i mezzi di prova e la loro prospettazione giuridica della vicenda.

Il terzo modello nasce e si sviluppa in Germania in un breve arco di tempo. Determinante è una conferenza tenuta da Fritz Baur nel 1965 a Berlino, che dà impulso dapprima ad una importante sperimentazione nella prassi (il modello di Stoccarda, messo in pratica nel 1967 da Rolf Bender, presidente di sezione del tribunale di quella città) e poi alla legislazione (la cosiddetta Novella di semplificazione, *Vereinfachungsnovelle*, del 1976). Tale modello è imperniato sulla «udienza principale» nel quale la controversia vive un momento determinante nella prospettiva della sua risoluzione. Tale modello ha in comune con il secondo la struttura a due fasi e rispecchia una tendenza dei sistemi processuali contemporanei in questa direzione, ma si distingue, perché la fase preparatoria non serve solo ad informare le parti ed a consentir loro di prepararsi all'udienza, ma è utile anche ad informare il giudice ed a metterlo in grado di esercitare fin da subito (prima dell'udienza) propri poteri direttivi e probatori, nonché ad anticipare parzialmente l'istruzione probatoria.

A tal proposito, particolarmente significativo è nel processo civile tedesco il § 273 ZPO, secondo cui il giudice può imporre di svolgere tutta una serie di attività preparatorie dell'udienza principale. Tra queste attività si possono segnalare: l'integrazione o il chiarimento delle allegazioni contenute negli atti introduttivi (con l'assegnazione se del caso di un termine a tal fine), l'esibizione di documenti e il deposito di oggetti di ispezione, la comparizione personale delle parti, nonché la comparizione di testimoni, cui le parti si sono riferiti, e di consulenti tecnici, la produzione di documenti e di informazioni ufficiali da parte della pubblica amministrazione. Solo gli aspetti rilevanti della controversia non chiariti in questa fase preparatoria sono oggetto di trattazione nell'udienza principale.

Se dovessi essere costretto ad identificare in un solo paragrafo della *Zivilprozessordnung* quello che altri ha qualificato, in una prospettiva più ampia, il *German Advantage in Civil Procedure* (27), non avrei esitazioni ad indicare proprio il § 273 ZPO. Vi è poi un altro aspetto della disciplina del § 273 ZPO da sottolineare, per la notevole incidenza pratica ai fini della concentrazione della fase preparatoria e del successo dell'udienza principale. Nel quadro della serie di provvedimenti preparatori, quelli probatori non sono adottati di regola attraverso il formale provvedimento istruttorio previsto dal § 358 ZPO, che deve contenere la menzione dettagliata dei temi e dei capitoli di prova, la precisazione della parte che deduce la prova, l'indicazione dei mezzi di prova, bensì attraverso un agile provvedimento che contiene solo una breve e generica indicazione del tema di prova.

In questo contesto l'assunzione della prova testimoniale, per esempio, può essere paragonata ad una sorta di interrogatorio libero del testimone, che rende più difficile una qualche forma di preparazione del teste ad opera della parte interessata alla sua testimonianza favorevole. Nel corso dell'udienza principale il giudice sente prima la parte (di cui è disposta quasi sempre la comparizione personale) insieme al suo avvocato e subito dopo introduce ed interroga i testimoni. Talvolta accade che il teste venga sentito una seconda volta, per appurare eventuali contraddizioni rispetto alle dichiarazioni di un altro teste.

Si può segnalare infine la disciplina delle deduzioni tardive, quale emerge dal § 296 ZPO, che è caratterizzata da un significativo margine di apprezzamento giudiziale. Questa disposizione, che costituisce un altro dei cardini con i quali la *Vereinfachungsnovelle* si è proposta l'obiettivo di accelerare lo svolgimento del processo di cognizione, ha ad oggetto la deduzione tardiva di mezzi di attacco e di difesa.

Entro il concetto di «mezzi di attacco e di difesa» sono comprese le allegazioni, le contestazioni delle allegazioni della controparte, le eccezioni di merito, le deduzioni istruttorie. Non vi rientrano invece la domanda principale, la domanda riconvenzionale, la modificazione e l'ampliamento della domanda, la richiesta di rigetto della domanda della controparte: poiché esse non sono mezzi di attacco e di difesa, ma costituiscono l'attacco e la difesa stesse, non possono essere ricondotte alla previsione del § 296 ZPO.

(27) J.H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, in *University of Chicago Law Review*, 52 (1985), 823 ss.

Il 1° comma del § 296 ZPO prevede che i mezzi di attacco e di difesa dedotti tardivamente, cioè dopo la scadenza dei termini a ciò fissati dal giudice, possono essere ammessi solo se ciò non ritarda la soluzione della controversia o se la parte giustifica sufficientemente la tardività. Il 2° comma del § 296 ZPO si riferisce ai mezzi di attacco e di difesa non fatti valere tempestivamente all'udienza (ai sensi del § 282, I, ZPO), nonché ai mezzi di attacco e di difesa non comunicati tempestivamente alla controparte prima dell'udienza (ai sensi del § 282, II, ZPO). Essi possono essere respinti, se la loro ammissione ritarderebbe la soluzione della controversia e la tardività della deduzione è dovuta a colpa grave. Il 3° comma riguarda infine il rigetto delle eccezioni d'inammissibilità dell'azione, rilevabili solo ad istanza di parte, tardivamente proposte.

Molti sono i problemi interpretativi a cui dà luogo l'applicazione del § 296 ZPO: primo fra tutti la precisazione del concetto di ritardo nella soluzione della controversia. Ciò non ha impedito però che si delineasse nella giurisprudenza tedesca in tema di rigetto delle deduzioni tardive un orientamento fondamentale, secondo il quale l'autoresponsabilità delle parti viene presa sul serio. Il rigetto delle deduzioni delle parti per tardività è di quotidiana applicazione. In tal caso il giudice decide sulla base di fatti che non corrispondono più allo stato attuale delle deduzioni delle parti. La deduzione tardiva viene «schermata»: il giudice pone cioè a base della decisione una situazione di fatto che egli sa non corrispondere alla realtà. Il rigore di quest'applicazione è stato considerato in via di principio costituzionalmente legittimo dal *Bundesverfassungsgericht*.

Il proficuo svolgimento di tutte queste attività relative alla trattazione del processo, nonché di quelle antecedenti dirette al componimento amichevole della controversia, è agevolato praticamente dal fatto che il giudice tedesco di tribunale di regola non tratta più di due o tre cause nella stessa mattinata⁽²⁸⁾.

In sintesi, questo modello richiede incisivi poteri di gestione della controversia ad opera di un giudice professionale fin dall'inizio del processo (*case management*). Esso è stato adottato non solo dal processo civile tedesco, ma anche, più recentemente, quanto alla struttura bifasica in cui la prima fase è diretta ad informare il giudice, dal nuovo processo civile inglese, nonché dal nuovo processo civile spagnolo⁽²⁹⁾.

(28) Più numerose sono le cause dinanzi agli *Amtsgerichte*, le «preture», che assorbono il contenzioso di piccola entità.

(29) Un tentativo di soluzione compromissoria tra questi modelli è effettuato da Ali/Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure*, principio n. 9.

7. – Oltre alla distinzione in fasi, la disciplina dello svolgimento del processo ordinario di cognizione può essere poi determinata dalle seguenti alternative:

- (a) modulo di trattazione unico oppure più modelli di trattazione;
- (b) scansione temporale affidata a termini previsti dalla legge anche nella loro durata, ovvero a termini previsti dalla legge ma determinati in concreto dal giudice nella loro durata, o infine affidata a determinazioni temporali del tutto elastiche.

8. – In relazione alla distinzione tra uno o più moduli di trattazione, è opportuno sottolineare che non si tratta di una pluralità di procedimenti indipendenti l'uno dall'altro, bensì di una molteplicità di modelli di trattazione della causa all'interno di una sequenza procedimentale unitaria. La scelta fra un modello di trattazione e l'altro è affidata al giudice, che l'adotta ove possibile in collaborazione con le parti, e rientra fra i suoi compiti di direzione formale del processo. Essa tiene conto del carattere più o meno complesso della controversia, quale risulta dopo lo scambio dell'atto introduttivo dell'attore e della difesa del convenuto.

È quello che accade nel processo civile inglese, attraverso la scelta tra *small claim track*, *fast track*, *multi track*; nel processo civile francese, attraverso la scelta tra *circuit court*, *circuit moyen* e *circuit long*; e anche nel processo civile tedesco.

Soffermandosi sul processo tedesco, il giudice può calibrare fin dall'inizio lo svolgimento del processo sulla complessità della singola controversia (§ 272 ZPO), scegliendo di far precedere l'udienza principale dalla fissazione della «prima udienza immediata» (§ 275 ZPO) oppure dal procedimento preliminare scritto (§ 276 ZPO). Si tratta di due modelli di trattazione, calibrati sulla semplicità/complessità della controversia, all'interno di una sequenza procedimentale unitaria.

Nella prassi i giudici preferiscono la seconda strada, poiché presenta un vantaggio spesso decisivo: al convenuto viene assegnato un primo termine di due settimane, semplicemente per manifestare la sua volontà di difendersi, ed un ulteriore termine (minimo di due settimane), per depositare la sua comparsa di risposta. Se il convenuto non manifesta la volontà di difendersi entro il primo termine, può subire immediatamente, su istanza dell'attore (§ 331, III, ZPO), una sentenza contumaciale.

Un passo nella direzione di affidare al giudice il potere di scegliere tra due modelli diversi di trattazione, a seconda del carattere semplice o complesso della controversia, è stato compiuto nella cultura processuale

italiana dal progetto di codice di procedura civile redatto da Andrea Proto Pisani⁽³⁰⁾.

9. – La flessibilità con cui i vari modelli di trattazione possono adattarsi alle caratteristiche delle singole controversie aumenta se si tiene conto delle alternative *sub* (b); se si considera cioè che il progredire della sequenza procedimentale può essere scandita da termini previsti dalla legge, la cui durata è però fissata in concreto dal giudice, oppure da determinazioni temporali del tutto elastiche: esemplare l'art. 764 del nuovo codice di procedura civile francese, secondo cui il giudice della *mise en état* fissa man mano i termini necessari all'istruzione della causa, riguardo alla natura, all'urgenza e alla complessità della medesima, dopo aver sentito gli avvocati, nonché alcune previsioni del codice di procedura civile tedesco, secondo le quali «l'udienza deve aver luogo il più presto possibile» (§ 272, III, ZPO), oppure: la parte deve far valere «tempestivamente» i suoi mezzi di attacco e di difesa all'udienza (§ 282, I, ZPO), nonché comunicare «tempestivamente» alla controparte, prima dell'udienza, i mezzi di attacco e di difesa sui quali è prevedibile che quest'ultima non possa prendere posizione senza previa informazione (§ 282, II, ZPO).

Pertanto si conferma che la tendenza prevalente a livello europeo è quella di una disciplina piuttosto flessibile del processo a cognizione piena, in grado di aderire al carattere semplice o complesso della controversia grazie all'incisivo esercizio di poteri di *case management* da parte del giudice.

10. – Qual è allora il criterio che consente di distinguere tra cognizione piena e cognizione sommaria? Sempre la prospettiva europea suggerisce di adottare un criterio che faccia perno non tanto sul minore o maggiore tasso di discrezionalità del giudice nel disciplinare lo svolgimento del procedimento, bensì piuttosto sulle funzioni specifiche cui risponde la tutela sommaria, rispetto alla funzione di accertamento del diritto dedotto in giudizio propria del processo ordinario. Si potranno così inserire i procedimenti che hanno una disciplina diversa da quest'ultimo tra i procedimenti a cognizione piena oppure tra i procedimenti sommari, a seconda che nella loro destinazione prevalga la funzione di accertare semplicemente chi ha ragione e chi ha torto tra le parti (ed in questo caso la cognizione è piena), ovvero prevalgano altre specifiche funzioni (in questo caso la cognizione è sommaria). Infatti, la storia del diritto processuale

⁽³⁰⁾ Cfr. A. Proto Pisani, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.* 2009, V, 1.

dimostra che la tutela sommaria è chiamata a soddisfare esigenze specifiche ed ulteriori rispetto ad un accertamento del diritto dedotto in giudizio semplicemente accelerato rispetto al corso del processo ordinario. Una prima esigenza della tutela sommaria è di evitare il costo del processo a cognizione piena, non già in modo indifferenziato, bensì se il legislatore valuta che manchi, o sia altamente probabile che manchi, una contestazione effettiva da parte del debitore e il diritto da attuare sia disponibile. Una seconda esigenza è di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, quando ciò richieda un provvedimento urgente, in relazione alla qualità del diritto in giudizio o all'imminenza di un pericolo di pregiudizio irreparabile, o comunque grave, anche a causa della durata fisiologica del processo a cognizione piena. Una terza esigenza è di evitare che il convenuto abusi del diritto di difesa, non già in modo indifferenziato, bensì quando il tempo necessario a pervenire all'accertamento del diritto dipenda essenzialmente da necessità probatorie del convenuto⁽³¹⁾.

A loro volta, le esigenze sottese al ricorso alla tutela sommaria conformano i presupposti del rilascio del provvedimento sommario: non si capirebbe il requisito della prova scritta del fatto costitutivo nel procedimento monitorio documentale se non sotto il riflesso della economia dei giudizi; non si capirebbe il *fumus boni iuris* se non sotto il riflesso della urgenza del provvedere; non si capirebbe la delibazione di manifesta infondatezza delle difese del convenuto, se non sotto il riflesso dell'esigenza di neutralizzare l'abuso del diritto di difesa.

11. – Ritornando a discorrere dell'ordinamento italiano, rispetto alla tendenza prevalente in Europa, risaltava sotto più profili, fino al 2014, la maggiore rigidità della disciplina dei processi a cognizione piena.

In primo luogo, la diversità tra i tipi di controversie non era tenuta in considerazione attraverso la previsione di un potere di scelta del giudice tra più modelli di trattazione all'interno di una sequenza procedimentale unitaria (quella del processo ordinario), bensì tendenzialmente attraverso una previsione legislativa di più procedimenti autonomi («riti speciali») che affiancano il processo ordinario di cognizione. Di converso, il rito ordinario era caratterizzato da un'unica sequenza procedimentale, con una variante di appendice scritta, quasi sempre percorsa (art. 183, comma 6°, c.p.c.). Una effettiva pluralità di moduli si riscontrava solo nella fase

⁽³¹⁾ A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela sommaria* (Note de iure condito e de iure condendo), in *I processi speciali* (Studi offerti a V. Andrioli dai suoi allievi), Napoli 1979, 309 ss.

decisoria (artt. 281-*quinquies* e 281-*sexies* c.p.c.). In secondo luogo, i margini per le determinazioni discrezionali del giudice circa lo svolgimento formale del processo erano (e sono ancora oggi) assai ristretti, considerato che il giudice non può assegnare termini a pena di decadenza, se non nei casi in cui la legge espressamente lo prevede (art. 152 c.p.c.).

Con l'entrata in vigore dell'art. 183-*bis* c.p.c. (l. n. 162 del 2014), la situazione è parzialmente cambiata. Nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica, tale nuova disposizione introduce il potere del giudice di disporre il passaggio dal rito ordinario al procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. In questo modo il giudice all'udienza di trattazione ha il potere di scelta, se non tra più modelli di trattazione all'interno di una sequenza processuale unitaria, almeno tra più riti, «valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria».

Il procedimento sommario di cognizione era stato introdotto nel 2009 e, per un errore sistematico del legislatore, era stato collocato nel libro quarto del codice di procedura civile. In particolare, i tratti essenziali del procedimento sommario di cognizione sono i seguenti. Esso può aver ad oggetto le cause in cui il tribunale giudica in primo grado in composizione monocratica (art. 702-*bis*, comma 1°, c.p.c.). È proponibile ogni tipo di domanda (mero accertamento, condanna, costitutiva). Se si eccettua la forma del ricorso per la domanda, la fissazione della data della udienza da parte del giudice ed i minori termini per comparire, la fase introduttiva ricalca quella del rito ordinario (art. 702-*bis*, commi 2°-5°, c.p.c.). Quanto a caratteristiche dell'attività istruttoria, il giudice è chiamato a compiere *sic et simpliciter* gli atti di istruzione rilevanti per l'accertamento del diritto, nel rispetto della garanzia costituzionale del contraddittorio (art. 702-*ter*, comma 5°, c.p.c.). Quanto a stabilità del provvedimento finale, essa è la cosa giudicata sostanziale (art. 702-*quater* c.p.c.). La disciplina è priva di qualsiasi indicazione relativa alle finalità specifiche, alle esigenze di tutela che il procedimento sommario di cognizione è chiamato a realizzare.

Dal complesso di questi elementi si desumeva già nel 2009 che tale procedimento costituisse un procedimento semplificato che, su iniziativa dell'attore, si poteva impiegare in via alternativa rispetto al modello di trattazione ordinaria delle cause sottoposte alla decisione del tribunale in composizione monocratica, per ottenere un accertamento più rapido rispetto al corso del rito ordinario⁽³²⁾.

⁽³²⁾ Per un più ampio discorso cfr. R. Caponi, *Un modello ricettivo delle prassi migliori: il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.* 2009, V, 334.

I vantaggi della ricostruzione del procedimento sommario come modello di trattazione della causa semplificato, ma a cognizione piena, erano agevolmente percepibili. Essa dialogava con gli sforzi della teoria e della prassi che non si arrendevano all'idea di una irrimediabile inefficienza dei processi a cognizione piena, che non si arrendevano all'idea di una generalizzata sommarizzazione della giustizia civile come unico strumento processuale di accelerazione. Fra gli sforzi della teoria su questo terreno si segnalava in primo luogo, come abbiamo visto, il progetto di nuovo codice di procedura civile redatto da A. Proto Pisani, che pur senza rinunciare alla predeterminazione legale delle forme e dei termini, prevede un modello di trattazione semplificato per le cause semplici⁽³³⁾. In secondo luogo si segnalava lo studio di D. Coviello, A. Ichino, N. Persico, secondo cui, a parità di casi sopravvenuti, la durata totale media dei processi è inferiore per i magistrati che lavorano su pochi casi contemporaneamente cercando di chiuderli, prima di aprirne di nuovi (trattazione sequenziale), rispetto ai magistrati che lavorano in parallelo su molti casi (trattazione parallela)⁽³⁴⁾. Una verità quest'ultima da sempre percepita nell'ordinamento tedesco, ove infatti – come si è visto – si è mantenuto sempre il controllo sul numero delle cause affidate al singolo giudice per consentirgli una trattazione tendenzialmente sequenziale delle cause, che trovano frequentemente la loro definizione all'udienza «principale». Il procedimento sommario di cognizione, in applicazione del canone di proporzionalità nell'impiego delle risorse giurisdizionali si profilava come una cornice legislativa dignitosa per lo svolgimento di cause semplici⁽³⁵⁾.

Dal punto di vista normativo vi era però un notevole limite: la scelta del procedimento spettava solo all'attore, il giudice poteva disporre il passaggio dal rito «sommario» al rito ordinario, ma non viceversa (se l'attore aveva iniziato una causa semplice attraverso il rito ordinario). Questa rigidità confermava i seguenti tradizionali difetti di impostazione del legislatore italiano: *a*) credere che si debba tenere conto delle diverse esigenze di trattazione e di istruzione probatoria scaturenti dal grado di complessità delle controversie attraverso una previsione legislativa di più riti autonomi e distinti tra di loro; *b*) credere che la valutazione di queste esigenze debba essere compiuta in via generale ed astratta dalla legge.

⁽³³⁾ A. Proto Pisani, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.* 2009, V, 1.

⁽³⁴⁾ Cfr. D. Coviello, A. Ichino, N. Persico, *Giudici in affanno*, scaricabile in rete da <http://www2.dse.unibo.it/ichino/mito13.pdf>.

⁽³⁵⁾ Cfr. R. Caponi, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, 389 ss.

Con l'entrata in vigore dell'art. 183-*bis* c.p.c., il legislatore italiano ha parzialmente invertito la direzione di marcia. In linea con le esperienze europee, esso ha affidato al giudice in prima udienza, sulla base di una valutazione attinente al grado di complessità della controversia risultante in concreto dopo lo scambio degli atti introduttivi, la scelta (se non tra due modelli di trattazione all'interno di una sequenza procedimentale unitaria, come sarebbe stato auspicabile, almeno) tra due riti.

È ancora troppo presto per sapere se questa modifica produrrà un qualche risultato oppure verrà trascurata dalla prassi, come purtroppo è prevedibile per una serie di ragioni, che dovrebbero essere esaminate in un altro saggio.

REMO CAPONI

Professore ordinario nell'Università di Firenze