



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Corso di dottorato in Scienze giuridiche
Indirizzo diritto processuale civile
XXVII ciclo

Tesi di dottorato di ricerca
**I POTERI DI DIREZIONE FORMALE DEL GIUDICE NEL
PROCESSO CIVILE TEDESCO E ITALIANO: UNO STUDIO
COMPARATO**
(s.s.d. IUS/15)

Dottoranda:
Dott.ssa Livia Maria Paliero

Tutor:
Chiar.mo Prof. Michele Taruffo

Coordinatrici del dottorato:
Chiar.ma Prof.ssa Maria Francesca Ghirga
Chiar.ma Prof.ssa Elena Merlin

A.A.
2013/2014

INDICE

CAPITOLO PRIMO

Considerazioni introduttive e storia dei poteri di direzione processuale del giudice

A. <u>Introduzione</u>	1
1. <u>I poteri di direzione processuale del giudice.</u>	1
2. <u>La scelta del metodo</u>	3
3. <u>Oggetto della ricerca</u>	7
B. <u>L'evoluzione storica dei poteri di direzione processuale del giudice nel processo civile tedesco e in quello italiano</u>	8
I. <u>Germania</u>	8
1. <u>Il diritto comune: quod non est in actis, non est in mundo.</u>	8
1.1. <u>La nascita del diritto comune nel Sacro Romano Impero</u>	8
1.2. <u>Il processo di diritto comune.</u>	9
a. Il rito.	9
b. L'Eventualmaxime.....	11
1.3. <u>Il progressivo abbandono del diritto comune.</u>	12
2. <u>Le codificazioni del XIX secolo: l'avvento dell'oralità e della pubblicità</u>	15
2.1. <u>Il primo passo verso l'unificazione del diritto processuale civile tedesco: das hannoverische Gesetz del 1847.</u>	15
2.2. <u>Il secondo passo verso l'unificazione del diritto processuale civile: das hannoversche Gesetz del 1850 e il nuovo principio quod non est in ore, non est in mundo.</u>	17
2.3. <u>La Zivilprozessordnung del 1877</u>	18

3.	<u>Le riforme alla Zivilprozessordnung dalla nascita fino alla prima metà del Novecento.</u>	21
3.1.	<u>L'opera di Franz Klein e la Zivilprozessordnung austriaca del 1895.</u>	21
3.2.	<u>Le novelle alla ZPO tedesca tra la fine del XIX secolo e la prima metà del Novecento.</u>	24
3.2.1.	<u>Le prime riforme: l'Amtsgerichtsnovelle del 1909.</u>	25
3.2.2.	<u>Le successive novità normative: la riforma del 1924; (segue).</u>	26
3.2.3.	<u>(segue) la novella del 1933.</u>	30
4.	<u>Conclusioni.</u>	32
II.	<u>Italia.</u>	32
1.	<u>La storia italiana del diritto processuale civile: un confronto.</u>	33
2.	<u>Il diritto processuale civile nel XVIII secolo.</u>	34
3.	<u>Il periodo che precede la codificazione unitaria del Regno d'Italia.</u>	36
4.	<u>Il codice del 1865.</u>	37
4.1.	<u>Il rito</u>	38
4.2.	<u>Le riforme al codice di procedura civile nei primi anni del Novecento.</u>	39
4.2.1.	<u>La riforma del processo civile sommario: la legge n. 107 del 1901.</u>	39
4.2.2.	<u>L'istituzione del giudice unico: la breve vita della legge 19 dicembre 1912 n. 1311.</u>	41
4.3.	<u>La dottrina del diritto processuale sociale in Italia.</u>	41
4.4.	<u>Il codice di procedura civile del 1942.</u>	43

CAPITOLO SECONDO

Le garanzie fondamentali nel processo civile e i poteri del giudice

A. <u>Introduzione</u>	47
B. <u>La Carta costituzionale e i principi fondamentali relativi al processo</u>	55
1. <u>Introduzione</u>	55
2. <u>Lo Stato (sociale e democratico) di diritto</u>	58
2.1. <u>Definizione e considerazioni generali</u>	58
2.2. <u>Le garanzie costituzionali relative all'amministrazione della giustizia nello Stato (sociale e democratico) di diritto</u>	66
3. <u>Il diritto d'azione (der Justizanspruch)</u>	72
a. In particolare, il patrocinio a spese dello Stato.....	81
4. <u>Audiatur et altera pars</u>	90
5. <u>Il principio di eguaglianza nel processo</u>	105
6. <u>Conclusioni: il giusto processo</u>	112

CAPITOLO TERZO

La deformalizzazione e la semplificazione della disciplina del processo: le riforme del diritto processuale civile in Germania e in Italia per una giustizia civile più efficiente e più veloce.

A. <u>Germania</u>	116
1. <u>Le moderne riforme del diritto processuale civile tedesco</u>	116
1.1. <u>Introduzione</u>	116
1.2. <u>La prima grande riforma del processo civile tedesco: la Vereinfachungsnovelle del 1977</u>	120

1.2.1. <u>Le premesse del cambiamento: il processo civile ante Vereinfachungsnovelle del 1977 (segue);</u>	120
1.2.2. <u>il modello di Stoccarda (segue);</u>	123
a. Le premesse teoriche: <i>Fritz Baur</i> e la strada verso la concentrazione della trattazione orale nel processo civile.	123
b. Il risultato pratico: il processo secondo il Tribunale di Stoccarda.	126
1.2.3. <u>i lavori preparatori della Vereinfachungsnovelle del 1977.</u>	132
1.2.4. <u>La Vereinfachungsnovelle del 1977.</u>	133
1.3. <u>La seconda grande riforma del processo civile tedesco: la Zivilprozessreformgesetz del 2001.</u>	135
a. Il processo civile più efficiente.	136
b. Il processo civile più trasparente.	139
c. Il processo civile più vicino ai cittadini.	141
1.3.1. <u>Osservazioni conclusive.</u>	144
2. <u>Le Prozessmaximen nel processo civile riformato.</u>	144
2.1. <u>L'oralità e la concentrazione del rito.</u>	144
2.1.1. <u>Il principio di oralità e i poteri di direzione processuale del giudice: il § 128, comma 1° ZPO (segue);</u>	146
2.1.2. <u>il procedimento scritto ex § 128, comma 2° ZPO.</u>	149
2.2. <u>La cooperazione tra il giudice e le parti nel nuovo processo civile come strumento di concentrazione del rito e il nuovo riparto di responsabilità...</u>	153
2.2.1. <u>La Prozessförderungspflicht delle parti.</u>	154
2.2.2. <u>Il contenuto della Prozessförderungspflicht delle parti.</u>	158
a. <u>L'allgemeine Prozessförderungspflicht.</u>	158
b. <u>La besondere Prozessförderungspflicht.</u>	162
2.2.3. <u>La Prozessförderungspflicht del giudice: rinvio.</u>	164
B. Italia	165
1. <u>La lunga serie di riforme del diritto processuale civile italiano.</u>	165

2. <u>Panoramica sulle riforme del codice di procedura civile che più hanno inciso sui poteri del giudice di direzione formale del processo civile di primo grado.</u>	167
a. La “controriforma” del 1950.	167
b. Le riforme degli anni Novanta.	169
i. Le premesse per cambiamento: il Progetto Liebman.	169
ii. La legge 26 novembre 1990, n. 353.	172
iii. La legge 20 dicembre 1995, n. 534.	174
c. La riforma del 2005.	175
i. Il principio di oralità e i poteri di direzione processuale del giudice..	176
ii. La collaborazione tra il giudice e le parti e la concentrazione del rito.	178
d. Le riforme più recenti: la legge n. 69 del 2009 e gli interventi successivi.	181
i. Il calendario del processo.	183
ii. Il processo sommario di cognizione.	186
iii. Il “giudice-conciliatore”.	192
C. <u>Conclusioni: lo sguardo del comparatista.</u>	195

CAPITOLO QUARTO

Le funzioni e le responsabilità manageriali del giudice nella direzioe formale del procedimento

A. <u>Germania</u>	199
1. <u>Introduzione.</u>	199
2. <u>Il modello processuale bifasico nel processo civile tedesco.</u>	199
2.1. <u>Premesse.</u>	199
2.2. <u>La direzione formale del processo civile a modello bifasico.</u>	203

2.2.1. <u>La scelta del modo di procedere alla preparazione della causa.</u>	204
a. Il <i>früher erster Termin</i> .	208
2.2.2. <u>Lo schriftliches Vorverfahren.</u>	209
2.2.3. <u>La direzione dei tempi del processo.</u>	212
a. La <i>Terminbestimmung</i> .	212
b. La <i>Terminsänderung</i> .	215
2.3. <u>La fase preparatoria.</u>	220
2.3.1. <u>Il früher erster Termin.</u>	220
2.3.2. <u>Lo schriftliches Vorverfahren.</u>	224
2.4. <u>Il Haupttermin.</u>	227
B. <u>Italia</u>	231
1. <u>Introduzione.</u>	231
2. <u>Il modello processuale bifasico nel processo civile italiano e la sua direzione formale.</u>	233
3. <u>I poteri del giudice di direzione formale del processo nel codice di procedura civile.</u>	239
a. I criteri generali: gli artt. 175 e 127 c.p.c.	241
b. Il calendario del processo.	244
c. Il mutamento del rito da ordinario a sommario.	247
C. <u>Conclusioni: lo sguardo del comparatista.</u>	251

CAPITOLO PRIMO

Considerazioni introduttive e storia dei poteri di direzione processuale del giudice

A. Introduzione

1. I poteri di direzione processuale del giudice.

La direzione processuale (*richterliche Prozessleitung*) è l'insieme delle competenze specifiche del giudice nella gestione dell'intero andamento del processo, dal suo inizio e per tutto il corso del procedimento, fino alla sua conclusione. Si tratta dunque di funzioni diverse e autonome rispetto a quelle più tipiche di valutazione del materiale processuale e istruttorio, e di successiva decisione della controversia, ma ad esse comunque funzionali e connesse.

L'istituto processuale si sostanzia concretamente nei **poteri** (spesso anche **doveri**) **giudiziari di direzione** del processo civile, esercitati doverosamente affinché il procedimento possa svolgersi in modo adeguato e ordinato, così da evitare ritardi o inutili dilazioni dei tempi del giudizio; esso è strumento di realizzazione del principio di concentrazione del processo, anche se, contemporaneamente, svolge altre funzioni fondamentali, quali la tutela dell'effettività e della legittimità del processo civile, la realizzazione dell'efficienza della giustizia civile, nonché l'avvicinamento delle istituzioni pubbliche ai cittadini.

Il maggiore interventismo del giudice risponde alle esigenze di parità soggettiva tra le parti, promuove l'accelerazione della trattazione della causa e dà maggiore flessibilità al procedimento intero, in modo tale che quest'ultimo possa adattarsi alle esigenze del singolo caso concreto¹.

Si suole distinguere, all'interno della categoria dei poteri di direzione processuale del giudice, tra i poteri cosiddetti di direzione **formale** e quelli di direzione **materiale** del processo².

I primi attengono alla tecnica del processo ed esprimono l'influenza che il giudice esercita sulle forme esteriori del procedimento, sul suo ritmo cronologico-temporale e sulle sue fasi, quindi, sull'efficienza e sulla concentrazione del *Prozessbetrieb*, cioè del funzionamento del processo in senso lato³.

I secondi, invece, riguardano l'attività del giudice volta al completamento del materiale decisivo e all'integrazione dell'assunzione dei mezzi di prova. Attraverso tali poteri il giudice interviene

¹ LEVIN, *Richterliche Prozeßleitung und Sitzungspolizei in Theorie und Praxis*, Berlin, 1913, pp. 22-23; l'a. riporta la definizione del concetto e del contenuto di *richterlichen Prozeßleitung* di Karl Grolman nell'opera *Theorie des gerichtlichen Verfahrens im bürgerlichen Rechtsstreit, 1800*, e ripresa e rielaborata in seguito da Gönner, in *Handbuch des deutschen gemeinen Prozess*, 1801.

² CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Vol. I, Milano, 1962, pp. 70 ss.

³ LEVIN, *Richterliche Prozeßleitung* cit., pp. 28-29; MARENCO, voce *Udienza civile*, in *Enciclopedia del diritto*, pp. 483-494, p. 484.

sull'oggetto della domanda e dell'istruzione probatoria, incidendo così direttamente sul provvedimento di merito⁴.

Il tema dei poteri di direzione processuale del giudice viene solitamente affrontato secondo visioni interpretative assai differenti nei vari Paesi, di ordinamento giuridico tanto di *civil law* quanto di *common law*.

Particolarmente dibattuta è l'opportunità o meno dell'attribuzione al giudice di importanti **poteri di direzione materiale** del processo, sacrificando così quello spazio di libertà tradizionalmente di appannaggio esclusivo delle parti e potenziando correlativamente le funzioni del giudice.

L'attivismo del giudice nel procedimento pare ad alcuni, infatti, essere il mezzo per ottenere l'efficienza della giustizia civile e per attuare il principio costituzionale al giusto processo; ad altri, invece, tale attivismo pare essere un inutile sacrificio della libertà delle parti nella costruzione dell'oggetto della controversia e nella gestione dell'istruzione probatoria, non controbilanciato dall'effettivo conseguimento di un miglioramento del funzionamento del processo.

Uno stesso dibattito, altrettanto acceso come quello sorto nei Paesi "latini", non si è propriamente verificato in Germania, ove il rafforzamento dei poteri del giudice di direzione, sia formale sia materiale, del processo è, in un certo senso, venuto da sé, frutto naturale dell'evoluzione storica, delle riforme normative e delle elaborazioni teorico-scientifiche; la funzione manageriale della direzione processuale del giudizio posta nelle mani del potere giudiziario è riconosciuta pacificamente come l'unico strumento possibile di accelerazione e concentrazione del procedimento, nonché quello più efficiente e razionale.

Eliminare l'egemonia delle parti sulla forma e, pur nel rispetto del principio della domanda e dispositivo, sul contenuto del processo impedisce che facciano ingresso in un contesto pubblicistico interessi egoistici. Spostando la *Prozessleitung*, intesa come amministrazione del rito, prevalentemente nella sfera del potere giudiziario, senza con ciò escludere totalmente le parti dalla partecipazione agli accadimenti del processo, si dà una pronta risposta alle domande di efficienza e di defomalizzazione del diritto processuale civile.

Normalmente, la direzione processuale non è soltanto un potere, ma è più propriamente un potere-dovere di natura pubblicistica: esso determina una maggiore responsabilizzazione del giudice per soddisfare il generale interesse pubblico, dalle tonalità di matrice costituzionale, alla giustizia efficiente ed efficace, possibilmente rapida e concentrata⁵.

L'essenza della direzione del processo si trova nel dovere d'ufficio del giudice di preoccuparsi per l'*Ordnung* e la *Zweckmässigkeit* del procedimento⁶.

Perciò, lo strumento per ridisegnare la procedura civile nel modo così prospettato, affinché si perseguano gli obiettivi di efficienza e di effettività del processo, assieme naturalmente a quello di giustizia della decisione e del rito intero, è il conferimento di ampi poteri discrezionali, limitati entro il perimetro, non troppo rigido, disegnato dalle norme del codice di rito. È la discrezionalità

⁴ MARENGO, voce *Udienza civile* cit., p. 484.

⁵ LEVIN, *op. cit.*, p. 44.

⁶ LEVIN, *op. cit.*, p. 32.

del giudice, tipico segnale della presenza di un potere di direzione processuale del medesimo, che attribuisce al processo di primo grado quella flessibilità che consente alla normativa processuale civile di avere lunga vita, anche al sopravvenire o al mutare delle circostanze sociali, storiche ed economiche.

“Libertà” nella gestione del processo non è “arbitrarietà”. Il giudice, nel decidere quale sia il giusto corso che il singolo processo debba seguire nel caso concreto, compie le proprie valutazioni pur sempre entro i limiti di legge e, soprattutto, sulla base di criteri e motivi di opportunità, alla luce delle circostanze reali a lui note.

È scelta di politica giudiziaria (*Prozesspolitik*)⁷ quella di astenersi dall'imporre troppi limiti e requisiti di legge relativamente all'opportunità e alla modalità di esercizio della *richterliche Prozessleitung*; il compito del giudice di dare la giusta forma al procedimento è non solo un servizio reso allo Stato, in quanto consente di contribuire alla realizzazione di una giustizia efficiente e rapida, ma anche un dovere che si ha nei confronti delle parti processuali della singola causa concreta, in attuazione dei loro diritti costituzionali, oltre che processuali e sostanziali⁸.

I dibattiti della dottrina, in generale, hanno sempre riguardato i poteri di direzione materiale del processo, in quanto questi vanno a toccare un principio fondamentale del diritto processuale civile, dalla sua nascita ad oggi, *i.e.* il principio dispositivo (*rectius*, la *Verhandlungsmaxime*)⁹.

Non è stata invece mai posta particolare attenzione ai più specifici, forse più tecnici, **poteri di direzione formale** del processo. Eppure, anche questo tema in realtà offre interessanti spunti di riflessione, soprattutto in un sistema giuridico, quale è il nostro, alla continua ricerca di una maggiore efficienza del processo, nel quale il legislatore, determinato a tagliare i tempi della giustizia civile, interviene numerose volte sulla disciplina processuale con interventi chirurgici di riforma del codice di procedura civile.

2. La scelta del metodo.

Il tema in esame ricomprende diversi aspetti e può essere affrontato ponendosi da diverse prospettive, quali quella positiva – quindi attenta al solo dato normativo – ovvero quella storica o, ancora, quella giurisprudenziale, che segue il dato statistico della pratica giudiziale.

Nel presente scritto la scelta del metodo ricade sulla **comparazione** tra ordinamenti giuridici, prendendo il sistema giuridico tedesco quale secondo termine di paragone¹⁰.

La scienza della comparazione conosce epoche di maggiore o minore successo, certamente tra gli studiosi del diritto continua ad essere per alcuni lo strumento di lavoro principale e per altri il passaggio obbligato nello studio e nell'analisi di singoli istituti giuridici di diritto interno. I pregi della comparazione sono ormai dato acquisito e diffusamente riconosciuto. La comparazione è,

⁷ LEVIN, *op. cit.*, p. 45-46.

⁸ LEVIN, *op. cit.*, p. 45.

⁹ LEVIN, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰ RANIERI, *Cenni sull'esperienza della civilistica tedesca di questo secolo*, in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, SACCO (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980; GORLA, *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo*, in SACCO (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica cit.*, pp. 268 ss.

anzitutto, strumento di progresso scientifico e normativo: essa funge da stimolo alla circolazione dei modelli e consente una migliore conoscenza del dato scientifico¹¹. La comparazione, dunque, contribuisce al progresso legislativo, inducendo alla sostituzione dei modelli meno validi con modelli più validi, ed al miglioramento della normativa vigente, stimolando il legislatore alla riforma e all'aggiornamento della disciplina¹².

Magistrale in quest'ambito, tutto sommato poco battuto dalla scienza giuridica processual-civilistica, è stato l'insegnamento di Vittorio Denti¹³. Richiamando le parole dell'autore, la domanda preliminare che il comparatista deve porsi è: qual è il fine che s'intende perseguire con la comparazione?¹⁴

L'autore individua i tre scopi fondamentali che lo studioso di diritto comparato, può o deve prefiggersi: la politica del diritto; la ricerca di storia del diritto; l'analisi strutturale del diritto.

In particolare, la comparazione è strumentale alla politica del diritto, quando, agli occhi dello studioso, si manifesta il **progetto politico** di riformare il sistema giuridico nazionale. Ragionevolmente, tale forma di ricerca riesce a muoversi solo nell'ambito di sistemi politici relativamente omogenei, selezionando le esperienze di quei Paesi che si ritiene abbiano raggiunto lo stadio evolutivo più avanzato in un dato momento storico, entro il perimetro di un determinato modello economico-sociale. In questo modo, solo i sistemi giuridici preselezionati e, di seguito, indagati e approfonditi costituiscono le fonti d'ispirazione e d'imitazione da cui trarre i modelli istituzionali da seguire. In questo senso, dunque, la comparazione è finalizzata alla riforma.

Lo studio comparato persegue, invece, lo scopo della **ricerca storica**, quando intende individuare le modalità evolutive dei sistemi giuridici posti a confronto. Lo scopo, allora, diventa quello di ricostruire il processo formativo delle norme e dei singoli ordinamenti processuali, ma non tanto (e certo non solo) per soddisfare un puro desiderio dello studioso di narrazione storica di una realtà passata e cristallizzata, piuttosto per rendere in tal modo comprensibili le ragioni delle differenze giuridiche che distinguono i sistemi giuridici posti a confronto, e per valutare i risultati, talvolta simili talvolta diversi, cui sono pervenuti, grazie alla propria evoluzione storica, i Paesi oggetto della comparazione.

La comparazione può, infine, porsi l'obiettivo dell'**analisi strutturale del diritto**, e allora essa si sostanzia nel mero confronto tra le legislazioni dei diversi Paesi e la pura misurazione delle analogie e delle differenze fra gli ordinamenti, condotta in maniera, almeno nelle intenzioni,

¹¹ SACCO, *Comparazione giuridica e conoscenza del dato giuridico positivo* in SACCO (a cura di) *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica* cit., p. 243; ZUCKERMAN, *Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure*, in *Civil justice in crisis*, Oxford, 1999, pp. 3-6, secondo il quale i sistemi processuali, guardandosi l'uno all'altro e soppesando le proprie analogie e differenze, si misurano con la loro stessa essenza e si conoscono meglio.

¹² Per ZUCKERMAN, *Justice in crisis* cit., pp. 5 ss., la comparazione è uno dei modi coi quali il diritto processuale civile cerca di realizzare la giustizia. Guardando come i diversi sistemi giuridici perseguono lo scopo della giustizia e quali compromessi e sacrifici fanno per realizzare tale scopo, si fa una comparazione che intuisce le diverse priorità di ciascun sistema. A seconda della priorità che un dato ordinamento si pone – sia essa la rapidità del processo, l'economicità dello stesso o la ricerca della verità materiale – si comprende il diverso sistema processuale che si è prescelto. L'utilità della comparazione diventa quella di valutare i diversi modi per risolvere le controversie tra confliggenti domande di giustizia.

¹³ V., tra le altre cose, DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica* cit., pp. 201 ss.

¹⁴ DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo* cit., p. 203.

politicamente neutrale¹⁵. Invero, questo tipo di comparazione, così asettica e meccanica, si limita a raffrontare i singoli aspetti del processo e della sua disciplina ovvero singole norme di legge, finendo per apparire fine a sé stessa. Parrebbe, invece, decisamente più utile e proficua la comparazione che pone a confronto i sistemi giuridici e processuali, e li apprezza sulla base di diversi criteri, con lo scopo ultimo di apportare un miglioramento all'ordinamento giuridico di appartenenza.

Fatte queste premesse, lo scopo perseguito in questa sede con il metodo comparativo è, principalmente, quello di politica del diritto, prendendo a riferimento il modello giuridico tedesco, in quanto allo stesso tempo modello omogeneo e – per diverse ragioni che emergeranno nel corso della trattazione – più progredito rispetto a quello italiano e, invero, a quello di molti altri Paesi dell'Unione Europea. Ciò non toglie che la ricerca sarà necessariamente contaminata da obiettivi di tipo sia storico sia strutturale, al fine di dare un quadro che sia il più ampio possibile. In particolare, non possono essere totalmente tralasciati né il percorso storico culturale, che ha condotto fino all'affermazione degli attuali sistemi giuridici e processuali, così come oggi si presentano, né il substrato sociologico e politico, su cui quegli stessi sistemi si fondano¹⁶.

La scelta di assegnare un ruolo principale allo scopo di politica del diritto è dettata da ragioni sostanzialmente pratiche, essendo dotato della maggiore funzionalità rispetto agli altri scopi per il diritto processuale civile, nonché quello di maggiore attualità, considerato l'atteggiamento del riformatore italiano del presente.

Infatti, da un lato, il recepimento di modelli processuali stranieri appare essere divenuto la tecnica di riforma favorita dal moderno legislatore italiano, seppure non si può non obiettare che detto recepimento avvenga in maniera approssimativa e poco proficua¹⁷. In senso critico, si constata che l'opera del riformatore si riduce spesso a una banale traduzione di singoli articoli, fin anche di solo delle parti di essi, dei corpi normativi stranieri, decontestualizzati e semplicemente importati nel sistema processuale civile italiano, senza un previo adeguamento della cultura giuridica, che ne costituisce il fondamento e il substrato, rendendo, in questo modo, la riforma priva di funzionalità e limitandone le prospettive di buon esito. Si pensi, ad esempio, alla recente introduzione dei c.d. filtri sia in appello sia al ricorso alla Corte di Cassazione¹⁸.

Dall'altro lato, la legislazione comunitaria e il suo recepimento impongono l'uniformità (l'armonizzazione) normativa nel territorio dell'Unione Europea. Lo studio di diritto comparato è lo strumento di lavoro imprescindibile di entrambe le fasi del processo d'integrazione europea: sia dell'elaborazione della singola norma comunitaria sia della sua successiva applicazione o

¹⁵ In realtà l'a. mette seriamente in dubbio il fatto che l'analisi strutturale possa dirsi effettivamente neutrale. Infatti, quando l'analisi strutturale «si sposta dall'interno di un ordinamento (...) alla comparazione tra ordinamenti diversi, perde necessariamente la sua pretesa “neutralità”», in quanto «le opzioni del comparatista si rivelano non appena egli delimita il campo all'analisi strutturale», DENTI, *op. cit.*, p. 211.

¹⁶ DENTI, *op. cit.*, p. 201: «La comparazione presuppone che venga posto correttamente il rapporto tra cultura e diritto; è necessario che ogni discorso sul diritto si immerga nella cultura della società di cui quel diritto è la struttura».

¹⁷ Sulla circolazione dei modelli processuali GREMENTIERI, *La circolazione dei modelli normativi nel sistema giuridico europeo: il contributo delle Corti Europee*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Vol. 1, *Storia e metodologia, Garanzie e principi generali*, Padova, 1994, pp. 169 ss..

¹⁸ Art. 348bis c.p.c., inserito dall'art. 54, comma 1°, lett. a), d.l. 83/2012, convertito nella legge n. 134 del 2012, che riproduce alla lettera il § 522, comma 2°, n. 1 ZPO; art. 360bis c.p.c., inserito dall'art. 47, comma 1°, lett. a) della legge n. 69 del 2009, che imita l'istituto di cui al § 543, comma 2° ZPO.

conversione. In particolare, in questo contesto, appare irrinunciabile, perché imprescindibile, la ricerca sulle linee evolutive dei singoli sistemi giuridici appartenenti all'area europea. Occorre, infatti, comprendere se gli Stati membri dell'Unione Europea abbiano sviluppato il proprio ordinamento giuridico in una prospettiva conforme al parallelo sviluppo di quello europeo¹⁹. A tal fine è necessario stabilire tra i singoli ordinamenti giuridici «un dialogo, che susciti allo stesso tempo interesse per ciò che è comune e ciò che è diverso»²⁰. Solo conoscendo approfonditamente i singoli sistemi giuridici degli Stati appartenenti all'Unione Europea, sarà possibile plasmare il sistema giuridico dell'intera area europea, sulla base delle tecniche, degli istituti e dei valori comuni²¹.

Se è vero che la comparazione deve essere intesa principalmente come strumento di riforma, diventa fondamentale allora la scelta del metodo per la sua conduzione.

Così, anzitutto, la comparazione deve avere ad oggetto non tanto i singoli articoli di legge da mettere a confronto, quanto piuttosto i modelli processuali²². In particolare, a seconda dello specifico scopo che il comparatista si è prefissato, costui dovrà scegliere sia il modello da seguire sia gli specifici ordinamenti che intende porre a confronto e che costituiscono l'oggetto del suo studio.

I modelli processuali sono gli strumenti teorici per condurre l'analisi comparativa²³. Il superamento dei modelli tradizionali comparativi di stampo descrittivo – ci si riferisce, in particolare, alla classica distinzione tra sistemi processuali di *common law* e di *civil law* –, dovuto all'evoluzione più moderna dei sistemi processuali – a causa del mutamento dei precedenti paradigmi, della circolazione d'istituti e di schemi procedurali, delle interferenze tra sistemi diversi con la conseguente omologazione degli stessi – ha fatto emergere l'esigenza di dare spazio a nuovi modelli processuali.

Si deve a Michele Taruffo l'ideazione di tre nuovi modelli fondamentali: i modelli strutturali, i modelli funzionali e i modelli sovranazionali²⁴. Il modello che verrà seguito nella presente ricerca è quello strutturale.

I modelli strutturali, riportando le parole dell'autore, «fanno perno su caratteri di “struttura” del processo», «il che rinvia alla determinazione di quegli aspetti che si considerano fondamentali sulla base dello schema culturale», «che può essere identificato sullo sfondo delle recenti trasformazioni dei principali sistemi processuali». In particolare sono quattro gli aspetti della struttura del processo che possono considerarsi fondamentali, e specificatamente: l'attuazione delle garanzie fondamentali previste nelle varie Costituzioni e/o riconosciute a livello internazionale; la deformalizzazione della

¹⁹ Von BOGDANDY, *Prospettive della scienza giuridica nell'area giuridica europea. Una riflessione sulla base del caso tedesco*, in *Foro it.* 2012, p. 57.

²⁰ Von BOGDANDY, *Prospettive della scienza giuridica cit.*, p. 57.

²¹ Von BOGDANDY, *op. cit.*, p. 57, secondo il quale: «si tratta di aprirsi agli altri ordinamenti giuridici europei, in particolare alle loro esperienze storiche caratterizzanti, agli stadi di sviluppo, ai fondamenti sistematici, agli stili giuridici nella prospettiva della costituenda area giuridica europea».

²² TARUFFO, *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, pp. 68-71. Sui modelli processuali v. anche CHIARLONI, *Nuovi modelli processuali*, in *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, 1995, pp. 3 ss.

²³ TARUFFO, *Il processo civile cit.*, p. 93.

²⁴ TARUFFO, *op. cit.*, pp. 93-97.

disciplina del processo; l'attribuzione al giudice di funzioni e responsabilità "manageriali" nella direzione del procedimento; l'adozione di uno schema procedimentale a due fasi, l'una destinata alla preparazione ed eventuale risoluzione anticipata della causa, l'altra destinata all'assunzione delle prove e alla decisione²⁵.

3. Oggetto della ricerca.

Alla luce di quanto premesso, è possibile delineare con più precisione l'oggetto della presente ricerca. Si tratta di uno studio di diritto comparato dei **poteri del giudice**, specificatamente di quelli di **direzione formale del processo**, prendendo come sistema giuridico di riferimento l'ordinamento giuridico tedesco²⁶ e sviluppando la comparazione utilizzando il modello strutturale quale strumento di analisi.

In particolare, si ripercorreranno i passaggi storici principali che hanno segnato il progresso evolutivo dei poteri giudiziali nel processo civile tedesco e in quello italiano. Sarà poi necessario concentrarsi sull'attuazione delle garanzie processuali, costituzionali ed internazionali, nonché dei principi fondamentali a tutela del giusto processo in Germania e in Italia, interpretati alla luce delle loro origini ed evoluzioni storiche. Successivamente, verrà trattata la deformalizzazione e la semplificazione della disciplina del processo, richiamando le innovazioni di maggior peso in tema di poteri di direzione formale e materiale dei giudici, introdotte dalle più recenti riforme processuali in Germania e in Italia. Infine, giungendo così al punto focale della ricerca, s'illustrerà e verrà, analizzata la struttura stessa del processo di primo grado tedesco, così come risulta all'esito delle menzionate riforme. Uno schema procedimentale a due fasi, l'una dedicata alla preparazione ed eventuale risoluzione anticipata della controversia, l'altra destinata alla trattazione, all'assunzione delle prove e alla decisione.

Sarà così possibile fare un bilancio sulle analogie e sulle differenze che caratterizzano il processo civile italiano, da un lato, e quello tedesco, dall'altro lato. È grazie all'esegesi della disciplina processuale del procedimento ordinario di primo grado, così come risulta all'esito delle importanti riforme del 1976 e del 2001, che sarà possibile apprezzare e valutare la fondamentale attribuzione al giudice di *prime cure* tedesco di funzioni e di responsabilità c.d. "manageriali" nella direzione del procedimento. L'analisi non potrà, invero, limitarsi ai soli poteri di direzione formale del processo (*formelle Prozessleitung*), ma coinvolgerà necessariamente anche i poteri di direzione materiale dello stesso (*materielle Prozessleitung*).

Poiché si tratta di un lavoro di diritto comparato e non semplicemente uno studio di diritto straniero, la ricerca sarà sviluppata in un continuo confronto col diverso sistema processuale italiano. Lo scopo della ricerca, infatti, non vuole essere meramente descrittivo, ma essa intende aiutare ad aprire nuove prospettive di riforma organica dell'intero processo civile di primo grado italiano e ad allargare la visione dello studioso processualista di diritto interno, posto che, accogliendo la tesi di Denti, la comparazione è il punto di partenza di qualsiasi riforma.

²⁵ TARUFFO, *op. cit.*, pp. 93-94.

²⁶ V. JOLOWICZ, *Active role of the Court*, in CAPPELLETTI – JOLOWICZ (a cura di), *Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation*, Milano, 1975, pp. 197 ss.

B. L'evoluzione storica dei poteri di direzione processuale del giudice nel processo civile tedesco e in quello italiano.

I. Germania

1. Il diritto comune: quod non est in actis non est in mundo.

Il diritto processuale civile tedesco affonda le proprie radici storiche principalmente nel diritto comune germanico, un diritto non codificato, che, a sua volta, ha dei tratti ereditati in parte dal diritto romano-canonico – recepito dall'Italia tra il quattordicesimo e il quindicesimo secolo²⁷ – in parte dal diritto germanico medievale.

1.1. La nascita del diritto comune nel Sacro Romano Impero.

Tra il XV e il XVI secolo i tribunali di ciascun *Land* del Sacro Romano Impero applicano un proprio regolamento²⁸ di diritto processuale, di matrice totalmente consuetudinaria.

Il primo passo verso l'unificazione della normativa processuale in tutto l'Impero germanico viene mosso sulla spinta della nascita del **Tribunale Superiore del Reich**²⁹, istituito nel 1495, sotto il regno di Massimiliano I. Si tratta di una Corte Suprema, che esercita la propria giurisdizione in tutto il *Reich* quale giudice di ultimo grado. Naturalmente, anche il Tribunale Superiore del *Reich* è dotato di un proprio regolamento di procedura civile, anch'esso costituito da regole consuetudinarie³⁰.

In perfetta continuità con lo *ius commune* medievale europeo, il regolamento del Tribunale Superiore del *Reich*³¹ prevede un rito totalmente segreto ed interamente scritto. Infatti, ad essere redatti per iscritto e depositati in tribunale, non sono soltanto gli atti di impulso iniziali – atto di citazione e comparsa di risposta –, ma anche tutte le successive repliche e controrepliche, nonché l'escussione dei vari mezzi di prova, inclusa la testimonianza. Sempre sul piano probatorio, il mezzo istruttorio per eccellenza è costituito dal giuramento.

In questo contesto – ove il diritto consuetudinario della Corte Suprema è quello più diffuso – si distingue dagli altri *Länder* la Sassonia, la quale – rifiutando di recepire le consuetudini processuali del Tribunale Superiore – crea un proprio diritto processuale, che, a sua volta, diventa fonte d'ispirazione per altre legislazioni locali.

È proprio il diritto del Tribunale Superiore del *Reich*, combinato con alcuni tratti del diritto processuale della Sassonia, a divenire presto il diritto processuale comune per tutto il Regno. Talché, a partire dal Seicento, i singoli *Länder* sono stati chiamati ad adeguare il proprio procedimento alla disciplina del diritto processuale comune e numerosi tribunali locali s'impegnano ad applicarlo come normativa sussidiaria, in presenza di lacune nella disciplina processuale interna.

²⁷ ROSEMBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München, 2010, p. 21.

²⁸ *Die Kammergerichtsordnung*.

²⁹ WILLMANN, *Die Konzentrationsmaxime. Eine Untersuchung heutigen und früheren Rechts*, Berlin, 2004, p. 41; "Tribunale Superiore del Regno" è la traduzione italiana per *das Reichskammergericht*.

³⁰ È il c.d. *Kammergerichtsverfahren*.

³¹ Successivamente, nel 1549, viene istituito un altro Tribunale Superiore: *der Reichshofrat*, il quale pratica un diritto processuale molto simile al *Kammergerichtsverfahren*, ROSEMBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht* cit., p. 22.

Sostanzialmente, il rito celebrato nel Tribunale Superiore del *Reich* è diventato il primo diritto processuale applicato e riconosciuto in gran parte della Germania³².

1.2. Il processo di diritto comune.

Il processo di diritto comune è un procedimento scritto, mediato e segreto, la cui fase istruttoria è governata principalmente dalle regole della prova legale. I due principi processuali fondamentali sono la *Verhandlungsmaxime*³³ e l'*Eventualmaxime*³⁴.

I veri protagonisti del rito sono le parti, mentre il giudice sta sullo sfondo, in posizione neutrale e assolutamente passiva. Infatti, l'ordinamento giuridico del tempo assegna al giudice un ruolo da burocrate, al punto che **i suoi poteri di direzione processuale** sono sostanzialmente azzerati.

A ben vedere, tale configurazione dei poteri del giudice è assolutamente coerente con la concezione delle cose del mondo diffusa a quel tempo. Come è stato giustamente osservato³⁵, in una società imbevuta di religiosità, la giustizia suprema è messa nelle mani di Dio. Soltanto Dio può realizzare la giustizia del caso concreto, traducendo nella realtà giudiziale il Suo volere. Il ruolo del giudice si riduce, pertanto, a quello di semplice funzionario amministrativo, il cui compito è esclusivamente di vigilare sul rispetto delle scarse regole che scandiscono il corso del procedimento³⁶.

a. Il rito.

Il processo di diritto comune è suddiviso in due parti nettamente separate, l'una dedicata alla trattazione dell'oggetto della controversia, l'altra finalizzata all'istruzione probatoria. Entrambe le fasi processuali si sostanziano in un *continuum* di atti depositati e comunicati alla controparte, con la semplice intermediazione del giudice.

Al fine di garantire l'ordine in tale sequenza, la regolamentazione dell'*iter* processuale è alquanto rigida. Nella prima fase³⁷ le parti si limitano a raccogliere e a preparare le proprie domande e le relative difese³⁸, il tutto rigorosamente in forma scritta, secondo il brocardo *quod non est in actis non est in mundo*.

Nel vigore della *Dispositionsmaxime*³⁹, il procedimento può essere avviato solo attraverso l'atto d'impulso iniziale dell'attore: l'atto di citazione, nel quale vengono presentate le domande e le loro

³² WILLMANN, *Die Konzentrationsmaxime* cit., p. 42.

³³ Si tratta di un principio di diritto processuale avvicicabile al principio dispositivo, in forza del quale la determinazione dell'oggetto del giudizio e la relativa prova sono attività di competenza esclusiva delle parti.

³⁴ Il principio di eventualità è il principio che governa le decadenze processuali e il conseguente onere delle parti di avanzare, in momenti prestabiliti, tutte le affermazioni e deduzioni che potrebbero anche solo eventualmente rilevare ai fini della decisione della causa per evitare di incorrere nelle preclusioni. In altre parole, in un processo governato dall'*Eventualmaxime*, le singole fasi strutturali del procedimento sono fissate rigorosamente e i passaggi da un momento all'altro sono scanditi dall'operare di rigide preclusioni. Sul punto v. più diffusamente *infra sub b*.

³⁵ BRÜGGEMANN, *Judex statutor und judex investigator*, Bielefeld, 1968, p. 47.

³⁶ BRÜGGEMANN, *Judex statutor* cit., p. 47.

³⁷ La prima fase viene definita "primo procedimento" (*das erste Verfahren*).

³⁸ DAHLMANN, *Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert*, Aalen, 1971, p. 22.

³⁹ Principio meno ampio della *Verhandlungsmaxime*, ma ad esso attiguo, la *Dispositionsmaxime* coincide sostanzialmente col principio della domanda e consiste nel potere delle parti di decidere liberamente qual è il diritto per il quale si chiede la tutela giurisdizionale con l'instaurazione del procedimento. CAPPELLETTI, *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Giurisprudenza italiana* 1968, pp. 2-29, pp. 7 ss. V.

ragioni, in fatto e in diritto, illustrando con chiarezza, precisione e concisione i fatti oggetto della controversia.

È interessante notare che l'attore non gode sempre e comunque del diritto all'azione e all'instaurazione del processo. Infatti, il tribunale può rigettare l'atto di citazione mediante decreto, qualora la domanda sia inammissibile (per esempio in presenza di un inammissibile cumulo di domande) ovvero obiettivamente infondata. Specularmente all'atto di citazione, e non molto diversamente da quanto accade nel diritto processuale moderno, il convenuto, che intenda difendersi, deve redigere un atto che contenga le proprie difese in fatto e in diritto, nonché, se del caso, le domande riconvenzionali. Qualora il convenuto voglia contestare i difetti processuali della domanda iniziale – come l'incompetenza del giudice o la litispendenza di un'altra causa avente ad oggetto la stessa domanda – egli avanza una richiesta di rigetto della domanda per inammissibilità in uno specifico atto chiamato *Deklinatorien*

Il giudice del processo di diritto comune deve concedere ad entrambe le parti un ampissimo spazio alla loro contesa, che si sostanzia in un lungo ed illimitato scambio di scritti e memorie difensive. In tutta la prima fase, il giudice non ha strumenti per poter dirigere il processo; può incidere attivamente sul procedimento soltanto in chiusura della prima fase, al momento della pronuncia di un provvedimento che, a seconda dei casi, conclude oppure fa progredire la causa. In particolare, se non v'è necessità di passare alla fase istruttoria, il giudice decide la causa e risolve la controversia attraverso una sentenza definitiva. Se, viceversa, è necessario dar corso all'istruzione probatoria, il giudice decreta il passaggio dal primo procedimento alla fase istruttoria, pronunciando una *Beweisurteil*, una sentenza interlocutoria che contenga l'indicazione dei fatti da provare e l'individuazione della parte gravata dall'onere della prova.

Con la pronuncia della *Beweisurteil* si aprono le porte della seconda fase del processo di diritto comune, precludendo però ogni possibilità di presentare nuove affermazioni, pretese o difese. Nel c.d. secondo procedimento le parti devono provare le proprie affermazioni, sicché, in primo luogo, provvedono ad elencare in un'apposita lista⁴⁰ le prove che intendono dedurre. Al momento dell'ammissione e dell'assunzione, le parti hanno ancora la possibilità di contestare reciprocamente per iscritto le prove proposte. Ecco che, anche nella fase istruttoria, si ripropone una tenzone, simile a quella del primo procedimento e di cui il giudice è semplice arbitro. Solo alla fine di questo secondo scontro tra le parti⁴¹, il giudice può decidere quali mezzi di prova ammettere, per poi procedere alla loro assunzione⁴². Conclusa l'assunzione probatoria e fatte le ultime osservazioni e conclusioni scritte ad opera delle parti, il giudice può finalmente pronunciare la sentenza che chiude il giudizio.

CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, Vol. II, Milano, 1951.

⁴⁰ *Die Beweisantretungsschrift*.

⁴¹ In caso di prova generica, la parte può contestare all'altra tale genericità, chiedendo al giudice (mediante una *Beweisimpugnationschrift*) di dichiarare il fallimento della prova e, a sua volta, la controparte si difende da tale accusa con una risposta scritta (*die Salvationsschrift*).

⁴² La fase istruttoria risulta alleggerita nel caso in cui le prove siano state indicate già in occasione del primo procedimento, unitamente alle domande e alle eccezioni, anticipando, così, la fase di produzione e deduzione delle prove. Successivamente le prove possono essere stralciate quando sono risultate inutili ovvero superflue.

È facile notare come il processo di diritto comune è prerogativa delle parti – *rectius* degli avvocati – mentre il giudice viene allontanato dalla causa, impedendogli di avere un contatto diretto con le parti, i testimoni e gli esperti⁴³. Infatti, il giudice assiste passivamente, e senza un vero coinvolgimento, alla controversia, guarda l'intera vicenda giudiziale attraverso la mediazione degli atti e dei verbali scritti⁴⁴, senza viverla direttamente e senza potervi partecipare attivamente. È un semplice burocrate che smista le carte, concedendo o negando autorizzazioni, fino alla pronuncia della sentenza.

Dai tratti caratterizzanti del rito di diritto comune, deriva, naturalmente, l'ovvia conseguenza che il processo sia lunghissimo. Lo scambio di battute iniziale tra le parti è potenzialmente illimitato, lo svolgimento delle due fasi è discontinuo e frammentario e l'intero procedimento si presta a facili manipolazioni a fini dilatori⁴⁵. L'artificiosità, la tendenziosità e la frequente assenza di chiarezza degli scritti è la causa della lentezza del procedimento e, in ultima analisi, dell'ingiustizia del processo civile di diritto comune, senza che il giudice abbia la possibilità e la facoltà di porvi rimedio.

b. L'Eventualmaxime.

Per controbilanciare l'ampiezza dello spazio lasciato alla discussione tra le parti in ciascuna fase del procedimento, risulta senza dubbio necessario impedire alle stesse di presentare nuove domande, nuove eccezioni e nuovi mezzi di prova, in momenti successivi a quelli riservati alla definizione dell'oggetto della causa ovvero all'assunzione dei mezzi di prova. Infatti, se si ammettesse il contrario, sarebbe necessario regredire alle fasi precedenti e concedere alle parti un nuovo ricco scambio di battute.

Sulla base di queste premesse, si giustifica il divieto che il diritto comune pone alla proposizione di nuove domande e nuove eccezioni, di nuove deduzioni e nuove dichiarazioni difensive, dopo la conclusione del primo procedimento. Analogamente, è vietato proporre nuovi mezzi di prova dopo la pronuncia della *Beweisurteil*. Le pronunce del giudice, che decretano il passaggio da una fase all'altra, fungono da "paletto", oltre il quale alle parti sono precluse determinate attività difensive. Il potere più rilevante del giudice nel diritto comune è proprio quello di apporre un sigillo tra una fase e un'altra, impedendo ripetizioni o regressioni.

In altre parole, il giudice chiude le porte di passaggio da una fase a quella successiva, sicché le parti non possono più tornare indietro. Conseguentemente, queste ultime devono prestare particolare attenzione nella predisposizione degli atti, per non perdere l'opportunità di difendersi o la giusta occasione nella quale rispondere alle pretese avversarie. In particolare, esse devono proporre in un unico atto tutti "i mezzi di attacco e di difesa" – affermazioni e difese, repliche e controrepliche –

⁴³ CAPPELLETTI, *Giustizia e società*, Milano, 1972, pp. 50-51.

⁴⁴ Essendo il processo interamente scritto, non trova spazio nel diritto comune il principio d'immediatezza. Anzi, di norma il giudice decidente, che delibera semplicemente leggendo le carte, è diverso dal giudice che ha presieduto il procedimento nelle fasi anteriori a quella decisionale. In questo contesto non ha neppure rilievo il principio di pubblicità.

⁴⁵ CAPPELLETTI, *Giustizia e società* cit. pp. 52-53.

necessari e propri di quella determinata sequenza di rito, scongiurando gli effetti negativi della preclusione⁴⁶.

È quanto or ora descritto che viene sintetizzato con il termine *Eventualmaxime*: un principio generale di diritto processuale, in forza del quale le parti – per tutelarsi dall’effetto preclusivo che il progresso del procedimento comporta – devono presentare tutte le dichiarazioni che sono o solo appaiono utili ai fini dell’accoglimento della domanda, unitamente a tutte le difese e tutte le eccezioni che siano o che solo potenzialmente possano essere necessarie al fine di rigettare le richieste di controparte⁴⁷.

1.3. Il progressivo abbandono del diritto comune.

L’inefficienza del diritto processuale comune diventa sempre più palese ed intollerabile, al punto che esso viene preso a modello di riferimento in negativo, dal quale partire per presentare progetti di riforma. In particolare, si avverte l’inadeguatezza di un procedimento lento, totalmente scritto e sottratto alla pubblicità; la circostanza che le parti possano celarsi dietro gli scritti redatti dai difensori tecnici, in totale assenza di operatività dei principi di oralità e di immediatezza, nemmeno esistenti in forma embrionale, non solo ritarda la conclusione del giudizio, ma comporta anche il rischio di una sentenza ingiusta, minando, così, la fiducia nutrita dai consociati nella tutela giurisdizionale⁴⁸.

Di conseguenza, progressivamente i vari Regni germanici, ispirati dall’assolutismo illuminato e dalle sue ideologie, cercano di abbandonare il diritto comune, creando un proprio diritto processuale unitario, che risponda alle rinnovate esigenze di tutela giurisdizionale.

È necessario anzitutto richiamare l’esperienza del Brandeburgo-Prussia, un Regno vastissimo, composto da numerosi piccoli territori, il quale si impegna a realizzare l’unificazione dell’organizzazione giudiziaria e la raccolta delle numerose e particolari leggi processuali locali in un unico testo di codice di procedura civile⁴⁹. L’iniziativa dello Stato assoluto del Regno di Brandeburgo-Prussia è assolutamente ammirevole, perché costituisce il primo esempio di ordinamento giuridico che non si limita a riconoscere semplicemente autonomia al diritto processuale civile nei confronti del diritto sostanziale, ma fa di esso l’oggetto principale, pressoché unico, delle opere di riforma normativa. Ci si convince, infatti, che l’efficienza del diritto processuale e la solidità dell’organizzazione giudiziaria siano condizione necessaria e requisito imprescindibile dell’effettività e dell’applicabilità del diritto sostanziale. Non è, dunque, possibile mettere mano alla disciplina e alla regolamentazione del diritto sostanziale se prima non si riordina la materia processuale e il sistema giudiziario.

⁴⁶ Solo eccezionalmente il diritto comune ammette la proposizione tardiva di nuove deduzioni e di nuovi mezzi di prova, e cioè quando questi fossero in precedenza del tutto sconosciuti ovvero non fossero ancora venuti ad esistenza.

⁴⁷ DAHLMANN, *Der Strukturwandel* cit., p. 22.

⁴⁸ WILLMANN, *op. cit.*, p. 51.

⁴⁹ MOHNHAUPT, *Il «Project des Codicis Fridericiani Marchici» del 1748. Legge processuale di Samuel von Cocceji*, traduzione dal tedesco a cura di F. CORDOPATRI, in N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di), *Testi per la storia del processo, Codex Fridericianus Marchicus*, T. I, *Project des Codicis Fridericiani Marchici, 1748*, Milano, 2000, pp. 11 ss.

Quanto detto sulle nuove convinzioni giuridiche poggia le proprie fondamenta teoriche sull'idea secondo la quale il diritto processuale civile ha come scopo principale la pacificazione sociale⁵⁰. Nello Stato assoluto illuminato, il contenzioso processuale deve essere necessariamente prerogativa dello Stato, al fine di evitare che la natura umana e l'atavica forza prevaricatrice, che spinge un individuo alla contesa verso un altro, rendano comune il ricorso all'autodifesa e alla violenza⁵¹. È il contratto sociale ad imporre ai sudditi di rivolgersi ai tribunali e a rispettare il monopolio dello Stato sulla sentenza e sulla sua esecuzione: in cambio lo Stato si impegna a soddisfare il bisogno di tutela giurisdizionale del cittadino⁵².

È ovvio che per far ben operare un tale sinallagma, occorre che la funzione giurisdizionale sia assegnata a persone in grado di garantire un elevato grado di competenza e professionalità. Inoltre, la richiesta di tutela giurisdizionale non deve tramutarsi in un'attesa esasperante della pronuncia della sentenza, frustrando il diritto del singolo alla statuizione e all'esecuzione delle pretese riconosciute come legittime.

Lo Stato illuminato è uno Stato paternalistico, dunque interessato al bene e alla felicità del proprio suddito; al contempo, è uno Stato molto attento alla proficua e razionale amministrazione dell'economia pubblica⁵³. Un processo lungo e macchinoso ha un costo elevato che grava sulle casse dello Stato e nuoce all'economia del Regno. Il processo civile, così come si presenta, favorisce più il debitore che il creditore e i crediti riescono ad essere riscossi spesso soltanto decorso un lungo lasso temporale. Ne segue che il capitale in circolazione rimane improduttivo e spesso i sudditi benestanti preferiscono far fruttare i propri denari all'estero⁵⁴.

Ecco che i monarchi assoluti Federico Guglielmo I e il suo successore Federico il Grande avviano con determinazione il processo di riforma della giustizia civile, con gli obiettivi programmatici di abbatterne i costi e di diminuire la durata dei processi⁵⁵. Il vero artefice della riforma del Brandeburgo-Prussia è il Gran Cancelliere **Samuel von Cocceji**, il quale avvia la propria opera studiando l'organizzazione giudiziaria del Regno e raccogliendo le norme sparse in materia processuale. All'esito della sua ricerca e della sua raccolta, von Cocceji crea il *Project Codex Fridericianus Marchicus* del 3 aprile 1748, noto anche sotto il nome di **Codex Marchicus**. Si tratta un Codice di procedura generale unitario dal valore definitivo, seppure oggetto di integrazioni fino al 1766, e di stampo compilativo, composto da tutte le leggi territoriali e settoriali del Regno.

L'attenzione di von Cocceji si concentra sull'innalzamento del livello di preparazione professionale, sia teorica sia pratica, dei giudici, sull'eliminazione dei rischi di condotte abusive, mosse dal profitto personale, degli operatori giudiziari e sulla concentrazione di tutti gli editti e di tutte le norme processuali in un unico codice vigente per tutto il Regno del Brandeburgo-Prussia⁵⁶.

⁵⁰ MOHNHAUPT, *Il «Project des Codicis Fridericiani Marchici» del 1748* cit., p. 19.

⁵¹ MOHNHAUPT, *op. cit.*, p. 20.

⁵² MOHNHAUPT, *ibid.*

⁵³ MOHNHAUPT, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁴ MOHNHAUPT, *ibid.*

⁵⁵ MOHNHAUPT, *op. cit.*, pp. 22-23

⁵⁶ MOHNHAUPT, *op. cit.*, p. 32.

Dal punto di vista contenutistico, il *Codex Fridericianus Marchicus* – il quale, è bene sottolineare, non si tratta di un codice nel significato moderno del termine, ma di una raccolta di norme processuali previgenti riviste, riordinate e sistematizzate – è suddiviso in quattro parti.

Specificatamente, la prima parte è dedicata al tema del reclutamento del personale giudiziario, in modo da selezionare persone preparate e competenti, indicando le qualità e le capacità attitudinali che i giudici, gli avvocati e i notai debbano possedere per poter rivestire tale incarico, nonché i doveri che costoro sono tenuti a rispettare⁵⁷. La seconda parte «sancisce l'eliminazione degli “abusi pervicaci” commessi nei procedimenti»⁵⁸ al fine di impedire che si verifichino nei procedimenti giudiziari forme di strumentalizzazione dei processi poste in essere allo scopo precipuo di trarre una qualche forma di arricchimento personale. La terza e la quarta parte del *Codex* sono invece dedicate rispettivamente alla disciplina del rito ordinario e a quella dei riti speciali, tra i quali è ricompreso quello semplificato per le c.d. liti bagatellari⁵⁹.

Nel complesso, le disposizioni codicistiche sono dirette a garantire un'efficiente conduzione del procedimento e una veloce risoluzione della controversia tramite la rigida organizzazione dell'ordinamento giudiziario e l'eliminazione di tutti gli incidenti che possano intralciare il regolare corso del processo⁶⁰.

Per quanto attiene la disciplina del rito in sé per sé considerata, invece, non si può certo dire che questa sia innovativa né tanto meno risolutiva di tutti i problemi del processo civile. Infatti, dal momento che le norme processuali precedenti non sono state nettamente abrogate, ma semplicemente raccolte, selezionate, eventualmente riviste e corrette, la validità delle nozioni generali di diritto processuale risalenti al diritto comune non è stata messa in discussione e quest'ultimo è rimasto il fondamento e il presupposto di riferimento⁶¹.

Quanto appena detto non deve tuttavia mettere in ombra gli innegabili pregi dell'opera di von Cocceji. Infatti, il *Codex* si presenta come un'opera estremamente moderna ed innovativa se non dal punto di vista della disciplina del rito, senza alcun dubbio dal punto di vista della riforma dell'ordinamento giudiziario.

Inoltre, merita di essere posta in rilievo la considerazione che, per la prima volta, uno Stato vede nel diritto processuale civile non più un semplice strumento del diritto sostanziale, ma un tema autonomo di discussione politica e legislativa nel Regno, nonché l'oggetto esclusivo di un'opera organica e complessa di riorganizzazione normativa. L'opera compilativa del Gran Cancelliere riesce con successo a unificare le numerose e così diverse realtà normative territoriali, nonché a razionalizzare l'organizzazione dell'ordinamento giudiziale. Anche la figura del giudice ne esce

⁵⁷ MOHNHAUPT, *ibid.*: «La prima parte, ovvero la parte attinente al riordinamento del personale di giustizia considerato da Cocceji il fondamento più importante di qualsiasi riforma, disciplina le modalità di scelta, la qualità e la capacità attitudinale dei giudici, degli avvocati, dei notai ed elenca i loro doveri».

⁵⁸ MOHNHAUPT, *ibid.*

⁵⁹ MOHNHAUPT, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁰ MOHNHAUPT *ibid.*

⁶¹ MOHNHAUPT *ibid.*: «Il suo codice [di Cocceji] non può essere considerato come un lavoro a sé stante che trae fondamento solo da nuove idee. [...] Ogni singolo atto normativo preesistente venne inserito in contesto armonico, ricevette una forma sintattica ed espressiva ben articolata [...]. Non fu sancita, però, una chiara e netta abrogazione delle precedenti norme processuali, né fu messa in discussione la validità delle nozioni generali di diritto processuale risalenti al processo di diritto comune. Anzi, il diritto processuale comune resta l'evidente fondamento e viene implicitamente considerato il presupposto di riferimento».

migliorata. Sono giudici solo coloro che abbiano ricevuto una buona formazione e che mostrino la professionalità e l'esperienza necessarie per svolgere tale ruolo.

Il *Codex Fridericianus Marchicus* è legge vigente in pressoché tutto lo Stato del Brandeburgo-Prussia, assicurando al medesimo un diritto processuale civile unitario in tutto il territorio del Regno⁶².

Successivamente, la Prussia rimette mano alla riforma del processo civile con l'*Allgemeine Gerichtsordnung* del 1793. Nonostante permangano in esso dei tratti tipici del diritto processuale comune – in particolare la prevalenza della scrittura sull'oralità –, il procedimento prussiano risulta notevolmente innovato, grazie alla previsione del contatto immediato e diretto tra il giudice e le parti⁶³ e grazie all'eliminazione dell'*Eventualmaxime*⁶⁴. Inoltre, l'AGO prussiano del 1793 assegna al giudice un importante dovere d'indicazione (*Instruktionspflicht*) nei confronti delle parti, volto alla conoscenza delle circostanze di fatto rilevanti per la decisione e fin anche alla scoperta della verità⁶⁵.

In altri *Länder*, invece, specificatamente quelli della Renania, il diritto processuale applicato è quello francese, regolato dal *Code de procédure civile* del 1806⁶⁶. Un diritto che affonda le proprie radici storiche nel diritto processuale romano-canonico. A differenza del diritto comune, il diritto processuale francese prevede che la trattazione della causa sia orale e pubblica. La conduzione del processo è, tuttavia, posta totalmente nelle mani delle parti, o meglio dei loro avvocati, i quali non di rado manipolano gli scritti iniziali prima che giungano al giudice ovvero ritardano appositamente il momento di comparizione in udienza, aumentando il numero di atti presentati nella fase preparatoria extragiudiziale⁶⁷.

2. Le codificazioni del XIX secolo: l'avvento dell'oralità e della pubblicità.

A partire dalla metà del diciannovesimo secolo vengono avanzate le prime proposte di riforma per eliminare le differenze giuridiche e normative in materia di diritto processuale civile tra le varie zone della Germania e creare, così, una disciplina processuale unitaria, sostitutiva del previgente diritto comune⁶⁸.

2.1. Il primo passo verso l'unificazione del diritto processuale civile tedesco: das hannoverische Gesetz del 1847.

Spicca nel panorama giuridico del tempo la legislazione di cui il Regno di Hannover si è dotato nel 1847, per regolamentare il proprio processo civile. Tale legge (*das hannoverische Gesetz*, in forma abbreviata ABPO) ha, in realtà, l'ambizione di divenire il diritto processuale di tutta la Germania,

⁶² MOHNHAUPT, *op. cit.*, p. 32.

⁶³ SCHÖNKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, Karlsruhe, 1956, p. 30; la discussione orale tra giudice e parti è finalizzata all'individuazione ed alla trattazione dei fatti oggetto della controversia.

⁶⁴ Tuttavia, successivamente viene reintrodotta l'*Eventualmaxime*, la cui rigidità è temperata dall'aggiunta di un'udienza successiva allo scambio di memorie scritte, dedicata esclusivamente alla presentazione delle affermazioni e dei mezzi di prova; ROSEMBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *op. cit.*, p. 24.

⁶⁵ LEVIN, *op. cit.*, p. 19

⁶⁶ SCHÖNKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts* cit., p. 30.

⁶⁷ ROSEMBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *op. cit.*, p. 24

⁶⁸ STEINBERG, *Richterliche Gewalt und individuelle Freiheit. Ein Ansatz zu einer allgemeinen Prozesslehre*, Frankfurt am Main, 2010, pp. 43 ss.

risolvendo definitivamente il problema della frammentazione dei modelli processuali nei vari *Länder*⁶⁹.

L'attribuzione di un ruolo di rilievo a tale legge si giustifica per il fatto che essa è stata tra le prime ad aver affermato il principio dell'oralità e quello della pubblicità. Come corollario il giudice assume un ruolo nel processo decisamente più attivo, attraverso il potere d'intervento ed attraverso il dialogo con le parti. Il giudice è, altresì, dotato di alcuni poteri d'ufficio, come l'ordine di comparizione personale delle parti o l'assegnazione di nuovi termini per permettere alle medesime parti di provare determinate circostanze, rilevanti ai fini della decisione.

Un altro punto di notevole novità, ma pur sempre consequenziale all'introduzione dell'oralità, è l'immediatezza nella trattazione e nell'assunzione probatoria. Si percepisce come nuova esigenza l'avvicinamento del giudice alle parti, abbattendo quel muro che il diritto comune ha eretto tra il primo e tutti gli altri soggetti coinvolti nel procedimento⁷⁰.

Nonostante i cambiamenti radicali apportati alla disciplina precedente – soprattutto con riferimento all'emersione di nuovi principi processuali fino ad allora non ancora sentiti come fondamentali – l'ABPO non può certo dar vita a un processo totalmente nuovo, dal momento che il suo punto di partenza resta pur sempre il diritto comune. Così, il rito, regolato ancora dall'*Eventualmaxime*, continua ad essere diviso dalla *Beweisurteil* in due fasi⁷¹

Tuttavia, è possibile osservare come il procedimento previsto dall'ABPO – sebbene sia concepito come una mera semplificazione del diritto comune⁷² – presenti il grandissimo pregio di rafforzare il ruolo del giudice, eliminando il carattere mediato e indiretto della trattazione a favore della vicinanza personale e diretta del giudice alle parti⁷³. Il giudice è dotato di rinnovati **poteri di direzione del processo**, sia formali sia materiali⁷⁴, esercitati in un rito ispirato ai principi di pubblicità ed immediatezza.

L'ABPO si diffonde, ma non riesce nel suo piano di unificazione totale del diritto processuale in Germania. Da un lato, alcuni Regni si oppongono all'omologazione, preferendo adottare un proprio diritto processuale civile (è il caso del *Baden* e della Prussia), modellato su un procedimento prevalentemente scritto⁷⁵. Dall'altro lato, l'insediamento del diritto processuale civile francese – prima limitatamente ai piccoli Stati alla sinistra del Reno, annessi alla Germania, poi esteso ad altre importanti regioni del Regno – è particolarmente forte e difficile da sradicare.

⁶⁹ DAHLMANNNS, *Der Strukturwandel* cit., p.15.

⁷⁰ CAPPELLETTI, *Giustizia e società* cit. p. 51.

⁷¹ V. *supra* par. 1.2.

⁷² DAHLMANNNS, *op. cit.*, p. 24.

⁷³ DAHLMANNNS, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁷⁴ Nello specifico, il giudice gode del potere di rivolgere domande alle parti e ogni qual volta gli atti scritti non abbiano chiarito a sufficienza l'oggetto della domanda, può ordinare la comparizione personale delle parti dinanzi a sé ed esortarle al chiarimento dei fatti oggetto della causa.

⁷⁵ In particolare, si lascia alla fase dello scambio di scritti (più o meno rigidamente regolata) il compito di raccogliere tutto quanto necessario per ricostruire l'oggetto della controversia, il *petitum* e la *causa petendi*, mentre nell'udienza successiva le parti, oralmente, hanno la possibilità di specificare le proprie dichiarazioni, richieste ed eccezioni contenute negli atti scritti, nonché di provare i fatti oggetto della controversia; DAHLMANNNS, *op. cit.*, p. 28.

2.2. Il secondo passo verso l'unificazione del diritto processuale civile tedesco: das hannoversche Gesetz del 1850 e il nuovo principio quod non est in ore, non est in mundo.

La rivoluzione del 1848 rivendica l'oralità e la pubblicità del procedimento nel processo civile come garanzia alle pretese individuali di giustizia e di tutela dei diritti soggettivi. Su questa scia si pone il nuovo codice di procedura civile del Regno di Hannover (*Bürgerliche Prozessordnung*) del 1850, con il quale si impone una trattazione della causa totalmente orale e pubblica. Anche tale legge – come quella precedente del 1847 – non riesce a liberarsi totalmente dal vincolo che la lega al previgente diritto comune, poiché interviene su di esso con un'opera di risanamento dei suoi aspetti più negativi e lesivi all'efficienza della giustizia civile⁷⁶. Così, determinati istituti del diritto comune vengono mantenuti e migliorati, mentre altri vengono eliminati o totalmente capovolti.

La *Bürgerliche Prozessordnung* di Hannover è opera di **Gerhard Adolf Leonhardt** e si distingue dalle altre codificazioni del tempo per chiarezza, razionalità e sistematicità. La sua importanza nel panorama giuridico tedesco è data dal fatto che essa è stata senza dubbio il modello successivamente più seguito, ispirando infine persino l'opera di Franz Klein⁷⁷.

L'elemento di maggior rilievo e di grande novità nel *hannoversche Gesetz* del 1850 è la volontà dichiarata del riformatore di improntare l'intero procedimento ai principi dell'oralità e dell'immediatezza fin dall'introduzione della causa, nei momenti iniziali del processo e per tutto il corso della trattazione, al fine di creare un processo il più possibile rapido e giusto⁷⁸. Ciò che fino a quel momento si intendeva per "trattazione orale della causa davanti al giudice" viene reinterpretato e rimodellato da Leonhardt, valorizzando al massimo il confronto diretto tra giudice e parti.

Anzitutto, l'antico brocardo *quod non est in actis, non est in mundo* viene definitivamente abbandonato a favore dell'opposto principio *quod non est in ore, non est in mundo*. Ciò significa che, superato il sistema di diritto comune, che attribuisce massimo valore allo scambio di scritti tra le parti, queste ultime definiscono l'oggetto della controversia necessariamente ed esclusivamente in occasione dell'udienza orale di trattazione orale della causa dinanzi al giudice; udienza che diventa il momento centrale dell'intero procedimento, mentre gli scritti iniziali perdono di valore e i passaggi che ritardano o rinviando la fase dibattimentale sono marginalizzati o definitivamente eliminati⁷⁹.

In secondo luogo, l'attuazione dell'oralità nel procedimento ha portato all'attenuazione della tradizionale *Eventualmaxime*. La trattazione è unitaria, sebbene possa aver luogo in più udienze. Il libero confronto tra le parti, senza barriere tra un passaggio e l'altro del processo, consente di far sviluppare la causa senza imporre rigidi schemi processuali. Poiché non sono fissati limiti particolari alla proposizioni di mezzi di attacco e di difesa nonché alle repliche e controrepliche, l'oggetto della controversia si delinea e viene riempito nei suoi contorni in itinere, man mano che la trattazione orale progredisce e si sviluppa.

⁷⁶ WILLMANN, *op.cit.*, p. 52.

⁷⁷ DAHLMANN, *op. cit.*, p. 36.

⁷⁸ CAPPELLETTI, *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile cit.*, pp. 18 ss.

⁷⁹ DAHLMANN, *op cit.*, p. 38.

L'intuizione di Leohnardt è stata quella di non limitarsi a modificare un procedimento già esistente, ma di ricostruire il processo su nuove fondamenta. Affermare, dunque, un nuovo principio fondamentale e da lì trarne le conseguenze sul piano processuale.

Il giudice, tuttavia, non gode ancora di **poteri di direzione formale e materiale** del processo che possano dirsi realmente incisivi. Infatti, da un lato sono le parti a dirigere il processo, stabilendo i termini, le date delle udienze e le eventuali decadenze. Dall'altro lato, il giudice non è autorizzato dalla legge ad incidere sull'oggetto della controversia né sullo sviluppo della causa con domande rivolte alle parti ovvero, più in generale, con un proprio intervento attivo.

Il procedimento della BPO continua ad essere bifasico, diviso da una *Beweisurteil*⁸⁰. Sia la prima fase, di trattazione della causa, sia la seconda fase, d'istruzione probatoria, si sostanziano in un'unica udienza o, se necessario, in più udienze nelle quali, rispettivamente, la trattazione e l'assunzione probatoria avvengono rigorosamente in forma orale⁸¹. Le udienze del primo e del secondo procedimento, anche se hanno luogo in più sedute, sono da considerarsi come un *unicum*. Ad esclusione della *Beweisurteil*, non vi sono altre sentenze non definitive né provvedimenti interinali, affinché il procedimento possa scorrere fluidamente fino alla sentenza definitiva.

Sia la trattazione della causa sia l'istruzione probatoria avvengono nel contraddittorio tra le parti e sotto forma di un dialogo libero e spontaneo. A differenza di quanto accadeva nel previgente regime di diritto comune, le parti possono scegliere, secondo la propria libera determinazione discrezionale e seguendo l'ordine da loro preferito, quali argomenti, deduzioni e mezzi di prova proporre e dedurre e in quale momento svolgere tali attività⁸².

Tuttavia, non si può dire che la BPO abbia definitivamente abbandonato l'*Eventualmaxime*, la quale, seppure in modo decisamente ridimensionato, continua a governare il rito processuale. Infatti, viene mantenuta la netta divisione tra la fase di trattazione e la fase istruttoria, ereditata dal diritto comune e finalizzata, invero, alla realizzazione della celerità del procedimento⁸³. Inoltre, non mancano preclusioni alla proposizione di determinate eccezioni o mezzi di prova al fine di evitare un'eccessiva dilatazione dei tempi del processo⁸⁴.

In conclusione, si può affermare che la *Bürgerliche Prozessordnung* di Leohnardt rispecchi le tendenze dei legislatori del tempo, dando concreta attuazione all'oralità, nella speranza di conseguire gli obiettivi della velocizzazione del processo, della scoperta della verità e del riavvicinamento del cittadino agli organi giurisdizionali, tracciando in questo modo il sentiero che sarebbe stato poi intrapreso dalla successiva *Zivilprozessordnung* unica per tutta la Germania⁸⁵.

2.3. La Zivilprozessordnung del 1877.

⁸⁰ DAHLMANN, *op. cit.*, p. 42.

⁸¹ Ad assumere la forma scritta sono esclusivamente gli atti d'impulso iniziali (atto di citazione e comparsa di risposta) e gli atti introduttivi della fase istruttoria, nei quali indicare i mezzi di prova; viene fatta salva, tuttavia, la possibilità per il giudice di concedere – in via eccezionale e su istanza congiunta delle parti – la sostituzione della discussione orale della prima fase con uno scambio di atti scritti. WILLMANN, *op. cit.*, p. 102.

⁸² WILLMANN, *op. cit.*, pp. 54-55.

⁸³ WILLMANN, *op. cit.*, p. 56.

⁸⁴ WILLMANN, *ibid.*

⁸⁵ DAHLMANN, *op. cit.*, p. 48.

La proposta di legge per la codificazione unitaria del diritto processuale civile (la c.d. proposta di Hannover) risale al 1866, e si pone sulla scia di altre proposte di unificazione normativa, quali quella del diritto commerciale e quella del diritto delle obbligazioni.

I lavori, iniziati nel 1862, sono stati affidati ad un'apposita commissione nominata dal Parlamento⁸⁶. Tra i suoi membri vi è anche Leohnardt, il che rende edotti del perché il codice unitario presenti molti punti in comune con la legge processuale civile del Regno di Hannover. In Leohnardt può essere pertanto identificato il vero artefice della *ZPO* tedesca, così come Franz Klein lo è stato per la codificazione austriaca⁸⁷.

La *ZPO* viene emanata nel 1877, ma entra in vigore nell'ottobre 1879. Considerato lo sviluppo storico e geopolitico del Paese, è inevitabile che la forza motrice della *ZPO* del 1877 sia il liberalismo⁸⁸. Così, essa si presenta come la sintesi delle leggi e dei codici preunitari: le diverse forze politiche, le evoluzioni storiche e le ideologie alla base del pensiero dei giuristi e dei legislatori del tempo hanno esercitato sulla forma definitiva del codice unitario un'influenza determinante. Gli ideali liberali di origine francese – in particolare il principio di oralità – e la loro rielaborazione dogmatica nelle codificazioni locali hanno finito per costituire il modello di riferimento della *ZPO* del 1877. Eppure, gli ideali liberali sarebbero comunque rimasti indefiniti se non ci fosse stato l'intervento razionalizzante di Leohnard, il quale riesce a mediare l'eredità del diritto comune germanico con i principi liberali sposati dal diritto processuale francese⁸⁹.

L'impronta liberale della *ZPO* del 1877, nonostante l'apice del liberalismo fosse oramai stato raggiunto e le sue ideologie iniziassero già a tramontare, si scorge non soltanto nei principi prettamente processuali a cui la normativa si ispira, ma anche negli ideali di matrice più propriamente **politica** che la guidano⁹⁰. Sicché, fra gli scopi perseguiti nella regolamentazione del processo, vi è quello di limitare in modo determinante i poteri del giudice, a favore del principio della signoria delle parti sulla controversia.

Da qui, i numerosi vincoli imposti al medesimo giudice per evitare che egli invada in qualche modo l'ampio spazio di libertà processuale riservato alle parti e dia alla causa un esito imprevedibile. L'interesse delle parti è sempre posto in primo piano e, perciò, è a loro affidata la maggior parte della conduzione del procedimento, quale prerogativa della loro posizione processuale. Il ruolo del giudice è marginalizzato, nel senso che costui è, ancora una volta, un semplice spettatore passivo.

⁸⁶ SPRUNG, *Die Ausgangspositionen österreichischer Zivilprozessualistik und ihr Einfluss auf das deutsche Recht*, in *ZJP* 1979, Heft 1, p. 6.

⁸⁷ DAHLMANNNS, *op. cit.*, pp. 86-87.

⁸⁸ DAHLMANNNS, *op. cit.*, p. 86.

⁸⁹ DAHLMANNNS, *op. cit.*, pp. 86-87

⁹⁰ BETTERMANN, *Hundert Jahre Zivilprozeßordnung. Das Schicksal einer liberalen Kodifikation*, in *ZJP* 1978, Heft 4, pp. 366 ss.

Si perpetuano, così, le scelte sbagliate proprie del processo di diritto comune e di quello di origine francese, sicché non sorprende che il processo regolato dalla *ZPO* del 1877 sia alquanto lento e farraginoso⁹¹.

Eppure non si può negare che, nonostante gli indubbi difetti, la *ZPO* tedesca abbia il pregio di aver realizzato una nuova ed incisiva deformalizzazione del procedimento, muovendo così il primo passo verso l'attribuzione di un ruolo più attivo al giudice nella *formelle Prozessleitung*. Allo stesso tempo, l'oralità del procedimento funge da leva al potenziamento del potere del giudice nella determinazione dell'oggetto della controversia (*materielle Prozessleitung*)⁹².

Poiché l'oralità è elevata a dogma e la signoria delle parti sul processo è illimitata, il sacrificio dell'immediatezza si presenta come conseguenza inevitabile. Si consolida la prassi di rimettere la causa ad un giudice delegato, il quale presenzia alle numerose udienze, che si susseguono l'una di seguito all'altra, riservando l'intervento del giudice collegiale soltanto al termine di tale *iter*. Il giudice collegiale, dunque, interviene soltanto per decidere la controversia in base al resoconto della causa che il giudice delegato fa al collegio. L'oralità delle udienze e il monopolio delle parti sulla conduzione delle stesse comportano, peraltro, il dilatamento dei tempi del processo, favorendo, non di rado, l'uso di tecniche dilatorie e manipolative da parte dei difensori⁹³.

L'udienza di trattazione orale della causa è senza dubbio il fulcro e l'essenza dell'intero procedimento. Essa si apre con la lettura che le parti danno delle proprie domande iniziali, cui segue nel contraddittorio tra di loro la richiesta di assunzione dei mezzi di prova e istruttori. Dopodiché, il giudice procede immediatamente ad ammettere le prove e, dopo aver completato la trattazione della causa, chiude il processo con la pronuncia della sentenza.

Solo nell'ipotesi in cui l'assunzione probatoria abbia richiesto dei passaggi ulteriori (perché per esempio, le parti non sono state in grado di esibire immediatamente le prove), l'udienza può essere rinviata e il giudice pronuncia una *Beweisbeschluss* (quindi un'ordinanza, non più una sentenza), con la quale indica i mezzi di prova da assumere, le dichiarazioni da provare e la parte onerata dalla prova.

Come nella *BPO*, anche nella *ZPO* del 1877 le parti non sono tenute a seguire un ordine particolare nella proposizione delle proprie difese e delle prove, al fine di preservare la coesione e la spontaneità del procedimento. Diversamente, però, dalla *BPO* le parti non sono neppure costrette ad avanzare prima le dichiarazioni e soltanto in seguito le prove. Si rinuncia, così, alla rigidità nella suddivisione del procedimento in fasi, tipica delle codificazioni precedenti la *ZPO* unitaria. In altre parole, non operano più le preclusioni dell'*Eventualmaxime*⁹⁴.

Per quanto riguarda la **direzione formale del procedimento**, la *ZPO* del 1877 non prende una posizione chiara, né a favore del "tutto nelle mani delle parti" né a favore del "tutto nelle mani del

⁹¹ V. STÜRNER, *Gründe und Ursachen des Problems der Ineffizienz von Gerichtsverfahren – ein historischer Überblick*, in GILLES (a cura di), *Effiziente Rechtsverfolgung. Deutsche Landesberichte zur VIII. Weltkonferenz für Prozessrecht in Utrecht 1987*, Heidelberg, 1987.

⁹² BRÜGGEMANN, *op. cit.*, pp. 41-43; TROCKER, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, p. 4

⁹³ SPRUNG, *Die Ausgangspositionen österreichischer Zivilprozessualistik* cit., pp. 6-7.

⁹⁴ WILLMANN, *op. cit.*, pp. 58 ss.

giudice”. Non si può non notare, tuttavia, che l’ago della bilancia penda decisamente a favore delle parti, nel senso che sono queste a governare, prevalentemente, seppure non esclusivamente, l’inizio e il successivo sviluppo del procedimento. Se si guarda alla fissazione delle udienze, l’amministrazione dei tempi del processo ordinario sono certo cosa del giudice. D’altro canto, però, le parti, in continuità col processo liberale, hanno la facoltà, ampiamente esercitata, di influenzare i tempi processuali, disponendo discrezionalmente la sospensione del processo, rinviando le udienze ovvero allungando o accorciando, mediante un semplice accordo tra di loro, i termini fissati dal giudice, salvo ovviamente il caso in cui detti termini siano inderogabili per legge⁹⁵.

Per quanto riguarda, invece, **la direzione materiale** del procedimento, il processo regolato dalla nuova ZPO è senza dubbio sorretto dalla *Verhandlungsmaxime* e dalla *Dispositionsmaxime*, mentre, come già detto, viene definitivamente abbandonata l’*Eventualmaxime*⁹⁶. Sono solo le parti che, nei loro atti iniziali e nel corso della trattazione orale, determinano la materia del contendere⁹⁷, assumendosi la responsabilità di acquisire al giudizio tutti i fatti rilevanti oggetto della causa. Il giudice gode di alcune forme marginali di potere di direzione materiale del processo. In particolare, può chiedere d’ufficio i chiarimenti, necessari per la decisione, sulle circostanze di fatto dedotte in giudizio, disporre d’ufficio l’ispezione e la perizia, deferire il giuramento decisorio, riaprire, quando necessario, la trattazione della causa⁹⁸.

3. Le riforme alla Zivilprozessordnung dalla nascita fino alla prima metà del Novecento.

3.1. L’opera di Franz Klein e la Zivilprozessordnung austriaca del 1895.

Nonostante la nuova ZPO sia stata accolta con gioia e abbia fatto nascere grandi aspettative per il futuro del processo civile tedesco, ben presto ci si avvede di alcune carenze di rilievo, tali da renderla inadeguata alle esigenze pratiche dell’ordinamento giuridico del Paese⁹⁹. In particolare, le più forti critiche alla nuova legge processuale prendono di mira il modo in cui è configurato il funzionamento del processo stesso (in una parola il *Prozessbetrieb*), ancora troppo legato ad un modello, quello liberale, ormai del passato¹⁰⁰.

Gli studiosi del tempo contestano in particolare il monopolio delle parti sulla direzione formale del procedimento, osservando come sia stato ben poco avveduto il legislatore del ‘77 nell’accogliere un sistema che, dall’esperienza precedente, si sapeva non funzionare. Vengono, così, richiamati i risultati negativi ai quali ha condotto il codice di procedura civile francese e dal quale è stato recepito il modello liberale; si compara, in vista di un successivo cambiamento, il sistema processuale tedesco con le più avvedute scelte del legislatore austriaco, il quale, in particolare, ha sottratto la notificazione degli atti processuali alle parti per affidarla alla competenza esclusiva degli

⁹⁵ DAMRAU, *Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen seit der Rechtszivilprozessordnung 1877*, Paderborn, 1975, pp. 4-19.

⁹⁶ DAMRAU, *op. cit.*, pp. 19-35.

⁹⁷ BOMSDORF, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozess. Vom gemeinen Recht bis zur ZPO*, Berlin, 1971, p.254

⁹⁸ BOMSDORF, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit* cit., p. 254.

⁹⁹ GOTTWALD, *Civil justice Reform: access, cost, and expedition. The German Perspective*, in ZUCKERMAN (a cura di), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure* cit., p. 226.

¹⁰⁰ BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 43.

uffici giudiziari; si auspica l'attenuazione del potere discrezionale riservato alle parti di sospendere il giudizio o di rinviare le udienze.

Più in generale, il principio della conduzione autonoma del procedimento ad opera delle parti è guardato ora come il vero male del processo civile unitario, come la causa degli innumerevoli ritardi e degli eccessivi costi di un sistema di tutela giurisdizionale sicuramente poco accessibile ai soggetti deboli del tessuto sociale ed economico. Correlativamente, la passività del giudice nel procedimento inizia ad essere percepita come innaturale, ritenendo che sia decisamente più funzionale ed efficace un modello di processo, in cui la sua conduzione sia prerogativa del giudice, attraverso l'esercizio officioso dei suoi rinnovati poteri¹⁰¹.

A dare una forte spinta verso le riforme del giovane codice di procedure civile tedesco è stata senza dubbio l'opera del giurista austriaco **Franz Klein**¹⁰², poi tradotta in legge dalla *ZPO* austriaca del 1895¹⁰³. La visione di Klein è permeata di ideologie politiche e sociologiche¹⁰⁴, che si distaccano nettamente dalla visione tipica liberale dell'epoca precedente, in quanto lo Stato liberale viene sostituito dallo Stato assistenziale, il cui compito principale è la realizzazione del benessere di tutti gli strati sociali. Se la *Wohlfahrt* è lo scopo, diventa allora fondamentale la garanzia ad una giustizia rapida ed economica, in grado di assicurare a tutti i cittadini, qualunque sia la classe sociale di provenienza, il soddisfacimento delle proprie pretese e la tutela dei propri diritti.

La giurisdizione diventa, allora, un organo amministrativo dello Stato e il diritto processuale civile diritto pubblico. La conduzione del processo deve essere sottratta al monopolio delle parti, per essere affidata al giudice, quale organo dello Stato¹⁰⁵. Infatti, amministrare la giustizia significa non soltanto tutelare il bene individuale, ma anche garantire la giusta protezione agli interessi della comunità intera. Il processo, come istituto di diritto pubblico, deve garantire, accanto alla realizzazione dell'interesse privato, la tutela dei più alti valori sociali.

Ma il pensiero di Klein va ben oltre la semplice pubblicizzazione del diritto processuale civile¹⁰⁶. La sua elaborazione teorica si basa sulla sociologia del diritto: la singola controversia giuridica tra i privati è un male sociale¹⁰⁷, che comporta una notevole perdita di tempo e di risorse umane ed economiche, e che esaspera i sentimenti di odio e di collera dei singoli individui, provocando un grave *vulnus* all'armonioso vivere insieme dei consociati¹⁰⁸. Il processo, dunque, è un fenomeno

¹⁰¹ DAMRAU, *Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen* cit. pp. 36 ss.

¹⁰² KLEIN, *Pro futuro. Beratungen über Probleme der Zivilprozessreform in Österreich*, Leipzig, 1891; V. J. ESSER, *Franz Klein als Rechtssoziologe*, in *Festschrift für 50. Jahre ZPO*, Wien, 1948, pp. 35 ss.

¹⁰³ KRALIK, *Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der Zivilprozeßordnung von 1895*, in Hofmeister (a cura di), *Forschungsband Franz Klein. Leben und Wirken. Beiträgen des Symposiums „Franz Klein zum 60. Todstag*, Wien, 1988, pp. 89 ss; SPRUNG, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, in *Riv. dir. proc. civ.* 2012, pp. 24-39.

¹⁰⁴ Sul collegamento tra diritto e sociologia nell'opera e nel pensiero di Franz Klein, v. ESSER, *Franz Klein als Rechtssoziologe*, in *Festschrift für 50. Jahre ZPO*, Wien, 1948, pp. 35 ss. D'altronde, la visione "sociale" dell'ordinamento giuridico da parte di Franz Klein non può certo sorprendere, essendo il grande giurista allievo di Anton Menger, il quale, a sua volta, è considerato il padre del socialismo giuridico.

¹⁰⁵ L'idea di Klein è di rafforzare il potere del giudice, senza dover per questo rinunciare necessariamente alla *Dispositionsmaxime*.

¹⁰⁶ CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 21 ss.

¹⁰⁷ BOMSDORF, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit* cit., pp. 259 ss., il quale richiama le parole di Klein: « *Der Prozess ist ein Fall sozialer Not* »

¹⁰⁸ SPRUNG, *op. cit.*, p. 10.

sociale di massa, che deve essere costruito in modo tale da rispondere alle esigenze di benessere della società¹⁰⁹.

Allorché Franz Klein viene incaricato di procedere all'elaborazione del codice di procedure civile austriaco¹¹⁰, egli si pone l'obiettivo di creare delle regole processuali ben congeniate, che consentano la risoluzione della singola controversia con rapidità, scarso dispendio economico e senza complicazioni artificiose¹¹¹. Secondo il giurista, infatti, il diritto processuale civile non è altro che la codificazione di un metodo di lavoro, cioè il metodo attraverso il quale i giudici, gli avvocati e le parti collaborano e lavorano insieme per scoprire la verità e decidere secondo giustizia¹¹².

Klein identifica gli strumenti per realizzare i propri scopi nei principi generali dell'oralità, dell'immediatezza, della pubblicità e della libera valutazione delle prove da parte del giudice¹¹³. Quest'ultimo deve assumersi la responsabilità nei confronti delle parti – e della società intera – di condurre il processo nel pieno rispetto degli interessi individuali e di concludere la controversia con una sentenza giusta¹¹⁴. A tal fine, egli deve certamente saper ben consigliare e prestare assistenza alle parti, nonché rappresentare i più deboli nelle controversie nelle quali vi sia squilibrio, dal punto di vista economico o sociale, tra le stesse.

Klein è consapevole del fatto che la tutela giurisdizionale non si realizza con la sola sentenza, ma la si crea progressivamente e fin dal principio, man mano che la causa evolve e si sviluppa. Perciò, i poteri d'ufficio del giudice vengono potenziati ben oltre la sola fase di trattazione orale¹¹⁵. La nuova ZPO austriaca prevede (a tutt'oggi) il controllo del giudice sul procedimento giudiziale fin dall'inizio della causa, verificando la presenza dei presupposti processuali e la completezza degli atti di parte¹¹⁶. Per avere il controllo sul corso del procedimento, anche la notificazione e l'invito a comparire rivolto ai soggetti del processo diventano cosa dell'ufficio giudiziario, sottratta totalmente alle parti.

Per la prima volta nel panorama giuridico europeo, la legge processuale favorisce le soluzioni stragiudiziali e conciliative, prevedendo una fase pre-processuale, ove discutere sull'oggetto della controversia, in vista della conciliazione della lite o della rinuncia al giudizio.

Gli strumenti che la ZPO austriaca di Klein pone nella disponibilità del sistema processuale, al fine di garantire la rapidità del procedimento, consistono nell'introduzione della figura del giudice unico, nell'unità della trattazione orale e nella fissazione di termini rigidi, a pena di decadenza, posti a carico delle parti.

¹⁰⁹ Il processo è considerato da Franz Klein un *Wohlfarteinrichtung*, un strumento istituzionale che ripristini il benessere sociale a seguito della ferita al bene comune inferta dalla controversia civile.

¹¹⁰ La *Justizreform* di Franz Klein, iniziata nel 1895 e portata a termine nel 1989, consta invero di quattro testi fondamentali: la *Zivilprozessordnung*, la *Jurisdictionsnorm*, la *Executionensordnung* e il *Gerichtorganisationsgesetz*. V. PICARDI, *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*, in *Il giusto processo civile*, 2012, vol. 6, pp. 1067-1106.

¹¹¹ SPRUNG, *op. cit.*, p. 11.

¹¹² SPRUNG, *ibid.*

¹¹³ SPRUNG, *op. cit.*, p. 13.

¹¹⁴ Il modello "sociale" di processo civile a cui Franz Klein aspira viene realizzato attraverso il notevole rafforzamento dei poteri del giudice nell'amministrazione della causa.

¹¹⁵ BOMSDORF, *op. cit.*, p. 259.

¹¹⁶ FASCHING, *Die Weiterentwicklung des österreichischen Zivilprozeßrechts im Licht der Ideen Franz Kleins*, in Hofmeister (a cura di), *Forschungsband Franz Klein. Leben und Wirken* cit., pp. 97 ss.

In particolare, l'unitarietà della trattazione vuole essere realizzata rendendo possibile al giudice di prepararsi diffusamente e direttamente su tutti i fatti oggetto del giudizio e rilevanti ai fini della decisione della causa. Così i §§ 182 e 183 *öZPO* assegnano al giudice dei rivoluzionari, in quanto incisivi e decisamente innovativi, **poteri d'ufficio di direzione materiale** del processo (*materielle Prozessleitung*) e specificatamente: il potere di ordinare la comparizione personale delle parti; il potere di ordinare la consegna e il deposito di documenti probatori, atti, piante ecc. a cui le parti avessero fatto riferimento nella trattazione; il potere di ordinare al notaio o ad altro pubblico ufficiale la consegna degli atti pubblici depositati presso di loro, qualora le parti vi abbiano fatto riferimento; il potere di disporre la perizia di un esperto e quello d'invitare a testimoniare i soggetti a cui le parti abbiano fatto riferimento nel corso della trattazione della causa¹¹⁷.

Con riferimento alla fase istruttoria, la nuova *ZPO* austriaca attribuisce al giudice la facoltà di ammettere, fino alla chiusura della trattazione, i nuovi mezzi di prova, nonché di consentire la discussione su nuove circostanze di fatto, a condizione che le parti non siano in grado di introdurre nel giudizio tali prove e tali fatti in un momento antecedente e purché ciò non provochi ritardi eccessivi. La decisione circa la verità o la falsità dei fatti viene affidata alla libera valutazione delle prove ad opera del giudice, eliminando in gran parte dal sistema istruttorio il meccanismo della prova legale.

Per quanto riguarda, invece, **i poteri di direzione formale** del processo del giudice, regolati dalla nuova *ZPO* austriaca, è interessante notare come si passi dal *Prozessbetrieb* affidato alle parti, al ***richterliche Prozessbetrieb***: il funzionamento del rito processuale diventa prerogativa del giudice. I tempi del processo, le preclusioni e i rinvii non sono più cosa delle parti. Viceversa il giudice acquista il potere di dirigere il corso del processo, da esercitare in prospettiva efficientistica.

3.2. Le novelle alla *ZPO* tedesca tra la fine del XIX secolo e la prima metà del Novecento.

La *ZPO* austriaca e il pensiero di Franz Klein hanno senza dubbio esercitato una forte influenza sul pensiero giuridico tedesco contemporaneo e risultano di grande impatto per gli sviluppi successivi del diritto processuale civile in Germania, orientando le scelte del riformatore tedesco¹¹⁸.

In particolare, consapevoli del fatto che la sovranità delle parti sui tempi del giudizio sia la causa delle maggiori disfunzioni del processo civile, i processualisti del tempo segnalano come la realizzazione di una maggiore ed effettiva collaborazione tra i giudici e gli avvocati possa contribuire a risolvere i problemi del diritto processuale civile tedesco. Perfettamente in linea con l'idea (o forse ideologia) del rafforzamento del ruolo del giudice, al fine di equilibrare i poteri di quest'ultimo e quelli delle parti, si pone l'attività interpretativa della giurisprudenza di legittimità.

La Corte Suprema, infatti, interpreta, pur sempre nel rispetto della regola generale della *Verhandlungsmaxime*, il c.d. *Fregerrecht* del giudice come vero e proprio *Fragepflicht*, i.e. il

¹¹⁷ BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 44. Questi poteri di *materielle Prozessleitung*, così accentuati ed incisivi, hanno fatto sì che la *ZPO* austriaca venisse accusato di aver riportato in vita il principio inquisitorio (*die Untersuchungsmaxime*).

¹¹⁸DAMRAU, *Der Einfluß der Ideen Franz Kleins auf den Deutschen Zivilprozeß*, in H. Hofmeister (a cura di), *Forschungsband Franz Klein. Leben und Wirken* cit., pp. 157 ss.

potere-dovere del giudice di fare le domande necessarie alla definizione dell'oggetto della controversia.

La combinazione tra il vento di riforme proveniente dall'Austria e il malcontento generalizzato per gli scarsi risultati conseguiti dalla *ZPO* tedesca del 1877 inducono il legislatore tedesco a dare il via a tutta una serie di novelle che hanno costituito le premesse delle due riforme più incisive ed al fine definitive della *Zivilprozessordnung*: la riforma del 1976 e quella del 2001¹¹⁹.

3.2.1. Le prime riforme: l'Amtsgerichtsnovelle del 1909.

Nel 1898 entra in vigore una prima novella alla *ZPO* del 1877, resasi necessaria allo scopo di adattare la *ZPO* al nuovo codice civile (*BGB*), ultimato nel 1896 (anche se, come è noto, il *BGB* è entrato in vigore soltanto il primo gennaio 1900 per espresso volere dell'Imperatore Guglielmo II). Invero, la riforma non ha portato ad alcun serio cambiamento, ma ha comunque stimolato i processualisti del tempo e il legislatore a pensare a una riforma radicale e incisiva, che seguisse, preferibilmente, l'esempio austriaco.

Più interessante è stata sicuramente la novella del 1909, la c.d. *Amtsgerichtsnovelle*. Tale norma, come si desume dal suo stesso nome, è finalizzata a riformare esclusivamente il processo dinanzi all'*Amtsgericht*. Tuttavia essa è stata di fondamentale rilievo anche per il processo ordinario di cognizione di primo grado presso il tribunale, dal momento che le stesse scelte riformatrici sono state poi reiterate con riguardo al giudizio di primo grado dinanzi al *Landgericht*.

Poiché gli scopi precipui della norma di riforma sono di semplificare il procedimento e di accelerare la conclusione dei giudizi di competenza dell'*Amtsgericht*, **i poteri di direzione sia materiale sia formale** del giudice vengono rafforzati e, correlativamente, si sottraggono alle parti i poteri e le prerogative che conferiscono loro quella signoria sul processo, foriera di ritardi e di dilazioni.

Ugualmente mosso da esigenze di semplificazione nonché di alleggerimento dei costi del processo nelle liti cosiddette bagatellari è l'esonero dall'obbligatorietà dell'assistenza del difensore tecnico¹²⁰. Per sgravare, invece, il carico di lavoro del *Landgericht*, viene aumentata la competenza per valore dell'*Amtsgericht*, innalzandone la soglia monetaria.

Con particolare riguardo alla **direzione formale** del procedimento, nelle cause di competenza dell'*Amtsgericht*, la gestione delle citazioni e delle notificazioni, nonché la fissazione delle udienze sono prerogative del giudice, rimesse ai suoi poteri d'ufficio¹²¹.

Quanto alla **direzione materiale**, invece, è imposto all'*Amtsgericht* il dovere di discutere l'oggetto della controversia insieme alle parti e viene data allo stesso la possibilità di preparare le prove scritte anteriormente alla prima udienza di trattazione orale¹²². Quest'ultima facoltà è di importanza decisiva per l'iter della riforma del sistema processuale tedesco.

Si anticipa infatti la valutazione da parte del giudice degli elementi istruttori e descrittivi della controversia e lo si incarica altresì di adottare tutte le misure ed i provvedimenti del caso, utili al

¹¹⁹ Su cui v. diffusamente Capitolo terzo paragrafo 1.2.4. e 1.3.

¹²⁰ TROCKER, *op. cit.*, p. 23.

¹²¹ SPRUNG, *op. cit.*, p. 22.

¹²² GOTTWALD, *Civil justice Reform: access, cost, and expedition cit.*, p. 227.

fine di rendere la trattazione successiva il più fluida possibile. Si opta per l'attenuazione dell'oralità, al fine di facilitare e velocizzare il giudizio, posto che si tratta pur sempre di controversie, quelle bagatellari, di più facile risoluzione e di minor valore venale.

Se è vero che il ruolo del giudice diviene incisivo, d'altro canto però permane la libera disposizione delle parti sui tempi del processo, in particolare non è previsto il potere del giudice di rigettare le allegazioni tardive.

La novella del 1909 è stata accolta con molte critiche, in particolare da parte della categoria professionale forense. Come è stato giustamente osservato, la norma sottende «un ideale di giustizia civile che si differenzia nettamente o addirittura si contrappone a quello della ZPO del 1877»¹²³ e abbraccia le scelte operate dal vicino ordinamento austriaco. Di particolare rilievo è la valorizzazione della collaborazione fra giudici e parti, ovviamente a discapito della tipica signoria degli avvocati sul giudizio. Non sorprende, dunque, che la classe forense si sia mostrata contraria alle novità normative, tanto più che viene resa facoltativa la loro partecipazione in numerosi giudizi.

Dal quadro offerto con la descrizione complessiva dell'*Amtsgerichtsnovelle* è possibile constatare che da un lato anche in Germania le ideologie *kleiniane* di un diritto processuale sociale vengono pian piano tradotte in regole positive; dall'altro lato, tuttavia, la riforma del 1909 non è riuscita a rimuovere definitivamente, soprattutto perché settoriale e di portata limitata, lo spirito liberale di cui il diritto processuale civile tedesco è ancora imbevuto.

3.2.2. Le successive novità normative: la riforma del 1924; (segue).

La scelta di cambiare modello d'ispirazione – non più il modello liberale, ma quello “*kleiniano*”, più attento ai bisogni sociali – non sarebbe stata di per sé sufficiente per il riformatore tedesco a creare quel tanto auspicato processo caratterizzato dalla rapidità e dalla semplicità e qualificato dall'essere funzionale e meno costoso¹²⁴.

Infatti, il potenziamento dell'autonomia ed il rafforzamento dei poteri di direzione del giudice sarebbero risultati delle misure incomplete ed improduttive di effetti se non fossero stati accompagnati dalla previsione di maggiori garanzie istituzionali per i giudici, nonché dall'accrescimento e dal miglioramento della loro professionalità e preparazione¹²⁵.

È evidente che conferendo al giudice un ruolo da protagonista nella direzione e nella gestione del procedimento, la magistratura acquista maggiore consapevolezza dell'importanza della propria funzione. D'altro canto, tuttavia, per dare fiducia ai consociati circa la giustizia e la correttezza di questo tipo di processo civile e della sentenza pronunciata all'esito dello stesso, lo Stato deve garantire che i magistrati vantino un alto livello di formazione e un elevato grado di preparazione.

Al fine realizzare i nuovi obiettivi statali e di consentire ai giudici di sostituirsi proficuamente agli avvocati in molte delle attività che originariamente erano prerogativa delle parti – in particolare con riferimento alla fase di trattazione della causa –, la formazione di una classe di magistrati di altissimo livello e dalla preparazione impeccabile diviene un'esigenza oramai imprescindibile. In

¹²³ TROCKER, *op. cit.*, p. 23.

¹²⁴ SCHMIDT, *Der grundsätzliche Wandel des Erkenntnisverfahrens im Zivilprozeß der Nachkriegszeit (Verhandlungsprinzip und Instruktionsmaxime)*, ZZP 1939, pp. 254 ss.

¹²⁵ TROCKER, *op. cit.*, pp. 30-31.

particolare, ciò che si vuole dal giudice è che egli svolga una funzione sostanzialmente assistenziale, che si espliciti nella partecipazione attiva del medesimo al rapporto processuale.

Dal punto di vista positivo, vengono anzitutto emanate, nei primi decenni del XX secolo, delle *Verordnungen*, prevalentemente volte allo sgravio dei tribunali dall'ingente numero di cause iscritte al loro ruolo e dalla portata settoriale e sostanzialmente poco risolutiva dei problemi della giustizia civile¹²⁶.

In pratica, si cerca di estendere le principali novità introdotte nel processo dinanzi all'*Amtsgericht* al rito presso il *Landgericht*. In particolare, pur di favorire l'accelerazione dei tempi medi dei processi, si accetta di attenuare il principio di oralità o meglio viene ridimensionato il principio tradizionale della *volle Mündlichkeit*, in forza del quale soltanto ciò che viene esposto oralmente in udienza dalle parti e dai loro difensori può essere posto a fondamento della decisione, mentre lo scritto non ha valenza alcuna, né come strumento di preparazione della trattazione della causa né come mezzo di documentazione di ciò che accade in udienza¹²⁷. Specificamente, in deroga al principio di oralità, il giudice può decidere la controversia anche senza la fase del dibattimento orale delle parti dinanzi a sé, purché ci sia l'accordo delle parti in tal senso.

Viene altresì previsto un procedimento informale e decisamente semplificato, detto arbitrato giudiziale, per determinate categorie di controversie di natura patrimoniale¹²⁸. A queste novità normative si aggiunge, inoltre, la scelta di tipo organizzativo di spostare molti dei compiti dell'ufficio dal giudice al cancelliere.

I veri cambiamenti, quelli più incisivi e radicali, alla disciplina processuale tedesca dal tempo dell'unificazione legislativa si hanno soltanto con la riforma del 1924¹²⁹, la quale può essere considerata come «una tappa fondamentale nell'evoluzione del diritto processuale tedesco»¹³⁰.

La svolta è stata resa possibile dal cambiamento di concezione della tutela giurisdizionale nelle controversie civili, così come era accaduto molto tempo prima nella vicina Austria. L'organizzazione della giustizia, così come la tutela processuale dei diritti individuali vengono ora considerati funzioni dello Stato, per cui il loro buon funzionamento è concepito come una precisa responsabilità dello Stato nei confronti dei cittadini. Ne consegue che il giudice debba percepirsi ed essere percepito come organo pubblico, incaricato del compito di rendere giustizia. Si afferma la convinzione che sullo Stato gravi un vero e proprio obbligo di limitare le libertà processuali, definite “egoistiche”, delle parti a garanzia del bene comune¹³¹.

È interessante notare come a dare la spinta decisiva verso la creazione di un processo pubblicistico e sociale in Germania non sono state tanto, o almeno non soltanto, le ideologie di Franz Klein, quanto piuttosto gli stravolgimenti storici, particolarmente intensi, che il Paese ha vissuto dai primi anni del Novecento fino al 1924. La prima guerra mondiale, i suoi postumi politici e sociali, ma soprattutto la crisi economica del primo dopoguerra sono stati tutti fenomeni che hanno reso intollerabile

¹²⁶ Si tratta delle *Verordnungen* del 9 settembre del 1915 e del 22 dicembre 1923.

¹²⁷ Novità queste introdotte dalla menzionata *Verordnung* del 1923; TROCKER, *op. cit.*, pp. 41 ss.

¹²⁸ TROCKER, *op. cit.*, p. 41.

¹²⁹ SCHMIDT, *Der grundsätzliche Wandel des Erkenntnisverfahrens im Zivilprozeß der Nachkriegszeit* cit., pp. 255 ss.

¹³⁰ TROCKER, *op. cit.*, p. 44.

¹³¹ SPRUNG, *op. cit.*, p. 23.

l'incertezza del diritto, causata da una forma di tutela giurisdizionale lenta ed asistemica. Il problema dell'efficienza della giustizia diviene, così, primario e prioritario; ora il processo non è più percepito come un semplice affare privato, ma come un istituto giuridico di interesse pubblico e generale.

L'incertezza politica ed economica enfatizza il bisogno di risposte sicure da parte degli organi deputati all'amministrazione della giustizia e la domanda di tutela giudiziale proviene da tutti gli strati sociali della popolazione tedesca.

Anticipando la visione costituzionale e democratica dell'ordinamento giuridico e giurisdizionale¹³², il giudice, in quanto organo pubblico e in un'ottica assistenzialista, deve garantire la tutela giurisdizionale anche ai non abbienti, assicurandosi che costoro siano posti nel processo sullo stesso piano di coloro che, più facoltosi, possano economicamente permettersi una difesa di più alto livello.

Invero, l'interesse alla corretta amministrazione della giustizia costituisce un'esigenza primaria anche per il ceto cosiddetto benestante e di quello detentore della maggior parte delle ricchezze del Paese, in quanto il conflitto bellico e la conseguente crisi economica hanno acutizzato il loro bisogno di certezza del diritto: gli uomini d'affari, gli imprenditori e i commercianti devono essere sicuri di poter recuperare i propri crediti dai debitori per poter svolgere in serenità i loro affari e concludere senza remore contratti e transazioni economiche.

In questo quadro, chiaramente, il giudice non può più limitarsi ad aiutare le parti nella gestione del processo, ma deve attivarsi in modo incisivo e prendere in mano la situazione, sia integrando l'operato delle parti sia procedendo ad una gestione pianificata e ponderata del processo, anche avvalendosi di poteri ufficiosi e facendosi guidare in determinate scelte dalla propria valutazione discrezionale.

La nuova prospettiva non vuole certo sovvertire le tradizionali, e ormai radicate, *Verhandlungsmaxime* e *Dispositionsmaxime*, cercando di portare il principio inquisitorio nel processo civile. Piuttosto viene affermata una nuova idea, che ha assunto ben presto le vesti di principio generale. Si tratta della *Arbeitsgemeinschaft*, i.e. la proficua collaborazione tra giudici, difensori e parti. In forza di tale principio il giudice deve intervenire attivamente nel processo fin dalle prime battute e deve dirigere l'attività processuale senza sostituirsi alle parti, ma lavorando con esse.

La nuova configurazione della funzione giurisdizionale del giudice e, correlativamente, dei suoi poteri di direzione, sia materiale sia formale, del procedimento si riflettono in diverse disposizioni.

In primo luogo, poiché il legislatore della riforma è determinato ad ampliare fortemente il potere del giudice nella preparazione della trattazione orale, si afferma – come nuovo principio generale dell'ordinamento giuridico, da affiancare al sopra menzionato principio dell'*Arbeitsgemeinschaft* – la c.d. *Konzentrationsmaxime*, in forza della quale il giudice è incaricato di svolgere – intervenendo immediatamente, fin dalle prime battute del processo – tutte le attività necessarie per risolvere la

¹³² Sul tema v. *infra*, Capitolo secondo.

controversia in un'unica udienza. A tal fine il giudice è chiamato ad adottare le disposizioni che paiono più opportune e capaci di accelerare e di sistematizzare il rito intero.

Tradotto in pratica, tutto ciò significa che il presidente, o un membro del collegio da lui designato, prima del dibattimento, può e deve prepararsi e procurarsi tutte le fonti di conoscenza anche solo apparentemente utili ai fini della decisione della causa. In questo modo, il giudice è in grado di prendere tutte le misure convenienti per precisare con le parti l'oggetto della controversia e raccogliere il materiale istruttorio necessario ai fini della decisione. Specificatamente, egli può chiedere l'esibizione di documenti, chiamare in causa le persone informate dei fatti, fare tutto quanto necessario per l'organizzazione delle affermazioni delle parti o per la loro integrazione, ordinare la comparizione obbligatoria della parte. Soprattutto viene introdotto il dovere del giudice di chiarificazione e di discussione (*Frage- und Verhandlungspflicht*).

Il giudice si affranca così dalla signoria delle parti sul processo, divenendo finalmente libero ed indipendente. Correlativamente le parti vedono fortemente limitati i propri poteri: basti pensare che grazie alla riforma del 1924 la parte che intende modificare la propria domanda iniziale deve ottenere la previa approvazione del giudice, concessa secondo la sua valutazione discrezionale.

Inizia altresì a prendere corpo la norma fondamentale in tema di direzione materiale del processo, ossia il § 139 *ZPO*, in forza del quale il giudice ha l'obbligo giuridico di discutere con le parti l'oggetto della controversia, in modo tale che le stesse possano poi completare le allegazioni lacunose ed insufficienti, indicare i giusti mezzi di prova, proporre le giuste istanze e pronunciarsi su tutti i fatti rilevanti ai fini della decisione della causa. Nella determinazione dell'oggetto della controversia viene dunque stabilito un nuovo equilibrio, bilanciando l'attivismo processuale del giudice da un lato e la tutela degli interessi individuali delle parti dall'altro lato. Infatti, il nuovo § 139 *ZPO* consente all'organo giudicante di cooperare dinamicamente con le parti, senza con ciò esporre le stesse al rischio che i poteri del giudice si dilatino a tal punto da dare luogo al fenomeno delle cosiddette decisioni a sorpresa.

I nuovi poteri di direzione materiale del processo, per essere esercitati efficacemente, necessitano di immediatezza e celerità e, quindi, di un contatto diretto e rapido tra le parti e il giudice. Nasce così l'*Einzelrichter* quale figura di principale rilievo nel processo civile. Poiché il compito del giudice è quello di esaurire l'intero oggetto della controversia in un'unica udienza centrale di trattazione orale (il c.d. *Haupttermin*), l'*Einzelrichter* è il magistrato incaricato di adempiere al compito di preparare la causa in vista di detta udienza.

I compiti dell'*Einzelrichter* sono tanti e di grande rilievo, svolgendo attività istruttoria, oltre che preparatoria della causa. Egli si occupa dell'organizzazione delle affermazioni in fatto e in diritto avanzate dalle parti, ordinando la comparizione personale delle parti, procedendo alla chiarificazione delle domande, disponendo l'acquisizione dei documenti ed il compimento di sopralluoghi e perizie.

È l'*Einzelrichter* a compiere il tentativo di conciliazione iniziale¹³³ e sempre a costui spetta il compito di chiudere il processo con sentenza quando vi siano difetti processuali o l'azione venga

¹³³ Su cui vedi diffusamente *infra*.

revocata o rinunciata o, ancora, quando vi sia il riconoscimento del diritto controverso. Egli, infine, pronuncia la sentenza contumaciale.

In conclusione, l'*Einzelrichter* prepara tutto quanto necessario al collegio giudicante per decidere; nello svolgimento della sua attività, egli è libero e le sue scelte non sono vincolate da disposizioni o limiti legislativi.

In secondo luogo, grazie alla novella del 1924 i **poteri di direzione formale** del procedimento ricevono forte stimolo al fine di rafforzare i doveri di collaborazione delle parti col giudice, in armonia col principio dell'*Arbeitsgemeinschaft*. Il regime dei termini processuali è definitivamente sottratto alla libera disponibilità delle parti: non basta più il semplice accordo tra di loro per ottenere rinvii o proroghe, ma è il giudice a dover decidere sulla relativa istanza di parte. Viene altresì eliminata la possibilità di sospendere o d'interrompere il procedimento per volontà congiunta delle parti. Inoltre, il giudice ha il potere di rifiutare l'allegazione tardiva, qualora il suo accoglimento comporterebbe dei ritardi.

Un discorso a parte merita l'istituto giuridico della conciliazione. In epoca postbellica, infatti, inizia una sorta di propaganda a favore della conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie civili. Proprio la composizione della lite viene vista come la scelta socialmente ed economicamente più utile. Pertanto, si cerca di favorire la conciliazione tra le parti nel corso del processo, attraverso l'attività del giudice. Quest'ultimo realizza il corretto funzionamento della giustizia ogni qual volta riesca a stemperare la litigiosità tra le parti fino a rimuovendola completamente e a comporre la lite in un accordo conciliativo.

Così, la novella del 1924 impone nei procedimenti davanti all'*Amtsgericht* il tentativo obbligatorio di conciliazione come fase prodromica all'instaurazione delle cause di ridotta entità e di lieve rilievo economico, purché la singola controversia concreta non mostri specifici caratteri tali da far intendere la completa inutilità del tentativo medesimo, in quanto la conciliazione appare a priori prevedibilmente impossibile.

Lo scopo perseguito dal legislatore della riforma è quello di far entrare la conciliazione come pratica normale per la risoluzione delle controversie civili. Il giudice acquista così un nuovo potere-dovere. Egli è chiamato a valutare l'inclinazione delle parti verso la composizione amichevole della controversia e, se del caso, a muovere le "leve psicologiche" – spesso mettendo da parte gli usuali strumenti di natura tecnico-giuridica – affinché le parti, grazie all'intervento dialettico e alla partecipazione attiva del giudice, raggiungano un accordo di conciliazione.

3.2.3. (segue) la novella del 1933.

L'attività del riformatore tedesco non si arresta e nel 1933 viene emanata una nuova ulteriore novella alla *Zivilprozessordnung*¹³⁴. Nonostante la sua collocazione storica e cronologica, non può dirsi che la novella del 1933 sia propriamente una legge nazista. Tuttavia, non può negarsi che il clima politico abbia influenzato il pensiero giuridico (processuale civile) del tempo. Sicché, perseguendo sostanzialmente fini paternalistici ed autoritari, la riforma si dirige verso la pubblicizzazione dell'amministrazione della giustizia e verso la socializzazione del processo civile,

¹³⁴ SCHMIDT, *op. cit.*, pp. 259 ss.

collocando l'interesse collettivo al primo posto rispetto quello privato. Ne consegue che i poteri di direzione processuali del giudice tedesco sono ulteriormente potenziati.

Un fenomeno mai visto in passato è quello della c.d. moralizzazione del processo. Con ciò si intende far riferimento alla nuova consapevolezza, acquisita e da acquisire da parte di tutti i soggetti processuali, che la tutela giurisdizionale sia posta al servizio non solo delle parti private, ma anche, e soprattutto, della certezza del diritto, sicché, essa deve soddisfare prioritariamente l'interesse comune. Di conseguenza, non è più accettabile che alle parti venga consentito, o comunque non venga vietato esplicitamente, di trarre in inganno il giudice, attraverso menzogne o reticenze, ovvero di ostacolare i suoi rinnovati poteri di direzione processuale, attraverso ritardi dolosi o negligenti.

Nasce così il dovere di verità (*die Wahrheitspflicht*), strumento contro la menzogna in mala fede nel processo, previsto e regolato dal § 138, comma 1° ZPO, in forza del quale le parti devono essere sincere ed esaurienti nell'esposizione dei fatti della causa¹³⁵. Il dovere di verità dovrebbe assicurare la lealtà nella conduzione del processo: ogni qual volta la parte desidera introdurre nell'oggetto della causa dei fatti, essa ha il dovere processuale di rendere la dichiarazione relativa a tali fatti veritiera e quanto più possibile completa.

A partire, dunque, dalla novella del 1933, le parti non possono più schermarsi dietro principio processuale generale dispositivo per giustificare il proprio comportamento in mala fede di portare il falso nel materiale decisorio e il dovere di verità finisce per costituire un correttivo della *Verhandlungsmaxime*. Il desiderio della parte di soddisfare il proprio interesse individuale nel processo civile non può spingersi al punto da rendere consentito l'utilizzo di mezzi di inganno pur di vincere la causa. Ecco che allora il § 138, comma 1° ZPO protegge sia l'avversario da dichiarazioni menzognere sia l'organo giudiziario da pretese temerarie, contribuendo infine alla giustizia della decisione contenuta nella sentenza, perché basata su fatti che davvero sono accaduti¹³⁶.

L'obbligo di verità ha carattere etico e morale, in quanto non è sanzionato, ma produce soltanto degli effetti negativi in sede di libera valutazione della prova da parte del giudice ai sensi del § 286 ZPO. Eppure, esso contribuisce alla creazione di un processo civile nel quale non vi sia più spazio per le astuzie e le abilità manipolative delle parti. Gli avvocati non possono più indurre in errore il giudice né possono dichiarare il falso o abusare del processo attraverso la protrazione dei tempi processuali con condotte in malafede o colpose.

Correlativamente, diventa di grande rilievo - una vera e propria esigenza - che il processo volga verso la ricerca e la scoperta della verità, mirando ad acquisire la certezza circa l'esistenza o l'inesistenza del diritto controverso. Allo scopo, gli strumenti predisposti dall'ordinamento processuale sono la scrupolosa conduzione e direzione del processo, la rigida tempistica del procedimento e il contatto diretto tra il giudice e le parti.

¹³⁵ V. SCHIMMELSCHULZ, *Die Wahrheitserforschung im neuen deutschen Zivilprozessrecht*, Hamm, 1935; OLZEN, *Die Wahrheitspflicht der Parteien in Zivilprozess*, in ZJP 1985, Heft 4, pp. 403 ss.

¹³⁶ GOTTWALD, *op. cit.*, p. 228.

La novella del 1933 afferma una volta di più, e con maggiore forza rispetto alla precedente riforma del 1924, che compito del giudice è di chiarire l'oggetto della controversia e decidere la causa in un'unica udienza, dopo aver preparato, in un solido costrutto, la base e tutto quanto occorra ai fini della pronuncia della sentenza.

L'udienza è orale e dinamica, evitando le discussioni considerate non urgenti o escludendo dalla trattazione le allegazioni tardive, foriere di inutili dilatazioni dei tempi del procedimento. Il giudice funge da scudo di difesa contro ritardi dolosi o colposi e concretizza nella realtà pratica dei tribunali tedeschi un procedimento concentrato ed efficiente.

Con specifico riferimento alla *materielle Prozessleitung*, l'istituto processuale della chiarificazione dell'oggetto del processo, attraverso il dovere del giudice di discuterne l'oggetto della controversia assieme alle parti, di cui al sopra menzionato § 139 ZPO, diventa d'importanza centrale ed è fatto oggetto dell'attenzione dei giuristi tedeschi del tempo, in quanto strumento di difesa contro la mistificazione e l'occultamento della verità. Il giudice è così garante della giustizia sostanziale¹³⁷.

4. Conclusioni.

In conclusione di questo viaggio attraverso la storia della *Zivilprozessordnung* e del diritto processuale civile tedesco, dai tempi più antichi fino alla prima metà del Novecento, si può constatare che, grazie a un completo ribaltamento di mentalità – che ha consentito di vedere nel processo civile uno strumento fondamentale per la realizzazione di interessi pubblici, di natura economica, oltre che sociale e giuridica – il giudice conquista via via sempre più spazio e vede notevolmente potenziate le sue prerogative sul procedimento, essendo ora egli in grado di condizionarne il corso e d'influenzarne l'oggetto.

Tuttavia, fintanto che gli interventi del legislatore si esauriscono in semplici ritocchi di un modello processuale rimasto ancora immutato dai tempi della nascita della ZPO, la valorizzazione e il potenziamento del ruolo del giudice non bastano per apportare un miglioramento globale ed effettivo al processo civile di cognizione in primo grado e per conseguire lo scopo, divenuto nel corso del tempo primario, tipico delle riforme processuali succedutesi nel tempo, *i.e.* la concentrazione e la velocizzazione del rito.

Occorre attendere la *Vereinfachungsnovelle* del 1977¹³⁸ perché il vero cambiamento, naturalmente in meglio, nell'amministrazione della giustizia tedesca si appalesi globalmente in tutta la sua grandezza, facendo così nascere il "mito" dell'efficienza del processo civile tedesco. Una riforma, quella del 1977, la cui efficacia ed effettività si deve alla decisione, sicuramente coraggiosa, del legislatore tedesco di abbandonare la tecnica legislativa di riformare la disciplina processuale civile con interventi "a macchia di leopardo", scegliendo la strada, sicuramente più lunga, più faticosa e meno battuta, ma certamente più efficace e con aspirazioni alla definitività, del cambiamento e della ristrutturazione dell'intero modello processuale di riferimento.

¹³⁷ È con la novella del 1933 che viene eliminato il giuramento come mezzo di prova, sostituito dal più moderno istituto della *Parteivernehmung*. La *ratio* della riforma è, ancora una volta, la volontà del legislatore del tempo di mettere a disposizione del giudice tutti gli strumenti necessari ai fini della scoperta della verità, compreso, dunque, il sapere personale delle parti.

¹³⁸ Su cui v. diffusamente Capitolo terzo, par. A., I.2.

II. Italia

1. La storia italiana del diritto processuale civile: un confronto.

L'evoluzione storica del diritto processuale italiano presenta, adottando una prospettiva dall'alto, numerose analogie e molteplici parallelismi con quella tedesca.

Come il diritto processuale tedesco, infatti, anche quello italiano trae le proprie radici dallo *ius commune* e trascina con sé, nel suo percorso evolutivo, quegli stessi elementi caratteristici del diritto comune, come noto, tutt'altro che improntati all'efficienza e alla funzionalità del processo. L'estremo formalismo degli atti, l'assenza di sistematicità nella struttura del procedimento, "il dogma" della libertà delle parti nella gestione della controversia e nella determinazione dell'oggetto del giudizio in ogni fase del processo, la sovranità della scrittura e, correlativamente, la diffidenza verso l'oralità della trattazione e dell'istruzione della causa sono tutti elementi che, in Germania come in Italia, costituiscono al contempo le caratteristiche del diritto processuale di diritto comune e le ragioni della cattiva amministrazione della giustizia civile.

Anche nella fase successiva della storia del diritto italiano, tra il XVIII ed il XIX secolo, momento in cui iniziano i primi tentativi di legiferare in materia e di sistematizzare la disciplina del processo civile, è possibile trovare dei punti di contatto con l'esperienza tedesca. Seppure in maniera più evidente rispetto alla Germania e comunque assimilabile, l'Italia non conosce l'uniformità del diritto, specificatamente di quello processuale civile, nei diversi Stati.

Ciascun Regno e ciascuno Stato adotta un diverso modello di riferimento e segue un proprio codice¹³⁹. I diversi tentativi di codificazioni preunitarie non riescono quasi mai a offrire soluzioni originali e risolutive al grande problema, sempre più sentito dalla popolazione e dalla classe politica del tempo, dell'inefficienza del sistema processuale e dell'incapacità dell'ordinamento giudiziario di ben amministrare la giustizia.

Con la proclamazione del Regno d'Italia, l'unificazione legislativa del diritto processuale civile – e non solo di tale diritto – diventa una priorità. Perciò, il governo della neonata Italia unita, così come è accaduto in Germania, deve affrontare il grande problema di pensare e realizzare un nuovo codice di procedura civile che sostituisca tutte le precedenti legislazioni e codificazioni preunitarie. In entrambi i Paesi la scelta finale si dimostra anacronistica, poiché è adottato, infine, il modello di codice liberale, inadeguato e incongruente con la contemporanea evoluzione economica e sociale dell'Europa del XIX secolo, bisognosa di un processo totalmente differente.

Date le scelte per così dire infelici del legislatore del 1865, fioriscono molto presto, nella dottrina giuridica del tempo, vivaci discussioni intorno al codice di procedura civile e agli istituti da questo previsti e disciplinati. Lo stesso legislatore si avvede dell'inadeguatezza del medesimo codice, sicché la storia del diritto processuale italiano dei secoli XIX e XX è una storia di riforme e di progetti di riforma, di ripensamenti e di rielaborazione dei principi e delle norme che governano questa branca del diritto e dei suoi meccanismi. Il che, affiancato a quanto si è detto prima ripercorrendo la storia del diritto processuale tedesco, non parrebbe essere molto differente da ciò

¹³⁹ Termine questo da intendere in senso atecnico e generico e quindi nel senso di raccolta di leggi.

che è accaduto in Germania, ove la promulgazione del codice del 1877 non è stata che il primo passo verso un lungo iter di discussioni e di rimaneggiamenti della medesima disciplina.

Insomma, i primi codici unitari, sia in Germania sia in Italia, a parte unificare la normativa processuale, non risolvono il problema della grave incertezza del diritto ed una generalizzata insoddisfazione degli utenti e dei fruitori della macchina processuale.

Un'ulteriore analogia tra la storia del diritto processuale civile italiano e quella del diritto processuale tedesco riguarda le correnti di pensiero e i modelli di riferimento che hanno influenzato i legislatori e gli studiosi nel tempo. In particolare, l'Italia, come la Germania, ha subito – invero più per ragioni politiche che per scelta ragionata – l'influenza francese. In seguito, la dottrina di entrambi i Paesi ha subito il fascino della rivoluzionaria costruzione teorica, tradotta in pratica nella vicina Austria, del processo sociale di Franz Klein. Infine, entrambi i Paesi hanno vissuto l'esperienza traumatica del totalitarismo, sebbene le riforme che sono storicamente cadute nel periodo fascista in Italia e in quello nazista in Germania non sono propriamente animate dall'ideologia tipica dei rispettivi regimi dittatoriali, se non in minima parte e sicuramente in modo molto meno marcato rispetto ad altre branche del diritto, quale il diritto penale.

Quanto fin qui richiamato riguarda esclusivamente le affinità tra le rispettive vicende storiche che hanno riguardato il diritto processuale civile italiano da un lato e quello tedesco dall'altro lato.

Tuttavia, da un'analisi comparatistica più dettagliata e penetrante del tema in esame, emergono immediatamente differenze di notevole rilievo. Ripercorrendo, per tappe fondamentali e senza alcuna pretesa di completezza¹⁴⁰, la storia della giustizia civile in Italia dal tramonto dello *ius commune* alla nascita del codice di procedura civile del 1940, ecco che è possibile comparare le due diverse esperienze storiche.

2. Il diritto processuale civile del XVIII secolo.

Nel XVIII secolo il diritto processuale civile diventa tema di discussione per il legislatore, oltre che per i giuristi del tempo, sebbene tale branca del diritto fino a quel momento fosse piuttosto ignorata o sottostimata, in quanto vista come strumento tecnico al servizio del diritto sostanziale e totalmente rimesso alla libera iniziativa delle parti private. Il nuovo dibattito giuridico ruota attorno alla necessità, ormai diffusamente percepita, di trovare un rimedio a tutte le conseguenze assolutamente negative derivanti dall'applicazione al processo civile del diritto comune.

Così, si apre in tutti gli Stati italiani un periodo di codificazioni e di opere di sistematizzazione della disciplina processuale. Tuttavia, poiché la tecnica legislativa privilegiata è quella delle riforme parziali e dei piccoli passi e dal momento che non si sviluppano correnti di pensiero, ideologie e teorie dottrinali in grado di offrire serie alternative al passato, non si registrano in quest'epoca delle vere e proprie innovazioni né dei cambiamenti radicali.

Richiamando sinteticamente alcune esperienze, le più significative, dell'evoluzione del diritto processuale civile italiano, in Piemonte si tenta un'opera di consolidazione delle varie e frammentate fonti normative in un unico testo.

¹⁴⁰ Per una completa lettura della storia del processo civile dal XVIII secolo agli anni più recenti v. l'opera magistrale di TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980.

Vengono così promulgate, nel 1723, le *Leggi e Costituzioni di S.M. il Re di Sardegna*. Tale raccolta di leggi – perché in fondo di questo si tratta – viene ripetutamente¹⁴¹ riveduta, rimaneggiata e migliorata, ma senza mai apporre nessuna modifica sostanziale e davvero riformatrice¹⁴².

Analogamente, nel Granducato di Toscana, tra il 1766 ed il 1784, nuove leggi ed editti entrano in vigore con lo scopo di modernizzare l'ordinamento giudiziario, senza tuttavia toccare il procedimento¹⁴³. Allo stesso modo, il *Codice Estense* del 1771 si limita a raccogliere in un testo unitario, organico e semplificato le norme preesistenti¹⁴⁴. In tutti questi casi, il diritto processuale civile in vigore continua ad essere sostanzialmente quello di diritto comune.

Le uniche due esperienze, nelle quali all'opera di raccolta e razionalizzazione delle frammentarie norme processuali si affianca quella di rinnovamento della disciplina processuale, sono quelle della Lombardia sotto il dominio austriaco e del Principato di Trento.

In particolare, la Lombardia di Giuseppe II, nel 1785, adotta, quale legge di diritto processuale civile, il “Regolamento del processo civile”, il quale, invero, non è altro che la versione tradotta e riadattata della *Civilgerichtsordnung* austriaca del 1781¹⁴⁵. È importante sottolineare che l'entrata in vigore del Regolamento è preceduta dalla radicale abrogazione di tutta la normativa processuale antecedente. La vecchia disciplina viene così sostituita da un nuovo modello, pur sempre scritto e con al centro i poteri e le libertà delle parti, ma maggiormente interessato al ruolo del giudice.

Quest'ultimo, infatti, si vede attribuito dei poteri di vigilanza sulle condotte delle parti e sanzionatori dei loro comportamenti dilatori, defatigatori od omissivi. Anche durante la fase istruttoria al giudice viene riconosciuto un rinnovato ed innovativo attivismo. Infatti, seppure non possa certo disporre prove d'ufficio, il giudice ha ora il potere di assumere le singole prove dopo averle ammesse.

Particolarmente interessante per la presente trattazione è il c.d. processo verbale, un rito alternativo che si affianca al processo ordinario di cognizione. Si tratta specificamente di un procedimento informale e sommario nel quale il giudice ha dei poteri assolutamente originali. In particolare, l'organo giurisdizionale viene incaricato di colmare eventuali lacune nella raccolta del materiale decisorio, attraverso l'esercizio di particolari poteri di direzione materiale. Ecco che, allora, il giudice può intervenire nella determinazione dell'oggetto della controversia, ordinando la comparizione personale delle parti, affinché le stesse forniscano tutte le informazioni e le chiarificazioni necessarie od opportune alla ricostruzione della fattispecie esaminata nel giudizio.

L'esperienza lombarda è indubbiamente di grande peso e l'opera legislativa è pregevole, essendo le norme del Regolamento sintetiche, ma precise e ben coordinate tra loro. Tuttavia, non si può non notare come si tratti pur sempre di un'iniziativa legislativa imposta dall'alto e proveniente dall'esterno, e non di un prodotto genuino della cultura giuridica italiana, evidentemente non ancora matura e pronta a cambiare le cose in modo radicale, come sarebbe invece necessario.

¹⁴¹ Così nel 1729 e successivamente nel 1770.

¹⁴² TARUFFO, *La giustizia civile in Italia* cit., p. 19 ss.

¹⁴³ TARUFFO, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁴ TARUFFO, *op. cit.*, p. 29 ss.

¹⁴⁵ TARUFFO, *op. cit.*, pp. 33 ss. Contestualmente all'adozione del “Regolamento del processo civile”, e conseguente a questa, si procede alla riforma dell'ordinamento giudiziario con legge del 1786.

Con riferimento, invece, all'altra codificazione davvero innovativa e originale in questo periodo storico in Italia, l'attenzione si sposta sul Principato di Trento e sul suo "Codice giudiziario nelle cause civili per il Principato di Trento" del 1788 (detto anche codice barbacoviano)¹⁴⁶. Anche nel Principato di Trento, così come in Lombardia, la riforma del diritto processuale civile è stata saggiamente preceduta dalla previa abrogazione di tutte le disposizioni normative in tema di processo civile, rendendo così davvero possibile la piena realizzazione degli effetti innovativi e migliorativi della medesima riforma.

Un punto interessante del codice barbacoviano è l'assegnazione, per la prima volta nella disciplina processuale civile, di un ruolo di rilievo, all'interno dell'ordinamento processuale, ai metodi conciliativi e di composizione amichevole delle controversie condotti dal giudice. Specificatamente, nelle liti fra parenti e affini, è prevista una fase pre-processuale riservata al tentativo di conciliazione. Anche in corso di causa, qualunque sia il motivo del contendere, il giudice può ordinare la comparizione personale delle parti per tentare la conciliazione della lite.

L'affermazione dei metodi amichevoli di risoluzione delle controversie rende possibile non solo di alleggerire il carico di lavoro dei tribunali, trovando più rapidamente e informalmente la soluzione della controversia, attraverso una valida alternativa al contenzioso puro, ma anche di assegnare uno spazio nel corso del procedimento ad un momento di oralità, consentendo così al giudice, che interroga personalmente le parti, di meglio definire e comprendere l'oggetto della controversia.

Il "Codice giudiziario nelle cause civili per il Principato di Trento" si distingue inoltre dalle altre opere di codificazione italiane per il fatto che il giudice non solo conquista alcuni importanti **poteri di direzione processuale**, sia **formale** sia **materiale**, ma viene anche incaricato di occuparsi sia dell'istruzione probatoria sia della fase decisoria, permettendo così al principio di immediatezza di affermarsi nel processo civile del Principato di Trento, circostanza assolutamente anomala e piuttosto eccezionale nel quadro normativo processuale italiano ed europeo di quel tempo.

Se si vuole fare un bilancio conclusivo della storia del processo civile in Italia nel XVIII secolo, non si può far altro che constatare come l'unico problema affrontato seriamente e, infine, risolto sia quello dell'unificazione delle fonti normative del processo, mentre le storture e i disagi provocati dal diritto processuale di diritto comune – motivo scatenante dell'attività di riforma – non trovano ancora soluzione alcuna.

3. Il periodo che precede la codificazione unitaria del Regno d'Italia.

Nel XIX secolo l'opera compilativa e di consolidazione di norme processuali previgenti lascia il passo all'attività creatrice di veri e propri codici di procedura civile, seguendo l'esempio, o meglio subendo l'influenza, del *Code de procédure civile* francese, in vigore negli Stati del Regno d'Italia napoleonico¹⁴⁷.

¹⁴⁶ TARUFFO, *op. cit.*, pp. 41 ss.

¹⁴⁷ TARUFFO, *op. cit.*, p. 56.

Il codice di procedura civile francese è un codice in senso moderno perché è costituito da un complesso di norme tendenzialmente completo e organico¹⁴⁸. Nonostante l'inevitabile vantaggio dell'essere formalmente un vero e proprio codice – sia pure non proprio di pregevole elaborazione, in quanto prolisso e disorganico, in nulla paragonabile al decisamente più raffinato *Code Napoleon* di diritto civile del 1804 – dal punto di vista sostanziale, la disciplina processuale francese non riesce a migliorare e modernizzare, come necessario, il processo civile italiano. Infatti, il procedimento continua ad essere caratterizzato da un formalismo esasperato e il dominio delle parti sulla direzione del processo è ancora pressoché assoluto, mentre, corrispondentemente, il giudice rimane inerte e passivo all'interno della dinamica processuale.

Conclusasi la dominazione francese nel 1814, non viene meno la determinazione dei ricostituiti Stati italiani di darsi un proprio codice di procedura civile sostitutivo delle precedenti raccolte di leggi, volontà questa rafforzata dall'esperienza, più o meno proficua, della vigenza in Italia del *Code de procédure civile*¹⁴⁹. Nell'arco temporale che va dal 1814 al 1854, tutti gli Stati italiani portano così a compimento l'opera di codificazione del processo civile¹⁵⁰.

I codici della restaurazione si ispirano ancora a un modello processuale del passato, quello di stampo liberale. Tuttavia, si deve riconoscere che le codificazioni preunitarie hanno dato attuazione, in quasi tutti gli Stati italiani, ad una serie di principi fondamentali affermati nella Francia rivoluzionaria e divenuti poi di portata generalizzata, quali, specificatamente, il principio di libera valutazione delle prove, il principio di pubblicità delle udienze e quello dell'obbligatorietà della motivazione nella sentenza¹⁵¹.

4. Il codice del 1865.

A seguito della proclamazione del Regno d'Italia nel 1863, sorge l'esigenza – o meglio l'urgenza – di fornire alla novella Italia l'unità legislativa, oltre a quella politica¹⁵². Proprio la determinazione di voler dimostrare ai cittadini italiani l'avvenuta unificazione politica del Paese e la conquistata indipendenza nazionale spinge il legislatore del tempo a compiere la scelta più semplice e di realizzazione più immediata, *i.e.* l'estensione della disciplina processuale vigente nel Regno di Sardegna a tutta l'Italia unita¹⁵³. Viene così totalmente “by-passata” l'ordinaria (quanto meno in circostanze normali) fase preparatoria di discussione generale del progetto normativo e di elaborazioni di proposte condivise dai vari operatori del diritto, dottrina inclusa; nemmeno viene compiuto il necessario coordinamento con le previgenti legislazioni di tutti gli Stati italiani ora riuniti in un'unica nazione.

¹⁴⁸ TARUFFO, *op. cit.*, p. 63.

¹⁴⁹ Addirittura il Regno delle Due Sicilie adotta un codice di procedura civile che non è altro che una versione del c.p.c. francese, salvi alcuni adattamenti, TARUFFO, *op. cit.*, p. 80.

¹⁵⁰ Sulla codificazione del Regno di Sardegna, che ha poi dato origine al codice del 1865, v. CHIARLONI, *Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di riforma*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2004, pp. 447 ss.

¹⁵¹ TARUFFO, *op. cit.*, pp. 101 ss.

¹⁵² TARUFFO, *op. cit.*, pp. 107-108.

¹⁵³ TROCKER, *op. cit.*, p. 11.; FAZZALARI, *Cento anni di legislazione sul processo civile (1865-1965)*, in *Rivista di diritto processuale civile* 1965, pp. 491 ss. p. 492; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1943, pp. 3 ss..

Naturalmente, la conseguenza di una tale tecnica legislativa è stata che fin da subito il codice di procedura civile del 1865 venga percepito, tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, come un punto di partenza piuttosto che un punto di arrivo della legislazione processuale¹⁵⁴. Non sorprende, pertanto, che, fin da subito, siano iniziate (e a lungo proseguite) complesse discussioni e importanti mobilitazioni, dirette a cambiare e a migliorare il codice di rito.

4.1. Il rito

Poiché i Codici sardi si sono ispirati al *Code de procédure civile* francese del 1806, è da quest'ultimo che il codice di procedura civile del Regno d'Italia del 1865 trae il modello processuale di riferimento, stralciando tuttavia gli elementi di maggiore portata innovativa quale, *in primis*, l'oralità.

Il processo civile disciplinato dal codice del 1865 è un processo formale, scritto e mediato, in quanto non è previsto il contatto diretto tra giudici e parti, nonché posto pressoché totalmente nelle mani delle parti¹⁵⁵.

Il codice di procedura civile prevede, invero, due tipologie di riti: il rito formale e il rito sommario.

Nel rito formale sia la trattazione sia l'istruzione probatoria sia i mezzi di prova sono in forma prevalentemente, quasi esclusivamente, scritta e anche la stessa udienza di discussione dinanzi al giudice prima della pronuncia della sentenza si sostanzia nella semplice lettura delle conclusioni, riducendo l'oralità ad una sintetica esposizione delle ragioni che sorreggono le conclusioni già formulate per iscritto¹⁵⁶.

Il rito formale non innova nulla rispetto al passato neppure con riferimento ai ruoli delle parti e del giudice. La direzione del processo è, infatti, totalmente rimessa nelle mani delle parti, le quali non solo determinano l'oggetto della controversia, ma sono libere di decidere l'ordine in cui presentare le proprie istanze, difese e i propri mezzi istruttori e di scegliere il momento nel quale svolgere le proprie attività processuali¹⁵⁷. Il tutto senza limiti numerici, relativamente agli atti, o temporali, relativamente alla deduzione dei mezzi di prova.

La detta signoria delle parti sul processo impone al giudice una funzione marginale e passiva, lasciandolo sostanzialmente privo di poteri, al di fuori della pura ammissione delle prove costituenti richieste dalle parti e della semplice risoluzione, sempre su istanza di parte, degli "incidenti" attraverso delle sentenze interlocutorie, peraltro immediatamente impugnabili¹⁵⁸. La circostanza che tali attività giudiziali siano sempre subordinate al previo accordo delle parti, rende evidente che il ruolo del giudice nel processo sia sostanzialmente azzerato.

Quanto alla fase istruttoria, specificamente di assunzione delle prove, essa è gestita dal giudice delegato dal collegio, il quale, tuttavia, essendo normalmente incaricato di ammettere una o più prove, singolarmente e isolatamente considerate, non di rado, per non dire regolarmente, non è

¹⁵⁴ SATTA, *Codice di procedura civile*, voce *Enciclopedia del diritto* pp. 279 ss., p. 281.

¹⁵⁵ FAZZALARI, *Cento anni di legislazione sul processo civile* cit., pp. 492 ss.

¹⁵⁶ TARUFFO, *op. cit.*, pp. 118-119.

¹⁵⁷ TARUFFO, *op. cit.*, pp. 115 ss.

¹⁵⁸ TARUFFO, *op. cit.*, pp. 116-117.

l'unico giudice a ricoprire tale ruolo per l'intera istruzione probatoria, con grave pregiudizio per l'immediatezza.

Il rito sommario, invece, segue la forma orale e concentrata. Il rito sommario opera, secondo la previsione di legge, nelle ipotesi genericamente indicate come urgenti; tuttavia, nella prassi, esso diventa il procedimento ordinario e normalmente praticato anche in assenza di reali ragioni d'urgenza, pur di rifuggire il rito formale e le sue lungaggini¹⁵⁹.

Nonostante la maggiore deformalizzazione che connota il rito sommario, quest'ultimo non riesce ad apportare un serio contributo alla concentrazione del processo né riesce a dare piena attuazione al principio di oralità, a causa dell'assenza di veri e propri poteri di direzione materiale riconosciuti in capo al giudice, che consentano di creare le occasioni per sviluppare la collaborazione e la comunicazione diretta tra tutti i soggetti processuali.

Invero, il maggior limite del rito sommario non è tanto la carenza, *rectius* l'assenza, di poteri di direzione del giudice, quanto piuttosto la clausola di rinvio, di cui all'art. 392 c.p.c., alle norme sul rito formale per tutto quanto non previsto dalla disciplina del rito sommario¹⁶⁰. Poiché le regole di quest'ultimo rito sono poche e concise, ecco che il ricorso alle norme relative al rito formale per colmare le lacune normative è tutt'altro che eccezionale e il procedimento sommario ne esce sostanzialmente snaturato. Il risultato è la trasmutazione del rito sommario in un procedimento ibrido e poco funzionale, in definitiva privo degli originali caratteri della semplicità e della rapidità¹⁶¹.

4.2. Le riforme del codice di procedura civile del 1865 nei primi anni del Novecento.

Analogamente a quanto è accaduto in Germania, anche in Italia immediatamente dopo la promulgazione del codice di procedura civile comincia a discutersi di riforme e di modifiche allo stesso¹⁶². In particolare, tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX secolo si succedono svariati progetti di riforma, i quali, tuttavia, rimangono tutti sulla carta¹⁶³.

Le uniche novità normative di rilievo sono la legge 31 marzo 1901, n. 107 e la legge 19 dicembre 1912, n. 1311, quest'ultima davvero innovativa e, invero proprio per questo, dalla vita piuttosto breve¹⁶⁴.

4.2.1. La riforma del processo sommario: la legge n. 107 del 1901.

Con la legge 31 marzo 1901, n. 107, successivamente modificata ed integrata da altre fonti normative¹⁶⁵, si cerca di porre rimedio all'*impasse* creato dall'art. 392 c.p.c., di cui si è detto sopra¹⁶⁶, e di far fruttare al massimo i potenziali vantaggi del rito sommario.

¹⁵⁹ TARUFFO, *op. cit.*, p. 122.

¹⁶⁰ TARUFFO, *op. cit.*, p. 121.

¹⁶¹ TARUFFO, *op. cit.*, p. 122.

¹⁶² CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile cit.*, pp. 5 ss.

¹⁶³ FAZZALARI, *op. cit.*, pp. 496 ss.; SATTA, *Codice di procedura civile cit.*, pp. 281 ss..

¹⁶⁴ TARUFFO, *op. cit.*, p. 167.

Viene così formalizzato ciò che la pratica giudiziale aveva già convertito in realtà quotidiana, cioè l'inversione del rapporto regola-eccezione tra il rito formale e il rito sommario, diventando così quest'ultimo il rito ordinario¹⁶⁷. Il legislatore della riforma cerca di realizzare una disciplina del nuovo processo che sia esauriente, in sostituzione di quella precedente, frammentaria ed incompleta. Tuttavia, la riforma non riesce a soddisfare le esigenze dell'ordinamento processuale, in quanto il legislatore tutto sommato si limita a dei ritocchi parziali e trascura totalmente il radicale riordino dell'ordinamento giudiziario, cosa di cui invece si sentiva un forte bisogno.

Il nuovo procedimento ordinario è bifasico e conferisce al giudice dei potenziati **poteri di direzione formale** del processo, al fine di rendere il procedimento più rapido e flessibile. In particolare, nella prima fase del rito il presidente del collegio provvede alle attività preparatorie, decide sulle istanze istruttorie e, se del caso, concede i rinvii, i quali, tuttavia, non possono essere più di cinque (disposizione quest'ultima invero spesso ignorata nella pratica)¹⁶⁸. Nella seconda fase, che si tiene dinnanzi al collegio, si avvia la discussione orale, durante la quale vengono dedotte le eventuali nuove prove, eccezioni e difese.

Non essendo tuttavia previste preclusioni che limitino l'attività difensiva di ciascuna parte, le novità non riescono ad essere di grande aiuto per la modernizzazione del processo civile italiano, ancora troppo lento e frammentario, azzerando gli effetti benefici propri del contatto diretto tra le parti e l'organo giudicante¹⁶⁹.

In realtà, la stessa previsione dello schema processuale bifasico non sempre risulta essere pienamente rispettata nella pratica giudiziaria. Infatti, all'emergere, anche già nella prima fase, dell'esigenza di assumere prove costituenti, detta assunzione viene affidata al giudice delegato, il quale deve procedere secondo le regole del rito formale¹⁷⁰. Inoltre, se sorgono incidenti nel corso della trattazione, si apre un processo incidentale secondo le regole, ancora una volta, del rito formale, innanzi al collegio, il quale, alla fine dell'udienza, pronuncia sentenza immediatamente appellabile.

È, dunque, evidente come il legislatore del 1901 non sia stato in grado di abbattere totalmente il ponte che consente il transito dal rito sommario a quello formale. I tentativi di potenziamento del ruolo del giudice vengono così posti nel nulla e il giudice non è in grado di esercitare alcuna seria azione sull'andamento della lite.

In conclusione, a ben vedere, non solo i difetti della disciplina precedente non sono stati rimossi, ma si è anzi aggiunto, come ulteriore carattere negativo, lo smembramento del procedimento in più fasi lontane l'una dall'altra, dirette da magistrati spesso differenti¹⁷¹.

¹⁶⁵ La menzionata norma viene integrata dalla legge 7 luglio 1901, dal R.D. 31 agosto 1901, n. 413 e dal R.D. 19 dicembre 547.

¹⁶⁶ V. *supra* paragrafo 4.1., lett. b).

¹⁶⁷ TARUFFO, *op. cit.*, p. 169.

¹⁶⁸ TARUFFO, *ibid.*

¹⁶⁹ TARUFFO, *op. cit.*, pp. 171 ss.

¹⁷⁰ TARUFFO, *op. cit.*, p. 172.

¹⁷¹ TARUFFO, *op. cit.*, p. 173.

4.2.2. L'istituzione del giudice unico: la breve vita della legge 19 dicembre 1912 n. 1311.

L'idea di istituire un giudice monocratico per la risoluzione delle controversie in materia civile nasce per risolvere la grave crisi della magistratura e per migliorare la distribuzione del carico di lavoro tra le corti¹⁷².

Nel 1912 viene così emanata la legge n. 1311 che, da un lato, amplia i **poteri di direzione processuale** del presidente del collegio e, dall'altro lato, istituisce la figura del giudice unico¹⁷³.

Specificatamente, il presidente del collegio può ora intervenire in maniera molto più incisiva sulla fase preparatoria della causa ed è incaricato del compito di nominare il giudice unico¹⁷⁴.

Il giudice unico è il magistrato dotato di numerose ed importanti funzioni. Egli decide immediatamente la causa ogni qual volta ciò si renda possibile, non essendo necessario dar luogo ad una lunga fase istruttoria. In caso contrario, il giudice unico procede ad assumere le prove, può ordinare la comparizione personale delle parti e ha, altresì, il potere-dovere di pronunciare la sentenza, immediatamente esecutiva, nel caso in cui entrambe le parti facciano espressa richiesta in tal senso¹⁷⁵. Qualora ciò non accada, la causa torna al presidente, il quale provvede alla nomina del giudice incaricato di decidere la causa con sentenza.

È evidente che la legge n. 1311 del 1912 disciplina un procedimento nettamente più rapido, con meno rinvii e formalità dovuti alla risoluzione degli incidenti e allo svolgimento dell'attività istruttoria, in quanto tali funzioni sono esercitate efficacemente da un soggetto, il giudice unico, dotato degli occorrenti ed incisivi poteri.

La legge del 1912 non viene accolta con favore dagli operatori del diritto, i quali, addirittura, si mobilitano per la sua abrogazione con scioperi e proteste¹⁷⁶. Poiché il legislatore italiano non ha il coraggio di prendere una netta posizione in favore della propria legge e di difendere le innovazioni apportate al processo civile e all'ordinamento giudiziale, con la legge 27 dicembre 1914, n. 1404 viene abrogata la legge n. 1311 del 1912, tornando, così, al previgente regime normativo di diritto processuale civile.

4.3. La dottrina del diritto processuale sociale in Italia.

È possibile constatare come, nel tempo trascorso dall'emanazione del codice di procedura civile fino ai primi anni del Novecento, l'attenzione mostrata dalla dottrina italiana e dal legislatore nei confronti degli aspetti sociali (sociologici) del diritto processuale civile sia decisamente scarsa. Il socialismo giudiziario così incisivo per l'evoluzione storica del diritto processuale civile in Austria

¹⁷² TARUFFO, *op. cit.*, p. 174.

¹⁷³ FAZZALARI, *op. cit.*, pp. 498-499.

¹⁷⁴ TARUFFO, *op. cit.*, pp. 174-175.

¹⁷⁵ TARUFFO, *op. cit.*, p. 174.

¹⁷⁶ TARUFFO, *op. cit.*, p. 175.

e in Germania, non riesce ad attecchire in Italia e ivi ad avere la stessa forza ed influenza ideologica¹⁷⁷.

Tuttavia, il socialismo giudiziario riesce ad aprirsi una breccia nel panorama giuridico italiano attraverso lo studio della dottrina tedesca del XIX secolo da parte di alcuni grandi processualisti italiani, in particolare grazie alla figura di **Giuseppe Chiovenda**¹⁷⁸, il quale formula nella propria opera la definizione del processo come funzione fondamentale dello Stato e riconosce all'azione natura pubblicistica¹⁷⁹. È, dunque, grazie all'opera di Chiovenda che si acquisisce anche in Italia la consapevolezza circa il fatto che il corretto funzionamento del processo soddisfi un interesse pubblico prima ancora che privato¹⁸⁰.

Sulla base di tali premesse ideologiche, nel 1919 Chiovenda formula ed avanza la propria proposta di riforma del processo civile italiano, con lo scopo di creare un nuovo regolamento processuale, semplice ed efficace¹⁸¹. La corretta amministrazione della giustizia, di cui lo Stato si deve fare garante, può realizzarsi esclusivamente attraverso un processo orale, rapido e concentrato, nel quale il giudice rivesta un ruolo attivo, esercitato attraverso effettivi poteri di direzione del procedimento¹⁸².

La parola chiave in tutta l'opera di Chiovenda è, senza dubbio, oralità, ovviamente da intendersi non come oralità piena, piuttosto come strumento per risolvere la controversia in modo rapido e semplificato¹⁸³. La scrittura continua a svolgere un proprio incisivo ruolo nel processo civile immaginato da Chiovenda, non in termini di mera verbalizzazione, ma anche e soprattutto in occasione della fase preparatoria. Con lo scambio di scritture iniziale, sia le parti sia il giudice possono arrivare all'udienza ampiamente preparati sull'oggetto della causa.

L'udienza di discussione orale delle parti dinnanzi al giudice è il cuore del processo chiovendiano¹⁸⁴. In particolare, l'autore immagina la piena collaborazione tra giudice e parti e il contatto diretto, immediato e continuo tra questi, nonché tra questi e gli altri eventuali soggetti processuali.

Secondo Chiovenda, l'oralità è in grado di rendere il procedimento non soltanto più efficiente dal punto di vista strutturale, ma anche più giusto in termini sostanziali. Infatti, l'interazione diretta, senza i filtri e senza l'intermediazione delle scritture, consente al giudice una più facile ed immediata comprensione dell'oggetto della controversia. Egli è in grado di selezionare, nell'insieme delle dichiarazioni e del materiale conoscitivo sottopostogli, le argomentazioni e le tesi

¹⁷⁷ TARUFFO, *op. cit.*, pp. 185 ss.

¹⁷⁸ Si vedano in particolare CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, I, pp. 379-394, Roma, 1930; ID. *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali*, in *Saggi cit.*, I, pp. 395-430; ; ID. *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, in *Saggi cit.*, II, pp. 1 ss.; ID. *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1912.

¹⁷⁹ Sull'influenza che l'opera di Franz Klein ha esercitato su Giuseppe Chiovenda, v. TARELLO, *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna, 1989, pp. 127 ss.

¹⁸⁰ TARUFFO, *op. cit.*, p. 188.

¹⁸¹ TARELLO, *Dottrine del processo civile cit.*, pp. 171 ss.; TARUFFO, *op. cit.*, pp. 195 ss.

¹⁸² TARELLO, *op. cit.* p. 180.

¹⁸³ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile cit.*, pp. 677 ss.; v. DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, pp. 124 ss.

¹⁸⁴ TARUFFO, *op. cit.*, p. 197.

che, in base ai criteri di razionalità e di veridicità e secondo il proprio libero convincimento, si avvicinano maggiormente alla verità. La scoperta della verità è lo scopo del processo e con “verità” non si intende la semplice verità processuale, ma propriamente la verità sostanziale.

Condizione necessaria di efficacia dell’oralità è, per Chiovenda, l’immediatezza e, dunque, l’identità del giudice per tutto il corso del procedimento. A tal fine, è ben possibile procedere alla nomina di un giudice delegato, purché costui sia un membro del collegio giudicante ovvero lo stesso presidente del collegio.

Ulteriore elemento del processo, strettamente correlato sia all’oralità sia all’immediatezza, in quanto ne consente l’attuazione, è la concentrazione. Le attività processuali devono essere concentrate il più possibile in un’unica udienza ovvero, se necessario, in poche udienze successive l’una all’altra.

In un tale quadro, Chiovenda rafforza ed incrementa i **poteri di direzione processuale** del giudice. Ciò non è tanto una necessità derivante dall’esigenza di dare effettività all’oralità e alla concentrazione, quanto piuttosto una logica conseguenza del mutamento di concezione del processo civile. Quest’ultimo si è infatti convertito da affare delle parti a funzione dello Stato e istituto di natura pubblicistica. Il giudice è ora un organo dello Stato e, come tale, deve essere fornito dei necessari ed adeguati poteri. Ne deriva che al giudice deve essere consentito di ingerirsi nella lite a tutela dell’interesse collettivo alla corretta e proficua amministrazione della giustizia.

I rinnovati poteri del giudice si sostanziano nella possibilità di intervenire nella formazione del materiale di cognizione per il chiarimento intorno la verità dei fatti (**poteri di direzione materiale**) e nella parallela possibilità di dirigere effettivamente e di controllare attivamente il corso del procedimento e le sue fasi, conducendolo così rapidamente ed efficacemente verso la definizione della controversia (**poteri di direzione formale**). Entrambe le tipologie di poteri sono essenziali per realizzare lo scopo del processo, *i.e.* la pronuncia di una decisione giusta in un tempo ragionevole

Il progetto Chiovenda è uno dei primi seri progetti di riforma della prima metà del XX secolo, ma, seguendo il destino di molti altri progetti, è condannato a rimanere, sul piano normativo, lettera morta¹⁸⁵. Ciò nonostante, esso ha indubbiamente esercitato una fortissima influenza su tutto il pensiero giuridico a venire, anche perché il progetto Chiovenda è uno dei rari esempi di progetto di riforma davvero coraggioso ed innovativo, quasi rivoluzionario, avendo proposto l’adozione di un modello, quello pubblicistico austriaco, davvero valido, moderno e attento alle esigenze dei cittadini, compresi quelli più poveri.

4.4. Il codice di procedura civile del 1942.

Come si è già avuto modo di dire, la storia del diritto processuale civile italiano è una storia di progetti e di discussioni per la riforma del processo civile. Per molti anni il legislatore non manca di incaricare più e più commissioni, presiedute da illustri giuristi, che predispongano la riforma del codice di procedura civile del 1865. Tali progetti non riescono mai a superare lo stadio preparatorio per convertirsi in leggi vigenti, scalzati da numerose norme processuali parziali e settoriali, per niente utili o risolutive dei problemi della giustizia italiana.

¹⁸⁵ FAZZALARI, *op. cit.*, pp. 499-500; CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 9-10.

Nonostante pressoché tutti i progetti di riforma di quegli anni presentino notevole interesse dal punto di vista storico, e non solo, essendo stati affidati a giuristi di grande prestigio e fama (si pensi a Mortara, Carnelutti o Redenti)¹⁸⁶, essi tuttavia non possono essere oggetto di attento studio in questa sede¹⁸⁷. In termini piuttosto generici, ci si può limitare a dire che i menzionati progetti di riforma cercano di riorganizzare, sistematizzare e semplificare il processo civile, ma senza proporre uno stacco netto dal passato e mostrando ancora una forte diffidenza nei confronti dei poteri del giudice e dell'oralità.

Accanto al progetto Chiovenda di cui sopra, soltanto il progetto Solmi del 1937 si mostra davvero rivoluzionario¹⁸⁸. Nel suo progetto preliminare Solmi segue le orme di Chiovenda e propone la trasformazione radicale della struttura del processo, con l'intento di eliminare dal codice di procedura civile, una volta per tutte, ogni traccia dell'arcaica ideologia individualistica dei codici liberali del XIX secolo.

Il primo progetto Solmi prevede un giudice dai forti poteri e dal ruolo attivo. In particolare, il giudice del primo progetto Solmi ha incisivi poteri di direzione sia materiale e sia formale, diventando il motore del procedimento. Con lo scopo di realizzare la concentrazione del processo, vengono proposte l'istituzione (*rectius* la ri-istituzione) del giudice unico in prima istanza e l'eliminazione delle sentenze interlocutorie impugnabili.

Il primo progetto Solmi subisce più e più emendamenti e correzioni, sicché il progetto definitivo si presenta decisamente attenuato nei toni e nella categoricità delle proprie scelte¹⁸⁹. Così, con riferimento all'istituzione del giudice unico, il secondo progetto Solmi prevede che sia il presidente del Tribunale a decidere se affidare la causa ad un giudice singolo ovvero al collegio, a seconda della natura e dell'oggetto della controversia e sempre tenuto conto delle osservazioni delle parti.

Tuttavia, neanche il secondo progetto Solmi diventa legge e occorre attendere l'assunzione dell'incarico di Ministro di grazia e giustizia da parte di Grandi per arrivare all'attuale codice di procedura civile del 1942. È, infatti, il progetto Grandi che, attraverso il **R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443**¹⁹⁰ diviene il codice di procedura civile italiano, entrato in vigore il giorno 21 aprile 1942¹⁹¹.

Il codice di procedura civile del 1942 trova il giusto compromesso tra la visione ("klein-chiovendiana") pubblicistica del processo e il rispetto del principio dispositivo. Così, da un lato vengono conservate le «regole fondamentali in cui si articola il principio dispositivo (artt. 112 ss.)», che impediscono al giudice di «prevaricare l'autonomia delle parti private»¹⁹²; dall'altro lato, tuttavia, i **poteri di direzione processuale** del giudice vengono notevolmente ampliati rispetto al passato, in quanto strumentali alla realizzazione di un procedimento più semplice e più veloce¹⁹³ e all'attuazione del principio di adattabilità del procedimento alle esigenze della causa concreta (art.

¹⁸⁶ V. FAZZALARI, *op. cit.*, pp. 501 ss.; CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 10-11.

¹⁸⁷ Si veda TARUFFO, *op. cit.*, pp. 199 ss. e 227 ss.

¹⁸⁸ TARUFFO, *op. cit.*, pp. 231 ss.; CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁸⁹ FAZZALARI, *op. cit.*, pp. 504-505.

¹⁹⁰ In *G.U.* del Regno di Italia n. 253, del 28-10-1940.

¹⁹¹ TARUFFO, *op. cit.*, pp. 254 ss.; CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 12-13.

¹⁹² TARUFFO, *op. cit.*, p. 262.

¹⁹³ CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 238-239; TARUFFO, *op. cit.*, pp. 261-262.

175 c.p.c. quanto alla direzione formale del procedimento; artt. 188 e 202 quanto ai poteri istruttori)¹⁹⁴.

In particolare, il giudice istruttore, sotto la vigenza del codice del 1942 dirige il procedimento fissando le udienze e i termini, e autorizzando eventuali difese scritte, verifica d'ufficio la regolarità della costituzione delle parti, nonché la completezza del contraddittorio, di cui ordina, se necessario, l'integrazione, autorizza la chiamata del terzo e ne ordina d'ufficio l'intervento¹⁹⁵. Al giudice istruttore vengono riconosciuti anche importanti poteri di direzione materiale del processo, quali il tentativo di conciliazione delle parti in *limine litis* e il loro interrogatorio libero, nonché la sollevazione di questioni rilevabili d'ufficio¹⁹⁶.

Il neonato codice di procedura civile, dunque, prevede una figura di giudice, specificatamente istruttore, attivo, che guida la causa dando il ritmo al procedimento e stimolando le attività delle parti¹⁹⁷. Eppure, non si può non osservare come, nonostante l'importante presa di posizione da parte del legislatore del Quaranta di voler assegnare al magistrato il ruolo di organo di direzione, dotato di importanti poteri di iniziativa, le parti continuano a vedersi riconosciuti notevoli poteri di impulso in più luoghi della disciplina processuale, sia pure limitati da termini di decadenza e da preclusioni; sicché spesso al giudice non resta che esercitare i propri poteri di direzione, di controllo e di stimolo nei limiti delle prerogative riconosciute e garantite alle parti nel processo civile ordinario di cognizione di primo grado¹⁹⁸.

Anche quando la legge assegna più ampio spazio ai poteri discrezionali del giudice, siccome nella realtà giudiziaria egli si dimostra restio a utilizzarli, le parti finiscono per godere di diverse libertà all'interno del procedimento¹⁹⁹.

Si pensi specificatamente ai poteri di direzione della fase preparatoria del processo di cui agli artt. 183 e 184 c.p.c.: il giudice può, alla prima udienza, concedere alle parti la possibilità di proporre nuove eccezioni o chiedere nuovi mezzi di prova e produrre nuovi documenti, la cui necessità non derivi dalla difesa della controparte per ragioni rispondenti ai fini di giustizia; analogamente, il giudice può, nell'ulteriore corso del giudizio, autorizzare le parti a produrre nuovi documenti, a chiedere nuovi mezzi di prova e a proporre nuove eccezioni non precluse in presenza di gravi

¹⁹⁴ Così secondo la Relazione al Re del Ministro Guardasigilli presentata nell'udienza del 28 ottobre 1940-XVIII per l'approvazione del testo del Codice di procedura civile, nella quale si specifica in che cosa consista il citato principio di adattabilità del processo così si esprime: ad ogni tappa del loro *iter* processuale le parti e il giudice trovano dinanzi a sé, proposte dalla legge alla loro scelta, molteplici strade; e sta a loro scegliere, secondo i bisogni del caso, la via più lunga o le scorciatoie. FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, p. 142.

¹⁹⁵ FAZZALARI, *La funzione del giudice nella direzione del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1963, pp. 64-72, p. 66.

¹⁹⁶ FAZZALARI, *La funzione del giudice* cit., p. 66.

¹⁹⁷ FAZZALARI, *op. cit.*, p. 67: «Insomma, il giudice istruttore non solo segna, com'è ovvio, i tempi dello svolgimento del processo, ma fa anche da crivello per tutte le attività delle parti, e, in più, può darvi egli stesso impulso; inoltre, vive personalmente il dramma della prova».

¹⁹⁸ TARUFFO, *op. cit.*, p. 263.

¹⁹⁹ FAZZALARI, *op. cit.*, pp. 68-69 imputa la colpa del sostanziale fallimento del meccanismo processuale congeniato dal legislatore del 1940 all'eccessivo carico di lavoro dei magistrati correlato all'esiguità del numero di magistrati e di personale del tribunale, nonché della scarsità dei mezzi a disposizione e prosegue osservando che: «La conseguenza di tutto ciò è stata che non poche cause sono sfuggite al controllo e alla guida dell'istruttore: esse si sono articolate in una pletora di difese scritte (addio oralità!); invece di essere concentrate in una o in poche udienze istruttorie, si sono diluite in una lunga serie di udienze, e spesso di meri rinvii (addio concentrazione!); si sono svolte senza la fattiva partecipazione del giudice, ridotto spesso al ruolo di distratto spettatore (addio immediatezza!).»

motivi. Poiché nella realtà quotidiana dei tribunali il giudice non esercita davvero come dovrebbe i propri poteri di direzione processuale e riconosce automaticamente la sussistenza dei fini di giustizia e dei gravi motivi, le parti, allora, finiscono per godere di uno spazio di movimento davvero vasto, più vasto di quello che, invero, nelle intenzioni originarie del legislatore debba esser loro riconosciuto²⁰⁰.

Nonostante l'ago della bilancia nell'equilibrio tra i poteri delle parti e quelli del giudice nel nuovo codice di procedura civile penda decisamente a vantaggio delle prime, la classe forense si oppone strenuamente alla applicazione della nuova disciplina, auspicando l'abrogazione del codice e il ritorno alla legge del 1901²⁰¹. Schermandosi dietro l'affermazione di principio della natura fascista del codice di procedura civile²⁰², in realtà gli avvocati desiderano mantenere le loro abitudini lavorative, difendere i loro interessi consolidati²⁰³ e non doversi confrontare con un giudice «dotato di maggiori poteri di iniziativa e di controllo sul processo»²⁰⁴.

Dalle riserve mosse nei confronti della disciplina processuale codicistica derivano le successive e numerose riforme del diritto processuale civile e del codice del 1942.

²⁰⁰ FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile* cit., pp. 144-145: «La tendenza a non usare in modo funzionale questi poteri e di ritenere sempre sussistenti i “fini di giustizia” e i “gravi motivi” finiva per svuotare gli stessi artt. 183 e 184 del loro potenziale regolatore di un processo modulato secondo le caratteristiche della lite e non secondo le aspirazioni (a volte) capricciose dei litiganti».

²⁰¹ TARUFFO, *op. cit.*, p. 288.

²⁰² TARUFFO, *op. cit.*, pp. 289-290: «L'argomentazione di base è che il codice, essendo stato emanato in epoca fascista, è di conseguenza fascista, e dunque come tale va abrogato. Essa però viene usata in modo superficiale poiché la dimostrazione effettiva della natura fascista del codice non viene neppure tentata».

²⁰³ FICCARELLI, *op. cit.*, p. 145: «La necessità di preparare la causa in anticipo, l'impossibilità di trattarla con contatti da studio, l'esigenza di dover intervenire alle udienze, il dover fare i conti con un giudice dotato di maggiori poteri di iniziativa e di controllo sul processo, erano fattori che da un lato segnavano la novità del codice rispetto alle vecchie norme, ma dall'altro – e proprio per questo – rischiavano di sconvolgere la routine tradizionale, e per molti aspetti più comoda, della professione forense».

²⁰⁴ TARUFFO, *op. cit.*, p. 290.

CAPITOLO SECONDO

Le garanzie fondamentali nel processo civile e i poteri del giudice

A. Introduzione

Nelle esperienze storiche di tutti gli Stati democratici di diritto, determinate garanzie e certi diritti riconosciuti e tutelati nel processo civile sono assurti, nel corso di molti secoli, a **principi fondamentali del processo** (*Verfahrensgrundsätze*), garantiti e tutelati a vantaggio delle parti e degli altri soggetti processuali, molto spesso ulteriormente protetti per mezzo della copertura costituzionale e/o del riconoscimento a livello internazionale¹.

Invero, anche i sistemi processuali di epoca storica più avanzata conoscevano dei diritti processuali di portata generale, elevati al rango di principi fondamentali del processo civile, ma si trattava, fondamentalmente, di diritti volti a preservare e garantire i poteri delle singole parti sul processo, specificamente sul procedimento, ai quali faceva da contrappeso il dovere del giudice di astenersi dall'intervenire. Si pensi, in particolare, ai principi fondamentali, spesso meglio identificati attraverso i brocardi latini, del diritto esclusivo della parte a dare inizio alla causa con l'azione (*nemo iudex sine actore*), dell'obbligo del giudice di rispettare la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (*ne eat iudex ultra petita et allegata a partibus*), del dovere del giudice di imparzialità e terzietà rispetto alle parti e rispetto all'oggetto della controversia (*nemo iudex in re sua*), il diritto delle parti al contraddittorio (*audiatur et altera pars*)².

Nel corso del tempo, a partire dalla rivoluzione francese e con fortune alterne nelle diverse epoche storiche, sono entrati nel novero dei principi generali, diventati poi tradizionali in tutti gli ordinamenti statali, anche il principio della separazione dei poteri, il diritto delle parti ad essere giudicate dal giudice naturale precostituito per legge e la garanzia, posta a vantaggio sia del singolo sia della collettività, alla pubblicità nel procedimento³.

Molti dei principi fondamentali processuali or ora menzionati sono stati poi assorbiti nelle Carte costituzionali degli Stati democratici moderni e ivi riconosciuti e proclamati, rafforzandone così l'operatività e la tutela⁴. Si pensi al menzionato diritto di essere giudicati dal giudice naturale

¹ STÜRNER, *Verfahrensgrundsätze des Zivilprozess und Verfassung*, in GRUNSKY – STÜRNER – WALTER – WOLF (a cura di), *Festschrift für Fritz Baur*, Tübingen, 1981; RAUSCHER, *Einleitung*, in KRÜGER – RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, München, 2013, pp. 46 ss.; PRÜTTING, *Einleitung*, in PRÜTTING – GEHRLEIN (a cura di), *ZPO Kommentar*, München, 2012, pp. 1 ss., pp. 7 ss.; BREHM, *Einleitung*, in STEIN – JONAS (a cura di), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, pp. 1 ss., pp. 100 ss.

² CAPPELLETTI, *Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings (general report)*, in CAPPELLETTI – TALLON (a cura di), *Fundamental Guarantees of the parties in civil litigation. Studies in National, International and Comparative Law*, Milano, 1973, pp. 664-665; ID, *Giustizia e società*, Milano, 1972, pp. 339-340.

³ CAPPELLETTI- VIGORITI, *Fundamental guarantees of the litigants in civil proceedings: Italy*, in CAPPELLETTI – TALLON (a cura di), *Fundamental Guarantees of the parties in civil litigation cit.*, p. 514.

⁴ COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino, 1996, pp. 41-42: le garanzie processuali costituzionalmente riconosciute si sono differenziate da ogni altro diritto e garanzia, proprio perché emerse come

precostituito per legge o alle garanzie d'indipendenza della magistratura o, ancora, alle diverse forme in cui il brocardo *audiatur et altera pars* ha trovato riconoscimento e copertura costituzionale nei diversi Stati europei.

Proprio l'assorbimento nella carta fondamentale delle garanzie processuali e di ordinamento giudiziario è un fenomeno particolarmente interessante, perché comune a molti Stati⁵. Le scelte compiute dai padri costituenti dei Paesi europei, che si sono dotati di una costituzione, sono spesso assimilabili, talvolta identiche.

Più in generale, è invalso l'uso del termine *costituzionalizzazione* dell'ordinamento giuridico⁶, per indicare il fenomeno, comune a molti sistemi giuridici europei, consistente nell'ingerenza che la costituzione, e quindi i principi e le garanzie in essa affermati, esercitano sull'intero ordinamento giuridico, sullo Stato come istituzione e su tutti soggetti che lo compongono. A seguito della costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico, le norme costituzionali e i principi in esse affermati si amalgamano nel sistema giuridico preesistente con gli altri principi generali e rimodellano l'ordinamento giuridico nella sua interezza, condizionando il diritto sostanziale e processuale. Inoltre, i poteri dello Stato, gli operatori politici e del diritto, persino gli autori della dottrina, sono tutti influenzati e anche guidati nella loro attività e nelle loro opere dalla Costituzione stessa⁷.

Il costituzionalismo è tipico di quegli ordinamenti a costituzione rigida – essendo, invero, tale rigidità il presupposto di effettività della Costituzione stessa –, nei quali sono previsti sia una procedura legislativa speciale e particolarmente complessa per la revisione o l'emendamento delle norme costituzionali, sia un organo giurisdizionale istituzionalmente incaricato di vigilare sul rispetto del dettato costituzionale e preposto al controllo di costituzionalità della legge⁸.

fondamentali, ed esigono come essenziale «una qualificata protezione giurisdizionale, in armonia con l'evolversi del costituzionalismo moderno»; CAPPELLETTI, *Giustizia e società* cit., p. 340, *costituzionalizzazione* delle garanzie processuali e di ordinamento giudiziario significa inserimento delle stesse nella Legge fondamentale di un determinato Paese.

⁵ CAPPELLETTI, *Fundamental guarantees of the parties* cit., pp. 665-666.

⁶ Sul tema v. GUASTINI, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in *Ragion pratica*, 11, 1998, pp. 185 ss.; ID., *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento*, in MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela sovranazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002, pp. 147 ss.

⁷ GUASTINI, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento* cit., p. 147, definisce la "costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico" come il «processo di trasformazione di un ordinamento giuridico al termine del quale l'ordinamento in questione risulta totalmente "impregnato" dalle norme costituzionali». Perciò «un ordinamento giuridico costituzionalizzato è caratterizzato da una costituzione estremamente pervasiva, invadente, debordante»; ID., *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano* cit., p. 185: «per "costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico" propongo di intendere un processo di trasformazione di un ordinamento al termine del quale l'ordinamento in questione risulta totalmente "impregnato" dalle norme costituzionali. Un ordinamento giuridico costituzionalizzato è caratterizzato da una costituzione estremamente pervasiva, invadente, capace di condizionare così la legislazione come la giurisprudenza e lo stile dottrinale, l'azione degli attori politici come pure le relazioni sociali». Analogamente, COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, in MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela sovranazionale* cit., p. 77, definisce la costituzionalizzazione del diritto come «il processo al termine del quale il diritto è impregnato, saturo, imbevuto dalla costituzione». Infatti, «un diritto costituzionalizzato si caratterizza per una costituzione invasiva, che condiziona la legislazione, la giurisprudenza, la dottrina e i comportamenti degli attori politici».

⁸ COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice* cit., p. 42; CAPPELLETTI, *Giustizia e società* cit., p. 340. GUASTINI, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento* cit., pp. 149-150; *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano* cit., pp. 186-187. L'a. indica come condizione necessaria di costituzionalizzazione – nel senso che la costituzionalizzazione non è neppure pensabile in sua assenza – la presenza di una Costituzione che sia

Tali caratteri dell'ordinamento costituzionale sono quelli necessari affinché una *garanzia*, intesa come diritto fondamentale realmente protetto e attuabile in concreto, possa dirsi davvero costituzionale, in quanto, dal punto di vista strutturale, gode di quella stabilità che il procedimento rafforzato di revisione costituzionale le assicura, e, dal punto di vista attuativo, si concretizza nella realtà giuridica grazie al lavoro svolto dalla Corte costituzionale⁹.

L'effetto tipico della costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico e dell'integrazione nella Carta costituzionale di determinati principi, tra i quali anche quelli di tipo processuale, è, dunque, di rendere tali principi generali dei *diritti fondamentali*; pertanto essi vengono garantiti con una protezione rafforzata e sono collocati in una posizione gerarchicamente superiore rispetto alla legge ordinaria, al punto da risultare vincolanti per lo stesso legislatore, nonché per il potere giudiziario.

Specificatamente, il legislatore, che esercita i propri poteri, è libero nella scelta (discrezionale) dei mezzi e degli strumenti giuridici che, attraverso le leggi, mette a disposizione dell'ordinamento giuridico, ma è costituzionalmente vincolato per quanto riguarda l'opzione dei fini e degli scopi perseguiti, i quali, appunto, sono predeterminati e fissati rigidamente nella Costituzione¹⁰. Nei suoi confronti vige, infatti, a seguito della costituzionalizzazione dello Stato di diritto, il principio di legalità che lo obbliga al rispetto delle norme costituzionali in ogni suo agire¹¹. Ne segue che, il potere legislativo è, da un lato, limitato dai diritti fondamentali costituzionali e, dall'altro lato, incaricato di predisporre il meccanismo normativo e il sistema organizzativo necessari per l'attuazione di quei medesimi diritti bisognosi di tutela¹².

Per quanto riguarda, invece, l'esercizio del potere giurisdizionale in un ordinamento giuridico costituzionalizzato, il singolo giudice del merito, anzitutto, ha il potere-dovere di applicare

rigida e garantita. Una Costituzione è rigida se e solo se è scritta ed è protetta contro la legislazione ordinaria, non essendo possibile derogare, modificare o abrogare le norme costituzionali senza il previo esaurimento di uno specifico iter procedimentale di revisione. Inoltre, la Costituzione rigida si caratterizza per essere sovraordinata alla legislazione ordinaria, non potendo essere da questa derogata, modificata o abrogata. La costituzionalizzazione è più accentuata negli ordinamenti nei quali vi sono dei principi costituzionali (c.d. immutabili) che non possono essere modificati in alcun modo, neppure mediante il procedimento di revisione costituzionale e l'insieme dei principi immutabili costituisce la costituzione materiale. La Costituzione è poi garantita se esiste un sistema di controllo del rispetto delle norme costituzionali, normalmente messo nelle mani di un organo giurisdizionale o semi-giurisdizionale.

⁹ COMOGLIO, *op. cit.*, p. 83.

¹⁰ Secondo la dottrina pura del diritto, la legislazione è applicazione della costituzione, GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995, p. 16; FERRAJOLI, *Quali sono i diritti fondamentali?*, in MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela sovranazionale* cit., p. 96, il quale enuncia la nascita di un nuovo modello di diritto e di democrazia, ossia lo Stato costituzionale di diritto. In esso, prosegue l'a., la legalità ha cambiato natura: non è più solo condizionante e disciplinante, semplice prodotto del legislatore, ma è essa stessa condizionata e disciplinata da vincoli giuridici, anche sostanziali, derivanti da una progettazione giuridica della legislazione medesima.

¹¹ Art. 111, comma 1° Cost.: il giusto processo è quello regolato dalla legge; v. *infra* par. 6. GUASTINI, *Il giudice e la legge* cit., p. 37, l'a. in particolare richiama la tesi secondo cui «laddove il principio di legalità vale nei confronti dei poteri esecutivo e giurisdizionale, abbiamo a che fare con uno stato di diritto (senza ulteriori specificazioni); laddove il principio di legalità si estende anche al potere legislativo, abbiamo a che fare con uno *stato costituzionale di diritto*».

¹² Ivi si riconosce una difficoltà di carattere politico: MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela sovranazionale* cit., p. 31: è, infatti, «una questione di volontà politica se e in che misura approntare i dispositivi che possono consentire l'attuazione dei diritti fondamentali» e la fissazione di «un catalogo di diritti fondamentali dei quali si riconosca la rilevanza giuridica e in relazione ai quali si sancisca il principio di tutela giurisdizionale porta a una limitazione interna ed esterna della sovranità, porta cioè a una limitazione dell'ambito operativo entro il quale lo Stato può rivendicare la legittimità delle proprie scelte».

direttamente¹³ i principi fondamentali costituzionali, di portata generale o programmatica, nella risoluzione delle controversie¹⁴, realizzando così il dettato costituzionale. La costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico ha, pertanto, notevolmente inciso sul modo del potere giudiziario di svolgere le proprie funzioni. I diritti fondamentali che guidano ora l'applicazione del diritto da parte del giudice, impongono a quest'ultimo un ragionamento più complesso rispetto alla mera sussunzione della fattispecie concreta entro la fattispecie astratta della norma che si ritiene debba applicarsi al caso concreto¹⁵. L'attività giurisdizionale, dall'inizio del processo fino alla formazione

¹³ Nell'ordinamento giuridico tedesco, con la terminologia *Drittwirkung der Grundrechte* ci si riferisce alla possibilità di dare applicazione ai diritti costituzionali fondamentali per regolare i rapporti interprivati, al di là dunque della loro mera vincolatività nei confronti dei pubblici poteri. Mentre l'esistenza della *Drittwirkung* immediata (con ciò intendendo l'applicabilità diretta dei diritti costituzionali nei rapporti tra i cittadini, senza la mediazione di un organo dello Stato) è negata (ad eccezione del caso di applicabilità diretta della libertà di associazione di cui all'art. 9 GG), è ormai pacificamente accolta la tesi dell'esistenza della *Drittwirkung* mediata, secondo la quale i diritti costituzionali e i valori che essi ispirano debbano essere rispettati e attuati anche nei rapporti interprivati, seppure tale applicazione non sia diretta, ma venga mediata dall'attività interpretativa del giudice civile. In questo modo, i diritti fondamentali costituzionali influenzano il diritto privato e rivestono una rilevanza integratrice mediata, che si trasmette alla disciplina di diritto sostanziale e processuale, dando al giudice i criteri interpretativi e le indicazioni necessarie per precisare il significato delle clausole generali, dei concetti giuridici indeterminati o solo genericamente determinati, come l'equità e la buona fede. In altre parole, nei rapporti giuridici tra privati, regolati dal diritto privato, i diritti costituzionali operano ogni qual volta debba essere applicata, o anche solo interpretata, una clausola generale ovvero un concetto giuridico indeterminabile o dai contorni vaghi. Alla base della teoria della *Drittwirkung der Grundrechte* vi è la convinzione che l'ordinamento costituzionale presenti un sistema di valori, scelti dal costituente, che valgono in ogni ambito del diritto e che debbano ricevere effettività in ogni campo della vita giuridica. Sicché, anche il giudice civile che applica la legge di diritto privato deve, in forza del *Grundgesetz* e della correlata *Drittwirkung der Grundrechte*, tenere in debito conto tutti i valori costituzionali che emergono e appaiono utili in sede applicativa e interpretativa delle norme. Tale ricostruzione è pacifica nella giurisprudenza costituzionale del *Bundesverfassungsgericht* già a partire dalla celebre sentenza "Lüth" del 1958 (*BVerfG*, 15-01-1958 in *NJW* 1958, p. 257). V. *BVerfG*, 04-03-2004 (in *NJW* 2004, p. 2371) ove si legge: «*Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG verkörpert sich in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetz eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und der vor allem auch bei der Interpretation zivilrechtlicher Generalklausel maßgebliche Bedeutung zukommt*»; tradotto: «Secondo la giurisprudenza pacifica del *Bundesverfassungsgericht*, si incorpora nelle disposizioni sui principi fondamentali della Costituzione un ordine oggettivo di valori, che vale quale decisione fondamentale costituzionale per ogni ambito del diritto e che riceve, soprattutto nell'interpretazione delle clausole generali di diritto civile, un significato decisivo». V. TROCKER, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano a confronto*, Milano, 1974, pp. 136 ss.; cfr. BRÜGGEMANN, *Rechtliches Gehör im Zivilprozeß*, in *JR* 1969, Heft 10, p. 361. Anche nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale italiana è pacificamente accolta la tesi della diretta applicabilità dei principi e delle norme costituzionali da parte di qualsiasi giudice nella risoluzione delle controversie (GUASTINI, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano* cit., pp. 190-191, 200-201). La Costituzione italiana, dunque, può produrre effetti diretti anche nelle relazioni interprivate, soprattutto quando «la legge è lacunosa o è contraria a costituzione» (GUASTINI, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento* cit., p. 154) ovvero ingiusta. V. Corte Cost. 122/1970: «nel titolo primo della prima parte della Costituzione vengono affermati, garantiti e tutelati alcuni fondamentali diritti di libertà – in gran parte compresi nella categoria dei diritti inviolabili dell'uomo genericamente contemplati nell'art. 2 –, che al singolo sono riconosciuti e che il singolo deve poter far valere *erga omnes*. [...] Né può trarre in inganno la circostanza che il più delle volte, in tema di rapporti civili, le disposizioni costituzionali appaiono rivolte a delimitare le competenze, i casi ed i modi di intervento dei pubblici poteri. È vero che in tal modo vengono disciplinati rapporti di indubbio carattere pubblicistico, ma ciò nulla ha a che vedere col diverso problema attinente alla natura degli interessi pubblici e privati, rispetto ai quali i diritti costituzionalmente protetti devono prevalere».

¹⁴ GUASTINI, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento* cit., pp. 151 ss.. In particolare, l'a. afferma che è propria del processo di costituzionalizzazione la convinzione che ogni norma costituzionale sia una norma giuridica vincolante e suscettibile di produrre effetti giuridici (p. 152). L'idea di fondo è che la costituzione debba essere immediatamente applicata anche nelle relazioni interprivate, in presenza di lacune normative o di leggi contrarie alla costituzione (p. 154).

¹⁵ MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo* cit., pp. 37 ss.; GUASTINI, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento* cit., p. 148; cfr. WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozess im sozialen Rechtsstaat*, Neuwied, 1978, pp. 21-23: l'esercizio della funzione giurisdizionale non si riduce all'operazione logica di sussumere la fattispecie concreta nella norma per decidere la controversia, essendo l'immagine del giudice *bouche de la loi* da tempo superata e considerata inadeguata; piuttosto ciascun utilizzo del diritto è allo

della decisione e alla pronuncia della sentenza, deve essere piuttosto ispirata dai principi fondamentali e volta al loro equo bilanciamento. Ecco che, allora, innegabilmente, tali principi esercitano una notevole influenza, anche solo mediata o indiretta, sulla risoluzione della singola controversia.

Ai giudici spetta altresì il compito di adeguare la legge ordinaria ai principi fondamentali affermati dalla Costituzione, attraverso la tecnica dell'interpretazione delle leggi conforme a costituzione. In questo modo, il significato della norma che si intende applicare alla controversia, *prima facie* incostituzionale, viene inteso in senso conforme al precetto costituzionale, cosicché, da un lato, è data effettività ai principi costituzionali e, dall'altro lato, è conservata la validità della norma stessa¹⁶. Il potere-dovere dei singoli giudici del merito di realizzare il dettato costituzionale attraverso la lettura costituzionalmente orientata delle norme ordinarie, che regolano il caso concreto, determina l'applicazione mediata delle norme costituzionali. Accade spesso, peraltro, che, in tali circostanze, a causa di un eventuale mancato intervento da parte del legislatore, volto a dare attuazione al precetto costituzionale, la magistratura sia inevitabilmente costretta ad operare in sede interpretativa delle vere e proprie scelte di valore¹⁷, le quali possono implicare delle valutazioni di natura soggettivistica.

Costituisce, infine, applicazione mediata della Costituzione l'attività interpretativa, spesso creativa o integrativa, del precetto normativo ad opera, rispettivamente, della Corte Costituzionale e del *Bundesverfassungsgericht*: i giudici costituzionali spostano i principi generali, di portata più ampia, come il principio di eguaglianza o la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, dal piano generico a quello specifico dei rapporti tra i privati nel processo, ancora una volta attraverso percorsi interpretativi che richiedono delle scelte di valore, fin anche ideologiche (o politiche). Tuttavia, lo spazio che i concetti costituzionali lasciano alla valutazione delle Corti costituzionali è ben circoscritto dai valori costituzionali stessi, i quali devono sempre ispirare l'interpretazione sistematica della giurisprudenza costituzionale. I giudici costituzionali concretizzano e attualizzano la generica enunciazione costituzionale, affermativa di un valore, traslandola sul piano della legislazione ordinaria e della sua applicazione.

La Corte Costituzionale italiana, come è noto, non ha il potere di ricevere direttamente i ricorsi proposti dai singoli individui, i cui diritti costituzionali siano stati lesi dagli atti di imperio, esecutivi o giudiziari dei poteri statali, ma può solamente pronunciarsi sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate da un giudice, d'ufficio o su eccezione di parte, nel corso di un giudizio¹⁸.

stesso tempo cambiamento e fissazione del diritto, e il giudice, quando applica la legge, riveste un ruolo politico. Il giudice, per giudicare giustamente e ricevere consenso, deve entrare nella società e farne parte, deve vivere il suo tempo e partecipare agli accadimenti. Il giudice costruisce tale consapevolezza sociale anche, e soprattutto, grazie alla costituzione e al suo sistema di valori; sul ruolo politico del giudice v. anche DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, p. 74: «I dibattiti che agitano ovunque il mondo giudiziario hanno ormai distrutto la falsa immagine del giudice "apolitico", armato soltanto della sua logica astratta, indifferente rispetto ai fini delle norme».

¹⁶ GUASTINI, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento* cit., p. 155; ID., *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano* cit., pp. 197-200.

¹⁷ COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, pp. 8-9.

¹⁸ CAPPELLETTI, *Giustizia e società* cit., pp. 342-343, «affinché l'individuo possa portare un atto legislativo all'esame della Corte costituzionale, egli deve essere parte in un normale procedimento giurisdizionale – civile, penale, o amministrativo – nel quale la legge incostituzionale sia rilevante», in tal caso «se il giudice ritiene che la legge in questione sia rilevante per la decisione della causa, e che la questione di costituzionalità non sia manifestamente infondata, egli dovrà sospendere il processo e rimettere alla Corte costituzionale la decisione della questione».

Manca, in sostanza, una garanzia di controllo diretto e immediato da parte della Corte Costituzionale per il caso di violazione dei diritti e delle libertà costituzionali fondamentali subito dalla persona entrata in contatto con i pubblici poteri¹⁹. Il limite di tale meccanismo, previsto nell'ordinamento giuridico italiano, per il controllo di costituzionalità di una norma da parte della Corte Costituzionale, è che la semplice dichiarazione di incostituzionalità ovvero gli “*escamotage*” della sentenze interpretativa e di quella manipolativa, spesso non sono di per sé sufficienti per dare attuazione positiva ed effettività alle disposizioni costituzionali²⁰. Infatti, come è stato giustamente osservato, da un lato «l'efficacia pratica di “un invito” o di un appello (unito eventualmente a suggerimenti più o meno precisi ed espliciti sul “come” dovrà configurarsi una nuova disciplina) rivolto al legislatore dipende dalla sollecitudine di quest'ultimo ad accoglierlo» e metterlo in pratica²¹, dall'altro lato vi è il rischio che le violazioni delle garanzie costituzionali che derivano da atti esecutivi o giudiziari non basati su una legge incostituzionale, restino prive di un'efficace sanzione e di una valida reintegrazione.

Diversamente in Germania, l'istituto della *Verfassungsbeschwerde* (art. 93, comma 1°, n. 4a GG) costituisce un valido strumento per dare effettività alle tutele riconosciute dal *Grundgesetz*. Si tratta, in particolare, di un ricorso che chiunque può presentare direttamente al *Bundesverfassungsgericht* nel caso di violazione dei propri diritti fondamentali²² o di uno dei diritti previsti dagli articoli 20, comma 4^o²³, 33²⁴, 38²⁵, 101²⁶, 103²⁷ e 104²⁸ GG, da parte di un pubblico potere con un proprio atto o nell'esercizio delle proprie funzioni, compreso naturalmente il potere giudiziario²⁹.

¹⁹ CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 344 ss.; per il caso di violazione perpetrata da una decisione giudiziaria, questa sarà viziata di illegittimità, e in quanto tale soggetta ai normali mezzi di impugnazione e in particolare all'annullamento, per errore di diritto, da parte della Corte di cassazione.

²⁰ TROCKER, *op. cit.*, pp. 130-131.

²¹ TROCKER, *op. cit.*, p. 133.

²² Tra i *Grundrechte* viene ricompreso anche l'art. 103 GG, sebbene il diritto ad essere ascoltato dal giudice (comma 1°) non rientri nel “catalogo” dei principi fondamentali di cui agli articoli dal primo al nono del *Grundgesetz*. Infatti, l'art. 103, comma 1°, GG è parte integrante del principio dello Stato di diritto, nonché concretizzazione del principio dell'inviolabilità dell'essere umano di cui all'art. 1 GG: OTT, *Verfassungsrecht und zivilrichterliche Aufklärungspflichten*, Regensburg, 2004, p. 77. V. più diffusamente *infra* par. 4.

²³ «Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist».

²⁴ «Jeder Deutsche hat in jedem Lande die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten. Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Der Genuß bürgerlicher und staatsbürgerlicher Rechte, die Zulassung zu öffentlichen Ämtern sowie die im öffentlichen Dienste erworbenen Rechte sind unabhängig von dem religiösen Bekenntnis. Niemandem darf aus seiner Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem Bekenntnisse oder einer Weltanschauung ein Nachteil erwachsen. Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen».

²⁵ «Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen. Wahlberechtigt ist, wer das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat; wählbar ist, wer das Alter erreicht hat, mit dem die Volljährigkeit eintritt. Das Nähere bestimmt ein Bundesgesetz».

²⁶ «Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Gerichte für besondere Sachgebiete können nur durch Gesetz errichtet werden».

²⁷ «Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör. Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden».

²⁸ «Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Gerichte für besondere Sachgebiete können nur durch Gesetz errichtet werden».

²⁹ «Die Freiheit der Person kann nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich

Pur operando nei suoi confronti il principio di sussidiarietà e pur soggiacendo a dei stringenti limiti di ammissibilità, al fine di evitare un sovraccarico di lavoro del *Bundesverfassungsgericht*, la *Verfassungsbeschwerde*, valorizza al massimo la portata applicativa del *Grundgesetz*, perché conferisce al singolo il potere individuale di rivolgersi direttamente al *Bundesverfassungsgericht* e di provocare il suo intervento a tutela dei diritti individuali costituzionali³⁰.

Il fenomeno della costituzionalizzazione, come è facile intuire, ha maggiormente riguardato i Paesi usciti dall'esperienza drammatica del totalitarismo, al termine della Seconda Guerra Mondiale; Paesi questi che, più di altri, hanno sentito l'esigenza di assicurare una protezione rafforzata a determinati diritti e alle libertà, percepiti rispettivamente come inviolabili e fondamentali. Positivizzando tali diritti nelle Carte Costituzionali, essi sono diventati presupposti imprescindibili per la produzione normativa e per l'attività interpretativa delle disposizioni preesistenti e non, e sono stati fatti oggetto di una particolare tutela rafforzata, tipica del garantismo costituzionale³¹.

Pressoché contemporaneamente i diritti fondamentali, tra i quali anche le garanzie che coprono il processo civile³², hanno ricevuto esplicito riconoscimento normativo anche a livello internazionale, attraverso la sottoscrizione, da parte degli Stati, europei e non, di Convenzioni e Trattati internazionali³³. Posta l'indiscutibile importanza del fenomeno dell'internazionalizzazione, non si

mißhandelt werden. Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden. Bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Die Polizei darf aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten. Das Nähere ist gesetzlich zu regeln. Jeder wegen des Verdachtes einer strafbaren Handlung vorläufig Festgenommene ist spätestens am Tage nach der Festnahme dem Richter vorzuführen, der ihm die Gründe der Festnahme mitzuteilen, ihn zu vernehmen und ihm Gelegenheit zu Einwendungen zu geben hat. Der Richter hat unverzüglich entweder einen mit Gründen versehenen schriftlichen Haftbefehl zu erlassen oder die Freilassung anzuordnen. Von jeder richterlichen Entscheidung über die Anordnung oder Fortdauer einer Freiheitsentziehung ist unverzüglich ein Angehöriger des Festgehaltenen oder eine Person seines Vertrauens zu benachrichtigen».

²⁹ Qualunque provvedimento e decisione del giudice può essere oggetto di *Verfassungsbeschwerde* ex art. 93, comma 1°, n. 4a GG e legittimato a presentare il ricorso è chiunque, persona fisica o giuridica, sia stato leso nei propri diritti fondamentali dal provvedimento giudiziario contestato. In particolare, la *Verfassungsbeschwerde* può essere avanzata per contestare il contenuto di una sentenza che leda specifici diritti costituzionali, in quanto il giudice che aveva pronunciato il provvedimento non si era avveduto della necessità di applicare il diritto fondamentale oppure non aveva prestato attenzione alla circostanza che, entrando in gioco più principi fondamentali in contrasto tra loro, dovesse operare un bilanciamento. Può altresì accadere che la sentenza sia anticostituzionale, perché il giudice ha basato la propria decisione su un'interpretazione scorretta circa il significato e la portata giuridica di un diritto fondamentale, ovvero su un'applicazione e una valutazione del diritto fondamentale in oggetto ormai superata. La *Verfassungsbeschwerde* può altresì essere proposta dalla parte che lamenta la violazione dei diritti fondamentali individuali attraverso il processo e il suo procedimento, condotti da parte del potere giudiziario in modo irrispettoso del dettato costituzionale, in particolare violando i diritti costituzionali individuali relativi al processo (ad es., gli artt. 103, comma 1° e 3 GG). Infine, la *Verfassungsbeschwerde* può essere avanzata dal soggetto che ritenga che la violazione dei propri diritti individuali fondamentali ad opera della decisione giudiziale sia stata provocata dall'applicazione al caso concreto da parte del giudice di una norma incostituzionale: ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München, 2010, p. 86.

³⁰ TROCKER, *op. cit.*, pp. 148 ss..

³¹ MAZZARESE, *op. cit.*, p. 3.

³² Il riferimento va ovviamente all'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali del 1950. V. SCHUMANN, *Menschenrechtskonvention und Zivilprozess*, in P. GOTTWALD – H. PRÜTTING (a cura di), *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, München, 1990.

³³ CAPPELLETTI, *Fundamental guarantees of the parties* cit., pp. 666-667. Si pensi in particolare: all'art. 10 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani proclamata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948; all'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali adottata dal Consiglio d'Europa il 4 novembre 1950; all'art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, sottoscritto a New York il 16 dicembre 1966.

può non rilevare che non sempre esso sia in grado di assicurare la stessa incisiva tutela che la costituzionalizzazione garantisce ai diritti fondamentali, poiché, di regola, a seguito della (eventuale) ratifica dei Trattati internazionali, i principi da essi affermati hanno la forza di semplice legge ordinaria, pertanto derogabile da norme di rango superiore o da norme di pari grado successive.

Occorre, infine, sottolineare che, dall'avvento della Costituzione e dal manifestarsi del fenomeno della costituzionalizzazione è derivato il sostanziale svilimento di molti principi generali del diritto processuale civile, che in precedenza costituivano i principi fondamentali di massimo rilievo nel processo civile (*Verfahrensmaximen*). Pur riconoscendo la loro sopravvivenza alla supremazia e all'estrema valorizzazione delle garanzie costituzionali, le quali hanno ora significato autonomo e valenza sovraordinata, è possibile comunque constatare che i principi fondamentali del processo rilevano e acquistano efficacia fintanto che essi siano coerenti coi principi costituzionali e siano integrativi e ausiliari rispetto a questi ultimi.

Così, per esempio, ha perso di significato materiale l'antica contrapposizione tra le *Verhandlungs-* e *Dispositionsmaximen* da un lato, e la *Untersuchungsmaxime*, dall'altro lato³⁴: i principi costituzionali pongono in secondo piano il principio dispositivo (in senso lato, relativo non solo alla proposizione della domanda, ma anche alla definizione dell'oggetto della trattazione) ogni qual volta esso contrasti od ostacoli l'effettività delle garanzie fondamentali costituzionali, senza che tale circostanza abbia comportato la riviviscenza dell'arcaico principio inquisitorio. Continua, invece, a essere di grande peso il principio di oralità, fissato anche dal legislatore ordinario quale principio guida nella trattazione della causa, in quanto, tra gli altri vantaggi, produce quello innegabile di meglio favorire la piena realizzazione del principio costituzionale *audiatur et altera pars*.

Eppure, sebbene il ruolo rivestito dalle *Prozeßmaximen* nell'ordinamento processuale costituzionalizzato sia sicuramente di rilievo minore rispetto al passato, esso non può comunque essere totalmente smentito o annullato. Infatti, i principi generali riferiti al processo possono costituire dei punti di riferimento per il giudice e per le parti pur sempre utili per la pratica processuale, nonché delle linee guida per i movimenti di riforma al processo civile e per l'elaborazione delle teorie dottrinali.

Il fatto che poi determinate *Maximen* processuali siano divenute col tempo anacronistiche o di scarso rilievo ha, in realtà, consentito a nuovi principi generali di farsi spazio e di avanzare nel sistema processuale attuale. È, così, diventata principio generale nel moderno modello processuale, basato sull'*Arbeitsgemeinschaft* tra le parti e il giudice, la c.d. *Kooperationsmaxime*³⁵, mentre la *Beschleunigungs-* (*Konzentrations*)*maxime* è il principio processuale che ha ispirato

³⁴ WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess* cit., p. 103: sia il principio dispositivo sia quello inquisitorio hanno oggi perso di valore e di significato, perché non aiutano più di tanto a descrivere il fenomeno processuale moderno.

³⁵ Con ciò intendendo il principio generale in forza del quale, al fine del miglior disbrigo della trattazione della causa, le parti devono proficuamente cooperare tra di loro e con il giudice. Fatica invece ad affermarsi come principio generale processuale il principio dell'economia processuale. V. HOFMANN, *Prozessökonomie – Rechtsprinzip und Verfahrensgrundsatz der ZPO*, in *ZZP* 2013, Heft 1, pp. 83 ss.; METTENHEIM, *Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozess*, Berlin, 1970.

l'importantissima riforma del processo civile tedesco del 1976 (la c.d. *Vereinfachungsnovelle*)³⁶, assurgendo così a ruolo di principio fondamentale del processo civile.

Nel presente Capitolo verranno analizzati i singoli principi fondamentali costituzionali relativi al processo civile dell'ordinamento giuridico italiano e di quello tedesco – estremamente simili, ma non perfettamente coincidenti – sotto il profilo specifico dei **poteri di direzione processuale** del giudice; come, cioè, la figura di un giudice attivo e dotato di poteri di direzione **formale** e **materiale** del processo civile sia compatibile con i principi fondamentali e le garanzie costituzionali, trovando, anzi, la propria giustificazione normativa proprio in tali principi e garanzie; come, infine, tale configurazione del potere giudiziario possa costituire lo strumento per l'attuazione dei diritti fondamentali positivizzati nelle norme costituzionali.

B. La Carta costituzionale e i principi fondamentali relativi al processo

1. Introduzione.

L'analisi delle garanzie fondamentali del processo civile e delle tutele rivolte ai protagonisti del processo, in particolare le parti e i giudici, contenute nella Costituzione italiana e nel *Grundgesetz* tedesco è agevolata dalla notevole somiglianza sostanziale di molte disposizioni e di interi articoli di legge. Tale circostanza, d'altronde, non deve certo sorprendere, considerata la medesima determinazione nei padri costituenti dei due Paesi a impedire che le atrocità del passato potessero ripetersi in futuro. Il garantismo costituzionale e la rigidità delle due Costituzioni sono le armi di cui i due sistemi giuridici, tedesco e italiano, si avvalgono contro l'eventualità di nuove violazioni dei diritti individuali e collettivi delle persone e dei cittadini³⁷.

Tanto la Costituzione repubblicana del 1948 quanto il *Grundgesetz* del 1949 contengono una serie di garanzie concernenti da un lato l'ordinamento giudiziario e i suoi organi, dall'altro lato il processo civile, le parti e taluni aspetti della tecnica processuale. L'inclusione nelle Carte costituzionali dei principi fondamentali di ordinamento giudiziario e di diritto processuale civile è anch'essa manifestazione della naturale reazione alle violazioni dei diritti fondamentali e alla repressione delle libertà individuali vissute dall'Italia a causa del fascismo e dalla Germania a causa del nazismo³⁸.

Appare pertanto evidente che la prerogativa del costituzionalismo italiano e tedesco sia quella di difendere i diritti e le libertà fondamentali individuali, ai quali viene riconosciuta una priorità assoluta, fungendo da sbarramento contro eventuali ingerenze e intrusioni nella sfera individuale del singolo da parte dei poteri dello Stato, attraverso lo svolgimento delle loro attività ordinarie, e da parte di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento³⁹.

³⁶ V. *infra* Capitolo terzo, paragrafi A., 1. e ss.

³⁷ CAPPELLETTI, *Giustizia e società* cit., pp. 68 ss.

³⁸ BAUR, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en République Fédérale d'Allemagne*, in CAPPELLETTI – TALLON (a cura di), *Fundamental Guarantees of the parties in civil litigation* cit., p. 3.

³⁹ COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione* cit., p. 34.

Il diritto processuale dell'epoca postbellica, in molti suoi aspetti, è strettamente collegato al diritto costituzionale, o meglio ne è condizionato, al punto di poter parlare di diritto costituzionale applicato al processo o di diritto costituzionale applicato⁴⁰.

È, infatti, obiettivo dei singoli diritti costituzionali riferiti al processo (*Prozessgrundrechte*) e delle norme costituzionali che comunque hanno rilevanza processuale rimodellare le strutture del processo ordinario, dare effettività alla tutela giurisdizionale dei diritti e incidere sulla realtà processuale, alla luce dei nuovi principi di legalità, di eguaglianza e di giustizia, cui il sistema costituzionale si ispira⁴¹, col fine ultimo di attuare effettivamente le garanzie processuali e strutturali per tutto il corso del processo⁴². Il che si pone perfettamente in linea con l'ideologia del costituzionalismo moderno, essendo ogni aspetto dell'ordinamento giuridico – giurisdizione, ordinamento giudiziario e processo inclusi – imbevuto e impregnato dei diritti costituzionali fondamentali⁴³.

Acquistano, così, grande significatività, tra i diritti fondamentali relativi all'applicazione giudiziale del diritto, quelli che regolano i rapporti tra il giudice e il singolo privato, e tra il giudice e la generalità dei cittadini (i c.d. *Rechtsprechungsrechte*)⁴⁴, intendendo la giurisdizione quale istituzione incaricata di tutelare la sfera privata e soggettiva e di bilanciare equamente la libertà individuale del singolo con quella degli altri cittadini, nonché con le esigenze dello Stato. Si tratta, nel complesso, di garanzie che si pongono nella prospettiva soggettiva, di chi ha esigenza di ricevere tutela giurisdizionale, e che, contemporaneamente, adottano il punto di vista oggettivo, dell'ordinamento giudiziario incaricato di progettare la macchina processuale capace di soddisfare le esigenze individuali di tutela⁴⁵.

Così, sono state anzitutto rinforzate ed ampliate le garanzie d'indipendenza della Magistratura, quale potere dello Stato soggetto soltanto alla legge, e d'imparzialità del giudice persona fisica. Ha

⁴⁰ BAUR, *Les garanties fondamentales* cit., pp. 3 ss.; BÜGGEMANN, *Judex statutor und judex investigator*, Bielefeld, 1968, p. 134; WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess* cit., p. 20. COMOGLIO, *Riforme processuali* cit., p. 85, le norme costituzionali a contenuto processuale sono norme dal significato forte, con incidenza concreta e diretta sul progresso evolutivo delle istituzioni processuali.

⁴¹ COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione* cit., p. 4; TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in CIVININI – VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, , *Atti del Convegno dell'Elba (9-10 giugno 2000)*, Milano, 2001, p. 43: « Le garanzie processuali vengono costituzionalizzate e costituzionalmente protette. [...] Il fenomeno non si riduce ad una costituzionalizzazione in senso formale. Vi è in esso una precisa opzione culturale, un atteggiamento ideologico che mira a consacrare stabilmente determinati principi (o idee-cardine) del processo che sono destinate a condizionare nel tempo la credibilità e l'accettabilità delle forme di tutela giudiziaria e delle strutture processuali».

⁴² COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice* cit., pp. 13 e 88: le garanzie costituzionali hanno significato costruttivo e incidenza concreta sulla realtà vivente del processo. Esse, infatti, «vanno concepite in termini dinamici», imponendo «al processo e alla sua disciplina alcune condizioni minime di legalità e di correttezza, la cui efficacia è potenzialmente operante in qualsiasi fase del processo».

⁴³ V. *supra* par. A.

⁴⁴ SCHILKEN, *Gerichtsverfassungsrecht*, Köln – München, 2007, pp. 47-48

⁴⁵ COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice* cit., pp.86-87, distingue le garanzie che soggettivamente esprimono l'esigenza di tutela del singolo individuo (il diritto di azione di tutti in condizioni paritarie, la tutela giurisdizionale riconosciuta anche nei confronti della Pubblica Amministrazione, il diritto inviolabile alla difesa, la tutela giuridica ai non abbienti, il diritto ad essere giudicati dal giudice naturale precostituito per legge) dalle garanzie che oggettivamente fissano la struttura dell'ordinamento giudiziario (la giurisdizione è amministrata in nome del popolo italiano e i giudici sono soggetti soltanto alla legge, la funzione giurisdizionale è di regola esercitata da magistrati ordinari istituiti e disciplinati in base alle norme sull'ordinamento giudiziario, è vietata l'istituzione di giudici straordinari e di giudici speciali, l'indipendenza e l'autonomia della magistratura).

poi assunto rilievo il diritto di azione per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi dell'individuo non solo nei confronti della Pubblica Amministrazione (art. 113 Cost.; art. 19 GG), ma anche contro singoli privati (art. 24 Cost.); tutela questa da attuarsi per mezzo del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost.; art. 101 GG).

Vi sono poi dei diritti costituzionali che svolgono la funzione di direttive per l'attività del giudice durante tutto il corso del procedimento: il diritto al giusto processo regolato per legge (art. 111 Cost.) impone al giudice di dirigere un processo prevedibile nel suo sviluppo e quanto al suo esito, e in grado di rispondere alle esigenze di certezza del diritto dei cittadini; il diritto d'eguaglianza, formale e sostanziale, delle parti innanzi al giudice (art. 3 Cost.; art. 3 GG) si realizza per tramite del giudice medesimo, il quale consenta alle parti di confrontarsi nel giudizio "ad armi pari"; il diritto alla difesa effettiva (art. 24, comma 2° Cost.) e al contraddittorio (art. 111, comma 2° Cost.), ossia, in termini latini, il diritto di ogni parte all'ascolto dal giudice (art. 103, comma 1° GG), in ogni stato e grado del procedimento, evoluzioni moderne dell'antico brocardo *audiatur et altera pars*, le quali si sostanziano prevalentemente nel dovere del giudice di dare il giusto rilievo all'oralità e alla fase dibattimentale del procedimento.

Le forme sopra illustrate in cui si manifesta la costituzionalizzazione delle garanzie processuali non possono essere considerate come piani distinti e autonomi. Piuttosto, esse si fondono e si collegano tra di loro tramite numerosi punti di contatto. Partendo dall'analisi del singolo principio, riconosciuto e tutelato dalle norme costituzionali, ci si sposta necessariamente da un piano all'altro, collegando tale principio a tutti gli altri, attraverso un percorso che non presenta soluzione di continuità. Così, ad esempio, per avere il giusto processo di cui parla il citato art. 111 Cost., è necessario che il giudice, terzo, imparziale ed appartenente alla magistratura, ascolti entrambe le parti in contraddittorio, garantendo loro la possibilità materiale di partecipare attivamente al processo in condizioni di effettiva parità, sia tecnica sia economica⁴⁶.

A ben vedere, le norme costituzionali che esplicitamente prevedono le garanzie fondamentali e i diritti costituzionali riferiti al processo civile sono tutto sommato poche e non possono dirsi propriamente dettagliate e specifiche dal punto di vista contenutistico⁴⁷. Tuttavia, la Costituzione – essendo diritto immediatamente vigente, che vincola direttamente tutti i poteri dello Stato⁴⁸ – è in grado di operare in tutti i rami del diritto e di dare ai principi costituzionali effettività e vasta portata applicativa, grazie alle sue clausole generali e ai suoi concetti indeterminati, tali da lasciare ampio

⁴⁶ TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"* cit., p. 49, parla di «unitarietà delle garanzie processuali» e di loro «significato "relazionale"». In particolare, per sottolineare gli apporti innovativi della riforma costituzionale che ha costituzionalizzato la garanzia al giusto processo in Italia, l'a. osserva che con l'art. 111 si introduce nella Costituzione italiana un'enunciazione concentrata e sintetica che coordina sistematicamente fra loro le diverse garanzie afferenti il processo e che rende omogenee e interdipendenti le loro concretizzazioni applicative. «In questo senso la norma contiene una fondamentale indicazione di metodo: le garanzie costituzionali del processo hanno bisogno di un'interpretazione e ricostruzione che non si limiti ad analizzarle come entità a sé stanti, [...] ma sappia coglierne il significato "relazionale" entro una serie di collegamenti e di interdipendenze funzionali»; COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, p. 52: il processo equo (o giusto, che dir si voglia), è una «categoria ordinante di più garanzie minime (ossia di condizioni necessarie e sufficienti di "legalità" e di "equità" processuale)»; v. *infra* par. 6.

⁴⁷ STÜRNER, *Prozeßzweck und Verfassung*, in H. PRÜTTING (a cura di), *Festschrift für Gottfried Baumgärtel*, Köln, 1990, pp. 545 ss.; ID, *Verfahrensgrundsätze des Zivilprozess und Verfassung*, in GRUNSKY – STÜRNER – WALTER – WOLF (a cura di), *Festschrift für Fritz Baur*, Tübingen, 1981, p. 649.

⁴⁸ L'articolo 1 GG esplicitamente ripone la responsabilità per l'attuazione e l'effettività dei precetti costituzionali indistintamente in mano al legislatore, al governo e al giudice (comma 3°: «Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung al unmittelbar geltendes Recht »).

spazio all'apprezzamento, equitativo e basato su valori obiettivi, del giudice (costituzionale e non) in sede applicativa⁴⁹.

Invero, le leve attraverso le quali il giudice costituzionale estende il raggio d'azione del diritto costituzionale processuale non sono solo i principi generali di più ampia portata, come il principio d'eguaglianza *ex artt. 3 Cost. e 3 GG*, o il contenuto complessivo delle Carte costituzionali, ma sono anche le più specifiche norme costituzionali esplicitamente dedicate alle garanzie fondamentali da rispettare nel processo civile, come l'art. 24 Cost. e l'art. 103, comma 1°, *GG*. Sono queste ultime norme a fissare un nucleo centrale di garanzie minime di correttezza processuale, inviolabili dagli organi dello Stato, ma estendibili nella loro portata applicativa ai diversi istituti processuali e ai vari procedimenti, grazie all'attività interpretativa dei giudici costituzionali⁵⁰.

Tutto quanto detto finora non è affatto indifferente con specifico riferimento al ruolo del giudice nel processo civile. È, infatti, del tutto evidente come la copertura costituzionale di cui godono le garanzie processuali attribuisce nuove tutele alle parti, e, contemporaneamente, conferisce al giudice un ruolo fondamentale, del tutto innovativo rispetto alle funzioni tradizionalmente svolte in epoca antecedente la Costituzione.

Il giudice, infatti, è ora chiamato a dirigere il processo in modo costituzionalmente conforme, a verificare il rispetto della costituzione da parte degli altri partecipanti al processo e a intervenire attivamente, se necessario, per realizzare nella singola realtà processuale i diritti costituzionali relativi al processo.

La Costituzione italiana e il *Grundgesetz* tedesco, riconoscendo e garantendo ai singoli individui dei diritti fondamentali processuali, hanno correlativamente conferito dei poteri-doveri molto rilevanti all'autorità giudiziaria; ne segue la necessità di rafforzare il terzo potere dello Stato e di recuperare il ruolo attivo del giudice, con l'opportuna valorizzazione della sua formazione e con l'innalzamento del suo livello professionale.

2. Lo Stato (sociale e democratico) di diritto.

2.1. Definizione e considerazioni generali.

Lo Stato di diritto viene definito come lo Stato che agisce secondo diritto e non secondo arbitrio⁵¹. Tale concetto, forse più politico che giuridico, nasce e si afferma in epoca liberale e, perfettamente in linea con il pensiero di quella fase storica, viene anzitutto strutturato in modo tale da porre al centro di ogni cosa l'individuo.

Lo Stato di diritto è tale se si preoccupa di tutelare la persona da eventuali ingerenze, o addirittura soprusi, da parte dei singoli poteri che lo compongono. Entra in considerazione, allora, il principio della separazione dei poteri e delle singole funzioni statali, in quanto, attraverso il meccanismo dei *check and balance*, esso è lo strumento di cui lo Stato si avvale, affinché non possa accadere che un

⁴⁹ GUASTINI, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano* cit., pp. 188-189: è condizione (sufficiente) di costituzionalizzazione dell'ordinamento la "sovra-interpretazione" della costituzione, ossia l'interpretazione estensiva del suo contenuto, che consente di ricavare dal testo costituzionale, di per sé finito, compiuto e limitato, innumerevoli norme implicite e inesprese.

⁵⁰ COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"* cit., pp. 52-53.

⁵¹ TROCKER, *Processo civile e costituzione* cit., p. 96.

potere statale prevalga sugli altri o eserciti le proprie facoltà e le proprie prerogative in modo “tirannico” nei confronti della sfera privata dei singoli cittadini.

L'altro elemento fondamentale e caratterizzante dello Stato di diritto – accanto all'identificazione della funzione tipica dello Stato nella difesa dell'individuo da soprusi provenienti dall'alto – è la preminenza della legge, cioè la necessità che ogni atto posto in essere dai pubblici poteri sia rispettoso della legge e che l'esercizio delle pubbliche funzioni sia regolato da norme ordinarie, promulgate dal potere legislativo (il principio di legalità).

Con riferimento alla giurisdizione, il principio di legalità comporta che il giudice è vincolato dalla legge, nel senso che deve necessariamente applicarla⁵², basando la propria decisione giudiziale su una specifica norma di legge⁵³ e rispettando le disposizioni di diritto, sia processuale sia sostanziale. In altre parole, applicando il principio dello Stato di diritto alla giurisdizione, i provvedimenti del giudice debbono essere conformi alla legge nel loro contenuto (conformità materiale) e il procedimento giurisdizionale deve essere regolato dalla legge (conformità formale)⁵⁴.

La portata e la valenza della riserva di legge, che deriva dall'affermazione del principio di legalità, invero di rilevanza costituzionale⁵⁵, non devono però essere estremizzate. Dunque, devono ritenersi legittime e costituzionalmente conformi le disposizioni normative con le quali il legislatore, attraverso delle clausole generali, ha concesso al giudice ampi poteri discrezionali⁵⁶ (per esempio quando si tratta di determinare le cadenze processuali oppure di scegliere le modalità di formazione del proprio convincimento sui fatti rilevanti per la decisione⁵⁷), anche al fine di consentire una più ampia portata applicativa della legge, adattabile, per mezzo dei poteri giudiziari, alle particolari esigenze del caso concreto⁵⁸.

⁵² GUASTINI, *Il giudice e la legge* cit., p. 115, con riferimento al principio di soggezione del giudice alla legge, o principio di legalità nella giurisdizione, l'a. specifica che «“soggezione” significa, anzitutto, dovere incondizionato di applicazione» della legge.

⁵³ GUASTINI, *ibid.*

⁵⁴ GUASTINI, *op. cit.*, p. 117; p. 18: «“Conformità” (materiale) significa *deducibilità*: è conforme alla legge ogni atto il cui contenuto normativo sia (non solo compatibile con la legge, ma) logicamente deducibile da norme di legge».

⁵⁵ Art. 111, comma 1°, Cost., riformato dalla legge costituzionale del 23 novembre 1999, n. 2; diversamente la Legge fondamentale tedesca non prevede esplicitamente che il processo debba essere regolato dalla legge, ma quest'ultimo è un principio generale e fondamentale che deriva direttamente dall'art. 20 GG (il principio dello Stato di diritto).

⁵⁶ CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in, *Atti del Convegno dell'Elba (9-10 giugno 2000)*, Milano, 2001, p. 17.

⁵⁷ CHIARLONI, *ibid.* Il dibattito italiano in tema di compatibilità tra i poteri discrezionali del giudice e la riserva di legge ha riguardato in particolar modo la legittimità costituzionale dei procedimenti sommari e camerali. Sul tema v. anche COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo civile”. Le garanzie*, in, *Atti del Convegno dell'Elba (9-10 giugno 2000)* cit., pp. 259 ss.

⁵⁸ WASSERMANN, *op. cit.*, pp. 78- 79; in particolare l'a. enfatizza l'aspetto sociale della riserva di legge caratteristica dello Stato di diritto. La discrezionalità del giudice non può mai degenerare in usurpazione dei poteri legislativi; è tuttavia fisiologico che nella complessità della moderna società, così economicamente sviluppata e industrializzata, il legislatore non possa immaginare tutte le problematiche e le sfaccettature che possano realizzarsi nel caso concreto. Perciò è deferito al giudice il compito di compiere delle scelte tra le diverse alternative che si presentano nell'applicazione del diritto. Ovviamente, tali alternative sono di regola limitate, pertanto è pur sempre applicazione del diritto e non attività creativa. Così il *Richterrecht* è da lungo tempo, nell'ordinamento giuridico tedesco, fonte del diritto affianco alla legge. L'espressione *politischer Richter* richiama proprio questa competenza sociale del giudice: significa che il giudice deve essere consapevole del carattere politico dei suoi compiti e, pertanto, si deve assumere anche le responsabilità che sorgono dalla pronuncia di una decisione frutto dell'esercizio dei suoi poteri processuali.

Più in generale, la preminenza della legge, che fa dello Stato uno Stato di diritto, non impone al legislatore di regolamentare analiticamente e rigidamente la disciplina processuale, ma, al contrario, ammette che la legge, in nome dei principi di concentrazione e di economia processuale, sia sintetica e si esprima in termini generici, lasciando così al giudice la possibilità di adattare, mediante l'esercizio dei suoi poteri discrezionali e di direzione processuale, il procedimento alle variabili del caso concreto⁵⁹. Non contrasta, dunque, col principio di legalità il sistema processuale civile nel quale il giudice possa operare delle scelte discrezionali relativamente le forme e i termini degli atti processuali, e relativamente i tempi e le cadenze del procedimento, sensibilizzando l'andamento del processo alle esigenze della situazione reale; non contrasta cioè con il principio dello Stato di diritto la figura di giudice attivo dotato di **poteri di direzione formale del processo**⁶⁰.

Oltre ai due ora menzionati elementi costitutivi dello Stato di diritto, sono proprie di questo le ulteriori funzioni della tutela dei diritti soggettivi, della salvaguardia della pace sociale e della realizzazione della certezza del diritto. Si può constatare allora come il principio dello Stato di diritto sia particolarmente centrale per il corretto esercizio della giurisdizione da parte della terza funzione dello Stato.

È noto che nello Stato liberale di diritto non assume alcun rilievo l'aspetto sociale, coerentemente all'individualismo tipico dell'epoca liberale. Il compito del legislatore dello Stato liberale di diritto è quello di operare il giusto bilanciamento tra la tutela del diritto individuale e l'affermazione del diritto oggettivo, posto che i diritti individuali e quelli pubblici vengono collocati a un medesimo livello.

Nella prospettiva liberale classica, i poteri dello Stato devono astenersi da qualunque intervento, perché è diffusa la convinzione che la società civile meglio organizzata sia quella autoregolata, quella nella quale il buono e il vero si affermano da sé soli, grazie al libero gioco delle forze contrapposte⁶¹. Ecco che, allora, il valore che viene percepito come fondamentale nel tessuto sociale è quello della libertà individuale e della sua preservazione contro qualsiasi ingerenza, pubblica o privata che sia⁶².

Con il fenomeno del costituzionalismo moderno, al termine dell'epoca nazifascista, le libertà individuali, sacrificate e annullate dai regimi totalitari, risorgono e tornano ad essere poste al centro dell'attenzione del sistema giuridico nel suo complesso, sebbene in modo del tutto differente dalla concezione tipica di stampo liberale, ormai da considerarsi anacronistica e superata. Piuttosto, tali libertà costituiscono la risposta all'esaltazione dell'autorità statale tipica dello Stato dittatoriale.

Ne risulta che la conseguenza della traumatica esperienza del totalitarismo europeo è che lo Stato di diritto si riqualifichi per essere uno Stato sociale, senza che tale nuova qualificazione si ponga in contraddizione con l'essenza stessa dello Stato di diritto. Così, lo Stato dell'epoca post bellica si ispira a un più generale ideale di giustizia sociale e, pertanto, riconosce, realizza e tutela i c.d. diritti sociali.

⁵⁹ COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"* cit., p. 59.

⁶⁰ COMOGLIO, *ibid.*

⁶¹ WASSERMANN, *op. cit.*, pp. 29 e 32.

⁶² WASSERMANN, *op. cit.*, p. 30: Lo Stato, secondo il pensiero liberale, non deve essere più il "padre onnipotente" (*der allmächtige Vater*), che si preoccupa dei propri figli e dei loro affari sin nel dettaglio.

In particolare, viene avvertita come esigenza fondamentale, nella moderna società industrializzata, la realizzazione dell'equità sociale, eliminando o almeno attenuando le differenze tra i diversi strati e gruppi sociali. Per fare ciò non vi è altro modo se non l'interventismo statale, che aiuti, tuteli e migliori le condizioni economiche e sociali di coloro che possono essere definiti "socialmente poveri" o "socialmente ed economicamente deboli"⁶³.

Tanto la Costituzione italiana quanto il *Grundgesetz* tedesco prevedono un dettagliato elenco di diritti sociali, che ricevono solenne riconoscimento ed ampia tutela costituzionale⁶⁴. Solo il *Grundgesetz* tedesco, tuttavia, riconosce esplicitamente il principio dello Stato sociale di diritto attraverso l'adozione di clausole generali⁶⁵, capaci di evolvere e di acquisire nuovi significati con il mutare delle circostanze e delle realtà storiche, assegnando così un ruolo all'aspetto sociale nel modello politico tedesco, quest'ultimo già qualificato per essere repubblicano e democratico⁶⁶.

L'affermazione di un tale precetto a livello costituzionale comporta non solo che sia stabilito un principio normativo, di valenza generale, il quale funga da criterio interpretativo dell'ordinamento giuridico per gli organi dello Stato⁶⁷, ma anche che sia sancito un preciso obbligo, di carattere vincolante, a carico di tutti i poteri dello Stato, e soprattutto quello legislativo, di garantire la giustizia sociale e di realizzare l'ordinamento sociale⁶⁸. Talché i precetti costituzionali di cui agli articoli 20 e 28 GG non hanno valore meramente programmatico e di indirizzo per il legislatore, ma hanno significato precettivo e fissano un obiettivo specifico ed effettivo per lo Stato, scopo che deve necessariamente essere raggiunto e realizzato dai poteri statali mediante l'esercizio delle proprie funzioni.

Accade che le Costituzioni dell'epoca post bellica, sia italiana sia tedesca, configurino un nuovo rapporto tra la singola persona, la comunità dei cittadini e le istituzioni statali, proprio grazie alla socializzazione del già esistente concetto di Stato di diritto⁶⁹. In altre parole, i diritti sociali specificano, con elementi sociali, i preesistenti diritti e le libertà proprie dello Stato liberale di

⁶³ WASSERMANN, *op. cit.*, p. 73.

⁶⁴ Si pensi, per esempio, agli articoli 14 Cost. e 13 GG, che sanciscono l'invulnerabilità del domicilio; agli artt. 17 Cost. e 8 GG, relativi alla libertà di riunione; agli artt. 18 Cost. e 9 GG sul diritto di associazione.

⁶⁵ Art. 20, comma 1°, GG: «Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.»; art. 28, comma 1°, primo periodo, GG: «Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen.».

⁶⁶ WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess* cit., p. 73, l'attributo sociale negli artt. 20 e 28 GG deve essere inteso come obbligo ad un atteggiamento di base che sia "sociale".

⁶⁷ WASSERMANN, *op. cit.*, p. 74, con specifico riferimento al potere giurisdizionale, l'a. sottolinea che il principio dello Stato sociale di diritto costituisce, tra l'altro, un criterio interpretativo superiore e generale e attribuisce una direttiva vincolante nell'esercizio dei poteri discrezionali.

⁶⁸ TROCKER, *op. cit.*, pp. 105-106; WASSERMANN, *op. cit.*, pp. 17-18: il sistema normativo, o più in generale il diritto, è uno strumento per influenzare i rapporti umani e regolarli. Perciò, il diritto è il mezzo per organizzare la società, per superare i conflitti e le contrapposizioni sociali; esso è elemento costitutivo del processo di integrazione sociale e strumento di controllo sociale. Appare dunque evidente come l'ordinamento giuridico e l'ordinamento sociale siano funzionalmente in rapporto tra di loro. L'a. sottolinea come, essendo l'influenza tra diritto e ordinamento sociale reciproca, accade che la realtà umana e sociale assegni al diritto stesso l'impronta strutturale e programmatica. Infatti, quando cambiano le condizioni materiali e immateriali di una società, cambia anche il diritto; qualora, invece, ai cambiamenti sociali non si accompagnassero le modifiche normative, il diritto perderebbe di efficacia. ID., *Die richterliche Gewalt. Macht und Verantwortung des Richters in der modernen Gesellschaft*, Heidelberg, 1985, p. 184.

⁶⁹ CAPPELLETTI, *Giustizia e società* cit., p. 346.

diritto, attribuendo loro una funzione positiva, di completamento della già garantita tutela negatoria e di difesa⁷⁰.

Il cambiamento di prospettiva, da individualista e formale a sociale, produce il più ampio e generale effetto di convertire l'ordinamento pubblico da sistema di diritto soggettivo a sistema di vita sociale, su cui lo Stato deve vigilare, senza che ciò comporti il sacrificio della tutela individuale. In un tale rinnovato sistema le libertà individuali si integrano nell'aspetto sociale della partecipazione attiva (anche democratica) alla vita associata⁷¹. Ecco che i connotati "sociale" e "democratico" propri dello Stato di diritto, previsti, implicitamente o esplicitamente⁷², dalle Carte costituzionali si combinano perfettamente e si integrano coerentemente.

Nello Stato (sociale) di diritto, infatti, il principio democratico è posto alla base di tutti i rapporti tra lo Stato e il cittadino, conferendo al singolo una specifica posizione soggettiva di vantaggio nei confronti delle istituzioni pubbliche. Esso si realizza mediante la partecipazione attiva dei consociati nelle dinamiche collettive e pubbliche, creando un rapporto attivo tra l'individuo e gli organi dello Stato e della Pubblica Amministrazione⁷³.

Un ulteriore ed inevitabile effetto della nascita e dell'affermazione dell'ordinamento di vita sociale è l'abbandono del *laissez-faire* tipico liberale, a favore di un maggiore interventismo statale, diretto non tanto al mero assistenzialismo⁷⁴, quanto piuttosto alla realizzazione dei diritti sociali, della giustizia sociale e del bene comune dei cittadini, senza peraltro che tale interventismo possa degenerare in una forma d'ingerenza sulle libertà individuali⁷⁵. Lo Stato sociale di diritto non si deve limitare ad osservare passivamente lo sviluppo dell'intreccio dei rapporti giuridici, che si uniscono poi alle sinergie sociali, ma deve intervenire attivamente per riequilibrare sul piano dell'ordinamento giuridico quelle disparità che nascono nell'ordinamento sociale ed economico⁷⁶.

Quanto appena detto appare evidente quando si prenda in considerazione il principio di eguaglianza, il quale, nelle Costituzioni moderne, è inteso tanto in senso formale quanto in senso sostanziale (*rectius* sociale) (art. 3 Cost.; art. 3 GG)⁷⁷. Cosicché, dovere dello Stato, in tutte le sue forme, non è soltanto quello di riconoscere e garantire formalmente l'eguaglianza, ma è anche quello di creare materialmente le condizioni per mezzo delle quali i soggetti ritenuti socialmente deboli e/o economicamente svantaggiati vengano posti allo stesso livello di tutti gli altri individui⁷⁸.

⁷⁰ V. CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 348, il quale afferma che la Costituzione italiana del 1948 ha espresso «un avanzato tentativo di conciliazione e di coordinamento dei due grandi tronconi di quelle forze: quello di ispirazione individualistico-liberale, inteso a garantire soprattutto l'individuo nei suoi rapporti coll'autorità, e quello d'ispirazione sociale, inteso ad assicurare soprattutto le esigenze di progresso e di uguaglianza sociale».

⁷¹ TROCKER, *op. cit.*, p. 108.

⁷² Art. 20, comma 1°, GG.

⁷³ TROCKER, *op. cit.*, p. 114.

⁷⁴ WASSERMANN, *op. cit.*, p. 74, lo Stato di diritto di cui agli artt. 20 e 28 GG non deve essere inteso come puro Stato assistenziale, ma come lo Stato di diritto che materialmente si preoccupi della giustizia sociale; lo Stato che si riveli attraverso il proprio impegno nella giustizia sociale è, appunto, uno Stato sociale di diritto.

⁷⁵ WASSERMANN, *op. cit.*, p. 51: la libertà nello Stato moderno (costituzionale) non è pretesa solo formalmente, ma deve essere concretizzata e tradotta nella realtà dei cittadini; tale postulato non può realizzarsi fintanto che lo Stato si limiti a fornire la cornice giuridica della vita sociale, senza incidere, occupandosene attivamente, sul suo contenuto.

⁷⁶ WASSERMANN, *ibid.*

⁷⁷ CAPPELLETTI, *Giustizia e società cit.*, p. 348.

⁷⁸ WASSERMANN, *ibid.*

Lo scopo è quello di appianare le differenze – attraverso una tutela rafforzata e più attenta nei confronti dei più deboli – tra le persone, perché sono proprio le diseguaglianze sociali che possono concretamente ostacolare il pieno esercizio delle prerogative individuali, riconosciute dallo Stato, e dei diritti fondamentali, garantiti dall’ordinamento giuridico e costituzionale. Equilibrando le disparità sociali mediante l’intervento statale, ciascuno ha la possibilità materiale di partecipare attivamente alla vita associata⁷⁹.

Cambia, altresì, la concezione dell’essere umano, il quale viene visto non più come singolo individuo isolato, proiettato alla realizzazione dei propri interessi egoistici⁸⁰, piuttosto come individuo sociale; esso è percepito come persona completa, la cui vita, sociale e familiare, economica e giuridica, risulta strettamente connessa e collegata con quella delle altre persone, creando così quella rete di rapporti, che costituisce la base su cui poggiano l’ordinamento di vita sociale e, più in generale, lo Stato (sociale) di diritto. Ne deriva che la tutela dei diritti fondamentali dell’essere umano diviene un principio supremo, riconosciuto e garantito dalla Costituzione (art. 2 Cost.; art. 1 GG) attraverso l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale⁸¹, e che l’eguaglianza sociale (assoluta e di diritto), principio fondamentale dello Stato sociale di diritto, è quella che ha a riguardo non la persona astratta, ma l’essere umano concreto, con le sue particolarità antropologiche, la sua formazione culturale e il suo potere (o non potere) sociale⁸².

L’esegesi del principio dello Stato sociale e democratico di diritto interessa in questa sede a causa del forte collegamento che lega tale principio di valenza costituzionale con il processo e i suoi protagonisti. Il diritto processuale civile, nell’ottica dello Stato sociale di diritto, mira al bene della società⁸³, si intreccia con l’ordinamento sociale, influenzando e regolando i rapporti umani; svolge, insomma, la fondamentale funzione sociale di prevenire l’esercizio dell’autotutela dei propri diritti da parte dei consociati, realizzando lo scopo della pacificazione sociale tra i privati; e il giudice dello Stato sociale di diritto ha il difficile compito (*rectius* l’obbligo), da adempiere con imparzialità e terzietà, di ricercare e scoprire la verità, non più meramente processuale, ma propriamente materiale.

La giurisdizione è sociale, perché vincolata dal principio dello Stato sociale di diritto a seguito della costituzionalizzazione dello stesso; sicché il giudice, come tutte le altre funzioni dello Stato, è tenuto al rispetto del principio dello Stato (sociale e democratico) di diritto, in quanto principio fondamentale dell’ordinamento costituzionale (cfr. art. 1, comma 3°, GG) e si assume la

⁷⁹ Sul tema v. diffusamente *infra* par. 5.

⁸⁰ V. WASSERMANN, *op. cit.*, p. 30: il diritto pubblico di epoca liberale concepisce il cittadino come un *Vernunftwesen* (alla lettera, un essere razionale) privo di funzione sociale, che esiste per sé solo. L’essere umano è la persona libera e non conosce altra ragion d’essere se non il suo volere, attraverso il quale egli allestisce i rapporti giuridici per sé rilevanti. Le differenze sociali, in questa visione, non esistono e le differenze vengono astrattamente livellate. «*Der Mensch ist nicht durch sein empirisches konkretes Dasein gegeben, sondern Person, als individualitätlos und isoliert gedachtes Individuum, als allgemeines Wesen, das keine anderen Merkmale hat als die, die jedem Menschen eigen sind*».

⁸¹ TROCKER, *op. cit.*, p. 108.

⁸² WASSERMANN, *op. cit.*, p. 75

⁸³ WASSERMANN, *op. cit.*, pp. 54-55; passaggio fondamentale per la nuova concezione del diritto processuale civile in senso sociale è stato il pensiero di Franz Klein, secondo il quale nel processo civile, quale “emergenza sociale”, deve essere costruito un ponte tra l’individualismo tipico dell’epoca liberale e il bene comune; tale ponte è costituito dalla collaborazione tra le parti private e il potere giudiziario statale, finalizzata alla rapida e giusta risoluzione della controversia. V. *supra* Capitolo primo par. 3.1.

responsabilità di gestire con successo, anche dal punto di vista organizzativo e strutturale, la tutela giurisdizionale.

Quanto detto si traduce, in concreto, nel dovere del giudice di realizzare, nell'esercizio delle proprie funzioni e competenze, il principio dello Stato sociale di diritto nel processo civile, utilizzandolo come criterio interpretativo nella risoluzione delle controversie e nell'applicazione delle norme giuridiche⁸⁴, e come direttiva e strumento di indirizzo nello svolgimento delle attività pratiche quotidiane, nella conduzione del procedimento e, quindi, nell'esercizio dei propri **poteri di direzione formale e materiale** del processo⁸⁵.

In particolare, coerentemente alla socializzazione dei rapporti giuridici, il giudice deve «riconoscere sotto la veste giuridica la realtà individuale e sociale» e «concretizzare nel processo civile lo Stato sociale di diritto»⁸⁶. Spezzando «l'astrazione giuridica nella quale è stato costretto dal pensiero liberale», il giudice dello Stato sociale di diritto ora si deve rapportare alle persone reali e ai reali problemi processuali⁸⁷.

In altre parole, poiché una delle funzioni dello Stato sociale di diritto è, come detto, la tutela della *persona sociale*, il giudice, quale potere dello Stato, deve ricostruire l'oggetto della controversia al di là del solo connotato prettamente giuridico-normativo della questione, riconoscendo e valutando altresì l'aspetto sociale e umano della medesima vicenda. Infatti, il processo dello Stato sociale di diritto è un fenomeno dinamico e sociale che pone in relazione paritetica e interattiva tra di loro il giudice e le parti.

È evidente, allora, la differenza rispetto al previgente modello liberale del processo civile, soprattutto con riguardo al rapporto intercorrente tra le parti e il giudice e tra i rispettivi poteri nel processo. Mentre nel modello processuale dello Stato sociale di diritto il procedimento è aperto e strutturato in modo tale da favorire la cooperazione tra il giudice, le parti e tutti i soggetti che intervengono nel processo, il modello processuale dello Stato liberale di diritto è tutto piegato verso la *Parteiherrschaft* in ogni aspetto del procedimento, dalla fissazione dei suoi tempi alla determinazione dell'oggetto della causa, in un contesto di estremizzazione della *Verhandlungsmaxime*, lasciando invece il ruolo del giudice totalmente sullo sfondo⁸⁸.

Il principio dello Stato (sociale) di diritto, invece, impone ai poteri dello Stato – e, quindi, anche al giudice – un maggiore interventismo, volto a realizzare i diritti sociali dell'individuo e, più in generale, la giustizia sociale⁸⁹. Proprio il rafforzamento dei poteri del giudice costituisce uno

⁸⁴ WASSERMANN, *op. cit.*, p. 76.

⁸⁵ WASSERMANN, *ibid.* V. COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 1977, pp. 14 ss., p. 17: «Nell'ottica giuspubblicistica, l'aspirazione ad uno Stato di giustizia, come proiezione avanzata dello Stato di diritto, sottolinea la necessità di un ruolo attivo del giudice, nell'esercizio di poteri integrativi e promozionali, capaci di realizzare le nuove posizioni subietive, riconosciute dalle norme costituzionali».

⁸⁶ WASSERMANN, *ibid.*

⁸⁷ WASSERMANN, *ibid.*; prosegue l'a. affermando che il processo civile non è più un puro rapporto di diritto, ma è un comportamento sociale, una rete di rapporti nella quale si tessono e si intrecciano le intenzioni dei soggetti processuali.

⁸⁸ V. WASSERMANN, *op. cit.*, pp. 32 ss.

⁸⁹ Il rafforzamento dei poteri direttivi del giudice è «il mezzo per piegare allo scopo pubblico della giustizia le intemperanze e gli egoismi dei litiganti» e serve a realizzare una maggiore efficienza del processo civile, nell'ottica che «il miglior funzionamento del processo» sia «qualcosa che *interest rei publicae*»: DENTI, *Processo civile e giustizia sociale cit.*, p. 14.

strumento di giustizia sociale,⁹⁰ che adegua la disciplina processuale alle esigenze di parificazione sociale, in quanto l'esercizio di tali poteri soccorre (assiste), nel processo civile, la parte socialmente debole⁹¹.

Cosicché vengono rivisitati i principi e le teorie del diritto processuale civile attuale, provocando delle forti ripercussioni sul ruolo del giudice e sui suoi **poteri**, specialmente **di direzione**⁹². Tra gli obiettivi principali delle riforme alla disciplina processuale – soprattutto quella tedesca – che si sono succedute nel tempo, dalla nascita della Costituzione in poi, vi è l'eliminazione del dominio delle parti sull'andamento del processo e la limitazione delle loro libertà⁹³, rafforzando correlativamente i poteri del giudice e riconoscendo, specificamente, all'autorità giudicante incisivi poteri giudiziali di **direzione formale e materiale del procedimento**, nonché fissando alla medesima dei nuovi parametri comportamentali, che le consentano di essere un'istituzione attiva, finanche, entro certi limiti, assistenziale⁹⁴. Più in generale, il moderno processo sociale disconosce il concetto di "signoria", sia esso attribuito alle parti o al giudice, accogliendo invece nella propria struttura il concetto di "collaborazione" di tutti i soggetti processuali (*Arbeitsgemeinschaft*)⁹⁵.

Specificamente, sottratte totalmente alle parti le facoltà di modificare liberamente il regime dei termini e di accordarsi sulla sospensione o sull'interruzione delle cause, il giudice ha il potere generale di strutturare efficacemente l'andamento temporale del processo, disponendo i termini, perentori ma adattabili alle esigenze del caso concreto e rigettando le allegazioni tardive (*formelle Prozessleitung*)⁹⁶.

Inoltre, il giudice del processo sociale deve partecipare al contraddittorio, esercitando i suoi poteri di stimolo e di sollecitazione ogni qual volta una parte non sia informata sui fatti rilevanti ai fini della decisione e debba essere posta nelle condizioni di potersi difendere adeguatamente (*materielle Prozessleitung*)⁹⁷. Il dialogo diretto e aperto tra le parti e il giudice e la cooperazione tra i medesimi sono strumenti di socializzazione del fenomeno processuale, in quanto contribuiscono ad avvicinare l'autorità giudiziaria (potere dello Stato) e i singoli cittadini (individui sociali)⁹⁸.

⁹⁰ DENTI, *op. cit.*, p. 63.

⁹¹ DENTI, *ibid.*, pp. 62-63.

⁹² WASSERMANN, *op. cit.*, p. 68, l'attuale modello ispiratore per la direzione del procedimento può essere desunto dalla forma dello Stato sociale di diritto, scelta dal *Grundgesetz* per rielaborare gli scopi (sociali), cui lo stesso Stato deve mirare; COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice* cit., p.18, con la trasformazione del processo in processo sociale, è stata attribuita al giudice la funzione di rimuovere gli ostacoli che «di fatto limitano l'esercizio dei diritti individuali e l'effettiva partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione del Paese».

⁹³ WASSERMANN, *op. cit.*, p. 87, la libertà delle parti è delimitata entro confini di origine sociale.

⁹⁴ WASSERMANN, *ibid.*, il giudice non può più essere l'arbitro passivo che si limita a controllare che le regole processuali vengano rispettate. Egli deve comportarsi da aiutante imparziale delle parti nell'interesse di superiori obiettivi processuali, divenendo così un fattore attivo nel processo.

⁹⁵ WASSERMANN, *op. cit.*, p. 87-88; COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice* cit., pp. 26-27.

⁹⁶ Il **potere di direzione formale** del giudice nella fissazione dei termini è manifestazione della sua funzione assistenziale nei confronti della parte socialmente debole e strumento di giustizia sociale, laddove l'intervento del giudice sia «inteso a sollecitare l'andamento del processo, al fine di ottenere quella rapidità nell'attuazione della giustizia, che è certamente un bene assai più prezioso per il litigante povero, che per il litigante ricco»: DENTI, *op. cit.*, p. 63.

⁹⁷ DENTI, *ibid.*: «l'intervento del giudice tende a provocare dalle parti il chiarimento delle questioni di fatto e di diritto che stanno a fondamento delle rispettive pretese», assistendo «il litigante debole, per supplire alle deficienze della sua difesa».

⁹⁸ WASSERMANN, *op. cit.*, p. 63.

2.2. Le garanzie costituzionali relative all'amministrazione della giustizia nello Stato (sociale e democratico) di diritto.

Determinati valori riferiti all'amministrazione della giustizia e alla politica giudiziaria sono parte integrante del principio dello Stato di diritto e hanno ricevuto esplicito riconoscimento e vasta tutela nelle Carte costituzionali cosicché le garanzie oggettive attinenti alla funzione giurisdizionale e al processo sono propriamente diritti fondamentali e inviolabili⁹⁹.

Ancora una volta, l'ampia attenzione che la Costituzione italiana e il *Grundgesetz* tedesco dedicano a determinati principi e a certe garanzie fondamentali – in questo caso relativi all'organizzazione del potere giudiziale e alla figura del giudice – trova la sua ragion d'essere nelle esperienze traumatiche degli abusi del totalitarismo e delle gravi violazioni dei diritti fondamentali vissute dall'Italia fascista e dalla Germania nazista. Invero, l'organizzazione del potere giudiziario e le garanzie strutturali relative alle esplicazioni delle funzioni del giudice ricevono notevole spazio nel sistema costituzionale democratico proprio perché questi, più di altri elementi dell'ordinamento costituzionale, riflettono l'ideologia politica del singolo Stato.

Nello Stato (democratico) di diritto il potere giurisdizionale è posto nelle mani dei giudici, di norma ordinari (art. 102, comma 2°, Cost.; art. 92 GG), i quali lo esercitano nel rispetto della legge e soltanto a questa sono sottoposti¹⁰⁰, senza che gli altri poteri dello Stato – legislativo, esecutivo o amministrativo – possano in qualche modo interferire o influenzare l'attività giurisdizionale (art. 101, comma 2°, Cost.; art. 97, comma 1°, GG)¹⁰¹.

È evidente, dunque, che principio costituzionale in tema di giurisdizione e amministrazione della giustizia sia l'indipendenza esterna del giudice, dunque la sua autonomia rispetto qualunque altro organo dello Stato (artt. 102-108 Cost.), proprio perché volta a regolare e a strutturare i rapporti tipici tra i poteri che compongono lo Stato democratico di diritto. Né il potere legislativo né il Governo potrebbero influenzare, con i loro atti o i loro provvedimenti, l'attività giurisdizionale del singolo giudice che risolve la causa concreta¹⁰², in quanto quest'ultimo è soggetto soltanto alla legge e non certo «a ordini o direttive politiche di chicchessia»¹⁰³.

Per dare effettività al principio dell'indipendenza esterna del giudice, l'ordinamento costituzionale italiano ha scelto di reclutare i propri magistrati attraverso lo strumento del concorso pubblico (art. 106, comma 1°, Cost.) e, soprattutto, ha istituito il Consiglio Superiore della Magistratura, un organo di vertice, indipendente e autonomo, cui è demandato l'autogoverno della magistratura nel suo insieme, ferme restando, comunque, le competenze ministeriali per l'organizzazione e il funzionamento dei servizi attinenti alla giustizia (art. 104 Cost.).

⁹⁹ COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"* cit., p. 157; ZUCK, *Die Grundrechtsrüge im Zivilprozess*, Münster, 2008, pp. 44 ss.; sul rapporto tra giurisdizione e legislazione e sull'incremento dei poteri del potere giudiziario nel moderno Stato sociale di diritto v. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2004, pp. 41 ss.

¹⁰⁰ Sul tema v. GUASTINI, *Il giudice e la legge* cit., pp. 49-51.

¹⁰¹ Per uno studio comparato e storico sul ruolo del giudice quale potere dello Stato in Germania e in Inghilterra v. SEIF, *Historische Bemerkungen zum Rolle des Richters in Deutschland und England*, in HEINRICH (a cura di), *Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag*, München, 2004, pp. 543 ss.

¹⁰² CAPPELLETTI, *Giustizia e società* cit., p. 351.

¹⁰³ GUASTINI, *op. cit.*, p. 51.

In particolare, al Consiglio Superiore della Magistratura è assegnata la funzione di dare applicazione effettiva anche al principio di indipendenza interna, cioè del giudice *uti singulus* (inamovibile, *ex art. 107, comma 1° Cost.*), in quanto spetta a tale organismo la competenza esclusiva di disporre i provvedimenti di dispensa e di sospensione dal servizio e i poteri di decidere il mutamento di sede, di assegnazione di specifiche funzioni, e di intraprendere azioni disciplinari nei confronti di ogni suo membro¹⁰⁴. Si tenga peraltro conto della circostanza che, in totale assenza di vincoli di subordinazione gerarchica, sostituiti da semplici distinzioni per funzioni, l'indipendenza del singolo giudice pare, con tutta evidenza, fortemente cautelata e tutelata (art. 107, comma 3°, Cost).

Il *Grundgesetz* tedesco realizza la garanzia dell'indipendenza personale del singolo giudice attraverso le regole di cui al comma 2° dell'art. 97 *GG*¹⁰⁵. I giudici sono inamovibili e non possono essere destituiti o trasferiti se non in forza di una sentenza e soltanto per le ragioni e nelle forme prestabilite dalla legge.

Analogamente a quanto accade in Italia, i giudici devono essere altamente qualificati e vengono reclutati attraverso pubblico concorso¹⁰⁶. Pare opportuno specificare che il percorso formativo seguito dai laureati in giurisprudenza per conseguire i titoli professionali di giudice e di avvocato è il medesimo. Infatti, è necessario superare due esami di Stato, inframmezzati da due anni di pratica da esercitare, cumulativamente e non alternativamente, presso i tribunali ordinari (sezioni civili e penali), presso gli uffici amministrativi e presso gli studi professionali di avvocati.

L'uniformità e la sostanziale equivalenza della formazione professionale di giudici, avvocati e pubblici ministeri, tutti *Volljuristen* al termine di tale complesso iter formativo, avvicinano le tre categorie professionali, appianandone le differenze e agevolando il superamento di eventuali "conflitti". Tale circostanza crea le basi del dialogo tra il giudice e gli avvocati, proficuo (*rectius* necessario) ai fini della scoperta della verità, non solo processuale, e della pronuncia di una sentenza giusta.

Il giudice comunica direttamente con gli avvocati, senza dinamiche o tensioni conflittuali tra le categorie professionali, che generano incomprensioni o degenerano nell'ostilità reciproca; talché non sorprende e non preoccupa l'ampio spazio che la *ZPO* tedesca concede ai **poteri di direzione materiale** del giudice. Inoltre, proprio il fatto che tanto il giudice quanto gli avvocati abbiano la qualifica di *Volljurist* e, quindi, abbiano seguito un percorso comune, anche se al suo termine le carriere si siano poi separate, dà modo di far nascere quella fiducia reciproca tra i giudici e gli avvocati, che consente al magistrato competente di esercitare con pienezza i **poteri** (-doveri) **di direzione formale** del processo, che il diritto processuale civile tedesco gli attribuisce (-impone), senza con ciò far sorgere la preoccupazione o il sospetto che egli potrebbe infine svolgere il proprio lavoro con parzialità e coinvolgimento soggettivo, in violazione del precetto di legge e dei principi costituzionali.

¹⁰⁴ COMOGLIO – FERRI – TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Vol. 1, Milano, 2011, pp. 82 ss..

¹⁰⁵ PAPIER, *Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht*, in *NJW* 1990, Heft 1, pp. 8 ss.

¹⁰⁶ I requisiti di abilitazione alla carica di giudice sono dettagliatamente descritti dai §§ 5a ss. *DriG*. Inoltre, si specifica che ai sensi del § 7 *DriG*, ciascun professore universitario ordinario in materie giuridiche è abilitato di diritto ad accedere alla carica di giudice.

È interessante notare come non sia mai esistito in Germania un organismo di autogoverno puro, equivalente al Consiglio Superiore della Magistratura italiano, che gestisca gli aspetti organizzativi e finanziari, nonché quelli relativi all'amministrazione del personale e alle relazioni con il pubblico, della Magistratura tedesca¹⁰⁷, sebbene tale scelta dell'ordinamento costituzionale tedesco non sia esente da forti critiche e contestazioni da parte degli stessi appartenenti alla classe dei magistrati, consapevoli dell'importanza che assume la presenza di un Consiglio indipendente della Magistratura, ai fini della compiuta attuazione del principio della separazione dei poteri.

Gli aspetti amministrativi e organizzativi in senso lato della giustizia tedesca sono di competenza della *Gerichtsverwaltung*. L'amministrazione giudiziaria, dunque, si presenta fondamentalmente a struttura piramidale: il capo dell'ufficio è posto in una gerarchia amministrativa al vertice della quale si trova il Ministro della Giustizia. Ciò può astrattamente mettere a rischio la garanzia di indipendenza esterna del potere giudiziario dal potere esecutivo. Perciò, in assenza di un organo unitario di autogoverno, l'indipendenza effettiva e l'autonomia della magistratura tedesca sono realizzate distribuendo l'autogoverno tra diverse istituzioni.

In primo luogo, sono organismi di cogestione i consigli giudiziari (*die Richterräter*) e presidenziali (*die Präsidialräter*), previsti e regolati dai §§ 49 ss. *Deutscher Richtergesetz (DRiG)*. Entrambi i consigli sono organi di rappresentanza dei magistrati, composti da membri eletti dai giudici stessi; essi collaborano alla gestione degli affari amministrativi del tribunale con gli altri organi di amministrazione dell'ordinamento giudiziario, quali il presidente della Corte e il Ministro della Giustizia (§ 49 *DRiG*)¹⁰⁸.

In particolare, il *Richterrat* è istituito presso ciascun tribunale del *Bund* e partecipa alle decisioni e all'amministrazione – di regola insieme ai rappresentanti del personale – di tutto quanto riguarda gli affari generali e sociali che coinvolgono i giudici del tribunale medesimo (§§ 49, n.1 e 53 *DRiG*). Il *Präsidialrat*, invece, è istituito presso ciascuna Corte Superiore del *Bund* e partecipa alla scelta e alla nomina dei giudici nella corte medesima, rilasciando le proprie osservazioni (§§ 49, n. 2 e 55 ss. *DRiG*).

In secondo luogo, sono veri e propri organi di autogoverno, in quanto totalmente liberi da interferenze da parte della Pubblica Amministrazione, i comitati di presidenza (*die Präsidien*), incaricati di importanti *Justizverwaltungsgeschäfte*, tra le quali il compito fondamentale di regolare, decidere e dirigere la ripartizione degli affari all'interno dei singoli tribunali in cui obbligatoriamente essi sono istituiti (§ 21a *Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)*)¹⁰⁹.

In particolare, il *Präsidium* – composto dal presidente del tribunale e da altri giudici (il cui numero è determinato in base alle dimensioni del tribunale, § 21a *GVG*), eletti secondo le regole di cui al § 21b *GVG* – ogni anno, provvede alla redazione di un piano di ripartizione degli incarichi tra i magistrati che appartengono al tribunale (*die materielle Geschäftsverteilung*), naturalmente basando tale ripartizione su criteri generali, astratti e oggettivi, nel rispetto del diritto al giudice precostituito per legge *ex art. 101, comma 1° GG*. Il *Präsidium*, nel detto piano di ripartizione predisposto ogni

¹⁰⁷ ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *op. cit.*, pp. 106-107.

¹⁰⁸ BÖTTCHER, *Autogoverno e cogestione cit.*, p. 76; manca, invece, un diritto di cogestione in affari organizzativi in capo sia ai consigli giudiziari sia ai consigli presidenziali.

¹⁰⁹

anno, si occupa altresì di decidere e di determinare la composizione dei collegi giudicanti, di nominare i giudici istruttori e di fissare le regole di sostituzione dei giudici del tribunale (§ 21c *GVG*) (*die personelle Geschäftsverteilung*)¹¹⁰.

La divisione degli affari tra i giudici di un medesimo ufficio giudiziario, così come la composizione dei collegi giudicanti, decise di anno in anno ad opera di un organismo indipendente, secondo uno schema predeterminato e regole generali, quindi con dei criteri generici, consentono chiaramente di assicurare alla parte l'indipendenza e l'imparzialità del giudice competente a decidere la sua causa, di talché, sotto questo punto di vista, il *Präsidium*, quale organismo di autogoverno nell'amministrazione della giustizia, è strumento di tutela effettiva della garanzia costituzionale individuale al giudice naturale precostituito per legge¹¹¹.

I *Dienstgerichte des Bundes*, invece, sono apposite corti, istituite in ciascun tribunale, competenti in materia disciplinare relativamente alle condotte dei giudici del tribunale medesimo. Il *Dienstgericht* è regolato dai §§ 61 ss. *DRiG* con specifico riferimento alle corti federali, mentre per quanto riguarda le corti inferiori, occorre far riferimento agli statuti regionali. Principalmente incaricato di decidere su questioni e affari disciplinari, il *Dienstgericht* è composto da giudici nominati dal *Präsidium* del tribunale presso il quale il *Dienstgericht* stesso viene istituito.

Infine, si può parlare di autogoverno della magistratura con riferimento a quanto previsto dall'art. 98, comma 4°, *GG* in forza del quale i *Länder* possono decidere che la nomina dei giudici avvenga di concerto fra il Ministro della Giustizia e la commissione di designazione dei giudici (*Richterwahlausschuß*), composta a sua volta da giudici.

Dopo aver trattato il tema della indipendenza, esterna e interna, del giudice, occorre spostare l'attenzione sulle altre garanzie fondamentali, a tutela del singolo cittadino e relative al potere giurisdizionale nell'esercizio delle sue funzioni: l'imparzialità e la terzietà¹¹² del giudice naturale precostituito per legge; caratteri questi che consentono al magistrato di porsi in una posizione di superiorità e di distacco rispetto alle parti della causa.

Naturalmente, sia la Costituzione italiana sia il *Grundgesetz* vietano l'istituzione di giudici straordinari, ossia creati *ex post* e appositamente per decidere determinate controversie già insorte o per accertare fatti che si siano già verificati (artt. 102, comma 2° Cost.; 101, comma 1° *GG*). La Costituzione italiana vieta altresì l'istituzione di giudici speciali, le cui competenze siano prefissate in astratto, ma limitate a certi gruppi o tipi di controversie (art. 102, comma 2° Cost.)¹¹³, mentre

¹¹⁰ V. PUKALL, *Der Zivilprozess in der Praxis*, 2006, Baden-Baden, pp. 20-21.

¹¹¹ ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *op. cit.*, p. 108. A ulteriore completamento della tutela di tale garanzia, il presidente della Corte, innanzi alla quale è stata instaurata la causa, tra le attività prodromiche e preparatorie che deve compiere in adempimento dei propri doveri-poteri di direzione processuale, vi è quella di verificare che il collegio cui appartiene sia davvero competente a conoscere della controversia e a decidere la causa alla luce di quanto stabilito nel *Geschäftsverteilungsplan* redatto dal *Präsidium* all'inizio dell'anno; PUKALL, *Der Zivilprozeß in der gerichtlichen Praxis*, Neuwied, 1992, p. 21.

¹¹² Art. 111, comma 2° Cost., novellato dalla legge costituzionale del 23 novembre 1999, n. 2. Il *Grundgesetz* tedesco non riconosce esplicitamente la costituzionalità della imparzialità e terzietà del giudice. Essa viene tuttavia ricostruita interpretativamente per mezzo degli artt. 97, comma 1° (il giudice è soggetto soltanto alla legge), 101, comma 1° (il giudice è precostituito per legge) e 3 (il principio di eguaglianza dal punto di vista della parità delle armi e delle *chance* di vittoria delle parti) *GG*.

¹¹³ È, tuttavia, noto che, tuttora, esistono nell'ordinamento giuridico italiano delle giurisdizioni speciali: alcune previste dalla Costituzione (gli organi di giurisdizione amministrativa, la Corte dei Conti e i Tribunali militari territoriali), altre,

ammette l'istituzione di sezioni specializzate presso gli organi giudiziari ordinari per determinate materie. Il *Grundgesetz* tedesco, invece, sancisce che tribunali per apposite materie possano essere istituiti soltanto in forza di legge (art. 101, comma 2° GG).

Il diritto di ciascuno a non essere distolto dal proprio giudice naturale precostituito per legge (art. 25, comma 1° Cost.; 101, comma 1° GG), non è soltanto una garanzia individuale e soggettiva, ma è anche un principio generale a tutela della giusta, e assolutamente imparziale, amministrazione della giustizia, il quale impone la predeterminazione della giurisdizione del giudice in forza di criteri, già precedentemente fissati, generali ed astratti e, specularmente, impedisce l'istituzione e l'assegnazione *ad hoc* del giudice alla singola causa. Tale diritto, infatti, impone al giudice un obbligo d'imparzialità e di obiettività, nonché di ordinarietà e di organicità, che dia al cittadino la sicurezza di essere dinanzi a «un organo già preventivamente stabilito dall'ordinamento e indipendente da ogni influenza esterna»¹¹⁴.

Con lo scopo di dare effettività alla garanzia al giudice naturale, l'ufficio giudiziario deve predisporre appositi meccanismi di designazione automatica dei giudici persone fisiche alla causa ovvero fissare dei criteri generali per l'individuazione del singolo magistrato a cui assegnare la controversia da risolvere. A questo proposito si constata che, con riferimento alla sostituzione dei giudici e all'organizzazione dell'ufficio giudiziario, in Italia viene riconosciuto un notevole, seppure non illimitato, potere discrezionale al presidente del tribunale, che gli consente di dare efficienza ed operatività ai singoli tribunali e alle corti¹¹⁵. In Germania, si è invece visto che la competenza per la distribuzione delle cause è assegnata a un organo collegiale apposito, denominato *Präsidium*¹¹⁶.

L'imparzialità e la terzietà sono caratteri essenziali della funzione giurisdizionale e della posizione istituzionale del giudice, che condizionano l'effettività dei diritti processuali fondamentali delle parti in giudizio, in particolare del diritto di azione e del diritto di difesa¹¹⁷. Imparzialità e terzietà sono termini volutamente vaghi e generici, affinché tali caratteri (relativi) possano assumere significatività e concretezza alla luce delle circostanze del caso concreto, evitando così il pericolo che determinate violazioni del fondamentale diritto delle parti ad un giudice terzo ed imparziale rimangano scoperte a causa di fattori esterni, imprevedibili e non identificabili aprioristicamente.

invece, preesistenti alla Costituzione e adeguate ai principi costituzionali, ai sensi della VI disposizione transitoria; altre, infine, non trasformate, eppure mai dichiarate incostituzionali (si pensi al Consiglio nazionale forense). V. COMOGLIO – FERRI – TARUFFO, *Lezioni sul processo civile* cit., p. 111.

¹¹⁴ Corte Cost. 23 maggio 1985, n. 156, in *F. it.*, I, 1985, 2853-2858, con nota MORETTI; COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"* cit., p.75.

¹¹⁵ V. Corte Costituzionale, 3 giugno 1970 n. 80, in *F. it.*, I, 1970, p. 1873 o in *Giur. cost.*, 1970, p. 1066, con nota PIZZORUSSO; v. CAPPELLETTI, *op. cit.* pp. 356-357.

¹¹⁶ ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *op. cit.*, p. 108.

¹¹⁷ COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"* cit., p. 54; BERNHARD, *Rechtspfleger, Richter- und Rechtsprechungsbegriff. Verfassungsrechtliche Überlegungen zum Verhältnis von Richter und Rechtspfleger*, in *Deutsche Richterzeitung* 1981, Heft 10, pp. 362 ss.

In particolare, la terzietà significa diversità soggettiva del magistrato dalle parti in lite e assicura l'indipendenza del primo nei confronti delle seconde e nei confronti dell'oggetto della controversia, integrando, così, le garanzie dell'autonomia e dell'indipendenza del giudice¹¹⁸.

L'imparzialità, invece, intende proteggere, per tutto il corso del procedimento e, soprattutto, al momento della decisione, il distacco, l'obiettività, il disinteresse, l'equilibrio e l'equidistanza del singolo giudice nei confronti dei soggetti del processo, delle questioni oggetto della controversia o della vicenda che ha interessato le parti¹¹⁹, rimuovendo qualunque pregiudizio o "prevenzione" che possa fare della decisione del giudice una sentenza "interessata"¹²⁰.

Entrambi i caratteri, imparzialità e terzietà, vengono assicurati nel processo anche grazie alle norme ordinarie processuali sulla incompatibilità e sulla ricusazione (artt. 51 ss. c.p.c. italiano¹²¹; §§ 41 ss. ZPO tedesca, che distinguono e regolano la *Ausschließung kraft Gesetz* (nei casi previsti nell'elenco tassativo di cui al § 41) da un lato, e la *Ablehnung* (disposta per sospetta parzialità dovuta a ragioni da valutare alla luce delle circostanze del caso concreto) dall'altro lato).

L'affermazione costituzionale dei principi di terzietà e d'indipendenza del giudice nel processo civile può indurre a ritenere che siano più costituzionalmente conformi lo schema e il metodo processuale nei quali le parti rivestono il ruolo dei protagonisti in posizione paritaria tra di loro, mentre il giudice è il terzo che passivamente ascolta il dialogo, ossia è colui che si trova innanzi alle parti e non fra di esse. Estremizzando la portata di tale assunto, ecco che potrebbe apparire contraria ai principi costituzionale la figura del giudice dotato di **poteri di direzione formale e materiale** del procedimento, in quanto costui finirebbe per insinuarsi tra le parti in contraddittorio tra di loro, spezzando il trittico immaginato dal costituente.

Eppure – benché sia senz'altro vero che l'esercizio dei poteri di direzione processuale del giudice deve essere tale da non compromettere in alcun modo la sua equidistanza¹²² – non pare che tale tesi possa dirsi fondata per due ordini di ragioni.

Anzitutto, i poteri di direzione (in particolare **formali**) del processo sono volti all'efficienza del procedimento e l'interventismo del giudice è esclusivamente finalizzato a dare la giusta direzione alla macchina processuale, affinché raggiunga il proprio obiettivo, *i.e.* la risoluzione della controversia con una decisione giusta, nel minor tempo possibile; tali poteri, certamente, non sono estesi al punto da rendere di stampo inquisitorio il processo civile e di limitare le libertà, anche costituzionali, delle parti. In altre parole, il giudice non perde la propria terzietà e la propria

¹¹⁸ COMOGLIO, *op. cit.*, p. 76; v. anche ROTA, *Per un equilibrio dei poteri del giudice*, in *Studi in memoria di Vittorio Denti*, Vol. I, *Storia e metodologia, garanzie e principi generali*, Padova, 1994, pp. 523-556, pp. 527 ss.

¹¹⁹ Con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 (in *G.U.* n. 300, del 23-12-1999), è stata consacrata nella Costituzione italiana, *ex art.* 111, la garanzia dell'imparzialità del giudice. Un'integrazione del catalogo delle garanzie costituzionali questa che merita di essere apprezzata, in quanto si mette in chiaro che l'imparzialità del giudice nell'esplicazione della funzione decisoria non può essere confusa con l'indipendenza del giudice stesso, si salvaguarda la correttezza del processo formativo del convincimento del giudice e, infine, viene favorito il sedimentarsi delle ispirazioni di fondo della giurisprudenza in tema di incompatibilità del giudice civile: TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"* cit., p. 47.

¹²⁰ COMOGLIO, *op. cit.*, p. 76.

¹²¹ TROCKER, *ibid.*, dalla costituzionalizzazione dell'imparzialità nel testo dell'art. 111 Cost. non devono derivare né l'eccessiva espansione delle incompatibilità soggettive del giudicante né difficoltà operative pregiudizievoli per il buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia.

¹²² COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"* cit., p. 84.

imparzialità esercitando i poteri di direzione processuale, piuttosto il suo intervento sul processo razionalizza lo spazio entro il quale le parti, pur sempre liberamente, esercitano i propri diritti processuali e costituzionali.

In secondo luogo, la terzietà del potere giudiziario costituzionalmente garantita non deve essere intesa così rigidamente da far ritenere che il giudice sia solo l'osservatore passivo di un gioco tra le parti. Infatti, l'imparzialità e la terzietà si collocano nell'ordinamento costituzionale in sinergia e in sintonia con gli altri principi costituzionali, quali le varie manifestazioni del principio dello Stato (sociale) di diritto, il diritto al contraddittorio (effettivo), la parità delle armi tra le parti. Sicché, l'esercizio dei poteri di direzione (specificamente **materiale**) del processo da parte del giudice consente di garantire lo stesso livello di conoscenze, funzionali alla causa, delle due parti in contenzioso, parificando la posizione della parte debole e di quella forte del rapporto sostanziale e processuale.

Ecco che, allora, l'interventismo del potere giudiziario, in questo modo ricostruito, può dirsi invero funzionale alla realizzazione dell'imparzialità della decisione stessa del giudice. Anche laddove il giudice, nel corso della trattazione, si esprima sullo stato della controversia, richieda chiarimenti sui punti bisognosi di integrazioni e delucidazioni, nonché informi le parti relativamente a ciò che sia nel loro maggior interesse, partecipando così attivamente al dialogo con le parti, ciò non significa automaticamente che nel processo manchi l'imparzialità.

Anzi, proprio la circostanza che il giudice conduca il procedimento e diriga la trattazione, facendo attenzione alle esigenze delle parti e alla loro situazione processuale reale, creando un'atmosfera serena e comunicativa, senza assumere atteggiamenti impositivi o inquisitori, accresce la fiducia degli individui nel processo¹²³ e fa venir meno i sospetti di "prevenzione" nei confronti del giudice.

3. Il diritto d'azione (der Justizanspruch).

È noto che, generalmente, il diritto di azione (*Justizanspruch*¹²⁴) viene definito come il diritto di ciascuno di rivolgersi agli organi giurisdizionali per ottenere la tutela della propria situazione soggettiva di vantaggio – si sostanzia essa in diritti o in interessi legittimi –, messa in pericolo o lesa dalla condotta altrui. Il diritto di azione è la garanzia costituzionale processuale più importante riservata ai cittadini, in quanto fa sorgere sia il diritto individuale del singolo alla richiesta di protezione giurisdizionale sia, correlativamente, tutta una serie di doveri in capo ai poteri dello Stato.

Specificamente, lo Stato, quale detentore del monopolio dell'amministrazione della giustizia, ha l'obbligo di mettere a disposizione dei consociati un numero sufficiente e adeguato di tribunali e di magistrati, di organizzare efficientemente gli uffici giudiziari, nonché di gestire il carico di lavoro degli organi giudiziari, costituendo tali attività di politica giudiziaria i presupposti condizionanti l'accesso alla giustizia¹²⁵.

¹²³ WASSERMANN, *op. cit.*, pp. 171 ss.

¹²⁴ Il lessico tedesco parla più propriamente di diritto alla tutela giurisdizionale o alla giustizia (*Anspruch auf Rechtspflege* o *Anspruch auf Justizgewährung*)

¹²⁵ ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *op. cit.*, p. 14.

Inoltre, l'autorità statale deve astenersi dall'imporre irragionevoli restrizioni all'esercizio del diritto fondamentale di azione¹²⁶ ovvero dal prevedere dei limiti processuali interni – che «attraverso forme condizionate di accesso alla giurisdizione o con l'imposizione di termini incongrui e di oneri patrimoniali irragionevoli, rendano eccessivamente difficoltoso il concreto esercizio dei poteri di azione»¹²⁷ – e/o dei limiti extraprocessuali, «in forza dei quali l'azione e le possibilità di tutela siano negativamente condizionate da fini del tutto estranei al processo»¹²⁸.

Il potere giudiziario, dal canto suo, ha l'obbligo giuridico di attivarsi, facendo tutto quanto necessario per esercitare la giurisdizione e assicurare la tutela giuridica dei diritti a chi ne abbisogni; deve poi rendere effettivo il diritto di azione, e provvedere a trattare e risolvere la causa in un breve lasso temporale, senza però che la rapidità della conduzione del procedimento comprometta il livello qualitativo del giudizio¹²⁹.

La *ratio* della previsione del diritto fondamentale dell'azione negli ordinamenti costituzionali moderni è duplice.

Da un lato, il diritto di azione nasce come reazione attiva alle ingiustizie subite dai cittadini durante i regimi totalitari. In particolare, si vuole impedire che in futuro il legislatore possa porre in essere abusi o sopraffazioni contro l'interesse comune, rendendogli impossibile, in quanto incostituzionale, demandare agli organi amministrativi, non statali e non giurisdizionali, funzioni e competenze giudiziarie, cosa che potrebbe privare alcuni individui del diritto alla tutela giurisdizionale e/o sottrarre determinate categorie di controversie dal controllo da parte di un giudice. Dall'altro lato, il diritto di azione risponde all'ulteriore esigenza di ristabilire la fiducia nei cittadini verso il potere giurisdizionale e, più in generale, verso l'amministrazione della giustizia¹³⁰.

La Costituzione italiana, diversamente dal *Grundgesetz* tedesco, sancisce esplicitamente il diritto di azione, inteso quale diritto soggettivo alla tutela giurisdizionale (art. 24, comma 1° Cost.); l'ordinamento costituzionale italiano garantisce manifestamente la tutela della garanzia all'accesso alla giustizia, indipendentemente dalla reale fondatezza della pretesa fatta valere con il giudizio.

I termini in cui si esprime la norma costituzionale («Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi») pongono in evidenza, anzitutto, il diritto individuale¹³¹ ad adire il giudice mediante la proposizione della domanda, mettendo così in moto la macchina processuale¹³². Chiunque deve avere la concreta ed effettiva possibilità di far valere in giudizio il proprio diritto

¹²⁶ COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"* cit., p. 12.

¹²⁷ COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice* cit., p. 93.

¹²⁸ COMOGLIO, *Ibid.*

¹²⁹ SCHILKEN, *Gerichtsverfassungsrecht*, Köln, 2007, p. 53.

¹³⁰ TROCKER, *Processo civile e costituzione* cit., pp. 687-688.

¹³¹ V. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. proc. civ.* 1950, pp. 47 ss., in particolare pp. 64-65 e COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione* cit., pp. 40 ss.: si può parlare, invero, di potere giuridico di azione, che chiunque può esercitare in ogni momento e in qualunque circostanza ponendo in essere, con la proposizione della domanda, i presupposti per l'esercizio concreto della funzione giurisdizionale. Più specificamente, tale potestà è estrinsecazione o emanazione della capacità giuridica generale dell'individuo, coi caratteri della situazione soggettiva attiva. In questo modo, il diritto di azione ha un *quid pluris* rispetto all'essere solo un diritto pubblico di prestazione, cioè un poter chiedere e pretendere al e dall'organo giurisdizionale, presentando altresì i caratteri del potere giuridico attivo.

¹³² COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"* cit., p. 15, si tratta del diritto di azione in senso puramente formale: la Costituzione garantisce a tutti il libero e prioritario accesso a qualsiasi organo giudiziario per invocare la tutela dei propri diritti o interessi legittimamente riconosciuti dall'ordinamento.

leso, proponendo, all'organo giurisdizionale competente e nei confronti del convenuto, la domanda iniziale, che gli dà accesso alla Corte e, dunque, alla giustizia¹³³.

Tuttavia, poiché le norme costituzionali, quando sono sintetiche e si avvalgono di concetti generici, debbono essere interpretate in senso estensivo, l'art. 24, comma 1° Cost. non può essere ristretto nella sua portata alla sola tutela del diritto all'iniziativa processuale e alla pronuncia della sentenza, ma va esteso interpretativamente ai singoli aspetti intermedi dell'agire in giudizio¹³⁴, i quali saranno detti coperti dalla garanzia costituzionale *ex art. 24 Cost.* sulla base di condizionamenti politici più che giuridici, o tecnici¹³⁵.

Anzi, è normalmente proprio nella fase successiva all'instaurazione del procedimento che si possono verificare violazioni o svilimenti del diritto d'azione di cui all'art. 24, comma 1° Cost., dovuti a fattori sia interni sia esterni al processo, interferenti con il raggiungimento di una pronuncia giudiziale sulla domanda proposta. Sicché, il diritto d'azione, nella sua accezione più lata, consiste, oltre che nel compimento del mero atto introduttivo del processo, pure nella facoltà materiale di fare tutto ciò che possa influire sulla formazione della decisione del giudice, quindi nel potere oggettivo di porre in essere nel giudizio tutte le attività processuali tecnicamente più idonee ovvero indispensabili per l'affermazione e per la tutela del proprio diritto leso¹³⁶.

A differenza della Costituzione italiana, il *Grundgesetz* tedesco non contiene una norma che esplicitamente e solennemente sancisca la garanzia costituzionale al diritto di azione in termini generici, in tutti i casi in cui vi sia stata la lesione di diritti e interessi legittimi, e indipendentemente dal soggetto che ponga in essere tale lesione, sia esso singolo privato o pubblico potere. Piuttosto, la Carta costituzionale tedesca si limita a fissare la garanzia alla tutela giurisdizionale (*Rechtsweggarantie*) esclusivamente nel caso di lesione di un proprio diritto da parte di un potere dello Stato (*durch die öffentliche Gewalt*) (art. 19 GG), analogamente a quanto prevede la nostra Carta costituzionale *ex art. 113 Cost.* nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Anche le altre norme del *Grundgesetz* che parlano di *Rechtsweggarantie* in caso di lesione di un proprio diritto, sono tutte disposizioni dedicate al contenzioso del privato con la pubblica amministrazione e volte a regolamentare i rapporti tra il diritto individuale e l'interesse pubblico perseguito attraverso i poteri dello Stato. Ci si riferisce specificatamente agli articoli 14, comma 3°, 15, e 34 GG¹³⁷.

¹³³ COMOGLIO, *op. cit.*, p. 28, si tratta dell'accezione ristretta del diritto di azione dell'attore.

¹³⁴ COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione cit.*, p. 36.

¹³⁵ COMOGLIO, *op. cit.*, pp. 36 ss.. Secondo l'autore, infatti, sarebbe invece «insufficiente, se non equivoco, risolvere la portata dell'art. 24, 1° comma Cost. nell'aver formalmente “costituzionalizzato” una determinata nozione di azione (l'azione in senso stretto)». Piuttosto «il significato costituzionale della “possibilità di agire in giudizio” riconosciuta a “tutti” per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, va autonomamente riconosciuta in base al coordinamento di più garanzie ed in rapporto alle “scelte politiche” sulle quali si fonda l'attività di “integrazione normativa” della Corte Costituzionale».

¹³⁶ COMOGLIO, *Etica e tecnica del “giusto processo” cit.*, pp. 15 e 29; ID., *Riforme processuali e poteri del giudice cit.*, p. 93.

¹³⁷ TROCKER, *op. cit.*, pp. 161 ss.; BRÜGGEMANN, *Judex statutor und judex investigator cit.*, p. 135.

L'art. 14 GG, garantisce il diritto di proprietà privata¹³⁸ e il diritto di successione, i cui contenuti e limiti sono stabiliti dalla legge (comma 1°). La norma in esame, al 3° comma, disciplina l'espropriazione e, all'ultimo periodo, prevede che in caso di controversia sull'ammontare dell'indennità dovuta a chi abbia subito l'espropriazione, è aperto l'accesso alla giustizia (*Rechtsweg*) innanzi ai tribunali ordinari.

Quest'ultima disposizione è richiamata dal successivo art. 15 GG, in forza del quale la legge può "socializzare" – e quindi rendere pubblici – determinati beni¹³⁹ nell'interesse della comunità. Così, anche nelle ipotesi di socializzazione di beni privati, l'accesso alla giustizia è garantito al soggetto espropriato in caso di controversie aventi ad oggetto il *quantum* liquidato a titolo di indennità.

L'art. 34 GG, infine, nel sancire la responsabilità dello Stato per le violazioni di doveri d'ufficio da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio nell'esercizio delle sue funzioni, pone il divieto di chiudere l'accesso alla giustizia al singolo che voglia fare domanda di risarcimento dei danni subiti o proporre azione di regresso contro l'organo statale responsabile.

È evidente che il costituente tedesco, nella forte preoccupazione di evitare che gli abusi dello Stato posti in essere dal regime nazista contro i singoli individui, si potessero ripetere nel futuro, ha dato esclusiva priorità alla regolamentazione dei rapporti giuridici in sede contenziosa tra le parti private e i pubblici poteri, omettendo di considerare e garantire esplicitamente con una norma *ad hoc* o comunque di portata più generale i rapporti *inter cives*¹⁴⁰. Non esiste, dunque, nel *Grundgesetz* tedesco un'apposita disposizione che riconosca e garantisca il *Justizanspruch* nell'ambito dei rapporti tra privati¹⁴¹.

Eppure tale lacuna non è certo di poco conto, in quanto, in assenza di un generale diritto di azione, così come viene riconosciuto e garantito dall'art. 24, comma 1° Cost., il *Grundgesetz* potrebbe non essere in grado di impedire che lo Stato faccia breccia nella struttura costituzionale e neghi la tutela giurisdizionale a certe situazioni soggettive e a certi diritti ovvero escluda od ostacoli per ragioni di opportunità l'accesso alle corti a certe tipologie di contenzioso o, ancora, trasferisca alcune classi di controversie alla competenza di organi di natura amministrativa e paragiudiziale, proprio come accadeva sotto il regime nazionalsocialista di Hitler¹⁴².

Tuttavia, è materialmente impossibile che nell'ordinamento giuridico tedesco si verificino violazioni gravi del diritto all'accesso alla giustizia e alla tutela giurisdizionale, in quanto, ponendo rimedio al mancato richiamo esplicito al diritto di azione, l'esistenza di un generale diritto

¹³⁸ Analogamente alle scelte operate dai nostri padri costituenti (art. 42 Cost.), anche il *Grundgesetz* tedesco non trascura l'aspetto sociale in un diritto fondamentale di matrice liberale. Infatti, il comma 2° dell'art. 14 GG afferma che l'esercizio della proprietà privata debba favorire allo stesso tempo sia il bene del singolo sia il bene della collettività.

¹³⁹ Il suolo, i terreni, i paesaggi naturali, i mezzi di produzione.

¹⁴⁰ TROCKER, *op. cit.*, p. 165.

¹⁴¹ La letteratura tedesca è solita tenere distinti il *Justizanspruch* dal c.d. *Rechtsschutzanspruch*, da intendersi come il diritto soggettivo da chiunque vantato nei confronti del giudice a una decisione *giusta*, nonché il diritto della parte a ottenere una sentenza a sé favorevole quando, dal punto di vista del diritto sostanziale, il richiedente la tutela giurisdizionale sia giuridicamente ed oggettivamente nel giusto; diritto quest'ultimo la cui esistenza è esclusa, in quanto esso è affermativo di un principio che, seppure sistematicamente collocato nel sistema processuale tedesco, è talmente astratto e generico da rivestire un valore meramente scolastico e da risultare irrealizzabile dal punto di vista normativo. SCHILKEN, *Gerichtsverfassungsrecht* cit., p. 50; ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *Zivilprozessrecht* cit., pp. 15-16.

¹⁴² V. TROCKER, *Processo civile e costituzione* cit., p. 182; cfr. in particolare nota 42, pp. 182 ss.

individuale di adire le corti per la tutela delle proprie situazioni soggettive di vantaggio contro chiunque (anche soggetti privati) è stata ricostruita in via interpretativa, grazie all'applicazione estensiva dei diritti riconosciuti in Costituzione e dei principi giuridici fondamentali ormai consolidati.

Anche il *Justizanspruch* di diritto tedesco, analogamente alla garanzia all'azione del diritto costituzionale italiano, non si limita al riconoscimento del puro diritto di rivolgere la domanda di tutela giurisdizionale al giudice, ma comprende altresì il diritto di pretendere dal giudice di verificare le circostanze di fatto e di diritto oggetto del giudizio e di decidere la causa risolvendo la controversia. Inoltre, il *Justizanspruch* non è solo diritto all'accesso alla giustizia ordinaria, ma anche a quella esecutiva e, se ne sussistono i requisiti, cautelare¹⁴³.

Il problema principale che gli interpreti e i giudici costituzionali si sono trovati a dover discutere e risolvere è stato, dunque, quello di individuare il fondamento costituzionale del diritto di azione nei rapporti tra i privati.

Una prima opzione interpretativa possibile è quella di sussumere il *Justizanspruch* entro il diritto della parte ad essere ascoltato dal giudice, di cui all'art. 103, comma 1° GG¹⁴⁴. Estendendo di molto il significato del concetto, di per sé generico, di *richterliches Gehör*, il diritto a essere ascoltato dal giudice comprenderebbe il diritto del singolo alla libera iniziativa processuale, da esercitarsi attraverso la proposizione della domanda agli organi giurisdizionali, in quanto il primo costituisce requisito preliminare imprescindibile del secondo.

Poiché a sua volta il *Justizanspruch* riceve interpretazione estensiva, ecco che allora dovrebbero essere ricondotti all'art. 103, comma 1° GG anche il diritto di esigere dal giudice lo svolgimento delle attività istruttorie e il diritto di ottenere dal medesimo la pronuncia della sentenza, di rito o di merito, con la quale venga decisa la causa.

Al di là dell'indubbia forzatura che un'operazione interpretativa di questo genere comporta, dal momento che va ben oltre la semplice estensione del significato letterale di concetti normativi di per sé generici, il problema maggiore del considerare interpretativamente il diritto di azione come diritto costituzionale ai sensi dell'art. 103, comma 1° GG – scelta questa mossa più da preoccupazioni di ordine politico e costituzionale, che da solide argomentazioni giuridiche¹⁴⁵ – è che il diritto di azione e il diritto ad essere ascoltati dal giudice sono posti su due piani completamente diversi, essendo totalmente differenti e altre la natura e l'essenza dei due diritti medesimi: l'uno costituendo il diritto presupposto e condizionalistico della tutela giurisdizionale (l'*an* del processo), l'altro operando come diritto-granzia a un determinato modello di processo, ove

¹⁴³ SCHILKEN, *Gerichtsverfassungsrecht* cit., p. 52-53.

¹⁴⁴ Sull'art. 103, comma 1° GG v. più diffusamente *infra* par. 4.; a favore di tale interpretazione, v. FRHON, *Rechtliches Gehör und richterliche Entscheidung. Studie zur Verfassungsdimension des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, Berlin, 1989, p. 36: l'art. 103 GG svolge una doppia funzione, in quanto, da un lato apre a tutte le controversie che non sono già ricomprese nella tutela di cui all'art. 19, comma 4° GG, l'accesso al tribunale e dunque è *lex generalis* rispetto quest'ultima norma; dall'altro lato prevede il diritto della parte di esprimersi all'interno del giudizio, cui corrisponde un dovere di reazione da parte dei partecipanti al giudizio.

¹⁴⁵ V. TROCKER, *op. cit.*, p. 170. Interpretando così il dettato costituzionale, si vede l'indubbio vantaggio di esperire la *Verfassungsbeschwerde* per violazione dell'art. 103, comma 1° GG ogni qual volta si lamenti la violazione del diritto alla giustizia.

le parti possono influire sullo svolgimento del processo e sulla formazione del convincimento del giudice (il *quomodo* del processo, *rectius* del procedimento)¹⁴⁶.

Una seconda interpretazione riconosce l'esistenza del generale diritto di azione nell'ordinamento costituzionale tedesco per mezzo dell'art. 19, comma 4° GG, che, come detto, garantisce l'accesso alla giustizia a chiunque subisca la lesione dei propri diritti per mano di un pubblico potere.

Affinché il principio dello Stato di diritto possa ottenere piena realizzazione, è necessario che la summenzionata norma costituzionale venga estesa fino a ricomprendere un generico *Justizanspruch*, a tutela del diritto all'accesso alla giustizia dei privati nei confronti di chiunque. Peraltro, poiché l'art. 19, comma 4° GG non garantisce soltanto il mero diritto formale e la semplice possibilità teorica di adire il giudice, ma assicura altresì la verifica giurisdizionale complessiva e completa, sia in fatto sia in diritto, la norma in commento deve essere intesa come disposizione che garantisce la tutela giurisdizionale effettiva, nel senso che il singolo cittadino ha il diritto sostanziale a un controllo giurisdizionale concreto ed efficace¹⁴⁷.

Anche questa interpretazione non convince, in quanto la specificità dell'art. 19 GG, in correlazione sistematica con le altre norme costituzionali che limitano il riconoscimento della *Rechtsweggarantie* al solo contenzioso tra i cittadini e la pubblica amministrazione¹⁴⁸, non consente di estendere la portata della garanzia in termini così generici ed ampi.

L'attenzione degli interpreti si è poi spostata sull'art. 101, comma 1° GG, collegato sistematicamente all'art. 92, comma 1° GG¹⁴⁹, che, rispettivamente sanciscono il diritto costituzionale di ciascuno ad essere giudicato dal proprio giudice naturale precostituito per legge e il principio generale del *Rechtssprechungsmonopol* («il potere giurisdizionale è affidato ai giudici»).

Ampliando la prospettiva, allora, ciascuno ha diritto di adire il proprio giudice legale, istituzionalmente preposto all'esercizio della funzione giurisdizionale¹⁵⁰. In altre parole, posto che l'ordinamento costituzionale assegna l'amministrazione della giustizia civile ai giudici e considerato altresì che è diritto di ciascuno l'essere giudicato dal giudice naturale precostituito per legge, ne segue che ogni individuo ha il diritto costituzionale di adire le corti e di chiedere ai giudici di svolgere l'attività giurisdizionale di risoluzione delle controversie.

Tale interpretazione dell'art. 101 GG è efficace e rispettosa anche del dato letterale, perché non comporta forzature interpretative di quanto espresso dalla lettera della norma. Inoltre, non vi sono dubbi circa lo stretto legame che collega il *Justizanspruch* al diritto al giudice naturale precostituito

¹⁴⁶ TROCKER, *op. cit.*, p. 171; in questo senso v. anche KRÜGER – RAUSCHER, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München, 2013, p. 50; v. però HERTEL, *Der Urkundenprozeß unter besonderer Berücksichtigung von Verfassung (rechtliches Gehör) und Vollstreckungsschutz*, Berlin, 1992, p. 32: la tutela giurisdizionale effettiva riguarda sia il *se* (*Verfahrenseröffnung*) sia il *come* (*Verfahrensgestaltung*) del processo.

¹⁴⁷ FRHON, *Rechtliches Gehör und richterliche Entscheidung* cit., p. 14.

¹⁴⁸ I menzionati artt. 14, 15 e 34 GG, su cui v. *supra*.

¹⁴⁹ «Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt».

¹⁵⁰ TROCKER, *op. cit.*, p. 180.

per legge¹⁵¹. Tuttavia, il disposto di cui all'art. 101 GG ha, dal punto di vista qualitativo, un contenuto alquanto diverso rispetto al diritto alla tutela giurisdizionale puro e semplice.

Oggi è pacificamente riconosciuto che il diritto alla tutela giurisdizionale per le controversie di diritto privato debba essere fatto risalire al generale principio dello Stato di diritto di cui all'art. 20, comma 3° GG¹⁵², principio costituzionale immanente in tutto l'ordinamento costituzionale tedesco¹⁵³. Il principio dello Stato di diritto è dunque il più ampio *genus* da cui deriva la diversa *species* del *Justizanspruch*, oltre che quella del diritto di essere ascoltati da giudice di cui all'art. 103, comma 1° GG.

La scelta interpretativa del giudice costituzionale tedesco è comprensibile alla luce di quelli che sono considerati gli scopi tipici del processo civile, ossia la realizzazione della pace sociale e la garanzia alla certezza del diritto.

Per evitare che i cittadini si facciano giustizia da soli lo Stato, quale detentore del monopolio dell'uso della forza, deve predisporre gli strumenti necessari alla realizzazione e alla tutela del diritto soggettivo. Parallelamente, il diritto individuale, per esistere e valere, deve poter trovare sicura tutela e realizzazione attraverso un giusto processo regolato per legge e condotto dal potere giurisdizionale; solo così l'ordinamento statale di diritto è completo di tutti i suoi requisiti e solidamente costruito.

Se è vero che lo Stato di diritto ha il dovere di preservare la pace sociale e assicurare la certezza del diritto, e se è vero che tanto la pace sociale quanto la certezza del diritto dipendono dal riconoscimento di un generale diritto alla tutela giurisdizionale, ecco che allora l'art. 20 GG garantisce a livello costituzionale il diritto all'azione.

Analizzate le fonti del diritto di azione in Italia e in Germania e specificato che esso non si esaurisce nel diritto di proporre la domanda, ma si estende alle cosiddette attività intermedie, fino alla pronuncia della sentenza, occorre fare alcune specificazioni su quest'ultimo aspetto, approfondendo

¹⁵¹ La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* si era inizialmente orientata in tal senso: *BVerfG*, 26 febbraio 1954, in *BVerfGE*, Band 3, pp. 359 ss. e in *NJW* 1954, pp. 593 ss.; ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *Zivilprozessrecht* cit., p. 15.

¹⁵² V. ampiamente *supra* par. 2.

¹⁵³ SCHWAB - GOTTWALD, *Verfassung und Zivilprozess*, Bielefeld, 1984, p. 32; HERTEL, *Der Urkundenprozeß* cit., p. 33; ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *op. cit.*, p. 15; giurisprudenza costante: v. *BVerfGE*, Band 85, pp. 337 ss.; Band 88, pp. 118 ss.; Band 93, pp. 99 ss.; Band 107, pp. 395 ss. *BVerfGE*, 11.6.1980, in *BVerfGE*, Band 54, pp. 277 ss.: «Aus dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes ist auch für bürgerlichrechtliche Streitigkeiten im materiellen Sinn die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes abzuleiten. Dieser muß die grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes und eine verbindliche Entscheidung durch einen Richter ermöglichen».

così il contenuto e la portata del diritto in oggetto¹⁵⁴. Infatti, il diritto di azione è diritto di accesso alla giustizia ed è ormai pacificamente inteso come diritto alla tutela giurisdizionale effettiva¹⁵⁵.

È infatti assodato che gli ordinamenti costituzionali, sia tedesco sia italiano, non si accontentino di affermare e far rispettare il diritto, meramente formale, dell'individuo di proporre la domanda e di accedere alle corti, ma pretendano che venga realizzata una giustizia effettiva e concreta. In particolare, non devono esservi, e se presenti devono essere rimossi, gli ostacoli che in qualunque modo e per qualunque ragione si frappongano tra l'individuo e la tutela giurisdizionale completa, rendendo dunque davvero accessibile il fenomeno processuale agli individui della società¹⁵⁶.

Rilevano, in primo luogo, le differenze di ordine sociale e soprattutto economico tra i cittadini, le quali possono praticamente impedire alle parti economicamente o socialmente deboli del rapporto di esercitare con pienezza il proprio diritto di azione. Ecco che emerge il legame, o meglio l'intersezione, tra il principio di eguaglianza (sostanziale) di cui agli artt. 3 Cost. e 3 GG e il diritto di azione in esame¹⁵⁷.

Rilevano altresì tutte le altre circostanze, le scelte normative e i presupposti processuali o sostanziali che possano in qualche modo restringere od ostacolare la proposizione della domanda giudiziale e il compimento di ogni altro atto processuale successivo, come l'avanzamento delle proprie argomentazioni e difese dinanzi al giudice adito, rendendo eccessivamente gravoso e difficile, addirittura concretamente impossibile, l'esercizio del proprio diritto costituzionale di azione.

In nome dell'effettività e dell'efficacia della tutela giurisdizionale, nel corso del tempo sono stati riconosciuti a livello costituzionale tutta una serie di: a) garanzie processuali che consentano alle parti di far valere al meglio le proprie situazioni soggettive di diritto, garanzie strutturali, dunque, che assicurino pari possibilità di azione per far valere le proprie ragioni in fatto e in diritto in vista della pronuncia della sentenza¹⁵⁸; b) diritti strumentali alla scoperta della verità, come il diritto alla prova; c) diritti intermedi propedeutici rispetto alla pronuncia di una sentenza giusta, come il diritto al contraddittorio¹⁵⁹.

Tali diritti e tali garanzie sono particolarmente valorizzati a livello costituzionale proprio perché nascono e derivano dal rapporto che intercorre e che lega con incisività il *Justizanspruch*, il diritto al contraddittorio e alla difesa attiva, il principio della parità processuale delle parti.

¹⁵⁴ Secondo SCHWAB - GOTTWALD, *Verfassung und Zivilprozess* cit., pp. 32-33., il *Justizanspruch* garantisce alla parte un determinato *staatlichen Rechtsweg* e anche il diritto a un *faïres Verfahren*, sempre che si consideri tale diritto come garanzia autonoma e non come una sottocategoria. Ne segue che il diritto di azione, così inteso, implica non solo l'obbligo del tribunale di ricevere la domanda, ma anche i correlativi doveri di preparare tale domanda in un tempo ragionevole prima della trattazione orale, di condurre il procedimento orale, tenendo conto di tutte le circostanze di fatto e di tutti gli argomenti di diritto e, infine di emanare la sentenza.

¹⁵⁵ CAPPELLETTI, *L'accesso alla giustizia e la responsabilità del giurista nella nostra epoca*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Vol. I, *Storia e metodologia, Garanzie e Principi generali*, Padova, 1994, pp. 263 ss.. Quando il diritto all'azione si manifesta nella sua forma di diritto all'accesso alla giustizia e all'effettività della tutela giurisdizionale, esso è un diritto costituzionale sociale, p. 288.

¹⁵⁶ CAPPELLETTI, *L'accesso alla giustizia* cit., pp. 269 ss.

¹⁵⁷ Sul punto v. *infra*, par. 5.

¹⁵⁸ COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"* cit., p. 31.

¹⁵⁹ Su cui v. diffusamente *infra* par. 2.4.

Guardando così al diritto di azione – non isolatamente ma contestualizzandolo assieme alle altre garanzie processuali minime entro la cornice del giusto processo – è piuttosto ovvio che la sua portata tenda ad estendersi notevolmente, sicché diventa fondamentale che il legislatore (e le Corti costituzionali) crei(no) il giusto equilibrio tra il diritto all'effettivo accesso alla giustizia da un lato e le regole processuali ed extraprocessuali (che incidono sul processo), dall'altro lato¹⁶⁰.

In epoca più recente, dunque, il diritto di azione rileva da diversi punti di vista, non più meramente formali, che contribuiscono comunque a comporre il contenuto del diritto di accesso alla giustizia, e specificatamente¹⁶¹: *a*) i costi (proporzionati) da affrontare per l'instaurazione della causa¹⁶²; *b*) il regime temporale dell'azione¹⁶³ e la durata (ragionevole) del processo dal suo inizio fino alla pronuncia della sentenza¹⁶⁴¹⁶⁵; *c*) le eventuali condizioni di procedibilità, i presupposti e le regole

¹⁶⁰ COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione* cit., pp. 308 ss.: la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità di una norma ordinaria con riguardo all'art. 24, comma 1° Cost., deve rispondere a due interrogativi connessi: se gli effetti dell'istituto denunziato nel giudizio di costituzionalità possano, dal punto di vista tecnico, ripercuotersi negativamente sulla struttura del processo e sulle diverse modalità dell'agire in giudizio; in quale misura tale istituto incida sul concreto esercizio dei poteri giurisdizionali della parte e restringa il suo diritto di azione. È, dunque, la Corte costituzionale a individuare i limiti di ammissibilità di eventuali condizionamenti all'esercizio del diritto garantito dall'art. 24 Cost., possibili fintanto che l'affievolimento della garanzia all'azione, che tali condizionamenti provocano, sia legittimato dagli interessi, pubblici o generali, anche estranei al processo e alle sue finalità, cui il legislatore abbia riconosciuto una posizione di relativa preminenza. L'autore prosegue riconoscendo che, ogni qual volta la Carta costituzionale non si esprime sul livello di priorità fra gli interessi in gioco, il giudice costituzionale che è chiamato a risolvere il conflitto tra interessi pariteticamente garantiti, si ritrova molto spesso a dover formulare valutazioni condizionate dalle proprie scelte ideologiche. A ciò si aggiunga l'inevitabile influenza che le scelte politiche contingenti possono esercitare sull'accoglimento o sul ripudio della scala di priorità presupposta dalle norme ordinarie impugnate. Ne consegue la possibilità di giungere a risultati divergenti a seconda del momento in cui le medesime fattispecie pervengano all'esame della Corte.

¹⁶¹ CAPPELLETTI, *L'accesso alla giustizia* cit., p. 271.

¹⁶² Si pensi al contributo unificato e ai problemi relativi al suo aumento.

¹⁶³ Sul tema v. TROCKER, *op. cit.*, pp. 250 ss.

¹⁶⁴ TROCKER, *op. cit.*, pp. 270 ss.

¹⁶⁵ La risoluzione del problema della durata eccessiva dei processi è avvertita come priorità da molti Paesi europei, compresi naturalmente la Germania e (soprattutto) l'Italia. Infatti, la durata eccessiva del processo determina un sostanziale diniego di giustizia, in violazione del diritto di azione, e penalizza prevalentemente la parte più debole del rapporto processuale, ampliando il divario tra le parti del processo e, perciò, ledendo anche il principio di eguaglianza. Inoltre, è possibile osservare che i tempi dilatati della trattazione della causa, pregiudicando l'immediatezza, possono compromettere la giustizia della sentenza e la scoperta della verità. Affinché la durata del processo sia adeguata per trattare con completezza e nel rispetto del contraddittorio l'oggetto della causa, senza che essa si dilati al punto di divenire eccessiva e, perciò, lesiva dei diritti delle parti, il legislatore tedesco si è concentrato sulle regole processuali che possono servire allo scopo di contenere i tempi del giudizio. Il riferimento va, in particolare, alle due più importanti riforme della *Zivilprozessordnung* tedesca: la *Vereinfachungsnovelle* del 1976 e la *ZPO-Reformgesetz* del 2001. La trattazione del tema viene rinviata al Capito terzo del presente lavoro. In questa sede è sufficiente osservare che il riformatore del 1976 abbia inteso, tra le altre cose, limitare la durata eccessiva dei processi attraverso il rafforzamento dei **poteri di direzione formale** del procedimento riconosciuti al giudice; mentre la riforma del 2001 ha perseguito lo scopo della velocizzazione della risoluzione definitiva della lite tra le parti rafforzando, in particolare, i **poteri di direzione materiale** del giudice. In Italia, il fenomeno della durata eccessiva del processo è col tempo diventato sostanzialmente una piaga, un problema grave da risolvere velocemente, soprattutto alla luce delle diverse condanne pronunciate nei confronti del Governo italiano dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU. Tuttavia, le scelte e le tecniche di riforma del legislatore italiano sono alquanto differenti da quelle del riformatore tedesco. Mentre, infatti, la *ZPO* tedesca ha subito modifiche radicali in occasione di due grandi e ben meditate riforme, il codice civile italiano è ad ogni legislatura oggetto di continui interventi settoriali su singole disposizioni o su singoli istituti. Spesso determinate norme e discipline vengo introdotte e poi abrogate, modificate e poi nuovamente rimodellate. Inoltre, attualmente, si constata che la tecnica privilegiata dal riformatore italiano per risolvere i problemi della giustizia pare essere quella di distogliere i cittadini dall'uso dello strumento processuale, attraverso l'incoraggiamento o proprio l'imposizione dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie.

processuali, che in qualche modo possano condizionare (anche soltanto psicologicamente) o limitare l'esercizio di tutte le prerogative processuali della parte¹⁶⁶.

a. In particolare, il patrocinio a spese dello Stato.

La ristrettezza dei mezzi economici a disposizione della parte ovvero il suo stato di povertà o addirittura d'indigenza, può costituire un serio ostacolo all'accesso alla giustizia ed il più tipico esempio di causa extraprocessuale di disparità di trattamento tra gli individui, che fa sorgere in capo allo Stato l'obbligo giuridico (costituzionale) di attivarsi per attuare l'eguaglianza sostanziale tra tutti coloro che necessitano di tutela giurisdizionale¹⁶⁷.

In particolare, la circostanza che l'ordinamento giuridico, così come accade in Italia e in Germania, richieda l'assistenza obbligatoria del difensore tecnico per un folto gruppo di controversie (la maggioranza), tutt'altro che rare nella quotidianità giudiziaria, impone la predisposizione di meccanismi normativi tali da consentire anche ai più poveri di essere difesi da un avvocato¹⁶⁸. Infatti, la consapevolezza dell'onerosità delle spese di assistenza tecnica e il timore di non riuscire a sostenerle possono indurre il soggetto indigente o comunque con scarse disponibilità economiche a rinunciare all'esercizio del proprio diritto di azione per la tutela delle situazioni soggettive da lui vantate, nonostante la fondatezza delle proprie pretese o la gravità della subita lesione del proprio diritto.

Sulla base di queste considerazioni è allora possibile affermare che l'istituto della tutela dei non abbienti, sia in Italia sia in Germania, abbia rango costituzionale in quanto integra il diritto d'azione e il diritto all'accesso alla giustizia (v. art. 24 Cost.; art. 20, comma 1° GG), e realizza il principio di eguaglianza sostanziale (artt. 3 Cost. e 3 GG)¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Si tratta del problema della c.d. giurisdizione condizionata, ossia della previsione del previo esperimento di rimedi amministrativi o extragiudiziari come condizione di procedibilità in giudizio. Sul tema v. TROCKER, *Processo civile e costituzione* cit., pp. 225 ss. In questa sede ci si limita a specificare che l'imposizione di un procedimento non giurisdizionale come condizione di procedibilità, che funga da presupposto processuale all'instaurazione del giudizio, nonostante comporti il rinvio o la procrastinazione dell'accesso alle corti, non è considerato dalle Corti costituzionali violazione del diritto di azione. Infatti, i giudici costituzionali, sia tedeschi sia italiani, tendenzialmente ritengono costituzionalmente legittima la previsione normativa di una fase pre-processuale obbligatoria, fintanto che quest'ultima sia sottoposta a limiti ragionevoli e non renda sostanzialmente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di azione. Nel rispetto di tali limiti, è nelle facoltà del legislatore posporre l'inizio della causa, sempre che l'interesse perseguito attraverso l'imposizione della fase pre-processuale sia diretta a soddisfare esigenze di economia processuale e sia connesso con le funzioni giudiziali.

¹⁶⁷ Sul tema cfr. *infra* par. 2.5.. Il tema del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti è strettamente legato, tra le altre cose, anche al principio generale dello Stato sociale di diritto, in quanto costituisce uno dei possibili modi di attuazione di determinati fini di politica sociale: DENTI, *Processo civile e giustizia sociale* cit., p. 55.

¹⁶⁸ Occorre specificare che tanto in Italia quanto in Germania la richiesta del patrocinio a spese dello Stato può essere avanzata anche in quei giudizi in cui l'assistenza tecnica non è prevista come obbligatoria: v. SCARSELLI, *Il nuovo patrocinio a spese dello Stato nei processi civili ed amministrativi*, Padova, 2003, pp. 40 ss.; v. § 121, comma 2°, ZPO, in forza del quale la *Prozesskostenhilfe* per le spese di difesa tecnica può essere concessa anche quando questa non sia obbligatoria per legge, ma appaia comunque necessaria ovvero nel caso in cui la controparte sia rappresentata in giudizio da un avvocato.

¹⁶⁹ Invero, occorre specificare che la garanzia a una buona difesa da parte di un difensore tecnico a chiunque, anche al più povero, è elemento di completamento anche del diritto costituzionale alla difesa e al contraddittorio di cui agli artt. 24, comma 2° e 111, comma 2° Cost., e all'art. 103, comma 1° GG. Più in generale, l'esigenza degli ordinamenti costituzionalizzati di apprestare un efficiente meccanismo di assistenza professionale a favore dei non abbienti nasce dall'elaborazione della teoria e del principio dello Stato sociale di diritto: ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *op.cit.*, p. 465.

In Italia, la disciplina del patrocinio a spese dello Stato è contenuta nella parte III del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo Unico in materia delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese della giustizia)¹⁷⁰, che realizza il disposto costituzionale di cui al comma 3°, art. 24 Cost. In particolare, ai sensi degli artt. 74 ss. t.u., la parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato può nominare un difensore tra gli iscritti negli appositi elenchi istituiti presso i consigli dell'ordine del distretto di Corte di appello nel quale ha sede il magistrato competente a decidere la causa (che si intende instaurare o già in corso) (art. 80 t.u.) e pretendere che la retribuzione dell'avvocato scelto sia interamente a carico dello Stato.

L'istituto del patrocinio a spese dello Stato è subordinato alla presentazione di un'apposita istanza, formulata nelle forme e coi contenuti di cui agli artt. 79 e 122 t.u., al competente Consiglio dell'Ordine degli Avvocati¹⁷¹. Quest'ultimo decide sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato in via anticipata e provvisoria (art. 126, comma 1° t.u.), in quanto, ai sensi dell'art. 136, comma 2° t.u., il giudice può revocare la decisione del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, qualora egli si avveda dell'insussistenza dei presupposti per l'ammissione ovvero l'azione sia stata proposta con mala fede o con colpa grave (lite temeraria). Allo stesso modo provvede il magistrato procedente se nel corso del giudizio sopravvengano delle modifiche rilevanti alle condizioni reddituali di colui che è assistito a spese dello Stato (art. 136, comma 1° t.u.)

L'intervento del giudice nel procedimento di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, il quale può dirsi di natura sostanzialmente amministrativa, è altresì necessario nel caso di rifiuto o di dichiarazione d'inammissibilità della relativa istanza. Infatti, ai sensi dell'art. 126 t.u., se il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati respinge o dichiara inammissibile la domanda, questa può essere proposta direttamente al giudice competente per il giudizio, il quale, in *limine litis*¹⁷², decide con decreto (comma 3°).

È chiaro, tuttavia, come le due ipotesi d'intervento del magistrato, quando si tratta di decidere dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, siano tutto sommato marginali e di scarso rilievo pratico rispetto all'elevato grado di definitività dei provvedimenti del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati competente, nonostante la lettera della norma qualifichi tali provvedimenti provvisori e anticipati¹⁷³.

Pertanto, è possibile affermare che il potere del giudice nell'attuazione del diritto di azione e del principio di eguaglianza sostanziale dei cittadini in tema di patrocinio a spese dello Stato sia in Italia molto ridotto, pressoché residuale, attribuendo la legge al giudice, con riferimento all'istituto in esame, un ruolo sostanzialmente suppletorio e non decisorio.

¹⁷⁰ In *G.U.* 15-06-2002, serie generale n. 139. Il patrocinio a spese dello Stato è regolato dalla legge n. 217 del 1990, rivolta specificamente al processo penale. Solo con la legge n. 134 del 2001, l'istituto in esame viene esteso ai processi civili e amministrativi (artt. 15bis-15noniesdecies l. n. 217 del 1990, inseriti dalla menzionata legge n. 134 del 2001, ma mai stati applicati).

¹⁷¹ Art. 124 d.p.r. 115/02. Il Consiglio dell'Ordine competente è quello del luogo in cui ha sede il magistrato davanti al quale pende il processo ovvero, se il processo non pende, quello del luogo in cui ha sede il magistrato competente a conoscere del merito. Se procede la Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato ovvero le sezioni riunite o le sezioni giurisdizionali centrali presso la Corte dei Conti, il consiglio dell'ordine competente è quello del luogo ove ha sede il magistrato che ha emesso il provvedimento impugnato (comma 2°).

¹⁷² SCARSELLI, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷³ SCARSELLI, *op. cit.*, p. 5

Essendo la decisione relativa all'ammissione al patrocinio a spese dello Stato posta nelle mani di un organo amministrativo, i criteri di ammissibilità sono rigidi e applicabili meccanicamente, non lasciando invece spazio alla libera valutazione discrezionale in capo ai Consigli dell'Ordine degli Avvocati. In particolare, la legge fissa due requisiti per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per il processo civile: la non abbienza del richiedente, determinata dalla titolarità di un reddito imponibile ai fini dell'imposta personale sul reddito, risultante dall'ultima dichiarazione, non superiore ad una certa somma¹⁷⁴; la non manifesta infondatezza della pretesa che si intende far valere.

L'art. 76, comma 2° t.u., specifica che, salvo che oggetto della causa siano diritti della personalità o che il contenzioso coinvolga il nucleo familiare (comma 4°), se l'interessato convive con il coniuge o con altri familiari, il reddito è costituito dalla somma dei redditi conseguiti nel medesimo periodo da ciascun componente della famiglia. Ai sensi della norma citata, rileva dunque il reddito del nucleo di convivenza familiare e non quello del singolo richiedente¹⁷⁵.

L'imposizione di un criterio così rigido (ed invero di valore economico alquanto basso) per stabilire la capacità economica dell'istante esclude da ogni valutazione circa l'ammissibilità della domanda tutta una serie di variabili di non poco conto quali: il costo effettivo, in termini di durata e di onerosità, del processo che si intende affrontare con il supporto statale¹⁷⁶; la situazione personale e familiare del singolo richiedente¹⁷⁷; il patrimonio dello stesso.

La non manifesta infondatezza della pretesa che si intende far valere deve emergere dalle enunciazioni in fatto e in diritto contenute, a pena d'inammissibilità, nell'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, nonché dall'indicazione delle prove di cui si intende chiedere l'ammissione (art. 122 d.p.r. 115/02). Così, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati decide dopo una cognizione di tutte le questioni – di fatto e di diritto della causa che si intende instaurare – sommaria e parziale, in quanto basata sulle sole allegazioni della parte richiedente.

Concretamente, la pretesa può dirsi manifestamente infondata: quando la parte non appaia titolare del diritto che si intende far valere in giudizio; quando i fatti allegati dalla parte istante non paiano idonei ai fini della sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta della norma di cui si intende chiedere l'applicazione; quando vi siano grave carenze probatorie in vista della fase istruttoria della causa che si intende instaurare¹⁷⁸.

In Germania, l'assistenza tecnica ai non abbienti in giudizio¹⁷⁹ è assicurata grazie alla disciplina della *Prozesskostenhilfe* di cui ai §§ 114 ss. *ZPO*, recentemente riformati dalla legge del 31 agosto

¹⁷⁴ L'art. 76 d.p.r. 115/02, da ultimo aggiornato dal d.m. 2 luglio 2012, in *G.U.* 25-10-2012, n. 250, fissa la soglia reddituale al di sotto della quale il soggetto debba essere ritenuto non abbiente ammontante ad Euro 10.766,33.

¹⁷⁵ SCARSELLI, *op.cit.*, p. 73.

¹⁷⁶ SCARSELLI, *op.cit.*, p. 79.

¹⁷⁷ Non rilevano affatto ai fini della ammissione al patrocinio a spese dello Stato la presenza di: figli a carico; problemi di salute, che implicino delle spese di cura; oneri relativi la casa di abitazione (canone del mutuo; canone di locazione). V. SCARSELLI, *op.cit.*, pp. 79 ss., il quale osserva come non rivesta alcuna rilevanza al fine dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nemmeno il luogo ove si vive, sebbene sia indubbio che il potere di acquisto della moneta sia diverso di Regione in Regione, addirittura di città in città.

¹⁷⁸ SCARSELLI, *op. cit.*, p. 185.

¹⁷⁹ *Gesetz über Rechtsberatung und Vertretung für Bürger mit geringen Einkommen (Beratungshilfegesetz)* del 18 giugno 1980, da ultimo riformata dall'art. 2 della *Gesetz zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und*

2013, entrata in vigore il primo gennaio 2014¹⁸⁰. Tale istituto consiste nella sopportazione, in tutto o in parte¹⁸¹, delle spese giudiziali, compreso naturalmente il compenso del difensore tecnico¹⁸², da parte dello Stato, che, eventualmente, recupererà tale esborso anticipato, mediante la riscossione dal beneficiario dell'aiuto statale di rate mensili, il cui ammontare è predeterminato per legge¹⁸³. Sono invece escluse, in quanto facenti parte del rischio tipico dell'instaurazione del processo civile, le spese processuali, al pagamento delle quali il soccombente viene condannato all'esito del procedimento (§§ 91 ss *ZPO*)¹⁸⁴.

La *Prozesskostenhilfe* viene concessa dal giudice, sempre su domanda dell'interessato (§ 117 *ZPO*)¹⁸⁵, soltanto al termine di un processo – separato, autonomo e indipendente da quello in vista del quale il supporto economico viene richiesto¹⁸⁶ – a rito sommario¹⁸⁷, al termine del quale il giudice decide con un'ordinanza impugnabile¹⁸⁸.

I requisiti per l'assegnazione della *Prozesskostenhilfe* sono fissati in termini piuttosto ampi dal § 114 *ZPO* e la legge riconosce al giudice un considerevole **potere discrezionale** nella valutazione degli elementi che giustificano la concessione del diritto all'accesso alla giustizia a spese dello

Beratungshilfe predisporre e regolamenta un sistema di assistenza legale da parte degli avvocati a spese dello Stato per i non abbienti, così ulteriormente rafforzando l'effettività della garanzia costituzionale al *Justizanspruch*.

¹⁸⁰ *Gesetz zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilfe*, in *Bundesgesetzblatt*, Teil I, 2013, n. 55, 06/09/2013, p. 3533

¹⁸¹ Nell'ordinamento giuridico italiano, l'ammissione al patrocinio a spese parzialmente a carico dello Stato era previsto dall'art. 15 *sexiesdecies*, comma 3° l. n. 217 del 1990, ma non è stata inserita nel d.p.r. n. 115 del 2002; sicché in Italia il patrocinio non può essere riconosciuto in forma solo parziale, riducendone notevolmente l'ambito di applicazione.

¹⁸² Ai sensi del § 121, comma 1° *ZPO*, è la parte stessa a poter scegliere liberamente l'avvocato da cui farsi rappresentare in giudizio, eventualmente anche scegliendo un avvocato residente in una diversa circoscrizione, purché non vi siano altre spese da sostenere, oltre quelle di difesa. Non esistono invece degli appositi elenchi. Il giudice, nell'ordinanza di concessione della *Prozesskostenhilfe* ordina che, tra le spese a carico dello Stato, vi sia quella di difesa tecnica non solo quando si tratti di un procedimento in cui l'assistenza del difensore sia obbligatoria, ma anche in quelli in cui tale assistenza non sia obbligatoria, ma appaia necessaria ovvero la controparte abbia nominato un avvocato (§ 121, comma 2°).

¹⁸³ § 115, comma 2° *ZPO* fissa le regole per calcolare il *quantum* della rata (occorre dividere il c.d. *einzusetzendes Einkommen* (su cui v. *infra*) per due) e limita il loro numero massimo a quarantotto, indipendentemente dalla presenza o meno di gradi successivi al primo e dal valore della controversia. La possibilità di rateizzare le spese processuali e di difesa costituisce una forte leva per ampliare l'effettività della garanzia costituzionale all'accesso alla giustizia.

¹⁸⁴ Egualmente, la disciplina italiana del patrocinio a spese dello Stato non prevede l'esonero della parte non abbiente dal dovere di rifondere le spese della lite all'altra parte in caso di soccombenza ai sensi dell'art. 91 c.p.c. (art. 131 d.p.r. 115/02): SCARSELLI, *op.cit.*, p. 14

¹⁸⁵ Il giudice competente è quello competente, per materia e per territorio, della causa che vuole essere instaurata grazie alla *Prozesskostenhilfe* ovvero quello presso il quale la causa è già pendente (§§ 117 e 127, comma 1° *ZPO*).

¹⁸⁶ LÜKE, *Zivilprozessrecht*, München, 2011, p. 459.

¹⁸⁷ Ai sensi del § 127, comma 1° *ZPO* non è prevista la trattazione orale della domanda.

¹⁸⁸ Se l'ordinanza è di concessione della *Prozesskostenhilfe*, essa può essere impugnata dalla *Staatkasse* solo attraverso lo specifico procedimento previsto e regolato dal comma terzo del § 127 *ZPO*. Se l'ordinanza è di rigetto della domanda di concessione della *Prozesskostenhilfe*, il richiedente può impugnarla, ai sensi del § 127, comma 2° *ZPO*, entro un mese dalla sua notificazione e sempre che essa sia stata pronunciata dall'*Amtsgericht* o dal *Landgericht*. È di regola esclusa l'impugnazione dell'ordinanza di rigetto pronunciata dal giudice di appello. In ogni caso, il richiedente la *Prozesskostenhilfe* può proporre, in via subordinata e residuale, la *Verfassungsbeschwerde* innanzi al *Bundesverfassungsgericht* per violazione dell'art. 20, comma 3° *GG* (diritto all'accesso alla giustizia) e dell'art. 3, comma 2° *GG* (principio d'eguaglianza). Proprio la circostanza che i singoli individui possano adire direttamente la Corte costituzionale tedesca in caso di diniego di assistenza statale per le spese processuali ha dato modo ai giudici costituzionali di elaborare, in numerose pronunce, i criteri interpretativi delle norme che regolano la *Prozesskostenhilfe* e, soprattutto, di meglio specificare il contenuto e la portata dei requisiti per la sua concessione. L'ordinanza può essere impugnata dal richiedente anche quando la concessione della *Prozesskostenhilfe* sia solo parziale (nel senso che, per esempio, prevede il pagamento rateale e quindi la sopportazione da parte dello Stato delle spese processuali solo in parte o che esclude dall'aiuto statale i costi di difesa tecnica).

Stato, in particolare degli elementi oggettivi. Il peso di tale potere discrezionale è compensato dalla possibilità d'impugnazione della decisione di rigetto della domanda da parte del giudice¹⁸⁹ e, soprattutto, dalla possibilità per la parte, innanzi a un rifiuto, di ricorrere direttamente al *Bundesverfassungsgericht* per violazione degli artt. 20, comma 3° e 3, comma 2° GG.

I presupposti di concessione della *Prozesskostenhilfe* sono di natura sia **sogettiva** sia **oggettiva**. Ai sensi del § 114, comma 1° ZPO, riceve la *Prozesskostenhilfe* chi non può permettersi i costi del processo per ragioni personali ed economiche¹⁹⁰. La legge non fissa rigidamente una soglia di reddito o di consistenza patrimoniale al di sotto della quale lo Stato considera l'individuo "non abbiente", ma tale situazione di disagio personale ed economico-patrimoniale, che legittima l'assistenza economica da parte dello Stato, viene calcolata in base a tutta una serie di criteri sì numerici, ma sensibili alla condizione individuale e familiare del singolo richiedente¹⁹¹.

Infatti, per stabilire il grado di difficoltà economica del soggetto a sopportare le spese del processo e quelle di difesa, per decidere dunque se l'individuo abbia diritto totalmente o solo parzialmente alla *Prozesskostenhilfe*, si prende in considerazione il suo stipendio mensile netto – cioè ogni entrata in denaro o valutabile in denaro¹⁹², detratte le varie ritenute– e lo si decurta, nel suo ammontare complessivo, di tutta una serie di oneri economici (quali, per esempio, le spese per il mantenimento proprio, del coniuge e dei propri figli o di eventuali famigliari a carico, le spese di affitto e quelle di riscaldamento), il cui *quantum* è predeterminato da apposite tabelle predisposte per legge¹⁹³; rileva altresì, per la valutazione della situazione economica del richiedente il suo patrimonio, disponibile (esclusi alcuni beni patrimoniali, come la casa di proprietà di valore economico non elevato o piccole somme di denaro) (§115, comma 3° ZPO).

Se dunque è vero che la soglia di "povertà" della persona che intende accedere alla giustizia è calcolata per mezzo di un calcolo aritmetico di valori numerici prefissati per legge, essa comunque non è stabilita rigidamente in un *quantum* fermo e predeterminato, ma viene definita sulla base di

¹⁸⁹ Infatti, l'ordinanza di rigetto deve essere motivata: ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *op. cit.*, p. 475.

¹⁹⁰ La norma così stabilisce: «*Eine Partei, die nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, erhält auf Antrag Prozesskostenhilfe, [...]*». In questo periodo si vede tutta la capacità estensiva e la forza espansiva della disciplina della *Prozesskostenhilfe* ai fini dell'effettività della garanzia costituzionale all'accesso alla giustizia. Il soggetto titolare del diritto alla *Prozesskostenhilfe* è non soltanto colui che non possa procurarsi il denaro per pagare le spese di giudizio in tutto ma anche colui che possa sopportare i costi del processo soltanto in parte ovvero solo se rateizzati. Inoltre, le ragioni delle ristrettezze o delle difficoltà economiche, rilevanti per la *Prozesskostenhilfe*, non sono solo quelle economiche (retributive e patrimoniali) ma anche quelle personali (soprattutto famigliari).

¹⁹¹ La maggiore flessibilità del sistema di assistenza statale tedesco rispetto a quello italiano si vede anche nella circostanza che la differenza tra chi è totalmente non abbiente e chi invece si troverebbe in serie difficoltà economiche ad affrontare le spese di un giudizio, senza però potersi dire propriamente "povero", comporta non l'esclusione dei secondi dall'aiuto statale, ma la predisposizione di un diverso meccanismo di assistenza statale, ossia la rateizzazione dei costi. Ancora una volta, lo scopo del legislatore tedesco è l'effettività della garanzia costituzionale all'azione.

¹⁹² § 115, comma 1° ZPO.

¹⁹³ § 115, comma 1° ZPO, così come modificato dalla citata legge di riforma *Gesetz zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts*; si tratta delle apposite tabelle periodicamente predisposte dal Ministero federale della Giustizia.

variabili di natura anche più propriamente sociale, le quali necessariamente incidono sulla capacità economica del singolo¹⁹⁴.

Fatta questa operazione matematica di sottrazione, se ne ricava una somma che costituisce il c.d. *einzusetzendes Einkommen*; tale somma viene divisa per due e viene determinata in questo modo l'ammontare della rata mensile che il soggetto richiedente dovrà pagare, sopportando così eventualmente solo in parte e in modo rateizzato le spese del processo, per un periodo di tempo massimo di quattro anni¹⁹⁵. Quando dalla divisione della metà dell'*einzusetzendes Einkommen* il risultato è dieci o minore di dieci, tutti i costi del processo sono posti totalmente a carico dello Stato (§115, comma 2° ZPO)¹⁹⁶.

Ogni dato relativo alla propria situazione economica, finanziaria e familiare deve naturalmente essere portato a conoscenza del giudice tramite la domanda e, seppure sommariamente, dimostrato. Così, la legge impone che la domanda di ammissione alla *Prozesskostenhilfe* contenga l'indicazione specifica e dettagliata sia del proprio stipendio o della propria retribuzione sia delle componenti rilevanti e di valore del proprio patrimonio¹⁹⁷.

Come anticipato, assumono importanza altresì ai fini della concessione della *Prozesskostenhilfe*, in quanto influiscono sulla situazione economica dell'individuo, le condizioni di vita familiare, le esperienze professionali, gli eventuali debiti e oneri economici¹⁹⁸, la situazione economica e reddituale del coniuge o del partner, la composizione della famiglia, in particolare l'esistenza o meno di figli a carico; tutti elementi questi che devono essere illustrati al giudice e, se necessario od opportuno, provati¹⁹⁹.

Se davvero, seguendo i criteri di valutazione di cui al § 115 ZPO e le indicazioni circa la propria situazione economica familiare date dalla parte, appare dimostrato che l'individuo non possa permettersi i costi del processo con il proprio stipendio o con il patrimonio disponibile, allora sussistono i presupposti economici (soggettivi) della *Prozesskostenhilfe*.

La legge richiede ulteriori requisiti, che potremmo definire oggettivi, per la concessione, a chi ne faccia richiesta, della *Prozesskostenhilfe*. Ai sensi del § 114 ZPO, la tutela giurisdizionale a spese dello Stato è concessa se la causa, che si intende instaurare grazie al supporto economico statale, abbia delle buone probabilità di essere vinta e non appaia temeraria.

¹⁹⁴ Il legislatore tedesco si è dimostrato ben consapevole del peso di tutta una serie di spese ed oneri economici legati alla quotidianità della vita familiare che, di fatto, possono incidere sulla capacità dell'individuo di affrontare i costi di un processo.

¹⁹⁵ Le quarantotto rate di cui al § 115, comma 2° ZPO.

¹⁹⁶ Quando, invece, l'*einzusetzendes Einkommen* supera i 600,00 Euro, allora non si può usufruire della *Prozesskostenhilfe*.

¹⁹⁷ §§ 117, comma 2° e 118, comma 2° ZPO; se il richiedente la *Prozesskostenhilfe* non adempie al proprio obbligo di comunicazione e allegazione dei dati relativi la propria situazione economica e personale, il giudice può rigettare la domanda di concessione (§ 124, comma 1°, n. 2 ZPO): BGH, 10-10-2012, in NJW 2013, p. 68. Il giudice può pretendere che la dichiarazione sia giurata ovvero la parte può direttamente accludere il giuramento alla domanda presentata.

¹⁹⁸ In particolare, deve essere indicato il canone mensile di locazione, se la casa di abitazione del richiedente non è di proprietà, ma appunto concessa in locazione.

¹⁹⁹ Per agevolare la formulazione di questa parte della domanda, il Ministero federale della Giustizia predispone degli appositi formulari (§ 117, commi 3° e 4° ZPO).

L'espressione "*hinreichende Aussicht auf Erfolg*" è senza dubbio estremamente vaga e volutamente generica, lasciando così un importante spazio alla libera valutazione discrezionale del giudice nella decisione se concedere o meno la *Prozesskostenhilfe*; l'ultima parola sulla sussistenza dei requisiti di esistenza del diritto all'assistenza a spese dello Stato spetta, dunque, al giudice del *Prozesskostenhilfeverfahren*.

La prospettiva di successo di cui parla la norma consiste nell'avere la parte richiedente maggiore probabilità di vittoria rispetto all'avversario (anche soltanto di un solo punto percentuale: il 51% delle possibilità di vittoria). Al fine di ottenere l'accoglimento della propria domanda di concessione della *Prozesskostenhilfe*, la parte deve però convincere il giudice dell'esistenza di tali buone possibilità di vittoria.

Poiché tuttavia il procedimento per la concessione della *Prozesskostenhilfe* (detto anche *PKH – Verfahren*), consiste in un rito sommario estremamente concentrato²⁰⁰, e dal momento che provare le buone possibilità di vittoria è alquanto complicato, si ritiene sufficiente che la parte formuli la domanda di tutela dei propri diritti in sede giudiziale con completezza e diligenza, illustri dettagliatamente le circostanze di fatto, che hanno determinato la lesione della propria situazione soggettiva da sanare con la sentenza del giudice competente e, infine, indichi, altresì, le prove che si intendono produrre e assumere, una volta instaurata la causa grazie all'aiuto dello Stato.

Inoltre, il giudice gode di alcuni poteri istruttori d'ufficio, quali l'ordine di esibizione di documenti e la raccolta di informazioni²⁰¹ e, eccezionalmente, può anche ammettere la prova per testi e la consulenza tecnica d'ufficio (§ 118, comma 2°, *ZPO*). In tal modo il giudice del procedimento relativo alla concessione della *Prozesskostenhilfe* ha tutti gli strumenti utili per apprezzare la maggiore o minore probabilità di vittoria del richiedente²⁰², oltre che, naturalmente, la sussistenza dei presupposti soggettivi.

Prima della pronuncia dell'ordinanza, il giudice deve comunque dare la possibilità alla controparte di fare osservazioni circa la sussistenza o meno dei presupposti, oggettivi e soggettivi, di ammissibilità della *Prozesskostenhilfe*, nel rispetto del diritto al contraddittorio di cui all'art. 103, comma 1° *GG*, anche se non è prevista una vera e propria fase di trattazione orale che anticipa l'emanazione dell'ordinanza (§ 127, comma 1°, *ZPO*)²⁰³.

Occorre specificare che l'applicazione pratica della norma ha provocato numerose *Verfassungsbeschwerden* innanzi al *Bundesverfassungsgericht* per violazione del diritto all'effettivo accesso alla giustizia (art. 20, comma 3° *GG*) e del principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2°, *GG*) da parte di soggetti la cui domanda di *Prozesskostenhilfe* fosse stata rigettata a

²⁰⁰ ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *op. cit.*, p. 474: il giudice deve verificare il più velocemente possibile l'ammissibilità della domanda e i presupposti per la concessione della *Prozesskostenhilfe*, senza decidere il merito della controversia.

²⁰¹ ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *ibid.*, tali poteri devono comunque essere esercitati quali *ultima ratio* per decidere della sussistenza o meno delle probabilità di successo.

²⁰² Il § 118 *ZPO* statuisce che la prova della sussistenza delle probabilità di successo si basa sulla credibilità delle indicazioni date dal richiedente e dalle osservazioni avanzate dalla controparte, mentre l'audizione di testimoni o di consulenti tecnici d'ufficio è eccezionale.

²⁰³ Il giudice può però invitare le parti ad un'udienza di trattazione orale, quando abbia visto la possibilità di conciliare la lite; se davvero la conciliazione riesce, l'accordo conciliativo viene formalizzato dal giudice nel verbale, il quale costituisce titolo esecutivo (§ 118, comma 1° *ZPO*).

causa dell'assenza di buone probabilità di vittoria. Invero, proprio di recente la Corte costituzionale tedesca ha specificato che il giudice non possa negare la *Prozesskostenhilfe* alla parte richiedente ogni qualvolta la domanda che l'istante intenda proporre con l'instaurazione del giudizio si basi su questioni giuridiche complesse o molto discusse e non ancora risolte, ovvero richieda l'analisi e la ricostruzione in sede istruttoria di circostanze di fatto per nulla chiare²⁰⁴.

L'ultima verifica che deve compiere il giudice per poter concedere la *Prozesskostenhilfe* a chi ne abbia fatto domanda è che la causa che si intende instaurare con il sostegno dello Stato non sia **temeraria**.

Con riferimento a questo specifico requisito oggettivo della *Prozesskostenhilfe*, il legislatore, con la citata riforma del 2013, ha specificato in che cosa consista la temerarietà, aggiungendo un nuovo comma 2° al § 114 ZPO. Temeraria è la domanda che, se la parte non avesse il sostegno economico dello Stato, in base ad una oculata valutazione di tutte le circostanze del caso concreto, non verrebbe proposta, anche laddove tale domanda potrebbe avere buone probabilità di essere accolta.

La contestuale presenza di requisiti soggettive e oggettivi dovrebbero consentire al giudice di contemperare due esigenze in contrasto tra di loro: quella dei cittadini di vedere rispettati e garantiti i propri diritti costituzionali, di effettività della tutela giurisdizionale e di eguaglianza sostanziale, da un lato; quella dello Stato di contenere e razionalizzare la spesa pubblica, ridistribuendo le risorse comuni tra chi davvero ne ha bisogno, dall'altro lato.

Adottando la prospettiva da un altro angolo visuale, la normativa in materia di *Prozesskostenhilfe* predisposta dal legislatore tedesco dovrebbe contemporaneamente sia aprire l'accesso alla giustizia a tutti, indipendentemente dalle condizioni economiche della persona, sia impedire che l'aiuto statale incentivi il contenzioso giudiziale o, all'estremo, venga strumentalizzato per instaurare cause infondate e liti c.d. temerarie.

Umanizzando il meccanismo di ammissione al processo a spese dello Stato e rendendolo adattabile alle circostanze del caso concreto, esso è più democratico, perché l'aiuto statale dovrebbe pervenire davvero a tutti coloro che, altrimenti, non potrebbero concretamente permettersi il processo, e comunque solo ed esclusivamente per le cause la cui instaurazione sia, o quanto meno appaia, necessaria per l'attuazione del diritto.

Alla luce di quanto esposto in tema di patrocinio a spese dello Stato è possibile fare alcune osservazioni finali, utili ai fini della comparazione.

Tanto il sistema giuridico italiano quanto quello tedesco subordinano la concessione dell'aiuto statale per i non abbienti alla sussistenza di criteri di natura puramente economici e di presupposti relativi alla credibilità e alla probabile fondatezza della pretesa giuridica che si intende far valere in giudizio. Tuttavia, diversi sono i soggetti coinvolti nella decisione se concedere o meno il patrocinio gratuito e diverso è il meccanismo di calcolo della capacità economica dell'individuo richiedente l'assistenza statale.

Infatti, il legislatore italiano decide di adempiere al proprio dovere di assicurare ai non abbienti i mezzi per agire davanti a ogni giurisdizione e di rimuovere gli ostacoli di ordine economico alla

²⁰⁴ *BVetfG*, 28-01-2013, 1- *BvR* 274/12.

realizzazione dell'eguaglianza sostanziale tra gli individui che intendano esercitare il proprio diritto di azione, predisponendo l'istituto del patrocinio a spese dello Stato, il quale, tuttavia, presuppone per la sua concessione un meccanismo di natura amministrativa, alquanto rigido e piuttosto burocratizzato.

Il limite numerico della soglia reddituale, al di sotto della quale il soggetto viene considerato non abbiente, proprio a causa della sua rigidità e predeterminazione comporta il rischio – niente affatto remoto e tutt'altro che fantasioso – che un'ampia categoria di persone rimanga esclusa dal beneficio del patrocinio a spese dello Stato, nonostante una reale ed effettiva difficoltà di natura economica a sopportare le spese processuali ed in particolare le spese di difesa tecnica²⁰⁵.

In Germania, invece, l'interventismo statale a scopo assistenziale viene posto in essere direttamente dal potere giudiziale, sebbene guidato da alcuni indici numerici predisposti dal Ministero Federale della Giustizia; indici che, a differenza di quanto previsto nella normativa italiana, sono di ampia portata e attenti a molteplici variabili, che vanno ben oltre la considerazione del reddito individuale, affinché si dia conto della reale impossibilità o difficoltà a sopportare gli oneri economici che un processo civile comporta.

Il potere dello Stato a cui spetta il dovere e la responsabilità di garantire la tutela effettiva del diritto dell'azione e di rimuovere gli ostacoli di ordine economico all'eguaglianza tra gli individui è proprio il potere giudiziario, il quale, nell'adempimento di tale obbligo, gode di importanti poteri discrezionali, al fine di adeguare le regole normative di accesso alla *Prozesskostenhilfe* alle specifiche circostanze e alle peculiarità del caso concreto²⁰⁶.

Dunque, ancora una volta pare evidente che il legislatore tedesco non dimostri alcuna remora o alcun timore nel riconosce al potere giudiziario, specificatamente al singolo giudice competente, il compito di prendere decisioni di grande impatto per la realizzazione dei principi dello Stato sociale e democratico di diritto, relativamente a tutto ciò che abbia attinenza con l'amministrazione della giustizia. D'altronde, nell'ottica dell'ordinamento costituzionale tedesco, chi meglio del giudice, con la sua esperienza professionale e umana, la sua formazione impeccabile e la prestigiosità del suo ruolo sociale ed istituzionale, può esercitare un tale fondamentale potere-dovere?

Inoltre, il procedimento puramente giudiziario, piuttosto che il meccanismo amministrativo, amplia la tutela del diritto costituzionale all'accesso alla giustizia, in quanto la decisione del giudice sul punto può essere oggetto di impugnazione e di ricorso diretto ai giudici costituzionali²⁰⁷.

²⁰⁵ Il rischio reale è che un'ampia fascia di persone rinuncino a godere del proprio diritto costituzionale all'azione, dissuasi da tutta una serie di costi e di spese che incidono eccessivamente sulla situazione finanziaria e economica della persona e della sua famiglia. Il fatto che poi l'eccessiva durata del processo, tipica dell'ordinamento giudiziario italiano, faccia lievitare i costi relativi alla causa, è un ulteriore ostacolo per il cittadino che voglia realizzare il proprio diritto costituzionale all'azione. Ecco che, allora, si può osservare che lo Stato si rende responsabile della violazione di diritti costituzionali individuali dal momento che non riesce a trovare una soluzione alla piaga della durata biblica del processo civile e, al contempo, non consente alle persone con minori mezzi economici a disposizione di affrontare una causa.

²⁰⁶ Ai sensi del § 120a (introdotto dalla recente *Gesetz zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts*) e del § 124 ZPO, il giudice mantiene dei poteri anche successivamente la concessione della *Prozesskostenhilfe*, potendo modificare o revocare il suo provvedimento in presenza delle situazioni descritte dalle due norme.

²⁰⁷ Un ulteriore fattore di ampliamento della tutela del diritto alla tutela giurisdizionale, di rilievo tutt'altro che marginale, è dato dalla possibilità di concedere l'aiuto statale anche soltanto in parte, nonché da quella di rateizzare le

La stessa fiducia nei confronti delle decisioni e delle valutazioni del giudice civile che si vede nel sistema giuridico tedesco, non parrebbe aversi nella legislazione italiana. Gli strumenti di tutela giudiziaria vengono spesso meccanizzati e burocratizzati, perciò non sempre sono a misura della persona e della società contemporanea; l'indice di natura economica che identifica gli aventi diritto al patrocinio a spese dello Stato è così rigido e semplicistico, da escludere dalla valutazione importanti variabili non solo economiche ma anche di tipo familiare e sociale; e ciò pur di evitare le scelte di valore e la ponderazione discrezionale – purché ben delimitata nei suoi confini – di un soggetto istituzionale, il giudice, di cui, verrebbe da dire, il legislatore italiano non sembra volersi fidare totalmente.

A ciò si aggiunge la considerazione, tutt'altro che trascurabile, che, data l'attuale situazione di "intasamento" delle aule di tribunale, l'aggiunta di ulteriori competenze del potere giurisdizionale non è sicuramente vista come un'opzione possibile e consigliabile.

Più in generale, si può dire che la ragione della differenza di atteggiamento tra il sistema giuridico tedesco e quello italiano risieda nella diversa considerazione che i due ordinamenti in esame riservano all'aspetto sociale e sociologico del processo. Là dove la socializzazione del diritto è un dovere costituzionale, oltre che una sensibilità generale dello Stato, ecco che allora gli elementi sociali rilevano in più e più punti della disciplina processuale e l'effettività dell'accesso alla giustizia per i non abbienti è un'esigenza la cui soddisfazione è imprescindibile. Il che si ripercuote inevitabilmente sul particolare ruolo che debba essere assegnato al giudice quando si tratta di dare la possibilità a tutti, anche alle persone che non possono permettersi i costi del processo, di ottenere la tutela giurisdizionale dei propri diritti e interessi legittimi.

Solo gli ordinamenti più protesi verso una loro maggiore socializzazione amplieranno i poteri e rafforzeranno il ruolo del giudice al fine di dilatare l'area di operatività della garanzia costituzionale. Ove, invece, l'aspetto sociale assume un rilievo solo marginale (o non ne assume affatto), lo spazio di movimento entro il quale il potere giudiziario può muoversi per esercitare le proprie funzioni è estremamente limitato. Le sue competenze sono burocratizzate e, per questo, la sua capacità di contribuire alla realizzazione effettiva dei diritti costituzionali, tra i quali quello di accesso alla giustizia, è sminuita.

4. Audiatur et altera pars.

Audiatur et altera pars è un principio generale di struttura del diritto processuale civile di origine e tradizione sicuramente antiche ed è la più tipica delle garanzie costituzionali relative al processo. Quella dello scontro dialettico (contenzioso) tra due soggetti è la forma più naturale, forse ovvia, del giudizio, perché l'accertamento della falsità di una tesi corrobora la verità della tesi opposta e giustifica l'accoglimento di quest'ultima da parte del giudice²⁰⁸.

spese dovute, così dando l'opportunità di accedere alla giustizia a chi, pur non essendo povero, non possa affrontare senza preoccupazione le spese del procedimento, anche a causa dei propri doveri familiari di mantenimento. Ancora una volta l'elemento sociale, più che giuridico, condiziona le scelte del legislatore tedesco.

²⁰⁸ COMOGLIO, voce *Contraddittorio*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ. IV*, 1989, p. 5: «la domanda di tutela – per aspirare ad una sentenza che accerti il buon diritto o la ragione dell'attore – non può prescindere dal contestuale accertamento dell'inesistenza della ragione opposta dal convenuto. In questa logica coerente dell'azione e della contro-azione (o reazione) sta – secondo i parametri hegeliani della tesi, dell'antitesi e della sintesi – la

Il contraddittorio conforma e struttura il procedimento, in modo tale da allestire un meccanismo dinamico, attraverso il quale possano realizzarsi gli scopi tipici del processo, quali la pacificazione sociale e l'attuazione del diritto soggettivo, e fornisce al giudice un efficace metodo (dialettico) di conoscenza della verità, basto sul confronto dinamico tra le posizioni (le tesi) contrapposte, poi sintetizzate nella soluzione (la sintesi) che il giudice assegna alla causa.

Il contraddittorio non è soltanto un principio costituzionale e generale dell'ordinamento – invero il più tipico e centrale di essi –, ma è anche strumento pratico di garantismo processuale, utilizzato per realizzare il giusto (equo) processo²⁰⁹ e per garantire una tutela giurisdizionale che sia, quanto più possibile, effettiva: si attiva, infatti, un meccanismo di controllo reciproco tra le parti contro eventuali abusi del diritto o distorsioni della realtà; il giudice, inoltre, ha a disposizione lo strumento più valido di indagine e di accertamento della verità dei fatti controversi; la partecipazione attiva e dinamica dei litiganti, infine, consente a costoro di incidere sulla decisione del giudice, aumentando così in loro la fiducia nella giustizia²¹⁰.

Ecco che, allora, il contraddittorio è sovente considerato come lo strumento processuale tipico per realizzare uno degli scopi principali del processo, ossia come il presupposto strutturale necessario per ottenere la pronuncia di una decisione giusta²¹¹, in quanto il confronto razionale e disinteressato tra le tesi contrapposte delle parti, compiuto dal giudice terzo ed imparziale, conduce normalmente ad una sintesi ricostruttiva, completa e oggettiva, degli argomenti rilevanti per la decisione²¹².

L'idea di base, infatti, è che la partecipazione attiva di tutti coloro che siano interessati alla causa e al suo esito dia la possibilità materiale al giudice di comprendere quale sia la soluzione giusta della controversia insorta e, quindi, di cristallizzarla nella sentenza. Il dialogo attivo tra le parti e il giudice consente a quest'ultimo di confrontare razionalmente e oggettivamente tutto quanto emerga in corso di causa – eventualmente anche grazie al proprio apporto integrativo e alla propria attività d'ufficio – e di soppesare tutti gli elementi probatori e argomentativi a favore dell'una e dell'altra posizione in contrasto tra di loro²¹³. Il che poi conduce il giudice alla scoperta del giusto diritto,

giustificazione dogmatica dei tre fattori primari (pretesa, difesa, sentenza) che integrano il rapporto processuale “tout court”».

²⁰⁹ Il principio del contraddittorio e il diritto alla difesa rientrano nella categoria di garanzie minime del giusto processo (v. art. 111, comma 2°, Cost.), COMOGLIO, *Etica e tecnica del “giusto processo”* cit., pp. 30-31.

²¹⁰ COMOGLIO, voce *Contraddittorio* cit., p. 3.

²¹¹ GENTILI, *Contraddittorio e decisione nel processo civile*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* 2009, pp. 746-747; FROHN, *Rechtliches Gehör und richterliche Entscheidung. Studie zur Verfassungsdimension des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, Berlin, 1989, p. 47. Più in generale, dal punto di vista giuridico-politico, il contraddittorio, quale contrapposizione dialettica tra le parti in lite, costituisce una scelta di opportunità politico-legislativa volta a realizzare finalità superiori di ordine obiettivo, tra le quali la razionale ricerca della verità e l'attuazione della giustizia sociale: COMOGLIO, voce *Contraddittorio* cit., p. 2.

²¹² Sul tema in generale v. GENTILI, *Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile*, in MANZIN - PUPPO (a cura di) *Audiat et altera pars*, Milano, 2008, pp. 249 ss.; GENTILI, *Contraddittorio e decisione nel processo civile* cit., pp. 745 ss.; SOMMAREGGIO, *Il contraddittorio come criterio di razionalità del processo*, in , in M. MANZIN – F. PUPPO, *Audiat et altera pars* cit. pp. 159 ss.

²¹³ CHIARLONI, voce *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, tomo I, pp. 406-407; V. GENTILI, *Contraddittorio e giusta decisione* cit., pp. 271-272, alla domanda: «come assicurare nel concreto che il metodo argomentativo, selezionando tutti gli argomenti pertinenti, e confutando tutti quelli contraddittori, approdi all'esito non più soggetto ad obiezioni?» l'a. dà una risposta che egli stesso definisce facile, ma quasi impossibile da tradurre nel concreto. «Per reperire un criterio di giustizia di una decisione [...] è necessario ma anche sufficiente che tutti gli interessati ad una controversia possano parteciparvi, esprimendo tutti gli argomenti pro o contro, e che una mente neutrale e logica, quale deve essere il giudice, traduca in un confronto razionale lo scontro delle tesi sul conflitto instauratosi, eventualmente rettificando, integrando, sviluppando la loro empirica razionalità, fino a ricostruire

ovvero della verità, cosa che, invece, difficilmente può accadere se la decisione è il frutto della pura meditazione solitaria ed isolata dell'organo giudicante.

Sia in Italia sia in Germania, naturalmente, tale principio gode di copertura costituzionale, sebbene le Carte fondamentali dei due Paesi lo sanciscano in termini differenti, così che diversa è anche la teoria interpretativa che ha definito i suoi contenuti e i suoi contorni.

La Costituzione italiana traduce il concetto *audiatur et altera pars* con il principio del contraddittorio (cioè il contrasto dialettico tra tesi contrapposte, che si elidono a vicenda) proclamato e garantito dall'art. 111, comma 2° Cost., unitamente al diritto inviolabile alla difesa – intesa come «attività contrapposta ed omologa all'azione»²¹⁴ – enunciato dall'art. 24, comma 2° Cost. e tutelato in ogni stato e grado del procedimento²¹⁵. Essendo il diritto individuale alla difesa diritto inviolabile dell'uomo e rappresentando esso un insopprimibile strumento di attuazione del contraddittorio²¹⁶, è possibile affermare che quest'ultimo più generale principio assuma anch'esso valore di diritto fondamentale dell'ordinamento e «canone sommo di legalità e di giustizia»²¹⁷.

Il diritto di difesa e il principio del contraddittorio assegnano alle parti il bilaterale diritto di farsi ascoltare dal giudice, e ciò si manifesta sotto diverse forme, tutte costituzionalmente garantite e tutelate²¹⁸.

Il giusto processo, mediante il quale si attua la giurisdizione (art. 111, comma 1° Cost., così come novellato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2), è tale se, *in primis*, le parti vengono validamente e tempestivamente informate dell'instaurazione della causa, essendo state ritualmente citate, e se sono compiutamente rese edotte degli atti che sono tenute a compiere per difendersi in giudizio e dei termini entro i quali possono o debbono svolgere le attività difensive. La legittimità dell'instaurazione del processo dipende, dunque, dalla possibilità oggettiva accordata al/i

razionalmente l'intero universo dei fatti e valori rilevanti. Lo sviluppo di quel confronto, fino al punto in cui, confutate tutte quelle in contrario, non restino che tutte le ragioni concordanti per la soluzione, conduce alla decisione necessariamente giusta, perché nulla più resta a porla in discussione. Quella è necessariamente la soluzione giusta, esito del giusto metodo. E quel metodo come si vede è appunto il contraddittorio». L'a. prosegue specificando che il contraddittorio di cui ha parlato non è quello «concreto, sempre approssimativo e mai totale, quale di fatto è. Bensì il contraddittorio ideale, logicamente perfetto e totale, quale deve essere». Quest'ultimo tipo di contraddittorio è quello che l'a. definisce di livello mediato, quello cioè «della corretta ricostruzione del *thema* in base a tutti i possibili argomenti pertinenti pro o contro» (p. 269). Il livello mediato di contraddittorio realizza «il compiuto disegno che una revisione razionale può fare della concreta contrapposizione di tesi, di prove, di domande ed eccezioni. A questo livello il contraddittorio non è solo un possibile metodo utile per il processo, ma il metodo che rende giusta la decisione». Al contraddittorio così concepito si può restituire il nome che ha sempre avuto: dialettica.

²¹⁴ COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice* cit., p. 99.

²¹⁵ Con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 22, in *G.U.* n. 300 del 23-12-1999, viene esplicitato, nel comma secondo dell'art. 111 Cost., un principio che già era stato desunto dall'art. 24, comma 2° Cost.; COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"* cit., p. 63, la garanzia attinente al contraddittorio delle parti, in condizioni di parità prima della riforma costituzionale del 1999 era «ricavabile dall'attenta combinazione ermeneutica dei precetti contenuti negli artt. 3 e 24 Cost.».

²¹⁶ COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"* cit., p.64: la difesa si pone con il contraddittorio in un rapporto di mezzo a fine.

²¹⁷ COMOGLIO, voce *Contraddittorio* cit., p. 29, l'intangibilità del contraddittorio nel suo nucleo minimo è diventata regola inderogabile di ordine pubblico processuale.

²¹⁸ COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"* cit., pp. 29-30

convenuto/i di presentare al giudice le proprie difese in condizioni di parità rispetto alla controparte²¹⁹.

Rilevano a questo proposito tutte le norme processuali dedicate agli atti introduttivi, poste a tutela della corretta instaurazione del contraddittorio²²⁰, quelle relative alla regolarità della notificazione, che determinano i presupposti informativi prodromici alle attività difensive successive²²¹, nonché l'istituto della rimessione in termini²²²; norme e istituti questi che positivizzano delle garanzie minime procedurali di effettività del contraddittorio nel processo e che mettono il soggetto nelle condizioni di avere la tempestiva notizia della domanda proposta dall'attore e la necessaria conoscenza del suo contenuto, affinché possa far valere efficacemente le proprie ragioni, se solo lo desidera²²³. La corretta instaurazione del contraddittorio diventa allora condizione di validità della sentenza del giudice ed elemento strutturale essenziale dell'intero procedimento²²⁴.

In secondo luogo, il processo giusto è quello che garantisce alle parti, sia all'attore sia al convenuto, il diritto di presentare argomentativamente, nella trattazione della causa e nelle proprie allegazioni, le domande, le eccezioni e le difese, le ragioni in fatto e in diritto, le tesi e le prove a supporto delle proprie posizioni e contrarie alle affermazioni di controparte²²⁵, le osservazioni e le argomentazioni sulle risultanze probatorie, confrontandole e contrapponendole in modo dialettico, contribuendo incisivamente, in questo modo, alla formazione del *thema decidendum*²²⁶.

Si tratta, dunque, di conferire alla parte, a livello costituzionale, il diritto di farsi udire dal giudice e il potere processuale di reazione difensiva alle domande e alle tesi avversarie²²⁷, cui è collegato

²¹⁹ COMOGLIO, voce *Contraddittorio* cit., p. 2: «Da un punto di vista strutturale (o, se si preferisce, formale e tecnico), invece, la bilateralità dell'azione e del giudizio contenzioso impone, quale condizione assoluta per l'instaurazione di un valido rapporto processuale, che il giudice adito non possa mai "statuire sopra alcuna domanda" [...] se i soggetti, nei cui confronti essa è proposta, non siano stati ritualmente citati o comunque non siano previamente comparsi a contraddire (in altre parole, a difendersi ed a far valere le loro ragioni, in antitesi con il soggetto che agisce)»; GENTILI, *Contraddittorio e decisione nel processo civile* cit., pp. 747: «Il contraddittorio è dunque anzitutto una regola di pragmatica della comunicazione, che impone la partecipazione al rapporto processuale di tutti coloro che hanno interesse ad agire o contraddire».

²²⁰ Art. 101 c.p.c.; circa la regolarità dell'atto di citazione v. artt. 163, 137 ss. e 291 c.p.c.

²²¹ Artt. 137 ss. c.p.c.; il contraddittorio si instaura quando la domanda dell'attore è portata a conoscenza del convenuto per mezzo della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio, ROTA, *sub art. 101*, in CARPI – TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2012, p. 381.

²²² V. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996.

²²³ Infatti, la costituzione in giudizio, la presentazione delle proprie difese e la partecipazione al contraddittorio non sono degli obblighi, ma semplici oneri. COMOGLIO, voce *Contraddittorio* cit., p. 2.

²²⁴ COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice* cit., p. 48: «Il contraddittorio è regola essenziale di struttura dell'intero procedimento giurisdizionale, condizionando la validità della decisione finale del giudice».

²²⁵ Fa parte, infatti, del diritto al contraddittorio il diritto alla controprova e il diritto di prova diretta dei fatti eccepiti, COMOGLIO, voce *Contraddittorio* cit., p. 24.

²²⁶ GENTILI, *Contraddittorio e decisione nel processo civile* cit., p. 748: «Il contraddittorio è perciò anche una regola di semantica della comunicazione, che impone la definizione del discorso giudiziale nei confini della contraddizione sui fatti e sui diritti». Secondo GENTILI, *Contraddittorio e giusta decisione* cit., pp. 269-270, questo tipo di contraddittorio è quello di livello immediato, è il contraddittorio quale è. Esso consiste nel «disegno impreciso di fatti e diritti in concreto sbozzato» che «imposta un *thema*, e delimita l'opera del giudice». L'a. rileva che, così inteso, il contraddittorio «è solo uno dei possibili metodi del processo, che le leggi elevano a principio perché aiuta a prendere una decisione giusta, ma al quale possono sfuggire accertamenti in fatto, argomentazioni in diritto, e la stessa fissazione dell'oggetto della decisione. Le sue approssimazioni, infatti, consentono che i fatti e i diritti rilevanti possano sfuggire al contraddittorio concreto instauratosi». «A questo livello, inoltre, è sotteso un concetto anch'esso solo empirico di decisione giusta: la decisione, cioè, giusta nei limiti della concreta contrapposizione di prove, argomenti, domande ed eccezioni di fatto espressi dalle parti».

²²⁷ COMOGLIO, *op. cit.*, p. 20.

funzionalmente il diritto ad una costante informazione circa gli eventi processuali che possono incidere sulle proprie difese²²⁸.

In tale accezione, il contraddittorio è garanzia di partecipazione allo svolgimento del processo e di difesa effettiva per l'intero corso del giudizio²²⁹: esso si estende, invadendo tutte le attività processuali successive all'instaurazione della causa – in particolare quella relativa alla fase d'istruzione probatoria – utili per affermare le proprie pretese²³⁰, e mette la parte in condizione di difendersi adeguatamente, anche sul piano probatorio – grazie al diritto alla prova e alla controprova e al diritto di assistere personalmente all'assunzione dei mezzi di prova – su quanto gli viene contestato da controparte, ovviamente prima che il giudice decida la causa; tutto ciò al fine precipuo di dare la possibilità alla parte di influire sulla decisione giudiziale, condizionandone il contenuto a proprio vantaggio²³¹.

L'aspetto dinamico del diritto costituzionale al contraddittorio, quello perciò relativo alla partecipazione dei soggetti processuali al procedimento, involve il più generale, ma di fondamentale rilievo, concetto di effettività del contraddittorio e della difesa²³². Perché, infatti, gli artt. 111, comma 2° Cost. e 24, comma 2° Cost., coordinati con l'art. 3 Cost., trovino effettiva realizzazione pratica nel processo civile, ogni ostacolo, che, in qualche modo, impedisca alla parte di far valere le proprie ragioni e di partecipare attivamente, in posizione paritaria rispetto all'altra parte, alla dialettica processuale, deve necessariamente essere rimosso. Praticamente, ciò significa anche che le regole formali relative al processo debbano essere lette in modo tale di dotare di effettività il generale principio del contraddittorio²³³, rendendo possibile e agevole alle parti l'audizione delle propri ragioni da parte del giudice, acciocché queste possano influire sulla formazione della decisione giurisdizionale conclusiva.

Guardando il contraddittorio da un altro angolo visuale, ecco che il giudice costruisce il proprio ragionamento, il quale a sua volta costituisce il fondamento della decisione, soppesando razionalmente le domande e le eccezioni, le tesi e le affermazioni di entrambe le parti; egli ricostruisce il *thema decidendum ac probandum* della causa comparando le narrazioni fatte dall'attore e le confutazioni proposte dal convenuto, nonché il materiale probatorio prodotto; sviluppa il ragionamento giuridico e l'interpretazione normativa, valutando la fondatezza delle argomentazioni in diritto proposte dalle parti.

In questo modo, sfruttando il sapere di queste ultime a fini cognitori²³⁴, oltre a diminuire il rischio di decisioni arbitrarie o della terza via, viene facilitata la scoperta della verità e la pronuncia di una decisione giusta²³⁵. Per il giudice, il principio del contraddittorio diventa allora un dovere: la sua

²²⁸ COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"* cit., p. 30.

²²⁹ COMOGLIO, *op. cit.*, p. 5

²³⁰ COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice* cit., p. 102.

²³¹ CAPONI, *Brevi note sul contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile*, in CIVININI – VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile* cit., p. 282.

²³² COMOGLIO, voce *Contraddittorio* cit., p. 20: «ciò che conta non è solamente l'"an" od il "quomodo", ma soprattutto il "quantum" della "partecipazione", garantita a ciascuna di essi [delle parti] dalle norme regolatrici».

²³³ COMOGLIO, voce *Contraddittorio* cit., p. 21.

²³⁴ COMOGLIO, voce *Contraddittorio* cit., p. 5.

²³⁵ GENTILI, *Contraddittorio e decisione nel processo civile* cit., pp. 749: «Il contraddittorio è infatti anche forza propulsiva. La decisione è (salvo errori del giudicante) assolutamente giusta perché assunta rispetto all'intero universo di discorso progressivamente creato dall'opera delle parti a proposito del loro contrasto. E quell'universo è suscettibile

attuazione, attraverso la preventiva instaurazione dello stesso da parte del potere giudiziario, è presupposto di correttezza della decisione e di giustizia dell'intero procedimento.

Sempre dal punto di vista dei poteri giudiziari, la menzionata effettività del contraddittorio, sancita e voluta dalla consacrazione costituzionale *ex art. 111, comma 2° Cost.* per opera della riforma costituzionale del 1999, impone al giudice di sollevare il contraddittorio ogni qual volta eserciti delle attività ufficiose, che incidano in qualsiasi modo sul contenuto della sentenza²³⁶; e questo vale tanto che eserciti d'ufficio poteri decisori e di iniziativa istruttoria²³⁷, quanto che eserciti poteri di direzione materiale del procedimento²³⁸.

Pertanto, quando il giudice intenda rilevare d'ufficio una qualsiasi questione, di fatto o di diritto²³⁹ che sia, egli ha il dovere costituzionalmente sancito di indicare alle parti, contestualmente alla rilevazione ufficiosa, tali questioni, affinché possa essere instaurato, se così desidera o desiderano una o entrambi le parti, il contraddittorio preventivo²⁴⁰. Per "questione" devono, peraltro, intendersi non solo le questioni preliminari e pregiudiziali, cioè le questioni in senso tecnico, ma anche tutte le circostanze di fatto e/o di diritto che in generale rilevino ai fini della decisione.

Ugualmente, quando disponga d'ufficio dei mezzi di prova, il giudice ha il dovere costituzionalmente sancito di dare alle parti la possibilità materiale di rispondere e difendersi con le necessarie iniziative istruttorie²⁴¹.

Diversamente, si verificherebbe il fenomeno – anticostituzionale per violazione degli artt. 111, comma 2° Cost. e 24, comma 2° Cost. – della sentenza a sorpresa, o della terza via, cioè un provvedimento decisorio dal contenuto inaspettato, perché impreveduto e imprevedibile, dalle parti²⁴². Una tale sentenza, basata su fatti o circostanze giuridiche non previamente discusse con le parti, è nulla²⁴³, proprio perché il contraddittorio sulle soluzioni giuridico-fattuali poste a base della

di espandersi a comprendere assolutamente tutto ciò che nella specie può rilevare. La giustizia della decisione ha dunque l'assolutezza di un mondo in sé compiuto. È una giustizia totale, perché racchiude tutti gli elementi di cui si può fare questione in quel processo».

²³⁶ COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"* cit., pp. 32 e 71: sollecitare il contraddittorio diviene un potere-dovere, una conseguenza costituzionalmente necessaria della indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio.

²³⁷ L'assunzione di prove disposte d'ufficio senza la contestuale instaurazione del contraddittorio del giudice determina la nullità della sentenza, quando questa si basi su tali prove.

²³⁸ Si pensi, specificatamente, al dovere del giudice di comunicare alle parti: la disposta riapertura della fase istruttoria dopo la formale chiusura del relativo verbale (Cass. n. 6520 del 1991); la data fissata per l'udienza di precisazione delle conclusioni (Cass. n. 12296 del 1997); qualunque rinvio d'ufficio a nuova udienza (Cass. n. 1093 del 1995). In tutti casi di mancata comunicazione, la sentenza ugualmente pronunciata dal giudice è nulla per mancato rispetto del contraddittorio. V. ROTA, art. 101 cit., p. 380.

²³⁹ COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"* cit., p. 73: occorre instaurare il contraddittorio tra le parti anche sulle questioni di diritto, oltre che sulle questioni di fatto, che siano rilevanti per la decisione, senza che ciò significhi una lesione del generale principio *jura novit curia* nell'applicazione della norma giuridica alla fattispecie concreta o nella qualificazione (o riqualificazione) giuridica dell'azione esperita e delle domande di parte. Il giudice può certamente, in virtù del principio *jura novit curia*, seguire una tesi giuridica diversa da quella indicata dalle parti, ma se lo fa, deve prima provocare su di essa il contraddittorio: ROTA, art. 101 cit., p. 384.

²⁴⁰ Artt. 101, comma 2° e 183, comma 4° c.p.c.. Il combinato disposto di queste due norme fissa la regola generale in forza della quale il giudice è tenuto fin dalle prime battute della fase di trattazione ad indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione: ROTA, art. 101 cit., p. 383.

²⁴¹ COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"* cit., pp. 33 e 69.

²⁴² Sul contraddittorio come strumento di controllo sull'esercizio dei poteri del giudice FABBRINI, voce *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, pp. 721 ss.

²⁴³ Occorre specificare che nel caso di questione c.d. di puro diritto – di questione cioè che non comporta la riesamina dei fatti dedotti né la disamina di fatti non dedotti – rilevata d'ufficio dal giudice, le Sezioni Unite della Suprema Corte

decisione è requisito minimo di legittimità (giustizia) dell'intero processo e condizione di validità della sentenza²⁴⁴.

Per il *Grundgesetz* tedesco, *audiatur et altera pars* consiste nel diritto di ciascuna parte del processo ad essere ascoltato dal giudice (*Anspruch auf rechtliches Gehörs*)²⁴⁵. Esso è considerato al tempo stesso un diritto costituzionale e un principio fondamentale processuale (*Verfahrensgrundsatz*)²⁴⁶.

Il diritto ad essere ascoltato dal giudice è esplicitamente sancito dall'art. 103, comma 1° *GG*²⁴⁷, norma che, analogamente all'art. 111, comma 2° Cost., è collocata nel capo della Legge Fondamentale dedicato alla giurisdizione e che costituisce una delle poche norme costituzionali dedicate esclusivamente al processo²⁴⁸.

Tuttavia, nell'interpretazione che si dà al principio in esame, esso acquisisce un valore di diritto fondamentale individuale, e non solamente di diritto costituzionale relativo al processo. Infatti, le fondamenta sulle quali poggia il diritto ad essere ascoltato dal giudice sono due.

di Cassazione hanno escluso la nullità della sentenza pronunciata senza il previo contraddittorio sul punto (s.u. n. 20935 del 2009).

²⁴⁴ Il comma 2° dell'art. 101 c.p.c., aggiunto dalla legge di riforma del processo civile n. 69 del 2009 (*G.U.* n. 140 del 19-6-2009, *Suppl. Ord.* n. 959), prevede esplicitamente l'obbligo del giudice di provocare il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio che intende porre a fondamento della propria decisione; la violazione di tale obbligo è sanzionata con la nullità della sentenza.

²⁴⁵ LEIPOLD, *Vorbemerkungen vor § 128*, in STEIN - JONAS (a cura di) *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, Tübingen, 2013.

²⁴⁶ HAMANN, *Rechtliches Gehör*, in *Anwaltsblatt* 1958, Heft 9, pp. 141 ss.

²⁴⁷ Art. 103, comma 1°, *GG*: «*Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör*».

²⁴⁸ Il diritto costituzionale ad essere ascoltato riceve una tutela giurisdizionale alquanto rinforzata, a ulteriore sottolineatura della fondamentale importanza della garanzia in oggetto ai fini della corretta amministrazione della giustizia. Anzitutto, la negazione del diritto all'ascolto in giudizio nei confronti di una parte costituisce un vizio processuale che può essere fatto valere impugnando la sentenza viziata nei gradi superiori. Inoltre, ai sensi dell'art. 93, comma 1°, n. 4a *GG*, l'art. 103 *GG* è uno di quei diritti fondamentali individuali la cui violazione legittima la parte alla proposizione della *Verfassungsbeschwerde* innanzi al *Bundesverfassungsgericht* (v. *supra* par. 1). Pertanto, il cittadino destinatario di una sentenza pronunciata da un giudice in violazione del diritto ad essere ascoltati può contestare presso i Giudici della Costituzione l'operato del potere giurisdizionale (in quanto *öffentliche Gewalt*) che ha leso il suo diritto fondamentale. Infine, il legislatore tedesco ha voluto assicurare una tutela completa al diritto costituzionale *ex art.* 103, comma 1° *GG*, consentendo la contestazione anche di quelle sentenze che siano non impugnabili, qualora siano il frutto della lesione del diritto al contraddittorio. Infatti, per tali sentenze non è richiesta la presenza delle condizioni di ammissibilità, che costituiscono i "filtri" – tipici istituti di diritto delle impugnazione nel sistema giuridico processuale tedesco – al ricorso ai giudici di grado superiore. Così, la violazione del diritto ad essere ascoltato su una questione rilevante per la decisione avvenuta in primo grado, può essere direttamente contestata e fatta valere ai sensi del § 321a *ZPO* (*Abhilfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör*) indipendentemente dalla c.d. *Berufungssumme* di 600,00 Euro di cui al § 511, comma 2°, n. 1 *ZPO* e anche in assenza dei requisiti di ammissibilità dell'appello di cui al § 511, comma 2°, n. 2 *ZPO*. Similmente, la sentenza del giudice di secondo grado, che non abbia rispettato l'art. 103, comma 1° *GG* nel corso del procedimento, può essere direttamente impugnata presso il *Bundesgerichtshof*, senza che sia necessaria la previa verifica di ammissibilità del ricorso alla Corte Suprema da parte dello stesso giudice di appello, ai sensi del § 543 *ZPO*. In quest'ultimo caso, se il *Bundesverfassungsgericht* accerta la lesione del diritto ad essere ascoltato del ricorrente, annulla la sentenza impugnata e rinvia la causa al giudice di secondo grado (§ 544, ult. comma *ZPO*, così come riformato dalla c.d. *Anhörungs-rügensgesetz* del 9 dicembre 2004). Tale ultima disciplina è stata, invero, introdotta nella legislazione ordinaria non solo per garantire, con strumenti particolarmente forti ed efficaci, il diritto fondamentale di cui all'art. 103, comma 1° *GG*, ma anche per alleggerire il carico di lavoro del *Bundesverfassungsgericht*, essendo il numero di *Verfassungsbeschwerde* presentate per violazione del diritto ad essere ascoltato alquanto elevato. Grazie al comma 7° del § 544 *ZPO*, parte delle competenze del *Bundesverfassungsgericht* sono state spostate in capo al *Bundesgerichtshof*. Conseguentemente, la giurisprudenza in materia è alquanto aumentata, essendo il tema affrontato con estrema frequenza dalle due Corti Superiori.

Il primo fondamento, quello di carattere per così dire soggettivo, è il principio d’invulnerabilità dell’essere umano di cui all’art. 1 GG, in forza del quale ogni individuo, e dunque la parte del processo, gode del diritto supremo ed inviolabile di essere rispettato quale essere umano e, correlativamente, di essere trattato come tale dagli organi dello Stato; diritto che, nel contesto processuale, è attuato se la parte viene rispettata come soggetto processuale e se essa possa esprimersi nel corso del procedimento, rimanendo invece indifferente la giustizia o meno della posizione espressa²⁴⁹.

Pertanto, le parti non devono entrare nel processo civile come meri *oggetti* della causa e della sua risoluzione, ma devono poter partecipare attivamente nel processo, influenzandone il procedimento e l’esito, e devono poter interagire con il giudice quali *soggetti* processuali dotati di una propria individualità e personalità, caratteri questi che meritano di essere valorizzati²⁵⁰; più in generale, l’intero procedimento giudiziale, perché sia rispettoso del diritto fondamentale di cui all’art. 1 GG, deve svolgersi nella sua interezza nel pieno rispetto della singola persona in quanto tale e non in quanto “parte”.

Il secondo fondamento del diritto ad essere ascoltati dal giudice è il principio dello Stato di diritto: il diritto sancito dall’art. 103, comma 1° GG nella sua accezione specifica di contraddittorio, consente il corretto adempimento delle funzioni e dei doveri del potere giudiziario²⁵¹, in quanto funge sia da metodologia applicata per la scoperta della verità sia da contrappeso ai poteri del giudice e da strumento di difesa contro eventuali abusi e arbitri, così conferendo maggiore legittimità alla decisione giudiziale e favorendo l’accettazione della sentenza da parte dei suoi destinatari²⁵². Proprio la circostanza che l’individuo abbia il diritto di far sentire la propria voce su tutto ciò che rileva ai fini della decisione, aumenta nei consociati la fiducia nei confronti della giustizia, la quale è maggiormente percepita come indipendente ed imparziale²⁵³.

Tale ricostruzione in termini “costituzionali” di un principio generale processuale di antica origine si spiega, ancora una volta, considerando la volontà del costituente di evitare che nel futuro dell’ordinamento costituzionale tedesco si possano realizzare gli stessi abusi perpetrati durante il regime nazista. Gli arbitri del potere statale nell’esercizio della funzione giurisdizionale sono impediti proprio perché la parte viene messa al corrente di tutto quanto influisca sulla decisione e

²⁴⁹ BRÜGGEMANN, *Rechtliches Gehör im Zivilprozess, Juristische Rundschau (JR)*, 1969, Heft 10, p. 362.

²⁵⁰ BVerfG, 19.5.1992, in *NJW*, 1992, pp. 2877 ss.; SCHILKEN, *Gerichtsverfassungsrecht* cit., p. 91; BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 362, la parte deve avere la sensazione che il giudice si preoccupi della sua situazione nel processo e che pure le parole di un laico possano giungere alle orecchie ed essere ascoltate dall’organo giurisdizionale; FROHN, *Rechtliches Gehör und richterliche Entscheidung* cit., p. 162: i soggetti processuali non professionali, cioè non esperti del diritto, non sono meri oggetti del processo statale, ma sono *Co-Subjekte* al pari dei giudici e dei difensori tecnici. V. anche TROCKER, *op. cit.*, p. 717, l’idea di partecipazione, che sta alla base della garanzia al contraddittorio e che contribuisce al superamento della frattura tra processo e società, sottolinea l’esigenza di ricollegare il contraddittorio non solo alla difesa tecnica, ma anche alla difesa personale: il singolo deve poter esercitare una parte attiva e non deve sentirsi relegato al ruolo di spettatore passivo di un avvenimento tecnico il cui svolgimento è riservato a persone competenti.

²⁵¹ BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 361, il diritto fondamentale all’ascolto da parte del giudice si rivolge esclusivamente nei confronti dello Stato. Esso impone al potere giudiziario di dare alle parti del processo la possibilità di prendere la parola e di incidere, così, sul contenuto della sentenza, e impone altresì il dovere del giudice di ascoltare tutto quanto la parte ha da dire sull’oggetto della controversia.

²⁵² SCHILKEN, *op. cit.*, p. 91; OTT, *Verfassungsrecht und zivilrichterliche Aufklärungspflichten* cit., pp. 72 ss.

²⁵³ OTT, *op. cit.*, p. 75.

ha la possibilità materiale e concreta di intervenire nel giudizio ed esprimersi sull'oggetto della causa, incidendo a sua volta sul contenuto della sentenza.

Ecco che, allora, la partecipazione della parte nel processo non è semplice tecnica processuale o modalità prescelta per lo sviluppo dell'oggetto della controversia, ma è propriamente elemento attuativo di valori e principi costituzionali, affermati dagli artt. 1, 20, 28 e 103, comma 1° GG; pertanto la configurazione di un modello processuale che favorisca e permetta la partecipazione attiva dei soggetti destinatari della sentenza nel procedimento è scelta obbligata per il legislatore ordinario.

Da quanto detto finora deriva che quando si parla di “diritto ad ascoltati dal giudice” (*Anspruch auf rechtliches Gehörs*) nell'ordinamento giuridico tedesco, si deve intendere il diritto della parte personalmente, del singolo cittadino, a presentare le proprie istanze e difese al giudice, a interloquire direttamente con lui, a far sentire la sua voce, se così desidera, nel giudizio che lo riguarda. Sicché il principio di oralità e di pubblicità delle udienze acquistano con l'emanazione della Legge fondamentale tedesca un significato particolare, che influisce necessariamente sull'intero modello processuale vigente.

È infatti dovere costituzionale del legislatore regolare il processo civile in modo tale che venga assicurato tutto lo spazio necessario e sufficiente alle parti per esprimersi ed essere ascoltate in giudizio; correlativamente, è dovere costituzionale del giudice rispettare e attuare il diritto costituzionale della parte all'ascolto, dando effettiva applicazione alle regole processuali che impongono l'oralità nella trattazione della causa.

Dal punto di vista del contenuto della garanzia costituzionale in esame, il diritto all'ascolto da parte del giudice ricomprende in sé sia il diritto al contraddittorio sia il diritto alla difesa, l'estensione dei quali è estremamente ampia e dai confini alquanto mobili²⁵⁴. Così, per concretizzare il diritto fondamentale in oggetto, occorre fare riferimento a un elenco piuttosto lungo di diritti processuali, facoltà e prerogative, riconosciute alle parti nel processo civile ed elevate, grazie all'art. 103 GG, al rango di garanzia costituzionale.

Nel complesso, si tratta di tutte quelle garanzie che diano alle parti di un processo l'opportunità di esprimersi sulle circostanze di fatto e di diritto rilevanti per la decisione prima dell'emanazione della sentenza, per incidere sul suo contenuto, nonché di quelle garanzie che consentano alle stesse di esercitare agevolmente la detta opportunità²⁵⁵.

Costituisce espressione del diritto all'ascolto da parte del giudice l'*Äußerungsrecht*, ossia il diritto di fare delle dichiarazioni e delle osservazioni. Concretamente, tale diritto (-potere) si sostanzia nelle attività, sia offensive sia difensive, svolte dalle parti prima della pronuncia della sentenza al fine di incidere sul contenuto della stessa²⁵⁶.

²⁵⁴ RADTKE, *Art. 103 [Grundrechte vor Gericht]*, in EPPING – HILLGRUBER, *Grundgesetz: GG Kommentar*, München, 2013, pp. 1418 ss., p. 1420.

²⁵⁵ OTT, *op. cit.*, p. 72; BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 361, il diritto all'ascolto da parte del giudice consiste nel diritto fondamentale di ciascun cittadino di poter prendere la parola nel proprio procedimento.

²⁵⁶ OTT, *op. cit.*, p. 80.

In particolare, l'*Äußerungsrecht* offensivo consiste nel diritto (costituzionale) della parte di avanzare le domande, di pretendere di far valere i propri diritti, di formulare e di presentare le argomentazioni a supporto della propria domanda e, naturalmente, di provare²⁵⁷ le affermazioni fatte e le tesi sostenute²⁵⁸.

Specularmente, l'*Äußerungsrecht* difensivo consiste nel diritto di venire a conoscenza delle attività "offensive" della controparte, e quindi di difendersi e di ribattere su tutto quanto da quest'ultima affermato²⁵⁹, cioè di presentare la propria versione delle circostanze di fatto e la propria argomentazione giuridica in punto di diritto²⁶⁰, il diritto di presentare la prova contraria, il diritto di venire a conoscenza di quanto accade nella fase istruttoria, eventualmente prendendo la parola durante l'assunzione delle prove, e, infine, il diritto di pronunciarsi sull'esito delle prove stesse²⁶¹.

È evidente, dunque, che il diritto costituzionale ad essere ascoltato dal giudice è rivolto indifferentemente a tutti i soggetti processuali sui quali si produrranno gli effetti della sentenza che verrà pronunciata all'esito del procedimento giudiziale.

Più in generale, entrambe le parti debbono poter esercitare agevolmente la propria facoltà di esprimersi su tutte le circostanze, di fatto e di diritto, rilevanti ai fini della decisione della controversia e della formulazione della sentenza, facendo le dichiarazioni, le osservazioni e le considerazioni che si ritengono necessarie o utili al fine dell'accoglimento ovvero del rigetto della domanda.

In particolare, si è detto che completa il diritto all'ascolto da parte del giudice anche il diritto delle parti di offrire al giudice la propria ricostruzione giuridica della realtà esteriore, ai fini della sussunzione della fattispecie concreta entro la norma giuridica astratta, nonché l'individuazione e l'interpretazione della norma che si ritiene debba essere applicata al caso in esame, ai fini della risoluzione della controversia²⁶².

²⁵⁷ Nell'ordinamento costituzionale tedesco il diritto alla prova è infatti sussunto nell'art. 103, comma 1° GG. HERTEL, *Der Urkundenprozeß* cit., pp. 31 ss., per ottenere una tutela effettiva, la parte che esercita l'azione deve avere la possibilità di presentare i mezzi di prova, necessari per poter dimostrare la veridicità delle proprie affermazioni di fatto e per cercare di convincere il giudice. Correlativamente, il giudice ha l'obbligo di valutare le prove portate in giudizio. Il diritto alla prova deve essere fatto risalire al diritto al *rechtliches Gehör* perché chiunque abbia proposto una domanda da far valere in giudizio deve dimostrare la sussistenza, in fatto e in diritto, della fattispecie concreta a cui applicare la norma. All'avversario, invece, spetta la prova dell'infondatezza della pretesa. Affinché l'*Anhörungsrecht* non si riduca ad una farsa, il diritto processuale civile deve mettere a disposizione i mezzi di prova per provare la veridicità delle affermazioni portate innanzi al giudice. Dunque, il diritto costituzionale alla *rechtliches Gehör* è rispettato se le parti possono portare in giudizio i mezzi di prova idonei a provare i fatti concreti e se il giudice rispetta il suo dovere di tenere in considerazione detti mezzi di prova nella pronuncia della sentenza. In conclusione, il diritto alla prova copre una parte della tutela di cui all'art. 103, comma 1° GG.

²⁵⁸ OTT, *ivi*; SCHWAB – GOTTWALD, *Verfassung und Zivilprozess* cit., p. 50: il diritto ad essere ascoltati dal giudice può essere formulato come segue. Chiunque partecipi al procedimento giudiziale ha il diritto di fare domande (*Anträge zu stellen*), di enunciare affermazioni di fatto (*Tatsachenbehauptungen aufzustellen*) e di offrire le prove di quanto sostenuto (*Beweis dafür anzubieten*).

²⁵⁹ SCHWAB – GOTTWALD, *op. cit.*, p. 50.

²⁶⁰ OTT, *ivi*.

²⁶¹ OTT, *op. cit.*, p. 82.

²⁶² OTT, *op. cit.*, p. 83, l'a. sottolinea che, nonostante la vigenza del principio *iura novit curia*, le parti devono avere la possibilità di sollecitare l'interpretazione e la valutazione giuridica a sé più favorevoli e il giudice, dal canto suo, deve essere aperto alle argomentazioni giuridiche provenienti dalle parti, soprattutto quando queste sono assistite dai difensori tecnici, in quanto proprio gli avvocati potrebbero alfine rivelarsi dei collaboratori del giudice.

Infatti, è innegabile che il diritto sia un'entità mutevole e variabile, oltre che di portata estremamente vasta, perciò richiede per la sua individuazione una rilevante attività interpretativa e valutativa²⁶³. Proprio a causa della complessità di tale attività d'individuazione dello *ius* applicabile e di valutazione giuridica della fattispecie concreta, il metodo dialettico appare, ancora una volta, la tecnica processuale più idonea al fine della pronuncia di una sentenza giusta, in quanto esso amplia «il quadro dell'analisi, costringe al raffronto, attenua il pericolo di opinioni preconcepite e favorisce la formazione di un giudizio più aperto e ponderato», mentre, al contrario, «il “soliloquio” rischia di limitare la prospettiva dell'indagine e l'ambito di valutazione» del giudice²⁶⁴.

Sicché, la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* riconosce e tutela il diritto ad essere ascoltato in giudizio sui punti di diritto, perché il contraddittorio tra le parti è capace di contribuire alla *Rechtsfindung*, ampliando l'orizzonte conoscitivo del giudice²⁶⁵.

Non solo; è stato infatti posto in evidenza come l'accertamento in fatto e la valutazione giuridica di tali fatti accertati, sono due attività che non vengono poste in essere in due momenti separati e nettamente distinti, ma, dato il loro legame di interdipendenza e di completamento, contestualmente²⁶⁶. Pertanto, «le parti devono avere l'opportunità di interloquire anche sulle questioni di diritto, non solo e non tanto perché la dialettica è il miglior strumento anche per la ricerca e l'individuazione della norma da applicare, ma perché soltanto in tal modo esse saranno in grado di partecipare in maniera valida ed efficace alla stessa rilevazione della realtà esteriore»²⁶⁷.

Infine, la discussione tra il giudice e le parti, intorno all'applicazione e all'interpretazioni di norme e principi giuridici che il primo intende applicare al caso concreto, è necessaria per evitare la pronuncia di una **sentenza a sorpresa**, con ciò intendendo la situazione in cui, alla luce dell'andamento del processo fino a quel momento, le parti non si aspettavano che il giudice adottasse una determinata ricostruzione normativa o una certa interpretazione giuridica per risolvere la controversia, perché totalmente imprevedibile²⁶⁸. Si è infatti già sottolineato come spesso il diritto applicabile alla singola causa in esame non sia un'entità fissa e stabile, ma è un *quid* variabile, che debba essere ricercato e ricostruito grazie al lavoro “di squadra” tra il giudice e le parti (*rectius* gli avvocati) per tramite della trattazione²⁶⁹, e ciò tanto più nell'epoca attuale di diritto “liquido”, caratterizzato dalla incessante produzione normativa, che si aggiunge alla già numerosa quantità di norme esistenti, e dalla varietà delle interpretazioni proposte e applicate²⁷⁰.

Pertanto, per rendere “prevedibile” il contenuto della decisione e dunque rispettare divieto di sentenze a sorpresa²⁷¹, non si pretende che il giudice comunichi prima della redazione della

²⁶³ TROCKER, *op. cit.*, p. 641.

²⁶⁴ TROCKER, *op. cit.*, p. 645.

²⁶⁵ Tale orientamento interpretativo si è affermato per la prima volta nel 1959, quando il *Bundesverfassungsgericht* ha riconosciuto che, quando si tratta di una questione di diritto discussa in dottrina e in giurisprudenza, non è da escludere che la previa audizione degli interessati sul punto potrebbe portare il giudice ad un giudizio diverso (*BVerfG*, 14.04.1959, 1 BvL 23/57), TROCKER, *op. cit.*, p. 646.

²⁶⁶ TROCKER, *op. cit.*, p. 649.

²⁶⁷ TROCKER, *op. cit.*, p. 650.

²⁶⁸ SCHILKEN, *ibid.*; OTT, *op. cit.*, pp. 88-89.

²⁶⁹ SCHWAB – GOTTWALD, *op. cit.*, p. 53.

²⁷⁰ WASSERMAN, *Der soziale Zivilprozess* cit., p. 112.

²⁷¹ Il severo divieto di sentenze a sorpresa si giustifica non soltanto perché esse ledono il diritto di difesa, costituzionalmente garantito, ma anche perché intaccano la fiducia dei consociati nell'amministrazione della giustizia; v. TROCKER, *op. cit.*, pp. 669-670.

sentenza alle parti quale sia la sua visione giuridico-normativa per la risoluzione della controversia, piuttosto si vuole che costui renda edotte le parti stesse, per tutto il corso del procedimento, di quali siano le questioni giuridiche emerse per lui di maggior rilievo, possibilmente facendo intendere quali siano le scelte interpretative e le soluzioni che ritiene più plausibile ed idonee a risolvere la controversia²⁷².

In altri termini, per mezzo della trattazione e del dialogo partecipato di tutti i soggetti processuali nella fase dibattimentale il giudice deve rendere chiaro e intellegibile alle parti cosa, tra le circostanze fattuali e gli elementi di diritto che ha a disposizione, gli interessi di più ai fini dell'applicazione della norma al caso e, più in generale, dell'attuazione del diritto²⁷³.

Occorre tuttavia specificare che non esiste, ai sensi dell'art. 103, comma 1° GG, un vero e proprio generico dovere del giudice di discutere diffusamente con le parti, nel dibattimento e prima della pronuncia della sentenza, il suo punto di vista circa l'applicazione e la rilevazione del diritto che intende applicare al caso concreto (c.d. *Rechtsgespräch*). Il giudice, cioè, non deve necessariamente creare un contraddittorio pieno con le parti, prima della pronuncia della sentenza, sull'interpretazione giuridica e normativa che egli intende dare alla fattispecie oggetto della controversia²⁷⁴, né deve istruire le stesse sull'aspetto prettamente tecnico di diritto della causa.

Pertanto, per quanto il costituente abbia voluto favorire e tutelare la partecipazione attiva delle parti al processo, anche in punto di diritto, e l'accettazione della decisione, rimangono ferme, nel sistema giuridico tedesco, la vigenza del principio *jura novit curia* e la ripartizione delle competenze tra il giudice, che compie la valutazione giuridica del fatto e individua il diritto da applicare al caso concreto, e le parti, che allegano e dimostrano la realtà dei fatti; talché non esiste un generale diritto delle parti al *Rechtsgespräch* e di conseguenza non c'è un generale divieto del giudice di risolvere la controversia sulla base di una ricostruzione giuridica non ampiamente discussa prima con le

²⁷² Da questo punto di vista assumono fondamentale rilievo, ai fini dell'effettività del diritto all'ascolto in giudizio e ai fini della prevedibilità della decisione, i §§ 139 e 156 ZPO. Infatti, ai sensi del § 139 ZPO, il giudice ha il dovere di dare indicazioni e informazioni alle parti quando intende basare la sua decisione su disposizioni giuridiche, sulle quali le parti non si sono concentrate o che in generale non sono state da loro prese in considerazione. Il potere di **direzione materiale** del procedimento che la ZPO conferisce al giudice ex § 139 non è soltanto lo strumento, di cui il potere giudiziario si avvale al fine della ricostruzione dell'oggetto della controversia dal punto di vista del fatto, ma configura altresì il vero e proprio dovere del giudice di condurre la trattazione in modo da rendere partecipi le parti e i loro avvocati su ogni aspetto della controversia, quindi anche quello di natura prettamente giuridica, fugando così dal rischio di emettere una sentenza a sorpresa (o della terza via). Il § 156 ZPO, completa la tutela della garanzia di cui all'art. 103, comma 1° GG, prevedendo la riapertura della trattazione della causa, quando la fase dibattimentale è già stata chiusa, allorché il giudice intenda risolvere la controversia seguendo un'interpretazione giuridica mai emersa in dibattimento e quindi mai discussa prima. Il dovere del giudice alla riapertura della trattazione è proprio volto, in questo caso, alla protezione delle parti dalla pronuncia di una sentenza a sorpresa. V. SCHWAB – GOTTWALD, *op. cit.*, p. 54; WASSERMAN, *op. cit.*, pp. 113- 114. Sulle norme menzionate, v. *infra* Capitoli terzo, paragrafo 1.3., lett. b e Capitolo quarto, paragrafo 2.4.

²⁷³ Lo stesso vale nel caso in cui il giudice cambi direzione interpretativa rispetto a quella previamente discussa con le parti (WASSERMAN, *op. cit.*, p. 114). Certo il magistrato può modificare il proprio convincimento nel corso del giudizio fino al momento della decisione, ma se lo fa, deve aprire il dialogo – instaurare il contraddittorio – con le parti sul punto. V. BGH, 29-04-2014. Vedi però anche BGH, 05-03-2012, in *NotSt* (Brfg) 4/11: la Suprema Corte di revisione ha specificato che l'affidamento della parte sull'esternazione del giudice circa la scelta di un determinato orientamento interpretativo non deve essere tale da ritenerla un'anticipazione del contenuto della sentenza. Non costituisce, dunque, una sentenza a sorpresa quella che si basa su una concezione giuridica diversa da quella affermata nel corso del procedimento, fintanto che le parti abbiano comunque avuto l'occasione di presentare le proprie osservazioni e difese contro o a favore delle circostanze giuridiche emerse nel giudizio e, quindi, abbiano potuto incidere sulla decisione del giudice.

²⁷⁴ SCHILKEN, *op. cit.*, p. 100; OTT, *affermata*, p. 88.

parti, fin tanto che tale ricostruzione sia comunque comprensibile o intuibile in pendenza di giudizio²⁷⁵.

Affinché tutte le attività illustrate, offensive e difensive-reattive, possano realmente e pienamente essere esercitate, contribuendo alla formazione di una sentenza dal contenuto quanto meno prevedibile (non certo sorprendente), è necessario che le parti partecipino (e possano partecipare) attivamente al procedimento, siano sempre informate delle domande e delle difese avanzate dall'avversario e abbiano conoscenza tempestiva delle prove e delle circostanze rilevate d'ufficio dal giudice.

I diritti che compongono l'*Anspruch auf rechtliches Gehör* possono allora essere meglio apprezzati e compresi se guardati dall'altra prospettiva, quella opposta, dei doveri (-poteri) posti in capo al giudice, che da tali diritti derivano²⁷⁶.

Rileva allora, alla luce di quanto appena detto, la *Informationspflicht*, i.e. il dovere del giudice di informare le parti, fin dall'instaurazione della causa e per tutto il corso del giudizio, con tempestività e completezza, circa l'introduzione, il contenuto e lo stato attuale della controversia in tutti i suoi aspetti²⁷⁷. A ben vedere, il dovere d'informazione del giudice, e il corrispondente diritto ad essere informato di ciascuna parte, sono i presupposti dell'*Äußerungsrech*, in quanto la possibilità di esprimersi congruamente sul contenuto della causa dipende dalla disponibilità e dalla conoscenza che la parte ha di tutto quanto rilevi ai fini della decisione.

Inoltre, il corretto adempimento del dovere di informazione del giudice esclude che la sentenza da lui pronunciata possa dirsi realmente "a sorpresa". La comunicazione che parte dal giudice e viene instaurata con le parti per tutto il corso del giudizio, volge a far sapere loro quali siano le circostanze di fatto e le questioni di diritto che egli ritiene determinanti o rilevanti per la decisione e apre le porte alla discussione e all'esercizio degli *Äußerungsrechte* da parte dei soggetti processuali²⁷⁸. Né può dirsi inaspettata la sentenza che fosse il frutto di rilevazioni ufficiose da parte del giudice, qualora il silenzio della parte sul punto rilevato dal giudice d'ufficio sia stato in realtà determinato da una libera scelta della medesima e non dalla circostanza che la stessa non fosse stata messa nelle condizioni di conoscere il suddetto punto e di potersi esprimere su di esso²⁷⁹.

Si chiede, dunque, al giudice di attivarsi, quando necessario, nel corso del procedimento e di interagire e dialogare con le parti. L'adempimento dei propri doveri di informazione da parte del giudice finisce per coincidere sostanzialmente col corretto esercizio dei suoi poteri di direzione

²⁷⁵ Il *Rechtsgespräch* può invero rivelarsi utile ai fini della composizione amichevole della lite, sicché il giudice deve tener conto dell'opportunità di instaurare tale tipo di contraddittorio sul diritto per aumentare le probabilità che le parti si concilino: ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *op. cit.*, p. 432.

²⁷⁶ SCHWAB – GOTTWALD, *op. cit.*, p. 50.

²⁷⁷ OTT, *op. cit.*, p. 83.

²⁷⁸ WASSERMAN, *op. cit.*, p. 110.

²⁷⁹ Quanto detto riveste un'importanza particolare soprattutto quando il giudice assume prove d'ufficio e, in generale, quando fonda la propria decisione su materiale probatorio di cui le parti non abbiano avuto la possibilità di prendere visione prima della pronuncia della sentenza. BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 366.

materiale del procedimento, in particolare con la piena e corretta applicazione nel procedimento del § 139 ZPO²⁸⁰.

La partecipazione attiva del giudice nel contraddittorio sorto tra le parti, tramite l'esercizio dei suoi doveri di chiarificazione e di discussione *ex* § 139 ZPO, conviene alle parti, perché serve ai fini della trasparenza della decisione finale, e dunque ai fini del controllo sull'operato del giudice²⁸¹.

Viceversa, la passività del giudice nella trattazione si può convertire in vera e propria violazione dell'art. 103, comma 1° GG, ogni qual volta l'interventismo del potere giudiziario volto a stimolare la partecipazione delle parti al giudizio, di cui al § 139 ZPO, non è stato posto in essere dal giudice e il contraddittorio avrebbe permesso alle parti di comprendere la visione che il giudice ha dell'oggetto del contendere, con riguardo sia alla ricostruzione della fattispecie sia all'interpretazione giuridica, avrebbe consentito alle stesse di esternare la loro posizione, in punto di fatto e di diritto, al riguardo e avrebbe, altresì, evitato la pronuncia di una sentenza a sorpresa.

I doveri del giudice, funzionali alla realizzazione del diritto delle parti ad essere ascoltati in giudizio, non si esauriscono nel dovere di informare le parti sull'oggetto, inteso in senso lato, della controversia, ma si estendono all'esercizio di specifiche funzioni di **direzione formale del processo**, che costituiscono, in realtà, il presupposto esistenziale e prodromico dell'*Informationspflicht*.

Il giudice deve infatti mettere le parti in condizione di esercitare i propri *Äußerungsrechte* fin dall'instaurazione della causa, di poter reagire al comportamento processuale di controparte e di potersi difendere su quanto rilevato dal giudice d'ufficio. Si considerino, a questo proposito, i compiti più tipici di direzione formale del procedimento, quali la fissazione delle date delle udienze, l'assegnazione alle parti di termini congrui e ragionevoli per il compimento di determinati atti e attività giudiziali, difensive e probatorie, la gestione dei procedimenti di notificazione²⁸².

²⁸⁰ Altro momento in cui il diritto all'ascolto di cui all'art. 103, comma 1° GG, diventa rilevante ai fini dell'esercizio dei poteri giudiziari è in fase istruttoria: ivi l'esercizio dei poteri discrezionali del giudice diventa costituzionalmente orientato (invero limitato), ogni qual volta le scelte del giudice possano sacrificare il diritto ad essere ascoltati in giudizio. Si pensi, in particolare, alla valutazione se rigettare o meno la domanda di assunzione di una specifica prova. Decidere se l'assunzione della prova sia sconsigliata per ragioni di economia processuale e sostanzialmente inutile è un'attività giudiziale che necessariamente coinvolge la considerazione della garanzia all'ascolto di cui all'art. 103, comma 1° GG. SCHWAB – GOTTWALD, *op. cit.*, p. 51.

²⁸¹ WASSERMAN, *op. cit.*, p. 112.

²⁸² §§ 214 ss. ZPO relativi alle citazioni, la fissazione delle udienze e i termini: l'esercizio di tali poteri di direzione formale del procedimento deve avvenire in modo tale da permettere alle parti un'adeguata possibilità di partecipazione, consapevole e informata, e di preparazione delle proprie difese; allo stesso modo, *ex* §§ 191 ss. ZPO in tema di notificazione, le comunicazioni con le parti devono essere tali da agevolare la conoscenza dello stato della causa e di tutto quanto rilevi ai fini del proprio coinvolgimento nel processo. In questo contesto, il diritto costituzionale all'ascolto in giudizio *ex* art. 103, comma 1° GG deve essere armonizzato e bilanciato con il principio di concentrazione e di accelerazione del processo (diritto alla ragionevole durata del processo *ex* art. 6 CEDU), funzionale alla realizzazione effettiva dei diritti sostanziali delle parti con il processo (v. FROHN, *Rechtliches Gehör* cit., p. 162). Sicché, il diritto a essere ascoltato non è cronologicamente illimitato, nel senso che è del tutto legittimo il regime delle preclusioni processuali fintanto che alle parti sia data la possibilità concreta di poter esercitare il proprio diritto fondamentale di cui all'art. 103, comma 1° GG, anche qualora tale facoltà non sia stata effettivamente sfruttata nei termini (v. *infra* Capitolo terzo, paragrafi 2.2.1. e 2.2.2.). Per evitare storture nel processo dovute al regime delle preclusioni e garantire il diritto ad essere ascoltati dal giudice, i §§ 296 e 296 a ZPO danno il potere al giudice di valutare se deduzioni o allegazioni tardive possano entrare a far parte del materiale decisivo. V. ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *op. cit.*, pp. 431-432.

Infine, per concludere, il diritto all'ascolto da parte del giudice impone al magistrato un ulteriore significativo dovere. Si tratta del dovere di prendere in considerazione e di tenere conto in sede decisoria di tutto quanto affermato, allegato, prodotto e provato dalle parti nel corso del giudizio²⁸³. Quello che si pretende dal giudice è, sostanzialmente, che la sua decisione sia davvero il prodotto del confronto e del bilanciamento tra le diverse tesi e argomentazioni presentate, e il rispetto di tale dovere del giudice potrà essere verificato semplicemente leggendo la motivazione.

Così come è ricostruito e configurato, chiaramente il diritto individuale all'ascolto giudiziale è volto all'effettività del suo esercizio e i doveri che esso, in quanto diritto costituzionale, fa sorgere in capo allo Stato non sono diretti soltanto al potere giudiziario, ma anche al potere legislativo. Infatti, l'effettività, quale valore essenziale di qualsiasi garanzia costituzionale, dipende dalla predisposizione di efficaci strumenti normativi di diritto processuale, che consentano alla parte di attivarsi e controbattere tempestivamente alle iniziative avversarie²⁸⁴.

In particolare, devono essere predisposte dal legislatore nella disciplina processuale delle norme che regolino adeguatamente ed efficacemente i termini, le preclusioni e gli strumenti di notificazione e di comunicazione degli atti e dei documenti relativi al processo, elaborando inoltre delle tecniche e delle modalità di ascolto e di partecipazione dei soggetti processuali ispirate alle esigenze di effettività e, contemporaneamente, attente alla necessità di garantire una tutela giurisdizionale di durata ragionevole, priva di dilazioni ingiustificate²⁸⁵. Il che è di grande rilievo, dato che dall'effettività del diritto ad essere ascoltato, unitamente al diritto all'azione anch'esso effettivo, dipende poi l'effettività della tutela giurisdizionale intera²⁸⁶.

D'altronde, il concetto stesso di inviolabilità del contraddittorio, quale principio fondamentale di cui all'art. 1 GG, presuppone l'esistenza nell'ordinamento giuridico processuale di strumenti adeguati per l'affermazione delle proprie ragioni che conferiscano alla parte un potere processuale capace di determinare la formulazione del convincimento del giudice.

La *Zivilprozessordnung* tedesca, diversamente dal codice di procedura civile italiano, non parla mai esplicitamente del diritto all'ascolto da parte del giudice né lo disciplina dedicandogli norme apposite. Eppure, la vigenza di tale diritto fondamentale delle parti si evince dall'intera struttura e regolamentazione del procedimento giudiziale.

In particolare, è possibile constatare che la scelta del legislatore tedesco per dare attuazione effettiva al principio *audiatur et altera pars* è stata quella di valorizzare potentemente la **direzione formale e materiale del procedimento** ad opera del giudice.

Poiché il potere giudiziario, in quanto potere Statale, è vincolato dalla Carta costituzionale e dai suoi principi in ogni aspetto della sua attività, ecco che la stessa trattazione della causa, così come è strutturata, può dirsi costituzionalmente orientata e il rispetto da parte del giudice di determinate

²⁸³ PAULUS, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung*, Berlin, 2004, p. 118; SCHWAB – GOTTWALD, *op. cit.*, p. 50.

²⁸⁴ BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 362.

²⁸⁵ FROHN, *op. cit.*, p. 162; OTT, *op. cit.*, p. 72: il diritto ad essere ascoltato funge da contrappeso alle spinte riformatrici a favore del processo veloce e quindi corto. L'assetto costituzionale obbliga lo Stato ad organizzare l'amministrazione della giustizia in modo tale che sia garantito efficacemente il contraddittorio, curando allo stesso tempo che la durata del processo non sia eccessiva.

²⁸⁶ BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 362; FROHN, *ivi*.

regole, la cui *ratio* è la tutela del contraddittorio, è condizione di costituzionalità del procedimento intero.

Inoltre, ispirandosi alla *Kooperationsmaxime*, il dettato della *ZPO* tedesca valorizza al massimo i momenti di interazione tra i soggetti processuali (giudice, avvocati e parti), al fine di realizzare al meglio la rapida e corretta formazione del materiale decisorio: ecco che emerge come il legislatore abbia voluto spalmare, equamente, la responsabilità della determinazione dell'oggetto della controversia e della raccolta delle circostanze, di fatto e di diritto, rilevanti per la decisione, tra il giudice e le parti²⁸⁷.

Il processo civile che rispetta il diritto all'ascolto tratta l'oggetto della controversia in forma di dialogo paritario e aperto delle parti²⁸⁸, le quali debbano essere sincere e manifestare, quanto prima e con completezza e sincerità, tutto quanto intendano portare nel processo²⁸⁹, perché venga esaminato dal giudice e rilevato ai fini della decisione della causa.

A questo dialogo partecipa, e deve partecipare, il giudice, il quale si pone sullo stesso piano delle parti per sviluppare con esse una relazione più immediata; tale partecipazione si esplica nell'esercizio dei poteri di direzione materiale e nella chiarificazione dei fatti della causa e delle ragioni di diritto che intende porre a base della propria decisione.

Nel complesso, dunque, appare con tutta evidenza il ruolo fondamentale che riveste la cooperazione, la collaborazione e la comunicazione tra il giudice e le parti per tutto il corso del giudizio, al fine di realizzare l'effettività della garanzia costituzionale all'ascolto *ex art. 103, comma 1° GG*.

5. Il principio di eguaglianza nel processo.

Il principio d'eguaglianza²⁹⁰, diritto fondamentale affermato dalle Carte costituzionali tedesca e italiana²⁹¹, condiziona fortemente la struttura e la configurazione dei rapporti processuali e

²⁸⁷ BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 363.

²⁸⁸ § 138 *ZPO* (*Erklärungspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht*). La norma sostanzialmente estende il diritto all'ascolto ai rapporti tra le parti, imponendo ad entrambe un dovere di verità e di chiarimento completo ed esauriente su tutte le circostanze di fatto. Più in generale, entrambe le parti devono collaborare, comunicandosi le proprie istanze, difese, l'avvenuto deposito di atti o la produzione di documenti, nonché le prove di cui le stesse intendono avvalersi.

²⁸⁹ Rilevano a questo proposito le norme che regolano la fase preparatoria del processo (*Vorverfahren*), finalizzata a chiarire con completezza tutti quanti i fatti e le circostanze di diritto rilevanti per la decisione. Si noti che il diritto costituzionalmente garantito all'ascolto da parte del giudice non impone al legislatore la scelta obbligata per una determinata forma (scritta od orale) del procedimento: SCHILKEN, *op. cit.*, p. 96.

²⁹⁰ Naturalmente, il principio d'eguaglianza proclamato dalle Costituzioni moderne "diritto fondamentale dell'uomo", garantisce e tutela non soltanto l'eguaglianza formale, per cui oggettivamente tutti gli individui debbono essere trattati allo stesso modo dai poteri dello Stato, ma anche, e soprattutto, l'eguaglianza materiale, che impone agli organi statali di attivarsi per rimuovere gli ostacoli che materialmente impediscono al singolo individuo di esercitare i propri diritti allo stesso modo di chiunque altro. L'esercizio dei poteri statali in senso invasivo della sfera individuale è non solo legittimo, ma anche doveroso, perché strumento adeguato per eliminare i fattori, oggettivi e/o soggettivi, che possano incidere negativamente sull'eguaglianza tra i cittadini.

²⁹¹ È noto che il principio d'eguaglianza è affermato e sancito nell'art. 3 della nostra Costituzione, il quale esplicitamente riconosce la garanzia all'eguaglianza sia formale (comma 1°) sia materiale (comma 2°). Il *Grundgesetz* tedesco, analogamente, sancisce l'eguaglianza di chiunque di fronte alla legge (art. 3) e la necessità che lo Stato intervenga attivamente, con l'esercizio dei propri poteri, per rendere effettiva e reale tale eguaglianza (art. 20, il principio dello Stato di diritto socializzato; art. 3, commi 2°, secondo periodo: «*Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehenden Nachteile hin*»).

distribuisce diritti, prerogative e doveri tra tutti i soggetti del processo. Esso, infatti, è un principio generale talmente pervasivo nell'ordinamento costituzionale (costituzionalizzato), che produce importanti ripercussioni su molti aspetti del processo e sull'applicazione del diritto processuale.

Inoltre, è elemento integrativo e criterio interpretativo degli altri principi costituzionali, relativi al processo, quali il diritto all'accesso alla giustizia e il diritto ad essere ascoltato dal giudice (diritto al contraddittorio e diritto alla difesa).

Da tale suo carattere pervasivo, che invade tutti gli ambiti del sistema normativo, consegue che l'analisi del principio d'eguaglianza nel processo passa attraverso l'osservazione dei suoi rapporti con gli altri diritti costituzionali, nonché con le norme processuali.

Il principio costituzionale di eguaglianza è rivolto a tutti i poteri dello Stato, i quali devono rispettarlo e, al contempo, conferirgli effettività²⁹². Ciò è conseguenza diretta dell'inserimento della socialità tra gli obiettivi dello Stato di diritto, in quanto non basta che i diritti dell'uomo, e tra essi sicuramente l'eguaglianza, siano sanciti solennemente, ma è altresì necessario che essi siano integrati nell'ordinamento sociale e di seguito realizzati dai poteri statali²⁹³. La socializzazione dell'ordinamento costituzionale fa sorgere l'obbligo in capo ai poteri dello Stato a un atteggiamento di base che sia sociale, nel senso che parifichi i cittadini e i gruppi di persone con e senza poteri e che tuteli i socialmente deboli e gli svantaggiati attraverso l'esercizio delle proprie funzioni²⁹⁴.

Pertanto, non sorprende che la dottrina e la giurisprudenza tedesca desumano il principio di eguaglianza nel processo non solo dall'art. 3, comma 1° GG ma anche dall'art. 20, commi 1° e 3° GG, relativo al principio costituzionale dello Stato sociale di diritto²⁹⁵.

Da quest'ultima osservazione emerge che il principio di eguaglianza nel processo è, anzitutto, *Chancengleichheit*, con ciò intendendo il conferimento a ciascuna parte del giudizio delle medesime *chances* di esercizio dei propri diritti processuali²⁹⁶; l'equa distribuzione delle possibilità processuali e la parificazione, in senso sia formale sia materiale, delle posizioni processuali delle parti assicura alle stesse un'eguale possibilità di incidere sull'esito della causa²⁹⁷.

Ciò significa, anzitutto, che alle parti debba essere garantita l'uguaglianza nell'accesso alla giustizia (*Zugangsgleichheit*), nel senso che i mezzi di tutela giurisdizionale devono essere a disposizione di tutti in presenza dei medesimi presupposti (uguaglianza formale) e che le condizioni soggettive per

²⁹² WASSERMAN, *op. cit.*, p. 74.

²⁹³ WASSERMAN, *op. cit.*, p. 54, in particolare, per il processo civile, la socializzazione dello Stato di diritto ha significato la sua riorganizzazione in senso sociale.

²⁹⁴ WASSERMAN, *op. cit.*, p. 73, "sociale" significa che lo Stato si assuma il compito di realizzare l'equità sociale e che il diritto intero sia diretto alla tutela e all'assistenza di tutti coloro che sono economicamente e socialmente deboli.

²⁹⁵ VOLLKOMMER, *Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß – eine neue Prozeßmaxime?* -, in P. GOTTWALD – H. PRÜTTING (a cura di), *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, München, 1990, p. 504; SCHILKEN, *Gerichtsverfassungsrecht* cit., p. 76; giurisprudenza costante: v. per tutte *BVerfG*, 9.1.1959, in *BVerfGE*, Band 9, pp. 124 ss.

²⁹⁶ VOLLKOMMER, *Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß* cit., p. 518.

²⁹⁷ VOLLKOMMER, *op. cit.*, p. 519.

adire l'autorità giudiziaria e per chiedere la tutela giurisdizionale dei propri diritti devono essere rese uguali, laddove siano in partenza diseguali (uguaglianza sostanziale)²⁹⁸.

Il diritto di azione si interseca allora col principio d'eguaglianza, proprio perché l'effettività del primo dipende anche dall'effettività soggettiva del secondo²⁹⁹: solo rimuovendo in concreto dalla disciplina del processo i fattori e le cause che frappongano un dislivello tra l'attore e il convenuto – fattori questi di natura prevalentemente economica e/o sociale, ma derivanti anche dalla struttura stessa del processo – davvero chiunque può, al pari degli altri, godere della tutela giurisdizionale³⁰⁰.

Specularmente, la *Chancengleichheit* è parità di *chances* anche nelle attività difensive: come l'attore può influire sulla decisione del giudice, proponendo la propria domanda, così il convenuto può fare lo stesso, con mezzi di difesa uguali e contrari. Il diritto di difesa, attuato alla luce del principio d'eguaglianza, conferisce alle parti la pari opportunità di sostenere le proprie posizioni, per contrastare le affermazioni avversarie.

Da questo punto di vista, diventa di estremo rilievo per l'attuazione del diritto costituzionale alla *Chancengleichheit*, quale estrinsecazione del principio d'eguaglianza, la presenza nell'ordinamento giuridico di un valido sistema per garantire l'assistenza giurisdizionale ai non abbienti, assegnando ai soggetti economicamente deboli e, pertanto, giuridicamente svantaggiati (diversi) gli strumenti materiali necessari per agire e difendersi in giudizio³⁰¹. Lo Stato è chiamato a intervenire, in forze dei precetti costituzionali, per realizzare l'eguaglianza sostanziale tra abbienti e non abbienti, essendo gli oneri economici legati al processo e all'esercizio dei poteri processuali notevolmente più gravosi per alcuni individui del tessuto sociale rispetto che per altri, al punto che tale onerosità può indurli, o pure costringerli, a rinunciare all'esercizio dei propri diritti di ordine processuale³⁰².

Il principio d'eguaglianza nel processo non si esaurisce nella sola affermazione di una tutela minima iniziale in occasione dell'instaurazione del giudizio; esso è, infatti, anche *Waffengleichheit*, cioè il diritto costituzionale delle parti di poter partecipare attivamente al processo, per tutto il suo corso, ad "armi pari" e in una posizione processuale equivalente davanti al giudice³⁰³, col fine

²⁹⁸ COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice* cit., p. 16; SCHILKEN, *op. cit.*, p. 77: lo Stato ottempera al proprio dovere di dare tutela giudiziaria a chiunque la richieda o ne abbisogni solo se essa è garantita allo stesso modo a tutti i cittadini.

²⁹⁹ COMOGLIO, *op. cit.*, p. 89.

³⁰⁰ COMOGLIO, *op. cit.*, p. 90.

³⁰¹ Sull'assistenza tecnica dei non abbienti v. *supra* par. 3., lett. a.

³⁰² COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile* cit., p. 244-245; *BVerfG*, 9.1.1959 cit., in tema di *Armenrecht*: «*Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3, Abs. 1, GG) in Verbindung mit der Sozialpflicht des Staates (Art. 20, Abs. 1, GG) verlangt eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei Verwirklichung des Rechtsschutzes. Sie kann je nach der Eigenart der Materie und der Ausgestaltung des Verfahren in den Verschiedenen Zweigen und Instanzen des Gerichtsbarkeit in verschiedener Weise erreicht werden.*».

³⁰³ TETTINGER, *Fairneß und Waffengleichheit. Rechtsstaatliche Direktiven für Prozeß und Verhandlungsverfahren*, München, 1984, p. 18.

ultimo di realizzare la giustizia sostanziale³⁰⁴. La *Waffengleichheit*, così intesa, esige altresì l'equa ripartizione dei costi e degli oneri processuali e dei rischi legati al procedimento³⁰⁵.

Emerge, in questo modo, la correlazione tra il principio d'eguaglianza nel processo e il principio del contraddittorio. Dunque, le parti, formalmente, devono avere tutte la stessa identica possibilità di contribuire al convincimento del giudice attraverso le proprie domande, difese e i relativi mezzi istruttori; chiunque, senza distinzione di sorta, ha a disposizione gli stessi strumenti processuali per far valere i propri diritti³⁰⁶.

La parità delle armi formale non è importante in sé e per sé, quale elemento di fondamentale rilievo del più ampio principio costituzionale d'eguaglianza, ma è anche condizione di effettività della neutralità del giudice. La circostanza che la legge processuale tratti tutti allo stesso modo sul piano degli strumenti processuali messi a disposizione delle parti, pone le basi per costruire un procedimento, soprattutto nella fase della trattazione, oggettivo e giusto, favorendo così l'assunzione di una prospettiva terza e distaccata (imparziale) da parte del giudice³⁰⁷; le stesse parti, constatando l'assenza di norme processuali discriminatorie, percepiscono la presenza dell'imparzialità del giudice rispetto la causa e rispetto la loro persona.

Tuttavia, l'affermazione e la tutela della parità meramente formale tra le parti nelle loro posizioni processuali non è sufficiente per garantire il principio di eguaglianza nel processo³⁰⁸. A completamento di tale garanzia, infatti, serve la realizzazione dell'eguaglianza anche materiale tra le parti per tutto il corso del giudizio³⁰⁹.

Limitarsi a trattare le parti in modo formalmente paritario (*Messen mit gleiche Maß*), a mettere nelle loro mani identici strumenti processuali e a riconoscere alle medesime uguali diritti, in modo generale e astratto, non comporta automaticamente che vengano assegnate loro le stesse possibilità di incidere sulla decisione del giudice e le stesse *chances* di successo una volta concluso il giudizio³¹⁰.

Esistono in concreto tutta una serie di circostanze di fatto – la provenienza da uno strato sociale della popolazione “basso”, la formazione scolastica di livello non elevato, la scarsa conoscenza di nozioni di diritto e la poca dimestichezza con i relativi istituti, l'assenza di esperienze vissute nelle aule di tribunale o negli studi professionali e, infine, la poca disponibilità economica e finanziaria, che, tra le altre cose, impedisce il godimento di un'assistenza tecnica di livello qualitativo alto –,

³⁰⁴ COMOGLIO, voce *Contraddittorio*, in *Digesto delle discipline privatistiche* cit., p. 3: non basta l'eguaglianza, astrattamente assicurata a priori, dei punti di partenza per salvaguardare il conseguimento del fine giuridico-politico di sostanziale giustizia.

³⁰⁵ COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile* cit., p. 242; TETTINGER, *Fairneß und Waffengleichheit* cit., p. 19.

³⁰⁶ SCHILKEN, *op. cit.*, p. 81.

³⁰⁷ SCHILKEN, *op. cit.*, p. 83.

³⁰⁸ WASSERMAN, *Der soziale Zivilprozess* cit., p. 51: l'eguaglianza puramente formale non è in grado da sola di rimuovere le ingiustizie, le ineguaglianze e le limitazioni alla libertà, anzi, in certe circostanze le rafforza.

³⁰⁹ WASSERMAN, *op. cit.*, p. 75 parla più specificamente di eguaglianza sociale: l'eguaglianza sociale non guarda alla persona astratta, ma all'essere umano concreto, con le sue particolarità antropologiche, la sua formazione culturale e il suo potere (o non potere) sociale. CAPONI, *Brevi note sul contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile* cit., p. 282: «Un'astratta eguaglianza delle armi da sola non serve a garantire il contraddittorio in condizioni di parità, se ad essa non si aggiunge l'eguaglianza sostanziale dei soggetti rispetto alla possibilità di partecipare al giudizio e di servirsi degli strumenti processuali».

³¹⁰ VOLLKOMMER, *op. cit.*, p. 515.

che inevitabilmente mettono il soggetto in una posizione processuale di svantaggio rispetto a quella di controparte. Sono evidentemente tutte circostanze di rilievo più sociale che giuridico³¹¹.

Proprio in questo frangente si apprezza il carattere prettamente sociale della disciplina di diritto processuale che fa del processo civile un processo civile sociale, nel rispetto del generale principio dello Stato sociale di diritto: elementi extragiuridici, di interesse sociologico, giocano un ruolo importante per la realizzazione del giusto processo e diventano a pieno titolo fattori di rilievo giuridico, di cui il diritto processuale civile deve necessariamente tener conto.

Specificatamente, la trattazione della causa nel processo sociale deve essere regolata in modo tale da favorire al massimo la partecipazione dei soggetti processuali e la cooperazione tra di loro; e per fare ciò la legge deve fissare regole processuali che consentano la parificazione delle posizioni processuali delle parti, contribuendo così al percorso di democratizzazione del processo civile stesso³¹².

Particolarmente indicato a tal fine è un modello processuale nel quale l'oralità rivesta un ruolo importante ed effettivo nella dinamica del processo, soprattutto durante la trattazione. È, infatti, il contatto diretto delle persone con il giudice che consente a quest'ultimo di avvedersi delle sostanziali disegualianze tra le parti in causa e, quindi, di intervenire attivamente per riequilibrare le posizioni.

Invero, non è soltanto il legislatore a dover prendere in considerazione i caratteri sociali del rapporto processuale. L'altro potere dello Stato chiamato dalle Carte costituzionali, in forza del principio dello Stato sociale di diritto – vigente, come si è visto, sia in Italia sia in Germania –, a dover considerare la posizione socioeconomica del soggetto coinvolto nel processo, per realizzare il diritto fondamentale all'eguaglianza, è sicuramente il potere giudiziario³¹³.

Nel corso della trattazione della controversia, il giudice ha la consapevolezza di rapportarsi con persone e non con soggetti astratti, umanizzando così il processo civile; è proprio questo contatto diretto con le parti quali persone che rende il giudice altresì consapevole delle disegualianze, solitamente sociali, che intercorrono tra di loro.

Ecco che, allora, per parlare dell'attuazione effettiva del diritto costituzionale di eguaglianza materiale nel processo, occorre adottare l'angolo visuale opposto a quello della parte che gode (e deve poter godere) di tale diritto fondamentale, e cioè la prospettiva del giudice che adempie ai correlativi doveri di attuazione dei principi costituzionali.

Così, potere-dovere del giudice è quello di applicare il diritto processuale al fine realizzare l'eguaglianza materiale, riportando così le parti al medesimo livello in sede di formazione del suo convincimento e in occasione della trattazione della causa. Il giudice deve porre sullo stesso piano

³¹¹ Sulla necessità che lo Stato intervenga in presenza di disegualianze sociali tra i cittadini, WASSERMAN, *op. cit.*, p. 51: lo Stato non si deve limitare ad osservare i rapporti e le sinergie sociali, ma deve intervenire attivamente nell'ordinamento sociale ed economico per tutelare i deboli dai forti e deve rimodellare il nostro ordinamento secondo un modello ispiratore che rispetti tutti gli strati sociali.

³¹² WASSERMAN, *op. cit.*, p. 148-149.

³¹³ BAUR, *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht*, a cura di GRUNSKY – STÜRNER – WALTER – WOLF, Tübingen, 1983, p.104, il ruolo del giudice va ben oltre il compito tipico giurisdizionale di decidere la causa, e diventa uno strumento di eguaglianza sociale.

le parti attraverso la giusta e oggettiva conduzione del procedimento, la valutazione e l'apprezzamento imparziale delle allegazioni e la corretta applicazione del diritto³¹⁴.

La gestione e la direzione del processo finiscono per essere condizionate dal principio di eguaglianza nel processo, nella forma della *Waffengleichheit*; tale principio costituisce il criterio direttivo principale per l'esercizio dei poteri discrezionali del giudice, nelle situazioni processuali nelle quali egli debba compiere scelte affidate alla sua discrezionalità³¹⁵, e, allo stesso tempo, costruisce il perimetro entro il quale i poteri decisionali dell'organo giudiziario sono confinati³¹⁶.

L'effettività del principio dell'eguaglianza nel processo è particolarmente garantita dalla configurazione dei **poteri di direzione processuale** del giudice tedesco³¹⁷.

Anzitutto, la parificazione delle posizioni processuali delle parti può e deve essere attuata dal giudice attraverso l'esercizio dei suoi poteri di direzione **formale** del procedimento. Specificamente, le norme relative all'imposizione dei termini per il compimento degli atti processuali di parte³¹⁸ e quelle relative alla fissazione delle date delle udienze di trattazione³¹⁹, siano esse della fase pre-processuale/preparatoria orale (*früher erster Termin*) o scritta ovvero della fase principale (*Haupttermin*), lasciano al giudice competente per la causa un ampio margine di discrezionalità nella scelta di come organizzare e dirigere il procedimento, al fine di risolvere nel modo più rapido e concentrato possibile la controversia³²⁰.

³¹⁴ *BVerG*, ordinanza del 25 luglio 1979, in *BVerGE*, Band 52, pp. 131 ss.; TETTINGER, *op. cit.*, p. 19; in generale, sull'ampliamento dei poteri del giudice come manifestazione dell'adeguamento della disciplina del processo alle esigenze di giustizia sociale, v. DENTI, *op. cit.*, pp. 62 ss.

³¹⁵ Emerge ancora una volta il ruolo politico del giudice laddove scelga discrezionalmente tra più alternative. La libertà del giudice nel prendere decisioni relative alla direzione processuale e l'andamento del procedimento è l'elemento politico dell'esercizio della funzione giudiziaria; la discrezionalità del giudice conferisce alla trattazione della causa una qualità politica; l'elezione, tra le diverse alternative, di quella migliore e più confacente al fine della pronuncia della sentenza, è una decisione politica: WASSERMAN, *op. cit.*, p. 22. V. *supra* nota 14; *contra* FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, pp. 193 ss., p. 195

³¹⁶ VOLLKOMMER, *op. cit.*, p. 518.

³¹⁷ In Italia l'aumento dei poteri del giudice di direzione formale e materiale del procedimento non è generalmente visto come possibile rimedio alle diseguaglianze di ordine sociale o economico delle parti nel processo: FAZZALARI, *La imparzialità del giudice* cit., pp. 197 ss.; CAPONI, *Brevi note sul contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile* cit., p. 286; *contra* TROCKER, *op. cit.*, p. 729.

³¹⁸ § 224, comma 2° *ZPO*: il tribunale può, su richiesta di parte secondo la sua valutazione discrezionale, accorciare o allungare un termine, legale o giudiziale, in presenza di motivi rilevanti; § 273, comma 2° n. 1 *ZPO*: il presidente della Corte o il giudice monocratico fissa alle parti un termine per chiarire i punti bisognosi di chiarificazione; § 275, comma 1° *ZPO*: il presidente della Corte o il giudice monocratico può fissare un termine al convenuto per il deposito della comparsa di risposta; § 275, comma 4° *ZPO*: il tribunale può assegnare all'attore un termine per redigere e presentare osservazioni scritte in merito alla comparsa di risposta; § 283 *ZPO*: se una parte non è riuscita ad esprimersi su un'allegazione dell'avversario, perché non era stato informato per tempo prima dell'udienza, il tribunale può, su richiesta della parte, fissare un termine per esprimere le proprie osservazioni per iscritto. Inoltre, è riposta nella discrezionalità del giudice la scelta se ammettere o meno l'ingresso di allegazioni tardive ai sensi del § 296 *ZPO*.

³¹⁹ § 216, comma 2° *ZPO*: il presidente della Corte deve fissare le udienze «senza indugio», seppure nel rispetto della *Einlassungsfrist* di almeno due settimane tra la data della notificazione dell'atto di citazione e quella fissata per l'udienza, di cui al § 274, comma 3° *ZPO*; § 227 *ZPO*: il presidente della Corte decide la soppressione o lo spostamento dell'udienza in presenza di rilevanti motivi, mentre il tribunale può decidere il rinvio della trattazione; § 272 *ZPO*: il presidente fissa il *früher erster Termin*; ai fini del tentativo di conciliazione ex § 278 *ZPO*, il presidente della Corte o il giudice monocratico deve provvedere alla fissazione dell'apposita udienza, nella quale le parti debbono comparire personalmente ex § 141 *ZPO*.

³²⁰ DENTI, *op. cit.*, p. 63.

Nell'esercizio di tali attività direttive di tipo formale del processo, il giudice deve rispettare i principi costituzionali dell'eguaglianza processuale e del contraddittorio, e farsi guidare da essi.

Sicché il principio di concentrazione della durata del processo arretra ogni qual volta il giudice debba curarsi di garantire alla parte un congruo termine per la preparazione e l'organizzazione della propria difesa, riportandola così a una posizione processuale di pari livello di quella dell'avversario. La fissazione dei termini e delle date di udienza è discrezionale, ma non arbitraria, perciò il corretto uso dei poteri del giudice dipende proprio dal rispetto che esso assicura al principio d'eguaglianza nel processo, con particolare attenzione al diritto ad essere ascoltato giudizialmente (artt. 3 e 103, comma 1° GG)³²¹.

Allo stesso modo, la scelta se concedere o meno alle parti l'ingresso nella causa di allegazioni tardive, è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, sempre però indirizzata verso obiettivi di correttezza e giustizia processuale, pertanto necessariamente ispirata dai principi costituzionali dell'eguaglianza e del contraddittorio³²².

Nella prospettiva del legislatore tedesco, dunque, la preferenza accordata ai termini giudiziali rispetto a quelli legali e l'ampiezza dei **poteri** del giudice **di direzione formale** del procedimento sono condizioni di effettività del principio di eguaglianza processuale. Il corretto uso dei poteri discrezionali del giudice nella fissazione dei termini, libero da vincoli legali, è proprio funzionale alla valorizzazione delle particolari circostanze del caso concreto, di natura soggettiva od oggettiva, e pure sociale, che, in qualche modo, possono incidere sull'effettività del principio d'eguaglianza processuale, correlato al principio del contraddittorio.

Di seguito, la parificazione effettiva delle posizioni processuali delle parti viene realizzata nel procedimento attraverso l'adozione di uno stile di trattazione della causa "compensativo"³²³ delle differenze tra le posizioni processuali delle parti, grazie l'attribuzione al giudice tedesco di importanti poteri di **direzione processuale materiale**³²⁴.

In particolare, rilevano i doveri dell'organo giudiziario di chiarificazione (*richterliche Aufklaerungspflicht*) e di segnalazione (*Hinweispflicht*) di cui al § 139 ZPO, e il loro pieno esercizio nel contesto di un dialogo costruttivo e dinamico tra il giudice e le parti; emerge allora la connessione tra la *Waffengleichheit* di rilevanza costituzionale e la *Kooperationsmaxime* di rilievo processuale, essendo la seconda elemento di completamento della prima³²⁵.

³²¹ V. Capitolo quarto, paragrafo 2.2.2.

³²² V. VOLLKOMMER, *op. cit.*, p. 518, il principio di *Waffengleichheit* processuale serve come criterio per determinare la divisione tra i poteri del giudice da un lato e la libertà delle parti nella determinazione dell'oggetto della controversia dall'altro lato. Sul regime delle preclusioni nel processo civile tedesco v. *infra* Capitolo terzo, paragrafo 2.2.2.

³²³ WASSERMAN, *op. cit.*, p. 155: la "compensazione" nella trattazione giudiziale consiste nel ripianamento sociale delle differenze tra le parti attraverso la conduzione della trattazione orale della causa da parte del giudice, il quale, così facendo, adempie al compito sociale che il principio dello Stato sociale di diritto gli impone. Nello Stato sociale di diritto, la conduzione della trattazione in modo compensativo da parte del giudice è tanto più necessaria quanto più una parte è bisognosa di aiuto.

³²⁴ WASSERMAN, *op. cit.*, p. 150.

³²⁵ TETTINGER, *op. cit.*, p. 19: nel processo, questa disposizione produce importanti effetti nell'elaborazione delle *Prozessmaximen*, per il modo e la tecnica di accertamento dei fatti rilevanti per la decisione, per i presupposti e gli effetti della conduzione del processo.

La *materielle Prozessleitung* realizza l'equivalenza delle posizioni processuali e, quindi, l'effettività del principio d'eguaglianza, perché, tenendo informata la parte ignara e chiarendo i punti oscuri dell'oggetto della controversia, colloca entrambi i contendenti della lite nella stessa identica condizione dal punto di vista conoscitivo³²⁶.

Il giudice dello Stato sociale di diritto deve avere la consapevolezza che spesso, tra le conoscenze e le esperienze dell'una e dell'altra parte, esiste un divario che, se non colmato in qualche maniera, conduce a disparità lesive dei principi costituzionali. Sicché l'attuazione dell'eguaglianza processuale, richiesta dalla Carta costituzionale, passa necessariamente attraverso la configurazione della medesima possibilità di successo nel giudizio in senso sostanziale (*Chancegleichheit*); e tale configurazione assume un'accezione sociale ogni qual volta le ragioni del divario siano causate da fattori sociali e la parità di *chances* dipende dal livellamento dei dislivelli sociali (*soziale Chancegleichheit*)³²⁷. In tale situazione, dunque, le diseguaglianze sociali e quelle processuali finiscono per coincidere.

Per garantire alle parti una piena parità nelle posizioni processuali e nell'esercizio dei propri poteri processuali, l'intervento attivo del giudice è necessario e, per legge e per Costituzione, obbligatorio.

Quando la parte non ha la capacità pratica di gestire la propria attività processuale – a causa dell'incompletezza o vera e propria ignoranza delle informazioni che si hanno a disposizione ovvero della maggiore difficoltà rispetto alla controparte o a causa dell'impossibilità materiale di accedere a determinate conoscenze, rilevanti per incidere sulla decisione del giudice –, il potere giudiziario deve intervenire, attraverso la *materielle Prozessleitung ex § 139 ZPO*, a fini compensatori delle carenze conoscitive³²⁸; il giudice dà indicazioni, chiede chiarimenti e stimola il dialogo per ripianare le diseguaglianze processuali tra le parti. Ogni qual volta tali diseguaglianze processuali siano dovute alle diseguaglianze sociali, il giudice, oltre a esercitare i poteri-doveri che la legge processuale gli conferisce, adempie anche al dovere sociale di protezione nei confronti della parte debole del rapporto (giuridico-sociale), che il *Grundgesetz*, specificamente il principio di eguaglianza e il principio dello Stato sociale di diritto, gli impongono³²⁹.

Illustrata la relazione intercorrente tra l'effettività del principio d'eguaglianza nel processo e l'esistenza di incisivi poteri di direzione materiale del procedimento in capo al giudice nell'ordinamento giuridico tedesco, occorre specificare che sia da escludere la sussistenza di un presunto conflitto tra l'attivismo del giudice ai sensi del § 139 *ZPO* e il principio di neutralità e d'imparzialità dell'organo giudiziario³³⁰.

³²⁶ WASSERMAN, *op. cit.*, p. 155: la *materielle Prozessleitung* funge da contrappeso alla maggiore forza sociale di una parte, a vantaggio della parte socialmente debole.

³²⁷ WASSERMAN, *op. cit.*, p. 149; v. p. 50: ci sono due dimensioni quando si parla di *Chancegleichheit*, quella della *chance* oggettiva, che viene garantita attraverso il diritto, e quella della *chance* soggettiva, che consiste nella possibilità reale di fare uso del diritto.

³²⁸ VOLLKOMMER, *op. cit.*, pp. 512-513, il giudice è responsabile dell'eguaglianza tra le parti a livello conoscitivo, pertanto il mancato o scorretto uso dei poteri-doveri di cui al § 139 *ZPO* e, più in generale, l'interpretazione e l'applicazione restrittive dell'*Hinweispflicht* comportano la violazione del principio costituzionale della *Waffengleichheit* processuale; DENTI, *op. cit.*, p. 63.

³²⁹ OTT, *op. cit.*, p. 121.

³³⁰ SCHILKEN, *op. cit.*, p. 83: il principio della *Waffengleichheit* materiale trova il suo limite nei disposti della neutralità e dell'imparzialità del giudice. Come spostare l'ago della bilancia nel caso concreto, se più verso il principio di cui all'art. 3 *GG* o più verso i doveri di neutralità e terzietà, è compito del giudice.

Infatti, il giudice attivo che realizzi la *Waffengleichheit* sostanziale tra le parti per mezzo degli strumenti di conduzione e di direzione materiale del processo, non pone in essere con la sua condotta processuale un vero e proprio “gesto di parzialità” in favore di una parte e a sfavore dell’altra³³¹ né aiuta o assiste la parte svantaggiata in senso paternalistico, fin tanto che si limiti a neutralizzare con il suo intervento l’elemento di svantaggio che grava su una sola delle due parti³³² e assicuri l’applicazione, ai fini della decisione della controversia, delle medesime norme, delle stesse misure e di criteri uguali per entrambe le parti. Il rapporto tra il giudice e le parti nel modello di processo sociale, condizionato dalla *Kooperationsmaxime*, impone la configurazione di nuove tecniche processuali nella trattazione della causa, che, se utilizzate dal giudice, gli consentono di costruire un dialogo aperto e trasparente tra i soggetti processuali e di discutere con le parti, in modo partecipativo, l’oggetto della controversia, senza con ciò perdere di imparzialità³³³.

6. Conclusioni: il giusto processo.

Soltanto dall’applicazione piena ed effettiva da parte dei poteri dello Stato di ogni singolo diritto costituzionale relativo al processo, sopra descritto e trattato, in rapporto di sinergica integrazione l’uno con l’altro, deriva un modello processuale che possa dirsi giusto ed equo³³⁴, proprio perché nell’ordinamento giuridico costituzionalizzato tali diritti costituzionali processuali sono elevati dalla Carta costituzionale (interpretata dalla Corte costituzionale) a garanzie minime (necessarie e sufficienti) di legalità e di equità processuale³³⁵, e a nucleo essenziale della tutela giurisdizionale³³⁶.

La formula generica del giusto processo è il contenitore entro il quale vengono fatte rientrare tutte le garanzie di ordine processuale percepite come fondamentali. Grazie a tale operazione interpretativa e, con riferimento all’Italia, normativa, gli istituti più importanti di diritto processuale civile sono stati elevati al rango di diritto costituzionale³³⁷.

L’importanza delle garanzie costituzionali del processo ai fini dello studio del diritto processuale civile risiede proprio nella convinzione che soltanto la disciplina processuale rispettosa e attuativa dei principi costituzionali relativi al processo, così come sopra analizzati, sia idonea a predisporre un sistema di amministrazione della giustizia davvero giusto; la validità dei requisiti di giustizia

³³¹ Al contrario, il giudice realizza il presupposto di base per la pronuncia di una decisione giusta: VOLLKOMMER, *op. cit.*, p. 520; *BVerfG*, 24-03-1976, in *BVerfGE* Band 42, pp. 64 ss.: «Die richterliche Unparteilichkeit ist kein wertfreies Prinzip, sondern an den Grundwert der Verfassung orientiert».

³³² WASSERMAN, *op. cit.*, p. 150

³³³ WASSERMAN, *op. cit.*, p. 109.

³³⁴ Art. 111, comma 1° Cost; l’ordinamento costituzionale tedesco, a differenza di quello italiano, non prevede esplicitamente l’esistenza di un diritto costituzionale soggettivo al giusto processo, né si vede la necessità di formalizzarlo nel testo costituzionale, mentre è direttamente garantito dall’art. 6, § 1 CEDU. Non vi è dubbio, infatti, che la contestuale presenza di tutte le garanzie costituzionali processuali sopra illustrate rendano il procedimento un *fair Verfahren*. Il *Bundesverfassungsgericht* ha nella sua giurisprudenza esplicitamente riconosciuto l’esistenza di un generale diritto al giusto processo, e la dottrina non nega tale ricostruzione. L’origine di tale diritto fondamentale costituzionale viene ricavata dal collegamento tra il principio dello Stato sociale di diritto (art. 20, comma 3° GG) e i diritti fondamentali materiali. Considerando in senso lato tale principio fondamentale, è possibile ritenere incostituzionale quel procedimento che, sebbene non violi direttamente e chiaramente uno specifico diritto costituzionale processuale, ciò nonostante, alla luce del principio dello Stato sociale di diritto, si può considerare comunque non giusto. Sul tema v. DÖRR, *Faires Verfahren, Gewährleistung im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, 1984; BERKEMANN, *Fairneß als Rechtsprinzip*, in *Juristische Rundschau (JR)* 1989, Heft 6, pp. 221 ss.

³³⁵ COMOGLIO, *Etica e tecnica del “giusto processo”*, p. 52.

³³⁶ COMOGLIO, *op. cit.*, p. 54.

³³⁷ STÜRNER, *op. cit.*, p. 649; COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Vol. 1, Storia e metodologia, Garanzie e principi generali, Padova, 1994,

procedurale – quali il diritto d’azione, il diritto al contraddittorio e alla difesa, il principio di parità delle parti – all’interno del processo, che in questo modo diventa giusto, fa sorgere la presunzione che anche il provvedimento conclusivo pronunciato dal giudice sia esso stesso giusto, in quanto è il risultato di un procedimento volto alla realizzazione di un risultato non solo formalmente e giuridicamente corretto, grazie all’esatta applicazione delle norme sostanziali e processuali, ma anche riflettente la verità certa ricostruita nel giudizio³³⁸.

Proprio il diritto costituzionale al giusto processo, affermato e tutelato tanto in Italia quanto in Germania all’esito dell’evoluzione storica vissuta dal processo civile e dai principi generali su cui esso si regge, crea l’esigenza di riconoscere al potere giudiziario un’autorità direttiva generalizzata e un potere di intervento attivo nelle diverse fasi del processo³³⁹, escludendosi, invece, la validità della supposizione teorica inversa, secondo la quale il conferimento di poteri di direzione processuale del giudice possa in qualche modo comportare una sostanziale violazione antidemocratica delle libertà individuali³⁴⁰.

In definitiva, dall’esegesi, necessariamente sintetica, dei diritti costituzionali afferenti al processo civile, alla giurisdizione e all’amministrazione della giustizia, e vigenti in Germania e in Italia, si giunge alla conclusione che l’adozione di un procedimento, caratterizzato dalla configurazione di rilevanti poteri di direzione processuale, formale e materiale, riservati al giudice e dalla valorizzazione del ruolo manageriale del magistrato all’interno del processo, sia perfettamente rispettosa del dettato costituzionale tanto del *Grundgesetz* quanto della Costituzione repubblicana.

Anzi, attraverso lo studio dei diritti e delle garanzie individuali costituzionali relativi al processo civile si è invero inteso dimostrare con chiarezza che proprio tali poteri di direzione processuale riconosciuti al giudice, se effettivamente e correttamente esercitati, costituiscono uno strumento formidabile di attuazione delle dette garanzie processuali e di tutela dei menzionati diritti individuali costituzionali.

Quanto detto ora riceve ulteriore conferma dall’avvenuta consacrazione della ragionevole durata del processo a diritto fondamentale garantito sia a livello internazionale (art. 6, § 1 CEDU) sia a livello

³³⁸ CHIARLONI, voce *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, p. 405-407. Più in generale, l’opzione ideologica di fondo nelle Costituzioni rigide degli ordinamenti moderni è di «consacrare stabilmente determinati *fondamenti etici* del processo, conferendo loro una piena *legittimazione e rilevanza giuridica* nel dettare le *scelte di civiltà democratica* che sono destinate a condizionare, nel tempo, il massimo grado di *accettabilità morale* delle forme di tutela giudiziaria e delle strutture pubblicistiche, attraverso le quali la giustizia viene amministrata»: COMOGLIO, *Etica e tecnica del “giusto processo”*, pp. 164-165.

³³⁹ CARRATTA, *Il ruolo del giudice e delle parti nella fase preparatoria e le prospettive di riforma del processo civile*, in *Studi di Diritto Processuale Civile in Onore di Giuseppe Tarzia*, Tomo III, Milano, 2005, p. 2590: il dettato costituzionale dell’art. 111, comma 2° Cost., che impone di disciplinare il processo, per tutto il suo corso, in modo tale da assicurarne lo svolgimento “nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale”; condizioni che vengono inevitabilmente a mancare quando in alcuni momenti del processo venga preclusa la possibilità di intervento del giudice, salva una diversa volontà delle parti; v. anche CHIARLONI, *Il presente come storia* cit., pp. 470-471.

³⁴⁰ COMOGLIO, «*Moralizzazione*» del processo e ruolo del giudice nell’evoluzione dei modelli processuali europei, in *Riv. dir. proc.* 2015, pp. 131 ss., p. 153: «Non è più sostenibile nel suo rigido manicheismo – ne sono convinto da tempo – la tesi secondo la quale gli ordinamenti risalenti alle tradizioni dell’“assolutismo”, in cui l’autorità direttiva del giudice, soprattutto nell’istruzione probatoria, subisce un significativo incremento (con una proporzionale compressione dei poteri “dispositivi” e dei conseguenti oneri delle parti litiganti), sarebbero irrimediabilmente viziati *ab origine* dalla contaminazione di ideologie politiche totalitarie, antidemocratiche ed antiliberali, sì da porsi a priori in un contrasto insuperabile con i principi fondamentali e con le garanzie paritarie del processo giusto».

costituzionale (art. 111, comma 2° Cost, il quale lo sancisce esplicitamente; desumibile dal diritto alla tutela giurisdizionale effettiva *ex art. 20, comma 1° GG*). È infatti scopo precipuo della attribuzione al giudice di incisivi **poteri**, di natura discrezionale, **di direzione formale** del processo la concentrazione del rito, da attuarsi mediante l'adattamento della procedura alle circostanze della singola causa concreta.

La normativa processuale che preferisca clausole generali e formule generiche alle disposizioni legislative analitiche e particolareggiate, introduce nel processo civile importanti elementi di flessibilità e ampi spazi di discrezionalità tecnica per il giudice, che consentono a quest'ultimo di operare la giusta scelta del modo in cui far progredire il processo, adattandone le forme e i ritmi alle esigenze della singola controversia, con effetti decisamente benefici sulla durata complessiva del giudizio.

Né tale assunto può essere considerato lesivo del principio di legalità e del diritto costituzionale al giusto processo regolato dalla legge *ex art. 111, comma 1° Cost*. Quando infatti la citata disposizione costituzionale sancisce che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» non fa niente di più e niente di diverso dall'affermare il principio generale della riserva di legge in materia processuale, nel senso che il processo può essere regolato soltanto dalla legge e non da altre fonti normative³⁴¹.

Sicché restano salvi i poteri discrezionali del giudice di direzione del processo, che gli consentano di adattare le modalità del procedimento alle diverse esigenze del caso concreto; così come correlativamente restano salve, in quanto sicuramente conformi a Costituzione, quelle disposizioni normative che disciplinano il processo attraverso formule sintetiche, clausole generali e indicazioni elastiche³⁴². Certamente è da escludere che l'art. 111, comma 1° Cost. pretenda una regolamentazione per legge del processo civile, delle sue forme, fasi e scansioni cronologiche dell'attività processuali, talmente analitica, completa, dettagliata e tipizzante da non lasciare margini di discrezionalità al giudice³⁴³.

³⁴¹ CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim proc. civ.* 2008, pp. 130-152, p.133. Precisa l'a.: «L'esistenza di una riserva di legge riguarda i rapporti tra il potere legislativo e gli altri poteri dello Stato legittimati ad emanare norme giuridiche, particolarmente il potere esecutivo. [...] Ma la riserva di legge non riguarda (non può riguardare) nel nostro sistema i rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, posto che il giudice non è fonte formale di regole generali e astratte, ma è l'organo chiamato a concretizzarle»; *contra* TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2014, pp. 6-7, che definisce la presente tesi accolta "insufficiente"; COMOGLIO, *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.* 2002, pp. 702-758, pp. 741 ss., secondo il quale: «il carattere "giusto" del "processo" si rafforza in modo equilibrato con una "riserva di legge" relativa, circoscritta alla predeterminazione *ex lege* delle sole condizioni o componenti essenziali, sancite nell'art. 111, comma 2°»; nello stesso senso da ultimo enunciato BOVE, *Art. 111 Cost. e «Giusto processo civile»*, in CAMPANI (a cura di), *Il giusto processo civile e penale*, Napoli, 2004, pp. 9-52, pp. 26-27.

³⁴² COMOGLIO, *Il "giusto processo" civile cit.*, pp. 745-746: «non rischia di essere considerato, in quanto tale, "non giusto", e quindi solo per questo incostituzionale, quel diverso processo che, lungi dall'essere analiticamente regolamentato, trovi invece nella "legge" una disciplina assai scarna e sintetica, all'insegna della celerità della de formalizzazione e della semplificazione del rito, affidando ai poteri discrezionali di direzione processuale ed ai poteri di iniziativa d'ufficio, di cui sia munito il giudice, la elastica determinazione delle forme, dei tempi e dei termini in cui gli atti del processo vanno compiuti, a seconda delle variabili caratteristiche delle situazioni processuali configurate».

³⁴³ TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim . proc. civ.* 2001, pp. 381-410, p. 392. Precisa l'a. che: «La regolamentazione particolareggiata delle modalità di instaurazione e di svolgimento del processo non attiene necessariamente alla garanzia del giusto processo. Quest'ultima non può dirsi violata perché si trova in presenza di un processo a ridotta rigidità formale che consente al giudice di

adattare le modalità del procedimento alle diverse esigenze che caso per caso emergono»; BOVE, *Art. 111 Cost. cit.*, p. 27; COMOGLIO, *op. cit.*, pp. 745 ss.; TARZIA, *Lineamenti cit.*, p. 7.

CAPITOLO TERZO

La deformalizzazione e la semplificazione della disciplina del processo: le riforme del diritto processuale civile in Germania e in Italia per una giustizia civile più efficiente e più veloce

A. Germania

1. Le moderne riforme del diritto processuale civile tedesco.

1.1. Introduzione.

Richiamando quanto già illustrato nelle pagine che precedono¹, il legislatore tedesco della prima metà del Novecento, ancora insoddisfatto della disciplina processuale contenuta nella *Zivilprozessordnung* del 1877, tenta, con delle riforme piuttosto ravvicinate nel tempo, di ampliare e di migliorare gli strumenti per l'amministrazione della giustizia messi a disposizione del potere giudiziario dall'ordinamento giuridico².

In particolare, l'esigenza di realizzare un processo civile veloce e concentrato, avvertita come prioritaria già dall'inizio del XX secolo, a distanza di pochi anni dalla nascita della *ZPO*, cerca di essere soddisfatta con le riforme del 1924 e del 1933, le cui nuove norme sono volte a dare al giudice dei validi strumenti di velocizzazione del processo³.

Tuttavia, le modifiche normative, benché opportune e ben congeniate, hanno portato a scarsi risultati, nel senso che non hanno inciso, così come era necessario, sull'efficienza della giustizia; il motivo di questo insuccesso deriva da tutta una serie di fattori, tra i quali è possibile richiamare: la resistenza degli operatori giuridici ad abituarsi al riformato sistema processuale e a dare piena applicazione alle nuove norme; l'eccessivo carico di lavoro della magistratura da un lato e i troppi incarichi assunti dai singoli avvocati dall'altro lato, circostanze queste che non permettono alle due categorie professionali di spendere il tempo necessario per impegnarsi a costruire una nuova prassi applicativa del diritto processuale civile; ancora, una certa qual ritrosia dei giudici a fare ampio e coraggioso uso dei rinnovati poteri processuali, che via via le riforme normative hanno riconosciuto e concesso all'organo giudicante, sia per andare incontro agli avvocati sia per il timore del grado di responsabilità che gli stessi giudici si assumono esercitando i poteri-doveri di direzione del processo.

Nel complesso dunque si può affermare che, nonostante le novelle del 1924 e del 1933 si muovano nella giusta direzione, verso una maggiore efficienza del processo, attraverso il rafforzamento dei

¹ V. *supra* Capitolo primo, paragrafo 3.2.

² Per una panoramica sulle riforme del processo civile tedesco volte alla realizzazione di un processo civile più rapido ed efficiente v. BACHMANN, *Historische Aspekte – Die Entwicklung der ZPO*, in BLAUROCK (a cura di), *Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie*, Tübingen, 2005, pp. 1 ss.

³ V. *supra* Capitolo primo, paragrafi 3.2.2. e 3.2.3.

poteri del giudice e il correlativo temperamento della sovranità delle parti sul rito, l'ordinamento processuale civile tedesco non è ancora in grado di rispondere efficacemente alle richieste dei cittadini di maggior tutela giudiziaria dei loro diritti e continua a presentare diverse lacune e taluni aspetti problematici.

Peraltro, con l'avvento della costituzionalizzazione⁴ e l'elevamento di taluni principi processuali al livello di diritti costituzionali degli individui, non si può più parlare di un semplice bisogno di maggiore tutela dei diritti processuali, piuttosto, e più propriamente, sorge la vera e propria necessità, costituzionalmente imposta, di realizzare l'efficienza dell'amministrazione della giustizia⁵. Soprattutto, come si è già detto precedentemente nel corso della trattazione, occorre assicurare ai cittadini la realizzazione del diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale effettiva e il soddisfacimento delle prerogative individuali nascenti dal principio dello Stato sociale di diritto⁶.

Così, le circostanze che il processo civile debba essere reso veloce e concentrato e che lo svolgimento delle attività processuali si ispiri all'*Arbeitsgemeinschaft* tra le parti e il giudice, non sono più delle semplici esigenze avvertite dai fruitori della giustizia civile ed evocate dagli operatori del diritto, piuttosto diventano il presupposto del soddisfacimento delle sopra menzionate garanzie costituzionali alla tutela giurisdizionale effettiva e al principio dello Stato sociale di diritto.

In caso contrario, si producono, nella realtà processuale, gli effetti tipici del rapporto di proporzionalità diretta, sostanzialmente anticostituzionali, tra il fattore tempo e la violazione del diritto: tanto più la durata del processo, dall'instaurazione della causa alla pronuncia della sentenza, si protrae, tanto più vengono lesi il diritto materiale del cittadino, che deve essere realizzato con la giurisdizione e l'esercizio del diritto di azione, e il diritto fondamentale processuale della parte alla pronuncia di una decisione giusta⁷.

Con la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la realizzazione della concentrazione del processo rileva anche dal punto di vista internazionale, avendo il noto art. 6, § 1° CEDU sancito solennemente il diritto individuale alla durata **ragionevole** del giusto processo, da svolgersi nel contraddittorio tra le parti, in posizione di parità⁸.

Dal quadro ora illustrato della situazione ordinamentale e normativa del diritto processuale civile tedesco nella prima metà del XX secolo, emergono le ragioni dell'affermarsi di nuove priorità e di nuovi principi generali del processo civile (*Prozessmaximen*), strumentali al raggiungimento degli scopi, che il costituente e il legislatore hanno stabilito debbano essere raggiunti per tramite del processo.

⁴ V. *supra* Capitolo secondo, par. 1.

⁵ BAUR, *Entwicklungslinien des Zivilprozeßrechts in den Jahren 1947 bis 1987*, in *NJW* 1987, Heft 42, pp. 2636 ss., p. 2638; V. *supra* Capitolo secondo, par. 2.2. e 2.3.

⁶ V. *supra* Capitolo secondo, par. 2.2.

⁷ KALLWEIT, *Die Prozeßförderungspflicht der Parteien und die Präklusion verspäteten Vorbringens im Zivilprozeß nach der Vereinfachungsnovelle vom 3.12.1976*, Frankfurt am Main, 1983, p. 9. L'a. richiama il classico esempio dell'assunzione della prova per testimoni: più ampio è lo spazio di tempo tra il momento dell'audizione del testimone e quello della decisione, più aumenta il rischio di una decisione sbagliata, perché basata su una scorretta ricostruzione, essendo sfumato il ricordo della prova assunta. Anche laddove la decisione si possa dire giusta, la sua pronuncia tardiva potrebbe non essere più in grado di offrire quella valenza di tutela giurisdizionale che una pronuncia tempestiva avrebbe invece garantito.

⁸ V. *supra* Capitolo secondo, paragrafo 2.6.

Lo stravolgimento dell'ordine d'importanza delle *Prozessmaximen* non è affatto di poco conto per comprendere le fondamenta su cui poggiano le riforme moderne del diritto processuale civile della Germania e le ragioni dell'affidamento al giudice tedesco di rilevanti **poteri di direzione processuale**⁹.

Ecco che quegli stessi fattori di realizzazione dei diritti processuali costituzionali – velocità, concentrazione e *Arbeitsgemeinschaft* – nel nuovo assetto processuale, così come viene visto dalla dottrina e dalla giurisprudenza “costituzionalizzate”, diventano a pieno titolo *Prozessmaximen* ed entrano a far parte della discussione giuridica. L'accelerazione e la concentrazione rafforzata del procedimento, il corretto ed efficace allestimento del principio di oralità e la giusta ed equilibrata suddivisione di vecchie e nuove responsabilità, rispettivamente tra il giudice e le parti, nascenti da specifici poteri-doveri dell'uno e delle altre, vengono ora percepite come problematiche centrali del processo civile.

Tutte queste esigenze sono correlate tra di loro, perché legate da un nesso funzionale: per raggiungere l'obiettivo della velocità e della concentrazione del procedimento sono essenziali la collaborazione tra tutti i soggetti processuali e la ridistribuzione delle responsabilità processuali tra il giudice e le parti; l'oralità può contribuire alla configurazione di un processo efficiente, se regolata e introdotta nel rito in modo tale da garantire comunque la sua concentrazione.

Nel dettaglio, la circostanza che la *Verhandlungsmaxime*, tradizionalmente posta in posizione privilegiata e sovraordinata rispetto agli altri principi generali del processo civile, venga scansata da nuove *Maximen*, dal contenuto alquanto differente e con finalità opposte rispetto alla prima, ha consentito al riformatore moderno di dare un aspetto del tutto innovativo al rito processuale civile attuale¹⁰. Con ciò non si vuole certo dire che la *Verhandlungsmaxime* si sia col tempo estinta, essendo fuor di dubbio che il principio per cui sono le parti a decidere quali siano le ragioni di fatto che contribuiscono a formare l'oggetto della causa e l'ampiezza della decisione contenuta nella sentenza – appunto la *Verhandlungsmaxime* – rimane fermo e continua a vivere nell'interesse individuale del cittadino bisognoso di tutela giurisdizionale¹¹.

Eppure, ciò che è diventato oramai incontestabile è che, con l'affermarsi a livello pubblicistico del principio di economia processuale e il diritto (costituzionale ed internazionale) alla ragionevole durata del processo, la *Verhandlungsmaxime* intesa in senso ampio e “liberale”, quale egemonia delle parti sull'oggetto della causa e sull'introduzione del materiale decisorio, appartiene alla storia.

⁹ Dal momento dell'affermarsi della *Kooperationsmaxime* tra i principi generali del processo, il giudice è incaricato della c.d. *Prozessbetreib*, cioè la gestione del funzionamento del processo, e, pertanto, è gravato da nuove e pesanti responsabilità. Il maggiore interventismo del giudice nella trattazione della causa e nell'istruzione probatoria lo impegnano, tra le altre cose, a trovare il giusto equilibrio tra il suo dovere di terzietà e neutralità e quello di attivismo finalizzato alla maggiore efficienza del processo.

¹⁰ Sul tema, v. BREHM, *Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, Tübingen, 1982.

¹¹ BATHE, *Verhandlungsmaxime und Verfahrensbeschleunigung bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung*, Berlin, 1977, p. 1, è competenza esclusiva delle parti affermare e provare la fattispecie oggetto della causa. D'altronde la sottrazione al giudice civile di poteri officiosi conferisce ai consociati una maggiore sicurezza e fiducia circa le neutralità e la terzietà del giudice rispetto alle parti e all'oggetto della controversia, nonché circa l'oggettività della sua sentenza.

Ora anche il giudice svolge un importante ruolo nella gestione della materia del contendere e, a tale proposito, è gravato di una nuova responsabilità, derivante dal corretto esercizio dei suoi rinnovati **poteri (-doveri) di direzione materiale** del processo¹². Al giudice viene affidato il difficile compito di realizzare il giusto equilibrio tra il principio del contraddittorio e il principio di economia processuale¹³; tra la completezza della cognizione e la rapidità del giudizio; tra la disponibilità delle parti sull'oggetto della controversia e sulla sua estensione e l'esigenza pubblicistica di ridurre gli sprechi di tempo e di denaro nel processo.

Sempre ponendoci dal punto di vista del giudice, costui, nel rispetto della *Konzentrationsmaxime* e della *Kooperationsmaxime*, deve esercitare compiutamente i propri **poteri (-doveri) di direzione formale** del procedimento, in particolare quando si tratta della fissazione dei termini, della notificazione d'ufficio delle citazioni e degli atti processuali, e della preparazione dell'udienza, cercando di creare il giusto equilibrio tra il principio del contraddittorio, il diritto di azione e di difesa da un lato, e il principio della ragionevole durata del processo dall'altro lato.

È infatti dato acquisito che tra i motivi delle eccessive lungaggini del processo civile ordinario di primo grado vi siano la tardività e l'incompletezza delle allegazioni di parte, la frammentazione della trattazione della causa in più udienze distinte e la scorretta ponderazione e fissazione dei termini e delle udienze.

Al contrario, al fine di realizzare la concentrazione e la velocizzazione del processo, la trattazione della causa e l'istruzione probatoria devono esaurirsi in un'unica udienza di trattazione orale, previamente preparata con attenzione e completezza, dal giudice, in collaborazione con le parti, in occasione di una fase processuale iniziale e prodromica alla menzionata unica udienza.

Particolarmente idonea allo scopo di realizzare una tale tipologia di processo è la disciplina processuale che, fissati i limiti estremi insuperabili dal potere giudiziario, conceda al giudice uno spazio sufficientemente ampio di libertà per conformare – con l'esercizio dei suoi poteri di direzione processuale – il procedimento alle circostanze reali della singola causa concreta.

Le parti, dal canto loro, devono proporre le proprie domande e le proprie difese, a pena di decadenza, con la tempistica imposta dalla legge o voluta dal giudice e con il contenuto dovuto alla luce dello stato in cui si trova la singola causa concreta nel momento in cui le affermazioni o le difese debbano essere avanzate, nel rispetto di un regime preclusivo piuttosto severo e responsabilizzante, ma pur sempre elastico e flessibile, senza compromettere il diritto costituzionale ad essere ascoltati in giudizio di cui all'art. 103, comma 1° GG.

Per quanto riguarda l'oralità, tale principio generale del processo, nel corso degli anni e soprattutto in passato, sovente è stato posto in dubbio da coloro che sostengono che il processo civile trovi un'organizzazione più semplice ed efficace quando si sostanzia nello scambio continuo di scritti tra gli avvocati. Tuttavia, nell'epoca moderna e post-costituzionale si giunge alla consapevolezza, maturata grazie anche al pensiero giuridico e all'elaborazione teorica del XIX secolo¹⁴, che il principio di oralità – senza certamente pretendere che si giunga all'estremo tentativo di realizzare

¹² Si pensi in particolare al § 139 ZPO sulla *materielle Prozessleitung* e ai poteri istruttori officiosi del giudice, in tema di interrogatorio formale delle parti e di consulenza tecnica d'ufficio. V. *infra* paragrafo 1.3., lettera b.

¹³ V. *supra* Capitolo secondo, par. 2.4. e 2.6.

¹⁴ V. per la ricostruzione storica *supra*, Capitolo primo.

una c.d. *volle Mündlichkeit*¹⁵ – sia lo strumento principale e più efficiente per la chiarificazione immediata dell’oggetto della causa e per la sua cognizione piena da parte del giudice¹⁶.

D’altronde, è evidentemente innegabile il legame che stringe fortemente tra di loro, in un rapporto di consequenzialità e d’interdipendenza, l’oralità, il contraddittorio e la scoperta della verità; pertanto l’inserimento razionale del principio di oralità nella disciplina del rito¹⁷ è perfettamente coerente con gli scopi del processo civile, nonché costituzionalmente conforme.

Certamente, anche il principio di oralità, così come quello di concentrazione, può essere meglio compreso e apprezzato se guardato nel suo rapporto col principio di cooperazione tra giudice e avvocati nel processo. Così, quando le allegazioni di parte sono ancora lacunose o incomplete, l’oralità offre il migliore strumento per chiarire l’oggetto della controversia senza inutili perdite di tempo. Quando le parti si trovano innanzi al giudice e dibattono oralmente l’oggetto della causa, si arriva dritti al punto molto più velocemente che con un lungo scambio di scritti. Il magistrato deve proficuamente esercitare i propri doveri di direzione materiale del procedimento e le parti devono essere disponibili nella partecipazione al dialogo. L’oralità realizzata razionalmente può infine comportare un c.d. *Entlastungseffekt*¹⁸, qualora, proprio attraverso la partecipazione attiva del giudice alla discussione, la controversia riesca ad essere conciliata (o mediata)¹⁹.

Tutto ciò premesso, la trattazione del tema in analisi deve ora indirizzarsi sulle riforme del processo civile poste in essere in Germania tra il ventesimo e il ventunesimo secolo, rivoluzionando la disciplina del rito ordinario di primo grado e offrendo un tipo di rito per amministrare la giustizia universalmente efficace e soddisfacente.

I movimenti di riforma che iniziano nella seconda metà del Novecento muovono dalla consapevolezza che, per realizzare la concentrazione del processo, non basta l’applicazione di una sola regola, che consenta la rapida conduzione del procedimento, ma serve un insieme sistematico di norme, che, tutte insieme e coordinate tra di loro, cambino la disciplina del processo civile. Si tenga comunque conto del fatto che il presupposto necessario del successo delle riforme del processo civile tedesco è, senza dubbio, la scelta unanime e la volontà decisa dei partecipanti al processo, giudici e avvocati, di assumersi la responsabilità della corretta e piena applicazione delle norme novellate, facendo in modo che le modifiche normative possano funzionare e produrre dei risultati concreti.

1.2. La prima grande riforma del processo civile tedesco: la Vereinfachungsnovelle del 1977.

1.2.1. Le premesse del cambiamento: il processo civile ante Vereinfachungsnovelle del 1977 (segue);

¹⁵ V. *supra*, Capitolo primo, par.3.2.2.

¹⁶ V. *infra* par. 2.1. sul § 128 ZPO.

¹⁷ V. *infra* par. 2.1.1. sul § 128 ZPO.

¹⁸ Con ciò si intende l’effetto di alleggerimento ovvero sgravio del carico di lavoro dei tribunali, grazie la risoluzione delle cause attraverso metodi alternativi di risoluzione delle controversie, specificatamente i metodi conciliativi.

¹⁹ V. *infra* par. 1.3., lett. c. sul § 278 ZPO.

Il processo civile tedesco del secondo dopoguerra si presenta, tutto sommato, costruito in maniera complessivamente razionale e si basa su dei principi senza dubbio da ritenersi ancora validi e attuali²⁰.

In particolare, si può ritenere che venga formalmente riconosciuto il giusto peso all'oralità, quale principio fondamentale del processo civile, in grado di consentire al giudice di risolvere la controversia agevolmente e con rapidità, senza sacrificare o ledere in alcun modo i diritti costituzionali al contraddittorio, alla neutralità dell'organo giudicante e al giusto processo. Se applicata con pienezza e coerenza durante la fase della trattazione della causa, l'oralità consente alle parti di chiarire fin da subito al giudice, con immediatezza ed efficacia, quali siano le pretese e gli obiettivi perseguiti, quali i fatti che sorreggono la domanda e le affermazioni di diritto che possano dirsi non controverse, quali, invece, le circostanze di fatto e le dichiarazioni di diritto contestate bisognose di essere accertate con un'apposita istruzione probatoria²¹.

Quanto all'esercizio delle attività e delle prerogative giurisdizionali da parte del giudice, certamente dopo le riforme del 1924 e del 1933, non si può dire che il magistrato sia soggetto passivo e mero arbitro del processo; infatti è incaricato di importanti compiti di direzione processuale, quali l'adeguata, esauriente e accurata preparazione della causa e la rapida ed efficace conduzione della/e udienza/e fino all'emissione della sentenza.

Eppure, il processo civile tedesco necessita ancora dei rinnovamenti, perché la sua durata è ancora intollerabilmente lunga, il che produce inevitabilmente gli effetti negativi di diffondere la sfiducia tra i consociati nei confronti dell'amministrazione della giustizia e di creare l'incertezza del diritto²².

La ragione dei problemi irrisolti della disciplina processuale – palese agli occhi di tutti, sia operatori sia studiosi del diritto – è che quei medesimi principi processuali, riconosciuti come validi ed efficaci sulla carta, rimangono poi disapplicati nella pratica quotidiana dei tribunali civili, se non addirittura violati²³. Se davvero gli incarichi che la legge assegna al giudice fossero da questo solertemente e giustamente eseguiti in ogni singolo processo da lui diretto, allora davvero le controversie sarebbero risolte rapidamente, oltre che giustamente. Eppure, certe "cattive abitudini" dei protagonisti del processo sono difficili da cancellare, se non grazie al supporto di una normativa completa ed accurata; è la legge, insomma, che deve fissare i paletti entro cui il giudice e le parti debbano muoversi.

Appare utile, ai fini della comprensione del cambiamento radicale che la riforma del processo civile del 1977 ha provocato sulla disciplina processuale tedesca e sulla pratica giudiziale dei tribunali della Repubblica Federale, dare un rapido sguardo al rito processuale civile, così come si presentava

²⁰ BENDER, *Beschleunigt die „Beschleunigungsnovelle“!*, in ZRP 1969, Heft 3, pp. 58 ss., p.58.

²¹ BAUR, *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß*, Berlin, 1966, p. 10.

²² Sulla continua ricerca del legislatore tedesco di modi per velocizzare il processo v. BAUR, *Entwicklungslinien des Zivilprozeßrechts* cit., pp. 2639-2640.

²³ Ciò vale in particolar modo per il principio di oralità; BAUMGÄRTEL, *Das Mündlichkeitsprinzip und die hierzu bestehenden Reformversuche, insbesondere das Stuttgarter Modell*, in *Juristische Rundschau (JR)* 1973, Heft 8, pp. 309 ss.: nella maggior parte dei casi il processo è prevalentemente scritto e il modello di processo contenzioso, nel quale la verità viene scoperta nel dialogo e nella dialettica tra giudice, avvocati e parti, non è altro che un ideale irrealizzato.

prima che la c.d. *Vereinfachungsnovelle* del 1977 rivoluzionasse le regole del processo di primo grado²⁴.

In primo luogo, poiché la legge non prevede alcun limite temporale allo scambio degli scritti iniziali delle parti, la cui funzione sarebbe invero quella d'istruire e d'informare il giudice, oltre che l'avversario, sull'oggetto della causa ben prima dell'udienza di trattazione orale²⁵, e poiché non è conferito all'organo giudiziario, il potere-dovere di rigettare le allegazioni e le deduzioni tardive²⁶, le parti hanno la facoltà di porre le proprie domande e difese, e di esporre le proprie argomentazione, in fatto e in diritto, in modo frammentario e gradatamente, fin anche in occasione della medesima prima udienza di trattazione²⁷.

Tali circostanze sono già di per sé sufficienti ad allungare la durata del processo in modo eccessivo e intollerabile: il giudice non ha la possibilità materiale di crearsi rapidamente un'opinione già formata sull'oggetto della controversia; le informazioni vengono fornite al magistrato, passo dopo passo, in piccole dosi (*tröpfchenweise*²⁸); in assenza di preclusioni, le parti possono (e così fanno) aggiungere continuamente nuovo materiale decisivo e ampliare l'oggetto della controversia, imponendo, spesso e usualmente, i rinvii a nuove udienze e la riapertura dell'istruzione probatoria, soprattutto per dare la possibilità alla controparte di esercitare il proprio diritto al contraddittorio²⁹.

Ecco che, la prassi consolidata nella giurisprudenza del tempo vede il giudice investito della causa giungere all'udienza di trattazione assolutamente impreparato o comunque non sufficientemente informato sull'oggetto della controversia, impedendo così l'esauriente trattazione della causa e l'assunzione delle prove ammesse in un'unica udienza o in poche udienze ravvicinate. I giudici spesso si confrontano con il caso per la prima volta proprio in occasione della prima udienza di trattazione, il che rende, conseguentemente, piuttosto normale e generalmente accettato che tale prima udienza si converta in un mero *Durchlauftermin*, in un'udienza, cioè, in cui ci si limiti ad adempiere ad alcune pure formalità organizzative, quali la chiamata della causa e la presentazione delle domande, senza nemmeno aprire la discussione.

Certo, l'abitudine dei giudici civili dell'epoca pre-riforma di arrivare alla prima udienza impreparati sul tema della causa è giustificata (fino a un certo punto) dall'eccessivo carico di lavoro di cui i tribunali sono oberati; tuttavia, tale sovraccarico di lavoro è sua volta provocato, tra le altre cose, proprio dal modo di gestire l'*iter* processuale, consentendo che la discussione della causa venga facilmente rinviata e continuamente interrotta e riaperta in udienze successive. Si tratta, insomma, di un circolo vizioso che necessita di essere interrotto in qualche modo.

²⁴ BAUR, *Wege zu einer Konzentration* cit., pp. 10 ss.

²⁵ BAUMGÄRTEL, *Das Mündlichkeitsprinzip* cit., p. 311, di solito la prima udienza di trattazione viene fissata entro quarantacinque giorni dalla presentazione della domanda, ma talvolta anche molto più tardi. Il termine per il deposito della comparsa di risposta, invece, viene fissato piuttosto raramente.

²⁶ BAUR, *op. cit.*, p. 11; il rigetto delle allegazioni tardive è una scelta discrezionale del giudice che, per la mentalità prevalente della giurisprudenza di quel dato momento storico, non viene solitamente presa nella prassi dei tribunali: la responsabilizzazione delle parti, attraverso il regime delle preclusioni, avviene soltanto in seguito, con la *Vereinfachungsnovelle* del 1977.

²⁷ BAUMGÄRTEL, *op. cit.*, la stessa comparsa di risposta molto raramente soggiace a un termine di presentazione fissato dal giudice, sicché accade spesso che essa venga depositata appena prima dell'udienza di trattazione orale, rendendo impossibile un'esatta preparazione della causa.

²⁸ L'espressione, molto usata nella dottrina tedesca sul tema, significa «col contagocce».

²⁹ BAUR, *op. cit.*, p. 12.

In secondo luogo, dato il quadro del corso della trattazione e l'ammissibilità delle allegazioni tardive, appare evidente che conseguenza naturale della frammentarietà della ricostruzione dell'oggetto della controversia sia il rinvio dell'istruzione probatoria a un'altra fase, successiva e separata dalla prima, e riservata invece alla trattazione³⁰. Questa netta divisione del giudizio di primo grado in una fase di trattazione orale della materia del contendere e in una diversa fase d'istruzione probatoria, contribuisce ulteriormente, unitamente alle circostanze sopra descritte, all'allungamento dei tempi del processo.

1.2.2. il modello di Stoccarda (segue);

Ciò che distingue notevolmente l'esperienza giuridica normativa tedesca da quella degli altri Paesi europei è che una delle più importanti riforme del processo civile, la legge di riforma per la semplificazione e l'accelerazione del procedimento giudiziario del 1977 (in breve, *Vereinfachungsnovelle*), sia fortemente stimolata dall'esperienza pratica vissuta da alcuni Tribunali del *Bund*, e, in particolare, dal Tribunale di Stoccarda; proprio quest'ultimo sperimenta nelle sue aule un particolare tipo di rito (il c.d. *Stuttgarter Modell*) in prospettiva di riforma, dimostrando così empiricamente come certe scelte nel modo di allestire il procedimento e di configurare il ruolo del giudice da un lato e le responsabilità delle parti dall'altro lato, siano praticamente idonee ad accelerare e concentrare i tempi del processo, senza con ciò compromettere la qualità delle sentenze e il rispetto del diritto costituzionale ad essere ascoltati dal giudice (art. 103, comma 1° GG).

L'esperimento del modello di Stoccarda è di tale interesse e di tale successo da essere preso come schema processuale di riferimento, oltre che da altri Tribunali federali, dal legislatore della riforma degli anni Settanta; il processo civile tedesco, così come si presenta oggi all'esito della novella del 1977, non è altro che una rielaborazione e un perfezionamento del modello di rito processuale praticato in via sperimentale dal Tribunale di Stoccarda.

È bene tuttavia fare un passo indietro rispetto alle iniziative della giurisprudenza e del potere legislativo, e guardare alla dottrina. È, infatti, di rilievo fondamentale l'*input* dato dall'elaborazione teorica per la realizzazione pratica di un determinato tipo di processo.

- a. Le premesse teoriche: *Fritz Baur* e la strada verso la concentrazione della trattazione orale nel processo civile.

Il punto di partenza del modello di Stoccarda è la proposta di **Fritz Baur**, nella sua opera *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß* (Berlino, 1966). L'autore identifica le costanti irrinunciabili della velocizzazione del processo civile nei seguenti elementi: la conoscenza, il più possibile completa, del giudice circa l'oggetto e lo stato della controversia prima dell'inizio dell'udienza di trattazione orale; la ripartizione della responsabilità per la raccolta del materiale decisorio tra il giudice e le parti; il potenziamento del ruolo del giudice nella direzione e nella conduzione della fase di istruzione probatoria.

³⁰ BAUR, *ibid*, l'a. riconosce la fonte di ogni inefficienza del processo civile nella possibilità data alle parti di fornire il materiale decisorio "col contagocce" e nell'automatica (e dovuta) divisione tra l'udienza di trattazione orale e l'istruzione probatoria.

Solo assicurando la contestuale presenza di tali presupposti irrinunciabili di ogni processo, basati fondamentalmente sull'attuazione della *Kooperationsmaxime*, è possibile elaborare una proposta di riforma in grado di consentire che la trattazione orale della causa e l'assunzione probatoria siano concentrate in un'unica udienza.

In particolare, per realizzare il primo dei tre presupposti processuali dell'accelerazione della giustizia civile, *i.e.* la preparazione del giudice sull'oggetto del contendere fin dall'inizio del processo, di fondamentale rilievo, secondo l'autore, è il corretto allestimento di un c.d. **Vorverfahren** (un procedimento preparatorio), il quale si sostanzia in uno scambio iniziale di scritti, ben delimitato nel tempo, e in un **Vortermi**n (un'udienza preliminare) di dibattimento orale, conclusivo della fase preparatoria³¹.

È evidente, e comunque esplicitamente dichiarato dall'autore, che la fonte d'ispirazione del processo immaginato da Baur sia il processo penale e, in particolare, il suo *Hauptverhandlung* (udienza di dibattimento)³². Pur consapevole delle grandi differenze che distinguono il processo penale da quello civile, *in primis* il valore e la tipologia degli interessi in gioco nell'uno e nell'altro processo, ci si interroga comunque sulla possibilità reale di raggiungere il medesimo risultato conseguito dal processo penale nel processo civile, così come in qualunque altro tipo di giurisdizione, sebbene con strategie e mezzi differenti³³.

Il *Vorverfahren* immaginato da Baur si distingue dal sistema previgente fin dalle prime battute del procedimento. Infatti, a differenza della disciplina processuale contemporanea all'autore – in forza della quale l'udienza di trattazione orale deve essere fissata immediatamente, appena dopo l'introduzione della domanda, nel solo rispetto del termine per la costituzione in giudizio del convenuto³⁴, imponendo così al giudice di fissare la prima udienza di trattazione troppo prematuramente³⁵ – la fissazione dell'udienza di trattazione dovrebbe essere preceduta da un fitto scambio iniziale di scritti tra le parti, in un lasso temporale predeterminato e comunque non superiore ai tre mesi, nei quali esse espongano in modo completo, preciso ed esauriente tutto quanto compone l'oggetto della controversia, quindi le domande e le eccezioni, le affermazioni in fatto e in diritto, le deduzioni e le produzioni probatorie³⁶.

In tutto questo, il giudice ha il dovere di esercitare i suoi poteri sia di direzione formale sia di direzione materiale del procedimento. I **poteri di direzione formale** si sostanziano, in questa fase, nella fissazione dei termini entro i quali deve svolgersi il sopra menzionato scambio di scritti iniziali, dettando la tempistica per il compimento, da parte dell'attore e del convenuto, degli atti processuali. I **poteri di direzione materiale** si sostanziano, invece, fondamentalmente nei doveri di cui al previgente § 139 ZPO (*Aufklärungspflicht*), il cui disposto deve essere attuato dal giudice già a partire dalle prime battute iniziali del procedimento, per orientare le parti nel riempire l'oggetto

³¹ BAUR, *op. cit.*, p. 13.

³² BAUR, *op. cit.*, pp. 13 ss.: il diritto processuale penale raggiunge questo scopo attraverso due misure: un'eccellente preparazione dell'udienza principale e il divieto di interruzione della detta udienza principale per un lasso temporale superiore a dieci giorni.

³³ BAUR, *op. cit.*, p. 15.

³⁴ BAUR, *ibid.*

³⁵ Infatti il giudice non può avere già compreso pienamente, dalla sola lettura dell'atto di citazione, quale sia l'oggetto della causa e quale il problema giuridico principale di fondo, né quali siano le affermazioni di fatto più controverse.

³⁶ BAUR, *op. cit.*, p. 16.

della causa di contenuto, in particolare indirizzandole verso quei punti che, secondo la sua opinione, necessitano di alcuni approfondimenti, di qualche chiarificazione o di un confronto dialettico³⁷.

All'aumento di responsabilità del giudice, attraverso il conferimento di nuovi poteri-doveri da esercitare nel processo, corrisponde l'aumento di **responsabilità delle parti**, sanzionando gli atteggiamenti dilatori e di ostacolo alla rapida ricostruzione della materia del contendere attraverso il regime delle preclusioni e la sentenza contumaciale.

Così, in primo luogo, secondo Baur, il silenzio e il rifiuto di partecipare collaborativamente mostrati dal convenuto nella fase iniziale di allestimento e di preparazione della causa, mancando di rispondere all'atto di citazione nel termine assegnato dal giudice, possono essere sanzionati, già in questo stadio preparatorio del giudizio, mediante la pronuncia di una sentenza contumaciale (*Versäumnisurteil*) laddove la domanda presentata dall'attore possa ritenersi concludente³⁸.

In secondo luogo, per far sì che il materiale decisorio sia sottoposto al giudice dalle parti in modo esteso e già possibilmente completo ed esauriente nella fase preparatoria e iniziale dello scambio di scritti, è necessario riformare il sistema delle preclusioni, assegnando al giudice il potere di rigettare le nuove deduzioni e allegazioni, presentate ingiustificatamente oltre il limite temporale fissato dalla legge, quale stimolo alla maggiore responsabilizzazione e diligenza delle parti che partecipano al giudizio³⁹.

Il *Vorverfahren* prosegue (e si conclude) con il *Vortermin* (udienza preliminare), durante il quale il giudice discute con le parti e, in seguito, si pronuncia sulla sussistenza o meno dei presupposti processuali; ma non solo. Nel *Vortermin* il giudice provvede, anche e soprattutto, allo studio e all'organizzazione del materiale decisorio introdotto nella causa attraverso gli scritti iniziali, così da comprendere quali siano gli elementi controversi, che debbano essere ulteriormente approfonditi e discussi, nonché, certamente, quali siano i fatti contestati che necessitano dell'istruzione probatoria e dell'esperimento di particolari mezzi di prova.

Infine, il *Vortermin* – accanto alla funzione prettamente preparatoria della causa, per renderla matura per la decisione – svolge altresì la funzione di strumento deflattivo del carico di lavoro del tribunale, ogniqualvolta, intuita la possibilità di successo della composizione amichevole della controversia, il giudice invita le parti a comparire personalmente e pone in essere, proprio durante l'udienza preparatoria in analisi, un **tentativo di conciliazione**, eventualmente avanzando una proposta conciliativa⁴⁰.

Le probabilità di successo di tale tentativo di conciliazione durante il *Vortermin* sono, agli occhi di Baur, buone, perché esso viene compiuto in un momento in cui l'oggetto della materia del contendere dovrebbe risultare già sufficientemente chiarito proprio grazie alla preparazione della causa, e le parti dovrebbero aver acquisito coscienza del modo in cui potrebbe proseguire il giudizio, in particolare dovrebbero sapere già quali prove siano da assumere e quali mezzi di prova

³⁷ BAUR, *ibid*; in questa maniera il giudice attua la garanzia al diritto ad essere ascoltato dal giudice *ex art.* 103, comma 1° GG, impedendo la pronuncia di una c.d. "sentenza a sorpresa".

³⁸ BAUR, *op. cit.*, p. 17.

³⁹ BAUR, *ibid*; l'ammissione di nuove deduzioni dopo la chiusura del *Vorverfahren* dovrebbero essere possibili soltanto quando la parte riesca a dimostrare che il suo ritardo non è colpevole.

⁴⁰ BAUR, *op. cit.*, pp. 19-20.

si hanno a disposizione, cosicché possano già incominciare a valutare e apprezzare le loro *chances* di successo nel prosieguo del processo⁴¹.

Nella proposta di Baur, se il tentativo di conciliazione fallisce e non vengono pronunciate la sentenza contumaciale né la sentenza di riconoscimento della domanda né quella di rinuncia alla stessa, il giudice pronuncia un'ordinanza sulla prova (*Beweisbeschluss*), chiudendo così il *Vortersmin*. Tra la fase preparatoria e la fase principale, in linea di principio ci dovrebbe essere continuità e immediatezza; se però non appare possibile passare da una fase all'altra senza soluzione di continuità, allora non c'è altra scelta che fissare una nuova udienza.

Nella fase principale, che si svolge in un'unica udienza di trattazione orale denominata *Haupttermin*⁴², le parti e il giudice dibattono l'oggetto della controversia – già ampiamente preparato e conosciuto da tutti i partecipanti al giudizio – e, soprattutto, si procede all'assunzione delle prove⁴³, alla discussione sull'esito dell'istruzione probatoria, nel rispetto del diritto al contraddittorio, e, infine, alla pronuncia della sentenza, il tutto in modo concentrato ed immediato⁴⁴.

L'autore è pienamente consapevole che il successo della sua proposta è subordinato alla solerzia e alla diligenza con le quali il giudice adempie ai propri **poteri** (spesso doveri) **di direzione formale e materiale** del processo, nonché ai propri **poteri discrezionali**.

Specificatamente, il potere giudiziario deve disporre, senza esitazione, il rigetto delle allegazioni tardive, perché solo così la preclusione potrà davvero produrre la sua efficacia “general-preventiva” contro condotte negligenti o defatigatorie delle parti; perché il processo sia davvero ben concentrato e organizzato, senza tuttavia impedire alle parti di esprimersi su tutti i punti della controversia e su tutti i risultati probatori, il giudice deve saper fissare sapientemente e coscientemente le date delle udienze e dei termini per il compimento degli atti processuali, in modo tale da assicurare che vi sia tutto il tempo necessario e sufficiente per le attività giudiziarie fino alla pronuncia della sentenza⁴⁵; le gravose responsabilità addossate alle parti, particolarmente con il regime delle preclusioni, devono essere alleviate grazie alle indicazioni del giudice circa la necessità di talune integrazioni o specificazioni delle proprie allegazioni, nell'esercizio dei suoi poteri di direzione materiale.

b. Il risultato pratico: il processo secondo il Tribunale di Stoccarda.

Partendo proprio dalla proposta di Fritz Baur esposta nella sua opera *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß* sopracitata⁴⁶, nel 1967 le camere civili del **Landgericht di Stoccarda** adottano e applicano per circa dieci anni, a fini per così dire sperimentali e con grande

⁴¹ BAUR, *op. cit.*, p. 21.

⁴² BAUR ha dichiaratamente preso ispirazione dalla udienza principale del processo penale.

⁴³ Nuove prove possono trovare ingresso nel processo solo se la parte richiedente riesca a dimostrare di non aver potuto produrle prima senza colpa.

⁴⁴ BAUR, *ibid.*

⁴⁵ BAUR, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁶ BENDER, *Die „Hauptverhandlung“ in Zivilsachen. (Ein Bericht über den Versuch der 20. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart, die Ziele der Zivilprozeßreform auf der Grundlage der geltenden Gesetze zu erreichen)*, in *DRiZ* 1968, pp. 163 ss., p. 163

successo, un nuovo modello di procedimento (il sopra menzionato *Stuttgarter Modell*) il quale, a sua volta, viene poi adottato quale punto riferimento e guida per la riforma del 1977⁴⁷.

Il cuore del modello di Stoccarda è proprio il tentativo di mettere in pratica l'idea di Baur di accelerare i tempi del processo civile attraverso la valorizzazione dei principi di oralità e di immediatezza, e, quindi nei fatti, attraverso la predisposizione di un unico *Haupttermin*, nel quale la controversia debba essere risolta e decisa, concentrando la trattazione orale e l'istruzione probatoria. Perché tale unicità si realizzi è naturalmente necessario che la causa sia esaurientemente allestita in una precedente fase preparatoria, completa e approfondita.

È importante sottolineare che il *Landgericht* di Stoccarda, si distanzia dalla proposta di Baur, in diversi punti, in particolare nella scelta della forma del *Vorverfahren*, la quale, secondo il modello di Stoccarda, è prevalentemente scritta e si limita allo scambio tra le parti, attraverso il deposito nella cancelleria del tribunale competente, dell'atto di citazione, della comparsa di risposta e della replica dell'attore.

A occuparsi della gestione dello scambio degli atti iniziali è invero la cancelleria, la quale provvede alla notificazione degli stessi, vigila sul rispetto dei termini per il loro compimento⁴⁸, riordina il materiale raccolto nel fascicolo d'ufficio e richiede alle parti il deposito di eventuali documenti venuti in considerazione, ma non ancora esibiti⁴⁹.

Dopo il deposito della replica dell'attore, la cancelleria si adopera a riordinare perfettamente gli atti ricevuti e a presentarli al giudice relatore (*Berichterstatter*)⁵⁰, affinché quest'ultimo possa studiare il materiale decisorio ed esaurire, in modo concentrato, le ulteriori attività necessarie per preparare la causa in vista del *Haupttermin* e della conclusione della causa in un'unica udienza.

Infatti, è scopo precipuo dello scambio iniziale tra le parti degli scritti preparatori della causa rendere tutti i partecipanti al processo, giudice relatore *in primis*, pienamente consapevoli, prima di giungere all'udienza centrale di trattazione, circa l'oggetto della controversia, le rispettive posizioni giuridiche delle parti e i punti della causa da ritenersi controversi e bisognosi di essere provati⁵¹.

⁴⁷ BENDER, *Die „Hauptverhandlung“ in Zivilsachen* cit., p. 163: il primo gennaio 1967 viene istituita presso il *Landgericht* di Stoccarda una nuova ventesima Camera civile, presieduta da Bender e incaricata di risolvere alcune controversie, rientranti nella competenza territoriale del Tribunale medesimo, applicando un rito diverso e originale, che sfrutti le risorse che il diritto processuale civile può offrire per concentrare e, dunque, accelerare il processo civile. Naturalmente, il medesimo Tribunale provvede a fornire tutte le informazioni e le indicazioni, necessarie per poter partecipare con cognizione e consapevolezza al nuovo rito, agli avvocati appartenenti al relativo Ordine della circoscrizione del Tribunale di Stoccarda. L'esperimento fatto dalla ventesima Camera viene in seguito ripetuto e imitato da altre camere del medesimo Tribunale.

⁴⁸ BENDER, *op. cit.*, pp. 163-164. In particolare, il convenuto ha quattordici giorni dall'avvenuta notifica dell'atto di citazione, con contestuale avvertimento delle conseguenze di eventuali ritardi, per nominare un difensore tecnico di fiducia, altrimenti il giudice fissa rapidamente la data dell'udienza nella quale può essere pronunciata una sentenza contumaciale a seguito della trattazione orale. Nel caso in cui il convenuto nomini tempestivamente il proprio avvocato, egli, nelle quattro settimane dall'avvenuta notifica dell'atto di citazione, deve redigere e depositare la propria comparsa di risposta. Nelle due settimane successive, l'attore, a sua volta, può presentare le proprie repliche.

⁴⁹ BENDER, *Die Hauptverhandlung in Zivilsachen – ein erster Schritt zur Justizreform*, in *JA* 1971, pp. 237 ss., p. 238.

⁵⁰ BENDER, *op. cit.*, p. 164: dopo il deposito della comparsa di risposta, il giudice relatore provvede alla citazione dei testimoni che, alla luce del contenuto della comparsa di risposta, appaiono necessari; soltanto in casi dubbi si confronta con il presidente del collegio.

⁵¹ GRUNSKY, *Die Straffung des Verfahrens durch die Vereinfachungs-Novelle*, in *Juristenzeitung* 1977, Heft 7, pp. 201 ss., p. 201.

A questo punto, il giudice relatore riferisce al collegio – riunito in un'apposita seduta di consulenza (c.d. *Vorbereitung*) – lo stato e l'oggetto della causa ed espone allo stesso le questioni giuridiche che emergono dalla fattispecie in esame, esternando la propria ricostruzione dei fatti e la propria interpretazione giuridica, eventualmente avanzando una proposta per la risoluzione della controversia⁵².

Una volta istruita la corte sull'oggetto e sullo stato della controversia, questa ha la possibilità di decidere cosa eventualmente è opportuno che venga fatto dalle parti; ecco che l'organo giudiziario del modello di Stoccarda è chiamato ad esercitare i suoi **poteri di direzione materiale** del processo fin dalle prime battute del procedimento, indicando agli avvocati i temi o le questioni giuridiche, ritenute rilevanti per la decisione (pur sempre collegati all'oggetto della domanda: il giudice non ha il potere di ampliare il *petitum* e la *Verhandlungsmaxime* rimane salva).

In questo modo gli stessi avvocati possono provvedere tempestivamente a colmare eventuali lacune nell'esposizione dei fatti oppure possono arricchire le proprie argomentazioni per fugare ogni dubbio o perplessità circa la posizione del proprio assistito, facendo luce sui punti in cui l'esposizione sia risultata poco chiara, se necessario anche completando le deduzioni probatorie.

Pure tale attività di direzione materiale del processo è una forma di adempimento del dovere del giudice di adottare tutte le disposizioni preparatorie necessarie al fine di rendere concretamente realizzabile l'obiettivo di concludere la causa in un unico *Haupttermin*: fin dalla fase iniziale del procedimento, infatti, l'attivismo del giudice dà modo alle parti di completare il materiale decisivo e prepara l'oggetto della controversia al momento della trattazione e dell'istruttoria.

Prima che si tenga il *Haupttermin*, la cui data di regola viene fissata dal presidente della Corte entro tre o quattro settimane dal decorso del termine per il deposito della replica dell'attore⁵³, vengono citati i testimoni, e le parti vengono invitate a comparire personalmente. Se necessario si provvede altresì alla nomina dei consulenti tecnici, i quali vengono incaricati di depositare una relazione sintetica almeno dieci giorni prima della data fissata per l'udienza.

Il menzionato *Haupttermin* si apre, solitamente, con la comparizione personale delle parti e con la loro audizione a scopi informativi su quanto emerso fino a quel momento dalla trattazione⁵⁴. L'utilità dell'audizione della parte personalmente risiede, tra le altre cose, nella possibilità di risolvere tutti gli eventuali malintesi sorti dagli scritti di parte e di chiarire ulteriormente la fattispecie⁵⁵.

Il procedimento del modello di Stoccarda prevede, a questo punto, che la corte si ritiri una prima volta in camera di consiglio (*erste Zwischenberatung*) per discutere lo stato della causa⁵⁶, nonché la possibilità di portare già a conclusione la controversia, o grazie alla risoluzione amichevole della

⁵² A conclusione della *Vorbereitung*, il collegio dovrebbe aver già determinato il *thema probandum*; BENDER, *op. cit.*, p. 164.

⁵³ BENDER, *op. cit.*, p. 164.

⁵⁴ BENDER, *ibid.*.

⁵⁵ BENDER, *op. cit.*, p. 238.

⁵⁶ In particolare, potrebbe accadere che certe questioni, inizialmente controverse, siano risolte proprio grazie a quanto emerso dalle parole delle parti; potrebbe viceversa accadere che dall'audizione delle stesse l'oggetto della causa risulti ampliato, a causa dell'emersione di nuove questioni o della modifica di quelle precedenti. BENDER, *op. cit.*, pp. 163-164

controversia⁵⁷ o attraverso la rinuncia da parte dell'attore ovvero il riconoscimento da parte del convenuto della domanda⁵⁸.

Se la controversia non si conclude a seguito della *erste Zwischenberatung*, e quindi essa non viene conciliata né risolta con una pronuncia di rinuncia o di riconoscimento della domanda, l'udienza prosegue necessariamente con la trattazione orale della causa⁵⁹ e con l'assunzione delle prove ammesse⁶⁰; chiusa l'istruzione probatoria, i difensori tecnici espongono al giudice oralmente, nella forma di arringa, le loro conclusioni su quanto risultato ed emerso dalle prove assunte⁶¹.

Di seguito, la corte si ritira nuovamente in camera di consiglio, nella *zweite Zwischenberatung*, per discutere se certe questioni possano dirsi risolte grazie a quanto emerso dalle parole delle parti o se piuttosto alcuni aspetti dell'oggetto della causa risultino ancora poco chiari a causa del sorgere di nuove questioni o delle modifiche apportate a quelle precedenti nel corso della trattazione. Sulla base del quadro delineato nel corso di tale seconda camera di consiglio e di quanto provato in sede di assunzione probatoria, il collegio è in grado di fare finalmente luce sulla fattispecie ed elaborare la proposta di decisione della causa, la quale, invero, ha tutto l'aspetto e presenta i caratteri della motivazione della sentenza che la corte ha intenzione di pronunciare⁶².

Perciò, il collegio espone alle parti la sua visione circa la soluzione della controversia, l'interpretazione giuridica della fattispecie verso cui è più propenso e le ragioni che la sorreggono. Viene così impedita la pronuncia di una sentenza a sorpresa e il diritto al contraddittorio delle parti riceve una piena tutela, potendo gli avvocati presentare oralmente le proprie conclusioni e prendere posizione sulle affermazioni del giudice e della controparte⁶³.

La corte ha ancora comunque il tempo per meditare la propria posizione, eventualmente rivedendola, sulla base delle argomentazioni conclusive delle parti. Infine, la **sentenza** viene pubblicata entro una settimana dalla chiusura dell'udienza centrale di trattazione e assunzione probatoria.

Se è vero che l'iter processuale che le cause trattate dalle camere civili di Stoccarda devono seguire appaia tutto sommato piuttosto articolato, quasi macchinoso, esso dimostra tuttavia innegabilmente alcuni punti di forza, tra i quali due sono di particolare rilievo e interesse.

⁵⁷ Il collegio, riunito in camera di consiglio può formulare una proposta di conciliazione da avanzare alle parti, quando ciò appaia opportuno e utile. In seguito alla presentazione della proposta di conciliazione alle parti, queste si ritirano a discuterne la convenienza con i propri difensori tecnici. Agli avvocati è data la possibilità di fare le proprie osservazioni sul contenuto della proposta stessa. Anche nelle ipotesi nelle quali il tentativo di conciliazione fallisce, tale momento del processo è estremamente importante per il giudice e per la risoluzione della controversia, in quanto, dalla condotta delle parti l'organo giudicante può capire su quali punti della materia del contendere vi sia totale disaccordo tra le parti e su quali invece vi sia meno conflittualità. BENDER, *op. cit.*, p. 238.

⁵⁸ BENDER, *ibid.*

⁵⁹ BENDER, *ibid.*; la concentrazione della trattazione in una sola udienza dipende dalla correttezza del calcolo del tempo necessario per la trattazione di ciascun singolo caso.

⁶⁰ Solo se ci si avvede della necessità dell'audizione di nuovi testimoni, si rinvia a nuova udienza per permetterne la citazione.

⁶¹ BENDER, *op. cit.*, p. 164.

⁶² BENDER, *op. cit.*, p. 238.

⁶³ BENDER, *ibid.*; le conclusioni delle parti hanno spesso l'aspetto di una sintetica motivazione dell'impugnazione della sentenza futura.

Anzitutto, il modello di Stoccarda prevede un **modello processuale bifasico**, in cui la prima fase è dedicata all'allestimento dell'oggetto del giudizio e di tutto quanto possa rilevare ai fini della risoluzione della controversia concreta, mentre la seconda fase è dedicata alla concentrata trattazione e istruzione probatoria della causa, fino al momento della pronuncia della sentenza che conclude il giudizio. Le due fasi sono tra loro dipendenti ed entrambe essenziali, affinché il processo possa raggiungere il suo scopo tipico, e costituzionalmente tutelato, di condurre alla pronuncia di una decisione giusta in un tempo ragionevole. La completa, razionale e organizzata fase preparatoria è condizione necessaria per il successo della seconda fase, consistente nell'unica udienza di trattazione e istruzione probatoria conclusiva del giudizio.

L'altro elemento estremamente interessante e di grande rilievo del modello di Stoccarda consiste nei particolari doveri attribuiti rispettivamente al giudice e alle parti e nelle conseguenti responsabilità, essendo tenuto il primo ad un'efficace **direzione formale e materiale** del processo ed essendo costrette le seconde ad allegare tempestivamente e con completezza i propri mezzi di attacco e di difesa per non cadere nel severo regime delle preclusioni. L'una e l'altra responsabilità processuale sono collegate tra di loro da uno stretto vincolo di consequenzialità: solo se le parti hanno conoscenza piena della materia del contendere e dei punti più controversi, grazie al corretto esercizio dei poteri di direzione processuale del giudice, esse possono rispettare i termini e proficuamente collaborare alla corretta gestione del procedimento.

Il buon funzionamento e il buon esito del processo celebrato nel Tribunale di Stoccarda dipendono fortemente dalla collaborazione e dalla cooperazione tra tutti i soggetti processuali.

I sostenitori del modello di Stoccarda auspicano la generalizzata applicazione del nuovo rito processuale, perché convinti che esso sia in grado non solo di velocizzare il processo, ma anche di migliorarlo qualitativamente⁶⁴.

In particolare, vengono enfatizzati i vantaggi che tale modello processuale arreca al "lavoro di squadra" dei giudici che compongono l'organo collegiale giudicante, nonché agli avvocati, le cui mansioni sono alquanto alleggerite dal punto di vista quantitativo, dovendo concentrare le proprie pretese nei pochi atti scritti iniziali⁶⁵.

A ciò si aggiungono gli innegabili vantaggi pratici che la maggiore immediatezza, nel rapporto tra organo giudicante e materiale decisorio, porta con sé. Specificatamente, l'audizione personale delle parti dà una percezione diretta e più realistica della persona che partecipa al giudizio, avvicinando il giudice alla verità e rendendolo edotto dell'eventuale esistenza di disparità di forze tra l'una e l'altra parte del giudizio⁶⁶⁶⁷. Inoltre, la diretta partecipazione della persona nel processo, rende ai suoi

⁶⁴ L'immediatezza, l'oralità e la concentrazione nella trattazione e nell'istruzione probatoria sono fondamentali strumenti processuali per avvicinare il giudice quanto più possibile alla scoperta della verità. BENDER, *Die Hauptverhandlung in Zivilsachen* cit., p. 239

⁶⁵ BAUMGÄRTEL, *op. cit.*, p. 313.

⁶⁶ STROHM, *Zum Verfahren der ZPO nach "Stuttgarter Modell"*, in *Anwaltsblatt* 1969, Heft 12, pp. 421 ss., p. 423; la comparizione personale della parte dà altresì al giudice la percezione diretta delle difficoltà che il difensore incontra a relazionarsi con il proprio cliente; inoltre, ponendosi nella diversa prospettiva della persona della parte, quest'ultima riesce a percepire con maggior chiarezza la complessità della risoluzione giuridica della questione sollevata, il che contribuisce molto probabilmente all'innalzamento della fiducia dei consociati nei confronti dell'amministrazione della giustizia.

⁶⁷ V. *supra* Capitolo secondo, par. 5.

occhi il procedimento più comprensibile⁶⁸, facendo sorgere, infine, nei cittadini la percezione che il singolo caso individuale venga affrontato e deciso con prontezza e con la dovuta attenzione⁶⁹.

Infine, la valorizzazione dell'oralità nell'udienza di trattazione rende usuale la discussione tra i giudici e le parti circa l'interpretazione giuridica da applicare alla fattispecie concreta (*Rechtsgespräch*), limitando notevolmente il rischio che si pronuncino delle sentenze c.d. della "terza via"⁷⁰.

Certamente, il modello di Stoccarda ha incontrato alcune opposizioni e diffusi scetticismi. In particolare, la circostanza che la preparazione della causa sia incentrata sullo scambio di pochi scritti iniziali, fa sorgere il dubbio che il nuovo rito possa portare a una sorta di riviviscenza dell'antica *Eventualmaxime*, inducendo così le parti ad ampliare il più possibile l'oggetto delle proprie deduzioni e difese, nel timore di incorrere in preclusioni e decadenze.

Inoltre, il processo di Stoccarda appare poco adattabile alle diverse e numerose tipologie di controversie da risolvere; per esempio, non sembra facilmente applicabile ai procedimenti con più punti controversi da trattare.

Infine, il nuovo modello sperimentale non riceve l'unanime consenso degli operatori professionali. Gli avvocati temono, in particolare, che il tempo messo a loro disposizione per studiare la relazione del consulente tecnico d'ufficio prima dell'udienza di trattazione (dieci giorni) non sia sufficiente per presentare le proprie osservazioni. Di fatto, la responsabilizzazione dei difensori tecnici delle parti è decisamente aumentata, poiché il processo del Tribunale di Stoccarda costringe gli avvocati a concentrare le proprie domande e le proprie difese in pochi scritti iniziali, prima di doversi confrontare direttamente con i giudici della corte e con gli altri soggetti processuali (controparte, testimoni e consulente tecnico) in sede di trattazione orale della causa.

Gli stessi giudici, peraltro, sono spaventati dallo sforzo fisico che le udienze di trattazione orale dei vari processi pendenti impone loro di affrontare settimanalmente.

Eppure, nei numeri, il modello di Stoccarda riesce a raggiungere ottimi risultati e il suo successo è dimostrato dalla reale ed effettiva accelerazione del processo civile di primo grado nel Tribunale della città. Il numero di controversie conciliate è, infatti, del 40%, mentre ben l'85% delle cause si esauriscono in una sola unica udienza di trattazione orale. Infine, l'89% delle cause sono risolte in soli tre mesi⁷¹: il modello di Stoccarda ha, insomma, raggiunto il suo scopo⁷².

Nel complesso, conclusivamente, si può dire che, sulla base dell'esperienza vissuta, il modello di Stoccarda è di per sé idoneo a produrre un'accelerazione del processo civile e un miglioramento dell'amministrazione della giustizia, grazie al suo procedimento congeniato in modo tale da dare

⁶⁸ Proprio la comprensione di ciò che accade nel giudizio a cui si partecipa e la presa visione di cosa materialmente fanno giudici e avvocati nel processo, aumentano nei destinatari della sentenza, specificamente del soccombente, l'accettazione della decisione giudiziale, diminuendo conseguentemente le probabilità di impugnazione del provvedimento conclusivo della controversia. BENDER, *op. cit.*, p. 239.

⁶⁹ BENDER, *op. cit.*, p. 238.

⁷⁰ V. *supra* Capitolo secondo, par. 2.4.

⁷¹ STROHM, *op. cit.*, p. 422.

⁷² C'è da specificare, tuttavia, che nella valutazione del successo del modello di Stoccarda occorre tenere conto della circostanza, di massimo rilievo, che la ventesima camera civile del Tribunale di Stoccarda parta da zero, nel senso che inizia ad operare senza avere del lavoro arretrato da smaltire e cause ancora pendenti da risolvere.

massima applicazione sia alla *Kooperationsmaxime* sia alla *Konzentrationsmaxime*. Centrali sono, infatti, la concentrazione della trattazione nel *Haupttermin* e la valorizzazione della **personalità del giudice** e della sua volontà nella direzione del processo, creando un lavoro di squadra con i difensori delle parti⁷³.

Proprio a causa di tale successo anche altri tribunali⁷⁴ decidono di prendere spunto dal modello di Stoccarda e creano dei sistemi uguali, analoghi o misti, come è accaduto nella Camera del *Landgericht* di Amburgo, presieduta da Zimmermann, e in quella del *Landgericht* di Berlino, presieduta da Ehlert⁷⁵.

1.2.3. i lavori preparatori della Vereinfachungsnovelle del 1977.

Il percorso che ha portato all'emanazione della legge di riforma del 1977 è piuttosto lungo e presuppone, senza dubbio, l'esperienza vissuta dal Tribunale di Stoccarda e dagli altri che ne hanno seguito l'esempio. I lavori preparatori iniziano nel settembre del 1955, quando l'allora Ministro della Giustizia istituisce un'apposita commissione, presieduta da Ernest Wolff, con il compito di preparare una riforma del processo civile⁷⁶. All'esito del proprio lavoro, nell'aprile del 1961, la commissione presenta la sua proposta (il c.d. *Weißbuch*)⁷⁷, la quale tuttavia è bel lungi dal convertirsi in legge.

Una nuova commissione per la riforma del diritto processuale civile viene istituita in seguito, nel 1964, dal Ministero federale della Giustizia, ascoltati previamente i rappresentanti delle categorie professionali di giudici e avvocati, i maggiori esponenti della dottrina del tempo e gli uffici ministeriali. Tale commissione viene incaricata di lavorare sul precedente progetto del 1961, senza

⁷³ Gli avvocati stessi sono chiamati a organizzare il proprio studio e il proprio lavoro in modo tale da soddisfare le esigenze di celerità e concentrazione nella redazione degli atti iniziali e nella preparazione della causa: STROHM, *op. cit.*, p. 423.

⁷⁴ Sono ben quaranta le camere civili dei Tribunali del *Bund* che applicano il modello di Stoccarda, dalla sua nascita alla riforma del 1977.

⁷⁵ STÖTTER, *Vereinfachungsnovelle und Entlastungsgesetz (Änderung der ZPO)*, in *Monatsschrift für deutschen recht (MDR)* 1975, Heft 4, pp. 265 ss., p. 267. Diverso è invece il modello applicato dalla camera civile del **Landgericht di Kiel**, presieduta da Arndt (ARNDT, *Die Hauptverhandlung in Zivilsachen*, in *DRiZ* 1968, pp. 274-275). Ciascuna azione viene presentata al presidente della camera il quale la assegna al giudice relatore, nella funzione di giudice unico, a meno che essa non debba rimanere eccezionalmente fin dal principio presso il collegio. Il giudice unico tratta l'oggetto della controversia in una o più udienze, finché non può inviarla al collegio tramite la pronuncia di una ordinanza sulla prova. Il collegio deve, a questo punto, prendere piena cognizione dell'oggetto della causa, e lo fa invitando sia le parti a comparire personalmente sia il giudice relatore a chiarire gli aspetti problematici della controversia e dell'ordinanza sulla prova. Infatti, innanzi al collegio compaiono di regola anche gli avvocati delle parti. Spesso, dopo una *Zwischenberatung*, il collegio può proporre una soluzione conciliativa motivata. Se la proposta di conciliazione non viene accettata dalle parti, il processo prosegue con l'assunzione probatoria e, in conclusione, esattamente come nel processo penale, i difensori presentano le proprie arringhe. Infine, dopo la camera di consiglio, il collegio deve decidere. Secondo Arndt, la percentuale di successo è del 90% e il numero di appelli proposti è piuttosto basso, mentre è sicuramente buono il numero delle conciliazioni concluse. L'a. sostiene che il modello del Tribunale di Kiel sia più efficiente e migliore di quello del Tribunale di Stoccarda, in quanto quest'ultimo ha il difetto di iniziare con una fase scritta, con il rischio che si allunghino eccessivamente i tempi del giudizio. Diversamente, nel modello di Kiel il giudice relatore discute il caso direttamente con gli altri componenti del collegio e, se davvero tutte le questioni che la singola fattispecie fa sorgere vengono accuratamente chiarite dai magistrati, il processo trova rapida e soddisfacente conclusione.

⁷⁶ La Commissione è totalmente indipendente, anche dallo stesso Ministero della giustizia che l'ha nominata. L'incarico viene conferito in termini generali, cosicché la Commissione medesima possa decidere da sé sola l'oggetto, il metodo e il perimetro del proprio lavoro.

⁷⁷ *Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit*, anche conosciuto con il nome di *Weißbuch*.

esserne vincolato, e di avanzare una proposta di riforma della *Zivilprozessordnung*. La commissione presenta una proposta parziale nel 1967, la quale, tuttavia, non riceve i favori dell'avvocatura, a causa del regime delle preclusioni alquanto stringente e severo.

La discussione prosegue e i tempi di preparazione della riforma si fanno piuttosto lunghi, a causa della complessità dei problemi e delle questioni che vengono sollevate⁷⁸. Negli anni 1969 e 1970 viene redatta la *Beschleunigungsnovelle*, il cui obiettivo principale, come si evince dal suo stesso nome, è quello di realizzare la concentrazione del processo⁷⁹. Eppure, nemmeno tale proposta si converte in legge, in quanto, nel timore di sacrificare eccessivamente la *Verhandlungsmaxime*, non vengono seguiti fino in fondo i progressi della giurisprudenza e della dottrina, le quali propugnano il rafforzamento dei poteri del giudice nella preparazione e nella conduzione del processo,⁸⁰.

Nel novembre 1974 il Governo federale lavora sulla *Beschleunigungsnovelle*⁸¹, finché non riesce a elaborare la proposta di legge che, finalmente, nel 1976 viene convertita in legge dal *Bundestag* con il nome di *Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren*, in breve nota sotto il nome di *Vereinfachungsnovelle*.

L'entrata in vigore della legge è programmata per il primo gennaio 1977, ma i pratici del diritto, compreso il *Deutsches Richterbund*, chiedono e ottengono un rinvio di circa sei mesi, per far sì che tutti coloro che si troveranno ad avere a che fare con il nuovo processo civile abbiano tutto il tempo necessario per arrivare a giudizio preparati sulla nuova disciplina processuale, acquisendo man mano dimestichezza nell'applicazione pratica della novellata *ZPO*⁸².

1.2.4. La Vereinfachungsnovelle del 1977.

Il primo luglio 1977 entra finalmente in vigore il *Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren* (*Vereinfachungsnovelle*)⁸³, la riforma fino a quel momento più importante dalla nascita *Zivilprozessordnung*, ultimo e definitivo intervento del legislatore tedesco per semplificare e deformalizzare il processo civile⁸⁴.

⁷⁸ In fase preparatoria si veda lo studio AA. VV., *Tatsachen zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit*, Band II, Auswertung, Tübingen, 1974.

⁷⁹ BT-Drucks, 82/70.

⁸⁰ BAUMANN – FEZER, *Kritische Anmerkungen zur Zivilprozeßbeschleunigungsnovelle*, in *ZRP* 1970, Heft 6, pp. 127 ss., p. 127.

⁸¹ MÜLLER, *Prozeßbeschleunigung um jeder Preis?*, in *ZRP* 1972, Heft 11, pp. 255 ss.; HINZ, *Nach der Entlastungsnovelle: Was wird aus der Reform des Zivilprozess?*, in *ZRP* 1975, Heft 7, pp. 153 ss.

⁸² FRANZKI, *Das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle)*, in *DRiZ* 1977, Heft 6, pp. 161 ss., p. 161.

⁸³ BGBI. I, p. 3281.

⁸⁴ Sul tema v. GREGER, *Rechtstatsächliche Erkenntnisse zu den Auswirkungen der Vereinfachungsnovelle in der Praxis*, in *ZJP* 1987, 100. Band, Heft 4, pp. 377 ss.; HARTMANN, *Die ZPO-Vereinfachungsnovelle*, in *Deutsche Rechtspflege* 1977, Heft 1, pp. 1 ss.; PÜTTING, *La preparazione della trattazione orale e le conseguenze delle deduzioni tardive nel processo civile tedesco*, in *Riv. dir. proc.* 1991, pp. 414 ss., traduzione di MERLIN; PUTZO, *Die Vereinfachungsnovelle. Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren*, in *NJW* 1977, Heft 1/2, pp. 1 ss.; HARTMANN, *Ein Jahr Vereinfachungsnovelle*, in *NJW* 1978, Heft 30, pp. 1457 ss.; SCHULTE, *Die Entwicklung der Eventualmaxime. Ein Beitrag zur Geschichte des Deutschen Zivilprozesses*, Köln, 1980, pp. 92 ss.; ZITSCHER, *Mut zu neuem Zivilprozeß. Kritische Überlegung zur Praxis der Gesetzgebung*, in *ZRP* 1977, Heft 2, pp. 27 ss.; WALCHSHÖFER, *Die Auswirkungen der Vereinfachungsnovelle in der gerichtlichen Praxis*, in *ZJP* 1981, 94. Band, Heft 2, pp. 179 ss.

La riforma del 1977 ha per oggetto fondamentalmente il rinnovamento della disciplina del giudizio di primo grado, seppure abbia inciso anche sul regime del processo contumaciale e di quello monitorio. Gli scopi dichiarati e principali della legge di riforma sono l'accelerazione del processo e l'alleggerimento del carico di lavoro dei tribunali; gli strumenti di attuazione di tali scopi sono la razionalizzazione e la semplificazione del rito⁸⁵.

In realtà, la semplificazione e la velocizzazione del processo si dimostrano essere anche i mezzi più efficaci per realizzare la tutela effettiva del diritto fatto valere in giudizio e, dunque, in ultima analisi, essi sono sicuramente gli strumenti più idonei a dare attuazione ai diritti processuali costituzionali, e specificamente al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 20, comma 3° GG⁸⁶.

La novella in parte complica in parte alleggerisce i compiti dei soggetti processuali: avvocati, magistrati e parti. Senza dubbio, essa ha significato per i giudici civili un cambiamento radicale nel modo di amministrare la giustizia e, soprattutto, di **dirigere il processo**⁸⁷; questi sono incaricati di condurre il nuovo e più semplice rito processuale in modo razionale e senza mai compromettere la qualità delle sue decisioni. A controbilanciare il peso della maggiore responsabilità del giudice è il notevole vantaggio che, con la semplificazione e la velocizzazione dell'intero rito di ogni processo di primo grado, le cause pendenti nel singolo tribunale vengono rapidamente smaltite, alleggerendo di riflesso il carico di lavoro gravante sul singolo ruolo del magistrato e migliorando certamente le capacità organizzative del medesimo tribunale⁸⁸.

Dal punto di vista contenutistico, la riforma prevede due cambiamenti fondamentali nella struttura del procedimento.

In primo luogo, la *Vereinfachungsnovelle* – sulla base delle premesse storiche della riforma del 1924, del modello di Stoccarda e della proposta di Baur – introduce **il modello procedimentale bifasico**, composto da una prima fase di preparazione della causa e organizzazione del materiale decisorio e istruttorio⁸⁹, e da una seconda fase di trattazione orale della controversia e d'istruzione probatoria. La corretta gestione e direzione dei due momenti processuali dovrebbe consentire al giudice di risolvere la controversia in un'unica udienza di trattazione orale e di istruzione

⁸⁵ LÜKE, *20 Jahre Vereinfachungsnovelle – Versuch einer Reform des Zivilverfahrens*, in *JuS* 1997, Heft 8, pp. 681 ss., p. 682.

⁸⁶ KALLWEIT, *Die Prozeßförderungspflicht der Parteien und die Präklusion verspäteten Vorbringens im Zivilprozeß nach der Vereinfachungsnovelle vom 3.12.1976*, Frankfurt am Main, 1983, p. 1; LÜKE, *20 Jahre Vereinfachungsnovelle* cit., p. 682: per l'attore-creditore che richiede la tutela giurisdizionale, l'eccessiva durata del processo può alfine significare il diniego della tutela medesima e quindi la lesione di un suo diritto costituzionale; per il convenuto-debitore, viceversa, l'eccessiva durata del processo gli consente di rinviare di molto il momento dell'adempimento, anche quando il suo è un caso senza alcuna speranza di vittoria, talché è incentivato a protrarre condotte dilatorie e in mala fede.

⁸⁷ WALCHSHÖFER, *Die Auswirkungen der Vereinfachungsnovelle in der gerichtlichen Praxis*, ZZP 1981, Heft 2, pp. 179 ss., p. 179.

⁸⁸ LÜKE, *ibid.*

⁸⁹ Come si vedrà più dettagliatamente in seguito, nel Capitolo quarto, il presidente della Corte o il giudice monocratico ha la facoltà di scegliere discrezionalmente per la preparazione del *Haupttermin*, nell'esercizio dei propri poteri di direzione formale del processo, tra la forma orale e la forma scritta. WALCHSHÖFER, *Die Auswirkungen der Vereinfachungsnovelle* cit., p. 18: il legislatore non ha fissato dei criteri di scelta perciò quest'ultima può certamente essere influenzata dallo stile personale del giudice nel suo modo di lavorare.

probatoria, denominata *Haupttermin*⁹⁰, con un benefico effetto di semplificazione e di concentrazione del processo⁹¹.

In secondo luogo, la riforma del 1976 rafforza incisivamente i doveri delle parti alla tempestività e alla completezza delle allegazioni (*Prozessförderungspflicht*) attraverso l'inasprimento dei presupposti di ammissibilità delle allegazioni tardive dei mezzi di attacco e di difesa (§§ 282 e 296 ZPO)⁹². In questo modo si cerca di contrastare efficacemente il rischio che le parti propongano le proprie deduzioni e allegazioni "col contagocce", imponendo loro una maggiore solerzia nel rispetto dei termini fissati dal giudice e dalla legge.

Ecco che la condotta collaborativa delle parti, assieme al corretto esercizio dei poteri di direzione processuale del giudice, contribuiscono incisivamente alla completa preparazione dell'udienza principale e dunque, infine, all'accelerazione del processo⁹³.

È evidente, in conclusione, che la *Vereinfachungsnovelle* non rivoluziona soltanto il rito processuale in sé e per sé considerato, ma anche i poteri del giudice e i doveri delle parti, aumentando il grado di responsabilità di entrambi⁹⁴.

1.3. La seconda grande riforma del processo civile tedesco: la Zivilprozessreformgesetz del 2001.

Se innegabilmente la *Vereinfachungsnovelle* del 1977 ha rappresentato il punto di svolta per la disciplina processuale del procedimento di primo grado e dei **poteri di direzione formale** del giudice, la *Zivilprozessreformgesetz* del 2001 ha avuto effetti potentissimi sulla struttura del processo civile intero, nei suoi diversi gradi, e sulla disciplina dei **poteri di direzione materiale** del giudice⁹⁵.

⁹⁰ È evidente che alle spalle del processo riformato vi siano sia il modello di Stoccarda sia la proposta di Fritz Baur, pertanto si possono ripetere qui alcune osservazioni fatte in precedenza con riferimento a questi. In particolare, il successo del modello bifasico dipende dalla volontà dei giudici e degli avvocati di cooperare e di collaborare tra di loro (SCHNEIDER, *Beiträge zum neuen Zivilprozeßrecht (Teil I)*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)* 1977, Heft 10, pp. 793 ss., p. 793). L'idea del *Haupttermin* come unica udienza centrale del giudizio, ove trattare oralmente la causa ed espletare l'istruzione probatoria, proviene dal diritto processuale penale.

⁹¹ STÖTTER, *Vereinfachungsnovelle und Entlastungsgesetz (Änderung der ZPO)*, in *Monatsschrift für deutschen recht (MDR)* 1975, Heft 4, pp. 265 ss., p. 266.

⁹² V. diffusamente *infra* paragrafi 2.2.1. e 2.2.2.

⁹³ LÜKE, *ibid.*

⁹⁴ KALLWEIT, *Die Prozeßförderungspflicht der Parteien* cit., p. 1.

⁹⁵ Sulla *ZPO-Reform* del 2001 v. AYAD, *Optimierung des Rechtsschutzes und effektiverer Richtereinsatz*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP-Report)* 2000, Heft. 2, pp. 229 ss.; BAMBERGER, *Die Reform der Zivilprozessordnung – Eine Wirkungskontrolle*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2004, Heft 5, pp. 137 ss.; DÄUBLER-GMELIN, *Die Justizreform*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP-Gesetzgebungs - Report)* 2000, Heft 11, pp. 458 ss.; DAUSTER, *Eckpunkte einer Justizreform*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP-Report)* 2000, Heft. 2, pp. 338 ss.; HANNICH - MEYER-SEITZ - ENGERS (a cura di), *ZPO-Reform. Einführung – Texte – Materialien*, Köln, 2002; HAHNE, *Die große Zivilprozeßrechtsreform – ein Lagebericht*, in *ZRP* 1999, Heft 5, pp. 356 ss.; HANSENS, *Die Zivilprozessrechtsreform aus der Sicht einer Praktikers*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP-Report)* 2000, Heft. 2, pp. 226 ss.; HUBER, *Verfahren und Urteilen erster Instanz nach dem Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG)*, in *JuS* 2002, Heft 5, pp. 483 ss.; KROIB, *Das neue Zivilprozeßrecht*, Bonn, 2001; MÜNCHBACH – LOTZ, *Justizreform – Reform oder gut verkaufter Abbau des Rechtsschutzsystems?*, in *ZRP* 1999, Heft 5, pp. 374 ss.; RIMMELSPRACHER, *Verbesserung des zivilgerichtlichen Verfahrens erster Instanz*, in *ZRP* 1999, Heft 5, pp. 177 ss.; SCHNEIDER, *ZPO-Reform. Taktik, Praxis, Muster, Lexikon der Verfahrensfehler*, Recklinghausen, 2002; ID. *Praxis der neuen ZPO. Taktik, Praxis, Muster*, Recklinghausen, 2003; *Beiträge zum neuen Zivilprozeßrecht (Teil I)*, in *Monatsschrift für Deutschen Recht*

Verso la fine degli anni Novanta, nonostante i progressi fatti dal diritto processuale civile a partire dalla rivoluzionaria riforma del 1977, si avverte ancora diffusamente la necessità di apportare alla disciplina processuale ulteriori miglioramenti, dettati dai cambiamenti che l'evoluzione delle relazioni economiche e sociali ciclicamente produce, riadattando così il sistema di amministrazione della giustizia alle rinnovate circostanze ed esigenze⁹⁶.

Quello che viene avvertito come il problema principale da risolvere, in quanto crea sfiducia e insoddisfazione tra i cittadini, è la lunghezza dell'iter processuale che la legge prevede debba normalmente essere percorso al fine di giungere alla pronuncia di una sentenza definitiva. In particolare, l'organizzazione interna dei tribunali e delle loro risorse, la struttura del processo nei suoi tre gradi di giudizio e il catalogo di strumenti messi a disposizione delle parti per risolvere le proprie controversie, sono tutti elementi che, nella percezione diffusa tra i cittadini e tra gli operatori economici, rendono la giustizia civile non più capace di rispondere alle domande di tutela del diritto e, dunque, sostanzialmente inefficace.

Si torna allora a parlare di riforme che diano al processo civile il carattere dell'effettività, oltre che dell'efficienza, le quali associno il miglioramento qualitativo del contenuto della sentenza al rapido ottenimento della tutela giurisdizionale (anche esecutiva).

Nel 1998 il Governo avvia i lavori per la preparazione di un nuovo testo di riforma della *Zivilprozessordnung* e nel 1999 il Ministero della giustizia del *Bund* elabora una proposta di legge. Le discussioni in parlamento iniziano nel dicembre 2000 e proseguono per tutto il 2001. Soltanto alla fine di questo lungo percorso di elaborazione normativa – svoltosi nel pieno coinvolgimento delle organizzazioni rappresentative delle categorie degli avvocati e dei giudici, nonché dei maggiori esponenti della dottrina processualista – il giorno primo gennaio 2002 entra in vigore la *Zivilprozessreformgesetz* (in breve *ZPO-RG*)⁹⁷.

La riforma persegue dichiaratamente lo scopo politico di rendere il processo civile più vicino ai cittadini, più efficiente e più trasparente e, quindi, di attribuire, o meglio valorizzare, la sua funzione sociale di costruttore, ovvero manutentore, della pace e della certezza del diritto⁹⁸. Per fare ciò occorre anzitutto il rinnovamento strutturale dell'intero processo civile, che segua come linee guida il rafforzamento del primo grado di giudizio, la differenziazione delle funzioni dei diversi gradi di giudizio e la riorganizzazione della ripartizione del lavoro tra i diversi magistrati all'interno del medesimo tribunale.

a. Il processo civile più efficiente.

(MDR) 1977, Heft 10, pp. 793 ss.; *Beiträge zum neuen Zivilprozeßrecht (Teil II)*, in *Monatsschrift für Deutschen Recht* (MDR) 1977, Heft 11, pp. 881 ss.; *Beiträge zum neuen Zivilprozeßrecht (Teil III)*, in *Monatsschrift für Deutschen Recht* (MDR) 1977, Heft 12, pp. 969 ss.; WINTE, *Große Justizreform – Quo Vadis?*, in *ZRP* 1999, Heft 5, pp. 387 ss.

⁹⁶ DÄUBLER-GMELIN, *Reform des Zivilprozess*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP-Report)* 2000, Heft. 2, pp. 33 ss., p. 33; sui movimenti sociali, lo sviluppo dei quali ha determinato il continuo aumento del carico di lavoro dei Tribunali v. RÖHL, *Gründe und Ursprünge aktueller Geschäftsüberlaturg der Gericht aus soziologischer Sicht*, in P. GILLES (a cura di), *Effiziente Rechtsverfolgung. Deutsche Landesberichte zur VIII. Weltkonferenz für Prozessrecht in Utrecht 1987*, Heidelberg, 1987.

⁹⁷ *Gesetz zur Reform des Zivilprozess (Zivilprozessreformgesetz – ZPO-RG)* del 27-07-2001 (BGBl. I, pp. 1887 ss.), in vigore dal primo gennaio 2002.

⁹⁸ V. *supra* Capitolo secondo par. 2.2

Anzitutto, si cerca di realizzare la maggiore **efficienza** della giustizia civile attraverso un'ulteriore accelerazione del decorso del processo fino al suo esito, fino cioè alla pronuncia di una sentenza definitiva e davvero conclusiva della controversia⁹⁹. Allo scopo, viene totalmente rivista l'esatta configurazione strutturale delle funzioni di ciascun grado di giudizio, particolarmente rafforzando la prima istanza¹⁰⁰. Se, infatti, si favorisce la conclusione della controversia già in primo grado – senza dover attendere, per poter ottenere una sentenza definitiva, che sulla questione si pronuncino anche la corte d'appello e il *Bundesgerichtshof* – si produce un rinnovamento strutturale della giurisdizione civile, per sfruttare al meglio le risorse della giustizia, abbattendo l'eccessivo carico di lavoro dei tribunali.

Nella riformata configurazione dei tre gradi di giudizio, il processo di primo grado da sé solo deve assicurare alle parti la completa, accurata e approfondita analisi, in fatto e in diritto, della fattispecie oggetto della controversia e la decisione pronunciata dal giudice di prime cure deve garantire già di per sé la certezza del diritto e la realizzazione della giustizia, cosicché il vincitore possa sentirsi pienamente soddisfatto della tutela offerta con la sola sentenza di primo grado, mentre il soccombente deve poter percepire la correttezza del contenuto della sentenza, oltre che del procedimento in sé e per sé considerato.

Solo così si diffonde tra i partecipanti al giudizio l'accettazione della sentenza, mentre i ricorsi successivi al primo vengono limitati – per mezzo dell'imposizione di condizioni di ammissibilità (i c.d. “filtri”) della proposizione della domanda – e destinati a delle rinnovate funzioni, particolari e circoscritte, senza che ciò venga percepito come una violazione dei propri diritti processuali¹⁰¹. Specificatamente, l'appello diventa unicamente mezzo di *Fehlerkontrolle*¹⁰², mentre l'ammissibilità del ricorso alla revisione della sentenza da parte della *Bundesgerichtshof* è subordinata alla sussistenza di interessi superiori, di natura pubblicistica¹⁰³.

Sempre col medesimo intento di migliorare l'organizzazione del lavoro all'interno dei singoli tribunali, affinché vi sia una redistribuzione più equa degli incarichi tra i singoli magistrati appartenenti alla medesima corte e uno sfruttamento più proficuo delle risorse di personale

⁹⁹ HESS, *Effektiver Rechtsschutz vor staatlichen Gerichten aus deutscher und vergleichender Sicht*, in Gottwald (a cura di), *Effektivität des Rechtsschutzes vor staatlichen und privaten Gerichten*, Bielefeld, 2006, pp. 121 ss.

¹⁰⁰ KORNBLUM, *Für eine “lupenreine” dreistufige Zivilgerichtsbarkeit*, in *ZRP* 1999, Heft 5, pp. 382 ss.; UNBERATH, *Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform. Theorie und Praxis*, in *ZZP* 2007, Heft 3, pp. 323 ss.

¹⁰¹ DÄUBLER-GMELIN, *op. cit.*, p. 35. La giurisprudenza costante, anche costituzionale, esclude l'esistenza di un generico diritto all'impugnazione della sentenza in un grado successivo al primo nell'ordinamento processuale; v. per tutte *BVerfGE*, 11-06-1980, in *BVerfGE*, Band 54, pp. 277 ss.: la Corte Costituzionale tedesca esclude che un diritto all'impugnazione sia desumibile dal diritto di azione (art. 20 GG) o dall'art. 95 GG.

¹⁰² Il compito del giudice di appello non è più quello di occuparsi di un nuovo giudizio sulla stessa materia del contendere del primo grado, nei limiti delle domande avanzate; ora il secondo grado di giudizio serve a controllare che non vi siano errori, di fatto o di diritto, nella sentenza di primo grado e, se del caso, a correggerli con una nuova sentenza. Perciò, la causa non viene trattata nuovamente dal principio e nella sua interezza, piuttosto vengono ripresentate singole domande e viene assunta nuovamente la prova relativamente a quelle medesime domande. ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München, 2010, p. 802.

¹⁰³ A partire dalla riforma del 2001 in oggetto, la *Revision* presso il *Bundesgerichtshof* non è più un mezzo di impugnazione nell'esclusivo interesse della parte soccombente, ma è ammessa soltanto quando l'oggetto della questione sollevata in terzo grado abbia un interesse sovra-individuale. Perciò, l'accesso alla revisione è limitato, per consentire alla Corte Suprema tedesca di occuparsi solo ed esclusivamente di quelle questioni che, per il loro peso e per la loro rilevanza, possano dirsi di interesse generale e pubblicistico. ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *Zivilprozessrecht* cit., p. 819.

all'interno di ciascun tribunale¹⁰⁴, la riforma del 2001 rivede in modo decisivo e definitivo la disciplina del riparto di competenze tra il tribunale in composizione collegiale e il giudice monocratico, invertendo il rapporto regola eccezione fino a quel momento previsto dalla legge¹⁰⁵.

Ai sensi del § 348 ZPO riformato dalla *Zivilprozessreformgesetz* del 2001, la competenza del giudice monocratico per le controversie da risolvere in primo grado presso il *Landgericht* costituisce la regola generalmente applicabile per la maggior parte delle cause, mentre l'operatività del principio di collegialità delle decisioni è sostanzialmente limitato alle controversie davvero più complesse e più rilevanti.

Il cambiamento della disciplina in tema di composizione del tribunale decidente è rivoluzionario per il processo civile tedesco, perché attribuisce al giudice monocratico un'importanza e un'autonomia mai prima d'ora riconosciute¹⁰⁶. Mentre, infatti, prima del 2001 l'assegnazione della causa a un *Einzelrichter* dipendeva dall'atto di riferimento ad opera del collegio giudicante, l'attuale § 348 ZPO riconosce al giudice monocratico una competenza c.d. originaria, che non necessita cioè di essere a lui previamente riferita dall'organo collegiale perché gli deriva direttamente dalla legge. Soltanto nei casi previsti dalla legge come deroghe alla regola generale della competenza originale dell'*Einzelrichter* (§ 348, comma 1° ZPO)¹⁰⁷ ovvero nell'ipotesi di riferimento da parte del giudice

¹⁰⁴ Dalla lettera della disposizione di cui al § 348, comma 1° ZPO si desume che tutti i poteri che il *Landgericht* ha ed esercita sul processo civile, spettano legittimamente anche al giudice monocratico. § 348, comma 1°, primo periodo ZPO: «*Die Zivilkammer entscheidet durch eines ihrer Mitglieder als Einzelrichter*».

¹⁰⁵ KRAUSHAAR, *Reform der Zivilprozessordnung – Mutig oder mutwillig*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP-Gesetzgebungs-Report)* 2000, Heft 11, pp. 463 ss.

¹⁰⁶ La figura dell'*Einzelrichter* nasce con la novella del 1924 (v. Capitolo primo, paragrafo 3.2.2.), la quale tuttavia si limita a prevedere l'assegnazione a un membro del collegio del compito di preparare la causa in vista della decisione, mentre sono ben poche e di rilevanza davvero marginale le controversie che il giudice unico possa decidere. Successivamente, il *Gesetz zur Entlastung der Landgerichte und zur Vereinfachung des gerichtlichen Protokoll* del 20 dicembre 1974 (BGBl., I, p. 3651), riscrive i §§ 348 ss., introducendo la figura del giudice monocratico come organo giudiziario decidente nei giudizi ordinari di primo grado presso il *Landgericht*. I novellati §§ 348 ss. ZPO conferiscono al collegio il potere di riferire la causa al giudice monocratico, qualora questa non abbia ad oggetto questioni, di fatto o di diritto, di particolare difficoltà o di rilevanza di principio. A seguito della legge del 1974, la pratica giudiziaria assume diversi atteggiamenti. Mentre alcuni tribunali fanno ampio uso della possibilità offerta dal legislatore del 1974, altri si mostrano più reticenti. Così, per portare uniformità nella prassi applicativa dei vari tribunali del *Bund*, una nuova novella, il *Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege* del giorno 11 gennaio 1993 (BGBl., I, p. 50) trasforma la disposizione di cui al § 348 ZPO da una *Kannvorschrift* a una *Sollvorschrift*, rendendo così la competenza del giudice monocratico la regola generale. Tuttavia, il passo definitivo verso la generalizzazione della competenza dell'*Einzelrichter* per il contenzioso civile di primo grado presso il *Landgericht* non è ancora stato mosso, in quanto il giudice monocratico non era dotato di una competenza originale. Perché la causa sia decisa dal tribunale in composizione collegiale, ogni volta il collegio deve provvedere al riferimento della medesima a un membro del collegio affinché operi quale giudice monocratico. Soltanto con la riforma del 2001 si arriva finalmente a configurare legalmente la competenza originale e immediata dell'*Einzelrichter*. GRUNSKY, *vor § 348*, in STEIN/JONAS (a cura di), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 5, Tübingen, 2006, pp. 209 ss., pp. 211 ss. Per uno studio comparato sul tema si veda CAPONI, *Le riforme della giustizia italiana degli anni novanta su sfondo della giustizia civile tedesca*, in *Riv. trim. proc. civ.* 1998, pp. 579 ss.

¹⁰⁷ Il § 348, comma 1°, secondo periodo ZPO prevede due deroghe legali alla regola generale della competenza originaria del giudice monocratico: l'ipotesi in cui, secondo il *Geschäftsverteilungsplan*, la competenza spetterebbe a un magistrato in prova (*ex* § 12, comma 1° *DriG*), con meno di un anno di esperienza nel contenzioso civile; l'ipotesi in cui la controversia abbia ad oggetto una branca specifica del diritto, tra quelle ricomprese nell'elenco di cui al § 348, comma 1°, secondo periodo, n. 2 ZPO la quale, secondo il *Geschäftsverteilungsplan*, debba essere decisa da una *Spezialkammer*. In queste due ipotesi, quindi, la decisione della causa spetta al collegio. Le due deroghe appena enunciate sono a loro volta suscettibili di deroga ai sensi del § 348a, comma 1° ZPO. In assenza di competenza originaria del giudice monocratico, dovuta al fatto che si versi in una delle due ipotesi previste dal comma 1°, nn. 1-2 del § 348 ZPO, il collegio riferisce comunque la causa a un suo membro, affinché rivesta l'incarico di giudice

monocratico al tribunale in composizione collegiale (§ 348, comma 3° ZPO)¹⁰⁸, il principio di collegialità della decisione torna a prevalere.

b. Il processo civile più trasparente.

Si è visto che il processo civile più efficiente è quello che, auspicabilmente nel maggior numero di casi possibile, si conclude in primo grado con una sentenza che ripristina la certezza del diritto, dopo un'approfondita ed esaustiva analisi di tutti i punti, in fatto e in diritto, rilevanti per la decisione. Affinché il processo civile più efficiente possa davvero soddisfare le parti, sia il vincitore sia il soccombente, al punto da rendere la decisione pronunciata in primo grado accettabile e, dunque, definitiva, occorre che esso sia anche più **trasparente**, perché solo così i cittadini possono fidarsi totalmente del risultato ottenuto ovvero delle conseguenze giuridiche imposte con la sentenza pronunciata dal giudice di prime cure.

Ecco che, allora, la *Zivilprozessreformgesetz* del 2002 potenzia e valorizza al massimo i **poteri di direzione materiale** del giudice, disciplinando in un'unica norma di carattere generale i doveri del giudice di chiarimento e di indicazione nei confronti delle parti per la corretta e completa ricostruzione della fattispecie giuridica oggetto della causa¹⁰⁹.

Nonostante la ZPO ante riforma del 2002 già imponesse al giudice, ai sensi del § 139 ZPO, dei doveri di **chiarimento** nei confronti delle parti (*Aufklärungspflicht*)¹¹⁰, affinché queste

monocratico, quando la causa non presenti particolari difficoltà e/o quando la questione giuridica non abbia rilevanza di principio.

¹⁰⁸ In forza del comma 3° del § 348 ZPO, il giudice monocratico originariamente competente, in presenza delle circostanze previste dalla disposizione normativa medesima, deve obbligatoriamente rimettere la causa al collegio. Si tratta di tre distinte ipotesi: la particolare difficoltà della causa; la rilevanza di principio della questione di diritto oggetto della controversia; la richiesta congiunta delle parti. La particolare difficoltà della causa può riguardare tanto il fatto quanto il diritto dell'oggetto della controversia e consiste nella complessità rilevante e fuori dal comune della stessa. Anche la significatività di principio può riguardare un punto in fatto ovvero in diritto e consiste nella rilevanza che la questione oggetto della controversia riveste nell'ambito applicativo di riferimento e nella capacità della stessa di sfondare i confini del singolo caso concreto, per trovare un riscontro e un interesse generalizzato in un numero indeterminato e indeterminabile di altri casi.

¹⁰⁹ La riforma del 2001 ha modificato anche il § 156 ZPO, in particolare il comma secondo n. 1, per valorizzare ulteriormente il § 139 ZPO sulla *materielle Prozessleitung*. Sul § 139 ZPO riformato dalla legge del 2001: RENSEN, *Richterliche Hinweispflicht. Neutralitätspflicht und anwaltliche Vertretung als Grenzen*, in MDR 2002, Heft 20, pp. 1175 ss.; HENKE, *Die aufklärende Prozeßleitung des Zivilrichters*, in JZ 2005, Heft 21, pp. 1028 ss.; NEUHAUS, *Richterliche Hinweis- und Aufklärungspflicht der alten und neuen ZPO: Überblick und Praxishilfen*, in MDR 2002, Heft 8, pp. 438 ss.; FELLNER, *Richterliche Hinweispflichten. Die Bedeutung des § 139 ZPO für die erste und zweite Instanz*, in MDR 2004, Heft 13, pp. 728 ss.; SCHAEFER, *Was ist denn neu an der neuen Hinweispflicht*, in NJW 2002, pp. 849 ss.; RENSEN, *Die richterliche Hinweispflicht*, Bielefeld, 2002; PRÜTTING, *Die materielle Prozeßleitung*, in HEINRICH (a cura di), *Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag*, München, 2004; SCHUMANN, *Die absolute Pflicht zum richterlichen Hinweis (§ 139, Abs. 2 ZPO)*, in STÜRNER – MATSUMOTO – LÜKE – DEGUCH (a cura di), *Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2009; STICKEN, *Die „neue“ materielle Prozeßleitung (§ 139 ZPO) und die unparteilichkeit des Richters*, Köln, 2004; BORK, *§ 139 ZPO: Alter Wein in neue Schläuche? Die Veränderung die § 139 ZPO durch das ZPO-RG erfahren hat*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis 2005*, Heft 9, pp. 1139 ss.; REISCHL, *Der Umfang der richterlichen Instruktionsstätigkeit – ein Beitrag zu § 139 Abs. 1 ZPO -*, in ZJP 2003, pp. 81 ss.

¹¹⁰ Sul tema v. STÜRNER, *Die richterliche Aufklärung der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen, 1976; ID. *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess*, Tübingen, 1982; BINZ, *Anmerkungen zur richterlichen Hinweis- und Aufklärungspflicht*, in BIELEFELD – BUB – DRASDO – SEUß (a cura di), *Festschrift für Werner Merle zum 60. Geburtstag*, Berlin, 2000, pp. 91 ss.; DEUBNER, *Gedanken zur richterlichen Aufklärungs- und Hinweispflicht*, in LÜKE – JAUERNIG, *Festschrift für Gerhard Schreidermair zum 70. Geburtstag*, München, 1976, pp. 79 ss.; FISCHER, *Ausnahmen von der richterlichen Aufklärungs- und Hinweispflicht nach den §§ 139 I, 278 III ZPO*, in DRiZ 1995, pp. 264 ss. KUCHINKE, *Die vorbereitende richterliche Sachaufklärung (Hinweispflicht) in Zivil- und Verwaltungsprozeß*,

provvedessero a completare la materia del contendere, l'esercizio di tali poteri di direzione materiale del processo si limitava, nella pratica quotidiana, all'essenziale, nuocendo infine le parti stesse, le quali correvano il rischio di essere colte da una cosiddetta sentenza a sorpresa.

Con la riforma del § 139 ZPO la corresponsabilità del giudice assieme alle parti¹¹¹ per la formazione dell'oggetto della controversia, in fatto e in diritto, è esplicitata e vale in ogni stato e grado del procedimento, essendo la norma di cui al paragrafo in commento di carattere generale¹¹².

Ai sensi del novellato § 139 ZPO, il giudice deve discutere con le parti ed esporre alle stesse le circostanze di fatto e di diritto che ritiene rilevanti per la decisione, segnalando loro chiaramente l'eventuale mancanza o incompletezza di una qualche dichiarazione di importanza decisionale, in particolar modo e con maggiore attenzione nella situazione nella quale la sua valutazione circa la ricostruzione dei fatti e l'interpretazione giuridica applicabile diverga da quanto raffigurato dalle parti nelle loro dichiarazioni e difese¹¹³.

Più in particolare, la legge vuole che il giudice faccia la richiesta dei chiarimenti necessari alla parte il prima possibile, affinché questa abbia tutto il tempo necessario per provvedere a colmare opportunamente l'eventuale lacuna o a correggere le imprecisioni¹¹⁴. Con altrettanta tempestività il giudice deve dare alle parti le indicazioni mirate verso ciò che maggiormente gli interessa per decidere la causa, cosicché queste siano messe nelle condizioni di limitare le proprie dichiarazioni alle circostanze davvero rilevanti ai fini della pronuncia della sentenza. Infine, il dovere di indicazione di cui al § 139 ZPO impone altresì al giudice di segnalare e chiarire alle parti eventuali fraintendimenti emersi in corso di causa e da lui riconosciuti, talché il maggiore attivismo del potere giudiziario in primo grado può rendere evitabile l'instaurazione di un secondo grado di giudizio.

Dunque, grazie alla *materielle Prozeßleitung* giudiziale, l'oggetto della causa è introdotto con completezza nel processo il prima possibile; i chiarimenti richiesti e le indicazioni date dal giudice alle parti rendono queste ultime edotte e pienamente consapevoli di quali siano i fatti e le questioni giuridiche determinanti per la decisione, sicché esse focalizzano la propria attenzione prevalentemente sui punti davvero rilevanti senza dispersioni o fraintendimenti. I poteri di direzione materiale del giudice sono un tassello fondamentale per la configurazione della *Kooperationsmaxime* e dell'*Arbeitsgemeinschaft*: le esternazioni aperte e tempestive del giudice

in *Jus* 1967, Heft 7, pp. 295 ss.; SCHNEIDER, *Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO)*, in *Monatsschrift für Deutschen Recht (MDR)* 1968, Heft 9, pp. 721 ss.; NOWAK, *Richterliche Ausklärungspflicht und Befangenheit*, Bochum, 1991. Nel regime processuale ante riforma il c.d. *Hinweispflicht* (dovere di indicazione) non era previsto esplicitamente dal § 139 ZPO, ma era disciplinato in norme sparse della *Zivilprozessordnung*.

¹¹¹ Sui doveri delle parti relativi alla formazione dell'oggetto della controversia v. *infra* paragrafi 2.2.1. e 2.2.2.

¹¹² Concretamente, poi, la responsabilità per la ricostruzione della fattispecie rilevante per la decisione è concentrata prevalentemente nella prima istanza,

¹¹³ BUSSE, *Justizreform vor dem Abschluss*, in *NJW* 2001, Heft 21, pp. 1545 ss., p. 1545: l'ampliamento della *materielle Prozessleitung* è nell'interesse degli avvocati stessi che in questo modo ricevono le indicazioni necessarie il prima possibile. DOMS, *Neue ZPO – Umsetzung in der anwaltlichen Praxis*, in *NJW* 2002, Heft 11, pp. 777 ss., p. 778: l'ampliamento dei poteri di direzione materiale del giudice e dei corrispondenti doveri costringono a una maggiore solerzia degli avvocati, che certo non possono rimanere inattivi sperando che il giudice faccia il loro mestiere. Più sono complete le dichiarazioni di fatto degli avvocati, più il giudice ha la possibilità materiale di esercitare correttamente il proprio potere, perché conosce bene la materia del contendere e sa bene dove indirizzare le proprie indicazioni e sollecitazioni. Sulla *materielle Prozessleitung* v. anche REITER, *Materielle Prozeßleitung: Die richterliche Hinweis- und Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO)*, in *JA* 2004, Heft 3, pp. 226 ss.

¹¹⁴ GEHRLEIN, *Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO. Erinstanzlichen Verfahren und Berufung*, in *MDR* 2003, Heft. 8, pp. 421 ss., p. 422.

consentono alle parti di adempiere ai propri doveri di collaborazione in modo finalizzato e certamente proficuo¹¹⁵.

L'esercizio dei poteri (-doveri) giudiziari di direzione materiale del processo svela, invero, il pensiero del giudice, permettendo così alle parti, *rectius* ai difensori tecnici, di concentrare le proprie attività difensive e processuali su ciò che, agli occhi dell'organo giudicante, appare rilevante per la decisione. In questo senso, allora, il § 139 *ZPO* e il rafforzamento dei poteri del giudice nella direzione processuale aumentano la trasparenza del processo civile tedesco.

Il generale coinvolgimento delle parti, fin dalle prime battute del processo, sul ragionamento seguito dal giudice nella ricostruzione della fattispecie rende loro il contenuto della sentenza più trasparente, perciò il pericolo della pronuncia di una sentenza a sorpresa è alquanto ridimensionato e, in ultima analisi, la predisposizione delle parti medesime, anche di quella soccombente, all'accettazione della sentenza aumenta notevolmente¹¹⁶.

A completamento della nuova disciplina processuale in tema di *materielle Prozeßleitung* e sempre allo scopo di garantire maggiore trasparenza nel giudizio civile, è stato altresì riformato il § 279, comma 3° *ZPO*, in forza del quale le parti hanno la possibilità, una volta conclusa l'assunzione probatoria, di discutere il risultato della prova¹¹⁷. Pertanto, i poteri (-doveri) del giudice di direzione del processo si arricchiscono ulteriormente e comprendono ora l'attività di stimolo tanto del dibattito tra le parti sull'oggetto della controversia e sullo stato della causa, quanto della discussione sul risultato dell'istruzione probatoria¹¹⁸. Il fine ultimo non è solo quello di rendere le parti partecipi di una fase essenziale del proprio giudizio, quale l'esito dell'istruzione probatoria¹¹⁹, ma anche, e soprattutto, quello di renderle quanto più possibile edotte sul come il giudice stesso intenda valutare il risultato delle prove¹²⁰, cosicché davvero il processo civile possa dirsi in ogni suo stato trasparente e comprensibile.

c. Il processo civile più vicino ai cittadini.

Il terzo scopo della riforma della *Zivilprozessordnung* del 2002 è di rendere la giustizia civile più **vicina al cittadino**, per questo diventa importante risolvere i problemi legati alle debolezze o alle mancanze strutturali del processo civile, in modo che questo sia perfettamente in grado di realizzare la pace e la certezza del diritto¹²¹.

Certamente, il processo civile più vicino ai cittadini è quello più efficiente e più trasparente, pertanto è anche per conseguire tale terzo scopo della riforma, che il legislatore del 2002 ha voluto valorizzare la funzione del primo grado di giudizio, assicurando ai consociati una rapida soluzione

¹¹⁵ Sul tema v. *infra* paragrafo 2.2.

¹¹⁶ DÄUBLER-GMELIN, *op. cit.*, pp. 33 e 36.

¹¹⁷ V. Capitolo quarto, paragrafo 2.4.

¹¹⁸ Se il giudice manca di esercitare il proprio dovere potere di sollevare la discussione sul risultato della prova, commette un errore di procedimento impugnabile in appello; GEHRLEIN, *Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO cit.*, p. 423.

¹¹⁹ In ogni caso deve essere data la possibilità alle parti di incidere sull'esito della prova, avanzando le proprie rettifiche o proponendo nuove prove.

¹²⁰ Se la causa è complessa, il giudice può limitarsi a discutere con le parti i punti controversi dell'assunzione probatoria più rilevanti.

¹²¹ DÄUBLER-GMELIN, *op. cit.*, p. 33.

definitiva della controversia, e ha imposto all'organo giudiziario un maggiore attivismo e interventismo, avvicinando il giudice alle parti; ma non solo.

La vicinanza dell'amministrazione della giustizia alle esigenze del cittadino si realizza, soprattutto, con il potenziamento e la diffusione dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie¹²², in particolare cercando di incrementare le probabilità di risolvere amichevolmente la lite attraverso l'attività di conciliazione (mediazione) svolta dal giudice nel corso del processo ovvero per mezzo delle sue iniziative volte a indirizzare le parti verso percorsi diversi (alternativi) al contenzioso processuale¹²³.

Il rinnovato § 278, comma 1° ZPO conferisce al giudice il dovere di tenere in conto la composizione amichevole della controversia come strada alternativa al contenzioso in ogni stato e grado del procedimento e, correlativamente, il dovere di tentare la conciliazione della controversia, quando ciò appaia possibile e opportuno¹²⁴.

L'elemento sicuramente più rilevante, più conosciuto e, invero, spesso più criticato, del § 278 ZPO riformato con la legge del 2002 è la previsione di cui al comma 2° di una forma particolare di conciliazione giudiziaria obbligatoria¹²⁵ da tentare prima che abbia luogo la trattazione orale della causa in ogni giudizio ordinario di cognizione di primo grado, fatte salve le deroghe espressamente previste dalla norma medesima¹²⁶.

¹²² Il legislatore del 2001 riconosce i vantaggi della composizione amichevole della controversia nei seguenti fattori: la realizzazione della pace del diritto; un notevole risparmio di costi e di tempo sia per il singolo sia per l'amministrazione della giustizia intera; la continuazione del rapporto (giuridico e non) tra le parti in conflitto una volta che questo venga risolto con un accordo; la prevenzione dall'insorgere di nuove liti in futuro nel medesimo rapporto giuridico; lo sgravio del carico di lavoro dei tribunali; la possibilità di elaborare soluzioni alla controversia flessibili e dal contenuto non necessariamente giuridico. Quando si parla di composizione amichevole della controversia non si deve comunque pensare esclusivamente alla conclusione di un accordo transattivo, ma anche alla conciliazione della lite ovvero alla sua mediazione. PUKALL, *Der Zivilprozess in der Praxis*, Baden-Baden, 2006, pp. 195 ss.

¹²³ V. § 278a ZPO (*Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung*): «*Das Gericht kann den Parteien eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. Entscheiden sich die Parteien zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an*». La norma è stata introdotta dal nuovo *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung* del 26 luglio 2012 (BGBl., I, p. 1577) e non solo risponde alle esigenze di promozione della mediazione nell'ordinamento processuale in materia civile, così come richiesto dalla direttiva comunitaria 2008/52/CE, ma anche attua e specifica la regola generale di cui al § 278, comma 1° ZPO. Il giudice indirizza le parti, in modo mirato e razionale, tra i diversi metodi alternativi di risoluzione delle controversie che l'ordinamento giudiziario offre, verso quello che meglio si confà alle esigenze individuali delle parti e all'oggetto specifico della controversia nel singolo caso concreto, salvo specificare che, così come si desume dal titolo stesso della norma in esame, vi è uno spiccato *favor* dimostrato dal legislatore nei confronti della mediazione.

¹²⁴ § 278, comma 1° ZPO: «*Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein*». Invero, questa medesima disposizione esisteva già prima della riforma, prevista dal vigente § 279, comma 1° ZPO. La riforma del 2001 riscrive i §§ 278 e 279 ZPO dedicando il primo esclusivamente al procedimento di composizione amichevole della lite che può o deve instaurarsi nel corso del processo ordinario di cognizione e il secondo alla fissazione di alcune regole fondamentali per l'andamento del *Haupttermin*.

¹²⁵ § 278, comma 2° ZPO: «*Der mündlichen Verhandlung geht zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits eine Güteverhandlung voraus, es sei denn, es hat bereits ein Einigungsversuch vor einer außergerichtlichen Gütestelle stattgefunden oder die Güteverhandlung erscheint erkennbar aussichtslos. Das Gericht hat in der Güteverhandlung den Sach- und Streitstand mit den Parteien unter freier Würdigung aller Umstände zu erörtern und, soweit erforderlich, Fragen zu stellen. Die erschienenen Parteien sollen hierzu persönlich gehört werden*».

¹²⁶ Il § 278, comma 2° ZPO prevede due deroghe alla regola generale dell'obbligatorietà del tentativo di composizione amichevole della controversia. La prima deroga si ha nel caso in cui un tentativo di conciliazione abbia già avuto luogo, sebbene fuori dalle aule di tribunale e in forma di conciliazione extragiudiziale o di mediazione, e comunque sia fallito. In particolare, non trova applicazione il comma 2° della norma in commento quando, in forza della legge regionale

In particolare, la *Zivilprozessordnung* riformata prevede che al tentativo di bonaria composizione della lite debba essere dedicata necessariamente un'apposita fase del procedimento, durante la quale il giudice¹²⁷ discute con le parti personalmente l'oggetto della controversia e propone loro una soluzione amichevole alla stessa secondo la propria libera valutazione di tutte le circostanze rilevanti nel caso concreto¹²⁸.

La *ZPO-Reformgesetz* sottolinea, ora come non mai prima, l'importanza della diffusione di una "mentalità della conciliazione" e, quindi, istituzionalizza i metodi alternativi, c.d. amichevoli, di risoluzione delle controversie attraverso l'inserimento nella *Zivilprozessordnung* di un'apposita disciplina che integra il tentativo di conciliazione all'interno del processo civile di primo grado.

La *ratio* sottesa alla nuova disciplina sta nella convinzione che il buon esito della composizione amichevole della controversia in forma di accordo tra le parti, riuscita in uno stadio del giudizio possibilmente iniziale, è spesso in grado di meglio tutelare gli interessi individuali e particolari di entrambe le parti, così come la pace del diritto, rispetto a quanto possa fare, in determinate circostanze, la pronuncia di una sentenza al termine di un procedimento contenzioso.

Sicuramente di peso per la scelta del riformatore è stata altresì la valutazione degli importanti effetti di alleggerimento del carico di lavoro delle corti che il promovimento dei c.d. *ADR* è in grado generalmente di produrre (*Entlastungseffekt*).

applicativa del § 15a *EGZPO*, sia stato introdotto il tentativo obbligatorio di conciliazione attraverso un apposito ufficio istituito dall'amministrazione regionale della giustizia o comunque riconosciuto e abilitato a tale funzione, limitatamente alle controversie indicate dalla legge. Infatti, l'art. 15a *Einführungsgesetz ZPO* autorizza i singoli *Länder* a introdurre, con legge regionale, il tentativo obbligatorio di conciliazione attraverso una c.d. *Gütestelle*, riconosciuta o appositamente creata dalla *Landesjustizverwaltung*, nelle controversie elencate dal comma 1° della disposizione medesima. Per non creare sovrapposizione e inutili ripetizioni, una volta che il tentativo di risoluzione amichevole della controversia abbia già avuto luogo presso la *Gütestelle*, non occorre che esso sia ripetuto dal giudice competente a decidere la controversia, ai sensi del § 278, comma 2° *ZPO*. La seconda deroga alla regola di cui al comma 2° del paragrafo in commento opera allorché il tentativo di conciliazione appaia evidentemente privo di prospettive di successo. La valutazione di tale presupposto spetta alla discrezionalità del giudice. Quest'ultimo è libero di formare il proprio convincimento considerando tutti gli elementi utili ai fini della valutazioni che il caso concreto presenta e quindi, esemplificativamente, la litigiosità e gli interessi delle parti, l'identità soggettiva delle medesime e il loro atteggiamento nel processo, l'oggetto della controversia. Questa seconda deroga alla regola generale dell'obbligatorietà del tentativo di composizione amichevole della controversia è particolarmente importante perché volta a evitare che la *Güteverhandlung* si tramuti in una mera formalità, priva di qualsiasi effetto e utilità, e quindi, infine, venga generalmente percepita come poco funzionale. Le parti di un processo, così, finirebbero per sentirsi poco motivate a partecipare con consapevolezza e serietà al tentativo di conciliazione. Il giudice, quindi, è dotato di un potere discrezionale di scelta molto importante perché volto a rendere effettivo l'istituto della *obligatorische Güteverhandlung*.

¹²⁷ Il comma 5° del § 278 *ZPO* prevede la possibilità che il giudice rimandi le parti per la partecipazione al *Güteverhandlung* innanzi a un c.d. *Güterichter*, i.e. un giudice designato appositamente per svolgere il compito specifico di tentare la composizione amichevole del conflitto e comunque non competente a decidere la causa. Il *Güterichter* può avvalersi delle varie tecniche e dei vari metodi di risoluzione amichevole della controversia, compresa certamente la mediazione. Il comma in commento è stato modificato dal citato *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung* e istituisce normativamente la figura del *Güterichter*, un giudice ordinario, destinato a tale ufficio dal piano di riparto delle competenze redatto dal singolo tribunale. Il *Güterichter* nasce dall'esperienza della *gerichtsinterne Mediation* sperimentata in passato, a partire dal 2007 circa, da diversi tribunali del *Bund*, ma se ne distanzia per il fatto che non si tratta specificatamente di un giudice mediatore che opera all'interno del tribunale, quanto piuttosto più genericamente di un giudice incaricato di comporre amichevolmente la controversia, con qualunque tecnica di conciliazione, non solo la mediazione. Sulla *gerichtsinterne Mediation* v. von BARGEN, *Gerichtsinterne Mediation. Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt*, Tübingen, 2008.

¹²⁸ È importante che prima dell'udienza dedicata al tentativo di composizione amichevole della lite (*Güteverhandlung*), il giudice abbia una conoscenza quanto più completa possibile dell'oggetto della controversia.

La scelta del legislatore della riforma di istituzionalizzare nell'ordinamento giuridico processuale tedesco i metodi alternativi di risoluzione delle controversie è di fondamentale rilievo, in quanto ha elevato la "filosofia della conciliazione" al rango di **principio fondamentale del processo** (*Prozeßmaxime*), da garantire e tutelare¹²⁹.

Così facendo, invero, il riformatore tedesco del 2002 ha mosso il primo importante passo verso una strada che poi, negli anni successivi, si dimostra essere molto esplorata e battuta, in tutta Europa, dalle legislazioni e dagli operatori del diritto. Ci si riferisce, in particolare, al fenomeno giuridico – che può essere considerato un vero e proprio *trend* tuttora in continua crescita ed evoluzione – della mediazione e delle tecniche analoghe per la risoluzione amichevole delle controversie, dentro e fuori da le aule di tribunale¹³⁰.

Il giudice tedesco, dunque, a partire dalla novella del 2002, ha un nuovo compito, di rilevanza tutt'altro che marginale e che si affianca a quello tipico di condurre il procedimento contenzioso fino alla pronuncia della sentenza; si tratta dell'attività volta alla risoluzione amichevole dell'intera lite o di solo alcune parti di essa¹³¹. Il potere giudiziario è allora chiamato dalla legge ad acquisire piena consapevolezza circa l'importante funzione sociale che egli riveste ogni qual volta, col suo lavoro, ricostituisce la pace e la certezza del diritto.

1.3.1. Osservazioni conclusive.

In conclusione, la *Zivilprozessreformgesetz* del 2002 è stata pensata per offrire nuove possibilità di miglioramento e di modernizzazione della giustizia civile e, complessivamente, è generalmente valutata in termini positivi, soprattutto con riferimento agli ottimi risultati conseguiti dalla nuova disciplina delle impugnazioni e anche con riferimento all'importante valorizzazione dei poteri di direzione materiale del giudice nel processo civile. Ciò che sicuramente ha costituito il presupposto imprescindibile per il successo della riforma è stata la circostanza che la magistratura si sia impegnata seriamente, nella pratica quotidiana, a mettere in pratica i poteri e i compiti che la legge le assegna nell'interesse del giusto processo e della giusta sentenza¹³².

2. Le Prozessmaximen nel processo civile riformato.

2.1. L'oralità e la concentrazione del rito.

¹²⁹ ENGER, § 278, in HANNICH - MEYER-SEITZ (a cura di), *ZPO - Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz*, München, 2002, p. 58.

¹³⁰ Con il *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung* (in breve *Mediationsgesetz*) del 26 luglio 2012 sopra citato (n. 106), il legislatore tedesco ha dato attuazione alla direttiva comunitaria n. 52 del 21 maggio 2008 e regola alcuni aspetti della mediazione civile con legge ordinaria (la definizione di mediazione, l'ambito di applicazione della stessa, la professionalità e la formazione dei mediatori, il promovimento della mediazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie, ecc.).

¹³¹ In realtà, il potere di direzione processuale del giudice previsto e disciplinato dal § 278 *ZPO*, pacificamente classificato come di tipo materiale, svolge una funzione molto importante, che va ben oltre la sola risoluzione amichevole della controversia. La *Güteverhandlung*, infatti, serve anche a preparare il processo in vista del *Haupttermin*, definendo con completezza l'oggetto della causa e inducendo le parti a precisare la propria posizione e a perfezionare le proprie pretese e i propri atti difensivi.

¹³² V. BUSSE, *Justizreform vor dem Abschluss* cit., p. 1547; DOMS, *Neue ZPO – Umsetzung in der anwaltlichen Praxis*, in *NJW* 2002, Heft 11, pp. 777 ss., p. 777.

Il **principio di oralità** esprime la regola processuale generale in forza della quale il giudice decide la causa soltanto in base a quanto emerso dalla trattazione orale della controversia¹³³ – in tutti i suoi aspetti, dalle deduzioni di parte all’assunzione probatoria – e le parti, per far sì che le proprie pretese vengano prese davvero in considerazione dal giudice ai fini della decisione, devono avanzarle oralmente, anche riproponendo in forma verbale quanto già sostanzialmente affermato negli atti scritti¹³⁴.

La maggior parte delle legislazioni processuali prevede che il principio di oralità operi nella fase di trattazione della causa, in quanto esso comporta tutta una serie di rilevanti vantaggi pratici e favorisce la tutela effettiva delle garanzie processuali e costituzionali.

Infatti, l’oralità consente maggiore chiarezza e naturalezza nella trattazione della causa, adattando il dialogo alle esigenze del singolo caso concreto, facilita il lavoro del giudice nell’organizzazione e nella preparazione del materiale decisivo, favorisce la scoperta della verità e la pronuncia di una decisione giusta, in quanto allontana la menzogna e gli atteggiamenti vessatori dal processo, attua il principio di pubblicità, con l’effetto riflesso di aumentare la fiducia delle parti nei confronti del giudice, quando la competenza a decidere la causa sia del collegio, realizza l’immediatezza ed è, senza dubbio, uno degli strumenti più efficaci di attuazione del diritto costituzionale ad essere ascoltato dal giudice di cui all’art. 103, comma 1° *GG*¹³⁵.

Inoltre, è dato acquisito che il processo civile prevalentemente orale, oltre a essere certamente più idoneo a salvaguardare gli interessi processuali e individuali delle parti, è anche solitamente più rapido di quello che si svolge in forma totalmente scritta, in quanto il contatto diretto tra i vari soggetti processuali – l’attore, il convenuto, il giudice, i testimoni e il consulente tecnico – crea la possibilità materiale di chiarire la fattispecie molto più facilmente e rapidamente di quanto non avvenga con il semplice scambio di scritti, con il quale, al contrario, aumenta solitamente il rischio di lungaggini, oltre che di complicazioni dovute a fraintendimenti¹³⁶.

L’oralità non è soltanto un principio generale ispiratore dell’ordinamento processuale civile tedesco, ma è anche e più propriamente l’elemento centrale, focale, dell’intero processo ordinario di cognizione, disciplinato dalla *ZPO* tedesca¹³⁷. Infatti, la legge pone la discussione orale della causa al centro dell’iter processuale, come cuore dello stesso¹³⁸, e tutela esplicitamente il principio di

¹³³ Cfr. §§ 101, comma 1° *VwGO*, 90, comma 1° *FGO*, 124, comma 1° *SGG*; GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, Bielefeld, 1974, p. 213. ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *op. cit.*, p. 412: «Die mündliche Verhandlung ist der Zeitpunkt für die Vornahme von Prozesshandlungen, vor allem für das Parteivorbringen, aber auch für die Beweisaufnahme und andere richterliche Handlungen (z.B. die mündliche Verkündung der Urteil)».

¹³⁴ BGH, *JZ* 1978, p. 689: «Keine Urteil ohne mündliche Verhandlung»; BAUR - GRUNSKY, *Zivilprozeßrecht*, Berlin, 1997, p. 36.

¹³⁵ ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *op. cit.*, p. 413.

¹³⁶ GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts* cit., pp. 214-215.

¹³⁷ Sull’evoluzione dei principi di oralità nel diritto processuale civile tedesco v. ARENS, *Mündlichkeitsprinzip und Prozeßbeschleunigung im Zivilprozeß*, Berlin, 1971. Naturalmente, l’oralità in oggetto non è la *volle Mündlichkeit*, ma è quella solo parziale. Perciò, il procedimento presenta elementi sia scritti sia orali. Quello che cambia, tra i vari ordinamenti processuali civili, di Paese in Paese, è il rapporto di forze tra l’uno e l’altro carattere. La Germania sceglie di riservare notevole importanza allo scritto nella fase preparatoria e di allestimento della causa, facendo invece prevalere l’oralità ai fini di trattazione e istruzione probatoria della causa. (BAUR - GRUNSKY, *Zivilprozeßrecht* cit., p. 37). Vale la pena sottolineare che il § 128, comma 1° *ZPO* non è una semplice norma manifesto, e il principio di oralità non è testualmente dichiarato e poi praticamente disapplicato; esso è invece attentamente rispettato.

¹³⁸ Mi riferisco specificamente al *Haupttermin*, l’udienza di trattazione orale unica e conclusiva della controversia.

oralità nella trattazione al § 128, comma 1° ZPO e al § 164 GVG¹³⁹, pur dovendo specificare il fatto che tale principio non è oggetto di esplicita garanzia costituzionale¹⁴⁰.

Nella consapevolezza dei vantaggi che l'oralità porta seco, la *Vereinfachungsnovelle* del 1977 ne ha fatto uso quale strumento di velocizzazione del processo¹⁴¹. La discussione dell'oggetto della controversia nella dialettica sviluppata all'interno del *Haupttermin*, lo scambio diretto di argomenti contrari sui punti maggiormente controversi, sia in fatto sia in diritto, il contatto diretto del giudice con i soggetti processuali sono tutti elementi che aiutano a rendere la causa matura per la decisione¹⁴². Più in generale, l'oralità, se pienamente rispettata, accelera la trattazione e rende il processo più chiaro e comprensibile¹⁴³.

Anche la successiva *ZPO-Reformgesetz* del 2001 ha sfruttato l'oralità per il perseguimento dei propri scopi. In particolare, il comma 2°, sul tentativo obbligatorio di composizione amichevole della controversia, e il comma 3° del § 278 ZPO impongono al giudice, quale vero e proprio dovere di direzione processuale, di disporre la comparizione personale delle parti per ascoltarle personalmente e di discutere (oralmente) con loro e i loro rispettivi avvocati l'oggetto della controversia, nonché di porre alle parti, nel corso del dialogo aperto e immediato, le domande necessarie per trovare una soluzione amichevole alla lite.

Ecco che, da questo particolare punto di vista, l'oralità è anche strumento di alleggerimento del carico di lavoro dei tribunali per mezzo del promovimento dei metodi amichevoli di risoluzione delle controversie.

2.1.1. Il principio di oralità e i poteri di direzione processuale del giudice: il § 128, comma 1° ZPO (segue);

Come già anticipato, il principio di oralità nella trattazione della controversia è sancito esplicitamente dal diritto processuale civile tedesco nel § 128, comma 1° ZPO, in forza del quale nessuna sentenza può essere pronunciata se le parti non abbiano prima esposto oralmente il materiale decisivo al giudice, e non abbiano discusso e trattato con quest'ultimo e nel contraddittorio tra di loro l'oggetto della causa; d'altro canto, la decisione del giudice può basarsi esclusivamente su ciò che è stato previamente discusso oralmente e su tutto quanto è emerso dalla trattazione orale, naturalmente prendendo in considerazione solo il materiale decisivo che le parti hanno introdotto nel dibattito¹⁴⁴.

¹³⁹ Salvo specificare poi che il principio di oralità non è garantito senza eccezioni per tutti i procedimenti e in ogni fase del processo; la pubblicità, così come l'oralità, può venir meno quando ciò sia necessario per far prevalere interessi superiori ovvero per ragioni di economia processuale. GERKEN, § 128, in WIECZOREK – SCHÜTZE (a cura di), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, Band 2, Berlin, 2013, pp. 1-2.

¹⁴⁰ Ciò non toglie che il principio di oralità sia chiaramente legato da un stretto vincolo di funzionalità con talune garanzie costituzionali e di diritto internazionale, quali il diritto ad essere ascoltato dal giudice *ex art.* 103, comma 1° GG e il principio di pubblicità, sancito dall'art. 6 CEDU.

¹⁴¹ ARENS, *Mündlichkeitsprinzip* cit., pp. 35 ss.

¹⁴² LEIPOLD, § 128, in STEIN/JONAS (a cura di), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, Tübingen, 2013, p. 125; WAGNER, § 128, in KRÜGER – RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, München, 2013, pp. 1033-1034.

¹⁴³ LEIPOLD, § 128 cit., p. 125.

¹⁴⁴ Salvo quanto previsto dal § 139, comma 5°, ZPO; GERKEN, *op. cit.*, p. 2. V. BURCHARDT, *Das Verfahren ohne mündliche Verhandlung. § 128, Abs., 2 ZPO*, Frankfurt an Mai, 1974, p. 17: le parti devono portare l'intero materiale

Il principio di oralità nella trattazione di cui al § 128, comma 1° *ZPO* offre particolari spunti di riflessione, per quanto qui interessa, con riferimento specifico, tra le altre cose, all'esercizio dei **poteri di direzione processuale** del giudice.

Anzitutto, si è visto che l'attenta applicazione del § 128, comma 1° *ZPO* assicura al giudice una rappresentazione più diretta e più vicina alla realtà non solo degli accadimenti oggetto del giudizio, ma anche degli interessi individuali, giuridici e non, che la singola controversia mette in gioco ovvero sottende¹⁴⁵. L'immediatezza, che caratterizza la trattazione orale, consente allora, per tramite del rapporto diretto tra il giudice e l'oggetto della causa, di colmare velocemente e facilmente eventuali lacune o di risolvere certe contraddizioni che possono presentarsi in seguito all'avvenuto scambio degli scritti iniziali, facilitando l'esercizio da parte del giudice dei propri **poteri di direzione materiale** del procedimento.

In secondo luogo, l'oralità nella trattazione esercita una certa qual influenza sull'esercizio dei **poteri di direzione formale** del giudice nel processo. Poiché la discussione diretta tra le parti e il giudice può dimostrarsi talvolta, alla luce delle circostanze del caso concreto, lo strumento più efficace per la raccolta del materiale decisivo nella prima fase preparatoria del procedimento e in vista del *Haupttermin*, in tali circostanze il giudice deve esercitare i propri poteri di direzione formale del procedimento scegliendo la forma orale di preparazione dell'udienza centrale di trattazione (*früher erster Termin*), da preferire rispetto al procedimento pre-processuale scritto (*schriftliches Vorverfahren*)¹⁴⁶.

La relazione tra il principio dell'oralità e i poteri di direzione processuale del giudice non è tuttavia a senso unico. Tanto l'oralità influenza i poteri di direzione formale e materiale del processo quanto questi stessi poteri condizionano la buona riuscita e la produzione dei vantaggi tipici dell'oralità nella trattazione. In altre parole, l'attivismo del giudice nella conduzione del procedimento e, soprattutto, del *Haupttermin* ha un rilievo fondamentale per la trattazione orale della causa, perché ne condiziona l'efficacia e l'efficienza.

Così, ai sensi del § 136 *ZPO*, l'apertura e la direzione della discussione spettano, a seconda della competenza, rispettivamente al presidente del collegio e al giudice monocratico, i quali devono vigilare sul rispetto delle forme di legge e dell'ordine logico e cronologico per il compimento degli atti processuali imposto dal § 137 *ZPO*¹⁴⁷. Al giudice, presidente del collegio o giudice monocratico, spettano altresì il potere di dare e togliere la parola¹⁴⁸ e i poteri di "polizia" per garantire il corso ordinato del dibattimento (*Sitzungspolizei*¹⁴⁹: §§ 176 ss. *GVG*). Egli si preoccupa di fare in modo che l'udienza di trattazione prosegua senza interruzioni, salvo ordinare, quando

processuale esponendolo oralmente nell'udienza di trattazione della causa, con la conseguenza che il giudice può prendere una decisione solo sulla base della trattazione orale e ha il potere-dovere di valutare per la decisione tutti, ma solo, quegli elementi che la parte ha portato in tale udienza quale materiale decisivo.

¹⁴⁵ LEIPOLD, *op. cit.*, p. 126.

¹⁴⁶ § 272 *ZPO*, sul tema v. *infra* nel dettaglio Capitolo quarto, paragrafo 2.2.1., GERKEN, § 128 cit., pp. 2-3.

¹⁴⁷ LEIPOLD, § 136, in STEIN - JONAS (a cura di), *Kommentar zur Zivilprozessordnung* cit., p. 209; WAGNER, § 136, in KRÜGER - RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, München, 2013, pp. 1053 ss.

¹⁴⁸ Nell'esercizio di tale potere, il giudice deve preservare il diritto costituzionale ad essere ascoltati, di cui all'art. 103, comma 1° *GG*, il quale di per sé non è violato dalla norma; una tale violazione si verifica se alla parte non viene affatto concessa la parola nel corso della trattazione.

¹⁴⁹ Sul tema v. LEVIN, *Richterliche Prozeßleitung und Sitzungspolizei in Theorie und Praxis* cit.

necessario, delle semplici pause, ed è, infine, corresponsabile, assieme al cancelliere, nella redazione del verbale di udienza. Si tratta, in generale, di un insieme di poteri **discrezionali**, di **direzione formale** del processo, volto alla discussione disciplinata, razionale e concentrata della causa.

Nell'esercizio del più tipico tra i suoi poteri di direzione formale del processo, *i.e.* la fissazione dei termini, della data e dell'orario di udienza, il giudice deve sempre tenere bene in mente che l'oralità nella trattazione, per produrre i propri vantaggi tipici, deve consistere in un vero e proprio dibattito pieno e dinamico, pertanto deve essere calcolato il tempo sufficiente perché le parti possano esporre tutto quanto serva per sostenere le proprie ragioni e il giudice possa partecipare attivamente nella dialettica processuale¹⁵⁰.

Infatti, il § 137, comma 2° *ZPO*, che regola lo svolgimento dell'udienza di trattazione orale, sancisce che proprio tale fondamentale udienza deve consistere necessariamente nel dibattito tra le parti – durante il quale deve essere illustrato l'intero oggetto della causa, sia in fatto sia in diritto e deve essere assunta la prova ammessa e dedotta¹⁵¹ – in forma di un libero scambio di battute, mentre l'accesso degli scritti alla detta udienza di trattazione è circoscritto alle circostanze di cui al comma 3° della medesima norma¹⁵². È piuttosto ovvio che il dibattito così immaginato dal legislatore inevitabilmente richieda un lasso temporale adeguato e attentamente calcolato¹⁵³.

Con riguardo, invece, ai **poteri di direzione materiale** del processo, in rapporto funzionale col principio di oralità nella trattazione, particolare peso riveste l'audizione personale delle parti: esercitando i propri poteri di direzione materiale sul procedimento, il giudice instaura il dialogo diretto e immediato con la parte personalmente, valorizzando così l'oralità nella trattazione e nella cognizione dell'oggetto della causa.

Ai sensi del comma 4°, § 137 *ZPO*, viene dichiaratamente specificato che, anche nel processo con l'assistenza obbligatoria del difensore tecnico, alle parti deve comunque essere data la parola,

¹⁵⁰ LEIPOLD, *op. cit.*, p. 126; v. Capitolo quarto, paragrafo 2.2.2.

¹⁵¹ Proprio il *Rechtsgespräch* tra il giudice e le parti è il momento più importante del dibattito nell'udienza di trattazione, perché da questo gli avvocati possono anche capire se nella loro esposizione vi sia stato qualcosa di frastuono o non pienamente colto dal giudice, provvedendo così, se del caso, a eventuali chiarificazioni e integrazioni. V. Capitolo quarto, paragrafo 2.4.

¹⁵² Fanno eccezione alla regola generale di cui al comma 2° del § 137 *ZPO* i documenti che rilevano per il loro contenuto letterale ai fini dell'accoglimento della propria domanda o eccezione, come può essere un testamento (comma terzo, seconda parte). L'altra eccezione alla detta regola è quella prevista dalla prima parte del 3° comma, § 137 *ZPO*, in forza del quale è possibile che la domanda orale sia sostituita dal riferimento al contenuto di un determinato documento, a condizione che controparte dia il proprio consenso e che il giudice lo ritenga opportuno. Nella pratica giudiziaria, quest'ultima deroga all'oralità è divenuta poi in realtà la regola, ritenendo spesso inopportuna e non necessaria la ripetizione pedissequa e meccanica di quanto già contenuto negli scritti; eppure, si deve sottolineare in questa sede il ruolo del giudice che, nell'esercizio dei propri **poteri di direzione formale** del processo, sceglie discrezionalmente se far entrare o meno lo scritto nell'udienza di trattazione orale, temperando così i poteri delle parti sulla struttura del processo e sulla modalità del suo andamento.

¹⁵³ Non si deve pensare che la scelta del legislatore per il libero dibattito tra le parti produca come effetto un allungamento dei tempi del processo. Infatti, ad evitare che la trattazione della causa si dilunghi in discorsi interminabili vi sono sia l'attenta preparazione dell'udienza principale di trattazione, che ne delimita il perimetro, sia il ruolo attivo del giudice nella direzione del processo.

attuando così nel processo civile il diritto costituzionale ad essere ascoltato dal giudice *ex art. 103*, comma 1° *GG*¹⁵⁴.

Il § 141, comma 1° *ZPO*, prevede e disciplina il potere del giudice di disporre l'ordine di comparizione personale delle parti per interrogarle – informalmente e con finalità di chiarimento e specificazione¹⁵⁵ – sulle loro affermazioni di fatto, ogniqualvolta vi siano lacune, imprecisioni o contraddizioni che rendano incomplete o poco chiare le dichiarazioni di parte, sicché la loro audizione appare necessaria per la delucidazione della fattispecie. Tale potere rientra, certamente, tra quelli di direzione processuale, specificamente materiale, per l'adeguata organizzazione del materiale decisorio emerso, o comunque fatto emergere grazie all'intervento del giudice, nel corso del procedimento, e per la corretta ed equa amministrazione della condotta processuale delle parti¹⁵⁶.

A seguito dell'entrata in vigore della *Vereinfachungsnovelle* del 1977 – che ha convertito la disposizione in esame da una *Kann-* a una *Sollvorschrift*, con lo scopo precipuo di accelerare il processo – il giudice ha invero il dovere di disporre la comparizione personale della parte, se, alla luce delle circostanze del caso concreto, ciò appaia necessario o utile per il chiarimento della fattispecie. Si tratta, insomma, del potere d'ufficio del giudice di valutare discrezionalmente se determinate ragioni, reali e circostanziate, di necessità o di opportunità, rendano obbligatoria la disposizione dell'ordine di comparizione delle parti (*pflichtgemäßes Ermessen vom Amts wegen*).

In conclusione si può dunque constatare che, se è vero, da un lato, che il principio d'oralità nella trattazione condiziona necessariamente in una certa maniera la condotta del giudice nel processo, dall'altro lato, è innegabile che, per la corretta applicazione della regola processuale dell'oralità nel procedimento, è di fondamentale importanza che il giudice non si limiti ad ascoltare passivamente ciò che le parti hanno da dire, seguendo silenziosamente la loro esposizione. Piuttosto, egli si deve attivare per dare effettività e applicazione concreta a detto principio. I vantaggi della trattazione orale, specificatamente la rapidità e la concentrazione della risoluzione della controversia, si producono soltanto se il giudice è in grado, con la sua partecipazione attiva, di farli fruttare¹⁵⁷.

2.1.2. il procedimento scritto ex § 128, comma 2° ZPO.

Il principio generale della trattazione orale della causa affermato dal § 128, comma 1° *ZPO* trova la sua deroga più importante nel comma successivo della medesima norma. Il comma secondo del § 128 *ZPO*, prevede, infatti, che la pronuncia della sentenza possa avvenire anche se la materia del contendere non sia stata fatta oggetto di una previa discussione orale¹⁵⁸. La norma è stata introdotta

¹⁵⁴ Non è da trascurare il dato oggettivo che, dando la possibilità alla parte personalmente di prendere la parola nel corso dell'udienza di trattazione della propria causa, essa ha l'impressione di poter davvero influire sul corso del proprio processo, aumentando in generale la fiducia dei consociati nella corretta amministrazione della giustizia.

¹⁵⁵ L'istituto processuale in esame non ha affatto natura e finalità probatoria (come invece la *Parteivernehmung* di cui ai §§ 445 ss. *ZPO*), ma svolge esclusivamente il compito di raccolta e completamento del materiale decisorio, talché esso riveste particolare importanza nella fase preparatoria della causa (v. § 273, comma 1°, n. 3 *ZPO*; sul tema v. *infra* Capitolo quarto par. 2.3.)

¹⁵⁶ Soprattutto in presenza di diseguglianze delle parti, attuando così il diritto costituzionale all'eguaglianza processuale di cui all'art. 3 *GG* (*Waffengleichheit*).

¹⁵⁷ GERKEN, *op. cit.*, p. 4.

¹⁵⁸ Nonostante l'assenza di oralità, anche nel processo senza trattazione orale di cui al § 128, comma 2° *ZPO*, la trattazione della causa costituisce la fase centrale del procedimento, perché è da essa che scaturisce il fondamento della

con la novella del 1950 allo scopo di accelerare e semplificare il procedimento, laddove vi siano maggiore probabilità ed effettiva possibilità di raggiungere tale obiettivo, sfruttando la scrittura al posto della discussione orale¹⁵⁹.

La *ratio* della norma risiede, dunque, nell'esigenza di razionalità nell'applicazione del principio di oralità stesso: ogniqualvolta, alla luce delle circostanze del caso concreto, l'oralità pura crei in realtà un inutile ritardo nella trattazione e disagi nella conduzione del procedimento, che facilmente potrebbero essere evitati attraverso l'utilizzo della scrittura per trattare la causa, ecco che la *Prozeßmaxime* dell'oralità arretra innanzi al dato oggettivo della realtà della singola situazione di fatto¹⁶⁰. La flessibilità del dato normativo impedisce che un principio processuale posto nell'interesse della maggiore efficienza della giustizia civile, conduca invero al risultato esattamente opposto, a causa di una mera forzatura della lettera della norma ovvero della rigidità della legge.

L'applicazione della disposizione in esame presuppone sia l'accordo congiunto delle parti sia il consenso del giudice che discrezionalmente, alla luce delle particolari circostanze del caso concreto, ritenga la trattazione scritta più appropriata di quella orale. Ulteriore presupposto di applicabilità della deroga in oggetto è che la controversia non sia ancora matura per la decisione, ai sensi dei §§ 300 e 301, comma 1° *ZPO* (cosa che accade, per esempio, quando una precedente trattazione orale della causa abbia già ampiamente preparato il terreno per la decisione del giudice sulla controversia)¹⁶¹.

Come si può notare, le condizioni di applicabilità della deroga al principio di oralità nella trattazione non consistono in presupposti particolari o eccezionali né in specifici requisiti di ammissibilità della richiesta, ma, al contrario, esse sono piuttosto generiche. La stessa volontà congiunta delle parti non richiede forme particolari per essere espressa, purché sia tale da rendere assolutamente chiara e riconoscibile la decisione di voler derogare al principio di oralità, rinunciando a un proprio diritto processuale, talché la detta volontà può essere espressa anche solo verbalmente¹⁶².

L'accordo congiunto delle parti è requisito necessario ma non sufficiente per l'applicabilità del comma secondo del § 128 *ZPO*. Perché il procedimento possa svolgersi in forma totalmente scritta, come si è già anticipato, serve altresì che il giudice ritenga opportuno e conveniente che il processo prosegua senza trattazione orale. La lettera della norma è chiara nell'affidare alla libera valutazione discrezionale del giudice la decisione del se scegliere un modello procedimentale nel quale la pronuncia della sentenza non sia preceduta dalla trattazione orale della causa, senza che l'accordo delle parti vincoli in alcun modo tale deliberazione giudiziale¹⁶³.

Il consenso del giudice consiste allora, evidentemente, nell'esercizio del **potere discrezionale** di scelta tra due alternativi modi di dirigere il procedimento, e, dunque nell'esercizio di un potere **di**

decisione. La differenza rispetto al procedimento con la trattazione orale consiste soltanto nel fatto che le parti, invece di portare nel processo il materiale decisorio con il dibattito, lo fanno per tramite degli scritti.

¹⁵⁹ LEIPOLD, § 128 cit., p. 134.

¹⁶⁰ BURCHARDT, *Das Verfahren ohne mündliche Verhandlung* cit., p. 20.

¹⁶¹ GERKEN, *op. cit.*, pp. 7-8; BURCHARDT, *op. cit.*, p. 21.

¹⁶² BURCHARDT, *op. cit.*, p. 22 e pp. 65 ss

¹⁶³ L'accordo delle parti non costituisce nemmeno un criterio guida per il giudice nell'esercizio del proprio potere discrezionale.

direzione formale del processo¹⁶⁴. Ogni qualvolta, infatti, al giudice viene affidata la competenza di occuparsi dell'avanzamento del corso del processo e del modo di procedere in giudizio, ossia di decidere il lecito e opportuno decorso del procedimento, egli, nell'esercitare tale sua competenza, non fa altro se non adottare delle disposizioni di direzione formale¹⁶⁵,

La decisione giudiziale di direzione del processo in esame (*prozeßleitende Entscheidung*), in quanto esercizio di una discrezionalità legata al compito e al ruolo istituzionale del giudice (*Verfahrensermessen*), può essere presa piuttosto liberamente. La libertà di risoluzione del giudice nella conduzione e nella gestione del processo (*Handlungsfreiheit*) si spiega considerando che proprio l'affidamento al giudice della scelta, libera da vincoli legali, della forma del procedimento e della modalità della sua conduzione, consente all'organo giudiziario, legittimo titolare dei **poteri di direzione formale** del processo, di allestire al meglio la singola causa, adattando la struttura del processo alle esigenze reali del singolo caso concreto, in una prospettiva di maggiore efficienza ed economicità del processo intero¹⁶⁶.

La legge non restringe i confini dei poteri di direzione formale del processo del giudice con un elenco tassativo di ipotesi in cui privilegiare la scrittura rispetto all'oralità nel procedimento, né assegna dei criteri specifici normativi che guidino la scelta discrezionale dell'organo giudiziario, semplicemente si limita a prevedere, con la disposizione di cui al comma 2° del § 128 ZPO, un'ulteriore possibile alternativa, tra le tante, nel modo di condurre il procedimento e nella direzione formale del processo¹⁶⁷.

I criteri di esercizio del potere discrezionale di direzione formale del processo sono fondamentalmente criteri di opportunità: il giudice deve chiedersi quale sia la forma della trattazione della causa che, nel caso concreto, porti a una più veloce ed effettiva risoluzione della controversia¹⁶⁸. Se la risposta a tale domanda è che il processo senza trattazione orale della causa, nel singolo caso concreto, sia in grado di semplificare e accelerare significativamente il procedimento, e di arrecare molto probabilmente più vantaggi alle parti e all'ordinamento intero rispetto al processo con la trattazione orale, allora il giudice deve accogliere la richiesta delle parti.

Certamente, rispondere a tale domanda è tutt'altro che semplice e immediato, e presuppone necessariamente la previa verifica della sussistenza o meno di alcune importanti circostanze: la chiarezza nell'esposizione della fattispecie; il disaccordo delle parti su talune affermazioni, da ritenersi dunque ancora controverse; la necessità della prova per dimostrare determinati fatti rilevanti per la decisione¹⁶⁹; l'adeguata tutela del diritto al contraddittorio, con il corretto esercizio da parte del giudice dei propri doveri di chiarificazione e d'indicazione¹⁷⁰.

¹⁶⁴ BURCHARDT, *op. cit.*, p. 145; STIECKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Köln, 2002, p. 550.

¹⁶⁵ BURCHARDT, *op. cit.*, pp. 145-146, la natura giuridica della decisione del giudice è una *prozeßleitende Anordnung*.

¹⁶⁶ BURCHARDT, *op. cit.*, pp. 152-153.

¹⁶⁷ STIECKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens cit.*, pp. 554-555

¹⁶⁸ STIECKELBROCK, *op. cit.*, p. 555.

¹⁶⁹ STIECKELBROCK, *op. cit.*, p. 555.

¹⁷⁰ BGH, NJW 1992, pp. 2146-2147; il § 128, comma 2° ZPO vuole solo realizzare una facilitazione laddove il *rechtliches Gehörs* sia stato sufficientemente tutelato e la continuazione della trattazione si configuri come una mera questione di forma.

Il giudice deve tenere in conto altresì, nella sua valutazione discrezionale, il carattere eccezionale del processo senza dibattimento orale e gli eventuali rischi, che possono derivare alle parti dall'assenza della trattazione orale. D'altronde, il principio di oralità è posto anzitutto a presidio degli interessi delle medesime parti, e non è soltanto un'antica *Prozeßmaxime* volta alla realizzazione della maggiore efficienza del processo¹⁷¹. Perciò, anche laddove la trattazione orale della causa sia davvero il motivo del ritardo nel decorso del procedimento, comunque la richiesta delle parti di applicare il comma secondo del § 128 ZPO deve essere rigettata dal giudice, se, a suo giudizio, l'oralità sia necessaria per dare piena tutela nel singolo processo ai diritti fondamentali processuali, quali il diritto al giusto processo e il diritto a essere ascoltato in giudizio.

La privazione, per forza di legge, del potere delle parti di influire sul decorso e sul modo d'essere del procedimento può assumere in certi casi un significato velatamente assistenziale. Il giudice rigetta la richiesta delle parti di risolvere la controversia senza una previa trattazione orale qualora, secondo la propria valutazione discrezionale, la rinuncia che le parti vogliono fare all'oralità non sia pienamente consapevole, in quanto fatta ignorando o sottovalutando i rischi e le maggiori incertezze che un procedimento integralmente scritto può comportare, mentre la loro scelta è guidata esclusivamente dal desiderio di tagliare i tempi del processo e di anticipare il momento della pronuncia della sentenza.

Ecco che, in questo caso, il giudice che esercita correttamente i propri poteri di direzione formale svolge un compito anche sociale, non soltanto giurisdizionale, perché, rifiutando la richiesta delle parti, le rende edotte del valore dei principi processuali a cui vorrebbero rinunciare, quali appunto l'oralità e l'immediatezza, e delle garanzie che queste ultime generano a tutela dei loro diritti processuali. Là dove le parti non hanno piena coscienza dell'importanza delle *Verfahrensgrundsetze* poste a tutela delle loro prerogative processuali, il giudice rimedia, preferendo pronunciare la sentenza soltanto dopo aver ascoltato il dibattimento e partecipato alla trattazione della causa¹⁷².

Dal punto di vista prettamente formale, il potere giurisdizionale in oggetto è di competenza del collegio, solo eccezionalmente può essere esercitato dal solo presidente del collegio. Il provvedimento del giudice non deve rivestire alcuna forma particolare, perciò la decisione di cui al § 128, comma 2° ZPO può essere contenuta in un'ordinanza, nella quale esplicitamente si ordina il processo senza trattazione orale, ovvero può emergere per fatti concludenti¹⁷³ o, ancora, può derivare da un qualunque provvedimento nel quale si faccia riferimento al procedimento scritto¹⁷⁴.

Proprio perché la disposizione relativa alla forma della trattazione è esercizio di un potere discrezionale, di direzione processuale formale, del giudice, quest'ultimo può legittimamente rivedere la propria decisione in un secondo momento e disporre la trattazione orale, al posto di quella scritta precedentemente optata, senza essere vincolato alla sua originaria scelta di trattare

¹⁷¹ BURCHARDT, *op. cit.*, pp. 154-155.

¹⁷² BURCHARDT, *op. cit.*, p. 157.

¹⁷³ Si pensi, per esempio, alla fissazione dell'udienza di trattazione per la discussione orale, quando prima di allora non era ancora stata fissata, oppure all'emanazione di certe disposizioni che presuppongono necessariamente la trattazione orale, come l'ordine di compartizione personale delle parti ai sensi del § 141 ZPO, la citazione del testimone o del consulente tecnico d'ufficio. Se, invece, la richiesta *ex* § 128, comma 2° ZPO viene avanzata dopo che la data dell'udienza di trattazione è già stata regolarmente fissata dal giudice, quest'ultimo deve essere chiaro nell'esplicitare alle parti la sua volontà se mantenere ferma o meno detta udienza. BURCHARDT, *op. cit.*, p. 151.

¹⁷⁴ BURCHARDT, *op. cit.*, p. 147.

l'oggetto della causa per iscritto, qualora cambino le circostanze fattuali o vengano acquisite nuove conoscenze, tali per cui l'oralità nel singolo caso concreto appaia essere il modo migliore e il mezzo più indicato per il chiarimento della fattispecie¹⁷⁵.

Una volta che il giudice ha deciso di soddisfare la richiesta delle parti, egli – nell'esercizio dei propri poteri di direzione formale, da esercitarsi con pienezza e autonomia anche nel procedimento speciale di cui al § 128, comma 2° ZPO – fissa senza indugio il termine finale (*Schlusszeitpunkt*) entro il quale le parti debbono depositare, a pena di decadenza¹⁷⁶, le proprie memorie e quello di chiusura della trattazione scritta della causa, analogamente a quanto previsto dal § 296a ZPO per il procedimento con trattazione orale. Il giudice, infine, fissa altresì la data dell'udienza per la pubblicazione della sentenza¹⁷⁷.

Applicando dunque estensivamente al procedimento con la trattazione scritta della causa le norme sulla concentrazione e sull'accelerazione del processo previste per il procedimento con la trattazione orale della causa (in particolare, i §§ 278, 279 e 283 ZPO), l'organo giudiziario è autorizzato dalla legge ad esercitare, nel corso della trattazione scritta, gli stessi poteri di direzione processuale di cui gode nel procedimento regolato dal primo comma del § 128 ZPO, nei limiti ovviamente di applicabilità delle disposizioni medesime, e cioè fintanto che tali norme non presuppongano, quale loro ragion d'essere, l'oralità nella trattazione¹⁷⁸.

2.2. La cooperazione tra il giudice e le parti nel nuovo processo civile come strumento di concentrazione del rito e il nuovo riparto di responsabilità.

Per realizzare la velocizzazione del processo è necessario che le parti e il giudice cooperino tra di loro, soprattutto nella fase di preparazione e organizzazione iniziale della causa, e si dividano proficuamente i compiti per far sì che il processo venga condotto efficacemente fino al suo termine (in una parola *Arbeitsgemeinschaft*).

Così, da un lato, i **poteri** (-doveri) di **direzione formale** e **materiale** del giudice dovrebbero essere in grado di garantire la corretta ed efficiente gestione del processo, senza contemporaneamente sacrificare la qualità e la giustizia del contenuto della sentenza che chiude il giudizio. Dall'altro lato, rilievo fondamentale hanno anche i **doveri delle parti** alla presentazione, completa e tempestiva, dell'oggetto della controversia al giudice e alla controparte, nonché l'esautiva esposizione e narrazione di tutto quanto rilevi ai fini della risoluzione della controversia¹⁷⁹. Soltanto così, avendo piena conoscenza dell'ampiezza della materia del contendere e consapevolezza delle rispettive posizioni giuridiche e di fatto dei vari soggetti processuali, il giudice può capire come esercitare i propri doveri di direzione del processo e come organizzare il proprio lavoro e la conduzione del procedimento.

¹⁷⁵ BURCHARDT, *op. cit.*, p. 150.

¹⁷⁶ Le parti soggiacciono agli stessi doveri e oneri e hanno gli stessi diritti di quelli previsti per il procedimento con trattazione orale della causa, soprattutto con riferimento alla presentazione delle proprie domande e dichiarazioni, le quali devono essere tempestive e contenutisticamente complete.

¹⁷⁷ Disposizione aggiunta con la *Vereinfachungsnovelle*.

¹⁷⁸ BURCHARDT, *op. cit.*, pp. 197-198.

¹⁷⁹ V. § 138, comma 1° ZPO, *Pflicht zu vollständigem Vorbringen*. Il dovere di completezza delle allegazioni significa, che le parti devono descrivere i fatti oggetto della causa e prevedibilmente rilevanti per la decisione sotto tutti i punti di vista. Tale dovere è strettamente correlato al dovere di verità di cui al medesimo § 138 ZPO (su cui v. Capitolo primo, paragrafo 3.2.3).

Ecco che, allora, il contestuale aumento delle responsabilità e degli obblighi processuali del giudice e delle parti soddisfano tanto gli interessi individuali delle parti a una sentenza giusta e a un processo rapido quanto l'interesse collettivo dello Stato a una giustizia più efficiente e alla realizzazione della pace sociale.

2.2.1. La Prozessförderungspflicht delle parti.

Si è detto, dunque, che gli interventi del riformatore moderno sulla disciplina processuale civile tedesca non hanno soltanto rivoluzionato il ruolo del giudice nel nuovo modello processuale, ma hanno anche decisamente incrementato le responsabilità delle parti per l'attuazione di un procedimento completo e corretto, rapido e concentrato.

La collaborazione delle parti nella conduzione del processo, in un'ottica di *Arbeitsgemeinschaft*, si realizza con il rispetto della loro **Prozessförderungspflicht**¹⁸⁰, prevista e regolata, a partire dalla *Vereinfachungsnovelle* del 1977¹⁸¹, dai §§ 277, 282 e 296 della *Zivilprozessordnung*, con lo scopo precipuo di concentrare e velocizzare il processo. Parlando di obbligo (*Pflicht*) e non di semplice onere (*Last*), viene sottolineata la particolare responsabilità che la parte di un qualunque giudizio civile si deve assumere, affinché la conduzione del procedimento sia agevole e il fluire del processo avvenga in modo rapido e ininterrotto¹⁸².

Tale strumento di concentrazione del processo è autonomo, ma certamente collegato ai **poteri di direzione formale** del giudice di fissazione dei termini (§273, comma 2°, n. 1, §§ 275-277 *ZPO*), sia perché entrambi sono finalizzati al medesimo scopo, *i.e.* l'accelerazione del processo, sia perché si riempiono vicendevolmente di significato¹⁸³. Infatti, il corretto e solerte adempimento del dovere di promovimento del processo ad opera delle parti facilita l'esercizio dei poteri-doveri del giudice di direzione processuale, perché così l'organo giudiziario può tempestivamente comprendere l'entità e la complessità della causa e, sulla base di queste, ben ponderare la fissazione dei termini e delle udienze; d'altro canto, il giudice che fissa i termini alle parti per l'adempimento dei loro doveri processuali deve esercitare i propri poteri di direzione formale con equità e facendo attenzione alle esigenze delle parti nel singolo processo concreto. La *Prozessförderungspflicht* si comprende allora, nel suo contenuto, nella sua portata, nel suo valore e nella sua *ratio*, soltanto se confrontata e messa in rapporto con la **formelle Prozeßleitung** giudiziale¹⁸⁴.

Che cosa significhi concretamente l'espressione giuridica *Prozessförderungspflicht*, è qui di seguito illustrato. Con *Prozessförderungspflicht* si intende designare specificatamente il vero e proprio dovere (*Pflicht*) delle parti processuali di introdurre all'interno della causa l'oggetto della

¹⁸⁰ Termine tecnico di difficile traduzione, significa, alla lettera, dovere di promozione del processo, quindi, sostanzialmente, un dovere di partecipazione volto ad incentivare il corso del procedimento.

¹⁸¹ Anche prima della riforma del 1977 il rigetto delle allegazioni tardive era previsto dalla legge, solo che, essendo formulato in termini di semplice *Kann-Vorschrift*, il giudice spesso, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, mancava di darvi applicazione, impedendo al regime delle preclusioni di produrre il suo effetto tipico di velocizzazione del processo. In particolare, il previgente § 279 *ZPO* prevedeva la semplice possibilità per il giudice di rigettare le allegazioni non prodotte nella prima udienza, in occasione della seconda udienza, allorquando la loro ammissione avrebbe comportato il rischio di ritardare l'intero procedimento oppure qualora si fosse data prova del fatto che la tardività dell'allegazione fosse dovuta alla negligenza della parte richiedente.

¹⁸² STICKELBROCK, *op. cit.*, p. 514.

¹⁸³ LEIPOLD, § 282, in STEIN/JONAS (a cura di), *Kommentar zur Zivilprozessordnung* cit., pp. 612 ss., p. 613.

¹⁸⁴ LEIPOLD, § 282 cit., p. 614.

controversia e tutto quanto rilevi ai fini della decisione, in modo completo e tempestivo (figurativamente, “vuotare il sacco”). È possibile parlare senza alcun dubbio di obbligo processuale a carico delle parti, e non di semplice onere, non solo per il tenore letterale della norma principale che lo disciplina (§ 282, comma 1° *ZPO*, che usa l’espressione verbale “*haben zu*”), ma anche perché la legge vede nella violazione colpevole di tale imposizione una condotta “riprovevole” per l’ordinamento, da cui far derivare delle conseguenze giuridiche negative¹⁸⁵.

Lo scopo principale delle regole contenute nella *ZPO*, che disciplinano la *Prozeßförderungspflicht*, non è tanto quello di punire le parti per il mancato rispetto di norme processuali o di disposizioni del giudice. Piuttosto, l’interesse che *in primis* si intende soddisfare è quello dei medesimi destinatari della sentenza. La cura delle parti nella presentazione del materiale decisivo è, anzitutto, il presupposto necessario di una decisione giusta, perché basata su una narrazione dei fatti completa e su una chiara ricostruzione delle questioni di diritto sottese alla fattispecie. In secondo luogo, la tempestività delle allegazioni di parte, realizzata per mezzo del regime delle preclusioni, contribuisce a garantire il diritto costituzionale del singolo alla tutela giurisdizionale effettiva, in quanto concorre, assieme ad altri fattori, alla conduzione di un processo dalla durata ragionevole.

La conseguenza giuridica negativa e dagli effetti dissuasivi, in un certo senso anche general-preventivi¹⁸⁶, nei confronti di tutti coloro che si apprestano a instaurare una causa civile, dal tenere condotte in mala fede defatigatorie o negligenti dilatorie, è la **preclusione** operante nei confronti delle allegazioni e delle deduzioni tardive rispetto ai tempi imposti dalla legge o fissati dal giudice nell’esercizio dei propri doveri di direzione formale del procedimento ovvero incomplete rispetto a quanto resosi necessario allo stato del processo: il giudice non può e non deve prendere in considerazione ai fini della decisione della causa tali allegazioni e/o deduzioni tardive.

Non si tratta soltanto di vietare la frammentazione delle difese e delle pretese di parte in differenti momenti; viene sostanzialmente sanzionata la condotta della parte personalmente che mostri approssimazione, ritrosia o mendacia nel fornire le informazioni necessarie per la ricostruzione del materiale decisivo.

Conseguentemente, il rinnovato regime delle preclusioni pretende qualcosa di più e di diverso agli avvocati incaricati della difesa tecnica della parte. Per evitare di incorrere nella preclusione e di subire le conseguenze negative che ne derivano, l’avvocato deve fin da subito instaurare con il proprio cliente un dialogo aperto, illustrandogli quali sono i possibili sviluppi della causa, quali i possibili mezzi istruttori a disposizione e quali le reazioni che ci si può aspettare dalla controparte, quali, naturalmente, le conseguenze della mancata rappresentazione in giudizio di quanto rilevi ai fini della decisione della causa¹⁸⁷. Una volta mostrata sufficiente serietà e sincerità, si dovrebbe creare quel rapporto di fiducia che favorisce la piena apertura del cliente nei confronti dell’avvocato, che, raccolte tutte le informazioni necessarie, potrà procedere a presentare la propria difesa con completezza e tempestività.

¹⁸⁵ KALLWEIT, *Die Prozeßförderungspflicht der Parteien* cit., p. 99. Secondo la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* non si tratta, tuttavia, di una vera e propria sanzione processuale (*BGH*, in *NJW* 1979, p. 1988; *BGH*, in *NJW* 1982, p. 2559).

¹⁸⁶ PRÜTTING, § 296, in KRÜGER – RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar*, Band 1, München 2013, pp. 1862 ss., p. 1865.

¹⁸⁷ HARTMANN, *Anwaltsprobleme nach der Vereinfachungsnovelle*, in *Anwaltsblatt* 1977, pp. 90 ss., p. 90.

È importante anticipare quanto più possibile, anche a partire dal momento del conferimento del mandato, questo momento di dialogo sincero tra il cliente e l'avvocato, affinché i tempi per costruire la difesa, prima che scatti la preclusione, siano adeguati e sufficienti¹⁸⁸.

La *Prozeßförderungs pflicht*, come si è detto, è un istituto attuativo del principio processuale di *Arbeitsgemeinschaft* attraverso la responsabilizzazione delle parti del processo. Non è, invece, uno strumento di riaffermazione della *Eventualmaxime*. Infatti, non si pretende, per la corretta organizzazione della direzione del processo, che tutti i possibili sviluppi della causa siano pensati in anticipo e presentati in giudizio.

La circostanza che la norma sia severa nel pretendere la tempestività nella presentazione di determinati fatti o di certe questioni, non deve indurre l'interprete a ritenere che tutto quanto abbia attinenza con la fattispecie debba essere subito portato nel processo. Piuttosto, la legge impone che la conduzione del processo sia accurata e che la parte sia diligente¹⁸⁹. La pretesa di scoprire le carte fin dal principio del giudizio, se anche è vero che richiama alla mente l'*Eventualmaxime* di diritto comune, deve piuttosto essere ricollegata agli scopi tipici della *Vereinfachungsnovelle* del 1977 e alle scelte di politica del diritto che vi sono sottese, volte a consentire l'accorciamento dei tempi processuali.

Le norme che disciplinano la *Prozeßförderungs pflicht* sono teleologicamente orientate, la loro operatività è pur sempre subordinata alla reale possibilità che l'ammissione delle allegazioni e deduzioni tardive, nel caso concreto, comporti un serio ritardo della conclusione della causa. Entro questi limiti, dunque, deve essere intesa la diligenza della parte nella completezza delle proprie domande e delle proprie difese: per questo si esclude un'anacronistica riviviscenza dell'*Eventualmaxime* e per questo si intende la preclusione come *extrema ratio* operante quando davvero ve ne sia l'esigenza per perseguire gli scopi tipici del diritto processuale civile¹⁹⁰.

La *Prozeßförderungs pflicht* e le conseguenze della sua violazione non si pongono in contraddizione con la *Verhandlungsmaxime*. Se è certamente vero che le parti decidono liberamente se fare delle domande nel processo e quali deduzioni e allegazioni sottoporre al giudice a sostegno delle proprie domande o delle proprie difese, d'altro canto tuttavia, esse hanno il dovere di rispettare il corretto modo di procedere alle allegazioni, per impedire che si realizzino dei ritardi¹⁹¹. Il se e il cosa allegare rimane pacificamente nelle mani delle parti, quale semplice onere al fine di vedere accolte le proprie pretese (*Vorbringenslast*); la modalità con cui procedervi, invece, è sottoposta obbligatoriamente a regole normative di condotta.

L'irrigidimento del regime delle preclusioni è oggetto di numerose polemiche e scontri al momento della sua entrata in vigore. Naturalmente, le opposizioni più forti provengono dalla classe forense, a causa dell'elevato grado di auto-responsabilità che l'incremento degli effetti della preclusione comporta.

¹⁸⁸ PUTZO, *Die Vereinfachungsnovelle aus praktische Sicht* cit., p. 430; STICKELBROCK, *op. cit.*, p. 514: dal punto di vista deontologico e del rapporto col cliente diventa essenziale chiarire al mandante le conseguenze delle sue reticenze dal fornire informazioni, talché sarebbe opportuno avere una conferma scritta, da parte del cliente, di aver compreso appieno quali siano gli effetti delle preclusioni.

¹⁸⁹ GRUNSKY *Grundlagen des Verfahrensrechts* cit., p. 204.

¹⁹⁰ KALLWEIT, *op. cit.*, pp. 100-101.

¹⁹¹ LEIPOLD, § 282 cit., p. 614.

Tra le critiche mosse, rileva, in particolare, quella relativa alla costituzionalità del regime delle preclusioni con riguardo al diritto a essere ascoltato in giudizio *ex art. 103, comma 1° GG*. Le questioni di legittimità costituzionale relative alle norme che disciplinano le conseguenze processuali della violazione della *Prozessförderungspflicht* della parte, vengono sempre rigettate dal *Bundesverfassungsgericht*.

In particolare, la Corte costituzionale tedesca non riscontra alcuna violazione dell'art. 103, comma 1° *GG*, posto che la norma costituzionale pretende esclusivamente che venga data la possibilità materiale, effettiva e completa, alle parti di un giudizio di esprimersi su tutto quanto rilevi ai fini della decisione della causa, cosa che effettivamente la disciplina processuale fa e consente. Quello che la disposizione del *Grundgesetz* non riconosce all'individuo è un generale diritto costituzionale a esercitare tale possibilità in qualunque modo e in qualunque momento, senza limiti legali o di tempo. Pertanto, il legislatore è legittimato a regolamentare, secondo la propria discrezionalità e nei limiti dei precetti costituzionali, la procedura di presentazione dei mezzi di attacco e di difesa ad opera delle parti, nonché di sanzionare l'eventuale ritardo o l'incompletezza delle allegazioni e delle deduzioni allorquando tale ritardo o tale incompletezza sia dovuta alla negligenza della parte e, in generale, non sia giustificata¹⁹².

La ricostruzione interpretativa della Corte costituzionale regge fin tanto che l'istituto della preclusione, di natura pur sempre eccezionale, possa realizzare il proprio scopo tipico, impedisca cioè i ritardi nella trattazione e colpisca la condotta colpevole della parte che non ha ottemperato, come di dovere, al proprio obbligo processuale.

Ne segue, in primo luogo, che, secondo il *Bundesverfassungsgericht*, le norme sulla preclusione devono sempre essere applicate coerentemente allo scopo che esse perseguono, cioè la velocizzazione del processo. Qualora effettivamente l'allegazione, sebbene tardiva, non sia in grado di provocare un serio ritardo del processo, ecco che il suo rigetto non deve essere disposto, perché se disposto esso provoca la lesione del diritto costituzionale ad essere ascoltato del singolo cittadino¹⁹³. Il giudice, per valutare il pericolo di ritardo, deve paragonare la durata che il processo avrebbe se ipoteticamente venisse disposto il rigetto dell'allegazione tardiva con quella che il medesimo processo avrebbe se ipoteticamente tale allegazione tardiva venisse accolta. Se nel primo caso immaginato il processo avrebbe un corso, presumibilmente e molto probabilmente, più veloce che nel secondo caso, allora il giudice può legittimamente rigettare l'allegazione tardiva.

Ne segue altresì che i giudici del merito – nella consapevolezza delle rilevanti conseguenze, anche a livello costituzionale, che la disciplina della preclusione produce sulla parte ritardataria – devono sfruttare con pienezza i propri **poteri di direzione materiale** del processo, *rectius* devono adempiere con solerzia ai propri doveri di *Verfahrensleitung*. L'intervento attivo del giudice, infatti, può impedire alle parti di commettere degli errori prevedibili, facilmente evitabili se solo il giudice

¹⁹² *BVerG*, 69, 145-149; *BVerG*, 36, 92, 97, in *NJW* 1974, p. 133: l'art. 103, comma 1° *GG* non tutela contro la decisione che non prende in considerazione le dichiarazioni di fatto della parte a causa di ragioni di diritto materiale o processuale; LEIPOLD, § 296, in STEIN/JONAS (a cura di), *Kommentar zur Zivilprozessordnung* cit., p. 848.

¹⁹³ *BVerG*, 75, 302-316, *NJW* 1987, p. 2733: «Diese Vorschriften dürfen aber andererseits auch nicht dazu benutzt werden, verspätetes Vorbringen auszuschließen, wenn ohne jeden Aufwand erkennbar ist, dass die Pflichtwidrigkeit – die Verspätung allein – nicht kausal für eine Verzögerung ist. In diesen Fällen ist die Präklusion rechtsmissbräuchlich, denn sie dient erkennbar nicht dem mit ihr verfolgten Zweck».

rispetta il principio generale di collaborazione con le parti nel processo¹⁹⁴. Laddove il giudice rigetti le allegazioni tardive senza aver prima soddisfatto correttamente il presupposto dell'esercizio obbligatorio di *materielle Prozessleitung*, egli viola il precetto costituzionale sancito dall'art. 103, comma 1° GG¹⁹⁵.

Analogamente, il rigetto delle allegazioni tardive non può essere disposto, e se disposto viola il diritto costituzionale dell'individuo a essere ascoltato in giudizio, qualora il giudice non eserciti con correttezza i propri **poteri di direzione formale** del processo, fissando alle parti un termine per il compimento dei propri atti processuali assolutamente incongruo ovvero eccessivamente breve¹⁹⁶. Allo stesso modo, non può operare la preclusione, per ragioni costituzionali, se il giudice non ha fissato validamente il termine, rispettando le regole processuali, ovvero abbia reso impossibile o estremamente difficile alle parti comprendere e venire a conoscenza dei limiti temporali entro i quali esercitare le proprie facoltà processuali.

2.2.2. Il contenuto della Prozessförderungspflicht delle parti.

La *Prozessförderungspflicht* delle parti è stata oggetto di particolare attenzione da parte della novella del 1977, perché fondamentale strumento di velocizzazione e di concentrazione del processo. La volontà dichiarata del legislatore, infatti, è quella di cancellare dalla pratica quotidiana nelle aule di tribunale la prassi delle parti del giudizio di presentare, per tutto il corso del processo, le proprie difese e le proprie domande "col contagocce"¹⁹⁷, con la conseguenza che il giudice non riesce ad avere in tempi brevi una visione d'insieme della fattispecie. Inoltre, in un sistema processuale che consente alle parti di introdurre le informazioni e le argomentazioni in modo frammentato e diluito nel tempo, aumenta certamente il rischio di condotte in mala fede (abusive) della parte consapevole del proprio torto e decisa a voler ritardare il più possibile il momento della decisione.

Entrando nel dettaglio dell'esegesi dell'istituto giuridico in esame, si suole distinguere, all'interno della *Prozessförderungspflicht* delle parti, una componente cosiddetta **generale** e una invece **particolare**.

a. *L'allgemeine Prozessförderungspflicht.*

La *Prozessförderungspflicht* generale è quella prevista e regolata dal § 282, comma 1° ZPO e consiste nel dovere di allegare e di dedurre tempestivamente le proprie argomentazioni e le dichiarazioni relative alla ricostruzione dei fatti rilevanti per la decisione, conformemente allo stato del processo¹⁹⁸. L'obiettivo perseguito dalla norma è di impedire che le parti, attraverso la tecnica

¹⁹⁴ KALLWEIT, *op. cit.*, pp. 109-110, il diritto costituzionale impone al giudice un'interpretazione stringente delle regole sulla preclusione.

¹⁹⁵ ENGELS, *Der neue Zivilprozeß. Erfahrungen und Kritik aus anwaltlicher Sicht*, in *Anwaltsblatt* 1979, Heft 6, pp. 206 ss., p. 208; *BVerG* 75, 183-185, in *NJW* 1987, 2003.

¹⁹⁶ PRÜTTING, § 296 cit., p. 1867.

¹⁹⁷ *Regierung Entwurf eines Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle)*, BT-Drucks. 7/2729, p. 38; PRÜTTING, § 296, in KRÜGER – RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München, 2013, pp. 1864 ss., p. 1864: «Die Beschleunigung des einzelnen Prozesses sollte dadurch erreicht werden, dass die Präklusionsvorschriften ein „tropfenweises“ Vorbringen verhindern».

¹⁹⁸ LEIPOLD § 282 cit., p. 613: «eine Pflicht zu rechtzeitigem Vortrag nach Maßgabe der Prozesslage».

con la quale provvedono alla proposizione delle proprie allegazioni, determinino un ritardo nella conduzione del procedimento¹⁹⁹; in definitiva, la *ratio* sottesa al § 282 ZPO è la *Konzentrationsmaxime* in collegamento con la *Kooperationsmaxime*.

In forza della disposizione in esame, ciascuna parte deve introdurre nell'udienza di trattazione orale²⁰⁰ i propri mezzi di attacco e di difesa (*Angriffs- und Verteidigungsmittel*) nel momento (finalisticamente) più appropriato, affinché, alla luce dello stato in cui concretamente si trovi la causa, la conduzione del processo avvenga accuratamente ed efficacemente²⁰¹.

In altre parole, le parti devono presentare i propri mezzi di attacco e di difesa così come appaia necessario o più idoneo, secondo lo stato del processo, al fine di una proficua e accurata conduzione del procedimento²⁰².

Per “mezzi di attacco e di difesa” (*Angriffs- und Verteidigungsmittel*) devono intendersi tutte le allegazioni di fatto e di diritto che servono all'affermazione ovvero al rigetto delle domande oggetto del giudizio²⁰³. La legge non prevede una definizione di questo concetto, ma enumera solo alcuni esempi in un elenco non tassativo né esaustivo; perciò esso deve essere inteso in senso lato²⁰⁴.

Sono, dunque, sicuramente mezzi di attacco e di difesa, seguendo le esplicite indicazioni del legislatore: le affermazioni di fatto (*Tatsachenbehauptung*), siano esse le situazioni di fatto che giustificano la domanda²⁰⁵ ovvero quelle che ne costituiscono i presupposti o, ancora, quelle che servono per contrastare la domanda avversaria, richiamando l'applicazioni di norme a sé favorevoli e sfavorevoli a controparte; le motivazioni che sorreggono la domanda o la replica, e le contestazioni (*Bestreiten*) ai fini del § 138, comma 3° ZPO²⁰⁶; le c.d. *nichtgestaltende*

¹⁹⁹ ASSMANN, § 282, in WIECZOREK/SCHÜTZE (a cura di), *Zivilprozeßordnung und Nebengesetze*, Band 2, Teilband 2, Berlin, 2013, pp. 714 ss., p. 716

²⁰⁰ La disposizione in esame può trovare applicazione esclusivamente dove, all'interno della medesima istanza, abbiano luogo più udienze, e i mezzi di attacco e di difesa non siano stati dedotti subito nella prima di dette udienze ovvero nei procedimenti in cui sia stata scelta l'opzione della trattazione orale per la preparazione del processo (il *früher erster Termin* su cui v. diffusamente *infra* Capitolo quarto par. 2.3.1.) KALLWEIT, *op. cit.*, p. 129; ASSMANN, § 282 cit., p. 717. Non è invece necessario che le parti portino i propri mezzi di attacco e di difesa all'interno del processo proprio all'inizio della trattazione orale, potendo questi trovare ingresso nella causa fino alla fine di tale udienza (WETH, § 296, in WIECZOREK – SCHÜTZE (a cura di), *Zivilprozessordnung* cit., pp. 1081 ss., pp. 1045-1046; *contra* KALLWEIT, *op. cit.*, pp. 129-130). Dunque, in presenza di più udienze, si deve decidere se, secondo quanto previsto dal § 282, comma 1° ZPO, l'allegazione possa dirsi tempestiva o meno. L'ultimo momento in cui una tale allegazione è possibile è proprio la chiusura della trattazione orale, dopodiché opera il § 296a ZPO («*Nach Schluss der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, können Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht mehr vorgebracht werden*»).

²⁰¹ § 282, comma 1° ZPO: «*Jede Partei hat in der mündlichen Verhandlung ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel [...] so zeitig vorzubringen, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht*».

²⁰² WETH, § 296 cit., p. 1104; FUHRMANN, *Die Zurückweisung schuldhaft verspäteter und verzögernder Angriffs- und Verteidigungsmittel im Zivilprozeß*, Bielefeld, 1987, pp. 30 ss.. V. anche il § 277, comma 1° ZPO: «*soweit es nach der Prozeßlage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahren bedachten Prozeßführung entspricht*».

²⁰³ Non sono mezzi di attacco ai fini della norma in commento la modifica della domanda (*Klageänderung*), l'ampliamento della domanda (*Klageerweiterung*) e la domanda riconvenzionale; FUHRMANN, *Die Zurückweisung* cit., pp. 67-68; v. anche WETH, *op. cit.*, pp. 1100-1101.

²⁰⁴ WETH, *op. cit.*, p. 1098.

²⁰⁵ KÜNZLE, *Die Prozessförderungspflicht* cit., p. 304.

²⁰⁶ I fatti non esplicitamente contestati dalla parte sono da considerare come ammessi (§ 138, comma 3° ZPO: «*Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht*».

*Einwendungen*²⁰⁷ e le eccezioni non rilevabili d'ufficio (*Einrede*)²⁰⁸, in particolare i *Gestaltungsrechte* (la compensazione, la risoluzione, il recesso, l'annullabilità ecc.)²⁰⁹, il diritto alla garanzia per i vizi (*Mängelgewährleistungsrecht*)²¹⁰ e la dichiarazione dell'atto di cessione²¹¹; le deduzioni dei mezzi di prova (*Beweismittel*) e le eccezioni di parte contro il risultato delle prove assunte (*Beweiseinrede*).

Il giusto momento per la proposizione delle proprie deduzioni e allegazioni, difensive o aggressive, nell'udienza di trattazione orale non è dunque previsto aprioristicamente dal legislatore in modo rigido e predeterminato, ma è lasciato alla valutazione delle parti (e del giudice che, eventualmente, in presenza dei presupposti di cui al § 296, comma 2° ZPO, può disporre il rigetto delle allegazioni tardive) alla luce delle circostanze del caso concreto e delle esigenze organizzative del singolo procedimento.

La genericità del dettato normativo comporta altresì che non possa essere stabilito a priori quali siano le allegazioni e le deduzioni da portare in causa, dal momento che la necessità di queste si determina in base alle oggettive circostanze di fatto di ciascuna situazione processuale²¹². La parte deve dunque portare nel processo tempestivamente (**criterio cronologico**²¹³) tutto ciò che ritenga necessario per l'accettazione delle proprie pretese e il rigetto di quelle avversarie, in modo completo ed esaustivo (**criterio contenutistico**²¹⁴)²¹⁵. La percezione che si ha del contenuto e della tempestività delle deduzioni e delle allegazioni di parte è dinamica e va valutata nel corso del procedimento, a seconda della fase processuale in cui ci si trova.

Quel che è certo, coerentemente con lo scopo della norma, l'allegazione è considerata contenutisticamente tardiva, e quindi da rigettare ex § 296, comma 2° ZPO, se motivata esclusivamente da tecniche dilatorie per far ritardare la risoluzione del processo ovvero se la sua inadeguatezza a livello contenutistico sia dovuta a pura negligenza della parte medesima. In questo senso, si può vedere l'aspetto dissuasivo, general-preventivo, nell'esercizio da parte del giudice dei suoi poteri discrezionali di gestione del procedimento.

Richiamando quanto già sopra illustrato, ma con specifico riferimento all'*allgemeine Prozessförderungspflicht*, la circostanza, che non ogni e qualsiasi allegazione, qualunque sia il suo contenuto, possa trovare ingresso nel processo civile, non significa affatto una riviviscenza

²⁰⁷ KÜNZLE, *op. cit.*, pp. 149 ss. e 304; con *nichtgestaltende Einwendungen* si intendono quelle eccezioni, rilevabili d'ufficio, che, grazie alla semplice dimostrazione dell'esistenza dei presupposti previsti dalla legge, sono in grado di far rigettare, immediatamente e senza altro, la domanda. Per esempio, l'art. 105 BGB prevede l'eccezione di incapacità a contrarre o il § 117 BGB disciplina la simulazione: dimostrati i presupposti di queste norme, l'eccezione del convenuto è sufficiente a far venire meno le ragioni attoree.

²⁰⁸ KÜNZLE, *op. cit.*, pp. 189 ss e 305.

²⁰⁹ KÜNZLE, *op. cit.*, pp. 156 ss. e pp. 304-305; WETH, *op. cit.*, p. 1099.

²¹⁰ KÜNZLE, *op. cit.*, pp. 198 ss. e 305.

²¹¹ KÜNZLE, *op. cit.*, pp. 253 ss. e 305.

²¹² ASSMANN, *op. cit.*, p. 719.

²¹³ La deduzione deve avvenire al momento giusto.

²¹⁴ La completezza nel contenuto.

²¹⁵ Sulla necessità dei requisiti cronologici e contenutistici v. WETH, § 296 cit., p. 1102; FUHRMANN, *Die Zurückweisung schuldhaft verspäteter und verzögernder Angriffs- und Verteidigungsmittel im Zivilprozeß*, Bielefeld, 1987, p. 21: «Die Feststellung der Verspätung verlangt mithin immer die Prüfung, ob ein Zeitpunkt versäumt wurde (zeitliche Prüfung) und das Vorbringen bis dahin überhaupt vorzutragen war (inhaltliche Prüfung)».

dell'antica *Eventualmaxime*²¹⁶. Le parti non sono obbligate genericamente alla presentazione immediata di ogni mezzo di attacco o di difesa, conosciuto dalla parte, ma non ancora reso necessario dalla condotta in giudizio della controparte. Pertanto, non sono impedito *in toto* tattiche difensive o argomentative, con le quali, comprensibilmente nella dialettica contenziosa tipica del processo civile, si vuole rinviare a un momento successivo l'allegazione, attendendo di vedere e valutare l'evolversi del processo e le posizioni e gli atteggiamenti assunti dalla parte avversaria²¹⁷.

Dunque, temporeggiare a fini difensivi non è drasticamente vietato; semplicemente le disposizioni di cui ai §§ 282 e 296, comma 2° ZPO, ponendo la regola generale in forza della quale i mezzi di attacco e di difesa devono fare ingresso nel giudizio il prima possibile, vogliono impedire che le parti informino il giudice in modo frammentato ed eccessivamente diluito nel tempo²¹⁸.

Ai sensi del § 296, comma 2° ZPO, il giudice ha la possibilità di rigettare le allegazioni e le deduzioni dei mezzi di attacco e di difesa da considerarsi tardive, perché non dedotte al momento giusto e col dovuto contenuto, qualora, secondo la sua valutazione discrezionale, la loro ammissione comporterebbe il rallentamento del processo e il ritardo della pronuncia della sentenza, sempre che tale ritardo sia causato dalla condotta gravemente negligente della parte²¹⁹.

Ai fini dell'applicazione della norma in commento, la presenza dei due presupposti, quello oggettivo del ritardo e quello soggettivo della negligenza, deve necessariamente essere contestuale.

Poiché il § 296, comma 2° ZPO assegna alla discrezionalità del giudice la decisione se pronunciare o meno il rigetto delle allegazioni tardive, egli, anche in presenza dei due presupposti legali di cui alla disposizione in commento, non è tenuto ad applicare la regola della preclusione. Esso consiste in un potere di direzione processuale posto integralmente nelle mani dell'organo giudicante.

La legge non fissa dei criteri orientativi al giudice per l'esercizio del proprio potere discrezionale né dà alcuna indicazione al riguardo. Vengono generalmente riconosciuti come indici utili, ai fini della formazione del libero convincimento del giudice di cui al § 296, comma 2° ZPO, i seguenti elementi: il comportamento tenuto dalla parte negligente, indicativo del grado di colpa; lo stato del processo; il peso che i mezzi di attacco e di difesa, ipoteticamente fatti entrare nel materiale decisorio, potrebbe avere per il processo, e il significato che essi potrebbero assumere per la decisione della causa; il calcolo, sempre a livello ipotetico, di quanto verrebbe tardata la conclusione del giudizio in caso di ammissione delle allegazioni tardive²²⁰. Più in generale, il giudice, nell'esercizio del suo potere di direzione processuale, deve fare un bilancio tra i vantaggi

²¹⁶ V. Capitolo primo, par. 1.2., lett. b.

²¹⁷ ASSMANN, *op. cit.*, p. 716.

²¹⁸ WETH, *op. cit.*, pp. 1104-1105.

²¹⁹ Le due circostanze della necessaria presenza di un comportamento gravemente negligente della parte e della discrezionalità della decisione del giudice in merito sono la ragione fondamentale della scarsa applicazione della disposizione in esame. La colpa grave della parte nell'inadempimento del proprio dovere di allegazione e deduzione tempestiva si ha quando taluno tralasci di dedurre nel processo un mezzo di attacco o di difesa che chiaramente, secondo lo stato della causa, doveva apparire necessario per la risoluzione della controversia.

²²⁰ LEIPOLD, § 296, in STEIN – JONAS (a cura di), *Zivilprozessordnung*, Band 4, Tübingen, 2008, pp. 847 ss., p. 847; STICKELBROCK, *op. cit.*, p. 521. Per capire se l'ammissione dei mezzi di attacco o di difesa ritarderebbe davvero la risoluzione della controversia, secondo la teoria assoluta il giudice deve dare una risposta alla seguente domanda: davvero la controversia avrebbe una maggiore nel caso in cui si ammettessero i mezzi di attacco e di difesa tardivi, rispetto al caso in cui venissero rigettati?

derivanti dalla rapida conduzione del processo e gli svantaggi derivanti dalla valutazione incompleta, senza i mezzi di attacco e di difesa, dell'oggetto della causa. Se davvero, secondo il suo libero convincimento, i vantaggi sono maggiori degli svantaggi, il giudice deve far operare la preclusione²²¹.

b. La *besondere Prozessförderungspflicht*.

La ***Prozessförderungspflicht* speciale** si colloca naturalmente nell'ambito del principio di collaborazione tra il giudice e le parti ed è evidentemente strumentale alla concentrazione e alla velocizzazione del processo²²².

Essa è prevista e disciplinata dal § 296, comma 1°, *ZPO*, in forza del quale i mezzi di attacco e di difesa, portati in giudizio ormai decorso uno dei termini di cui ai paragrafi richiamati dalla disposizione medesima²²³, sono ammissibili soltanto se, secondo il libero convincimento del giudice, la loro ammissione non causa un ritardo nella risoluzione della controversia ovvero se il ritardo della parte è sufficientemente giustificato²²⁴.

La disposizione, evidentemente, disciplina il rigetto delle allegazioni tardive nella specifica ipotesi in cui la parte, in violazione della sua *Prozessförderungspflicht*, non abbia rispettato quei termini che la legge pone a tutela del buon funzionamento del modello processuale bifasico e del corretto e ininterrotto fluire del procedimento. D'altronde, solo se le parti vengono indotte dal timore di incorrere in un limite preclusivo a "scoprire le carte" il prima possibile, nel rispetto dei termini fissati dalla legge o dal giudice, davvero la fase preparatoria può proficuamente essere allestita e condurre alla risoluzione della controversia in un'unica udienza principale.

Nell'ipotesi disciplinata dal primo comma del § 296, diversamente da quanto previsto dal secondo comma per la *Prozessförderungspflicht* generale, il rigetto per l'inammissibilità delle allegazioni tardive non è rimesso alla libera valutazione discrezionale del giudice, ma è conseguenza necessaria imposta dalla legge²²⁵. Il regime normativo in tema *Prozessförderungspflicht* speciale è dunque molto più severo e rigido di quello previsto con riferimento alla *Prozessförderungspflicht* generale: la preclusione opera sempre, in ogni caso di ritardo, salvo i casi espressamente previsti dalla disposizione medesima.

²²¹ STICKELBROCK, *op. cit.*, p. 520.

²²² BGH, in NJW 1979, p. 1988.

²²³ Si tratta, specificamente, del termine fissato al convenuto per la redazione e il deposito della comparsa di risposta (§ 276, comma 1° e § 275, commi 1° e 3° *ZPO*), del termine fissato all'attore per replicare con proprie osservazioni alla comparsa di risposta (§ 276, comma 3° e § 275, comma 4° *ZPO*) e del termine, fissato all'attore o al convenuto, per presentare i propri chiarimenti su un determinato punto dell'oggetto della causa di cui al § 273, comma 2°, nn. 1 e 5 *ZPO*. Occorre specificare in ogni caso che non è sufficiente il rispetto della tempestività prettamente cronologica, serve anche rispettare quella contenutistica, presentando le proprie allegazioni in forma completa ed esauriente. WETH, § 296 cit., p. 1102; FUHRMANN, *Die Zurückweisung schuldhaft verspäteter und verzögernder Angriffs- und Verteidigungsmittel im Zivilprozeß*, Bielefeld, 1987, p. 21: «Die Feststellung der Verspätung verlangt mithin immer die Prüfung, ob ein Zeitpunkt versäumt wurde (zeitliche Prüfung) und das Vorbringen bis dahin überhaupt vorzutragen war (inhaltliche Prüfung)».

²²⁴ Sul significato di "mezzi di attacco e di difesa" e sul concetto di tempestività, da intendersi in senso sia cronologico sia contenutistico, si possono richiamare integralmente le osservazioni fatte in tema di *allgemeine Prozessförderungspflicht*.

²²⁵ LEIPOLD, § 296 cit., p. 848.

Infatti, quando, secondo la libera valutazione del giudice, l'ammissione dell'allegazione tardiva non comporta l'allungamento dei tempi per la risoluzione della controversia²²⁶ ovvero quando il ritardo è sufficientemente giustificato dalla parte, allora il giudice può derogare all'operatività automatica e dovuta della preclusione²²⁷ e ammettere eccezionalmente i mezzi di attacco e di difesa tardivi tra il materiale decisorio.

Ecco che, allora, è con riferimento alle deroghe alla regola generale che si riserva uno spazio, sia pure ristretto, ai **poteri di direzioni processuale (formali)** del giudice, al fine di evitare che la rigidità delle regole processuali comprometta la giustizia del procedimento e la correttezza della decisione. Il legislatore, insomma, affida all'organo giudiziario il compito di adattare le regole processuali alle particolari circostanze del caso concreto attraverso lo strumento della discrezionalità²²⁸.

Si può allora constatare che il primo e il secondo comma del § 296 ZPO invertono il rapporto deroga-eccezione tra l'operatività e la non operatività della preclusione. Mentre, infatti, il comma secondo del § 296 ZPO rende il rigetto delle allegazioni tardive l'eccezione, operante solo in presenza di determinate circostanze, la cui valutazione è rimessa alla discrezionalità del giudice, il primo comma del paragrafo in commento, viceversa, pone come regola generale l'operatività per legge della preclusione, alla quale si può derogare solo se, secondo la valutazione e l'apprezzamento di determinate circostanze di fatto da parte del giudice, ciò sia necessario od opportuno.

Il vincolo tra poteri di direzione processuale del giudice e la *besondere Prozessförderungspflicht* della parte non è costituito invero dalla sola circostanza che la legge assegni al giudice il potere di disporre la deroga alla regola generale del rigetto delle allegazioni tardive dei mezzi di attacco e di difesa secondo la propria scelta discrezionale. Vi è infatti da citare anche il legame di consequenzialità che lega il corretto esercizio dei poteri di direzione processuale del giudice al pieno adempimento del dovere delle parti di completezza e tempestività delle allegazioni.

Seguendo le regole di *Arbeitsgemeinschaft*, dal momento che le responsabilità delle parti sono notevolmente aumentate, correlativamente il giudice deve ben esercitare i propri **poteri (-doveri) di direzione, materiale e formale**, del processo. Ciò, invero, è imposto non solo dal principio generale processuale della cooperazione tra giudice e parti, ma anche dal dato oggettivo che un

²²⁶ Il tipo di ritardo di cui parla la norma è quello c.d. assoluto (*absoluter Verzögerungsbegriff*), per la cui verifica occorre che il giudice faccia un confronto tra le due ipotesi astratte di processo con o senza allegazione tardiva: se davvero, secondo il libero apprezzamento del giudice, con l'ammissione dei nuovi mezzi di attacco e di difesa i tempi del processo si dilatano e il momento della pronuncia della sentenza viene allontanato, allora il giudice non può derogare alla regola generale della preclusione. Per esempio, non è possibile ammettere mezzi di attacco e di difesa tardivi, allorché la loro considerazione comporterebbe necessariamente il rinvio della trattazione a una nuova e ulteriore udienza, mentre rigettandoli la controversia potrebbe subito essere decisa. Viceversa, la deroga alla preclusione può essere disposta dal giudice per esempio qualora, anche ammettendo i mezzi di attacco e di difesa tardivi, l'assunzione probatoria da essi derivante non comporterebbe comunque dei rinvii, potendo essere condotta ed espletata immediatamente, nella medesima udienza, entro i tempi preprogrammati dal giudice. LEIPOLD, *op. cit.*, p. 860; BGH, in NJW 1974, p. 862, la pronuncia è invero relativa al previgente § 279 ZPO, ma può essere estesa all'attuale disciplina ex § 296 ZPO; STIECKELBROCK, *op. cit.*, pp. 516-517

²²⁷ STIECKELBROCK, *op. cit.*, p. 519.

²²⁸ È evidente, infatti, che "libero convincimento del giudice" e "ritardo sufficientemente giustificato" sono entrambe espressioni alquanto late e piuttosto generiche, che inevitabilmente lasciano un margine alla libera valutazione del giudice di tutte le circostanze del caso concreto per decidere se far operare o meno la deroga in esame.

applicazione troppo rigida del regime delle preclusioni può causare una lesione del diritto costituzionale dell'individuo ad essere ascoltati in giudizio di cui all'art. 103, comma 1° GG.

Così, nell'esercizio dei propri **poteri di direzione formale** del processo, il giudice deve provvedere a un'attenta fissazione e programmazione delle udienze (*Terminplanung*)²²⁹ e se calcola male i tempi, assegnando alle parti una tempistica per il deposito dei propri atti e dei propri mezzi di attacco e di difesa troppo ristretta, egli non può disporre il rigetto dell'allegazione tardiva²³⁰. Lo stesso vale, analogamente, allorché il giudice abbia violato la legge in materia di fissazione dei termini o abbia causato errori o ritardi nella comunicazione e nella notificazione del termine assegnato e dell'avvertimento che, in caso di mancato rispetto del medesimo termine, si incorrerà nelle preclusioni previste per legge. Infine, il rigetto delle allegazioni tardive non può essere disposto nel caso di mancanze o di incertezze circa il momento d'inizio del decorso del termine o circa il contenuto dell'avvertimento delle conseguenze del mancato rispetto del termine fissato dal giudice²³¹.

Sempre in tema di esercizio dei poteri di direzione formale del giudice in relazione all'applicazione del § 296 ZPO, ogni qual volta il magistrato non prepari correttamente e pienamente la causa e non organizzi come di dovere il materiale decisorio²³², provocando il ritardo della conclusione del giudizio, la preclusione *ex* § 296, comma 1° ZPO non può operare, in quanto le parti, in forza della *Kooperationsmaxime*, non possono subire le conseguenze negative previste dalla legge per un comportamento negligente non a loro imputabile, ma dovuto, piuttosto, a una leggerezza dell'organo giudiziario nell'esercizio dei propri poteri processuali²³³.

Anche i doveri di chiarimento e di indicazione che sono manifestazione della *materielle Prozessleitung* rilevano in questo contesto. Infatti, il rigetto delle allegazioni dei mezzi di attacco e di difesa è inammissibile se il ritardo della parte nell'adempiere ai propri doveri processuali è ricollegabile, con molta probabilità, alla mancata o inadeguata applicazione del § 139 ZPO da parte del giudice ovvero, più in generale, alla violazione del suo dovere di assistenza alle parti, la cui radice costituzionale è la garanzia al giusto processo²³⁴.

2.2.3. La Prozessförderungspflicht del giudice: rinvio.

Si è visto, nel corso della trattazione, come l'efficacia del processo civile dipenda dal corretto adempimento dei doveri di collaborazione tanto delle parti quanto del giudice, quindi dal rispetto della *Kooperationsmaxime* e dall'attuazione dell'*Arbeitsgemeinschaft*.

Non basta quindi che le parti rispettino i termini e presentino le proprie domande e le proprie difese in forma completa ed esauriente. L'effettività del processo dipende infatti in larga parte dall'attivismo del giudice, specificatamente dalla *Prozeßleitung* giudiziaria, con ciò intendendo la competenza del giudice nella preparazione della decisione giudiziaria e la responsabilità del

²²⁹ LEIPOLD, *op. cit.*, p. 868.

²³⁰ LEIPOLD, *op. cit.*, p. 855.

²³¹ V. Capitolo quarto, par. 2.2., lett. a.

²³² V. § 273 ZPO su cui *infra* Capitolo quarto, par. 2.2.1.

²³³ Il BGH ha chiarito che nei casi in cui il giudice avrebbe potuto impedire il ritardo attraverso ragionevoli provvedimenti per la preparazione dell'udienza, il rigetto non possa essere disposto, temperando così la vincolatività stringente dell'*absoluter Verzoegerungsbegriff*; LEIPOLD, *op. cit.*, p. 867.

²³⁴ LEIPOLD, *op. cit.*, p. 869.

medesimo nella direzione del procedimento in ogni sua fase, curandosi che questo sia conforme alla legge e adeguato alle esigenze della singola causa concreta²³⁵.

In particolare, come sopra illustrato²³⁶, il § 139 ZPO, relativo alla *materielle Prozeßleitung*, è complementare alla *Prozessförderungspflicht* delle parti e strumentale ad essa, in quanto l'esercizio dei poteri giudiziali di direzione materiale del processo indirizzano le parti nella formazione del contenuto dell'oggetto della causa. La legge impone al giudice di trattare la causa accuratamente, attraverso l'esauriente discussione di tutte le questioni rilevanti per la decisione e l'attenta conduzione dell'istruzione probatoria, intervenendo ogniqualvolta siano necessari chiarimenti o integrazioni; l'adempimento del dovere di direzione materiale del processo ha rilevanza costituzionale quando l'intervento del giudice impedisce la pronuncia di una decisione della terza via, nel rispetto della garanzia costituzionale all'ascolto in giudizio *ex art. 103, comma 1° GG*.

Se certamente la *materielle Prozeßleitung* interessa per le numerose implicazioni giuridiche che essa comporta, anche a livello costituzionale e di principi generali processuali, nondimeno particolare attenzione merita anche la *formelle Prozeßleitung* perché condizione imprescindibile di funzionalità dell'intero processo tedesco così come si presenta, in forma di modello bifasico, all'esito delle riforme di cui si è trattato in precedenza.

Proprio del funzionamento del processo secondo la **direzione "manageriale"** del magistrato tedesco ci si deve occupare in seguito, nel prosieguo della trattazione, facendo dunque rinvio a quanto illustrato nel capitolo successivo del presente lavoro.

B. Italia

1. La lunga serie di riforme del diritto processuale civile italiano.

1.1. Introduzione.

Comparando l'esperienza giuridica tedesca con quella italiana nell'*iter* di riforma del diritto processuale civile, si constata che esse sono molto simili nel loro esordio, ma si distanziano poi l'una dall'altra, per presentare, infine, un epilogo alquanto differente (se di epilogo si possa davvero parlare con riferimento al sistema giuridico processuale italiano, dal momento che l'attività del riformatore è continua e non pare volersi arrestare).

Tanto in Germania quanto in Italia, l'emanazione del codice di procedura civile non ha di per sé rappresentato il punto di arrivo dell'elaborazione normativa della disciplina processuale civile, in particolare con riferimento al rito ordinario di primo grado; piuttosto essa è, invero, risultata essere il punto di partenza verso un lungo percorso di rielaborazione e di riforma per il perfezionamento delle disposizioni già esistenti.

Eppure, la differenza fondamentale tra l'evoluzione della *Zivilprozessordnung* tedesca e quella del codice di procedura civile italiano, palese agli occhi soprattutto dello studioso italiano, sta nella circostanza che mentre in Germania si è assistito a enormi e radicali cambiamenti della disciplina

²³⁵ STADLER, § 136, in MUSIELAK (a cura di), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, München, 2014, pp.704 ss., p. 705.

²³⁶ V. *supra* paragrafi 1.3., lett. b e 2.2.2.

processuale civile vigente per il tramite di due sole grandi riforme, quella del 1973 (la *Vereinfachungsnovelle*) e quella del 2001 (la *ZPO-Reformgesetz*) – le quali hanno rivoluzionato la struttura intera del rito e il modello processuale di riferimento, mentre gli interventi riformatori succedutisi in seguito sono settoriali e specifici, più semplici e certamente meno radicali – in Italia, diversamente, una o più riforme che si possano dire davvero drastiche e totali, quindi definitive, non si sono mai effettivamente avute, piuttosto si è sempre privilegiata la tecnica dell'intervento parziale e della novellazione.

I problemi maggiori nascono proprio da ciò, che il legislatore italiano, intervenendo settorialmente su singole parti, comunque fondamentali ma circoscritte, della disciplina processuale, senza piuttosto meditare una riforma radicale, globale e ragionata, finisce per vanificare i possibili effetti benefici del cambiamento. Questi ultimi sono del tutto azzerati tenuto conto che, soprattutto negli ultimi anni, gli interventi del riformatore sono incessanti e frenetici, spesso contraddittori, degenerando in una sorta di “elefantiasi riformistica”.

Il risultato non può che essere insoddisfacente e soprattutto inefficace, perché confusionario. La stratificazione di nuove norme non consente di dare organicità alla legge processuale, che, forse anche più di altri ambiti normativi, necessita di immediatezza, semplicità e sinteticità delle disposizioni. Dinanzi alle mancanze e alla “disorganizzazione dell'organizzazione” giudiziaria dei tribunali di gran parte del Paese, il legislatore degli ultimi anni risponde cercando di incanalare una larga parte del contenzioso civile nel bacino dei diversi metodi alternativi di risoluzione delle controversie e di composizione amichevole delle liti²³⁷, i quali, tuttavia, pur rappresentando senza dubbio una validissima alternativa al processo, hanno efficacia limitatamente a soltanto alcune tipologie di contenzioso e a quei casi nei quali ciò appaia concretamente possibile. Perciò, il trasloco dei fascicoli di causa dalle aule dei tribunali agli studi professionali di mediatori e di avvocati non pare essere, in definitiva, la soluzione reale agli enormi problemi della giustizia italiana.

Tutto ciò premesso, ai fini della comparazione, appare interessante ripercorrere, in modo necessariamente sintetico, i passaggi fondamentali delle riforme del codice di procedura civile italiano, dalla sua emanazione ad oggi, che hanno riguardato il procedimento ordinario di primo grado, ponendo particolare attenzione alle iniziative legislative che hanno toccato specificatamente i poteri di direzione processuale del giudice italiano.

In un secondo momento, e a conclusione del presente capitolo, sarà interessante operare la comparazione tra Italia e Germania, con riferimento alla deformalizzazione e alla semplificazione del processo civile, anche attraverso un confronto statistico e numerico del funzionamento dei tribunali tedeschi da un lato e di quelli italiani dall'altro lato a seguito delle rispettive riforme.

²³⁷ Gli interventi del legislatore italiano sul tema sono, a partire dal 2010 in poi, numerosi e specificatamente: il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, intitolato *Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n.69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali* (in *G.U.* n. 53 del 05-03-2010) in tema di mediazione civile e commerciale; d.l. 12 settembre 2014, n. 132, intitolato *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile* (in *G.U.* Serie Generale n. 212 del 12-09-2014), convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162 (in *Suppl. ord.* n. 84, relativo alla *G.U.* 10-11-2014, n. 261) che ha introdotto sia l'istituto della negoziazione assistita da avvocati sia la conversione delle cause civili in sede arbitrale.

2. Panoramica sulle riforme del codice di procedura civile che più hanno inciso sui poteri del giudice di direzione formale del processo civile di primo grado.

A seguito dell'emanazione del codice di procedura civile nel 1940 – come già precedentemente illustrato²³⁸ – si verifica una vera e propria mobilitazione da parte degli avvocati contro il nuovo testo normativo e a favore del ritorno al precedente codice del 1865, in quanto il codice del Quaranta, pur mantenendo fermi i tradizionali principi della domanda e dispositivo²³⁹, aumenta i poteri di impulso del giudice, in particolare nella determinazione dell'andamento del procedimento e dei suoi tempi, e inasprisce il regime delle preclusioni²⁴⁰. È grazie al codice del 1942 che fa ingresso anche nella disciplina processuale civile italiana il concetto di “collaborazione attiva tra l'organo giudiziario e le parti” (l'*Arbeitsgemeinschaft* tedesca), giusta ed equilibrata sintesi tra i poteri delle parti di impulso e quelli del giudice di direzione formale del processo²⁴¹, creando un nuovo sistema processuale sapientemente definito di «impulso di parte stimolato dal giudice»²⁴².

a. La “controriforma” del 1950.

La legge 14 luglio 1950, n. 581 di ratifica del d.l. 5 maggio 1948, n. 483²⁴³ riforma, con la tecnica della novellazione, singole norme del codice, apportando al testo normativo originario aggiunte e modifiche²⁴⁴.

Tra le norme riformate vi è l'art. 180 c.p.c., intitolato “Forma della trattazione”. La formulazione originale della disposizione in esame sancisce che «La trattazione della causa davanti al giudice

²³⁸ V. supra Capitolo primo, par. 4.4.

²³⁹ CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice* cit., p. 236. La critica principale che viene mossa al codice del 1940 è di essere un codice fascista. Contro quest'affermazione v. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, p. 290

²⁴⁰ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 238: il nuovo Codice «mentre ha abolito ogni possibilità di rinvii concordati tra le parti, ha dato all'organo giudiziario (e specialmente al giudice istruttore) il potere di imprimere al processo l'andatura più o meno celere che meglio corrisponda alle speciali necessità della causa, di fissare il numero delle udienze e l'intervallo che deve passare tra l'una e l'altra, e di assegnare alle parti, nei casi in cui già non vi abbia provveduto la legge, il termine per il compimento delle attività ad esse riservate (art. 182, 183, 187, 188, 189, 202 ecc.). In questo modo il processo, durante il suo svolgimento, non rimane mai in quello stato di indeterminata pendenza in cui rimaneva secondo il vecchio Codice quando la continuazione di esso era rimessa all'illimitato arbitrio delle parti: in nessun momento del processo la serie degli atti già compiuti rimane interrotta, perché sempre, dopo ogni atto, comincia a decorrere per disposizione di legge o per ordine del giudice, il nuovo termine che funziona per le parti come stimolo al compimento dell'atto successivo».

²⁴¹ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 240: «anche se le parti conservano il potere di disporre della causa, la “direzione del processo” deve essere concentrata nelle mani del giudice: nessuno forza il privato, come figurativamente è stato detto, a salire sulla nave della giustizia, e se esso delibera di imbarcarvisi, a lui solo spetta fissare l'inizio e la meta del suo viaggio; ma, una volta intrapresa la navigazione, il timone dev'essere affidato esclusivamente al giudice, che ha durante il viaggio la responsabilità della rotta».

²⁴² CALAMANDREI, *ibid.*: «se il processo civile deve continuare a consistere in una collaborazione attiva tra l'organo giudiziario e le parti, il sistema adottato dal nuovo Codice appare come il migliore possibile, come quello che mentre da un lato riconosce l'importanza vitale dell'impulso di parte, dall'altra, col prefiggere all'esercizio di esso rigorosi termini preclusivi, crea in questo modo nell'interno del processo un sistema di stimoli psicologici, dal quale le parti sono continuamente ammonite, se vogliono evitare il pericolo di veder cadere nel nulla il lavoro già compiuto, alla puntualità ed alla diligenza».

²⁴³ In *G.U.* n. 186 del 16-08-1950, Suppl. ord.; TARUFFO, *op. cit.*, p. 295, specifica che, essendo stati tanto l'iter di approvazione del d.l. n. 483 del 1948 quanto l'iter della ratifica del medesimo decreto alquanto lunghi e contorti, la legge n. 581 del 1950 risulta essere, infine, in molti suoi aspetti, alquanto diversa nel suo contenuto dal decreto che essa formalmente ratifica.

²⁴⁴ TARUFFO, *op. cit.*, p. 298.

istruttore è sempre orale. Della trattazione della causa si redige processo verbale nel quale si inseriscono le conclusioni delle parti e i provvedimenti che il giudice pronuncia in udienza» allo scopo di realizzare un processo rapido e concentrato²⁴⁵. Naturalmente, non si tratta di un'oralità piena, in quanto la scrittura è ben ammessa, sebbene la parola debba comunque prevalere per tutto il corso della trattazione²⁴⁶.

Anche ammettendo che la formulazione della norma sia (e a tutt'ora) una petizione di principio²⁴⁷, di scarso rilievo pratico e sostanziale, comunque il fatto stesso della sua presenza nel codice di procedura civile assegna (e dovrebbe assegnare ancora oggi) un ruolo di rilievo all'oralità all'interno del processo civile ordinario di primo grado.

La riforma del 1950 azzerava il valore dell'oralità nel processo civile, attraverso l'aggiunta all'art. 180 c.p.c. della deroga che rende possibile al giudice autorizzare lo scambio di comparse, rinviando a un momento successivo l'udienza di trattazione²⁴⁸. Inoltre, viene aggiunto al corpo normativo delle disposizioni di attuazione l'art. 83 *bis*, in forza del quale la trattazione può svolgersi in forma totalmente scritta; il che contribuisce inevitabilmente ad allontanare ancora di più il giudice dal processo e dalle parti, relegando il magistrato a un ruolo passivo. Diversamente dalla scrittura, infatti, l'oralità nella trattazione richiede al giudice una partecipazione attiva, dovendo egli non già «sentire supinamente una discussione», ma, piuttosto, «portare la causa alla sua maturazione e al suo svolgimento e impostare una istruzione consequenziale o determinante»²⁴⁹.

Altro punto delicato toccato dalla riforma del 1950 è l'udienza di trattazione e, quindi, gli artt. 183 e 184 c.p.c. relativamente ai limiti preclusivi nei confronti delle parti. Se è vero che, come detto *supra*, il sistema delle preclusioni svolge il compito di responsabilizzare le parti a una più solerte e tempestiva preparazione della trattazione della causa, al fine di semplificare e velocizzare il processo, è certamente vero altresì che ciò comporti una grossa limitazione della libertà delle parti stesse all'interno del processo medesimo²⁵⁰.

Ecco che, allora, la riforma del 1950 modifica gli artt. 183 e 184 c.p.c. relativi alla fase preliminare, concedendo alle parti la possibilità illimitata di precisare e di modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni, proposte negli atti iniziali, durante la prima udienza di trattazione, e la possibilità di modificare le domande, le eccezioni e conclusioni precedentemente formulate, produrre nuovi documenti, chiedere nuovi mezzi di prova e proporre nuove eccezioni, che non siano precluse da speciali disposizioni di legge, finanche durante l'ulteriore corso del giudizio innanzi al giudice istruttore e finché la causa non venga rimessa al collegio per la decisione,²⁵¹.

²⁴⁵ PAJARDI, sub. art. 180, in ALLORIO (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Libro II, Tomo I, Torino, 1980, pp. 541 ss..

²⁴⁶ ANDRIOLI, sub. art. 180, in ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Vol. II, Napoli, 1957, pp. 65 ss.

²⁴⁷ CEA, *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2010, p. 25.

²⁴⁸ CEA, *Trattazione* cit., p. 26.

²⁴⁹ PAJARDI, sub. art. 180 cit., p. 542

²⁵⁰ TARUFFO, *op. cit.*, p. 299.

²⁵¹ TARUFFO, *op. cit.*, p. 300; BRUNELLI, sub. articolo 180, in CARPI – TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, Padova, 2015, pp. 778-787, p. 779; CEA, *op. cit.*, p. 27: «In definitiva, le uniche preclusioni che restano furono quelle relative alle nuove domande dell'attore che non fossero conseguenza delle difese del convenuto, nonché quella concernente la domanda riconvenzionale del convenuto, che era proponibile esclusivamente con la comparsa di costituzione».

In questa maniera, le attività di definizione del *thema decidendum ac probandum* possono invero svolgersi non solo nella fase iniziale del procedimento, ma anche per tutto il corso della causa, persino in occasione dell'istruzione probatoria, perdendo così la loro funzione tipica di preparazione della causa e di delimitazione dell'oggetto della controversia, in vista della decisione e della rapida conclusione del giudizio²⁵².

Ne consegue che il giudice conosce l'oggetto della controversia, l'intero contenuto della causa e i relativi mezzi di prova dedotti dalle parti solamente a uno stadio molto avanzato del processo, cosicché egli non è più in grado di esercitare proficuamente i propri poteri di direzione materiale²⁵³; né riesce a guidare e controllare il procedimento attraverso i poteri di direzione formale, essendo sostanzialmente cancellata la fase di preparazione del processo e i diversi momenti processuali si amalgamano tra di loro creando un sistema confusionario e totalmente irrazionale²⁵⁴. Ciò che rimane dei poteri del giudice di direzione formale del processo è esclusivamente la decisione del momento in cui le parti debbano essere invitate a precisare le conclusioni quando la causa è matura per la decisione; per il resto, il procedimento delineato dal legislatore del 1950 è totalmente in balia delle parti e del loro arbitrio²⁵⁵.

Le scelte del legislatore del 1950 – guidate dalle istanze non solo degli avvocati, ma anche della dottrina²⁵⁶ – hanno costituito un grave passo indietro rispetto alle conquiste conseguite dalla disciplina processuale attraverso il codice di procedura civile del 1940, perché hanno sacrificato la rapidità, la concentrazione e l'immediatezza del processo, l'oralità e i poteri del giudice di direzione formale del procedimento, sull'altare di una maggiore libertà ed egemonia delle parti sul rito²⁵⁷.

b. Le riforme degli anni Novanta.

i. Le premesse per il cambiamento: il Progetto Liebman.

Proprio l'insopportabile allungamento dei tempi del processo a seguito della vigenza della controriforma fa ritornare al centro dell'attenzione la concentrazione del rito, esattamente come accadeva all'epoca della promulgazione del codice di procedura civile del 1942²⁵⁸.

La legge 26 novembre 1990, n. 353²⁵⁹, in continuità con l'esperienza positiva della riforma del processo del lavoro introdotta dalla legge n. 533 del 1973²⁶⁰ e con lo scopo precipuo di ridurre la

²⁵² TARUFFO, *La trattazione della causa*, in TARUFFO (a cura di), *Le Riforme della Giustizia Civile. Commento alla L. 353 del 1990 e alla L. 374 del 1991*, Torino, 1993, pp. 235 ss, p. 275 ss.; FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, p. 147: «Di conseguenza, nello stesso momento in cui scompaiono i poteri discrezionali del giudice ancorati ai “fini di giustizia” e ai “gravi motivi”, scompare anche qualsiasi tentativo di dare ordine al processo, sovrapponendo in modo completo fase preparatoria e fase istruttoria, e rendendo vacua qualsiasi disposizione sui poteri direttivi del giudice. In questo modo, le preclusioni spariscono completamente dal processo ed il sistema torna alla frammentazione progressiva del materiale di fatto e di diritto destinato a costituire il fondamento e l'oggetto della decisione».

²⁵³ FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, p. 148.

²⁵⁴ FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile cit.*, p. 148.

²⁵⁵ FICCARELLI, *ibid.*

²⁵⁶ Contro la “deriva pubblicistica” del diritto processuale civile e soprattutto contro il sistema rigido delle preclusioni si sono schierati molti autori fin dai progetti chi hanno anticipato il Codice del '40, primo fra tutti Piero Calamandrei (v. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, 2007).

²⁵⁷ TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi cit.*, p. 301.

²⁵⁸ CEA, *op. cit.*, p. 23: «La concentrazione è un valore da perseguirsi massimamente e le preclusioni sono lo strumento tecnico per il raggiungimento dell'obbiettivo».

durata del processo ordinario di cognizione di primo grado, rimette mano alla disciplina della prima udienza di trattazione, dividendo in due momenti distinti la fase della trattazione e quella dell'istruzione probatoria della causa e reintroducendo limiti preclusivi, oltrepassati i quali le parti non possono più modificare l'oggetto della causa²⁶¹.

Alle spalle della riforma del 1990 si trova il cosiddetto Progetto Liebman del 1977, il quale propone una riforma radicale dell'intera struttura del procedimento di primo grado, alla luce delle esperienze non solo del rito del lavoro, ma anche della *Vereinfachungsnovelle* tedesca dello stesso anno²⁶².

Specificatamente, la Commissione presieduta da Liebman propone un modello processuale che, come il processo del lavoro, abbia le caratteristiche della snellezza e dell'elasticità²⁶³, e, sulla falsariga di quello tedesco, sia bifasico, con una prima fase destinata alla preparazione della causa e una seconda fase preposta all'istruzione probatoria, il tutto da concentrare, quante più volte possibili, in due sole udienze.

Il progetto Liebman, con specifico riferimento alla fase iniziale del giudizio, sostituisce il sistema della citazione immediata con quello a ricorso, con lo scopo precipuo «di togliere all'attore la scelta arbitraria del giorno dell'udienza e di assicurare all'ufficio giudiziario la conoscenza del processo fin dal suo momento iniziale»²⁶⁴. Sicché, la domanda dell'attore viene introdotta con un ricorso, il cui destinatario immediato e diretto è il giudice e che è poi notificato, in copia autentica ed a cura dell'attore medesimo, al convenuto; la fissazione dell'udienza preliminare è invece prerogativa del giudice della causa, designato dal capo dell'ufficio giudiziario²⁶⁵. Il decreto di fissazione dell'udienza, unitamente a quello di nomina del giudice competente per la causa, viene comunicato alle parti a cura del cancelliere²⁶⁶.

Quanto al modello bifasico, la Commissione presieduta da Liebman immagina un procedimento composto da un'udienza preliminare e una principale. Specificatamente, «l'udienza preliminare ha la funzione di preparare l'udienza principale di istruzione e dibattimento, sgombrando il terreno dalle eventuali questioni preliminari o di nullità degli atti»²⁶⁷, essa «è destinata a operare come un

²⁵⁹ In *G.U.* n. 281 del 01-12-1990, Suppl. Ord. n. 76. CAPPONI, *Giustizia civile: nuovi modelli verso l'Europa?*, in *Foro italiano*, V, 1993, pp. 216 ss..

²⁶⁰ In *G.U.* n. 237 del 13-09-1973. Il rito del lavoro si distingue da quello ordinario, tra le altre cose, per l'adozione di «un modello "ad udienza unica", fondato sull'oralità e la concentrazione ma soprattutto su un sistema piuttosto semplice e rigido di preclusioni, nel quale si impone alle parti di compiere tutte le loro allegazioni e deduzioni negli atti introduttivi, con scarse possibilità di integrazioni e modificazioni successive»: TARUFFO, *La trattazione della causa* cit., pp. 238-239.

²⁶¹ BRUNELLI, sub. *articolo 180* cit., p. 779.

²⁶² TARUFFO, *op. cit.*, p. 250; LIEBMAN, *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 1977, pp. 452 ss. Sulla *Vereinfachungsnovelle* v. *supra* par. 1.2.

²⁶³ LIEBMAN, *Proposte per una riforma del processo civile* cit., p. 452; PUNZI, *Il procedimento*, in *Incontro sulla riforma del processo civile. Il progetto Liebman sul processo di cognizione (Milano 20-21 maggio 1978)*, Milano, 1979, p. 5: «si è voluto strutturare un procedimento di cognizione che, avendo caratteristiche di snellezza e di efficienza analoghe a quello creato dalla l. 11 agosto 1973, n. 533 per le controversie di lavoro, fosse, pur se con una disciplina più elaborata ed articolata, applicabile a tutte le cause civili».

²⁶⁴ LIEBMAN, *op. cit.*, p. 456.

²⁶⁵ PUNZI, *Il procedimento* cit., p.8.

²⁶⁶ PUNZI, *ibid.*

²⁶⁷ LIEBMAN, *op. cit.*, p. 457.

filtro, che risolve ed elimina le questioni preliminari o di contorno e trasmette all'udienza principale una causa già depurata delle scorie e ridotta alle questioni decisive di fatto e di diritto»²⁶⁸.

È, quindi, in questa sede che il giudice deve controllare la regolarità del contraddittorio ed eventualmente disporre la chiamata del terzo in causa, nonché risolvere le questioni preliminari processuali che dovessero presentarsi²⁶⁹. L'udienza preliminare è inoltre la sede in cui, secondo il Progetto Liebman, debba svolgersi l'interrogatorio libero delle parti, finalizzato non solo all'ulteriore chiarimento dell'oggetto della controversia, ma anche, e soprattutto, al tentativo di conciliazione delle parti in lite²⁷⁰.

Infine, l'udienza preliminare, per poter davvero svolgere compiutamente il proprio compito di "filtro depuratore" della causa in vista dell'udienza principale, è la sede in cui ammettere i mezzi di prova proposti dalle parti o disposti d'ufficio dal giudice²⁷¹, salvo il caso in cui non sia invece necessaria l'assunzione di prove e il giudice, quindi, inviti subito le parti a discutere la causa e pronunci di seguito la sentenza²⁷².

L'attività di preparazione della causa e di definizione completa e definitiva del *thema decidendum ac probandum* deve esaurirsi tutta in un'unica udienza, salvo, tuttavia, ammettere che, se necessario, detta attività preparatoria possa essere portata a termine in un'ulteriore udienza comunque ravvicinata nel tempo²⁷³.

Tale ultima eventualità è subordinata all'esercizio da parte del giudice dei suoi **poteri di direzione processuale** e di impulso alla trattazione. Così, il giudice, assunto l'interrogatorio delle parti, ha la facoltà di esercitare i propri **poteri di direzione materiale** del procedimento, consistenti: nella segnalazione alle parti, nei limiti delle domande e delle eccezioni proposte dalle stesse, delle eventuali lacune nell'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto e nelle deduzioni probatorie; nell'indicazione delle questioni di merito rilevabili d'ufficio; nell'ammissione dei mezzi di prova non riservati alle parti (art. 174, comma 1° del Progetto Liebman). In tutte queste ipotesi, nel rispetto del principio del contraddittorio, il giudice assegna alle parti, con ordinanza, un unico termine perentorio, comune ad entrambe e comunque non superiore a venti giorni, per il deposito di memorie scritte.

L'altra ipotesi di rinvio dell'udienza di trattazione e, quindi, di frammentazione dell'attività di preparazione della causa in più udienze, è quella prevista dal comma terzo dell'art. 174 del Progetto Liebman, in forza del quale, su istanza di parte, il giudice concede un termine perentorio non superiore a venti giorni per precisare e, quando occorra, modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate, nonché completare la deduzione dei mezzi di prova e la produzione dei documenti²⁷⁴.

²⁶⁸ LIEBMAN, *op. cit.*, p. 458.

²⁶⁹ PUNZI, *op. cit.*, pp. 12 ss.

²⁷⁰ PUNZI, *op. cit.*, pp. 16-17.

²⁷¹ PUNZI, *op. cit.*, pp. 18-19.

²⁷² LIEBMAN, *op. cit.*, p. 457.

²⁷³ LIEBMAN, *ibid.*

²⁷⁴ Considerato che il progetto Liebman si ispira ai principi di concentrazione e di accelerazione del procedimento e alla teoria del potenziamento dei poteri di direzione processuale del giudice come strumento di semplificazione e di incremento dell'efficienza del processo, è poco coerente l'introduzione di un dovere del giudice di rinvio dell'udienza,

Conclusa la fase preliminare – sempre che la causa non sia stata ritenuta dal giudice matura per la decisione, senza necessità di assunzione dei mezzi di prova²⁷⁵ – si passa alla seconda fase, quella per la decisione. Tali due fasi, nella situazione ideale, si susseguono senza soluzione di continuità nella medesima udienza; se ciò non sia possibile, la seconda fase tiene luogo in un'apposita nuova udienza fissata dal giudice (art. 175, comma 2° del Progetto Liebman).

Nell'udienza per la decisione «si assumono le prove stabilite e – di regola – si discute di seguito la causa, quando i risultati delle prove sono freschi nella mente del giudice e dei difensori. Esaurita la trattazione, il giudice pronuncia la sentenza e dà immediata lettura del dispositivo. Il testo della sentenza, munito della motivazione, dovrà essere poi depositato in cancelleria entro un breve termine»²⁷⁶.

L'ideale perseguito dalla disciplina proposta nel Progetto Liebman è l'unicità anche dell'udienza in cui si esplica la seconda fase processuale, esattamente come vale per l'udienza dedicata alla preparazione della causa, salvo poi specificare che «eccezionalmente, se lo riterrà necessario, il giudice potrà rinviare la discussione e decisione a un'udienza prossima, concedendo alle parti un termine per il deposito delle note difensive»²⁷⁷.

È evidente come il Progetto Liebman sia ambizioso e complesso; la sua attuazione comporterebbe sicuramente uno stravolgimento radicale delle abitudini sia dei giudici sia degli Uffici giudiziari sia degli avvocati. Il modello processuale di riferimento sarebbe del tutto nuovo e la sua messa in pratica costituirebbe, per il processo civile italiano, una sorta di punto zero da cui ripartire.

Dati i modelli di riferimento del Progetto Liebman – ossia, come già sopra detto, il rito del lavoro e il processo civile tedesco – il nuovo schema processuale proposto, se rispettato nei suoi dettami e se assimilato dal sistema giudiziario, presenta, invero, ottime probabilità di avere buon esito e di apportare maggiore efficienza e rapidità al processo civile italiano.

ii. La legge 26 novembre 1990, n. 353.

Il legislatore del Novanta (purtroppo) non ha il coraggio di porre in essere quella riforma generale auspicata da Liebman, forse proprio perché troppo radicale e rivoluzionaria; piuttosto, in seno a dei provvedimenti urgenti, egli si limita a una riforma parziale del codice di procedura civile, specificatamente degli artt. 183 e 184 c.p.c.

Quel che rimane dell'idea di Liebman di prendere il processo civile tedesco riformato negli anni Settanta come possibile modello di riferimento è la massima valorizzazione della fase di preparazione del processo e di determinazione definitiva dell'oggetto della causa, attraverso

che sorge ogni qual volta le parti ne facciano istanza. Meglio, forse, sarebbe stato conferire al giudice un potere di natura discrezionale, in forza del quale la concessione del termine per il deposito di memorie scritte e il conseguente rinvio dell'udienza sarebbe subordinato alla valutazione di opportunità fatta dal giudice stesso alla luce delle circostanze del caso concreto. È, invece, senza dubbio originale la previsione di cui all'art. 176, comma 4° del Progetto Liebman, in forza del quale il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica è subordinato all'espressa autorizzazione del giudice (PUNZI, *op. cit.*, p. 20).

²⁷⁵ Art. 175, comma 1° del Progetto Liebman.

²⁷⁶ LIEBMAN, *op. cit.*, p. 458.

²⁷⁷ LIEBMAN, *ibid.*

l'introduzione di un ordinato sistema di preclusioni, che attui una più razionale separazione fra la trattazione della causa e l'istruzione probatoria²⁷⁸.

Così, anzitutto, la fissazione del *thema decidendum ac probandum* deve avvenire fin dagli atti iniziali e quanto più completamente possibile, pena la nullità dell'atto di citazione per l'attore (art. 164 c.p.c.) ovvero la decadenza *ex art.* 167 c.p.c. per il convenuto²⁷⁹.

Eppure, la definitiva fissazione dell'oggetto della controversia è ben lungi dall'avvenire nella fase iniziale del processo, né si esaurisce nelle prime battute dell'udienza di trattazione.

Durante l'udienza di trattazione, infatti, l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto; inoltre può chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo in causa, sempre se tale esigenza sia sorta dalle difese del convenuto (art. 183, comma 4° c.p.c.); quest'ultimo, dal canto suo, può costituirsi direttamente in udienza; in generale le parti possono precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate (art. 183, comma 4° c.p.c.).

Sono poi previste due "appendici scritte"²⁸⁰: la prima consente a entrambe le parti di precisare o modificare le proprie domande ed eccezioni già proposte al ricorrere di "gravi motivi"; la seconda consente invece al solo convenuto di replicare alle domande e alle eccezioni avanzate dall'attore nel corso dell'udienza di trattazione²⁸¹.

In questo modo, l'effettiva preparazione della causa diviene di difficile realizzazione e il giudice, non avendo a disposizione reali strumenti di **direzione processuale**, è indotto a giungere impreparato alla prima udienza e a studiare la causa solo una volta conclusi i vari scambi di memorie tra le parti, fin anche al momento della rimessione in decisione²⁸².

Altro intervento decisivo sull'udienza di prima comparizione e di trattazione di cui all'art. 183 c.p.c., riguarda i **poteri del giudice**, il quale può chiedere alle parti i chiarimenti che ritiene necessari sulla base dei fatti allegati e indicare alle stesse le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione. Si tratta, evidentemente, di **poteri di direzione materiale del processo**, validi strumenti volti a chiarire i termini della controversia, anche su quegli aspetti (fatti secondari) collegati ai fatti allegati (principali o secondari) che, sebbene non espressamente indicati

²⁷⁸ BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, p. 164; FICCARELLI, *op. cit.*, p. 155: «La scelta del legislatore del 1990, di conseguenza, è quella di tenere nettamente distinte l'attività di trattazione e di delimitazione del quod decidendum e quod probandum da quella di istruzione: mentre la prima fase è necessaria e, attraverso il fondamentale sistema delle preclusioni, è diretta alla delimitazione definitiva dell'oggetto del giudizio e all'individuazione dei fatti bisognosi di prova, la seconda è eventuale e consente l'assunzione dei mezzi di prova sui fatti controversi».

²⁷⁹ CEA, *op. cit.*, p. 30. CHIARLONI, *Prima comparizione delle parti e trattazione della causa*, in CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Torino, 2007, pp. 150 ss., pp. 158-159, il regime delle preclusioni iniziali è particolarmente severo per il convenuto «che vede scattare la decadenza per eccezioni in senso stretto, domande riconvenzionali e chiamate di terzo fin dalla costituzione, da eseguirsi in cancelleria venti giorni prima dell'udienza. Previsione questa che appare subito inutilmente vessatoria, soprattutto perché poco in armonia con la disciplina successiva, che prevede un'appendice scritta all'udienza di trattazione».

²⁸⁰ CEA, *op. cit.*, p. 31.

²⁸¹ CEA, *ibid.*

²⁸² CHIARLONI, *Prima comparizione delle parti cit.*, p. 159.

dalle parti, aiutano a formare la conoscenza del giudice su tutti gli aspetti della fattispecie rilevanti per la decisione²⁸³.

Con specifico riferimento alla rilevazione d'ufficio di determinate questioni, essa può essere esercitata per tutto il corso del processo, purché venga instaurato il contraddittorio²⁸⁴. Tuttavia, la procrastinazione dell'esercizio di tale potere da parte del giudice in un fase processuale successiva rispetto a quella di trattazione *ex art. 183 c.p.c.* rischia di vanificare gli effetti benefici sull'economia del rito, che la fase preparatoria del processo è potenzialmente in grado di produrre.

Infine, il giudice ha il potere-dovere di condurre l'interrogatorio libero delle parti all'inizio dell'udienza di trattazione e, ai sensi dell'art. 185 c.p.c., di tentare la conciliazione delle parti comparse personalmente, ogni qualvolta la natura della controversia lo consenta²⁸⁵. L'interrogatorio libero tra le parti, oltre a costituire possibile fonte di argomenti di prova *ex art. 116, comma 2° c.p.c.*, è certamente anche un importante strumento di chiarificazione e di definizione dei termini della controversia²⁸⁶.

iii. La legge 20 dicembre 1995, n. 534.

La novella del 1990 non riesce a produrre i suoi effetti, perché praticamente non trova applicazione nella sua versione originaria. Pianificata la sua entrata in vigore per le controversie instaurate dopo il 30 aprile 1995, la l. n. 353 del 1990 viene pesantemente modificata dalla legge n. 534 del 1995²⁸⁷, che, ancora una volta, costituisce un ripensamento e, dunque, un grande passo indietro rispetto alle conquiste raggiunte all'inizio degli anni Novanta.

Di nuovo viene modificato l'art. 180 c.p.c, il cui nuovo comma secondo prevede che il giudice possa autorizzare le parti, già prima dell'udienza di trattazione *ex art. 183 c.p.c.*, a scambiarsi memorie scritte. Ancora una volta dunque il bersaglio del legislatore, mosso dalle recriminazioni degli avvocati, è l'oralità.

L'altro bersaglio è la concentrazione della fase preparatoria. Ecco che, allontanandosi di molto dai modelli processuali adottati da altri ordinamenti stranieri, primo fra tutti quello tedesco, il legislatore del '95 frammenta in più udienze l'attività di preparazione della causa e crea un sistema che offra «le più ampie chances alla parte interessata a perder tempo»²⁸⁸. Si prevede infatti che il giudice debba procedere sempre e comunque alla previa verifica della regolare instaurazione del contraddittorio nella prima udienza, fissando una successiva data per la vera e propria trattazione

²⁸³ TARUFFO, *op. cit.*, p. 266.

²⁸⁴ A tale conclusione sono giunte pacificamente dottrina e giurisprudenza consolidata del tempo. Successivamente, l'intervento del legislatore con la legge n. 69 del 2009 (su cui v. diffusamente *infra* par. d)) ha dipanato ogni dubbio, positivizzando la regola della necessità dell'instaurazione del contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio a pena di nullità dell'intera sentenza.

²⁸⁵ BALENA, *La riforma del processo* cit., p. 170; TARUFFO, *op. cit.*, p. 257.

²⁸⁶ TARUFFO, *op. cit.*, p. 256.

²⁸⁷ D.l. 18 ottobre 1995, n. 534, convertito dalla l. 20 dicembre 1995, n. 534 (*G.U.* n. 296 del 20-12-1995). La riforma della riforma viene indotta da un lungo e deciso sciopero degli avvocati.

²⁸⁸ BALENA, *La trattazione della causa*, in BALENA – BOVE (a cura di), *Le riforme più recenti del processo civile. Commento sistematico delle disposizioni processuali di cui al decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80, e successive modificazioni*, Bari, 2006, p. 67.

della causa nel merito²⁸⁹; ci sono quindi sempre due udienze, anche se il giudizio è stato correttamente instaurato, senza lesione del contraddittorio.

Sempre a discapito della concentrazione (e conseguente efficacia) della fase preparatoria, anche il regime delle preclusioni subisce un duro colpo. Viene anzitutto previsto che il giudice, in occasione della fissazione della data di udienza di trattazione, assegni al convenuto un termine perentorio entro il quale opporre le eccezioni non rilevabili d'ufficio, spostando così decisamente in avanti il termine di decadenza per la proposizioni delle eccezioni in senso stretto²⁹⁰.

Inoltre, ai sensi dell'art. 183 c.p.c., le parti hanno sempre la facoltà di modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni, a prescindere dalla previa autorizzazione del giudice²⁹¹.

Quanto alle sopra menzionate "appendici scritte", anche in questo contesto si constata un certo *favor* del legislatore rispetto alla libertà delle parti. Così, attore e convenuto possono sia richiedere di precisare o modificare le proprie domande ed eccezioni già proposte, a prescindere dal ricorrere di "gravi motivi", sia ottenere un successivo termine per le repliche alle modifiche introdotte nel corso dell'udienza, cosa che prima era concessa al solo convenuto²⁹².

In definitiva, è chiaro come la riforma del 1995 abbia totalmente sovvertito le idee di valorizzazione della fase preparatoria della causa avanzate dalla legge del 1990 e pienamente adottate nel rito del lavoro a partire dal 1973. L'ovvia conseguenza di questo deciso passo indietro nella disciplina del rito processuale civile è l'inevitabile allungamento dei tempi del processo²⁹³; e altrettanto prevedibilmente la "riforma della riforma" è destinata ad essere sostituita da un'altra successiva riforma, quella del 2005.

c. La riforma del 2005.

Anche la riforma del 2005, che ha in particolare toccato – per quanto interesse in questa sede – gli artt. 180, 183 e 184 c.p.c., non spicca per sapienza e razionalità della tecnica legislativa, anzi appare alquanto contorta.

²⁸⁹ CEA, *op. cit.*, pp. 32-33.

²⁹⁰ CHIARLONI, *op. cit.*, p. 161: «una sorta di comparsa di risposta *bis*».

²⁹¹ CEA, *op. cit.*, p. 33.

²⁹² CEA, *op. cit.*, p. 34.

²⁹³ BALENA, *La trattazione della causa* cit., osserva come «per arrivare ad un provvedimento di ammissione delle prove – o magari, per le non poche cause che non necessitano di alcuna attività istruttoria, alla fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni – bisognava attendere, di regola, almeno quattro udienze; il che si traduceva, nei tribunali con maggior carico di lavoro, nella secca perdita di almeno due anni dall'instaurazione della causa». La ragione di tale ritardo si rinviene, sempre secondo l'a., nel sistema irrazionale delineato dalla l. n. 543 del 1995, «tenuto conto che: a) l'udienza di prima comparizione si risolveva, salvo ipotesi eccezionali, in un mero rinvio; b) la prima udienza di trattazione, che nella prospettiva della riforma avrebbe dovuto rappresentare il cardine dell'intero processo, si riduceva anch'essa, nella maggior parte dei casi, in un'attività del tutto formale e rituale, giacché era assai raro che le parti vi comparissero personalmente per sottoporsi all'interrogatorio libero e per consentire il tentativo di conciliazione, ed era ancor più raro che il giudice, in quella sede, utilizzasse i poteri-doveri conferitigli dal comma 3° dell'art. 183, chiedendo alle parti dei chiarimenti o invitandole alla trattazione di determinate questioni rilevabili d'ufficio; c) la richiesta della c.d. appendice di trattazione scritta, di cui al 5° comma dell'art. 183, rappresentava l'occasione per ottenere in via automatica un ulteriore (e, di solito, non breve) rinvio [...]; d) all'udienza prevista dall'art. 184 (solitamente terza della causa), infine, ciascuno dei contendenti aveva diritto ad un ulteriore rinvio, chiedendo l'assegnazione di termini per ulteriori deduzioni istruttorie e produzioni documentali, anche se, magari, non aveva alcuna reale intenzione di avvalersene».

La legge n. 80 del 2005 converte un decreto legge dal contenuto eterogeneo, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale (c.d. decreto sulla competitività)²⁹⁴. Se è vero che l'inserimento delle riforme di diritto processuale civile di grande rilievo in normative di urgenza è ormai prassi normale e abituale del legislatore italiano, a cui il commentatore potrebbe anche essersi abituato, d'altro canto, tuttavia, ciò è certamente criticabile, in quanto l'inevitabile conseguenza è la superficialità e la "sciatteria tecnica" dei contenuti.

Nel caso specifico della legge n. 80 del 2005, la condotta del legislatore (*rectius* del Governo) è particolarmente censurabile, in quanto le più rilevanti innovazioni riguardanti il processo ordinario di primo grado, in particolare relativamente alla trattazione della causa e alla fase introduttiva del giudizio, vengono inserite con un maxi-emendamento proposto dal Governo all'approssimarsi del termine per la conversione, peraltro ponendo la questione di fiducia sul punto: «cioè seguendo un metodo non solo discutibile dal punto di vista della correttezza costituzionale, ma inadatto alla revisione di discipline connotate da un tasso di tecnicità come quelle processuali, che richiederebbe doverosa ponderazione e l'ausilio di riconosciuti esperti della materia, piuttosto che l'improvvisato intervento di ignoti stregoni»²⁹⁵.

Non convinto del proprio frettoloso operato, il legislatore, altrettanto frettolosamente, modifica e corregge la disciplina della trattazione della causa *ex artt.* 183 e 184 c.p.c. con la legge 28 dicembre 2005, n. 263²⁹⁶. Anche la legge n. 263 del 2005, esattamente come la legge n. 80 del 2005, ha il grande difetto di essere stata approvata senza una doverosa previa discussione con le categorie professionali direttamente colpite dalla riforma stessa, quali l'avvocatura e la magistratura, e senza aprire il dialogo e il confronto con la dottrina processualista²⁹⁷.

Quanto al contenuto della riforma, il legislatore del 2005 torna sui suoi passi e recupera i cambiamenti introdotti con la riforma del 1990, ispirati all'oralità, alla collaborazione tra il giudice e le parti e alla concentrazione della fase di preparazione e di trattazione della causa.

i. Il principio di oralità e i poteri di direzione processuale del giudice.

Così, anzitutto, viene eliminato il comma secondo dell'art. 180, che prevede lo scambio di memorie scritte tra le parti che ne facciano richiesta. La norma si limita ora a sancisce il principio dell'oralità della trattazione della causa, specificando poi che di essa si redige processo verbale. Ne deriva che, nella disciplina della trattazione della causa, rimangono esplicitamente previsti quali momenti di scrittura la cosiddetta appendice scritta di cui al comma 6° dell'art. 183, nonché le comparse e le memorie conclusionali.

Ci si chiede, tuttavia, se, in assenza di un esplicito divieto in tal senso, sia davvero preclusa al giudice la possibilità, nell'esercizio dei propri poteri di direzione formale del procedimento, di concedere comunque alle parti dei termini per lo scambio di comparse e memorie scritte,

²⁹⁴ D. l. 14 marzo 2005, n. 35 (in *G.U.* n. 62 del 16-03-2005), convertito in legge con modificazioni dalla l. 14 maggio 2005, n. 80 (in *G.U.* n. 111 del 14-05-2005, in *Suppl. ord.* n. 91).

²⁹⁵ CHIARLONI, *op. cit.*, pp. 162-163. Le stesse osservazioni possono essere, invero, riproposte per intero con riferimento alle recenti riforme al processo civile..

²⁹⁶ In *G.U.* n. 301 del 28-12-2005, *Suppl. ord.* n. 209.

²⁹⁷ BALENA, *Introduzione*, in BALENA – BOVE (a cura di), *Le riforme più recenti del processo civile cit.*, p. 17.

ogniquale volta lo reputi opportuno per assicurare un migliore e più proficuo svolgimento della trattazione.

Tra i motivi che creano il dubbio interpretativo circa detta possibilità di ammettere che, nonostante l'affermazione di principio del novellato art. 180 c.p.c., il giudice possa decidere, secondo la propria valutazione discrezionale, di concedere alle parti un termine per lo scambio di scritti preparatori, è la mancata abrogazione da parte del riformatore del 2005 dell'art. 83bis disp. att. c.p.c.. Tale ultima norma, infatti, dispone che il giudice istruttore, su richiesta delle parti, possa autorizzare la trattazione scritta della causa, stabilendo quale parte debba per prima indirizzare all'altra una comparsa scritta, e il termine per la replica di controparte.

Sicché, se da un lato non si può non constatare la perentoria enunciazione del principio di oralità, d'altro canto, tuttavia, l'incoerenza e la contraddittorietà delle disposizioni normative, che presentano un collegamento tra di loro, hanno inevitabilmente prestato il fianco alle correnti di pensiero che fanno arretrare l'oralità a favore della scrittura come forma di organizzazione e di preparazione della causa.

In particolare, l'art. 83bis disp. att. c.p.c. conferirebbe al giudice, secondo alcuni, un **potere di direzione formale** del processo, che gli consentirebbe di «organizzare adeguatamente la fase introduttiva, riservando la prima udienza [...] alla verifica della regolarità del contraddittorio e alle provvidenze conseguenti, e assegnando poi termine alle parti per memorie preliminari *ex* art. 83bis disp. att., al fine di preparare l'attività di trattazione in vista di una seconda e ravvicinata udienza in cui concedere i termini per le memorie dell'art. 183, comma 6° c.p.c.»²⁹⁸.

Eppure, non si può non assegnare valore alla scelta del legislatore di novellare l'art. 180 c.p.c. depurandolo da ogni riferimento allo scambio di scritti tra le parti²⁹⁹. Evidentemente, la volontà del legislatore è quella di riportare l'oralità al rango di principio generale processuale, vincolante per il giudice e a tutela della corretta amministrazione della giustizia. Talché, non pare davvero sostenibile la tesi che vorrebbe ancora in vigore, e non abrogato per incompatibilità *ex* art. 15 delle preleggi, l'art. 83bis disp. att. c.p.c. e che, quindi, sia ancora possibile per le parti ottenere l'autorizzazione allo scambio di memorie a loro semplice richiesta. Anzi, invero, tra le due disposizioni, quella di cui all'art. 180 c.p.c. e quella dell'art. 83bis disp. att. c.p.c., vi sono innegabilmente incompatibilità e incoerenza.

D'altro canto, tuttavia, poiché il principio di oralità è principio processuale generale, funzionale alla garanzia e alla realizzazione del giusto processo, dalla durata ragionevole, che si svolge nel contraddittorio delle parti innanzi al giudice terzo e imparziale, ecco che allora esso può essere derogato per ragioni di opportunità, quando cioè, alla luce delle circostanze del caso concreto, l'ingresso della scrittura nella trattazione della causa possa servire alla tutela del contraddittorio

²⁹⁸ BRUNELLI, *Articolo 180 cit.*, p. 782. V. COSTANTINO, *Modifica della fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, in *Foro it.* 2005, pp. 100 ss., p. 102; DE CRISTOFARO, *Il nuovo processo civile "competitivo" secondo la legge n. 80 del 2005*, in www.judicium.it 2005; BRIGUGLIO, *Il nuovo rito ordinario di cognizione: meno udienze, più preclusioni*, in www.judicium.it 2005; BALENA, *op. cit.*, p. 70, l'a. specifica che: «in assenza di un esplicito divieto, tuttavia, è difficile pensare che al giudice possa considerarsi preclusa la possibilità di autorizzare lo scambio di comparse scritte, ogniquale volta lo reputi opportuno per assicurare un migliore e più proficuo svolgimento della trattazione».

²⁹⁹ CHIARLONI, *op. cit.*, p. 164, perentoriamente afferma che il legislatore ha voluto togliere al giudice il potere di autorizzare lo scambio di memorie rinviando l'udienza.

ovvero ad una maggiore efficienza della preparazione della causa, consentendo una più razionale conduzione del processo. La valutazione circa la sussistenza o meno di tali ragioni di opportunità non può che essere riposta nel giudice, il quale, nell'esercizio dei propri **poteri di direzione formale** del processo, *ex art. 175 c.p.c.*, contempera gli interessi in gioco e gestisce il rapporto oralità-scrittura nel singolo procedimento³⁰⁰.

ii. La collaborazione tra il giudice e le parti e la concentrazione del rito.

Passando alla trattazione della fase di preparazione della causa e di definizione dell'oggetto della controversia, vi è un ritorno al passato, quindi un ripensamento del legislatore rispetto alle scelte del '95, e così: il termine di decadenza per il convenuto per la proposizione delle eccezioni non rilevabili d'ufficio torna ad essere la comparso di costituzione; l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. torna ad essere unica, senza quello sdoppiamento, che, precedentemente alla riforma del 2005, distingueva i due momenti dell'udienza di prima comparso e dell'inizio della trattazione; la separata udienza per l'ammissione delle prove viene abolita, in quanto i mezzi di prova vengono ammessi ora direttamente nell'udienza di trattazione ovvero con un'apposita ordinanza emessa fuori udienza.

Entrando più nello specifico, proprio l'art. 183 c.p.c. e la fase preparatoria del processo di cognizione sono tra gli oggetti principali della riforma del 2005, ed è dopo tale revisione che la norma codicistica acquista la sua forma definitiva, così com'è tuttora.

Rinviando al Capitolo successivo la trattazione della fase cosiddetta preparatoria della causa e dei relativi poteri di direzione processuale attribuiti al giudice, basti in questa sede osservare che l'udienza di prima comparso e trattazione è destinata alla preparazione completa della causa, sicché è in essa che devono essere compiute tutte le attività di allegazione e di richieste probatorie; le ulteriori eventuali attività difensive e di deduzione probatoria debbono essere tutte compiute immediatamente dopo la prima udienza di trattazione, secondo i termini fissati dall'ordinanza del giudice, impedendo così l'allungamento dei tempi del processo a causa del moltiplicarsi di udienze destinate al compimento di dette attività³⁰¹.

Sicuramente, la nuova formulazione dell'art. 183 c.p.c. vuole realizzare una maggiore concentrazione dell'attività di trattazione della causa. Tale obiettivo è perseguito anche attraverso il duplice strumento della collaborazione tra il giudice e le parti e della conseguente responsabilizzazione di tutti i soggetti processuali, chiamati ad esercitare con diligenza e tempismo le proprie prerogative processuali.

³⁰⁰ *Contra* CHIARLONI, *op. cit.*, p. 164.

³⁰¹ BALENA, *La trattazione della causa cit.*, p. 83: «La principale novità della fase di trattazione risiede nel 6° comma del riformato art. 183, che prevede, [...], una parziale “fusione” delle attività difensive fino ad oggi contemplate, rispettivamente, dal 5° comma dell'art. 183 e dall'art. 184: fermo restando, cioè, che ciascuna delle parti, al termine della (prima) udienza di trattazione, ha diritto di ottenere la concessione di termini per il deposito di memorie e di repliche che costituiscono una sorta di prosecuzione scritta della trattazione, il legislatore del 2005 ha stabilito che entro questi termini e con i medesimi atti difensivi, debbano formularsi anche le eventuali nuove richieste di mezzi di prova nonché prodursi i nuovi documenti. Il che, almeno in teoria, dovrebbe far “risparmiare”, rispetto al sistema previgente, (altre) due udienze: quella che veniva finora fissata ai sensi dell'ult. comma dell'art. 183 e quella cui la causa veniva pressoché immancabilmente rinviata in seguito alle richieste dei termini *ex art. 184*».

Con riferimento alle responsabilità delle parti, lo strumento di accelerazione del processo è costituito naturalmente dalle preclusioni, il più tipico tra i mezzi di realizzazione della semplificazione, della rapidità e dell'efficienza del procedimento. Costruendo un regime più severo e rigido di preclusioni a carico delle parti, si scandiscono le diverse attività dell'unica "maxi-udienza" di cui al riformato art. 183 c.p.c. Le cadenze entro cui compiere le attività processuali sono assegnate alle parti direttamente dalla legge, attraverso un articolato sistema di preclusioni progressive, che, nell'intento di accelerare i tempi del processo, finisce per comprometterne la flessibilità e l'adattabilità alle circostanze del caso concreto³⁰².

Rilevanti responsabilità del giudice, nell'udienza di prima comparizione e trattazione di cui all'art. 183 c.p.c., sorgono dalla previsione per legge di importanti poteri di direzione processuale, che, se non correttamente e solertemente esercitati, possono compromettere la concentrazione e la durata del processo intero.

L'analisi di tali poteri si limita in questa sede ai poteri di direzione materiale, rinviando quella relativa ai poteri di direzione formale al Capitolo successivo.

Tra le novità introdotta dalla riforma del 2005 si riscontra l'abbandono dell'obbligatorietà dell'interrogatorio libero delle parti e del contestuale tentativo di conciliazione, quando la natura della causa lo consenta, nella fase iniziale della prima udienza di trattazione³⁰³. Ora la decisione se disporre o meno nella fase iniziale della trattazione l'interrogatorio libero delle parti – valido strumento per la ricostruzione dell'oggetto della controversia e, quindi, per la preparazione della causa – è del tutto riposta nelle mani del giudice, decisione che viene adottata da costui secondo la propria valutazione discrezionale, alla luce delle circostanze del caso concreto³⁰⁴.

Il potere di direzione materiale del giudice di disporre l'interrogatorio libero delle parti, proprio perché gli conferisce uno straordinario strumento di preparazione della causa, volto specificatamente alla ricostruzione dell'oggetto della controversia, deve essere esercitato dal giudice sapientemente e razionalmente, e non deve invece essere accantonato per mere ragioni di carattere organizzativo del proprio lavoro. In altre parole, la circostanza di fatto che il singolo

³⁰² FICCARELLI, *op. cit.*, p. 30.

³⁰³ Decisamente critico verso questa scelta del legislatore del 2005, CHIARLONI, *op. cit.*, pp. 187 ss.; *contra* anche PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, pp. 97 ss.; *contra* anche CARPI, *Un cantiere sempre aperto: la riforma del processo civile di cognizione nel decreto sulla competitività*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2005, pp. 801-813, 808.

³⁰⁴ L'interrogatorio libero delle parti e il tentativo di conciliazione diventano obbligatori in presenza della richiesta avanzata congiuntamente dalle parti *ex art.* 185 c.p.c. In questo caso, infatti, il giudice obbligatoriamente rinvia l'udienza di prima comparizione e trattazione e ne fissa un'altra destinata appunto all'interrogatorio libero e al tentativo di conciliazione delle parti. *Contra* questa scelta del legislatore del 2005 CEA, *op. cit.*, p. 48: «Quel che invece non mi sembra razionale (e che sembra piuttosto il frutto di una volontà tesa ad apporre un marchio ideologico sulle novità) è che la concorde volontà delle parti possa vincolare il giudice, costringendolo a rinviare sempre l'udienza di trattazione ogniqualvolta esse chiedano che egli proceda ad interrogarle liberamente ed a tentare di provocarne la conciliazione. Diciamolo francamente, per come è stata formulata, la norma può risolversi in un espediente di basso conio concesso ai difensori per rinviare senza motivo alcuno l'udienza di trattazione (anche perché, almeno in questo caso, la mancata comparizione delle parti è priva di qualsiasi conseguenza). Ci si è sempre doluto dell'irrazionalità di un sistema fondato sullo sdoppiamento della prima udienza e caratterizzato dall'assoluta marginalità dell'udienza *ex art.* 180 c.p.c. e non ci si accorge che oggi è stato introdotto l'*escamotage* normativo per rendere ancor più inutile la prima udienza, essendo sufficiente, ove i difensori siano d'accordo nel non volerla celebrare, che essi inoltrino al giudice la richiesta congiunta di cui discetta l'art. 185 c.p.c., anche quando non c'è motivo alcuno per interrogare liberamente le parti o per tentare di conciliarle».

ufficio giudiziario sia oberato di lavoro e sovraccaricato da un numero spropositato di udienze non è un motivo di per sé valido per il giudice per non esercitare doverosamente un importante potere (-dovere) di direzione processuale, specificatamente materiale, che il legislatore gli ha conferito per il proficuo svolgimento del processo e per la giusta risoluzione della controversia.

Sempre in tema di **poteri di direzione materiale del processo** da parte del giudice di primo grado, non subisce modifiche sostanziali il comma 4° dell'art. 183 c.p.c. in commento: esattamente come nel 1940, il codice di procedura civile conferisce al giudice il potere di richiedere chiarimenti alle parti (*rectius* ai loro difensori, dal momento che, eliminata l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero delle parti, molto più raramente le stesse compariranno personalmente in udienza) e nella indicazione alle stesse delle questioni rilevabili d'ufficio.

Quanto alla richiesta di chiarimenti, questa è certamente espressione del principio generale processuale di collaborazione tra il giudice e le parti, poiché, da un lato, al giudice si chiede di contribuire attivamente alla definizione dell'oggetto della controversia, stimolando le parti alla completezza delle informazioni rivelate in sede processuale e necessarie per la decisione della causa, e, dall'altro lato, alle parti si chiede di collaborare e di illustrare la propria posizione in modo chiaro, completo e veritiero.

Quanto, invece, all'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio, essa è volta alla realizzazione del contraddittorio e, quindi, alla realizzazione del diritto costituzionale al giusto processo *ex* art. 111, comma 2° Cost.

In entrambi i casi, l'esercizio dei poteri di cui al comma quarto dell'art. 183 c.p.c. in commento da parte del giudice contribuisce in modo determinante alla formazione del *thema decidendum ac probandum* nella fase iniziale di preparazione della causa.

Lasciando invariata la scelta legislativa del Quaranta, il comma 5° della norma in esame prevede che nell'udienza di trattazione l'attore possa proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale e delle eccezioni proposte dal convenuto e possa essere autorizzato a chiamare un terzo in causa, se ciò sia reso necessario dalle difese del convenuto.

In questo frangente, i **poteri di direzione processuale** del giudice consistono nel vaglio giudiziale di ammissibilità delle attività di attacco e di difesa dell'attore: vaglio successivo, quando il giudice verifica l'esistenza di un nesso di consequenzialità-dipendenza tra le nuove domande e le nuove eccezioni attoree e le difese del convenuto; controllo preventivo, quando il giudice valuta discrezionalmente se concedere o meno all'attore l'autorizzazione a chiamare in causa il terzo³⁰⁵.

In entrambi i casi, l'esercizio di tali poteri di direzione processuale da parte del giudice contribuiscono alla formazione dell'oggetto del contendere e alla durata dell'intero processo.

Non vi è spazio per i poteri di direzione processuale del giudice quando si tratta di concedere alle parti i termini di cui al comma 6° dell'art. 183 c.p.c. (c.d. appendice scritta)³⁰⁶. Infatti, l'appendice scritta della fase di preparazione e trattazione della causa costituisce un momento necessario del

³⁰⁵ CEA, *op. cit.*, p. 55.

³⁰⁶ Giustamente *contra*, CHIARLONI, *op. cit.*, pp. 173 ss.

procedimento in presenza della semplice richiesta di una o di entrambe le parti, nonché l'ultima occasione nella quale le stesse hanno l'effettiva possibilità di intervenire sulla fissazione definitiva del *thema decidendum ac probandum*³⁰⁷.

La facoltà delle parti di chiedere al giudice la fissazione dei detti termini è incondizionata, perché volta, per chiaro volere del legislatore, all'attenuazione del rigido sistema delle preclusioni processuali a carico delle parti³⁰⁸. Il giudice non ha margine di scelta o potere decisionale in questo contesto: avanzata la richiesta egli deve senz'altro concedere alle parti i termini perentori previsti dalla legge al comma 6° dell'art. 183 c.p.c. Dunque, con specifico riferimento all'appendice scritta in oggetto, siamo dinnanzi ad una chiara scelta politica del legislatore a vantaggio delle parti, scelta che conferisce a queste ultime un potere processuale, privando correlativamente il giudice di un potere di direzione processuale.

Posto che, certamente, l'interpretazione assolutamente pacifica è quella dell'obbligatorietà della concessione dei termini *ex comma sesto* della norma in commento, quando le parti vi abbiano fatto richiesta, è pur tuttavia possibile osservare che – in un'ottica di maggiore efficienza del processo, di realizzazione dei principi costituzionali processuali e di progressiva valorizzazione dei poteri del giudice di direzione formale del processo, nel contesto dell' "*Arbeitsgemeinschaft*" tra giudice e parti – meglio sarebbe stato che il legislatore conferisse al giudice il potere discrezionale di valutare tutte le circostanze del caso concreto e, quando necessario od opportuno, concedere, secondo i tempi da lui stesso decisi, nel rispetto e nel giusto bilanciamento dei diritti costituzionali delle parti al contraddittorio e alla ragionevole durata del processo, la facoltà di depositare le memorie e le integrazioni scritte.

In conclusione, nonostante gli innegabili miglioramenti apportati dalla riforma del 2005 al processo civile italiano, resta il fatto che la preparazione e la trattazione della causa siano disciplinate in maniera ancora eccessivamente rigida, di talché è davvero difficile per il giudice procedere con celerità e concentrazione alla preparazione completa della causa, allo scopo di velocizzare le successive fasi del processo e conferire più efficienza al rito intero. Sono troppe le norme che permettono comunque alle parti di rinviare il momento di definizione dell'oggetto della controversia e al giudice di giungere all'udienza impreparato, certo che comunque la definizione del *thema decidendum ac probandum* avverranno in itinere, spesso in una fase avanzata della trattazione.

d. Le riforme più recenti: la legge n. 69 del 2009 e gli interventi successivi.

Indubbiamente, una delle più importanti riforme del diritto processuale civile in Italia, sotto diversi punti di vista³⁰⁹, è stata la legge 18 giugno 2009, n. 69³¹⁰. Obiettivo preciso della legge di riforma è

³⁰⁷ Per questo, nel rispetto del principio del contraddittorio e dei diritti di azione e di difesa, si ritiene che, anche qualora il giudice ritenga la causa matura per la decisione già nella prima udienza di trattazione (artt. 187 c.p.c. e 80 *bis* disp. att. c.p.c.), se le parti ne fanno richiesta, i termini di cui all'art. 183, comma 6° c.p.c. debbono essere concessi; CEA, *op. cit.*, p. 63.

³⁰⁸ CEA, *op. cit.*, p. 60-61, p. 61: «l'appendice scritta della trattazione concessa a mera richiesta di parte è scelta politica (giusta o sbagliata che sia) per mitigare il regime delle preclusioni».

³⁰⁹ La riforma del 2009 ha infatti riguardato la parte generale, il ricorso per Cassazione, il processo di esecuzione forzata e anche la mediazione.

³¹⁰ Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile, in *G.U.* n. 140 del 19-06-2009, Suppl. Ord. n. 95, entrata in vigore il 4 luglio 2009; le disposizioni relative al processo

di migliorare l'efficienza della giustizia civile, nonché determinare una chiara semplificazione e un'evidente accelerazione dello svolgimento del processo civile e, quindi, della sua conclusione³¹¹.

Purtroppo, tuttavia, non si tratta di una vera e propria riforma del processo civile. Ancora una volta le modifiche alle norme del codice di procedura civile sono incluse in una legge dal contenuto eterogeneo, come del resto eterogenei e frammentari sono gli interventi medesimi; l'iter di approvazione è piuttosto frettoloso; il legislatore della riforma decide di non esporsi al punto di apportare cambiamenti radicali al sistema processuale civile, ma, piuttosto, opera con degli interventi settoriali³¹². Scelta consapevole del legislatore, insomma, è quella non di procedere a una modifica strutturale del processo, piuttosto di «intervenire su alcuni profili, in funzione – almeno dichiarata – di semplificazione e di accelerazione, ma in ogni caso nel tentativo di risolvere problemi applicativi o di sciogliere nodi interpretativi, senza apportare cambiamenti radicali al sistema del codice»³¹³.

Eppure, il “ritocco” che il legislatore opera sulla disciplina del codice di procedura civile nel 2009 è, in certi suoi punti, tutt'altro che marginale: basti pensare al cosiddetto filtro al ricorso in Corte di Cassazione (art. 360*bis* c.p.c.), all'esecuzione indiretta degli obblighi di fare infungibili e degli obblighi di non fare (art. 614*bis* c.p.c.) e al procedimento sommario di cognizione (Capo III*bis* del Titolo I, Libro IV c.p.c., su cui v. *infra*); e, allora, ci si chiede fino a che punto sia ragionevole la scelta di contenere gli interventi sul processo civile in un decreto legge sulla competitività e sullo sviluppo.

Nel complesso, il giudizio sulla legge del 2009 è condizionato dal fatto che nessuna delle innovazioni introdotte vuole essere la soluzione a tutte le inefficienze sistematiche della giustizia italiana³¹⁴, piuttosto il legislatore ha consapevolmente predisposto singole misure volte a un miglioramento del sistema processuale, che chiaramente non può essere risolutivo, non essendo accompagnato da interventi su più fronti e sull'intero sistema giudiziario domestico³¹⁵.

civile sono quelle di cui agli artt. 45-56, 58, 59 e 62 della legge. Per una visione di insieme degli interventi del 2009, v. ACIERNO – GRAZIOSI, *La riforma 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o piccolo sisma?*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2010, pp. 155 ss. La legge ha alle spalle il c.d. disegno di legge Mastella del 16 marzo 2007, recante disposizioni per la razionalizzazione e l'accelerazione del processo civile; v. LUISO, *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2007, pp. 605-620; GHIRGA, *La riforma della giustizia civile nei disegni di legge Mastella*, in *Riv. dir. proc.* 2003, pp. 441-463.

³¹¹ Così si è espressa la Commissione Giustizia in sede referente nel proprio parere.

³¹² Dà una prognosi assolutamente negativa circa le *chances* della riforma del 2009 di incidere positivamente, nel complesso, sulla durata media dei giudizi BALENA, *La pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Il Giusto Processo Civile* 2009, pp. 749 ss., p. 752.

³¹³ PAGNI, *La “riforma” del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.* 2009, pp. 1309 ss., p. 1309. L'a. ritiene che la circostanza che il legislatore si sia posto un obiettivo più limitato rispetto a una vera e propria riforma non sia di per sé negativo, in quanto «può essere letto costruttivamente [...] come uno sforzo di ritoccare ciò che si può ritoccare».

³¹⁴ FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruzione*, in *Corr. giur.* 2009, pp. 1161 ss., p. 1161: «Nessuna delle misure [...] aspira a divenire la norma grimaldello per scardinare le inefficienze sistemiche della giustizia civile. Ciascuna disposizione, in sé considerata, presenta risvolti positivi e negativi; talune altro non sono che recepimenti di orientamenti giurisprudenziali ormai ben saldi, altre rappresentano la volontà di fissare come diritto positivo indirizzi interpretativi non ancora ben assestati; altre ancora prendono atto di “prassi virtuose” così come di “prassi lassiste”».

³¹⁵ FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruzione* cit., p. 1161-1162, osserva l'a.: «La chiave di volta di una seria riforma della giustizia civile non sta tanto nelle modifiche del processo, pur se talora alcune di queste possono essere in grado di far conseguire risultati apprezzabili, quanto nel considerare, finalmente, che muovere una singola pedina della scacchiera serve a poco (o nulla) se manca un disegno strategico».

Perciò, se da una lato le innovazioni introdotte dalla riforma del 2009 sono buone, dall'altro lato non sono incisive e, quindi, né risolutive né definitive, e il legislatore continua a legiferare, con puntuale cadenza annuale, in tema di processo civile, alla disperata – e vana, fintanto che gli interventi si limitano al dato positivo della disciplina processuale – ricerca della risposta a tutti i problemi della giustizia civile.

Per quanto qui interessa, in tema di poteri di **direzione processuale** del giudice di primo grado, si constata che il legislatore coglie finalmente appieno il nesso tra l'accelerazione del processo e i poteri direttivi del magistrato, e cerca dunque di valorizzare il ruolo di questo, stimolandone l'attivismo attraverso il conferimento di poteri-doveri sia di direzione materiale³¹⁶ sia di direzione formale³¹⁷.

Correlativamente, le parti vengono indotte a svelare fin dalle prime battute del procedimento le proprie posizioni, le proprie difese e l'oggetto dell'istruzione probatoria³¹⁸. Più in generale, con la legge n. 69 del 2009, in linea con la precedente legge n. 263 del 2005, si intende dare rilievo al principio di collaborazione tra il giudice e le parti quale strumento di miglioramento del processo civile di primo grado, capace di assicurare sia al giudice, che deve preparare e dirigere la lite, sia alle parti, che devono predisporre i propri atti processuali, più consapevolezza circa il corso dell'intero giudizio.

i. Il calendario del processo.

Con riferimento ai **poteri del giudice di direzione formale** del processo, l'art. 52, comma 2° della legge n. 69 introduce nelle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile³¹⁹ un nuovo articolo 81*bis* che prevede l'istituto del calendario del processo³²⁰.

³¹⁶ Con specifico riferimento ai poteri (-doveri) di direzione materiale del giudice nel processo, la legge n. 69 del 2009 aggiunge un comma secondo all'art. 101 c.p.c. a tutela del diritto costituzionale delle parti al contraddittorio. La nuova disposizione normativa stabilisce che il giudice, se ritiene di porre a fondamento della propria sentenza una questione rilevata d'ufficio, riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione. Oltre a costituire il principale scudo contro l'eventualità della pronuncia di una sentenza a sorpresa, il nuovo comma secondo dell'art. 101 c.p.c. rappresenta un incisivo stimolo per il giudice a giungere preparato in sede di udienza di trattazione *ex art.* 183 c.p.c. e ad esercitare, quindi, il proprio potere di ampliamento dell'oggetto della controversia tempestivamente, possibilmente nella fase di preparazione della causa. Anche in ciò, dunque, si riscontra nel legislatore del 2009 la volontà di valorizzare il ruolo che il principio di collaborazione tra il giudice e le parti riveste nel processo civile italiano. PAGNI, *La "riforma" del processo civile* cit., p. 1311: «La previsione novellata ha di mira una situazione patologica, nella quale il giudice si avvede della questione rilevabile d'ufficio sulla quale non si è svolto il contraddittorio, soltanto al momento della pronuncia del provvedimento conclusivo del giudizio; e, tuttavia, se si vuole evitare di assistere troppo spesso alla rimessione sul ruolo della causa perché non si determinano i presupposti della nullità della pronuncia, dovrà aversi, nella fisiologia delle cose, un giudice attento fin dai primi passi ad indicare alle parti la questione rilevabile d'ufficio, e a provocare il dibattito processuale su di essa, secondo il modello dell'udienza di trattazione che l'art. 183 c.p.c. aveva disegnato, immaginando una piena conoscenza dei fascicoli ed una padronanza della lite che non sempre si riscontra nell'esperienza quotidiana». Sul tema v. anche LUISO, *Poteri d'ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Quaderni della Riv. trim. proc. civ.*, *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Milano, 2011, pp. 65-73.

³¹⁷ Si pensi all'art. 81*bis* disp. att. c.p.c., quanto alla direzione formale, e all'art. 101 c.p.c., quanto alla direzione materiale.

³¹⁸ Si pensi all'art. 115, comma 1° c.p.c., che induce la parte a prendere una specifica posizione sui fatti allegati dalla controparte, contestandoli specificatamente, pena la *relevatio ab onere probandi* in favore di chi ha allegato il fatto.

³¹⁹ La collocazione della norma in esame nelle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile non è andata esente da critiche, osservandosi che sarebbe preferibile la diversa collocazione nell'art. 175 c.p.c., eventualmente nel

Rinviando la trattazione approfondita e specifica del tema in esame alla più appropriata sede del Capitolo quarto del presente lavoro, ci si limita ora ad alcune considerazioni di portata più generale.

Ai sensi della norma in commento, il giudice istruttore, quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa, fissa, nel rispetto del principio di ragionevole durata del processo³²¹, il calendario delle udienze successive, indicando altresì gli incumbenti che verranno in ciascuna delle dette udienze espletati, compresi quelli di cui all'art. 189, primo comma³²². I termini fissati nel calendario, prosegue la norma, possono essere prorogati in presenza di gravi motivi sopravvenuti, d'ufficio ovvero su richiesta delle parti. In ogni caso, qualora queste ultime intendano fare richiesta di proroga, debbono provvedervi prima della scadenza dei medesimi termini.

Con la legge n. 148 del 14 settembre 2011, il legislatore ha rafforzato l'effettività della disposizione in esame, aggiungendo all'art. 83*bis* disp. att. c.p.c. un secondo comma, in forza del quale il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario del processo da parte del giudice, del difensore o del consulente tecnico d'ufficio può costituire una violazione disciplinare e può essere considerato ai fini della valutazione della professionalità e della nomina o della conferma agli uffici direttivi e semidirettivi.

Il calendario del processo diventa, dunque, un nuovo strumento messo a disposizione del giudice istruttore di primo grado per assegnare maggiore efficienza e organizzazione alla singola causa da lui trattata e diretta, e in grado di rendere prevedibili i tempi delle singole attività processuali da svolgersi nella fase propriamente istruttoria e, più in generale, la durata del singolo processo³²³.

Sottesa all'istituto in esame vi è altresì, la *ratio* di ridurre la durata dei processi civili, nel rispetto della ragionevole durata del processo³²⁴. Infatti, l'elemento sicuramente positivo della novità in esame apportata dall'art. 81*bis* disp. att. c.p.c., sta nella circostanza che il giudice, dovendo fissare il calendario del processo, tenuto conto «della natura, dell'urgenza e della complessità della causa», ha un **potere-dovere**³²⁵ di improntare i tempi del processo, specificatamente della fase istruttoria –

suo comma secondo, o comunque nell'ambito delle norme che disciplinano in via generale i poteri del giudice, PICOZZA, *Il calendario del processo*, in *Riv. dir. proc.* 2009, pp.1650 ss., p. 1653; FABIANI, *op. cit.*, p. 1162.

³²⁰ La disposizione in esame è stata ampliata dall'art. 1*ter* del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, in *G.U.* 16-09-2011, n. 216.

³²¹ L'inciso in forza del quale il calendario debba essere formulato nel rispetto del principio della ragionevole durata del processo è stato aggiunto dal d.l. n. 138 del 2011, specificazione questa che invero appare essere un'inutile superfetazione, «del tutto superflua e meramente retorica»: GUGLIELMINO, *Il calendario del processo*, in BESSO – FRUS – RAMPAZZI – RONCO (a cura di), *Trasformazioni e riforme del processo civile. Dalla l. 69/2009 al d.d.l. delega 10 febbraio 2015*, Bologna, 2015, pp. 195 ss., p. 205.

³²² La previsione degli incumbenti di cui all'art. 189, comma 1° c.p.c. tra quelli da ricomprendere nel calendario del processo è stata aggiunta dal d.l. n. 138 del 2011.

³²³ PICOZZA, *Il calendario del processo* cit., p. 1651; GUGLIELMINO, *Il calendario del processo* cit., p. 196; FABIANI, *op. cit.*, p. 1162.

³²⁴ GUGLIELMINO *op. cit.*, p. 197; BALENA, *La pseudo-riforma della giustizia civile* cit., p.786; *contra* PICOZZA, *op. cit.*, p. 1652: «Non si tratta quindi di una disposizione volta ad accelerare i tempi di svolgimento del processo medesimo, bensì di uno strumento di organizzazione e perciò di previsione. [...] Il nuovo art. 81 bis disp. att. c.p.c., quindi, di per sé non incide sui tempi del processo e perciò non serve ad accelerarlo [...]»; FABIANI, *op. cit.*, p. 1162.

³²⁵ A favore della tesi che vuole il provvedimento di fissazione del calendario del processo quale vero e proprio potere-dovere del giudice, militano il tenore letterale della norma – che usa il verbo “fissa”, all'indicativo presente –, la previsione *ex* comma 2° dell'art. 81*bis* disp. att. c.p.c. – secondo il quale il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario può costituire violazione disciplinare a carico del giudice, oltre che degli avvocati e del consulente tecnico d'ufficio –, nonché la *ratio* stessa sottesa alla disciplina in esame; PICOZZA *op. cit.*, p. 1658; GHIRGA, *Le novità sul*

l'unica non regolata dettagliatamente dalla legge – alla luce delle circostanze e delle peculiarità della singola causa concreta³²⁶³²⁷.

Si tratta, insomma, di un rilevante **potere del giudice di direzione formale del processo**, discrezionale quanto al suo *modus*³²⁸, che, se correttamente ed effettivamente esercitato, costituisce un valido strumento di velocizzazione del processo civile, proprio perché consente di scegliere «il percorso più consono alle esigenze del singolo giudizio»³²⁹.

Quanto poi alla previsione del nuovo comma secondo dell'art. 81bis disp. att. c.p.c. in commento, di cui si è detto *supra*, è possibile fare la seguente osservazione.

Senza addentrarci nella complessa questione se ci si trovi innanzi a una nuova ipotesi di illecito³³⁰ ovvero a una fattispecie che acquista rilievo disciplinare soltanto in quanto integrante l'inosservanza di norme imperative già vigenti³³¹, non si può non constatare come il legislatore del 2011, con la legge n. 148, abbia certamente voluto sottolineare la rilevanza nel nostro ordinamento del principio di collaborazione tra il giudice e le parti, principio che comporta l'inevitabile responsabilizzazione tanto del medesimo giudice quanto delle stesse parti e dei loro avvocati, soprattutto in relazione all'efficienza del processo e alla sua ragionevole durata³³². Invero, si parla a proposito di “moralizzazione” del processo (peraltro, non sempre con un accezione positiva), cosa che ha riguardato in particolar modo le parti, costrette all'osservanza di precisi doveri di buona fede, lealtà

calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto, in *Riv. dir. proc.* 2012, pp. 166 ss., pp. 177 ss.; GUGLIELMINO, *op. cit.*, pp. 197 ss. *Contra*, oltre alcune pronunce giurisprudenziali di merito (Trib. Catanzaro, ord. 3 giugno 2010 e Trib. Varese, ord. 15 aprile 2010, n. 710), VACCARI, Il “nuovo” art. 81 bis disp. att. c.p.c.: un tentativo di quadratura, in www.judicium.it.

³²⁶ BALENA, *ibid.*: «L'idea di fondo – a mio avviso – non è soltanto quella di consentire alle parti di “sapere quando la causa terminerà”, ma anche quella, ben più importante, di tener conto delle peculiarità (“della natura, dell'urgenza e della complessità”) della singola controversia, partendo dalla indiscutibile premessa che le cause non sono affatto uguali e dunque meritano d'essere assoggettate, tra l'altro, a “ritmi” processuali diversificati»; allo stesso modo ID. sub art. 81bis disp. att. c.p.c., in AA. VV., *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, pp. 212 ss., p. 213.

³²⁷ Si tenga peraltro conto del fatto che, ai fini di una migliore organizzazione della giustizia, il giudice, nella formulazione del calendario, deve tener conto altresì della complessiva gestione del ruolo e delle cause in esso iscritte, «con la conseguenza che la calendarizzazione presuppone una valutazione complessiva dello stesso [ruolo] in considerazione della ragionevole durata di tutti i giudizi di cui è investito il magistrato»: GHIRGA, *Le novità sul calendario del processo* cit., p. 176; nello stesso senso VIGORITO, *Il calendario del processo*, in www.judicium.it; GUGLIELMINO, *op. cit.*, p. 204.

³²⁸ PICOZZA, *op. cit.*, p. 1658: «Sembrirebbe pertanto che, nelle intenzioni del legislatore, la discrezionalità del singolo magistrato sia esclusa quanto attiene al “se” predisporre il calendario, mentre si riepande pienamente con riferimento al “come” concretamente definirlo».

³²⁹ GHIRGA, *op. cit.*, p. 176

³³⁰ In questo senso GHIRGA, *op. cit.*, pp. 180 ss.

³³¹ GUGLIELMINO, *op. cit.* p. 207; VACCARI, Il “nuovo” art. 81 bis disp. att. c.p.c. cit.; si osserva giustamente che l'estrema genericità e le numerose omissioni della disposizione di cui al comma secondo dell'articolo in commento non consente di tipizzare la condotta del magistrato che non rispetti i termini fissati nel calendario, né di individuare la sanzione da comminare; per tali ragioni si deve escludere che l'art. 81 bis comma 2° disp. att. introduca una nuova fattispecie di illecito.

³³² GHIRGA, *op. cit.*, p. 180.

e probità³³³ (art. 88 c.p.c.), ma che, incrementando i suoi poteri di direzione processuale, coinvolge inevitabilmente direttamente anche il giudice³³⁴.

Resta in ogni caso l'interrogativo fino a che punto queste misure da ultimo richiamate siano davvero efficaci, soprattutto con riguardo al giudice, dato che la stessa disposizione di cui al comma secondo dell'articolo in commento è di difficile interpretazione e non vi è affatto uniformità di vedute sulla natura dell'illecito disciplinare richiamato, oltre al fatto che l'applicabilità concreta della sanzione è rimessa al procedimento di cui al d.lgs. n. 109 del 2006³³⁵ e, quindi, a fattori del tutto esterni al singolo processo³³⁶.

In conclusione, l'introduzione dell'istituto del calendario del processo nell'ordinamento processuale italiano con la riforma del 2009 deve essere salutata con favore, perché valorizza i poteri di direzione formale del giudice *ex art. 175 c.p.c.* e assegna al medesimo un ottimo strumento di organizzazione differenziata del proprio ruolo delle cause innanzi a sé pendenti³³⁷, oltre che costituire uno stimolo effettivo alla concentrazione del processo, salvo osservare che, in assenza di interventi strutturali sull'organizzazione degli uffici giudiziari e di riforme organiche sui modelli processuali di riferimento, il calendario del processo si riduce ad essere, nella pratica, un'arma sostanzialmente spuntata e, perciò, dagli effetti di impatto decisamente limitato³³⁸. Infatti, l'efficacia dell'art. 81*bis* disp. att. si scontra nella pratica con la situazione reale in cui versa l'amministrazione della giustizia civile nella maggior parte dei tribunali del Paese.

ii. Il processo sommario di cognizione.

Fra le novità più rilevanti della riforma del 2009, vi è senza dubbio l'inserimento nel nostro codice di procedura civile degli artt. 702*bis*, 702*ter* e 702*quater*, che prevedono un nuovo modello di rito, c.d. sommario di cognizione, con struttura sommaria e con funzione dichiarativa³³⁹.

³³³ COMOGLIO, «Moralizzazione» del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei, in *Riv. dir. proc.* 2015, pp. 131 ss., pp. 132 ss.

³³⁴ COMOGLIO, «Moralizzazione» del processo cit., pp. 134-135, osserva l'a. che al magistrato viene conferito «anche il compito di controllare (ed, ove consentito, di sanzionare in modo diretto, sia con la condanna alle spese, sia con l'irrogazione diretta di determinate pene pecuniarie) i comportamenti “scorretti”, “sleali” e “temerari”, tenuti dalle parti con un accertato “abuso” degli strumenti del processo». Sul tema si veda ampiamente GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012; TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2012, pp. 117-140.

³³⁵ D. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati a norma dell'art. 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150 (in *G.U.* n. 67 del 21-03-2006)

³³⁶ GHIRGA, *op. cit.*, pp. 180 ss.

³³⁷ FABIANI, *op. cit.*, p. 1164.

³³⁸ GUGLIELMINO, *op. cit.*, p. 197.: «anche le prime applicazione giurisprudenziali [...] confermano che, in difetto di interventi strutturali, l'applicazione del nuovo istituto non potrà certo avere effetti dirompenti sulla situazione della giustizia italiana».

³³⁹ MENCHINI, *L'ultima “idea” del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.* 2009, pp. 1025 ss., p. 1025, osserva l'a. che: «tale procedimento, mettendo capo ad una pronuncia idonea al giudicato sostanziale, rientra nella tutela dichiarativa dei diritti». Nello stesso senso, BALENA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.* 2009, V, pp. 324 ss.; LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.* 2009, pp. 1568 ss., p. 1568; FERRI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 2010, pp. 92 ss., p. 92. Sul tema del rito sommario di cognizione v. anche FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2010, pp. 795-822; DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 2009, pp. 1582-1660; BINA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 2010, pp. 117-133; BIAVATI, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim.*

A completamento di questa grande innovazione normativa, successivamente il legislatore, con l'art. 14 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni nella legge 10 novembre 2014 n. 162³⁴⁰, inserisce nel codice di procedura civile l'art. 183bis (Passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione), volto alla semplificazione del rito per le controversie che appaiono di facile soluzione, ampliando le possibilità di applicazione del rito sommario di cognizione a un più elevato numero di controversie³⁴¹.

In forza del nuovo art. 183bis c.p.c., infatti, il procedimento sommario di cognizione, esperibile nelle controversie in cui il tribunale giudica in composizione monocratica e per le quali non è necessaria un'istruttoria complessa, può essere instaurato ora non solo per iniziativa dell'attore, ex art. 702bis c.p.c., ma anche per decisione del medesimo giudice monocratico, che nell'udienza di trattazione, valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria, può disporre, previo contraddittorio, anche mediante trattazione scritta, con ordinanza non impugnabile, il cambiamento del rito da ordinario di cognizione a sommario di cognizione.

È noto che il processo sommario di cognizione è qualificato come tale in quanto la sua caratteristica peculiare consiste proprio nel fatto che ad un accertamento pieno e approfondito³⁴² dei diritti controversi e della materia del contendere corrispondano la semplificazione e la deformalizzazione di tutte le dinamiche processuali, quindi sia della trattazione sia dell'istruzione sia, infine, della decisione della causa. La sommarietà del rito, dunque, sta nel modo nel quale viene gestito il procedimento nelle fasi successive a quella introduttiva, l'unica direttamente disciplinata dall'art. 702bis c.p.c.³⁴³, senza con ciò nulla togliere alla qualità dell'accertamento e alla pienezza della cognizione³⁴⁴.

Il procedimento sommario di cognizione è aggiuntivo e concorrente a quello ordinario a cognizione piena³⁴⁵, è un'alternativa rispetto a quest'ultimo³⁴⁶, anche se negli auspici del riformatore, il procedimento sommario di cognizione dovrebbe divenire col tempo il rito normalmente utilizzato

proc. civ. 2010, pp. 185-196; BESSO, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.* 2010, pp. 722-726.

³⁴⁰ D.l. 12 settembre 2014, n. 132, intitolato *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato civile* (in *G.U.* n. 212 del 12-09-2014), convertito in legge con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162 (S.O. n. 84, relativo alla *G.U.* 10-11-2014, n. 261).

³⁴¹ RONCO, *Il d.l. 12 settembre 2014, n. 132*, in BESSO – FRUS – RAMPAZZI – RONCO (a cura di), *Trasformazioni e riforme del processo civile. Dalla l. 69/2009 al d.d.l. delega 10 febbraio 2015*, Bologna, 2015, p. 56. Auspicava tale intervento del legislatore, a ridosso della riforma del 2009, CAPONI, *Un modello ricettivo delle prassi migliori: il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.* 2009, V, pp. 334 ss., p. 338.

³⁴² In questo senso BALENA, *Il procedimento sommario di cognizione* cit., p. 329; PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione: un rito flessibile*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2010, pp. 823 ss., p. 824; CAPONI, *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702bis c.p.c.*, in www.judicium.it; contra MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore* cit., p. 1031, secondo il quale «l'accertamento dei fatti avviene in modo superficiale e non pieno, essendo fondato su documenti e su prove di pronta soluzione, acquisite senza il rispetto delle forme imposte dal secondo libro del codice»; LUISO, *Il procedimento sommario* cit., p. 1568; CARRATTA, *Le "condizioni di ammissibilità" del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.* 2010, pp. 726-730.

³⁴³ BALENA, *op. cit.*, p. 329.

³⁴⁴ VOLPINO, sub 702bis, in CARPI – TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, Padova, 2015, pp. 2702-2706, p. 2702.

³⁴⁵ MENCHINI, *op. cit.*, p. 1026.

³⁴⁶ Critico nei confronti della scelta del riformatore di configurare il processo sommario di cognizione come una semplice alternativa, e non come modello processuale obbligatorio per un determinato elenco di controversie, RICCI, *La Riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69. Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, Torino, 2009, p. 104

dal giudice monocratico, quando la controversia si presenti di facile risoluzione³⁴⁷, proprio al fine di accelerare i tempi di risoluzione delle controversie più semplici quanto al loro oggetto ovvero alla prova.

Più in generale – così come risulta dall’art. 54 della legge n. 69 del 2009, che dà delega al Governo per la riduzione e la semplificazione dei procedimenti civili³⁴⁸ – la previsione nel nostro ordinamento processuale di un nuovo rito speciale deformatizzato, destinato ad affiancarsi al rito ordinario di cognizione nella risoluzione delle controversie, porta alla tripartizione dei modelli processuali vigenti, consistente ne: il processo ordinario di cognizione piena, il processo del lavoro e il procedimento sommario di cognizione³⁴⁹.

In questa sede, interessa concentrarsi sugli elementi di deformatizzazione, semplificazione e accelerazione del processo consistenti nel conferimento al giudice di poteri obiettivamente ampi di direzione processuale, specificatamente formale, di natura discrezionale. Non sfugge infatti al legislatore la constatazione che la deformatizzazione e la semplificazione del processo comporti quella flessibilità che solo l’attribuzione di rinnovati poteri processuali al giudice può realizzare, salvo poi osservare che quando si tratta di deformatizzare e semplificare, oggetto dell’intervento legislativo non è tanto il processo ordinario di cognizione di primo grado, quanto piuttosto i procedimenti speciali³⁵⁰.

Ai sensi dell’art. 702*bis* c.p.c., la domanda che instaura il processo sommario di cognizione viene avanzata nella forma del ricorso, depositato il quale, il cancelliere forma il fascicolo d’ufficio e lo presenta, senza ritardo, al presidente del Tribunale, il quale designa il magistrato competente a decidere la causa (comma 2°). È il giudice designato, dunque, a fissare con decreto l’udienza di comparizione delle parti e ad assegnare al convenuto un termine di almeno dieci giorni prima dell’udienza stessa³⁵¹ (comma 3°).

Il governo dei tempi iniziali del processo sommario di cognizione, a differenza di quello ordinario di cognizione, spetta quindi al giudice³⁵², il quale non è vincolato dalla previsione per legge di termini decorrenti dal deposito del ricorso per la fissazione della data d’udienza, salvo il rispetto del termine per la costituzione del convenuto.

Tale scelta del legislatore di dare ampio spazio al potere del giudice monocratico di direzione formale dei tempi iniziali del processo sommario di cognizione, attraverso la fissazione dei termini e delle udienze, senza limitane l’esercizio mediante la previsione di termini minimi o massimi e di preclusioni rigide, è stata criticata dalla dottrina, secondo la quale ci si troverebbe innanzi a una

³⁴⁷ BALENA, *op. cit.*, p. 324.

³⁴⁸ Il d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, intitolato *Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell’art. 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69* (in *G.U.* n. 220 del 21-09-2011), ha sostituito i molteplici procedimenti speciali extracodice con i tre modelli alternativi del rito ordinario di cognizione, quello del lavoro e quello sommario.

³⁴⁹ FERRI, *Il procedimento sommario* cit., p. 92.

³⁵⁰ Si pensi al fenomeno della c.d. “cameralizzazione”.

³⁵¹ È questa l’interpretazione prevalente dell’espressione «non oltre trenta giorni prima dell’udienza» di cui al comma terzo dell’articolo in commento: FERRI, *op. cit.* p. 95; VOLPINO, *sub 702bis* cit., p. 2522, il quale giustamente osserva che tale interpretazione sia quella corretta «tanto più se si considera che, nel rito in esame, tale lasso temporale integra uno spazio minimo stabilito in funzione ed a beneficio del giudice, onde consentirgli di esaminare le difese di entrambe le parti prima dell’udienza».

³⁵² VOLPINO, *op. cit.*, p. 2704.

vera e propria lacuna normativa³⁵³. In assenza della previsione di un termine entro il quale fissare l'udienza, infatti, i tempi del processo si allungerebbero, vanificando gli sforzi di accelerazione del procedimento, perseguiti dallo stesso legislatore del 2009, con un conseguente «effetto disincentivante», rispetto all'utilizzazione del rito in esame, che potrebbe derivare dall'eventuale diffusione di prassi poco virtuose, fondate sulla fissazione dell'udienza a distanza di vari mesi dalla proposizione della domanda»³⁵⁴.

Invero, propriamente di “lacuna” non si può parlare, essendo piuttosto una scelta consapevole del legislatore, volta a valorizzare il ruolo del giudice monocratico, assegnandogli il compito di dare il ritmo al procedimento sommario deformatizzato fin dalla sua instaurazione, salvo prevedere il termine di dieci giorni per la costituzione del convenuto, a tutela del suo diritto, di rilievo costituzionale, alla difesa. Né si può criticare tale scelta sulla sola base di quello che potrebbe accadere nella pratica presso i tribunali meno virtuosi. Non è, infatti, il dato positivo a doversi adattare ai malfunzionamenti organizzativi dei tribunali, quanto piuttosto il giudice a dover cambiare la propria mentalità, rispondendo alle rinnovate tendenze, innegabili, della legislazione attuale, che vuole il giudice *manager* del processo.

Proseguendo nella trattazione dei rinnovati poteri del giudice monocratico nel processo sommario di cognizione, questi investono sia la scelta del rito, tra le due opzioni di processo ordinario e processo sommario di cognizione, sia, una volta preferita, tra le due alternative, quella del procedimento sommario di cognizione, la gestione e la direzione del procedimento stesso.

Quanto alla scelta del rito, si presentano due possibili situazioni tipiche. La prima è quella in cui sia l'attore ad optare per il processo sommario di cognizione. In questo caso, il giudice monocratico, ai sensi del comma terzo dell'art. 702ter c.p.c., valuta se davvero l'oggetto della controversia possa essere affrontato con un'istruzione sommaria in senso lato oppure no e, laddove egli si convinca che le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria in senso lato, egli necessariamente dispone la conversione del rito da sommario a ordinario (c.d. “passerella”), fissando l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c.³⁵⁵

Non essendo le ipotesi di conversione del rito sommario in rito ordinario tipiche e avendo il legislatore del 2009 adottato una formula estremamente elastica e dai confini mobili³⁵⁶, il singolo magistrato gode di un'ampia libertà e di un'elevata discrezionalità nella scelta: la valutazione della necessità o meno di un'istruzione piena per la singola causa a lui sottoposta viene condotta secondo il proprio prudente apprezzamento, alla luce delle allegazioni delle parti, del *thema decidendum ac*

³⁵³ VOLPINO, *op. cit.*, p. 2522.

³⁵⁴ VOLPINO, *ibid.* Nello stesso senso FERRI, *op. cit.*, p. 96.

³⁵⁵ L'accertamento di compatibilità della causa con il rito sommario, oltre ad essere effettuato nella prima udienza, viene rinnovato durante la fase istruttoria e al suo termine, per verificare l'eventualità che siano emersi, durante l'acquisizione della prova, elementi di complessità incompatibili con la sommarietà: LANNI, sub. art. 702ter, in CONSOLO (cura di), *Codice di procedura civile commentato*, III, Milano, 2010, p. 796.

³⁵⁶ TISCINI, sub art. 702ter, in COMOGLIO – CONSOLO – SASSANI – VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, Vol. VII, Tomo II, Torino, 2014, pp. 633 ss., p. 647, la quale parla in senso critico di «confini incerti», ritenendo eccessivo il potere discrezionale concesso al giudice, al punto da paventare l'arbitrio del giudice nell'esercizio dei propri poteri processuali, se non addirittura il loro abuso (pp. 649-650).

probandum e di tutte le circostanze del caso concreto, fermo in ogni caso il diritto delle parti al contraddittorio sul punto³⁵⁷.

Quando le questioni di fatto oggetto della controversia sono complesse, quando la causa richiede l'ammissione di mezzi di prova per i quali non basti l'atipicità delle forme³⁵⁸, quando la questione di diritto è così complessa da necessitare una completa ricostruzione e una più ragionata ponderazione³⁵⁹, allora il giudice monocratico, ai sensi del comma secondo dell'art. 702ter c.p.c. dispone la conversione del rito da sommario a ordinario di cognizione, fissando l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. Se, viceversa, la causa non è complessa in punto di fatto, non necessita un accertamento articolato e l'attività istruttoria si prospetta semplice e di facile conduzione, senza necessità di assumere prove tipiche e di lunga indagine, ecco che, allora, nulla osta alla prosecuzione del processo secondo il rito sommario³⁶⁰³⁶¹³⁶².

I criteri di cui si avvale il giudice monocratico nella valutazione discrezionale circa le modalità in cui debba essere svolta l'istruzione, se nelle forme sommarie o in quelle solenni, sono i più vari; si può pensare, tra gli altri, all'oggetto del provvedimento richiesto, quindi il *petitum* e la *causa petendi*, al numero delle questioni di fatto e di diritto controverse, all'oggetto di queste ultime³⁶³.

La seconda situazione tipica che determina l'instaurazione del processo nelle forme del rito sommario di cognizione è quella prevista dal nuovo art. 183bis c.p.c. A seguito della riforma del 2014, il giudice monocratico, di sua iniziativa, può disporre il passaggio dal rito ordinario a quello sommario di cognizione, se ciò appaia opportuno dalla valutazione della complessità della lite e dell'istruzione probatoria.

Rinviando per il commento della citata norma al successivo Capitolo quarto del presente lavoro, ci si limita in questa sede a osservare che il nuovo **potere** del giudice **di direzione processuale**, relativo alla scelta del rito applicabile alla singola causa concreta, è stato conferito dal legislatore del 2014 allo scopo di consentire la definizione dell'arretrato in materia di processo civile, «così che

³⁵⁷ DELLA VEDOVA, *op. cit.*

³⁵⁸ TISCINI, sub art. 702ter cit., p. 647.

³⁵⁹ TISCINI, *op. cit.*, pp. 647-648.

³⁶⁰ MENCHINI, *op. cit.*, p. 1030.

³⁶¹ Critico nei confronti di questa scelta del legislatore della riforma di lasciare alla discrezionalità, definita dall'a. mera, del giudice la determinazione del rito da adottare nella singola causa concreta, MENCHINI, *op. cit.*, p. 1034: «Non si crede che questa sia una soluzione saggia; infatti, l'esperienza insegna che il ricorso al rito sommario si rivela utile e proficuo, solo se esso è correlato a particolari tipi di situazioni sostanziali ovvero alla sussistenza di certe prove (soprattutto documentali) ovvero alla verosimile fondatezza della domanda. La totale assenza dei presupposti e di limiti di ammissibilità rischia di dare vita ad uno strumento il cui uso rimesso a valutazioni che possono essere arbitrarie e che, se si rivelano sbagliate, sono foriere di ritardi e di complicazioni processuali, in quanto costringono il giudice di appello a porre rimedio alle lacune e agli errori del giudizio di primo grado, causati dall'adozione del rito sommario».

³⁶² Esemplificativamente si può pensare alle seguenti ipotesi: le cause già mature per la decisione e suscettibili di una rapida definizione, quali quelle di puro diritto, ovvero che non presentano fatti controversi, perché pacifici o non contestati; le cause che, pur non essendo mature per la decisione perché presentano fatti controversi, possono essere risolte sulla base di prove acquisite in breve tempo e agevolmente, in assenza di elementi di complessità di qualsiasi natura, ovvero sulla base di prove inferenziali e logiche o di sole prove documentali: FERRI, *op. cit.*, p. 94. Osserva l'a. che «Pertanto l'applicabilità in concreto del procedimento potrà aversi non soltanto quando la controversia sia sorta tra le parti unicamente su questioni di diritto ma anche e non solo, ancora, quando fatti costitutivi siano dimostrabili da prove documentali ma anche quando si tratti di fatti pacifici non oggetto di adeguata contestazione da parte dell'avversario (*ex art. 115 c.p.c.*) e infine allorché la prova dei fatti controversi possa essere offerta da presunzioni o comunque attraverso mezzi di prova di rapido espletamento».

³⁶³ TISCINI, *op. cit.*, p. 649.

si può ben ritenere che il legislatore consideri il rito sommario alla stregua di una modalità procedimentale che possa consentire di definire e, per certi aspetti, risolvere il problema dell'arretrato in materia di processo civile»³⁶⁴.

L'adozione di un procedimento semplificato per scelta del giudice monocratico, ogni qualvolta una controversia appaia non troppo complessa, diventa allora per il legislatore un nuovo mezzo per il raggiungimento dell'agognata meta dell'efficienza della giustizia civile.

Se è certamente quanto meno dubbio che davvero l'art. 183**bis** c.p.c. riesca ad abbattere la mole di arretrato che grava su molti tribunali del Paese, d'altro canto, tuttavia, deve essere visto con favore il conferimento al giudice di un nuovo potere di gestione manageriale del giudizio instaurato, che gli consenta di optare per il procedimento più confacente alle dinamiche e alle circostanze reali della singola causa concreta.

Passando alla trattazione dei poteri del giudice monocratico di direzione processuale all'interno del processo sommario di cognizione, posto che il procedimento è decisamente deformalizzato, esso è sostanzialmente rimesso alla **direzione formale** del giudice, che la esercita secondo il proprio prudente apprezzamento, alla luce delle circostanze della causa concreta. Il giudice, allora, assegna al procedimento il ritmo che ritiene più opportuno e determina le modalità di attuazione delle singole attività processuali, dettandone i tempi³⁶⁵ e i contenuti³⁶⁶. Il legislatore si astiene dal disciplinare con precisione il modello di procedimento scelto, per consentire al giudice monocratico di adattarlo alla realtà della singola causa concreta e di dirigerlo, secondo la propria valutazione discrezionale, in modo più snello e rapido³⁶⁷.

Dunque, la trattazione è caratterizzata dal fatto che «la struttura dell'intero procedimento è estremamente semplificata, rimettendo nelle mani del giudice il potere discrezionale di stabilire volta per volta le forme procedurali considerate più appropriate alla caratteristica del singolo caso concreto»³⁶⁸, mentre l'elemento qualificante dell'istruttoria si sostanzia «essenzialmente nell'accentuata deformalizzazione che ne investe lo svolgimento, e che si riflette in particolare sulle

³⁶⁴ Così, in senso critico, DELLA VEDOVA, *Alcune riflessioni intorno all'art. 183bis del codice di rito civile ed al giudizio sommario di cognizione*, in www.judicium.it.

³⁶⁵ Il legislatore non ha fissato il termine massimo per la fissazione dell'udienza di comparizione, ma solo quello dilatorio di trenta giorni prima della data per la costituzione della controversia: BALENA, *op. cit.*, p. 325. Questa circostanza, unitamente a quella della previsione di un sistema a ricorso piuttosto che a citazione fa sorgere nei commentatori la preoccupazione di una seria compromissione della velocità del rito sommario, potendo «la comparizione della parti, quanto meno negli uffici giudiziari più congestionati, essere fissata a lunghissima distanza di tempo dalla presentazione del ricorso [...] Ed è appena il caso di aggiungere, anzi, che tale rischio è direttamente proporzionale al successo che il nuovo rito dovesse eventualmente riscuotere da parte degli avvocati degli attori», BALENA, *op. cit.*, p. 334.

³⁶⁶ MENCHINI, *op. cit.*, p. 1030. Specifica l'a.: «l'attività di acquisizione delle prove non segue le regole dettate dal codice di rito e la decisione della causa può avvenire già in prima udienza, senza che debba essere in ogni caso assicurato alle parti il diritto di depositare memorie e repliche, sempre che, però, sia consentito loro di esercitare in modo adeguato i poteri di difesa e, in particolare, quello di contraddire alle altrui deduzioni».

³⁶⁷ Osserva giustamente BALENA, *op. cit.*, p. 329, che l'affidamento al potere direttivo del giudice della trattazione e dell'istruzione probatoria del giudizio dovrebbe tradursi in concreto «in una certa snellezza del processo, che risulta così affrancato, ad es., dalla necessaria concessione dei termini per la trattazione scritta *ex art. 183* o del duplice termine per lo scambio degli scritti difensivi finali, nonché da momenti squisitamente formali quali l'udienza di precisazione delle conclusioni; e pertanto dovrebbe teoricamente consentire una maggiore immediatezza della decisione, evitando la divisione in "fasi" che contraddistinguono il processo di cognizione ordinario.

³⁶⁸ VOLPINO, *op. cit.*, p. 2525.

modalità di ammissione e di assunzione delle fonti di prova»³⁶⁹, specificando in ogni caso che per entrambe le attività processuali, tanto della trattazione quanto dell'istruzione, “deformalizzazione” significa fundamentalmente libertà delle e dalle forme, e sommarietà non significa affatto superficialità, ma libertà da schemi rigidamente predefiniti dalla legge.

Non vi è dubbio alcuno sulla circostanza che tutte le scelte discrezionali compiute dal giudice monocratico e, in generale, l'esercizio da parte sua di poteri di direzione formale siano guidate e condizionate, tra gli altri criteri, anche dai principi generali del processo e costituzionali, i quali allo stesso tempo fungono sia da criterio di valutazione sia da limite invalicabile. Tra questi principi vi è *in primis* il principio del contraddittorio, sebbene rivestano una certa rilevanza anche il principio di leale collaborazione tra il giudice e le parti e il diritto alla ragionevole durata del processo.

iii. Il “giudice-conciliatore”.

Tra gli interventi più recenti del legislatore, in anni in cui le riforme si susseguono incessantemente, vi è il d.l. n. 69 del 2013, convertito in legge n. 98 del 2013³⁷⁰, il quale ha decisamente inciso sul ruolo del giudice, quale strumento di impulso dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie.

Per fare ciò, il legislatore interviene su due fronti: sul d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28³⁷¹, in tema di mediazione, e sul codice di procedura civile stesso, in tema di conciliazione e transazione giudiziarie.

L'art. 84 del d.l. n. 69 del 2013 riformula il comma secondo dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, attribuendo al giudice un decisivo potere di impulso alla mediazione. Si tratta di un potere di **direzione processuale** e di natura discrezionale, in forza del quale il giudice ha la facoltà di imporre alle parti un tentativo di mediazione extragiudiziaria, disponendone l'esperimento, quando ciò appaia opportuno e utile e vi siano buone probabilità di conciliazione della lite, secondo il proprio prudente apprezzamento e secondo la valutazione di tutte le circostanze della singola causa concreta, specificatamente, della natura della causa, dello stato dell'istruzione e del comportamento delle parti.

L'esercizio da parte del giudice del nuovo potere di cui all'art. 5, comma 2° d.lgs. n. 28 del 2010 rende la mediazione sostanzialmente obbligatoria per le parti, in quanto, ordinato loro di avvalersi della mediazione, l'esperimento del procedimento stesso diviene vera e propria condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Anche la scelta del momento in cui prescrivere alle parti la mediazione è sostanzialmente rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, il quale può esercitare il proprio potere per tutto il corso del procedimento, purché prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa.

³⁶⁹ VOLPINO, *op. cit.*, p. 2526.

³⁷⁰ D.l. 21 giugno 2013, n. 69 (in *G.U.* n. 144 del 21-06-2013, Suppl. Ord. n. 50), convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98 (in *S.O.* n. 63, relativo alla *G.U.* del 20-08-2013, n. 194)

³⁷¹ D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, intitolato *Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n.69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali* (in *G.U.* n. 53 del 05-03-2010).

L'art. 77, comma 1°, lett. a) del d.l. n. 69 del 2013 inserisce nel codice di procedura civile un nuovo art. 185*bis*, intitolato "Proposta di conciliazione del giudice", in forza del quale il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, ha il vero e proprio dovere di favorire la composizione amichevole della controversia, formulando alle parti – ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto – una proposta transattiva o conciliativa.

Viene dunque previsto esplicitamente dalla legge processuale civile italiana il **dovere** del giudice di **direzione materiale** del processo, consistente nel favorire la composizione amichevole della controversia, cercando così di concludere anticipatamente il giudizio, attraverso il raggiungimento di un accordo transattivo o conciliativo.

Superata ormai da anni l'idea dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione giudiziale della lite all'interno del processo³⁷², il legislatore del 2013 decide di affidare alla valutazione discrezionale del giudice il "se" e il "quando"³⁷³ della formulazione di una proposta conciliativa o transattiva; è il giudice, e non la legge, che, secondo il proprio prudente apprezzamento, valuta le probabilità di successo di un tentativo di composizione amichevole della lite, guardando i caratteri della controversia e, specificatamente, la sua natura, il suo valore e la sua complessità.

Se detti caratteri rendono conciliabile la controversia e se appare opportuna e preferibile una soluzione alternativa alla sentenza, viene elaborata una proposta conciliativa o transattiva da prospettare alle parti e il cui contenuto può essere il più vario, perché modellato sulla realtà della singola controversia.

Il giudizio nei confronti delle previsioni normative di cui all'art. 5, comma 2° d.lgs. n. 28 del 2010 e all'art. 185*bis* c.p.c., introdotti dal d.l. n. 69 del 2013, non può che essere positivo, in quanto – in un più generale quadro normativo, che vuole la massima valorizzazione dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie, come antidoto ai problemi della giustizia civile italiana – esse attribuiscono al giudice un importante ruolo attivo.

Il magistrato, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto e, soprattutto, dell'oggetto della controversia e delle sue caratteristiche peculiari ed ontologiche, valuta l'opportunità di una strada alternativa, per così dire "amichevole", al contenzioso.

Il giudice della singola causa concreta è colui che, più di chiunque altro, ha la percezione diretta della conciliabilità (in senso lato) o meno della controversia, avendone piena cognizione in tutti i

³⁷² È noto che il codice di procedura civile del 1940 prevede, all'art. 185, comma 1°, il tentativo obbligatorio di conciliazione delle controversie vertenti su diritti disponibili. Con le riforme degli anni Novanta (su cui v. *supra* par. 1.2. b)) la disciplina del tentativo obbligatorio di conciliazione viene spostato all'interno dell'art. 183, comma 1° c.p.c., che così statuisce: «Nella prima udienza di trattazione il giudice istruttore interroga liberamente le parti presenti e, quando la natura della causa lo consente, tenta la conciliazione». È con la riforma del 2005 (v. *supra* par. 1.2. c)) che viene eliminata l'obbligatorietà generalizzata del tentativo di conciliazione, unitamente all'obbligatorietà dell'interrogatorio libero delle parti, lasciando alle parti, congiuntamente, la decisione se richiedere l'esperimento del tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 185 c.p.c.

³⁷³ La discrezionalità e la libertà del giudice riguarda anche il momento in cui avanzare la proposta conciliativa o transattiva. Il giudice può infatti provvedervi sin dall'inizio della trattazione, immediatamente alla prima udienza, se il giudice che ha solertemente studiato la causa sa già che non è necessaria la fase istruttoria e la causa si presta ad una soluzione diversa dalla sentenza, ovvero può avanzare la proposta conciliativa fino a quando non sia conclusa la fase istruttoria, prima della precisazione delle conclusioni.

suoi aspetti fin dal suo inizio e per tutto il suo corso. Soltanto se davvero la causa si presta ai rimedi alternativi al contenzioso, questi vengono azionati, innalzando le probabilità del loro successo.

Il legislatore del 2013 trova, dunque, il giusto equilibrio tra i due estremi della totale esclusione dei metodi alternativi di risoluzione della controversia dal giudizio civile – così come è accaduto con la riforma del 2005, che, affidando alle parti la decisione di esperire il tentativo di conciliazione, ha sostanzialmente reso assolutamente eccezionale l'istituto della conciliazione giudiziale – e la sua generalizzata e incondizionata applicazione obbligatoria, come accade con riferimento al procedimento di mediazione obbligatoria per le tipologie di controversie di cui all'art. 5, comma 1° d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, meccanismo questo totalmente rigido, incapace di adattarsi alle reali esigenze del caso concreto e, per questo, inefficiente e foriero di ritardi e di procrastinazioni del momento di decisione della controversia.

La soluzione di mezzo tra tali due estremi consiste proprio nel modellare il processo alla realtà della singola causa concreta, nel fare spazio alla mediazione, alla conciliazione e alla transazione soltanto quando queste siano davvero in grado di operare e di produrre i loro effetti. Certo l'applicazione dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie deve essere incoraggiata nel maggior numero di ipotesi possibili, ma non ha senso che venga imposta nelle cause per le quali non vi sia altra soluzione se non la pronuncia di una sentenza.

Ecco che, allora, per concretizzare un meccanismo così flessibile di attivazione dei procedimenti di composizione amichevole della controversia, la legge deve arretrare, lasciando spazio ai poteri del giudice e alla sua valutazione discrezionale. Poteri che sono invero anche doveri, avendo costui acquisito negli ultimi anni un ruolo sempre più di spicco nel processo di rinnovamento e di miglioramento del giudizio civile di primo grado.

Resta da fare un'ultima osservazione di stampo critico. Tanto l'art. 185*bis* c.p.c. quanto l'art. 5, comma 2° d.lgs. n. 28 del 2010 basano l'esercizio da parte del magistrato del suo nuovo ruolo di “giudice-conciliatore” su criteri di valutazione esclusivamente, per quanto riguarda la prima norma³⁷⁴, e prevalentemente, per quanto riguarda la seconda norma³⁷⁵, di matrice oggettiva, stralciando sostanzialmente dal prudente apprezzamento del giudice gli elementi “soggettivi” di valutazione, i quali, quando si tratta di decidere se esperire o meno i metodi di composizione amichevole delle controversie, hanno un rilievo fondamentale.

Infatti, la personalità delle parti in lite, i rapporti personali tra di loro instaurati, la loro categoria professionale e anche sociale di appartenenza ecc. sono tutti elementi ai quali è subordinato il raggiungimento dell'obiettivo della composizione amichevole della singola controversia concreta.

Tali criteri soggettivi possono essere percepiti direttamente dal giudice soltanto per mezzo della comparizione personale delle parti, momento processuale che tuttavia il legislatore, a torto, ha totalmente eliminato dal processo civile di primo grado, mosso da intenti di velocizzazione e di accelerazione del rito. Certo, ai sensi dell'art. 117 c.p.c., il giudice ha pur sempre la facoltà di

³⁷⁴ Secondo la lettera dell'art. 185*bis* c.p.c., il giudice, nel formulare alle parti la proposta conciliativa o transattiva, deve avere riguardo al valore della controversia, alla natura del giudizio e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto.

³⁷⁵ Ai sensi dell'art. 5, comma 2° d.lgs. n. 28 del 2010, il giudice dispone l'esperimento del procedimento di mediazione valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti.

ordinare la comparizione personale delle parti in contraddittorio tra di loro, ma rimettere totalmente al giudice la decisione se disporre o meno tale ordine di comparizione costituisce una pretesa eccessiva mossa nei confronti del giudice.

Quindi, oggi più che in passato, dato il nuovo ruolo attribuito al giudice, la comparizione personale delle parti si presenta come estremamente utile, perché influenza il corretto e pieno esercizio dei nuovi **poteri di direzione materiale** del processo, sia quando il giudice ricostruisce il *thema decidendum ac probandum* della causa sia quando stimola una soluzione alternativa alla sentenza per definire il giudizio innanzi a sé pendente e pertanto, si richiede al giudice una maggiore attenzione verso la facoltà che l'art. 117 c.p.c. gli conferisce.

C. Conclusioni: lo sguardo del comparatista.

Ricapitolando, nel presente capitolo si è seguito il parallelo percorso del legislatore italiano e di quello tedesco mossi entrambi dal medesimo intento di accelerare il processo civile ordinario di primo grado e di migliorarne il funzionamento, per meglio adattare le forme del procedimento alle esigenze della singola causa concreta.

L'esperienza tedesca si riassume nell'analisi delle due grandi riforme della *Zivilprozessordnung*: la *Vereinfachungsnovelle* del 1977 e la *ZPO-Reform* del 2001³⁷⁶. In entrambi i casi l'intervento del legislatore è stato penetrante e determinato, al punto da toccare non solo singole norme del corpo normativo, ma anche l'intera struttura del processo, che ne è uscito razionalizzato e completamente ristrutturato.

In particolare, le due riforme tedesche perseguono l'obiettivo dell'efficienza del processo, senza comprometterne la giustizia (costituzionalmente ed internazionalmente intesa) attraverso un regime piuttosto flessibile di regolamentazione delle preclusioni, che assicuri alle parti autonomia e libertà nello sviluppo del contraddittorio in assenza di passaggi rigidi e predeterminati delle attività processuali nella fase preparatoria, correlativamente controbilanciati da ampi poteri di direzione processuale del giudice, che scandiscano il decorso del procedimento conformemente alle esigenze della causa concreta e che consentano di individuare chiaramente e quanto più definitivamente l'oggetto e i temi della controversia.

Momento fondamentale nella riforma strutturale del sistema processuale tedesco è sicuramente il ripensamento e la conseguente valorizzazione della fase preparatoria del processo, la quale serve non solo all'accertamento relativo alla regolarità degli atti introduttivi e dell'instaurazione del contraddittorio, ma anche alla conclusione anticipata della controversia³⁷⁷, all'eventuale formulazione delle istanze di prova e, soprattutto, alla definitiva precisazione dell'oggetto della controversia³⁷⁸.

L'intera struttura della macchina processuale fatta propria dalla *Zivilprozessordnung* tedesca è quella che più soddisfa l'eterogeneità delle cause che quotidianamente vengono instaurate in un tribunale. Proprio perché le controversie civili sono varie e distinte, la fase preparatoria deve essere

³⁷⁶ TARUFFO, *op. cit.*, p. 236.

³⁷⁷ In particolare attraverso la conciliazione della lite, eventualmente in occasione dell'interrogatorio libero delle parti comparse personalmente.

³⁷⁸ CHIARLONI, *op. cit.*, pp. 150-151.

disciplinata in modo flessibile, di talché il giudice, nell'esercizio dei propri poteri di direzione formale del processo, possa adattarla alle circostanze del caso concreto³⁷⁹.

Ecco che, allora, il giudice tedesco può, perché ne ha il potere (-dovere) legislativamente conferito, programmare l'articolazione del contraddittorio e il suo sviluppo per tutto il corso del procedimento; è in grado di contribuire alla definizione del *thema decidendum ac probandum* nella reciproca collaborazione con i difensori delle parti, perché tanto egli quanto gli avvocati giungono in sede di trattazione preparati sull'oggetto della causa, aperti al dialogo e pronti a esporre con pienezza tutto quanto rilevi ai fini della decisione.

Le parti, dal canto loro, sono indotte dalla legge a "vuotare il sacco" nella fase introduttiva e preparatoria della causa attraverso il regime delle preclusioni, il quale, tuttavia, è anch'esso connotato dalla flessibilità, essendo consentito al giudice di derogarvi se ciò appaia necessario alla luce delle circostanze del caso concreto, al fine di tutelare il diritto costituzionale ad essere ascoltato dal giudice *ex art. 103, comma 1° GG*. La durata ragionevole del singolo processo è quindi scandita nel suo ritmo dal giudice, incaricato, nella sue valutazioni e secondo il proprio prudente apprezzamento, di contemperare i diversi interessi in gioco.

La corretta amministrazione manageriale della fase preparatoria, infine, consente al giudice di assicurare alla stessa gli epiloghi più vari, a seconda delle circostanze del caso concreto, facilitando molto spesso l'esito anticipato o comunque accelerato della controversia: la composizione amichevole della lite, la decisione della causa che si presenti già matura, l'assunzione di determinati mezzi di prova.

Più complessa diventa invece l'opera di sintetica ricostruzione delle riforme del codice di procedura civile italiano dalla sua emanazione ad oggi, limitando peraltro l'analisi ai soli interventi il cui scopo precipuo è l'accelerazione, la semplificazione e la deformalizzazione del rito ordinario di primo grado. Gli interventi del legislatore sono infatti numerosi e contorti, continui e vorticosi, purtroppo, mai risolutivi, sempre giustificati da quello che ormai risuona alle orecchie del commentatore più come uno *slogan* politico che un obiettivo reale, *i.e.* la drastica riduzione della durata del processo; e, invero, si tratterebbe questa descritta di una tendenza, una sorta di "frenesia riformistica", che non pare volersi arrestare.

Le riforme del processo civile italiano si caratterizzano per la quantità, non sempre per la qualità. Sicuramente, quanto al loro contenuto, si può constatare che operano su un campo sempre piuttosto circoscritto e specifico; il legislatore rinuncia a metter mano a un tipo di riforma generale del processo civile di cognizione di primo grado «né tanto meno affronta l'analisi dei modelli strutturali di tale procedimento, sul piano teorico e su quello dell'esperienza comparatistica, al fine di delineare *ab imis* un nuovo procedimento di primo grado capace di funzionare in modo semplice, rapido ed efficace»³⁸⁰.

³⁷⁹ Sul tema del *case management* e dell'adattamento del rito alle differenti esigenze poste dai diversi gradi di difficoltà delle varie cause, in prospettiva comparatistica con gli ordinamenti giuridici inglese e francese, DE CRISTOFARO, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.* 2010, pp. 282 ss.

³⁸⁰ TARUFFO, *op. cit.*, p. 237.

Piuttosto, gli interventi, settoriali e continui, della legislazione di urgenza imprimono modifiche parziali e isolate, non sempre razionali, che non consentono di risolvere i problemi della giustizia civile italiana, anzi talvolta sembra quasi complicarli³⁸¹. A creare incertezza del diritto sono soprattutto i ripensamenti tipici del modo di fare riforma del legislatore italiano, il quale introduce e abroga istituti e norme nel giro di pochi anni, talvolta reintroducendo ciò che prima aveva eliminato e così via³⁸². Manca, in generale, «l’elaborazione culturale e la scelta consapevole sul piano dei modelli generali di procedimento»³⁸³ preludio necessario di ogni riforma organica e globale.

Già dopo l’emanazione della legge n. 353 del 1990, Michele Taruffo così scriveva: «Abbandonare l’idea di una razionalizzazione complessiva e coerente del giudizio di primo grado implica anche una non trascurabile riduzione della prospettiva culturale alla base della riforma stessa. Non pare infatti che, nella fretta di provvedere, il legislatore senta la necessità di prendere in considerazione i modelli generali o i problemi non contingenti legati alla preparazione della causa. Si tende invece, sempre nell’ottica di comodo dell’urgenza e della parzialità, a configurare una riforma che non deriva da grandi scelte “di sistema” né aspira a costruire un processo di primo grado veramente nuovo. La logica che prevale è quella degli aggiustamenti marginali, delle razionalizzazioni limitate»³⁸⁴.

Si riporta quest’intero brano perché l’impressione che se ne trae è che ciò che valeva agli inizi degli anni Novanta vale tuttora, e soprattutto dagli anni che vanno dal 2012 in poi, riscontrando, se possibile, una maggiore superficialità del legislatore attuale nella preparazione e nello studio del contenuto della riforma, oltre alle consuete contraddizioni interne, unite alla «prolissità e sciattezza linguistica»³⁸⁵, caratteristiche ormai della legislazione processuale. Sicché non si può non constatare come ciò che non abbia funzionato negli anni Novanta non possa funzionare ora: se la tecnica legislativa degli interventi settoriali ed elaborati in poco tempo non ha dato i suoi frutti prima, non si vede come possa dare buon esito adesso.

Non bisogna, infine, sottovalutare gli effetti del tipico errore in cui incorre il legislatore che si accinge alla riforma processuale di indirizzare i propri interventi esclusivamente sulle norme di diritto processuale civile, al fine di regolare analiticamente il comportamento delle parti e di limitare la portata dei poteri discrezionali del giudice, senza però tuttavia tener conto e cercare di prima porre rimedio a tutti i problemi che attengono alla organizzazione della giurisdizione, alla sua amministrazione e alla gestione delle risorse, di personale e di denaro, dei diversi tribunali³⁸⁶. Tutte cose che, invero, richiedono grande impegno per essere affrontate e un’attenta ponderazione; ed è forse per questo che il legislatore preferisce introdurre modifiche o aggiunte al codice di procedura civile all’interno di provvedimenti d’urgenza per placare i malumori e la sfiducia dei consociati nei confronti dell’ordinamento giudiziario, senza considerare tuttavia che ciò, senza una riorganizzazione dell’intero sistema giudiziario, si può rivelare talvolta completamente inutile, ma talvolta addirittura nocivo.

³⁸¹ CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della “degiurisdizionalizzazione”*, in *Corr. giur.* 2014, pp. 1173-1183, p. 1174.

³⁸² Di “metodo riformatore italico, fondato sull’immediato pentimento” parla CEA, *op. cit.*, p. 34.

³⁸³ TARUFFO, *ibid.*

³⁸⁴ TARUFFO, *op. cit.*, p. 251.

³⁸⁵ CHIARLONI, *Prima comparizione delle parti cit.*, p. 157.

³⁸⁶ CHIARLONI, *ibid.*

Le osservazioni ora esposte non si possono dire certamente originali, dal momento che si ripropongono ciclicamente a ogni intervento del riformatore italiano, né debbono essere lette come mere lamentele fini a sé stesse, cui si accompagni un'apologia esterofila. Si tratta di guardare invece oggettivamente la realtà giuridica italiana e di avvicinarla a quella tedesca: entrambe si caratterizzano per l'affannosa ricerca (giustificata fino a un punto) della velocizzazione dei tempi del processo, ma subito emerge come tali due realtà si pongano in stridente contrasto.

Tale contrasto non riguarda soltanto la tecnica legislativa e le scelte fatte nel tempo, ma riguarda soprattutto i risultati. Il più tipico dei parametri adottati per valutare la bontà di una riforma processuale e dell'efficienza della giustizia è sicuramente, a torto o a ragione, la durata del processo.

Se si guardano i dati statistici relativi alla durata del processo ordinario di cognizione in primo grado, i numeri danno incontestabilmente ragione a chi accusa il sistema processuale civile italiano di essere imperfetto e il legislatore italiano di essere superficiale.

Mentre la durata media del processo in prima istanza presso il *Landgericht* a partire dagli anni Settanta si colloca in modo sorprendentemente stazionario, almeno fino al 2005, in un arco temporale che va dai sei ai sette mesi³⁸⁷, in Italia la durata del processo ordinario di cognizione di prima istanza innanzi al tribunale non solo non accenna a calare successivamente le diverse riforme che si sono succedute nel tempo, ma anzi tende ad aumentare tragicamente³⁸⁸.

Se a ciò si aggiunge il dato oggettivo che, per diverse ragioni (non solo prettamente giuridico-normative) – che sarebbe interessante, se non doveroso, indagare ed approfondire – il *trend* è ovunque di un aumento oggettivo della durata dei processi³⁸⁹, si arriva al risultato che nel 2014 in Germania la durata media di un processo è di (accettabilissimi) 14 mesi circa, mentre in Italia è ben di tre anni.

³⁸⁷ Occorre sottolineare che, secondo la dottrina giuridica tedesca, il cambiamento dopo l'entrata in vigore della *Vereinfachungsnovelle* non è stato così netto, ed effettivamente contando che comunque prima del 1977 la durata media del processo supera appena l'anno, la diminuzione dei tempi processuali non è drastica, e d'altro canto non è neppure così desiderabile un processo troppo rapido, perché comprometterebbe altri valori e altre garanzie processuali. Il dato oggettivo incontestabile è che dalla riforma negli anni Settanta fino al 2005 la durata media del processo oscilla tra i sei e sette mesi, il che è un chiarissimo segno dello stato di salute assolutamente ottimo della giustizia civile tedesca. Per uno studio sulla durata del processo civile in Germania v. ROTTLEUTHNER –ROTTLEUTHNER-LUTTER, *Die Dauer von Gerichtsverfahren. Evaluation der ZPO-Vereinfachungsnovelle*, Baden-Baden, 1990. Dati: www.destatis.de, *Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1., 2014, Zivilgerichte*; www.bundesjustizamt.de

³⁸⁸ Già nel 2005 la durata media del processo civile di primo grado presso il tribunale è di due anni e mezzo; dopo il 2009 è di due anni e otto mesi; nel 2013 raggiunge i tre anni: dati www.consiglionazionaleforense.it, tavola sinottica a cura dell'Ufficio Comunicazione e Media CNF, fonte Ministro della Giustizia.

³⁸⁹ Guardando le statistiche, la durata del processo in Germania è salita di un mese a partire dal 2006 al 2009, fino a raggiungere i 14 mesi circa del 2014. Tale incremento accende la discussione attuale di tutti gli operatori del diritto, dai magistrati alla dottrina, sul tema e non sono da escludere in futuro interventi di riforma del processo civile tedesco.

CAPITOLO QUARTO

Le funzioni e le responsabilità manageriali del giudice nella direzione formale del procedimento

A. Germania

1. Introduzione.

Come è stato ampiamente illustrato nelle pagine che precedono, il *Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle)* del 1976 riforma il processo civile in Germania semplificando e accelerando il procedimento attraverso due strumenti di fondamentale rilievo: l'inasprimento del regime delle preclusioni quale sanzione della violazione della *Prozessförderungspflicht* delle parti¹; l'adozione di un **modello procedimentale bifasico** – composto da una prima fase, di ampia preparazione della causa e di organizzazione del materiale decisorio e istruttorio, e da una seconda fase, di trattazione orale della controversia e d'istruzione probatoria – capace di realizzare la concentrazione del processo nel maggior numero di cause quotidianamente risolte nei tribunali tedeschi.

Condizione necessaria di effettività dello schema processuale bifasico e concentrato – in quanto ne costituisce il motore, senza il quale la volontà legislativa rimarrebbe lettera morta e l'obiettivo perseguito dell'accelerazione del processo sarebbe irrealizzabile – è il conferimento al giudice competente della causa di funzioni e di responsabilità **manageriali** nella direzione del procedimento².

In questa sede si intende dunque analizzare approfonditamente i **poteri di direzione processuale formale** del giudice all'interno del processo ordinario di cognizione di primo grado in Germania: come tali poteri siano stati congegnati dal legislatore per fare in modo che il riformato processo civile possa funzionare bene; quali siano gli effetti del corretto adempimento da parte del giudice delle proprie funzioni manageriali; in che modo la responsabilità del singolo magistrato nella direzione del procedimento possa condizionare l'efficienza della giustizia intera.

2. Il modello processuale bifasico nel processo civile tedesco.

2.1. Premesse.

Come anticipato, lo schema procedimentale a due fasi, che costituisce una delle più grandi novità e innovazioni apportate al processo civile dalla *Vereinfachungsnovelle* del 1976, consta di una prima fase, dedicata alla **preparazione** della causa e al tentativo di trovare una soluzione amichevole alla lite insorta, e di una seconda fase, dedicata invece esclusivamente all'esauriente trattazione

¹ V. Capitolo terzo, parr. 2.2.1. e 2.2.2.

² NAGEL, *Die rechtliche Stellung, Aufgaben und Pflichten der Richter der Bundesrepublik Deutschland in Zivilprozeß*, in *Deutsche Richterzeitung* 1977, Heft 11, pp. 321 ss.

dell'oggetto della controversia precedentemente definito e all'istruzione probatoria, da esaurirsi entrambe, di regola e per quanto possibile, in un'unica udienza, nota sotto il nome di *Haupttermin*³.

Il legislatore, con la sua riforma, si aspetta non soltanto una significativa accelerazione di tutti i processi civili, ma anche il miglioramento qualitativo della decisione contenuta nella sentenza che chiude il giudizio e la maggiore "popolarità" (socialità) del processo medesimo, il cui corso è reso intelligibile ai cittadini grazie alla collaborazione attiva del giudice.

La struttura bifasica del processo civile è riassunta in poche righe dal § 272 ZPO, che introduce la disciplina del giudizio civile di primo grado innanzi al *Landgericht*⁴ e attraverso il quale il legislatore sancisce nella *Zivilprozessordnung* il principio fondamentale di concentrazione del processo⁵: la controversia deve essere risolta, di regola, in un'unica udienza di trattazione orale (*Haupttermin*), nella quale, grazie alla previa preparazione completa della causa e all'assunzione anticipata di determinate prove, il materiale decisorio risulta già essere complessivamente raccolto e ordinato⁶ e, pertanto, alle parti e al giudice non resta altro che discutere e assumere le restanti prove.

Il fatto che la norma impieghi la locuzione "di regola" significa che, eccezionalmente, è ammessa la trattazione della causa in più udienze principali, finché la causa medesima non appaia matura per la decisione. Ciò può essere reso necessario, per esempio, dalla particolare complessità dell'oggetto della controversia. Talvolta, le circostanze del caso concreto rendono più opportuno, proprio per una migliore organizzazione della trattazione della causa dal punto di vista dell'efficienza e della celerità, la fissazione di più udienze, pur sempre ravvicinate tra di loro e quanto più possibile concentrate: si pensi al caso in cui l'istruzione probatoria non possa essere esaurita in un'unica udienza senza ledere il diritto costituzionalmente garantito della parte alla prova ovvero qualora, concedendo più tempo alle parti, aumentano le probabilità di risoluzione amichevole della controversia⁷. In questi casi, dunque, la previsione di una pluralità di udienze principali finisce per servire meglio, rispetto all'unicità del *Haupttermin*, il principio di accelerazione del processo⁸.

Quanto alla preparazione del *Haupttermin*, la legge assegna al giudice il potere di scegliere discrezionalmente, secondo il proprio libero convincimento, tra due modalità preparatorie: in forma di **previa udienza di trattazione orale** (*früher erster Termin*) ovvero in forma di **scambio di scritti iniziali** (*schriftliches Vorverfahren*) (§ 272, comma 2° ZPO)⁹.

³ BISHOF, *Der Zivilprozess nach der Vereinfachungsnovelle. Eine Einführung mit Musterverfügungen*, Stuttgart, 1980. Sul funzionamento del rito ordinario di cognizione di primo grado tedesco: OBERHEIM, *Zivilprozessrecht für Referendare*, München, 2012, pp. 22 ss.; PAULUS, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung*, Berlin, 2004, pp. 106 ss.; SCHILKEN, *Zivilprozessrecht*, Köln, 2006, pp. 17 ss.; SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, Heidelberg, 2010, pp. 10 ss.

⁴ FÖRSCHLER – STEINLE, *Der Zivilprozess. Ein Lehrbuch für die Praxis*, Stuttgart, 2010, pp. 162 ss.

⁵ ASSMANN, § 272, WIECZOREK – SCHÜTZE, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar*, Berlin, 2013, pp. 606 ss., p. 606.

⁶ § 272, comma 1° ZPO: «*Der Rechtsstreit ist in der Regel in einem umfassend vorbereiteten Termin zur mündlichen Verhandlung (Haupttermin) zu erledigen*» (grassetto mio). La locuzione „in der Regel“ va riferita all'unicità dell'udienza di trattazione orale e non alla piena preparazione della causa, la quale, pertanto, è sempre necessaria e obbligatoria: ASSMANN, § 272 cit., p. 608.

⁷ ASSMANN, *op. cit.*, p. 608; PRÜTTING, § 272, in KRÜGER – RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, München, 2013, pp. 1646 ss., p. 1652.

⁸ ASSMANN, *ibid.*

⁹ LEIPOLD, § 272 cit., p. 487: durante la discussione che ha preceduto la *Vereinfachungsnovelle* del 1976, si contrapponevano coloro che preferivano una rapida udienza preparatoria (*Vortermine*) e coloro che invece preferivano lo

Il modello bifasico di processo è ispirato a esigenze di concentrazione e di celerità, senza che ciò comporti la rinuncia alla scoperta della verità e alla giustizia della decisione. Le due menzionate componenti – della concentrazione del procedimento da un lato e della correttezza del contenuto della decisione dall’altro lato – che fanno del processo civile un processo giusto ed efficiente, astrattamente potrebbero apparire, a un primo sguardo, collocate agli estremi opposti e, perciò, parrebbero autoescludersi a vicenda. Come fa, ci si chiede, un processo veloce a svelare con completezza la verità materiale¹⁰ e, dunque, a condurre alla pronuncia di una decisione giusta?

Tale antitesi tra giustizia e concentrazione, in realtà, non esiste, come dimostra il sistema processuale civile tedesco. Conciliare la giustizia sostanziale della decisione e l’accelerazione del procedimento è possibile, a condizione che il giudice abbia gli strumenti idonei per la direzione processuale e che egli certamente ne faccia ampio uso, per quanto opportuno o necessario.

Nella piena consapevolezza di dette circostanze il legislatore tedesco, nel corso degli anni, ha notevolmente rafforzato il ruolo del giudice nel processo civile, aumentando i suoi poteri di direzione processuale, sia formale sia materiale¹¹. Dalla valorizzazione dell’attività direttiva del giudice è derivato correlativamente, e naturalmente, l’innalzamento delle sue responsabilità per il fluido decorrere del procedimento¹². Si richiede, in particolare, al giudice un maggiore sforzo lavorativo: egli deve guardare subito le carte e studiare l’oggetto della controversia fin dal deposito dell’atto di citazione, deve valutare tutte le circostanze del caso concreto e, così, esercitare con razionalità e consapevolezza i propri poteri di direzione processuale.

D’altronde, il dovere del giudice di conduzione accelerata e concentrata del processo (*Prozessförderungspflicht*)¹³, sebbene il suo inadempimento non sia esplicitamente sanzionato¹⁴, ha valenza fondamentale, sostanzialmente costituzionale, perché realizza il diritto alla durata ragionevole del processo (art. 6 CEDU) e, dunque, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva (art.

scambio di scritti iniziali, secondo lo schema del modello di Stoccarda (v. Capitolo terzo, paragrafo 1.2.2.). Il legislatore finisce per soddisfare le pretese di entrambi le “fazioni”, assegnando la scelta sul modo di preparare il processo al presidente del collegio (o giudice monocratico) della singola causa concreta.

¹⁰ È indiscusso nella dottrina processualistica tedesca l’assunto che l’accertamento della verità sia uno dei compiti fondamentali del giudice civile tedesco, a cui egli adempie prevalentemente attraverso l’esercizio dei **poteri di direzione materiale** che il legislatore gli assegna; salvo specificare poi che l’accertamento della verità non è uno degli scopi del processo civile, quanto piuttosto uno strumento di realizzazione degli obiettivi tipici processuali. Ecco che, allora, la *Verhandlungsmaxime* finisce certamente per limitare la ricerca della verità nel processo civile, mentre la disciplina processuale delle preclusioni, di cui al § 296 ZPO, obbliga il giudice a rigettare le allegazioni tardive anche quando trattasi di affermazioni senz’altro vere. Allo stesso modo sono certamente legittime le limitazioni normative all’ingresso di determinati mezzi di prova nel processo. D’altro canto, tuttavia, l’indagine relativa ai fatti è centrale nelle singole cause, e, pertanto, particolarmente articolata è la disciplina dei mezzi istruttori e dell’istruzione probatoria di cui alla *Zivilprozessordnung*: BREHM, *Einleitung*, in STEIN - JONAS (a cura di), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, Tübingen, 2014, pp. 1 ss., p. 14. V. PIEKENBROCK, *Der italienische Zivilprozeß im europäischen Umfeld. Eine rechtsvergleichende Studie unter Hervorhebung der richterlichen Verfahrensleitung*, Berlin, 1998, p. 22, n. 8.

¹¹ *Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungs-Novelle)* del 1977 con riferimento ai poteri di direzione formale; *Zivilprozessreformgesetz* del 2002 con riferimento ai poteri di direzione materiale del processo. V. sul tema diffusamente Capitolo terzo, in particolare paragrafi 1.2.4. e 1.3.

¹² HARTMANN, *Die ZPO-Vereinfachungs-Novelle*, in *Deutsche Rechtspflege* 1977, Heft 1, pp. 1 ss., p. 2.

¹³ Si tratta tuttavia di un dovere non sanzionato; sul tema v. BAUR, *Richterliche Verstöße gegen Prozeßförderungspflicht*, in GOTTWALD – PRÜTTING (a cura di), *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, München, 1990, pp. 53 ss.

¹⁴ Per una critica all’assenza di meccanismi sanzionatori seri nei confronti dei giudici che non adempiono ai propri doveri processuali v. BAUR, *Richterliche Verstöße* cit.; COMOGLIO, «Moralizzazione» del processo e ruolo del giudice nell’evoluzione dei modelli processuali europei, in *Riv. dir. proc.* 2015, pp. 131 ss., p. 157.

20 GG)¹⁵. Proprio a causa della valenza costituzionale dell'adempimento della *Prozessförderungspflicht* e, dunque, al fine di non violare i diritti fondamentali individuali, il giudice è chiamato a ottemperare con particolare attenzione e solerzia a tale suo dovere di promozione del processo, svolgendo con cura e senza remore l'attività direttiva del procedimento.

Il momento della preparazione giudiziale della trattazione e dell'udienza, affinché, nel rispetto del comma primo del § 272 ZPO, tutto venga risolto in un unico *Haupttermin*, è di fondamentale rilievo, perché da esso dipende il successo dell'intera struttura processuale bifasica¹⁶: solo allestendo il modo d'essere del procedimento in modo conforme alle esigenze del caso concreto (direzione formale), solo raccogliendo e vagliando, con attenzione e completezza, il materiale decisorio in una fase iniziale del processo (direzione materiale)¹⁷, si realizza la concentrazione della trattazione orale della causa e la controversia viene risolta in un'unica udienza.

I vantaggi di prevedere una fase preparatoria seria e completa sono molteplici, tra i quali due soprattutto rivestono particolare importanza. Il primo vantaggio immediato e determinante della fase preparatoria, della quale è invero anche lo scopo, è l'impiego più razionale delle risorse di tempo e di energia; la concentrazione del dibattimento in un unico *Haupttermin*, grazie all'anticipata organizzazione del procedimento e del materiale decisorio e istruttorio, evita la dispersione del lavoro compiuto dai giudici e dagli avvocati, i quali, collaborando sinergicamente tra di loro, arrivano dritti al cuore della questione e trovano una soluzione, eventualmente anche conciliativa, alla controversia.

Il secondo vantaggio è quello di facilitare la conclusione anticipata della causa, evitando così che debba essere instaurata l'udienza di trattazione orale. Potenzialmente, entrambi i due modi di preparare il giudizio, sia il procedimento orale sia quello scritto, favoriscono la conclusione della causa in una fase molto iniziale del processo, e tale circostanza deve senza dubbio essere tenuta in conto dal giudice allorquando egli debba operare la scelta discrezionale tra l'una e l'altra modalità di preparazione del processo.

In particolare, se il giudice opta per il *früher erster Termin*, poiché ha luogo una vera e propria udienza di trattazione orale dell'oggetto della controversia, può accadere che la causa venga già risolta in questa fase, perché matura per la decisione; può accadere, altresì, che venga pronunciata una sentenza contumaciale (*Versäumnisurteil*) o una sentenza con la quale si dia atto dell'avvenuto riconoscimento della domanda da parte del convenuto (*Anerkenntnisurteil*). Non è poi così eccezionale che la lite venga pacificata e risolta con un accordo transattivo, quando il tentativo

¹⁵ LEIPOLD, § 272, STEIN - JONAS (a cura di), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 4, Tübingen, 2013, pp. 484 ss., p. 486.

¹⁶ Sulla preparazione della causa v. FÖRSCHLER – H. STEINLE, *Der Zivilprozess. Ein Lehrbuch für die Praxis*, Stuttgart, 2010, pp. 130 ss.

¹⁷ Le norme sul procedimento ordinario di primo grado sono pensate proprio per rendere completa la raccolta del materiale decisorio e la ricostruzione dell'oggetto della controversia nella fase preparatoria, per eliminare ivi tutte le incertezze esistenti, accertare se le posizioni giuridiche di base delle parti in lite siano chiare o controverse e se una rapida soluzione sia possibile già in questa fase iniziale del procedimento, senza necessità di passare attraverso il *Haupttermin*.

obbligatorio di risoluzione amichevole della controversia, di cui al § 278, comma 2° ZPO, abbia successo¹⁸.

Analogamente, quando il giudice sceglie, ai sensi del comma 2° del § 272 ZPO, lo *schriftliches Vorverfahren* vi è l'opportunità che la controversia si concluda con una sentenza contumaciale o talvolta con una sentenza di riconoscimento della domanda.

2.2. La direzione formale del processo civile a modello bifasico.

Sin dal momento del primo atto d'impulso iniziale del giudizio, ossia sin dalla ricezione dell'atto di citazione dell'attore, si presume e si pretende che il giudice legga la domanda e si adoperi per "l'allestimento" della causa, affinché questa possa essere conclusa nella fase iniziale preparatoria del processo ovvero nell'unica udienza centrale, denominata *Haupttermin*.

Infatti, la legge non fissa esplicitamente il momento specifico a partire dal quale il giudice deve iniziare a esercitare i propri poteri di preparazione e di organizzazione del processo, piuttosto dispone genericamente che le regole preparatorie debbano essere applicate tempestivamente¹⁹, valutando, alla luce delle circostanze del caso concreto, se nello stadio in cui ci si trova ciò sia razionalmente utile o più propriamente necessario al fine di attivare, già in una fase iniziale del procedimento, la direzione finalizzata del rito.

È sicuramente condizione necessaria di realizzazione del comma primo del § 272 ZPO, che vuole la controversia di regola risolta in un unico *Haupttermin*, il corretto uso da parte del giudice dei propri **poteri di direzione formale del procedimento**. Infatti, sono proprio questi ultimi, di competenza esclusiva del giudice, a configurare il corso del procedimento e ad allestire l'udienza principale di trattazione, mentre le parti in tale contesto non possono esercitare nessun tipo di influenza o di condizionamento.

I poteri del giudice di direzione formale del processo comprendono sia le norme relative all'andamento "esterno" del procedimento (il rinvio o la sospensione dell'udienza, le disposizioni di interruzione o di sospensione del processo, la separazione o la riunione dei giudizi) sia le norme finalizzate alla realizzazione della **concentrazione** e dell'accelerazione del processo (la scelta della forma del procedimento e la fissazione dei termini e delle date di udienza).

È soprattutto questo secondo aspetto che interessa maggiormente al comparatista, in quanto esso è peculiare dell'ordinamento giuridico tedesco e difficilmente riscontrabile in altri sistemi processuali.

Lo scopo dichiarato dal primo comma del § 272 ZPO – di concentrare la risoluzione della controversia in un'unica udienza, punto centrale dell'intero processo – può essere conseguito se e soltanto se il giudice eserciti, con razionalità e attenzione, i suoi **poteri di direzione formale** nella

¹⁸ Il secondo comma del § 278 ZPO, riformato dalla *Zivilprozessreformgesetz* del 2001, prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione preceda la trattazione orale della causa (v. Capitolo terzo, paragrafo 1.3., lettera c.). Poiché la norma riformata si esprime in termini generici, si ritiene pacificamente che per trattazione orale non debba intendersi soltanto il *Haupttermin* ma anche l'udienza di preparazione della causa di cui ai §§ 272, comma 2° e 275 ZPO.

¹⁹ § 273, comma 1°, ZPO: «Das Gericht hat erforderliche vorbereitende Maßnahmen **rechtzeitig** zu veranlassen» (grassetto mio).

seconda delle due accezioni indicate, assumendosi così la piena responsabilità della buona riuscita del rito processuale civile²⁰.

È, infatti, proprio responsabilità del giudice l'adeguata e razionale configurazione del procedimento. Tale conformazione del processo dipende fortemente dalle particolari circostanze del caso concreto, perciò, al riguardo, il legislatore ha concesso al giudice, con riferimento alle misure di *Prozeßleitung*, un'ampia **discrezionalità**, seppure vincolata dagli scopi processuali perseguiti dall'ordinamento giuridico tedesco con il diritto processuale civile, il cui esercizio è pur sempre dovuto (obbligatorio) in presenza dei presupposti previsti dalla legge (*plichtgemäßes Ermessen*)²¹.

2.2.1. La scelta del modo di procedere alla preparazione della causa.

Il primo e più importante momento di esercizio dei poteri (discrezionali) di direzione formale del processo da parte del giudice è invero proprio quello fondamentale della scelta tra l'uno e l'altro modo di procedere alla preparazione della causa, ed è disciplinato dal comma secondo del § 272 ZPO, intitolato infatti "Determinazione della modalità di procedimento" (*Bestimmung der Verfahrensweise*)²².

Conferendo al giudice il potere di decidere come debba essa preparata l'udienza principale di trattazione orale della causa, il legislatore ha posto una regola generale, valida per tutti i procedimenti ordinari di primo grado, di fondamentale importanza per l'intero procedimento, nonché il più rilevante e il più caratterizzante nel sistema giuridico processuale civile tedesco tra i **poteri di direzione formale** del procedimento.

I giudici incaricati di determinare la modalità di preparazione del *Haupttermin* sono il presidente del collegio, nelle cause riservate alla competenza del giudice in composizione collegiale, e il giudice monocratico, nei giudizi regolati dai §§ 348 ss. ZPO²³.

La legge offre al giudice due (e soltanto due) possibili modalità alternative di preparazione della causa, l'una basata prevalentemente sull'oralità (*früher erster Termin*), l'altra consistente nello scambio di atti esclusivamente scritti (*schriftliches Vorverfahren*).

Entrambe le strade sono percorribili, spetta al potere giudiziario scegliere liberamente tra l'una o l'altra tecnica procedimentale per la raccolta e l'organizzazione del materiale decisorio e per la preparazione dell'unica udienza principale di risoluzione della controversia.

Ecco che, allora, è possibile dire che ci si trovi dinanzi a una tipica *Kann-Vorschrift*, una disposizione cioè che permette al magistrato di scegliere tra comportamenti alternativi²⁴ secondo il

²⁰ BENDER – BELZ – WAX, *Das Verfahren nach der Vereinfachungs-Novelle und vor dem Familiengericht. Ein Leit-faden für Praxis*, München, 1977, p. 2.

²¹ I poteri di direzione formale del giudice sono specificatamente dei poteri-doveri: essi devono essere esercitati ogni qual volta la legge lo pretenda in presenza di determinate circostanze. Il potere discrezionale del giudice, in questi casi, sta nella libertà di valutazione dell'alternativa più conveniente per il caso concreto tra quelle offerte dal legislatore nelle disposizioni processuali.

²² Anche l'*Amtsgericht* gode di tale poteri di direzione formale del procedimento in forza del richiamo fatto al § 272 ZPO dal § 495 ZPO.

²³ LEIPOLD, *op. cit.*, p. 488.

suo *pflichtgemäßes Ermessen*. Entrambe le alternative sono possibili e giuridicamente corrette e la scelta si orienta solo in base agli scopi processuali e legislativi perseguiti, mentre la regola normativa non dà alcuna indicazione immediata circa i criteri di elezione²⁵.

Specificamente, lo scopo fondamentale verso cui la direzione formale della preparazione del processo deve volgere è indicato al giudice dal legislatore per mezzo della medesima disciplina processuale della fase preparatoria della causa. Invero, si tratta di quel medesimo obiettivo che guida il magistrato nell'esercizio dei suoi poteri processuali di direzione formale per tutto il corso del procedimento, e non soltanto in una fase iniziale del giudizio, ogni qualvolta sia necessario compiere una valutazione di tipo discrezionale.

Così, la disposizione di cui al primo comma del § 272 ZPO sancisce il principio in base al quale il magistrato, presidente del collegio o giudice monocratico, nel compiere la propria scelta discrezionale, deve sempre tenere a mente l'aspirazione dell'ordinamento processuale di creare un processo civile talmente concentrato da poter essere risolto in un'unica udienza principale già previamente preparata.

Se è certamente vero che il vaglio condotto dal giudice è totalmente discrezionale, proprio perché manifestazione del suo potere di direzione formale del procedimento, d'altro canto tuttavia il dovere (-potere) di preparare la causa per mezzo di uno dei due modi legali è inderogabile e imprescindibile. In questo senso la discrezionalità è "*pflichtgemäß*", cioè conforme ai doveri d'ufficio del giudice.

Ad ogni modo, poiché di discrezionalità si tratta, il giudice (presidente del collegio od organo monocratico) nel condurre la propria scelta tra l'una e l'altra modalità di procedimento è libero da limiti normativi o presupposti vincolanti. Il legislatore, a parte indicare lo scopo di concentrazione e accelerazione del processo che la direzione processuale deve necessariamente perseguire, e offrire un'alternativa tra due sole opzioni possibili, non ha disposto in alcun modo relativamente al come debba essere operata l'elezione tra le due possibilità normativamente fissate né ha imposto alcun criterio predeterminato e rigido in presenza del quale una forma di preparazione della causa debba prevalere sull'altra.

I vantaggi che possono essere apportati dalla discrezionalità del giudice nella direzione processuale sono notevoli, in quanto, in assenza di presupposti o criteri di scelta predeterminati per legge, si riesce ad adattare la forma del procedimento alle esigenze della causa concreta e alle circostanze del caso. Inoltre, l'incremento dei poteri discrezionali del giudice aumenta correlativamente il grado di responsabilità del medesimo, il quale, dunque, si fa *manager* del processo, assumendosi i rischi dell'eventuale insuccesso del procedimento giudiziale.

Astrattamente, entrambi i modi di procedere previsti dalla legge sono in grado di preparare efficacemente il *Haupttermin* e di consentire che la controversia venga risolta in tale unica udienza principale di trattazione. La legge non fissa in assoluto alcun criterio di valutazione o alcun

²⁴ STIECKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Köln, 2002, p. 550: nell'ambito della conduzione del procedimento, la disciplina processuale prevede numerose *Kann-Vorschriften* all'interno di norme che assegnano al giudice la scelta tra comportamenti alternativi.

²⁵ STIECKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens* cit., pp. 553 e 556.

presupposto per la conduzione della scelta²⁶, talché nemmeno dalla lettera della norma trapela in alcun modo quali siano i *pro* e i *contra* dell'uno o dell'altro modo di preparare l'udienza principale né una qualche preferenza del legislatore verso una specifica delle due possibilità previste, lasciando davvero libera la discrezionalità del giudice da qualunque forma di intromissione o condizionamento legislativo²⁷.

È compito della giurisdizione e responsabilità personale e specifica del singolo magistrato determinare – una volta soppesati i vantaggi e gli svantaggi di entrambe le alternative di legge, contestualizzate nella singola fattispecie concreta – quale delle due modalità possibili di preparazione della causa gli consenta, nel caso concreto, di raccogliere al meglio tutto quanto necessario per decidere.

Sulla base di queste premesse, si constata che l'esercizio del potere discrezionale del giudice si dimostra prevalentemente essere un problema di prognosi. Infatti, in assenza di direttive imposte dalla legge, il giudice potrà decidere, ai sensi del § 272, comma 2° ZPO, unicamente sulla base dell'atto di citazione dell'attore, tenendo altresì doverosamente in conto la prevedibile e probabile reazione del convenuto da valutarsi in relazione alle ragioni della domanda e all'identità stessa del soggetto passivo del rapporto processuale²⁸.

Nella pratica giudiziaria dei tribunali tedeschi non si è affermato un chiaro e univoco *favor* per l'una o per l'altra forma di preparazione del processo né si riscontra un chiaro collegamento tra la forma del *Verfahrensvorbereitung* e la durata del processo, tale da potersi dire che la scelta di uno specifico dei due modi di preparazione del processo provochi l'accelerazione e la concentrazione del procedimento²⁹.

Concretamente, la scelta discrezionale del giudice deve essere compiuta alla luce delle risposte che vengono date da parte del medesimo potere giurisdizionale alle seguenti domande: in che modo e con quale forma, nel caso concreto e valutata la situazione reale, la fase preparatoria riesce a realizzare la raccolta completa del materiale decisorio, nonché l'organizzazione efficiente dello stesso in tempi rapidi e in un procedimento concentrato? Quale modalità di preparazione della causa aumenta le *chances* di conclusione anticipata del processo, attraverso la pronuncia di una sentenza che chiude il giudizio ovvero il raggiungimento di un accordo di risoluzione amichevole della controversia, rendendo superflua e inutile la celebrazione del *Haupttermin*?

Le risposte a tali quesiti sono certamente condizionate dalla valutazione complessiva e contestuale di tutte le circostanze del caso concreto, delle peculiarità della singola fattispecie, oltre che dello stato dell'udienza, tutti fattori questi che possono rendere, a seconda della situazione reale, l'una o l'altra modalità di preparazione del processo più idonea alla rapida e completa raccolta di tutti gli elementi di fatto e delle questioni di diritto rilevanti per la decisione.

²⁶ HAHN, *Kooperationsmaxime im Zivilprozeß?*, Köln, 1983, p. 142.

²⁷ HAHN, *ibid.*

²⁸ HAHN, *op. cit.*, p. 143, osserva giustamente l'a. che sarebbe stato molto più sensato porre il momento della decisione del giudice quando una risposta sostanziale all'atto di citazione fosse già stata redatta e presentata dal convenuto al tribunale. Soltanto allora il giudice sarebbe davvero in grado di valutare relativamente bene fino a che punto si presenti controversia, vasta e bisognosa di istruzione probatoria la causa nella sua interezza.

²⁹ STIECKELBROCK, *op. cit.*, p. 557

Ecco che allora, in linea con la volontà del riformatore del 1976, i principi generali, fondamentali per il processo civile, di accelerazione e di concentrazione costituiscono dei veri e propri criteri di scelta nell'esercizio dei poteri discrezionali di direzione formale del processo da parte del giudice.

Specificatamente, il criterio di scelta tra i possibili modi di preparare la causa è, fondamentalmente, un criterio di opportunità, finalisticamente diretto alla concentrazione del processo. La decisione del giudice quale risulta dalla sua valutazione discrezionale giudiziale, deve essere orientata dallo scopo precipuo della norma introdotta con la riforma del 1976, coerentemente alle finalità della novella intera: il modo di procedere prescelto deve essere quello che tutela maggiormente la semplificazione e l'accelerazione del procedimento³⁰.

Non assume alcun rilievo, invece, la volontà espressa dell'attore nell'atto di citazione: egli non può certo influenzare in alcun modo con le proprie domande e le proprie affermazioni la libera scelta discrezionale del giudice, nell'intento di far prevalere il proprio volere. Al più, ciò che l'attore può fare per spingere verso un modo specifico di preparazione della causa, è offrire un quadro quanto più possibile completo dell'oggetto della controversia e fornire tutte le indicazioni e gli indizi utili che rendano presumibile il futuro comportamento del convenuto; per indirizzare la scelta del giudice la parte può fare emergere, con le proprie dichiarazioni, i vantaggi e gli svantaggi dell'una e dell'altra opzione³¹, specificatamente sottolineando i vantaggi che la modalità prediletta dalla parte comporta ed enfatizzando, correlativamente, gli svantaggi che potrebbero derivare dalla modalità viceversa sfavorita.

Ecco che, allora, il conferimento al giudice di una peculiare forma di potere di direzione formale del processo *ex* § 271 ZPO, funge da controstimolo indiretto sulla parte all'adempimento spontaneo del proprio *Prozessförderungspflicht*, in quanto è tutto nell'interesse dell'attore "vuotare il sacco" fin dall'atto iniziale di instaurazione del giudizio e di redigere l'atto di citazione con precisione e con completezza.

Altro criterio generale seguito dal giudice, presidente del collegio o giudice monocratico, nella scelta del modo di preparare la causa, oltre a quello teleologico dato dalle finalità di accelerazione e di concentrazione del processo, è il rispetto e l'attuazione dei principi e delle garanzie costituzionali quali, specificatamente, il diritto dell'attore alla tutela giurisdizionale concreta ed effettiva (art. 20, comma 3° GG) e il diritto del convenuto a essere ascoltato in giudizio (art. 103, comma 1° GG)³². La modalità preparatoria del *Haupttermin* prescelta dal giudice deve essere quella che, tra le altre cose, è in grado di meglio attuare i diritti costituzionali individuali delle parti processuali, dando così effettività e concretezza, nel singolo processo, ai principi processuali affermati nella Carta costituzionale.

Una certa influenza poi nella scelta del modo di preparare la causa in vista del *Haupttermin* si riconosce venga inevitabilmente esercitata dalle preferenze personali circa l'organizzazione del proprio lavoro di ciascun singolo magistrato, dall'esperienza da questo maturata e dalla sua

³⁰ STIECKELBROCK, *op. cit.*, pp. 556-557.

³¹ STIECKELBROCK, *op. cit.*, p. 556.

³² STIECKELBROCK, *ibid.*

personalità, nonché dalla prassi abituale e consolidata del singolo Tribunale di appartenenza³³ e dall'eventualità che il medesimo sia gravato da un eccessivo carico di lavoro³⁴.

a. Il *früher erster Termin*.

Entrando più nello specifico, il *früher erster Termin* – nel quale, consistendo in una vera e propria udienza di trattazione orale, l'oralità è strumento fondamentale di preparazione completa della causa – è scelta solitamente più indicata nei casi in cui, con riferimento all'oggetto della controversia, la parte in fatto si presenti come piuttosto semplice e facilmente ricostruibile, perciò si tratta unicamente di concentrarsi sulla sola parte in diritto. Infatti, data l'immediatezza della comprensione delle circostanze di fatto, prevedibilmente la discussione in diritto può espletarsi ed essere condotta esaurientemente già a partire dalla prima udienza di trattazione orale, per poi completarsi definitivamente nell'udienza principale ovvero, auspicabilmente, nello stadio iniziale preparatorio, mentre l'istruzione probatoria non richiede un grande dispiego di tempo, potendosi esaurirsi rapidamente con l'assunzione di pochi e mirati mezzi di prova.

Eppure, il *früher erster Termin* può anche essere preferito dal giudice per una causa generalmente complessa, in ogni suo aspetto, qualora l'oralità costituisca un valido strumento per l'efficace strutturazione del singolo processo e per l'organizzazione sistematica della controversia e del materiale decisorio in vista del *Haupttermin* oppure quando già nella fase orale si possa procedere all'assunzione di alcune prove dedotte e ammesse.

Nel caso in cui la materia del contendere sia già stata fatta oggetto di discussione nel precedente *Prozesskostenhilfverfahren*³⁵ – durante il quale è stato possibile trovare una soluzione alle questioni più problematiche e dibattute, e dare una risposta a determinati quesiti – l'udienza preparatoria iniziale è preferibile, perché a questo punto del procedimento è necessario solamente chiarire conclusivamente l'oggetto della controversia prima di ritenere la causa matura per la decisione ovvero pronta per essere proseguita nella fase principale.

È altresì consigliabile il *früher erster Termin* allorché l'attore abbia anticipato nell'atto di citazione le eccezioni che molto probabilmente il convenuto eccepirà oppure, dai primi contatti avuti col convenuto, appaia evidente che quest'ultimo non intenda presentare considerevoli difese ovvero sia presumibile che egli voglia riconoscere, parzialmente o per l'intero, la domanda attorea, sicché il giudizio si può concludere subito con la pronuncia di una *Anerkenntnisurteil*. Si tratta di tutte quelle ipotesi cioè nelle quali, sostanzialmente, la condotta del convenuto è prevedibile. Sicché, può rilevare, in questo contesto, anche la considerazione di una possibile contumacia del convenuto che

³³ Il riferimento al “*persönlicher Arbeitsstil*” si rinviene nella stessa proposta di legge della *Vereinfachungsnovelle* (HAHN, *op. cit.*, p. 142). Giustamente critica nei confronti di questo atteggiamento dei magistrati tedeschi è STIECKELBROCK, *op. cit.*, p. 558. Osserva, infatti, l'a. che molti giudici fanno uso esclusivo di uno solo dei due modi di preparare la causa e, quindi la scelta tra il procedimento preparatorio scritto e la prima udienza preparatoria finisce per dipendere esclusivamente dalla prassi del tribunale o dal personale modo di lavorare del giudice, il che è criticabile in quanto anche in sede di valutazione discrezionale, l'operato del giudice deve essere guidato pur sempre da criteri oggettivi e concreti e non dalla sua semplice preferenza soggettiva. Quando la scelta è permeata da soggettivismo non è più discrezionalità, ma arbitrio.

³⁴ LEIPOLD, *op. cit.*, p. 488.

³⁵ Sul *Prozesskostenhilfverfahren* v. Capitolo secondo paragrafo 3., lett. a; FRANZKI, *Das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle)*, in *Deutsche Richterzeitung* 1977, Heft 6, pp. 161 ss., p. 161.

autorizzi il giudice ad accogliere la domanda dell'attore di pronuncia di una *Versäumnisurteil*, chiudendo così il giudizio in una fase molto iniziale.

La prima udienza anticipatoria di trattazione orale della causa è sicuramente la modalità da prediligere quando si delineino serie possibilità di composizione amichevolmente e di conciliazione della lite, così come emerge fin dal principio dal contenuto dell'atto di citazione ovvero perché le probabilità di successo della risoluzione amichevole della controversia sono innalzate dalla categoria professionale di appartenenza delle parti, dalla loro personalità ovvero dalla loro manifesta disponibilità a un accordo transattivo³⁶.

Infine, la forma del *früher erster Termin* è normalmente adottata nei procedimenti di competenza dell'*Amtsgericht* e, più in generale, in quelli nei quali non viga l'obbligo di assistenza tecnica del difensore³⁷, nonché, in generale, nei procedimenti cosiddetti a tutela cautelare provvisoria (*Urkunden, Wechsel- und Scheckprozessen*).

b. Lo *schriftliches Vorverfahren*.

Lo *schriftliches Vorverfahren* consta di uno scambio di atti scritti tra l'attore e il convenuto entro termini prefissati dal giudice. Esso è solitamente scelto quando l'oggetto della controversia, soprattutto nella sua parte in fatto, sia piuttosto vasto e complesso; dunque, quando la fattispecie necessiti di essere approfonditamente indagata e attentamente ricostruita, e molte sono le circostanze e le questioni che debbano essere analizzate punto per punto (si parla a proposito di *Punktsache*).

Molto spesso lo *schriftliches Vorverfahren* è la modalità preparatoria prediletta dal *Landgericht* nel c.d. *Anwaltsprozess*, in particolare quando ci sono molte prove da assumere, compresa la consulenza tecnica d'ufficio.

La scelta a favore dello *schriftliches Vorverfahren* può essere guidata anche da ragioni di opportunità, dagli obiettivi di accelerazione e semplificazione del processo ovvero da esigenze organizzative e di sgravio del tribunale competente della causa, quindi quando gli avvocati abbiano già preparato gli scritti da offrire, quando l'opzione per il *früher erster Termin* comporterebbe una fase preparatoria eccessivamente lunga oppure quando l'oralità imporrebbe la fissazione di una data dell'udienza troppo avanzata nel tempo.

L'elenco appena fornito di situazioni tipiche nelle quali la scelta di un modo di procedere alla preparazione della causa appaia più indicato rispetto all'altro possibile è certamente meramente esemplificativo, poiché le circostanze del caso concreto potrebbe ribaltare totalmente la situazione, rendendo consigliabile l'opzione esattamente opposta rispetto a quella tipicamente individuata come più indicata.

La complessità della materia del contendere, per esempio, se è vero che, di regola, spinge il giudice a preparare la causa attraverso lo *schriftliches Vorverfahren*, in determinate circostanze questa

³⁶ PUKALL, *Der Zivilprozess in der Praxis*, Baden-Baden, 2006, p. 47.

³⁷ Per la redazione di un atto processuale scritto servono infatti competenze ed esperienze professionali, tipicamente fornite dal difensore tecnico, mentre con la trattazione orale, le difficoltà incontrate dalla parte personalmente a fare le proprie domande e a proporre le proprie difese possono essere superate grazie all'intervento del giudice e alle sue indicazioni di supporto; LEIPOLD, *op. cit.*, p. 488.

stessa complessità dell'oggetto della controversia può, all'opposto, rendere più idoneo rispetto allo scambio preparatorio di scritti iniziali, il *früher erster Termin*. Si pensi, specificatamente, al giudice che ritenga di poter compiere un'efficace cernita delle c.d. *Nebensachen* (fatti secondari) proprio attraverso l'oralità, concentrando la trattazione su ciò che è essenziale. La discussione orale, infatti, consente al magistrato d'individuare con maggiore immediatezza i fatti e le questioni davvero rilevanti e quelli che invece possono e/o devono essere tralasciati e stralciati, mentre lo scambio di scritti potrebbe comportare la degenerazione dello *schriftliches Vorverfahren* in un flusso incontrollato e sovrabbondante di atti, repliche e controrepliche³⁸.

Viceversa, quando la materia del contendere è complessivamente semplice, se di regola pare essere più indicata la preparazione della causa attraverso il *früher erster Termin*, in quanto la controversia potrebbe essere conciliata ovvero l'istruzione probatoria potrebbe essere anticipata già in questa fase iniziale del procedimento, d'altro canto, tuttavia, talvolta il giudice finisce per optare comunque per lo *schriftliches Vorverfahren*, qualora sia probabile la chiusura anticipata della causa attraverso la pronuncia di una sentenza contumaciale ovvero di una sentenza di riconoscimento, con un notevole risparmio di tempo e di lavoro sia per il tribunale sia per la parte attrice³⁹.

In chiusura, occorre specificare che la modifica del *Verfahrensweise* della fase preparatoria è possibile per ragioni di economia processuale, quando cioè l'altro alternativo modo di procedere alla preparazione della causa si dimostri essere più opportuno, in quanto comporta una maggiore accelerazione del procedimento e consenta una più rapida e qualitativamente più apprezzabile trattazione della controversia.

Il cambiamento del procedimento preparatorio, da *früher erster Termin* a *schriftliches Vorverfahren* o viceversa, è dunque consigliabile quando si palesi la possibilità che la controversia possa essere meglio preparata con la modalità opposta rispetto a quella prescelta, in quanto evidentemente più idonea a condurre alla risoluzione della controversia in un unico *Haupttermin*⁴⁰.

Esemplificativamente, si può pensare all'ipotesi in cui originariamente il giudice abbia optato per il *früher erster Termin* quale modo per preparare l'udienza principale di trattazione della causa, in quanto la materia del contendere appariva inizialmente di facile soluzione. Ecco che, laddove la controversia dimostri dei risvolti inaspettati, tali da renderla sostanzialmente molto complessa, il giudice deve avere la possibilità di cambiare strada rispetto a quella intrapresa all'apertura della causa.

La soluzione interpretativa che rende possibile e lecito il cambiamento della forma di preparazione della causa da scritto a orale oppure viceversa, è certamente molto ragionevole, considerato che la decisione del presidente del collegio, o del giudice monocratico, è assunta in uno stadio molto iniziale del processo, proprio appena instaurato il giudizio attraverso la presentazione della domanda al giudice da parte dell'attore. Sicché deve essere assicurata al magistrato la possibilità materiale di cambiare opinione una volta che gli si presenti innanzi un quadro molto più ampio e

³⁸ ASSMANN, § 272 cit., p. 611.

³⁹ ASSMANN, *ibid.*

⁴⁰ PUKALL, *ibid.*, p. 47; HARTMANN, *Die ZPO-Vereinfachungsnovelle*, in *Deutsche Rechtspfleger* 1977, Heft 1, pp. 1 ss., p. 3; *contra* BISHOF, *Streitfragen der Vereinfachungsnovelle*, in *NJW* 1977, Heft 42, pp. 1897 ss, p. 1897 e la proposta di legge del governo (RegE, BT-Dr 7/2729, p. 35).

dettagliato dell'intera vicenda e del rapporto giuridico contestato in giudizio, potendo prendere in considerazione tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti per la decisione.

Infine, occorre altresì specificare che molto importante, al fine dell'effettiva realizzazione della concentrazione del giudizio, è certamente il ragionevole allestimento del procedimento preparatorio, quale che sia la forma prescelta, attraverso l'esercizio tempestivo da parte del giudice dei suoi **poteri di direzione materiale** del processo⁴¹, in particolare degli strumenti concessi dal legislatore al potere giudiziario nella fase preparatoria del procedimento di cui ai §§ 139⁴², 273⁴³ e 358a⁴⁴ ZPO.

Anche in questo senso è possibile apprezzare la continua interazione e interdipendenza relazionale tra i poteri di direzione formale e quelli di direzione materiale del processo concessi al giudice nel

⁴¹ ASSMANN, *op. cit.*, 612.

⁴² Invero, il § 139 ZPO, sebbene sia una norma generale valevole in ogni stato e grado del processo, trova la sua principale applicazione nella seconda fase del procedimento di primo grado, *i.e.* quella principale. Durante il *Haupttermin* il potere di direzione materiale più importante e più rilevante è proprio il dovere di indicazione e di chiarificazione di cui al § 139 ZPO. WAGNER, § 139, in KRÜGER – RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, München, 2013, pp. 1033-1034.

⁴³ Il § 273 ZPO è intitolato *Vorbereitung des Termin*, riguarda esclusivamente la fase preparatorie del *Haupttermin* e rientra tra le norme regolatrici della *Prozessförderungspflicht* giudiziale. La norma in esame è stata introdotta dalla *Vereinfachungsnovelle* del 1976, anche se ha alle spalle le modifiche normative apportate dall'*Amtsgerichtsnovelle* del 1909 e la riforma del 1924 (sul tema v. Capitolo primo, par. 3.2.1. e 3.2.2.). Tali ultime novelle hanno infatti convertito la preparazione del materiale decisorio in vista dell'udienza principale di trattazione da semplice potere del giudice in un vero e proprio dovere specifico dell'organo giudiziario. Con la riforma del 1976 la preparazione dell'oggetto della controversia di cui al § 273 ZPO diventa più specificatamente strumento di accelerazione e concentrazione del processo ordinario di primo grado. Ai sensi del primo comma del paragrafo in esame, il giudice deve tempestivamente adottare tutti i provvedimenti necessari per la preparazione della causa con riferimento al suo oggetto. Come le parti hanno il dovere di presentare con completezza e tempismo le proprie domande, le proprie difese, i mezzi di attacco e di difesa e i mezzi di prova, così il giudice ha il dovere di attivarsi e adoperarsi, altrettanto tempestivamente, per la preparazione della causa e del materiale decisorio oggetto della trattazione, stimolando l'interazione e il dialogo tra sé e le parti. Contravviene, invece, alle regole processuali il giudice che si limiti a ricevere gli atti di parte e a prepararsi per l'udienza nella solitudine del suo ufficio, attraverso un puro lavoro *c.d. gerichtsinterne*. Il § 273, comma 1° ZPO assegna dunque al giudice degli importanti poteri di direzione materiale del processo in fase preparatoria al fine di determinare il prima possibile l'oggetto della controversia e, quindi, di concentrare efficientemente ed efficacemente la conduzione della causa. L'esercizio di tale potere è discrezionale, ma dovuto per legge (*pflichtgemäß*), pertanto esso è obbligatorio quanto all'*an*, mentre il suo *quomodo* è rimesso alla libera valutazione discrezionale del giudice di tutte le circostanze del caso concreto. L'unico limite al modo di preparare l'udienza di trattazione è certamente la *Verhandlungsmaxime*: il giudice non può svolgere le proprie funzioni in modo inquisitorio e le sue iniziative sono legittime fintanto che riguardano le domande e i mezzi di prova già indicati dalle parti. Posto che spetta al *pflichtgemäßes Ermessen* del potere giudiziario valutare e scegliere le disposizioni da adottare per preparare la causa (comma 1°), il comma secondo del § 273 ZPO predispone un elenco, esemplificativo e non esaustivo, di provvedimenti possibili che l'organo giudiziario può ritenere ragionevole di disporre per promuovere il procedimento e per coadiuvare le parti nell'organizzazione e nella presentazione dell'oggetto della controversia e del materiale decisorio. PRÜTTING, § 273, in KRÜGER – RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* cit., pp. 1654 ss.; LEIPOLD, § 273, STEIN - JONAS (a cura di), *Kommentar zur Zivilprozessordnung* cit., pp. 493 ss..

⁴⁴ Il § 358a ZPO, prevede e disciplina una *c.d. vorteminliche Beweisaufnahme*, ossia l'assunzione probatoria prima dell'udienza centrale di trattazione orale, durante la fase preparatoria della causa. Specificatamente, la disposizione in esame conferisce al giudice il potere discrezionale di pronunciare, prima della trattazione orale della causa, un'ordinanza sulla prova (*Beweisbeschluss*), con la quale ordinare l'assunzione di alcuni specifici mezzi di prova indicati dalla norma medesima. Chiaramente, il § 358a ZPO è frutto della *Vereinfachungsnovelle* del 1976. La sua *ratio* consiste infatti nell'accelerazione e nella concentrazione del processo civile di primo grado, specificatamente dell'assunzione probatoria. La norma consente di anticipare l'assunzione probatoria di determinati mezzi di prova laddove il giudice abbia riconosciuto sussistere la necessità di provare certi fatti rilevanti per la decisione perché controversi. Da ciò si desume pertanto che, normalmente, prima della pronuncia del *Beweisbeschluss* il giudice abbia preso visione non solo dell'atto di citazione, ma anche della comparsa di risposta. LINDER, § 358a, in PRÜTTING – GEHRLEIN (a cura di), *ZPO Kommentar*, Köln, 2012, p. 1093.

sistema giuridico processuale civile tedesco: solo esercitando correttamente e con pienezza gli uni è possibile esercitare altrettanto correttamente e pienamente gli altri e viceversa. Solo esercitando correttamente e con pienezza entrambe le tipologie di poteri di direzione processuale (formale e materiale), davvero si realizzano la concentrazione e l'accelerazione del procedimento, la semplificazione del rito e, infine, l'efficienza della tutela giurisdizionale ordinaria di primo grado, conseguendo così gli obiettivi legislativi perseguiti dal diritto processuale civile tedesco intero.

2.2.2. La direzione dei tempi del processo.

La direzione dei tempi del processo attraverso la fissazione delle udienze e dei termini alle parti, è uno dei più tipici tra i poteri di direzione formale del processo e coinvolge entrambi gli aspetti della *formelle Prozeßleitung*, sia il funzionamento esteriore della trattazione (*äußerer Gang der Verhandlung*) sia la concentrazione del processo. Essa è posta nelle mani esclusivamente del giudice ed è normalmente caratterizzata da un notevole grado di discrezionalità.

Agli occhi del comparatista italiano, questo specifico aspetto della direzione del procedimento è particolarmente interessante perché alquanto differente rispetto a quanto previsto nel nostro sistema giuridico per il processo civile ordinario di cognizione. Infatti, nei tribunali tedeschi il giudice entra immediatamente in contatto con la causa non appena l'attore redige l'atto di citazione e lo deposita in cancelleria, e proprio sulla base dell'immediata conoscenza del contenuto della domanda il magistrato investito del giudizio può e deve provvedere alla determinazione della scansione temporale del processo: evidentemente, i passaggi iniziali del processo civile tedesco sono esattamente opposti rispetto a quelli che si vedono succedersi nei tribunali italiani, laddove nel processo ordinario italiano l'interlocutore diretto dell'attore è il convenuto. Le due parti entrano in contatto immediatamente, mentre il giudice è coinvolto e comincia ad occuparsi della controversia solo in un secondo momento⁴⁵.

a. *La Teriminsbestimmung.*

La disciplina generale della fissazione della data dell'udienza è contenuta nel § 216 ZPO, mentre altre disposizioni sparse della *Zivilprozessordnung* disciplinano in modo più specifico e circostanziato l'amministrazione dei tempi del giudizio da parte del giudice. La norma di cui al § 216 ZPO in oggetto è sicuramente ispirata dai principi di concentrazione e di accelerazione del processo, e quindi attiene alla seconda delle due tipologie di poteri di direzione formale del processo. Ne segue che il giudice, quando provvede alla fissazione della data di udienza per la discussione orale della causa, valutando e calcolando complessivamente i tempi prevedibili del processo, abbia il vero e proprio dovere di rispettare detti principi.

La fissazione della data dell'udienza di discussione orale (sia essa di *Haupttermin*, di *früher mündlicher Verhandlung* o di *Güteverhandlung*⁴⁶) costituisce una delle più importanti azioni del

⁴⁵ PIEKENBROCK, *Der italienische Zivilprozeß* cit., pp. 117 ss. Altra differenza rispetto al sistema giuridico processuale italiano, è la circostanza che la notificazione dell'atto di citazione al convenuto in Germania avviene d'ufficio, per tramite della cancelleria del Tribunale ove è stata depositata la domanda dell'attore.

⁴⁶ *Güteverhandlung* è il tentativo di composizione amichevole della controversia (eventualmente con le forme e le tecniche della mediazione) che obbligatoriamente deve essere compiuto in un'apposita udienza dal giudice alla presenza dei difensori tecnici e, se possibile e opportuno, delle parti personalmente prima della udienza di trattazione orale della causa, sia essa di *früher erster Termin* sia essa di *Haupttermin*. V. Capitolo terzo, paragrafo 1.3., lettera c.

giudice per la conduzione e lo sviluppo del procedimento, in quanto l'esercizio di tale potere del giudice di direzione formale del processo è in grado fondamentalmente di contemperare l'efficienza del processo civile e la sua accelerazione con la giustizia dell'accertamento giudiziario⁴⁷.

L'importanza della fissazione della data di udienza per la discussione orale della causa va ben oltre alla mera rilevanza di diritto processuale con riferimento all'efficiente regolazione del corso del procedimento; tale attività giudiziale riveste altresì rilievo costituzionale. Infatti, l'udienza di discussione orale della controversia è sicuramente determinante per la realizzazione della garanzia alla tutela giurisdizionale (*Justizgewaerungsspruch*) nel singolo processo civile di cui all'art. 20, comma 3° GG⁴⁸; inoltre, la corretta gestione dei tempi del procedimento e delle diverse fasi processuali attua il diritto all'ascolto in giudizio di cui all'art. 103, comma 1° GG. Conseguentemente, è indubbio che il corretto esercizio del potere di direzione formale del processo attraverso la fissazione della/e udienza/e di trattazione e discussione della causa da parte del giudice sia un dovere costituzionalmente imposto.

L'unica indicazione normativa che il giudice deve rispettare nell'esercizio della propria prerogativa di direzione formale dei tempi del processo è quella, espressa in termini piuttosto generici e sostanzialmente indefiniti, di cui al comma 2° del § 216 ZPO in commento: egli deve provvedere alla fissazione della data di udienza senza indugio⁴⁹. Con ciò si intende dire che tale provvedimento del giudice deve essere da lui disposto senza un ritardo che possa dirsi colpevole o negligente, in quanto si tratta di un obbligo dell'organo giudiziario, esplicazione e derivazione del suo ruolo di pubblico potere.

Nella *Terminbestimmung* di cui al § 216 ZPO, il giudice – cioè il presidente della corte in composizione collegiale, il giudice monocratico ovvero l'*Amtsgericht* – gode di un ampio potere **discrezionale**, c.d. vincolato (*gebundenes Gestaltungsersessen*), da esercitare tenuto conto delle diverse circostanze del caso concreto e, soprattutto, delle disposizioni contenute in altre norme della *Zivilprozessordnung*, quali i §§ 272, 275, 276.

Dunque, anzitutto, il criterio fondamentale di esercizio del potere discrezionale del giudice è un criterio di opportunità, sicché, nella fissazione della data di udienza, l'organo giudiziario deve tenere in considerazione molteplici variabili in grado di incidere sulla rapidità e sull'efficienza dell'intero processo.

Rilevano, allora, la complessità della materia del contendere, la presenza o meno di un difensore tecnico nelle cause ove non viga l'obbligo dell'assistenza professionale della parte, la previsione delle attività giudiziali che la causa richiede, la maggiore o minore complessità prognosticata per la fase d'istruzione probatoria. Certamente, nella pratica giudiziaria quotidiana del singolo tribunale, finisce per ricoprire un notevole peso per la scelta della data di udienza l'organizzazione della mole di lavoro del tribunale medesimo o del singolo collegio.

⁴⁷ GEHRLEIN, § 216, in KRÜGER – RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar*, Band 1, München 2013, pp. 1261 ss., p.1262; ROTH, § 216, in STEIN – JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, Tübingen, 2005, pp. 680 ss., p. 681.

⁴⁸ GEHRLEIN, *ibid*; ROTH, *ibid*.

⁴⁹ La stessa locuzione verbale viene utilizzata con riferimento alla notificazione al convenuto dell'atto di citazione, unitamente all'intimazione alla nomina di un difensore tecnico e all'invito a comparire all'udienza fissata con la *Terminsbestimmung*, ex § 271, comma 1° ZPO.

In secondo luogo, l'altro criterio fondamentale per l'esercizio del potere di direzione formale del procedimento attraverso la fissazione delle date di udienza, è il corretto coordinamento tra l'applicazione del § 216 ZPO con le altre disposizioni di legge che regolano le fasi del processo ordinario di cognizione di primo grado. Infatti, il legislatore, imponendo normativamente al potere giudiziario alcuni limiti e alcune regole per la direzione formale della fase preparatoria e di quella principale del giudizio, condiziona, più o meno indirettamente, l'esercizio della scelta discrezionale del giudice sottesa nell'istituto processuale della *Terminbestimmung*.

Così, la legge vuole che il giudice fissi l'udienza di trattazione orale della causa **il prima possibile** (§ 272, comma 3°). Coordinando quest'ultima norma con il disposto di cui al § 216, comma 2° ZPO e contemperando tale assunto normativo con il diritto costituzionale alla difesa, necessariamente la *Terminbestimmung* deve certamente attuare i principi di velocità e concentrazione del procedimento, tenendo conto della durata prevedibile della trattazione e della preparazione della causa; tuttavia essa deve altresì prestare particolare attenzione ai tempi necessari per la costituzione in giudizio delle parti e per la notificazione dell'atto di citazione al convenuto, al fine di dare la possibilità effettiva a quest'ultimo di venire a conoscenza del giudizio e di difendersi, se lo vuole.

Sempre in ragione del diritto costituzionale alla difesa, ai sensi del comma 3° del § 274 ZPO, tra la data dell'avvenuta notifica al convenuto dell'atto di citazione e dell'invito a comparire e la data fissata per l'udienza di trattazione orale della causa devono trascorrere obbligatoriamente due settimane, per consentire al convenuto di scegliere un difensore tecnico e conferirgli la procura alle liti. È evidente che anche tale disposizione normativa influisca sul calcolo dei tempi del giudizio e, quindi, sulla fissazione dell'udienza di discussione orale.

Qualora, poi, il giudice opti per la modalità orale di preparazione della causa (*früher erster Termin*) e, contemporaneamente, intenda disporre la redazione di una comparsa di risposta da parte del convenuto e la predisposizione delle conseguenti repliche da parte dell'attore (§ 275, commi 1° e 4° ZPO), ecco che, nella fissazione della data d'udienza, si dovrà inevitabilmente tenere in conto, tra le altre cose, anche del tempo necessario per la preparazione delle difese e la loro esposizione in forma scritta da parte tanto del convenuto quanto dell'attore.

Se nell'esercizio dei propri poteri di direzione materiale del procedimento, il giudice fissa il termine di cui al § 273, comma 2°, n. 1 ZPO – entro il quale la parte deve, a pena di preclusione, presentare i propri chiarimenti sullo specifico punto dell'oggetto della controversia individuato e indicato alla parte medesima ad opera del giudice⁵⁰ – ovvero di cui al n. 3 della stessa norma codicistica⁵¹ e di

⁵⁰ La disposizione di cui al § 273, comma 2°, n. 1, seconda parte ZPO prevede, quale possibile modalità di preparazione dell'udienza di trattazione orale della causa, la fissazione da parte del giudice di un termine per la delucidazione e la specificazione di uno specifico punto della controversia, ben individuato e indicato dal medesimo magistrato e bisognoso di essere chiarito e integrato (*eine Frist zur Erklärung über bestimmte klärungsbedürftige Punkte*). I dubbi che possono giustificare l'utilizzo da parte del giudice di tale strumento di preparazione materiale della causa debbono necessariamente riguardare un punto di fatto, e non uno di diritto, eventualmente rilevando anche l'integrazione dei mezzi di prova indicati dalla parte. La previsione normativa che venga fissato un termine entro il quale provvedere alla specificazione delle affermazioni e delle deduzioni della parte del giudizio è volta a soddisfare esigenze di accelerazione del processo, sicché la sua violazione comporta l'operare della preclusione di cui al § 296, comma 1° ZPO

⁵¹ Il giudice ordina la comparizione personale della parte ai sensi dei §§ 273, comma 2°, n. 3 e 141 ZPO al fine di chiarire l'oggetto della controversia e preparare così, dal punto di vista sostanziale, l'udienza principale di istruzione orale della causa. La comparizione personale della parte e il contatto diretto di questa con il giudice rispettano l'immediatezza della trattazione preliminare e preparatoria della causa. In presenza di eventuali incertezze sul contenuto

cui al § 278, comma 3° ZPO⁵² – in entrambi i casi per la comparizione personale delle parti – ecco che allora la *Terminbestimmung* deve necessariamente coordinarsi a tali disposizioni giudiziali di direzione processuale.

In ogni caso, ovviamente, il giudice, quando fissa un'udienza in un determinato giorno, coordina la propria decisione con le norme sul periodo feriale, di cui ai §§ 199 ss. GVG, e con la regola generale di cui all'ultimo comma del § 216 ZPO, in forza della quale nei giorni festivi e il sabato si tiene udienza solo nei casi eccezionali di emergenza.

b. *La Terminsänderung.*

Come la fissazione delle udienze di dibattimento orale della causa è riposta nelle mani del giudice (§ 216 ZPO), così la modifica della data di udienza in tal modo fissata è sottratta totalmente alla disponibilità delle parti per essere ricompresa all'interno dei poteri di direzione formale del giudice (§ 227 ZPO). Infatti, entrambe le norme condividono la finalità di realizzare l'accelerazione e la concentrazione del processo.

Ai sensi del comma 1° del § 227 ZPO, la cancellazione o lo spostamento dell'udienza già fissata ai sensi del § 216 ZPO, così come il rinvio della trattazione già avviata della causa possono essere disposti dal giudice, d'ufficio o su istanza di parte, soltanto in presenza di fondati motivi.

L'espressione generale *Terminsänderung*, sotto cui è intitolato il paragrafo in commento, ricomprende in sé ben tre situazioni processuali⁵³: l'*Aufhebung*, che consiste nella soppressione di un'udienza previamente fissata prima ancora del suo inizio, senza che però vi sia la contestuale fissazione di quella nuova; la *Verlegung*, che è la soppressione di un'udienza previamente fissata prima ancora del suo inizio, cui si accompagna la contestuale fissazione di quella nuova, anticipatamente oppure posticipatamente; la *Vertagung*, infine, che viene disposta nel corso di un'udienza già avviata e comporta la fissazione di una nuova data di udienza per la prosecuzione della trattazione della causa, qualora quest'ultima non possa essere conclusa quel medesimo giorno in cui si tiene l'udienza in corso⁵⁴.

Il concetto giuridico di fondate ragioni che legittima la *Terminsänderung* è volutamente generico e non è accompagnato da criteri guida, prescelti e predeterminati dal legislatore, che lo definiscano o lo identifichino in qualche modo, proprio allo scopo di lasciare alla discrezionalità del giudice lo spazio necessario e sufficiente per considerare tutte le circostanze del caso concreto.

In generale, si può dire che, perché si possa parlare davvero di fondati motivi, debbono venire in considerazione circostanze di natura seria e di particolare peso che, secondo la valutazione

della domanda ovvero di dubbi quanto l'estensione dell'oggetto della medesima, la comparizione personale della parte e il dialogo diretto con il giudice consentono il risanamento delle contraddizioni e delle lacune e la circoscrizione del diametro della materia del contendere.

⁵² Il § 278, comma 3° ZPO richiama esplicitamente il § 141 ZPO e impone al giudice di ordinare la comparizione personale delle parti, allo scopo di raggiungere un accordo tra le parti e comporre in via amichevole la controversia (*Für die Güteverhandlung sowie für weitere Güteversuche soll das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden. § 141 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und 3 gilt entsprechend*).

⁵³ GEHRLEIN, § 227 cit., p. 1283; ROTH, § 227, in STEIN/JONAS *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, Tübingen, 2005, pp. 721 ss., p. 722.

⁵⁴ Tale ultima ipotesi deve essere tenuta distinta dall'istituto dell'interruzione.

discrezionale del giudice, giustificano fondatamente e razionalmente la *Terminsänderung*⁵⁵. Della sussistenza di tali fondate ragioni deve essere data la prova sommaria, come si evince dal comma 3° del paragrafo in commento, il quale, infatti, dispone che su richiesta del presidente del collegio ovvero, qualora si tratti di rinvio della trattazione, su richiesta del tribunale, la presenza dei fondati motivi debba essere resa credibile.

Il fatto che il § 227 ZPO disciplini e, in particolare, disegni il perimetro entro il quale il giudice possa disporre il cambiamento della data dell'udienza, è giustificato dalla necessità di rispondere a diverse e spesso contrapposte esigenze di tutela dei diritti e degli interessi che vengono contestualmente in considerazione.

Specificatamente, il corso del procedimento nella sua tempistica deve essere diretto in modo tale da garantire i contrapposti diritti costituzionali all'ascolto in giudizio *ex art.* 103, comma 1° GG da una lato, alla tutela giurisdizionale effettiva e alla durata ragionevole del processo dall'altro lato.

Ne segue che, proprio per conciliare tali contrapposte esigenze, la modifica della data di udienza rispetto a quella precedentemente fissata, poiché può determinare la dilazione dei tempi del giudizio, deve costituire l'eccezione nella pratica comune della direzione formale processuale da parte del giudice, circoscritta a pochi casi limitati entro un perimetro predefinito, che costituisce la dimensione sostenibile e non nociva per l'efficienza del processo⁵⁶.

Ancora una volta, una norma codicistica dedicata alla direzione formale del processo si avvale dei poteri discrezionali del giudice per strutturare il procedimento, equilibrando tuttavia la libertà e il potere soggettivo del singolo magistrato per mezzo di limiti normativi che vincolano il giudice, nel senso che tracciano il perimetro entro il quale egli può muoversi e compiere le proprie scelte. Così, si vuole da un lato rendere la disciplina processuale civile flessibile alle esigenze del caso concreto e impedire che la rigidità della legge in tema di tempi del processo finisca per ledere i diritti individuali, anche costituzionali, delle parti; dall'altro lato, l'imposizione di limiti legali alla discrezionalità giudiziale impedisce che si verifichino ingiustizie e si crei incertezza del diritto e imprevedibilità del procedimento⁵⁷.

Ecco che allora la discrezionalità del giudice nella *Terminsänderung*, è pur sempre di tipo vincolato e incontra due ordini di limiti, l'uno immanente nel sistema giuridico costituzionale e l'altro desumibile dal dettato normativo del medesimo § 227 ZPO in commento.

Iniziando da quest'ultimo, con la *Vereinfachungsnovelle* del 1976 viene posta maggiore enfasi sul carattere eccezionale della modifica della data di udienza, in risposta all'atteggiamento, alquanto

⁵⁵ ROTH, § 227 cit., p. 733. In caso di richiesta esplicita di parte, il giudice rimane comunque libero di disporre o meno la modifica dell'udienza o il rinvio della trattazione già avviata. Infatti, la decisione giudiziale è totalmente riposta nella esclusiva discrezionalità vincolata del giudice, mentre la domanda di parte non è un criterio di decisione e non influisce sulla determinazione del giudice.

⁵⁶ GEHRLEIN, § 227, in KRÜGER – RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, München, 2013, pp. 1280 ss., p. 1282.

⁵⁷ GEHRLEIN, *ibid.* L'istituto in esame è così disciplinato, senza fissare rigidi prerequisiti formali, perché sia i ritardi sia l'eccessiva fretta possono essere dannosi per la giustizia. Anche la negazione di un rinvio, quando invero la trattazione e l'istruzione della causa richiedano un maggiore approfondimento ovvero la preparazione della causa necessiti di ulteriori completamenti, può essere fonte di conseguenze negative per un processo che aspiri all'efficienza. Occorre avere riguardo agli interessi dei partecipanti al giudizio ai fini della giusta conduzione del processo (*fairer Prozessführung*).

diffuso fino a quel momento nelle aule di tribunale, di accordare alle parti con eccessiva leggerezza e accondiscendenza il rinvio dell'udienza, anche in assenza di reali esigenze di necessità o di bisogno. Il riformatore del 1976, evidentemente, dimostra dichiaratamente la volontà di valorizzare quanto più possibile e in modo costituzionalmente conforme, in sede di disciplina dei poteri di direzione dei tempi del processo, il principio di concentrazione.

Per fare ciò, viene prescelta dal legislatore della riforma una tecnica normativa di delimitazione della discrezionalità del giudice assai particolare e originale, ossia la formulazione di un elenco di ipotesi che, di per sé stesse, non possono costituire fondato motivo. Si tratta dunque di un catalogo in negativo (*Negativkatalog*) di specifiche circostanze di fatto escluse dalla categoria dei "fondati motivi".

Si tratta, ad ogni modo, di un elenco esemplificativo e non esaustivo⁵⁸, affinché possano essere ben ponderate le opposte esigenze di impedire l'uso distorto della *Terminsänderung* per esigenze del tutto estranee alla tutela del contraddittorio e di dirigere razionalmente ed efficacemente il processo, allorquando, alla luce delle circostanze del caso concreto, una modifica dei tempi processuali previamente fissati appaia necessaria, aumentando così, correlativamente ai poteri, le responsabilità manageriali del giudice che compie determinate scelte.

Occorre altresì specificare che se è vero che le circostanze ricomprese nel *Negativkatalog* di cui al § 227 ZPO da sé sole non possono costituire la ragione rilevante che legittima la *Terminsänderung*, d'altro canto tuttavia dette circostanze possono convertirsi in fondato motivo in determinate ipotesi, al concorrere di ulteriori fattori o elementi che, nel caso concreto, si sommano e rendono il motivo, in origine non rilevante, successivamente importante⁵⁹.

Le tre ipotesi previste dalla legge che non possono ritenersi fondato motivo sono: l'assenza ingiustificata e colpevole della parte, ovvero il preavviso che la medesima dia di non avere affatto intenzione di comparire e partecipare all'udienza (n. 1); l'ingiustificata e colpevole impreparazione della parte (*rectius* del suo avvocato) sull'oggetto del giudizio in ogni suo aspetto (n. 2); l'accordo tra le parti in sé e per sé considerato (n. 3).

Il giustificato motivo che, ai sensi del § 227, comma 1°, nn. 1 e 2 ZPO, fa salva la possibilità del giudice di disporre la *Terminsänderung* consiste in qualsiasi impedimento che, secondo il convincimento del giudice, non possa essere evitato, sempre che la parte abbia attentamente e solertemente adempiuto ai propri doveri di *Prozessförderung*⁶⁰.

D'altro canto, tuttavia, anche la condotta del giudice è rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina in esame. Costituisce, infatti, giustificato motivo della mancata comparizione della parte ovvero dell'impreparazione della stessa sull'oggetto della causa l'inadempimento da parte del giudice dei propri doveri di *Prozessführung* formale e materiale, quali: la violazione delle regole processuali in tema di citazione e di notificazione degli atti; il mancato rispetto dei termini minimi fissati dalla legge; l'omessa applicazione dei §§ 139 e 273 ZPO.

⁵⁸ GEHRLEIN, *op. cit.*, p. 1285; ROTH, *op. cit.*, p. 726.

⁵⁹ GEHRLEIN, *op. cit.*, p. 1284; ROTH, *ibid.*

⁶⁰ GEHRLEIN, *ibid.*

La preparazione incompleta e insufficiente della parte sull'oggetto della causa, di cui al numero due del *Negativkatalog* può riguardare tanto le circostanze di fatto quanto le questioni di diritto. Di regola si esclude la concessione della *Terminsänderung* se la parte ha dolosamente o colposamente affidato il mandato al difensore con notevole ritardo e quest'ultimo non abbia avuto modo di prepararsi con completezza. Non è neppure sufficiente per poter ottenere la modifica della data di udienza ovvero il rinvio della trattazione e istruzione della causa affermare che servano ulteriori prove da reperire o rintracciare.

Si è detto che a limitare la discrezionalità del giudice nella decisione di disporre la *Terminsänderung* non è soltanto la legge ordinaria, che indica quando la modifica della data di udienza e il rinvio della trattazione non possono essere disposti, ma anche una valutazione di natura costituzionale che, viceversa, impone al giudice di accordare una *Terminsänderung* a garanzia e a tutela dei diritti individuali processuali previsti dal *Grundgesetz*.

Infatti, sulla valutazione del giudice deve necessariamente pesare, più di qualunque altra circostanza o di qualsiasi fattore, l'esigenza di rispettare e dare attuazione al diritto costituzionale individuale della parte del giudizio all'ascolto, nonché al principio costituzionale di eguaglianza delle parti nel processo (*Waffengleichheit*)⁶¹.

Così, la disposizione di modifica dell'udienza già fissata o di rinvio della discussione già avviata deve senz'altro essere emanata dal giudice ogni qualvolta essa serva a garantire la tutela del diritto costituzionale ad essere ascoltati dal giudice e l'attuazione piena del contraddittorio, in condizioni di parità, in senso lato. Quando, infatti, la concessione di un lasso temporale più ampio per apprestare le proprie difese ad opera delle parti è condizione necessaria alla garanzia dell'art. 103, comma 1° GG, il potere di direzione formale del giudice *ex* § 227 ZPO si converte in un vero e proprio **dovere giuridico** processuale, anche laddove il giudice ritenga la fattispecie matura per la decisione e la risoluzione della controversia finisca per essere davvero ritardata.

A costo di sacrificare il principio di concentrazione e di accelerazione del giudizio, la *Terminsänderung* deve essere accordata e disposta dal giudice laddove ciò sia necessario per parificare le posizioni processuali di entrambe le parti, ovvero ciò consenta di evitare la pronuncia di una sentenza a sorpresa e comunque renda agevole alla parte, sia essa attore o convenuto, l'esercizio pieno del diritto al *rechtliches Gehörs*, attraverso la preparazione nel tempo necessario e sufficiente di tutte le argomentazioni di supporto alla propria domanda o alle proprie difese⁶². Non vi è, infatti, alcun dubbio che tra diritto al contraddittorio e principio di concentrazione, debba necessariamente prevalere il primo⁶³.

Ne segue che debba ritenersi necessariamente illegittima la decisione del giudice di rigettare una richiesta motivata di *Terminsänderung*, laddove tale determinazione giudiziale sia giustificata esclusivamente dall'eccessivo carico di lavoro di cui è investito l'ufficio del tribunale competente a

⁶¹ V. supra Capitolo secondo, paragrafo 2.5.

⁶² ROTH, *op. cit.*, p. 722: la *Terminsänderung* è sorretta da fondati motivi se, in assenza della modifica della data di udienza, la parte verrebbe colta di sorpresa dalla valutazione del fatto o delle questioni di diritto oggetto della causa compiuta dal giudice ovvero dal cambiamento della posizione giuridica emergente dagli atti di controparte con riferimento ai quale essa non ha ancora avuto modo di relazionarsi.

⁶³ GEHRLEIN, *op. cit.*, p. 1283.

decidere la controversia e dall'eccessivo numero di cause iscritte al ruolo del singolo giudice decidente.

D'altro canto, tuttavia, la parte, a sua volta, non può pretendere l'applicazione del § 277 ZPO in attuazione del proprio diritto costituzionale al *rechtliches Gehörs*, se non abbia prima ottemperato con solerzia ai doveri di rafforzamento del processo che la legge processuale le impone. Più in generale, le parti non possono pretendere il rinvio della trattazione ovvero lo spostamento dell'udienza in un momento successivo se non hanno rispettato il proprio dovere di collaborazione nella conduzione del processo.

Tutto ciò detto e considerato, possono ritenersi concretamente motivi rilevanti ai fini della *Terminsänderung* di cui al comma 1° del § 277 ZPO, quelli che vengono tratti, direttamente o indirettamente, dalla legge⁶⁴. Si tratta, in particolare, di situazioni che tipicamente possono riguardare la parte personalmente, il difensore tecnico, lo stesso giudice, eventualmente un testimone o il consulente tecnico d'ufficio.

Giustifica allora, esemplificativamente, la *Terminsänderung* l'impedimento di una parte alla comparizione personale in udienza, ogni qualvolta tale comparizione sia necessaria perché la parte non è rappresentata da un difensore tecnico e si difende da sé sola o, quand'anche è rappresentata da un difensore, essa ha comunque un particolare interesse a partecipare all'udienza o a soltanto una fase di essa, come quella d'istruzione probatoria⁶⁵. Altrettanto giustificato è il provvedimento del giudice di modifica della data di udienza, allorché l'avvocato abbia dismesso l'incarico e, conseguentemente, la parte necessiti di un lasso temporale sufficiente per scegliere un nuovo difensore tecnico e per provvedere alla successiva sua nomina⁶⁶.

Tra i motivi rilevanti *ex* § 277, comma 1° ZPO che riguardano l'avvocato, vi è, in determinate circostanze, la *Terminskollision*, con ciò intendendo la situazione, tutt'altro che eccezionale nella pratica giudiziale, in cui si trovi il difensore tecnico a cui siano state fissate più udienze contemporanee o strettamente ravvicinate presso tribunali diversi per cause differenti⁶⁷.

Altro caso in cui è certamente legittima, se non necessaria, la *Terminsänderung* è quello dell'avvocato appena nominato dalla parte, che abbia bisogno di un ulteriore lasso temporale, sufficiente per potersi preparare sul processo e su tutto quanto riguardi la causa, sempre che la parte abbia deciso di dismettere il precedente difensore tecnico e di nominarne uno nuovo per esigenze proprie reali e non mossa dall'unica intenzione di dilatare dolosamente i tempi del processo, abusando dei propri diritti processuali⁶⁸.

Rilevano altresì al fine dell'applicazione del § 227, comma 1° ZPO anche l'incolpevole impossibilità materiale del difensore tecnico di parte di giungere all'udienza completamente preparato, allorquando sia stata presentata una memoria voluminosa o una relazione di consulenza tecnica d'ufficio particolarmente lunga e complessa, che necessiti un lavoro di studio e di predisposizione delle difese e delle repliche approfondito e altrettanto complesso.

⁶⁴ GEHRLEIN, *op. cit.*, p. 1284.

⁶⁵ ROTH, *op. cit.*, p. 723.

⁶⁶ ROTH, *op. cit.*, p. 724.

⁶⁷ ROTH, *ibid.*

⁶⁸ ROTH, *op. cit.*, p. 725.

Il giudice, quando si avvede di non aver completato l'accurata preparazione della causa in qualche suo punto, talché essa non possa essere trattata e decisa in un unico *Haupttermin*, dispone una *Terminsänderung*. Analogamente, egli modifica la data fissata per l'udienza di istruzione della causa allorché vengano conseguite nuove conoscenze in fatto o in diritto che rendano necessaria l'assunzione di nuovi mezzi di prova o la rielaborazione delle proprie difese e la riformulazione delle proprie argomentazioni⁶⁹.

In generale, quando le parti intraprendono un serio tentativo di conciliazione (*Vergleichgespräch*), anche stragiudiziale, con una reale possibilità di successo ed è prevedibile che la durata della *Vergleichsverhandlung* sia tale da richiedere più tempo rispetto a quello a disposizione in considerazione della data d'udienza già fissata, opportunamente il giudice provvede ai sensi del § 227, comma 1° ZPO per favorire la conclusione della controversia attraverso la sua composizione amichevole.

2.3. La fase preparatoria.

2.3.1. Il früher erster Termin.

Il *früher erster Termin* non è una pura e semplice udienza preparatoria, ma consiste in una vera e propria udienza di trattazione orale, che può chiudersi con la pronuncia di una sentenza che conclude il giudizio – sia essa una sentenza contumaciale ovvero una sentenza di merito (*Endurteil*), nell'ipotesi in cui la causa sia matura per la decisione già in questa fase anticipata del processo⁷⁰ – ovvero con un accordo conciliativo raggiunto nel corso della trattazione (§ 278, comma 1° ZPO) o prima del *früher erster Termin* medesimo (§ 278, comma 1° ZPO).

In quanto udienza di trattazione orale, vigono le regole generali di cui al Libro primo, parte terza, titolo primo della *Zivilprozessordnung* e in particolare i §§ 128, 136, 137 e 141 ZPO⁷¹, mentre il § 275 ZPO, proprio intitolato "**Früher erster Termin**", non regola esplicitamente e con specificità il corso della medesima udienza, circostanza questa che si comprende solo sulla base della finalità più tipica, quella preparatoria, della prima udienza anticipata: il legislatore ha voluto lasciare libero il giudice di condurre la trattazione preparatoria della causa, nei limiti e secondo le disposizioni generali della ZPO, al fine di adeguare la preparazione della causa alle circostanze del caso concreto e alle esigenze specifiche dell'oggetto della controversia, affinché il giudizio possa davvero concludersi in un unico *Haupttermin*.

La *Zivilprozessordnung* non "imbriglia" il giudice con limiti normativi e termini legali, preferisce piuttosto conferirgli tutti i poteri necessari per la corretta direzione processuale, soprattutto formale, del procedimento, col fine ultimo di garantire la velocizzazione e la concentrazione del procedimento⁷².

Proprio per conseguire tale scopo tipico della struttura bifasica del processo civile tedesco, *i.e.* la velocizzazione e la concentrazione del procedimento, al *früher erster Termin* vengono attribuite due funzioni tipiche.

⁶⁹ ROTH, *ibid.*

⁷⁰ PRÜTTING, § 275, in KRÜGER – RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar* cit., pp. 1665 ss., p. 1668.

⁷¹ Sui menzionati paragrafi della *Zivilprozessordnung* v. più diffusamente *supra*, Capitolo terzo paragrafo 2.1.

⁷² ASSMANN, § 275, in WIECZOREK – SCHÜTZE, *Zivilprozessordnung* cit., pp. 637 ss., pp. 639-640.

La prima e più importante funzione è quella preparatoria (*Vorbereitungsfunktion*)⁷³, la quale consente l'individuazione e l'organizzazione del materiale processuale rilevante per la decisione della causa, da un lato attraverso la ricostruzione e la discussione ordinata dell'oggetto della controversia, con eventuale assunzione anticipata dei mezzi di prova, dall'altro lato attraverso l'eliminazione dei fatti non controversi dall'oggetto della trattazione e dell'istruzione probatoria e, più in generale, la delimitazione del materiale decisorio circoscritto ai punti della controversia davvero rilevanti⁷⁴.

La seconda funzione, altrettanto importante, ma di più rara realizzazione pratica, è quella di anticipata risoluzione della causa, attraverso la pronuncia di una sentenza che conclude il giudizio (*Endurteil*, quando la causa è già matura per la decisione; *Versäumnisurteil*, se il convenuto non si difende; *Anerkennungsurteil* se viene riconosciuta la domanda dalla parte a cui essa è rivolta) ovvero attraverso il raggiungimento di un accordo tra le parti che risolva amichevolmente la controversia⁷⁵. Questa seconda funzione del *früher erster Termin* è detta *Filterfunktion* perché il suo corretto esercizio permette di escludere, appunto filtrare, un certo numero di cause dalla seconda fase processuale nel *Haupttermin*, fermandole a uno stadio processuale antecedente e iniziale.

In questo contesto, i **poteri** del giudice **di direzione formale** del procedimento preparatorio sono particolarmente importanti e piuttosto ampi. Specificatamente, l'organo giudiziario ha sia il potere di scegliere tra le due alternative offerte dalla legge circa il modo in cui far procedere la prima udienza anticipata, disponendo che il convenuto depositi la comparsa di risposta ovvero una memoria scritta redatta dal suo difensore tecnico, sia il potere di regolare il corso del processo e i suoi tempi attraverso la fissazione dei termini per la presentazione della comparsa di risposta e di un'eventuale replica scritta, ai sensi dei commi 1°, 3° e 4° del paragrafo in commento⁷⁶.

In entrambi i casi di esercizio dei propri poteri di direzione formale del processo, il giudice gode di una notevole discrezionalità. Si parla a proposito *pflichtgemäßes Ermessen* (discrezionalità conforme ai propri doveri) che il legislatore ha riposto nelle mani del potere giudiziario senza contemporaneamente fornire indicazioni o fissare criteri legali per il loro esercizio, se non dichiarandone la loro doverosità e la loro necessaria conformità alla legge.

⁷³ LANGE, *Der frühe erste Termin als Vorbereitungstermin*, in *NJW* 1986, Heft 28, pp. 1728 ss., p. 1729.

⁷⁴ ASSMANN, *ibid.*

⁷⁵ Il § 278, comma 1° *ZPO* impone al giudice di tenere in conto la possibilità di tentare la composizione amichevole della controversia in ogni stato del procedimento, pertanto senza dubbio anche nella fase preparatoria in forma di udienza di trattazione orale della causa. In questo caso, opportunamente, il giudice invita le parti a comparire personalmente per cercare di trovare una soluzione amichevole alla lite, ai sensi del § 273, comma 2°, n. 3 *ZPO*.

⁷⁶ Ai sensi del comma 3° del § 275, il giudice, nel corso del *früher erster Termin*, fissa un termine per la comparsa di risposta scritta, quando il convenuto non ha ancora replicato, o non a sufficienza, all'atto di citazione e non era stato ancora imposto al convenuto medesimo un termine ai sensi del primo comma, primo periodo del paragrafo in oggetto. Ai sensi del comma 4° del § 275, il giudice, durante l'udienza preparatoria o dopo il deposito della comparsa di risposta, può fissare all'attore un termine per il deposito delle proprie repliche scritte alle difese del convenuto contenute nella comparsa di risposta. Si tratta dunque, questi descritti nei commi 3° e 4° ora riportati, di tipici poteri giurisdizionali di direzione formale del procedimento preparatorio del *Haupttermin*, che il giudice deve esercitare con discrezionalità, alla luce delle circostanze del caso concreto, salvo il rispetto del limite legale minimo di due settimane di cui al § 277, comma 3° *ZPO*. È il giudice che valuta la necessità o meno di completare le difese del convenuto ovvero dell'attore, così come disposto dai commi 3° e 4° del paragrafo in commento; è sempre il giudice a calcolare, secondo la propria discrezionalità, i tempi necessari per la redazione e il deposito degli atti difensivi dei due contendenti.

Vale qui, infatti, ciò che si è detto in precedenza e che vale in generale relativamente a tutte le valutazioni discrezionali compiute dal potere giudiziario nella direzione del processo: il potere legislativo concede senza preoccupazioni di sorta al giudice la libertà di gestire in modo manageriale il procedimento, attraverso il compimento di scelte non vincolate tra le alternative possibili che la legge gli offre, al fine di adeguare le regole processuali alle esigenze particolari del caso concreto, rendendo infine il processo civile più efficiente e l'intera disciplina del diritto processuale civile più flessibile.

L'opzione normativa per una regolamentazione del processo deformalizzata e adattabile alle diverse situazioni è scelta consapevole che emerge, con forme diverse, in tutte le fasi del procedimento. Data la fiducia accordata dall'ordinamento giuridico al potere giudiziario, è fondamentale, davvero imprescindibile, che il giudice eserciti pienamente e completamente i propri poteri di direzione processuale e che le potenzialità del modello bifasico siano sfruttate appieno; solo così le fondamentali funzioni e gli enormi vantaggi del *früher erster Termin*, trovano realizzazione. Sarebbe invece contrario alla legge limitarsi a condurre la fase preparatoria del giudizio come se fosse una mera formalità, passaggio obbligato prima del *Haupttermin*⁷⁷.

La scelta del modo di preparare la prima udienza anticipata di trattazione orale è affidata al presidente del collegio o al giudice monocratico e può ricadere su una delle due possibili alternative previste dal § 275 ZPO medesimo: la fissazione di un termine (*Fristsetzung*) al convenuto per il deposito della propria comparsa di risposta (comma 1°, prima parte del paragrafo in commento); l'intimazione al convenuto di dedurre i propri mezzi difensivi all'interno di una memoria scritta redatta dal proprio difensore tecnico e depositata presso il tribunale senza indugio (§ 275, comma 1°, seconda parte ZPO).

Concretamente, nel silenzio della legge, i criteri di scelta più comuni tra la fissazione del termine e l'intimazione a comunicare i mezzi di difesa sono la complessità e l'ampiezza della fattispecie oggetto della controversia e la prevedibile configurazione della causa.

Così, la predisposizione di una comparsa di risposta appare superflua laddove vi siano buone possibilità di conciliare la lite, nel qual caso è preferibile che la prima udienza preparatoria e la discussione orale della causa abbiano luogo quanto prima, senza rinviare oltre il momento del confronto diretto tra le parti, disponendo la redazione e il deposito di una comparsa di risposta.

Appare, invece opportuna la fissazione di un termine al convenuto per la comparsa di risposta se il *früher erster Termin* debba essere condotto come un vero e proprio *Haupttermin*, completo di istruzione probatoria anticipata, in quanto presenta reali possibilità che la causa divenga matura per la decisione nella stessa udienza preparatoria e, dunque, venga pronunciata la sentenza che conclude il giudizio. Il giudice fissa usualmente il termine per il deposito della comparsa di risposta, quando il tempo a disposizione prima della prima udienza anticipata è più che sufficiente e, quindi, non vi è motivo per impedire la redazione della comparsa di risposta e tralasciare in questo modo un momento importante per la difesa in giudizio del convenuto.

⁷⁷ ASSMANN, *op. cit.*, p. 643; in altre parole, il giudice non deve trattare il *früher erster Termin* come se fosse un semplice *Durchruftermin*, in occasione del quale ci si limita a chiamare la causa e a presentare le domande e niente di più.

L'altro importante potere processuale di direzione formale del *früher erster Termin* è la fissazione dei termini per il deposito della comparsa di risposta, sia che si versi nell'ipotesi di cui al comma primo sia che si versi in quella di cui al comma terzo della norma in esame, e dell'eventuale replica dell'attore, *ex* § 275, comma 4° ZPO.

Nella fissazione del termine, nell'ipotesi di cui al primo comma, prima parte del § 275 ZPO, il giudice deve tenere particolarmente in conto determinate circostanze e certi fattori rilevanti, che condizionano necessariamente la sua valutazione discrezionale.

Vi è, infatti, da rispettare il limite legale di cui al § 277, comma 3° ZPO, in forza del quale il tempo a disposizione per la redazione della comparsa di risposta dall'avvenuta notificazione dell'atto di citazione deve essere almeno di due settimane.

È poi certamente fondamentale e doveroso da parte del giudice ponderare i tempi di difesa del convenuto alla luce del diritto costituzionale a essere ascoltato in giudizio. L'art. 103, comma 1° GG potrebbe infatti risultare leso ogni qualvolta il termine fissato dal giudice ai sensi del § 275, comma 1° ZPO sia troppo breve⁷⁸.

In ogni caso, tanto che si opti per la comparsa di risposta quanto che si preferisca l'intimazione quale forma per le difese iniziali del convenuto, il giudice deve integrare il contenuto del provvedimento di fissazione del termine ovvero di intimazione attraverso l'ammonimento al convenuto sulle conseguenze del mancato rispetto del termine fissato giudizialmente ovvero della tempistica prevista dalla legge che si esprime con le parole "senza indugio", nonché con l'avvertimento di dover necessariamente nominare un difensore tecnico.

Siccome il mancato rispetto del termine per il deposito della comparsa di risposta fa scattare la preclusione di cui al § 296, comma 1° ZPO⁷⁹, i mezzi di attacco e di difesa che dovevano essere contenuti nella comparsa di risposta e che sono dedotti oltre il termine fissato dal giudice ai sensi del § 275, comma 1° ZPO sono ammessi soltanto se il giudice, secondo il proprio libero convincimento, ritiene che la loro ammissione non comporterebbe un reale ritardo nella risoluzione della controversia durante il *Haupttermin*⁸⁰ ovvero se le parti riescono a dimostrare che il mancato rispetto del termine giudiziale sia sorretto da giustificati motivi.

Tuttavia, vi sono altre ipotesi in cui il limite preclusivo non opera e si tratta, specificatamente, dei casi in cui il giudice non abbia ottemperato correttamente ai propri doveri di gestione del processo e del corso del suo procedimento (*Prozessförderungspflicht*).

Così, nel rispetto del principio generale processuale di corresponsabilità del giudice e delle parti per l'efficiente ed efficace conduzione del processo, la preclusione non può colpire la parte e le sue

⁷⁸ Alla disciplina di fissazione del termine di difesa in esame si applica la regola generale di cui al § 224, comma 2° ZPO: la parte interessata può chiedere al giudice un rinvio del termine da lui fissato discrezionalmente in presenza di rilevanti motivi. La valutazione della sussistenza dei rilevanti motivi è rimessa alla discrezionalità del medesimo giudice che ha fissato il termine ritenuto troppo breve, sicché sarà onere del richiedente dimostrare con chiarezza la necessità della proroga del termine e la ragionevolezza della propria pretesa.

⁷⁹ V. *supra* Capitolo terzo, paragrafo 2.2.2.

⁸⁰ Se si debba escludere fin dal principio la pronuncia di una sentenza conclusiva del giudizio nel *früher erster Termin* il limite preclusivo di cui al § 296, comma 1° ZPO non ha ragione di operare: così BGH in NJW 1987, p. 500; LEIPOLD, § 275, STEIN - JONAS (a cura di), *Kommentar zur Zivilprozessordnung* cit., pp. 509 ss., p. 513.

allegazioni, allorché l'organo giudiziario non abbia ben calcolato il termine per il deposito della comparsa di risposta, impedendo così alla parte di preparare e di dedurre con completezza i propri mezzi di attacco e di difesa, ovvero esso conduca il *früher erster Termin* come se fosse un semplice "*Durchlauftermin*", nel quale la causa non riceve una vera preparazione. In questi casi, invero, si è innanzi a una forma di vera e propria violazione del diritto costituzionale ad essere ascoltato dal giudice di cui all'art. 103, comma 1° GG⁸¹.

Tra le responsabilità del giudice per l'efficace gestione e conduzione della fase preparatoria, con lo scopo finale di preparare con completezza il *Haupttermin*, vi è sicuramente quella per il corretto esercizio dei propri poteri di direzione materiale del processo⁸², omissis il quale si ritiene non possa operare la preclusione nei confronti dei mezzi di attacco e di difesa eventualmente presentati tardivamente dalla parte.

Sono molti i benefici apportati dalla direzione materiale del procedimento preparatorio di cui al § 275 ZPO da parte del potere giudiziario alle parti e al processo in generale.

Grazie all'interventismo del giudice nell'individuazione della materia del contendere, le parti hanno modo di comprendere i punti più rilevanti per la discussione della causa e, dunque, focalizzare la propria argomentazione, assertiva o difensiva, su tali punti. Inoltre, la trasparenza del giudice nella conduzione sostanziale della prima fase del processo rende le parti edotte della sua visione giuridica interpretativa della fattispecie. Queste sono pertanto in grado di indirizzare fin da subito, in modo mirato e proficuo, le proprie difese, evitando, in ultima analisi, la pronuncia di una decisione a sorpresa.

In conclusione, alla luce di tutto quanto ora illustrato, si può osservare che, affinché il *früher erster Termin* svolga efficacemente la propria funzione specificatamente preparatoria del *Haupttermin*, è di fondamentale importanza il rispetto della *Kooperationsmaxime* da parte del giudice. Egli si deve rendere responsabile, in senso manageriale, del corretto e pieno esercizio dei suoi poteri di direzione processuale, sia formale sia materiale.

Se il giudice rispetta tutti i doveri di direzione processuale e in generale il principio di collaborazione e di *Arbeitsgemeinschaft* con le parti, allora davvero il primo comma del § 272 ZPO presenta concrete possibilità di trovare attuazione pratica nei tribunali tedeschi, e la causa può realmente essere risolta in un unico e ben preparato *Haupttermin*.

2.3.2. Lo schriftliches Vorverfahren.

Il procedimento preparatorio **scritto** ha il medesimo scopo e le medesime funzioni di quello orale. Esso, infatti, serve all'accelerazione e alla concentrazione del processo, così come disposto dalla *Vereinfachungsnovelle*, e svolge le due funzioni tipiche della prima fase del processo civile tedesco,

⁸¹ BVerfG, in NJW 1985 p. 1149; LEIPOLD, § 275 cit., p. 513.

⁸² Rilevano a questo proposito i §§ 139, 273, 278, commi 1° e 2°, 358a ZPO. È sempre in questa fase inoltre che, se necessario, già la corte prende la decisione di cui al § 348a ZPO e trasferisce la causa al giudice monocratico.

ossia la *Vorbereitungsfunktion* e la *Filterfunktion* di cui si è detto sopra con riferimento al *früher erster Termin*⁸³.

La prima funzione – quella cioè preparatoria della fase principale del processo, affinché la trattazione e l'istruzione probatoria della causa si esaurisca in un unico *Haupttermin* – con riferimento allo *schriftliches Vorverfahren*, viene realizzata imponendo alle parti di portare all'attenzione del giudice competente della causa tutto quanto rilevi per la pronuncia della decisione – sia gli elementi di fatto, accompagnati dalle relative prove, sia le questioni di diritto, supportate da affermazioni argomentative e interpretative – attraverso il deposito presso il tribunale competente degli atti scritti di parte entro i termini stabiliti dal giudice ai sensi del § 276 ZPO⁸⁴.

La seconda funzione del modello di preparazione della causa, quella di filtro, serve invece a risolvere la controversia senza passare necessariamente attraverso la trattazione orale del suo oggetto e l'istruzione probatoria, invero in questo caso derogando completamente alla regola generale dell'oralità, in quanto viene pronunciata una sentenza contumaciale⁸⁵ ovvero una sentenza di riconoscimento della domanda⁸⁶, quindi in entrambi i casi un provvedimento che chiude il giudizio, senza previa trattazione orale⁸⁷.

I poteri di direzione formale del giudice sono fondamentali anche in questa forma di procedimento preparatorio e si manifestano sostanzialmente nella fissazione dei termini.

Ai sensi del comma 1° del § 276 ZPO, il giudice deve provvedere a far notificare al convenuto l'atto di citazione, intimandolo a dichiarare se intenda partecipare al giudizio⁸⁸. Tale dichiarazione del convenuto dell'intenzione di partecipare al processo deve necessariamente essere fatta per mezzo del proprio difensore tecnico munito di procura alle liti entro il termine legale fisso di due settimane⁸⁹.

La legge non impone al convenuto particolari limiti di forma o di contenuto per esprimere e dichiarare la propria volontà di partecipare al giudizio e di opporsi alla domanda dell'attore, sicché essa può essere desunta anche da fatti concludenti.

Esemplificativamente, si possono pacificamente ritenere manifestazione dell'intenzione di partecipare al giudizio la dichiarazione scritta dell'avvocato del convenuto di accettazione dell'incarico, il deposito da parte del difensore tecnico in nome e per conto del convenuto della

⁸³ ASSMANN, § 276, WIECZOREK – SCHÜTZE, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar* cit., pp. 648 ss., p. 650.

⁸⁴ ASSMANN, § 276 cit., p. 650.

⁸⁵ La sentenza contumaciale di cui al § 331, comma 3° ZPO può essere pronunciata dal giudice solo se il convenuto nelle due settimane successive alla corretta notificazione dell'atto di citazione non abbia in alcun modo fatto la dichiarazione di volontà di partecipare al giudizio e l'attore nell'atto di citazione abbia fatto esplicita richiesta al giudice di concludere la causa con una sentenza contumaciale se ne fossero ricorsi i presupposti, sempre che il giudice nella fissazione dei termini e nella redazione del provvedimento di intimazione e ammonimento abbia rispettato la legge.

⁸⁶ Il riconoscimento della domanda che consente la pronuncia di una *Anerkenntnisurteil* può essere fatto per iscritto od oralmente per mezzo del proprio difensore tecnico.

⁸⁷ ASSMANN, *op. cit.*, pp. 656 ss.

⁸⁸ LEIPOLD, § 276, STEIN - JONAS (a cura di), *Kommentar zur Zivilprozessordnung* cit., pp. 518 ss., pp. 521 ss.

⁸⁹ Si tratta di una tipologia di *Notfrist* di cui al comma 1° § 224 ZPO. La disposizione citata fissa la regola generale in forza della quale i termini fissati dal giudice possono essere abbreviati per accordo congiunto delle parti, salvo che il termine che si intenda anticipare sia un c.d. *Notfrist*. La norma prosegue specificando che sono *Notfrist* solo quei termini che la legge qualifica come tali, e perciò sono, per legge, immodificabili.

comparsa di risposta presso il tribunale competente per la causa e, ancora, la richiesta di assistenza tecnica a spese dello Stato (*Prozesskostenhilfe*) formalmente avanzata dal convenuto⁹⁰.

L'intimazione del giudice al convenuto di dichiarare la propria volontà di partecipare al giudizio deve essere portata a conoscenza dell'attore. In questo modo, quest'ultimo coglie che il giudice, tra i due possibili modi di preparare il *Haupttermin* (*früher erster Termin, schriftliches Vorverfahren*), ha preferito e scelto, ai sensi del § 272 ZPO, quello scritto⁹¹.

Il provvedimento giudiziale al convenuto, oltre all'intimazione, contiene altresì la fissazione di un termine da parte del giudice per il deposito della comparsa di risposta, termine che per legge deve essere di almeno due settimane, le quali a loro volta si sommano alle due settimane legalmente a disposizione del convenuto per la dichiarazione di volontà di partecipare al giudizio. Nella prassi poi il termine per la presentazione della comparsa di risposta solitamente non è mai inferiore alle tre settimane per non violare il diritto costituzionale al contraddittorio di cui all'art. 103, comma 1° GG⁹².

Il potere del giudice di fissazione del termine per la redazione della comparsa di risposta è discrezionale e libero da vincoli legali o criteri di scelta dettati dalla legge.

La valutazione discrezionale del giudice sarà perciò sostanzialmente il risultato del giusto bilanciamento tra la tutela al diritto costituzionale individuale delle parti ad essere ascoltate in giudizio da un lato e il principio di concentrazione del processo dall'altro lato, contemperando le opposte esigenze che sorgono dai due menzionati principi, sebbene inevitabilmente un certo peso lo eserciterà anche il sistema organizzativo del lavoro proprio del tribunale e del singolo giudice competente della causa.

Sicché, se l'oggetto della causa si presenta come particolarmente ampio e complesso, la decisione del termine da assegnare al convenuto per il deposito della comparsa di risposta è certamente condizionata dal doveroso rispetto del diritto al contraddittorio che deriva dall'art. 103, comma 1° GG, senza però compromettere la concentrazione del processo che, se totalmente sacrificata, non solo rende il processo inefficiente, ma lede anche il diritto individuale dell'attore alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 20 GG.

Ai sensi del § 224 ZPO, il termine fissato dal giudice ex § 276 ZPO può essere modificato, quindi allungato o accorciato, solo su richiesta di parte e solo in presenza di rilevanti motivi sommariamente dimostrati (resi credibili, come si esprime la norma). I fondati motivi che giustificano la modifica del termine sono valutati dal giudice discrezionalmente alla luce delle circostanze del caso concreto⁹³ e altrettanto discrezionalmente, una volta ritenuta legittima la richiesta di modifica del termine da parte del convenuto, egli procede alla rideterminazione dei

⁹⁰ ASSMANN, *op. cit.*, p. 653.

⁹¹ LEIPOLD, § 276 cit., p. 525.

⁹² ASSMANN, *op. cit.*, pp. 653-654; LEIPOLD, *Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung*, in ZJP 1980, Heft 3, pp. 237 ss., pp. 239 ss.; LANGE, *Der frühe erste Termin als Vorbereitungstermin* cit., pp. 1728 ss.; ENGELS, *Der neue Zivilprozeß. Erfahrungen und Kritik aus anwaltlicher Sicht*, in *Anwaltsblatt* 1979, Heft 6, pp. 206 ss., pp. 205-206.

⁹³ GEHRLEIN, § 224, in KRÜGER – RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar* cit., pp. 1275 ss., p. 1276.

tempi del procedimento preparatorio, nel libero esercizio dei propri poteri di direzione formale del processo⁹⁴.

Il mancato rispetto del termine fissato dal giudice per la redazione della comparsa di risposta comporta a danno del convenuto la preclusione della possibilità di dedurre i propri mezzi di attacco e di difesa. Data la gravità delle conseguenze che derivano dall'eventuale ritardo nel deposito dell'atto di parte e che si ripercuotono su di lei e sulle sue difese, il provvedimento del giudice notificato al convenuto deve contenere, tra le altre cose, anche l'ammonimento di cosa può derivare al convenuto dalla sua condotta negligente o comunque non sufficientemente attenta al rispetto dei tempi del processo.

Depositata correttamente la comparsa di risposta presso il tribunale, il giudice competente a conoscere la causa può decidere, nell'esercizio dei propri poteri giudiziali di direzione formale del processo, di fissare all'attore un termine per le repliche scritte alle affermazioni contenute nell'atto del convenuto.

Ancora una volta il criterio fondamentale di guida all'esercizio dei poteri discrezionali del giudice è quello di opportunità. Se, infatti, in considerazione del diritto costituzionale a essere ascoltato in giudizio *ex art. 103, comma 1° GG* e in vista della completa preparazione del *Haupttermin*, appare necessario od opportuno che l'attore replichi alla comparsa di risposta, integrando e precisando l'oggetto della materia del contendere, il presidente del collegio o il giudice monocratico, valutate tutte le circostanze del caso concreto, decide di concedere all'attore la possibilità di redigere la propria replica e fissa il relativo termine.

Un ulteriore atto contenente le osservazioni del convenuto alle repliche dell'attore (controrepliche) non è previsto ma non è neppure esplicitamente escluso, perciò si ammette che il giudice, se necessario nel singolo processo reale per ragioni costituzionali ovvero di corretta direzione processuale, possa fissare un termine al convenuto per la redazione delle sue controrepliche, salvo comunque evidenziare che una tale azione debba pur sempre rimanere l'eccezione, nel rispetto e in attuazione del principio generale di concentrazione del processo, a cui l'intera disciplina della fase preparatoria del procedimento si ispira.

Una volta concluso lo scambio di scritti iniziali preparatori, secondo i termini e con le modalità scelti dal giudice, quest'ultimo prosegue nella direzione formale del processo, fissando il prima possibile la data dell'udienza per il tentativo di composizione amichevole della controversia di cui al § 278, comma 2° *ZPO* (*Güteverhandlung*) ovvero, se la disposizione citata non si applica alla causa concreta, quella del *Haupttermin* (§§ 216, comma 2° e 272, comma 3° *ZPO*).

I poteri di direzione processuale del giudice durante lo *schriftliches Vorverfahren* non si limitano a quelli formali di fissazione dei termini per la presentazione degli atti scritti di parte, ma ricomprendono naturalmente anche i **poteri di direzione materiale**, volti a rendere ben preparata la causa da trattare nel *Haupttermin* pure dal punto di vista materiale e contenutistico. Sicché trovano applicazione anche nel procedimento preparatorio scritto i §§ 139, 273 e 358a *ZPO*.

2.4. Il Haupttermin.

⁹⁴ ⁹⁴ GEHRLEIN, § 224 cit., p. 1277.

Conclusi tutti gli atti preparatori della causa, sia formali sia materiali, e compiuto anche il tentativo obbligatorio di composizione amichevole della controversia, se ne sussistono i requisiti di necessità, di cui al § 278, comma 2° ZPO⁹⁵, si può finalmente procedere all'apertura dell'udienza centrale di trattazione e istruzione della causa, la quale, ai sensi del § 272 ZPO, deve tenersi il prima possibile.

Il *Haupttermin*, così come immaginato dalla *Vereinfachungsnovelle* del 1976, è il cuore del processo civile di primo grado⁹⁶. Tuttavia, a seguito dell'intervento del riformatore del 2001, la disciplina codicistica ad esso relativa è stata sostanzialmente svuotata di significato⁹⁷. Quest'ultima, infatti, contenuta nel § 279 ZPO (*Mündliche Verhandlung*), non si presenta invero ampia e particolareggiata, così come ci si aspetterebbe nei confronti di una fase processuale talmente importante da essere considerata centrale nell'intero processo civile di primo grado, ma al contrario è piuttosto scarna, quasi lacunosa, sicché necessita di essere integrata e colmata nelle sue lacune dalle disposizioni normative contenute nella parte generale della *Zivilprozessordnung* (Libro primo, parte terza) e, soprattutto, di essere coordinata con il § 272 ZPO, il quale individua la funzione dell'udienza in oggetto in ciò: rendere la causa matura per la decisione in modo concentrato, attraverso la discussione orale e la contestuale istruzione probatoria, già entrambe ampiamente preparate durante la fase preparatoria⁹⁸.

In particolare, leggendo la disposizione in esame si constata che essa non regola affatto la modalità specifica in cui la trattazione orale debba tenersi nell'udienza principale, ma si preoccupa esclusivamente di assicurare l'attuazione del principio di concentrazione attraverso l'imposizione della continuità temporale nel passaggio da una fase e all'altra del medesimo procedimento.

Così, il primo comma del § 279 ZPO sancisce che il *Haupttermin* deve necessariamente seguire con immediatezza e continuità il *Güteverhandlung*. Il transito diretto, senza rinvii o tempi di attesa, tra l'una e l'altra udienza serve allo scopo di accelerare il processo ed evitare inutili ritardi. Soltanto nel caso in cui ciò non sia assolutamente possibile, eccezionalmente si deve provvedere senza indugio alla fissazione della nuova udienza di discussione orale e istruzione probatoria⁹⁹.

Mentre il primo comma del paragrafo in commento regola il passaggio da un'udienza all'altra del medesimo processo, il secondo comma si occupa invece del transito da una fase all'altra all'interno del *Haupttermin* stesso, specificatamente dalla trattazione orale della causa all'assunzione probatoria. Infatti, la disposizione in esame sancisce che la successione tra i due momenti della medesima udienza deve avvenire con immediatezza. Affinché ciò possa davvero accadere, occorre che la preparazione del *Haupttermin* sia stata accurata e condotta a dovere, adottando, durante

⁹⁵ Nel tentativo obbligatorio di composizione amichevole della controversia di cui al comma 2° § 278 ZPO, il giudice lavora sulla controversia con le parti comparse personalmente alla luce di tutto quanto emerso e in parte già discusso e affrontato nella fase preparatoria. Il giudice, per incoraggiare le parti a concludere un accordo amichevole che sostituisca la sentenza, illustra alle parti il quadro che si presenta in caso di prosieguo del contenzioso, in particolare pronosticando la durata, i rischi e i possibili esiti del processo.

⁹⁶ Il *Haupttermin* è infatti definito „Kern des Verfahrens“.

⁹⁷ PRÜTTING, § 279, in KRÜGER – RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* cit., pp.1715 ss., p. 1716.

⁹⁸ PRÜTTING, § 279 cit., pp. 1716-1717, il principio di accelerazione e di concentrazione della trattazione orale della causa costituisce lo scopo fondamentale perseguito dal *Haupttermin* e dalla sua disciplina, così come voluto dalla *Vereinfachungsnovelle* del 1976 e così come mantenuto, sebbene in modo indebolito, dalla *Zivilprozessreformgesetz* del 2001.

⁹⁹ PRÜTTING, *op. cit.*, p. 1717: al medesimo ambito appartiene il § 272, comma 3° ZPO, in forza del quale entrambe le udienze devono tenersi il prima possibile.

l'antecedente fase preparatoria, la *Beweisbeschluss* di cui al § 358a *ZPO* e, soprattutto, le disposizioni di cui al § 273, comma 2° *ZPO*.

Data l'assenza di una regolamentazione specifica del contenuto del *Haupttermin*, cioè del modo in cui debba tenersi e debba essere diretto dal giudice, il § 279 *ZPO* viene sostanzialmente integrato con quanto previsto nella parte generale della *Zivilprozessordnung*, e specificatamente nei §§ 136, 137, 139, 141, 220, 285, 310 *ZPO*, nonché nei §§ 169 e seguenti *GVG*¹⁰⁰.

Così, ai sensi del § 220 *ZPO*, l'udienza comincia con la chiamata della causa e l'introduzione nello stato della cosa e della controversia (*Einführung in den Sach- und Streitstand*)¹⁰¹, salvo che ciò non sia già stato fatto in occasione del *Güteverhandlung* immediatamente precedente¹⁰². In questo stadio iniziale del *Haupttermin*, il magistrato può già comunicare il suo punto di vista sul materiale processuale finora raccolto rilevante ai fini della decisione, interviene per rimuovere eventuali incertezze e contraddizioni sull'oggetto della controversia, ovviamente nel rispetto del contraddittorio tra le parti, e, se necessario, ordina la comparizione personale delle parti per la loro audizione ai sensi del § 141 *ZPO*¹⁰³; il giudice, insomma, esercita fin da subito i propri poteri di direzione materiale del processo, adempiendo invero alla *Prozessförderungspflicht* che su di lui grava.

Dopodiché, esaurite le disposizioni introduttive, si apre la vera e propria discussione e trattazione della causa dirette, ai sensi del § 136, comma 1° *ZPO*, dal presidente del collegio ovvero dal giudice monocratico. La discussione viene avviata con l'avanzamento delle proprie domande ad opera della/e parte/i ed è condotta dal giudice nel libero dibattito tra le stesse (§ 137, commi 1°- 2° *ZPO*)¹⁰⁴.

¹⁰⁰ I paragrafi citati sono contenuti nel Titolo 14 del *Gerichtsverfassungsgesetz* intitolato *Öffentlichkeit und Sitzungspolizei*. Essi sono dunque dedicati alla disciplina del principio di pubblicità dell'udienza nel processo, nonché al mantenimento dell'ordine durante la stessa.

¹⁰¹ All'apertura del *Haupttermin* può anzitutto presentarsi la situazione in cui le parti non compaiono ovvero compaia solo una di esse. In tal caso al giudice si presentano alcune alternative. Egli può risolvere la controversia decidendo sulla sola base degli atti e di quanto emerso durante la fase preparatoria, qualora ritenga la causa matura per la decisione e le parti abbiano, anche solo tacitamente, manifestato il proprio accordo in tal senso; il giudice può pronunciare la sospensione del processo; infine, può essere emessa una sentenza contumaciale quando una delle parti non sia comparsa e l'altra abbia fatto esplicita richiesta in tal senso negli atti antecedenti il *Haupttermin*. La scelta tra queste diverse possibilità è riposta nella discrezionalità del giudice ed è frutto della valutazione di tutte le circostanze della causa concreta.

¹⁰² PRÜTTING, *ibid.*

¹⁰³ Di solito ciò accade quando la comparizione personale delle parti non sia avvenuta prima d'ora nel processo in corso né abbia avuto luogo il *Güteverhandlung*, sicché il giudice fino a quel momento non ha ancora avuto modo di entrata in contatto diretto con la parte personalmente. WAGNER, § 141, in KRÜGER – RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, München, 2013, pp. 1077 ss.

¹⁰⁴ Sull'ingresso dello scritto nella fase di discussione orale della causa durante il *Haupttermin* v. il § 137, comma 3° *ZPO*: «*Eine Bezugnahme auf Dokumente ist zulässig, soweit keine der Parteien widerspricht und das Gericht sie für angemessen hält. Die Vorlesung von Dokumenten findet nur insoweit statt, als es auf ihren wörtlichen Inhalt ankommt*»; sul tema del rapporto tra scrittura e oralità nel processo civile tedesco v. Capitolo terzo, paragrafo 2.1.1.. Il riferimento allo scritto determina, in certe circostanze, un notevole risparmio di tempo nella durata dell'udienza principale di trattazione e istruzione probatoria, in quanto consente che quest'ultima si concentri sui soli punti davvero bisognosi di discussione tra le parti (WAGNER, § 137, in KRÜGER – RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* cit., pp. 1055 ss., p. 1056). Perciò, la valutazione del giudice se concedere o meno la possibilità di fare semplice riferimento agli scritti è rimessa alla discrezionalità del giudice, il quale eserciterà tale forma di **potere di direzione formale** del processo alla luce delle circostanze della causa concreta e del relativo processo, bilanciando i

La discussione della causa e, certamente, anche la successiva istruzione probatoria si limitano a quanto è stato oggetto del *früher erster Termin* ovvero dello *schriftliches Vorverfahren*, tenuto conto di quanto emerso e messo in luce dall'applicazione dei §§ 273 e 358a ZPO.

Per tutta questa fase il presidente del collegio, ovvero il giudice monocratico, deve esercitare i propri poteri di **direzione formale** dell'udienza, conducendo ordinatamente la trattazione e la discussione, nonché l'istruzione probatoria¹⁰⁵, adoperandosi altresì per fare in modo che i vari momenti della discussione orale si succedano amalgamandosi tra di loro, senza soluzione di continuità.

Proprio sul giudice è riposta una responsabilità di tipo manageriale per la conduzione della seconda fase del procedimento, conseguenza dei suoi poteri di direzione formale del processo, che gli impone di fare in modo che l'oggetto della causa sia discusso esaurientemente e completamente, e di condurre l'udienza principale, già previamente preparata¹⁰⁶, proficuamente ed efficientemente fino alla fine e senza interruzioni.

Quanto all'assunzione probatoria, come anticipato, ai sensi del § 279, comma 2° ZPO, tra la trattazione della causa e l'istruzione probatoria deve esservi continuità temporale, essendo la *volutas legis* della riforma quella di impedire che i due momenti del processo vengano spezzati e nettamente distinti, al fine ultimo di favorire la concentrazione del giudizio. Naturalmente, il presupposto imprescindibile perché ciò possa davvero accadere è che i mezzi di prova siano già stati tutti raccolti e che la prova sia già pronta per essere assunta, il che, come sopra già ricordato, può essere reso possibile soltanto grazie a una perfetta preparazione della causa e, quindi, grazie alla piena e corretta applicazione dei §§ 139, 144, 273 e 358a ZPO relativi ai poteri del giudice di direzione materiale del processo.

Il comma 3° del § 279 ZPO, a ulteriore tutela del diritto costituzionale all'ascolto in giudizio *ex art. 103*, comma 1° GG, stabilisce che, non appena si concluda l'istruzione probatoria, e quindi immediatamente dopo la sua chiusura¹⁰⁷, il giudice deve nuovamente ridiscutere con le parti lo stato della causa in generale e del suo oggetto, alla luce di quanto emerso nel corso dell'udienza. Se concretamente possibile, egli ha altresì il dovere di interloquire direttamente con le parti al fine di stimolare il dibattito sull'esito dell'assunzione della prova¹⁰⁸.

contrapposti interessi in gioco (discussione orale dell'oggetto della causa da un lato, velocizzazione del procedimento dall'altro lato) tutelati rispettivamente dal principio di oralità e dal principio di concentrazione.

¹⁰⁵ V. Capitolo terzo, paragrafo 2.1.1. Il presidente del collegio o il giudice monocratico, dopo aver aperto l'udienza con la chiamata della causa, dà la parola alle parti e ai loro difensori tecnici e, se necessario, la toglie.

¹⁰⁶ Anche la completa e corretta preparazione della causa in vista del *Haupttermin* fa parte dell'insieme di responsabilità manageriali del giudice nascenti dai poteri di direzione formale del processo attribuiti e riconosciuti al potere giudiziario dalla legge.

¹⁰⁷ PRÜTTING, *op. cit.*, p. 1719.

¹⁰⁸ È in tale momento che il giudice, auspicabilmente, avvia un *Rechtsgespräch* con le parti, palesando, prima della chiusura dell'udienza, la propria visione interpretativa giuridica della fattispecie concreta. La discussione tra le parti e il giudice dell'aspetto giuridico della controversia è utile, perché azzerando sostanzialmente il rischio della pronuncia di una sentenza c.d. a sorpresa, dunque di una decisione della terza via. Specificatamente, se il giudice decide di sorreggere la propria decisione su un'interpretazione giuridica non vista finora ovvero evidentemente non ritenuta rilevante dalla parte, deve palesarlo in modo che le parti abbiano la possibilità di esprimersi e di esercitare il proprio diritto costituzionale al contraddittorio. Le parti non devono essere sorprese dalla sentenza, ma devono prendere parte alla trattazione, anche nel suo aspetto più strettamente giuridico, e poter esprimere la propria visione e difendere la propria posizione. Il problema che il *Rechtsgespräch* potrebbe rendere il giudice apparentemente non neutrale viene risolto

Dopo la chiusura della discussione, quando, secondo la libera valutazione del giudice, l'intero oggetto della causa è stato pienamente e completamente discusso in ogni suo aspetto, il presidente del collegio o il giudice monocratico, nell'esercizio dei propri poteri di direzione formale del procedimento, chiude la discussione (§ 136, comma 4° ZPO).

Nel caso di giudizio di competenza del tribunale in composizione collegiale, il compito di pronunciare la sentenza, una volta che il collegio abbia deliberato, è sempre di competenza del presidente (§ 136, comma 4° ZPO).

In conclusione, la scelta del legislatore della riforma del 2001, apparentemente strana, data la notevole importanza del *Haupttermin* nella struttura intera del processo ordinario di cognizione di primo grado – e per questo non certamente esente da critiche – è volta a semplificare il rito e a renderlo più flessibile alle esigenze del caso concreto, riponendo nella responsabilità manageriale del giudice il potere-dovere di ben condurre e dirigere il processo senza limiti legali e regole procedurali predeterminate.

In questo contesto, il giudice responsabile della conduzione del *Haupttermin* deve essere, per volontà espressa ed esplicita di legge, un giudice attivo. Egli non deve sedere innanzi alle parti calmo e freddo, come semplice ascoltatore. Piuttosto, deve fungere da guida della trattazione, influenzando su di essa incisivamente, e quindi deve occuparsi dell'esauriente discussione dell'oggetto della controversia e del procedimento di istruzione probatoria (direzione formale), deve contemporaneamente fungere da coautore nella formazione dell'oggetto della controversia e indirizzare le parti perché anche la prova sia completa (direzione materiale)¹⁰⁹.

B. Italia

1. Introduzione.

I recenti interventi riformatori sulla disciplina processuale civile succedutisi in rapida sequenza negli ultimi anni e le voci alzatesi da una certa parte della dottrina manifestano la presa di coscienza che uno specifico modello processuale, caratterizzato da una forte valorizzazione della fase preparatoria della causa e dal conseguente conferimento al giudice di poteri manageriali, di direzione, sia formale sia materiale, del processo, siano tra gli strumenti più efficaci di concentrazione del giudizio di cognizione in primo grado, senza che ciò comprometta né pregiudichi la qualità della decisione della causa.

Quello che manca nel sistema giuridico processuale italiano, come si è già avuto modo di constatare nel capitolo precedente, è la netta presa di posizione del legislatore a favore della menzionata configurazione del processo civile, sicché il modello processuale civile italiano, sebbene di tipo

limitando il *Rechtsgespräch* alle domande poste e ai fatti dedotti, non essendo certamente accettabile un atteggiamento inquisitorio da parte dell'organo giudiziario. È comunque indubbiamente difficile il compito del giudice che con coraggio deve vincere le resistenze proprie ed esterne e dirigere il *Rechtsgespräch* trovando la giusta misura tra l'offerta di aiuto alle parti e la parzialità vera e propria.

¹⁰⁹ Per impedire la pronuncia di una sentenza a sorpresa, il giudice deve comunicare alle parti l'eventuale cambiamento di visione ai sensi del § 139, comma 2° ZPO e se de caso, quando l'udienza è già stata chiusa, dispone la riapertura della discussione di cui al § 156 ZPO.

“misto”¹¹⁰ – nel senso che presenta elementi tanto di stampo accusatorio quanto di stampo inquisitorio –, finisce per pendere decisamente a favore del principio dispositivo, nel timore di una deriva pubblicistica, che sacrifichi eccessivamente le libertà e i diritti processuali delle parti, talché i poteri di direzione processuale del giudice, se anche previsti, sono fortemente limitati¹¹¹.

Ne deriva che le norme disseminate nel codice di procedura civile finalizzate al conferimento di poteri di direzione formale del processo sono enunciazioni generiche, di scarso valore pratico, perché spesso accompagnate da cautele che finiscono per limitare il ruolo del giudice nella preparazione della causa, nella determinazione del corso del giudizio e nella scelta delle modalità in cui si debba svolgere il rito, nel costante timore che il giudice civile si riveli un soggetto poco efficiente, poco virtuoso, incapace di utilizzare proficuamente i poteri che eventualmente il legislatore potrebbe conferirgli, perché se davvero li avesse o non li utilizzerebbe o li utilizzerebbe in modo dispotico e arbitrario.

Il giudice è visto come soggetto imprevedibile, più preoccupato a smaltire l’arretrato e ad arrabattarsi nel marasma delle cause iscritte nel proprio ruolo piuttosto che a fare giustizia.

L’impressione che si trae, allora, dalla discussione sull’ampliamento dei poteri di direzione processuale del giudice e l’adozione di un procedimento flessibile e malleabile, così che possa essere forgiato dal giudice stesso in base alle esigenze del singolo caso concreto, è che vi sia la diffusa convinzione che un tale modello processuale finirebbe per pregiudicare non solo le garanzie processuali delle parti, soprattutto il principio dispositivo, ma addirittura anche i diritti costituzionali processuali delle stesse.

Così, la prospettazione di poteri di direzione formale, di natura discrezionale, da conferire al giudice, che consentano a quest’ultimo: di dare il ritmo più conforme al rito fin dall’inizio della causa, per tutto il corso del giudizio e fino alla sua conclusione; di scegliere le modalità di trattazione della controversia più opportune per la singola causa concreta; di dirigere e gestire effettivamente la fase preparatoria del giudizio senza dover seguire la sequenza rigidamente predeterminata dal legislatore, è una prospettazione che sostanzialmente spaventa e che crea molte opposizioni, perché fa sorgere il timore della lesione del diritto alla ragionevole durata del processo e del diritto al contraddittorio.

Se si consentisse al giudice italiano di amministrare i tempi del processo, sicuramente egli finirebbe per rallentare il corso, perché tenderebbe a rinviare o procrastinare le attività processuali; se si riservasse al giudice il potere di scegliere il modo in cui preparare la causa, le forme della trattazione della stessa e lo spazio da riservare a ciascuna attività difensiva e di allegazione, ne conseguirebbe inevitabilmente l’arbitrarietà nelle decisioni, se non l’abuso del detto potere.

¹¹⁰ FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, pp. 16 ss., dopo aver richiamato la tradizionale distinzione tra modelli processuali di tipo accusatorio e modelli di tipo inquisitorio, l’a. si sofferma sui modelli processuali c.d. “intermedi” o “misti”, in cui coesistono elementi strutturali di stampo accusatorio con elementi di natura inquisitori. I modelli misti si qualificano diversamente a seconda che in essi prevalgano gli elementi dispositivi su quelli inquisitori, o viceversa. Fatta questa distinzione, può pacificamente affermarsi che il codice di procedura civile italiano adotta un modello di processo ordinario di cognizione di primo grado di tipo intermedio con prevalenza degli elementi dispositivi; ID., *Fase preparatoria del processo e ruolo del giudice civile: principi ed esperienze a confronto*, in SCARSELLI (a cura di), *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, Napoli, 2010, pp. 65-95, pp. 72 ss.

¹¹¹ V. CIPRIANI, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuova slogan*, in *Riv. dir. proc.* 2003, pp. 455-466.

Questi timori non paiono essere giustificati, perché non seriamente supportati, se non dalla sfiducia (diffidenza) generalizzata nei confronti del potere giudiziario, deputato all'amministrazione della giustizia. Al contrario, l'aumento dei poteri del giudice di direzione formale del processo non solo è perfettamente conforme ai diritti costituzionali della ragionevole durata del processo e del contraddittorio, ma anzi ne costituisce uno strumento di attuazione, forse, invero, lo strumento di attuazione per eccellenza¹¹².

Discorso analogo sui timori diffusi legati ai poteri del giudice potrebbe essere ripetuto con riferimento alla direzione materiale del processo: se si consentisse al giudice di intervenire in modo incisivo sulla formazione dell'oggetto della controversia, vi sarebbe un'inevitabile degenerazione del modello processuale da misto a inquisitorio; se si inserisse l'interrogatorio libero delle parti quale momento processuale necessario in ogni processo di primo grado, per poter dare spazio al contatto diretto tra il giudice e le parti personalmente, questo verrebbe ridotto a un mero formalismo privo di ogni utilità e foriero unicamente di ritardi.

Neppure in questo caso si capisce la vera ragione dell'avversione del legislatore e di parte della dottrina nei confronti di un valorizzato *case management* del giudice, soprattutto perché essa si mostra in decisa controtendenza rispetto alle scelte più comuni fatte nel panorama internazionale¹¹³. Né i poteri di direzione materiale debbono essere visti come i nemici del principio dispositivo.

Come si è avuto modo di vedere nel corso della trattazione dei principi fondamentali del processo civile, l'idea di pubblicizzazione del processo è quella che meglio si confà alle disposizioni costituzionali, perché, fintanto che non viene portata alle sue estreme conseguenze, non comporta affatto l'annullamento o lo svilimento del principio dispositivo, semplicemente ne delimita la portata come ovvia conseguenza del bilanciamento con altri interessi, spesso superiori in quanto di matrice costituzionale.

La pubblicizzazione del processo civile nello Stato sociale di diritto, invero, se da un lato attenua il principio dispositivo, dall'altro lato favorisce lo sviluppo di un altro fondamentale principio processuale, *i.e.* il principio di collaborazione tra il giudice e le parti: il ruolo del giudice nel corso del processo cambia e si evolve, non è più solo arbitro passivo, tipica figura del processo liberale, ma è piuttosto soggetto processuale attivo e interlocutore diretto delle parti, in un dialogo a tre e in un contesto di leale collaborazione tra tutti i soggetti processuali.

Fatte queste premesse, la trattazione prosegue ora con l'analisi del modello processuale cui si ispira il processo ordinario di cognizione di primo grado italiano, nonché dei singoli poteri di direzione formale del procedimento di cui il giudice, all'interno del detto modello, dispone e gode.

2. *Il modello processuale bifasico nel processo civile italiano e la sua direzione formale.*

¹¹² Sulla compatibilità dei poteri di direzione processuale del giudice coi diritti costituzionali si veda ampiamente *supra* Capitolo secondo.

¹¹³ Si veda DE CRISTOFARO, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.* 2010, pp. 282 ss.

Ci si chiede, anzitutto, se possa dirsi davvero esistente nel processo civile italiano, analogamente a quanto accade in altri ordinamenti giuridici stranieri, un modello processuale bifasico, costituito da una prima fase preparatoria e da una seconda fase d'istruzione e di decisione della causa¹¹⁴.

Ciò che senza dubbio si può affermare è che l'idea di distinguere in due momenti il processo non è certo estranea al codice di rito italiano né ignorata dal legislatore, che, nelle sue riforme del processo ordinario di cognizione di primo grado, ha più volte affrontato il tema, decidendo di separare la fase della preparazione (trattazione) della causa da quella dell'istruzione probatoria e della conseguente decisione della controversia.

Pertanto, il punto non è tanto chiedersi il “se” di un modello bifasico, quanto piuttosto indagare il “come” tale modello processuale sia stato preso in considerazione e tradotto poi in legge¹¹⁵.

Partendo dalle origini, il codice di procedura civile del 1942 prevede una teorica distinzione tra la preparazione e l'istruzione probatoria¹¹⁶, ma la pratica giudiziaria finisce per creare un'usuale e patologica commistione tra le due attività processuali per tutto il corso del giudizio, fino al momento della rimessione della causa al collegio, lasciando dunque totalmente sulla carta la menzionata distinzione. Tale commistione tra la preparazione della causa e l'istruzione probatoria si accentua con la “controriforma” del 1950¹¹⁷¹¹⁸.

Un decisivo passo in avanti verso un modello processuale realmente bifasico viene mosso dal legislatore del Novanta, con la legge n. 353 del 1990, nella quale si prevede che la prima fase del processo sia esclusivamente dedicata alla raccolta e alla definizione del *thema decidendum ac probandum* e alla possibile conclusione anticipata della controversia, mentre la seconda fase (eventuale) sia deputata all'assunzione dei mezzi di prova dedotti e ammessi sui fatti controversi e bisognosi di essere provati¹¹⁹.

Dopo il ripensamento con la legge n. 534 del 1995, il legislatore italiano, nel 2005, torna a distinguere la fase preparatoria da quella istruttoria ed elimina finalmente quell'assurda divisione, creata dalla riforma del '95, tra la prima udienza di comparizione *ex art.* 180 c.p.c. e la prima udienza di trattazione di cui all'art. 183 c.p.c.¹²⁰.

¹¹⁴ Per una comparazione tra processo civile italiano e processo civile tedesco v. PIEKENBROCK, *Der italienische Zivilprozeß im europäischen Umfeld* cit.; HEISS, *Verfahrensverbindung und Verfahrensbeschleunigung im italienischen Zivilprozeß*, Aachen, 1997.

¹¹⁵ V. PROTO PISANI, *I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2006*, in *Foro it.* 2006, pp. 374- 389, pp. 374 ss.

¹¹⁶ COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice* cit., 143.

¹¹⁷ CARRATTA, *Il ruolo del giudice e delle parti nella fase preparatoria e le prospettive di riforma del processo civile*, in *Studi di Diritto Processuale Civile in Onore di Giuseppe Tarzia*, Tomo III, Milano, 2005, p. 2584; COMOGLIO, *op. cit.*, p. 150.

¹¹⁸ V. *supra* Capito terzo, par. 1.2. lett. a.

¹¹⁹ CARRATTA, *Il ruolo del giudice* cit., p. 2585; critico COMOGLIO, *op. cit.*, pp. 151 ss.: «si ritiene, contraddittoriamente, di riproporre una fase preparatoria – ad udienza tendenzialmente doppia (se non plurima) – non certo in funzione di una successiva trattazione od istruzione orale, utilizzando preclusioni dai contorni sfumati e contenendo le attribuzioni del giudice entro margini particolarmente angusti» (p. 151), «si ha dunque a che fare, se ben si considera, con un'ibrida trattazione a schema preconstituito e rigido, in cui, malgrado il parziale recupero di alcune previsioni contenute nel testo originario degli artt. 183-184, la prevalente “inattività” del giudice permette di scorgere null'altro, se non una lontana parvenza di quel modello che il legislatore del 1942 aveva invece concepito a suo modo, con una certa coerenza» (p. 153).

¹²⁰ V. ampiamente *supra* Capitolo terzo, par. B., 1.2., lettere b e c.

Constatata dunque l'esistenza di un modello bifasico di processo civile di primo grado nell'ordinamento giuridico italiano, l'attenzione si sposta sul come esso venga congeniato, il che comporta inevitabilmente la necessaria analisi del ruolo assegnato ai soggetti processuali, e *in primis* al giudice, all'interno del processo, specificatamente nella fase preparatoria della causa.

Infatti, l'adozione di un modello processuale bifasico, di per sé non significa molto in termini di concentrazione del rito se non è accompagnata da un ripensamento dei poteri dei soggetti processuali. In altre parole, tale modello processuale è una cornice vuota che deve essere riempita nei suoi contenuti con una razionale redistribuzione dei ruoli tra i protagonisti del rito, ossia tra il giudice e le parti.

Occorre, anzitutto, fare una necessaria premessa teorica. Si osserva che il modello processuale bifasico italiano è maggiormente avvicinabile a quello in cui la fase preparatoria, essendo analiticamente disciplinata dalla legge in ogni suo passaggio, è definita – richiamando la bipartizione elaborata da Michele Taruffo – a “binario rigido”¹²¹, in contrapposizione a quella definita invece “a contraddittorio libero”, nella quale, all'opposto, i passaggi e i momenti intermedi della fase preparatoria non sono affatto predeterminati¹²².

Nel modello “a contraddittorio libero”, il ruolo che riveste il giudice è di fondamentale rilievo, in quanto egli è dotato di notevoli **poteri di direzione formale** del processo, affinché possa proficuamente guidare lo svolgimento del procedimento e il funzionamento delle fasi processuali alla luce delle circostanze e delle esigenze del caso concreto¹²³.

Nel modello “a binario rigido”, invece, la disciplina normativa della fase preliminare è analitica¹²⁴ e il legislatore scandisce «con preclusioni interne la sequenza dei passaggi e dei momenti nei quali si collocano le diverse attività preparatorie»¹²⁵, sicché, proprio perché il corso del procedimento si auto-determina, rimane al giudice uno spazio assai limitato di movimento per poter esercitare eventuali poteri di direzione processuale, sia formali sia materiali¹²⁶. In definitiva, il giudice di un modello processuale “a binario rigido” rimane, per la gran parte del percorso processuale, passivo o comunque non è davvero in grado di incidere sull'andamento del processo¹²⁷.

¹²¹ TARUFFO, *La trattazione della causa*, in TARUFFO (a cura di), *Le Riforme della Giustizia Civile. Commento alla L. 353 del 1990 e alla L. 374 del 1991*, Torino, 1993, p. 247.

¹²² TARUFFO, *La trattazione della causa* cit., p. 246.

¹²³ TARUFFO, *op. cit.*, p. 247. Quanto ai **poteri di direzione materiale** del processo nel modello processuale “a contraddittorio libero”, ci si aspetta dal giudice che egli prepari, attivandosi in prima persona, la causa nei suoi contenuti, individuando, in modo chiaro e tendenzialmente definitivo, tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la decisione della causa e, tra le questioni di fatto, quelle bisognose di istruzione probatoria. TARUFFO, *ibid.*: «Dovrebbe dunque essere il giudice ad eliminare i punti non realmente contestati o superati, le questioni superflue e le allegazioni inutili, le domande e le eccezioni non seriamente formulate o non adeguatamente coltivate, o non effettivamente contestate, e a individuare tutti e i soli mezzi di prova che debbono essere assunti. Il giudice dovrebbe cioè “ridefinire” i termini della lite tirando le somme di tutto quanto le parti hanno detto e fatto nella fase preparatoria, e così fissando il *thema* dell'istruzione e della decisione. Quanto meno il giudice dovrebbe poter indurre le parti a svolgere efficacemente questa opera di ridefinizione».

¹²⁴ TARUFFO, *op. cit.*, p. 248

¹²⁵ TARUFFO, *op. cit.*, p. 247.

¹²⁶ TARUFFO, *op. cit.*, p. 248: «Poiché, per così dire, il legislatore ha già provveduto a tutto [...], non vi è alcun bisogno di un giudice che davvero diriga e governi questa fase del processo (la fase preparatoria). Questa, anzi, dovrebbe poter funzionare “da sola”, ossia come un meccanismo che non ha bisogno di un “conduttore”».

¹²⁷ TARUFFO, *ibid.*

Tanto più, dunque, la fase preparatoria è dettagliatamente descritta e rigidamente normata, tanto meno il giudice è dotato di poteri di direzione processuale, con il correlativo rischio che la preparazione della causa non sia perfettamente aderente alle esigenze del caso concreto ovvero funzionale alla completa definizione dell'oggetto della controversia¹²⁸.

Applicando questa macro-distinzione ai modelli processuali di riferimento nel presente studio comparato, si può affermare che il processo civile di cognizione tedesco sia grosso modo suscumbibile entro la categoria di modello "a contraddittorio libero", mentre quello italiano sia sostanzialmente appartenente alla categoria di modello processuale "a binario rigido".

Infatti, mentre nel processo civile di primo grado tedesco a un regime di preclusione e di determinazione dei tempi delle due fasi processuali di tipo flessibile, perché non dettagliatamente disciplinate dalla *Zivilprozessordnung*, corrispondono rilevanti poteri-doveri di direzione formale del procedimento¹²⁹, in Italia si è preferito regolamentare ogni passaggio del processo, soprattutto della fase preparatoria della causa, imponendo alle parti di compiere i propri atti processuali secondo la rigida tempistica dettata dal regime delle preclusioni e al giudice di seguire i termini e i passaggi che la legge descrive puntualmente in diverse parti del codice di procedura civile, *in primis* all'art. 183 c.p.c.¹³⁰

Di conseguenza, si può affermare che, nel processo civile italiano, la fase preparatoria risulti essere sostanzialmente "privatizzata"¹³¹ e che il ruolo del giudice sia perimetrato entro limiti normativi decisamente rigidi e stringenti, di talché il giudice non gode davvero di effettivi **poteri di direzione formale** del processo, specificatamente della fase preparatoria iniziale del giudizio, che gli consentano di introdurre elementi di flessibilità e di concentrazione nel rito ordinario di cognizione.

Lo schema processuale rigido adottato dal codice di procedura civile italiano non consente al giudice di dirigere e amministrare il procedimento, a discapito dell'adattabilità della struttura processuale alle esigenze della singola causa concreta, frustrando così le aspirazioni di concentrazione del rito.

La fase di trattazione, in particolare, ha una forma già delineata nei suoi contorni e predeterminata nei suoi contenuti dalla legge; essa segue un ritmo già scandito dalla rigida progressione di preclusioni, la quale finisce inevitabilmente per relegare il giudice al ruolo di «"dispensatore" di

¹²⁸ TARUFFO, *op. cit.*, p. 249: «Piuttosto vale la pena chiedersi sino a che punto una disciplina normativa rigida e puntigliosa della fase preliminare sia davvero funzionale al raggiungimento di un'adeguata preparazione della causa o se invece non sia più utile una maggiore elasticità interna alla fase preliminare, compensata da rigide preclusioni alla fine di essa».

¹²⁹ V. *supra* nel presente Capitolo, par. A.

¹³⁰ CHIARLONI, *Giudice e parti nella fase introduttiva del processo civile di cognizione*, in *Riv. trim. proc. civ.* 1999, pp. 385-411, pp. 385-386, l'a. esprime perplessità sull'impianto della fase introduttiva del processo ordinario di cognizione, legata soprattutto al «furore analitico di cui il legislatore si è mostrato capace nello scrivere l'art. 183 c.p.c. La disciplina della prima udienza sorprende spiacevolmente per la sua spropositata lunghezza in contrasto irrimediabile con le regole di buona fattura di un codice continentale. Nella fase di definizione dell'oggetto del giudizio, il contraddittorio ben può vedere una successione di scambi tra le parti, la cui articolazione segua la maggiore o minore complessità della controversia. Ma una confusione inopportuna tra testardaggine didattica e scelte prescrittive ha condotto il legislatore ad accanirsi nella previsione puntuale di questa catena, quasi che i singoli anelli dovessero di necessità essere cronologicamente spazati».

¹³¹ CARRATTA, *op. cit.*, p. 2589.

udienze e di termini e quindi regolatore del congestionato traffico delle memorie di parte senza mai assumere la direzione del processo»¹³².

Quanto **poteri di direzione materiale** del processo, il giudice deve chiedere alle parti i necessari chiarimenti, individuare le questioni rilevabili d'ufficio e stralciare tutto quanto non rilevi ai fini della decisione della causa. L'organo giudiziario, dirigendo la fase preparatoria nei suoi contenuti, dovrebbe essere in grado di contribuire, nel rispetto del principio del contraddittorio, all'esatta e definitiva individuazione dell'oggetto della controversia, attraverso la chiarificazione, la semplificazione e la definizione dei termini della causa¹³³.

Tra i poteri di direzione materiale del processo, un fondamentale rilievo sicuramente riveste la sollevazione di questioni d'ufficio, da esercitarsi, preferibilmente e fintanto che ciò sia possibile, nel corso della trattazione della causa, segnalandolo di seguito alle parti a tutela del loro diritto costituzionale al contraddittorio. Il dovere (-potere) del giudice di sollevare le questioni rilevabili d'ufficio nella fase preparatoria, piuttosto che in un momento successivo, si giustifica soprattutto in base a ragioni di economia processuale, potendo essere le questioni pregiudiziali o preliminari idonee a determinare la conclusione anticipata della causa ovvero tali da poter comunque influenzare l'andamento dell'intero giudizio¹³⁴.

Più in generale, se il giudice rileva d'ufficio le questioni pregiudiziali e preliminari nella fase preparatoria della causa, la fase successiva può proseguire più speditamente, concentrandosi unicamente sulle questioni di fatto e di diritto rilevanti per la decisione.

La fase preparatoria della causa è altresì la sede privilegiata in cui porre in essere il tentativo di composizione amichevole della controversia e, in tale contesto, il ruolo del giudice che esercita i propri poteri di direzione processuale è di fondamentale rilievo¹³⁵. Se, infatti, è vero che tra i principi generali che reggono la teoria della mediazione e dei metodi di composizione amichevole della controversia vi è la volontarietà del relativo procedimento, d'altro canto, tuttavia, non si può non constatare come il giudice, nella veste di "media-conciliatore", possa giocare un ruolo decisivo in questo contesto¹³⁶.

Eppure, anche in tema di poteri di direzione materiale del processo, il modello "a binario rigido" dimostra le sue mancanze. Esso, infatti, non può essere pienamente funzionale al raggiungimento degli obiettivi tipici di efficienza processuale, che il modello bifasico di procedimento dovrebbe invece perseguire, fintanto che al giudice non venga consentito di amministrare e di dirigere

¹³² CAPPONI, *Trattazione della causa, ruolo del giudice, cultura del contraddittorio nel d.d.l. Mastella sulle «Disposizioni per la razionalizzazione e l'accelerazione del processo civile»*, in www.judicium.it; FICCARELLI, *Fase preparatoria* cit., p. 30.

¹³³ TARUFFO, *op. cit.*, p. 244, prosegue l'a. dicendo che al fine di stabilire con chiarezza su cosa dovrà svolgersi l'istruzione e quale sia il *thema decidendum*, il giudice può servirsi degli strumenti dell'interrogatorio libero delle parti e della richiesta di precisazioni sulle allegazioni che queste compiono.

¹³⁴ TARUFFO, *op. cit.*, pp. 244-245. Specifica l'a. altresì che: «vi sono rilevanti ragioni per configurare un dovere del giudice di indicare tempestivamente alle parti le questioni rilevabili d'ufficio. Per un verso, non ha senso cercare di indurre le parti a definire in modo completo e preciso i termini della controversia nella fase preliminare, se il giudice non fa la stessa cosa per quanto riguarda i poteri d'ufficio di cui dispone. Per altro verso, tale indicazione è indispensabile al fine di garantire il contraddittorio delle parti sulle questioni che il giudice configura d'ufficio come possibilmente rilevanti ai fini della decisione».

¹³⁵ TARUFFO, *op. cit.*, p. 245.

¹³⁶ TARUFFO, *ibid.* Sul tema v. *supra* Capitolo terzo par. B., I.2., lett. d., iii.

l'attività delle parti di preparazione della causa, compromettendo così la funzionalità di tale fase processuale e introducendo nel procedimento seri elementi di rigidità e d'inadattabilità del rito alle esigenze del caso concreto¹³⁷.

La fase processuale di preparazione della causa finisce allora per limitarsi a uno scambio di scritti difensivi tra le parti; si sostanzia, insomma, in un dialogo esclusivo tra l'attore e il convenuto, dal quale il giudice è estraneo, essendogli impedito di fare alcunché per aiutare le parti nella corretta delimitazione dell'oggetto della controversia¹³⁸.

Il processo rischia inevitabilmente di allungarsi, poiché la fase preparatoria è lasciata prevalentemente nella disponibilità delle parti; il che accade, per esempio, ogniqualvolta un'allegazione si riveli in seguito del tutto inutile ovvero le conclusioni delle parti richiedano di essere riviste o integrate alla luce di quanto emerge dal decreto di fissazione dell'udienza o da altro atto del giudice¹³⁹.

In conclusione, i principi costituzionali, oltre che internazionali¹⁴⁰, del giusto processo e della sua ragionevole durata impongono al giudice e alle parti di seguire per tutto il corso del processo, e soprattutto nella fase preparatoria della causa, il principio processuale di collaborazione, in forza del quale il giudice ha il potere-dovere di condurre il processo in modo tale che sia davvero "giusto" secondo i dettami costituzionali e internazionali – bilanciando così i diversi, e spesso contrapposti, interessi della ragionevole durata del processo, da un lato, e del pieno rispetto del contraddittorio e del diritto di azione, dall'altro lato – e le parti devono rispettare l'obbligo di completezza nel compimento di tutti quegli atti volti alla fissazione della materia del contendere¹⁴¹.

È proprio la collaborazione tra il giudice e le parti nella ricostruzione dell'oggetto del processo che rende la fase della trattazione della controversia davvero utile ai fini della preparazione del materiale decisivo e capace di definire in modo quanto più possibile concentrato il *thema decidendum ac probandum*¹⁴².

Tuttavia, l'evoluzione che ha visto il sorgere di nuovi valori processuali, di derivazione costituzionale, e un diffuso cambiamento di mentalità, anche a livello internazionale, di tutti coloro che, addetti ai lavori, si approcciano al problema della concentrazione del processo, non è stata accompagnata in Italia dal cambiamento, sufficientemente deciso, di atteggiamento da parte del legislatore, il quale rimane fermo nella propria scelta di adottare un modello processuale decisamente rigido, nel quale incastonare singole norme attributive di poteri di direzione

¹³⁷ CARRATTA, *op. cit.*, p. 2608.

¹³⁸ CARRATTA, *op. cit.*, p. 2600; giustamente critico nei confronti del sacrificio dell'oralità nella trattazione, CHIARLONI, *Giudice e parti nella fase introduttiva* cit., pp. 387-388.

¹³⁹ CARRATTA, *op. cit.*, p. 2601.

¹⁴⁰ Ci si riferisce, chiaramente, all'art. 111, comma 2° Cost. e all'art. 6 CEDU.

¹⁴¹ CARRATTA, *op. cit.*, pp. 2590 ss.

¹⁴² CARRATTA, *op. cit.*, p. 2591. Sul tema della relazione tra i poteri processuali del giudice e le garanzie processuali, l'a. osserva che: «la decisione finale di merito può ritenersi "giusta" in quanto fondata su un accertamento il più possibile veritiero (e come tale, razionalmente condotto) delle allegazioni fattuali prese in considerazione. E non v'è dubbio che la "collaborazione" fra giudice e parti durante la fase preparatoria, finalizzata alla corretta delimitazione del *quod decidendum*, alla chiarificazione dei fatti rilevanti e bisognosi di prova, alla individuazione ed eliminazione delle "questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione", costituisca il metodo migliore per conseguire un simile risultato», pp. 2591-2592.

processuale al giudice, che, prevedibilmente, non saranno in alcun modo capaci di apportare un miglioramento effettivo, in termini di efficienza, alla giustizia civile.

Ecco che, allora, emerge pienamente, in tutta la sua lucida razionalità e innegabile attualità, la riflessione secondo la quale, quando si tratta di modelli di fase preliminare «non si profila la classica antitesi tra ruolo del giudice e autonomia delle parti, ma tra ruolo del giudice e ruolo della legge, o del legislatore, mentre per certi aspetti il ruolo del giudice e quello delle parti si collocano sullo stesso lato della contrapposizione»¹⁴³.

Il legislatore circonda il procedimento con tutta una serie di “paletti” che sminuiscono i ruoli rivestiti dai soggetti processuali, soprattutto nella fase preparatoria della causa. Egli rifiuta lo spazio alla discrezionalità del giudice, il quale, con le sue scelte, potrebbe adeguare la disciplina processuale alle esigenze della singola causa concreta; piuttosto tipizza analiticamente ogni fase processuale, soprattutto quella preparatoria, talché il procedimento è un modello prefabbricato, dal funzionamento meccanico e automatizzato.

In un tale congegno, governato dall'esterno, il ruolo del giudice è ridotto a quello di un semplice spettatore, e il ruolo delle parti a quello di meri esecutori di ciò che viene loro prescritto rigorosamente dalla legge¹⁴⁴. È così, allora, che i poteri di direzione formale del giudice sono talmente limitati e circostanziati in singoli momenti del processo da non poter funzionare, né incidere davvero sull'efficienza del processo.

3. I poteri del giudice di direzione formale del processo nel codice di procedura civile.

I poteri del giudice di direzione formale del processo civile sono previsti anche nell'ordinamento processuale italiano, perché universalmente riconosciuti come funzionali alla correttezza e alla celerità, alla semplicità formale e all'economia dell'intero processo; essi sono strumenti posti nelle mani del magistrato per dirigere il ritmo del procedimento e per scegliere i mezzi che consentano di giungere alla pronuncia di una decisione giusta, in quanto frutto di una attuata “giustizia processuale”.

Il “come” del processo è di fondamentale rilievo perché va a toccare i principi e le garanzie costituzionali, condizionandone l'attuazione: la giustizia processuale garantisce il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, nonché il diritto alla difesa e al contraddittorio¹⁴⁵.

Nel processo civile italiano, i poteri di direzione formale del procedimento sono, invero, fondamentalmente riposti nelle mani del giudice istruttore, il quale, nella predisposizione dei mezzi processuali e nel loro utilizzo, gode di un certo margine di discrezionalità, soprattutto metodologica¹⁴⁶. La scelta del legislatore di affidare la guida del procedimento a un unico soggetto è giustificata dalla volontà di inserire nel processo elementi di elasticità e di adattabilità dello stesso

¹⁴³ TARUFFO, *op. cit.*, p. 248; l'a. prosegue osservando che: «Sembra dunque che, almeno per quanto attiene ai modelli di fase preparatoria, la tradizionale antitesi tra autonomia delle parti e ruolo del giudice non offra una chiave di lettura particolarmente fruttuosa, poiché rischia di non cogliere gli aspetti più importanti del problema» (p. 249).

¹⁴⁴ TARUFFO, *op. cit.*, p. 248

¹⁴⁵ PAJARDI, sub. *art. 175*, in ALLORIO (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Libro II, Tomo I, Torino, 1980, pp. 480 ss., p. 493.

¹⁴⁶ PAJARDI, sub. *art. 175 cit.*, p. 486.

alle esigenze della causa concreta, affinché il diritto processuale civile possa davvero predisporre i mezzi più adeguati per la tutela dei diritti sostanziali oggetto della controversia¹⁴⁷.

In generale, i poteri di direzione formale del giudice rivestono la duplice forma di poteri-doveri – e in questo caso il giudice non ha scelta sul se compiere una certa attività giuridica o meno, ma è libero quanto al suo *modus* – e di poteri tecnicamente discrezionali, i quali rendono libero l'*an* del compimento di un determinato atto processuale¹⁴⁸.

Tradizionalmente, quando ci si parla di poteri del giudice di direzione formale del procedimento, il riferimento corre all'art. 175, comma 1° c.p.c., all'art. 127, comma 2° c.p.c., relativamente alla direzione del procedimento e dell'udienza, nonché agli artt. 128 ss. c.p.c., concernenti i poteri di polizia di udienza attribuiti al giudice per il mantenimento dell'ordine e del decoro in aula durante la pubblica udienza di discussione della causa¹⁴⁹.

Sono certamente poteri di direzione formale e procedimentale la fissazione delle date di udienza successive alla prima e la fissazione e la proroga dei termini entro i quali le parti hanno di volta in volta l'obbligo o l'onere di compiere gli atti processuali nel loro interesse (artt. 152, 154 e 175, comma 2° c.p.c.); si parla poi di poteri di direzione formale del procedimento quando il giudice rilevi le nullità degli atti introduttivi e ne disponga la rinnovazione, quando adotta i provvedimenti opportuni per la regolarizzazione degli atti difettosi o per l'eliminazione di un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione delle parti¹⁵⁰, quando, infine, autorizzi la chiamata in causa del terzo su richiesta dell'attore, se l'esigenza sia sorta dalle difese del convenuto.

Il giudice istruttore ha inoltre il potere di risolvere immediatamente e provvisoriamente tutte le questioni attinenti al corso dell'attività di trattazione o di istruzione e di adottare i rilevanti provvedimenti di cui all'art. 187 c.p.c., il quale peraltro si chiude con un formula assai generale: il giudice dà ogni altra disposizione relativa al processo.

Sono poi poteri di direzione formale del giudice anche gli interventi di tipo ordinatorio diretti a provocare il cumulo o la riunione o la separazione delle cause (artt. 103, comma 2°, 104, comma 2°, 273, 274 e 277, comma 2° c.p.c.)¹⁵¹

In tempi più recenti, come si è avuto modo di illustrare nel capitolo precedente¹⁵², il legislatore ha allungato ulteriormente l'elenco dei poteri di direzione formale del procedimento affidati al giudice della causa, con le disposizioni di cui all'art. 81*bis* disp. att. c.p.c. (il calendario del processo) e all'art. 183*bis* c.p.c. (Passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione).

In questa sede si decide di concentrare l'attenzione esclusivamente su quei poteri di direzione formale che più degli altri contribuiscono all'accelerazione e alla concentrazione del rito, specificatamente: sulle disposizioni per così dire "tradizionali", che si esprimono con formule generiche per riconoscere al giudice un certo spazio di discrezionalità circa la decisione sul modo della conduzione del rito (att. 127, comma 2° e 175, comma 1° c.p.c.); e sulle disposizioni più

¹⁴⁷ PAJARDI, *op. cit.*, p. 486.

¹⁴⁸ PAJARDI, *op. cit.*, p. 487.

¹⁴⁹ FICCARELLI, *op. cit.*, p. 26.

¹⁵⁰ FICCARELLI, *ibid.*

¹⁵¹ FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo e ruolo del giudice civile cit.*, p. 80.

¹⁵² V. *supra* Capitolo terzo B., 1.2., lett. d., i. e ii.

innovative, di recente conio, che hanno certamente valorizzato il ruolo del giudice nell'amministrazione dei tempi e delle forme del procedimento (artt. 81^{bis} disp. att. c.p.c. e 183^{bis} c.p.c.).

a. I criteri generali: gli artt. 127, comma 2° e 175, comma 1° c.p.c.

Gli artt. 127, comma 2° e 175, comma 1° c.p.c. sono entrambi ispirati dal principio di oralità e di concentrazione del processo e, proprio per questo, attribuiscono, per mezzo di clausole generali, poteri di direzione formale al giudice, sia egli giudice istruttore, giudice monocratico o presidente del collegio. Proprio a causa dell'identità di *ratio* sottesa ad entrambe le norme, esse debbono essere poste in stretta correlazione¹⁵³.

Ai sensi dell'art. 127, comma 2° c.p.c., l'udienza è diretta dal giudice monocratico ovvero dal presidente del collegio, il quale può fare o prescrivere tutto quanto occorra affinché la trattazione della causa avvenga in modo ordinato e proficuo, regola la discussione, determina i punti sui quali questa debba svolgersi e dichiara chiusa la discussione quando la ritiene sufficiente.

L'art. 175, comma 1° c.p.c., prevede invece che il giudice istruttore eserciti tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento, inserendo così nel codice di procedura civile la regola generale processuale secondo la quale, una volta introdotta la causa spetta al giudice e non più alle parti l'iniziativa nel dirigere il processo¹⁵⁴.

Entrambe le norme sono poi completate dagli artt. 80 e seguenti delle disposizioni di attuazione al codice di procedura civile, che stabiliscono le regole alle quali il giudice debba attenersi nella fissazione delle udienze (artt. 80, 81 e 83 disp. att. c.p.c.) e che disciplinano le ipotesi di rinvio d'ufficio¹⁵⁵.

Insieme, l'art. 127, comma 2° e l'art. 175, comma 1° c.p.c. costituiscono la legittimazione normativa dei poteri ufficiosi, normalmente discrezionali, di direzione formale del processo civile ordinario di primo grado, posti nel pubblico interesse alla corretta amministrazione della giustizia.

Ai fini dell'attuazione della concentrazione del processo, la disposizione di cui all'art. 127, comma 2° c.p.c. si occupa specificatamente della direzione dell'udienza di trattazione della causa e incarica il giudice monocratico ovvero il presidente del collegio di far sì che la detta fase processuale avvenga nel modo più «ordinato e proficuo» possibile, e quindi di intervenire per stralciare dall'udienza attività processuali ritenute inutili e di attenuare, ogniquale volta ciò sia possibile, formalismi superflui, favorendo così la concentrazione del processo.

Più in generale, nel rispetto del principio alla ragionevole durata del processo, egli deve evitare e impedire comportamenti che siano di ostacolo a una sollecita definizione della causa, tra i quali

¹⁵³ Secondo MARENGO, voce *Udienza civile*, in *Enciclopedia del diritto*, pp. 483-494, p. 484: «Il “potere” di direzione dell'udienza attribuito al giudice è, dunque, parte del più ampio “potere” di direzione del processo, cosicché il disposto dell'art. 127 c.p.c. va posto in correlazione con l'art. 175 c.p.c.»

¹⁵⁴ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. II, Torino, 2011, p. 68.

¹⁵⁵ Sul tema v. PAJARDI, *op. cit.*, p. 499.

rientrano certamente quelli che si traducono in un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue, perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo¹⁵⁶.

Ai fini dell'attuazione del principio di oralità, l'art. 127, comma 2° c.p.c. assegna al giudice, monocratico o presidente del collegio, il compito di dare massima valorizzazione ed effettività all'oralità nell'udienza di trattazione, in quanto è il magistrato che «regola la discussione» e «determina i punti sui quali essa deve svolgersi», finché non ritenga, secondo il proprio prudente apprezzamento, la discussione sufficientemente sviluppata e, allora, la dichiara chiusa¹⁵⁷. Così statuendo, la disposizione in esame promuove indubbiamente il ruolo del giudice quel direttore del dibattito tra le parti e quale garante del principio processuale di oralità, nonché del diritto costituzionale al contraddittorio.

Per quanto riguarda, invece, l'art. 175 c.p.c., tale norma, proprio grazie all'ampiezza della sua formulazione, valorizza il ruolo rivestito dal giudice istruttore all'interno del processo di cognizione, in quanto è proprio il giudice istruttore il soggetto processuale incaricato di attuare i principi di oralità e concentrazione nel giudizio civile di primo grado, assegnandogli il giusto ritmo e le forme più adeguate alla realtà della singola causa¹⁵⁸.

La norma, parlando genericamente di «tutti i poteri intesi» alla direzione del processo, si presenta come «disposizione di portata generale, a rilevante funzione quantomeno programmatica»¹⁵⁹, e affida al giudice istruttore tutta una serie di poteri che non sono tipizzati né predeterminati, ma che possono essere individuati alla luce dello scopo che essi perseguono, *i.e.* lo svolgimento «leale e sollecito» del processo.

Tali due ultimi criteri vincolano dunque il giudice nell'esercizio della direzione processuale e ne limitano la discrezionalità, impedendo che essa si converta in arbitrio: la sollecitudine è da intendere in termini sia di funzionalità cronologica sia di funzionalità generale¹⁶⁰, richiedendo al giudice che diriga un processo che sia non solo concentrato, ma anche efficiente; la lealtà è un termine che attiene chiaramente alla «deontologia dei comportamenti processuali»¹⁶¹ e, quindi, richiama l'attenzione del magistrato sulla responsabilità e sul dovere di diligenza che gli derivano dal riconoscimento di poteri processuali piuttosto (almeno sulla carta) ampi.

Analogamente a quanto detto con riferimento ai poteri di cui all'art. 127, comma 2° c.p.c. in sede di direzione dell'udienza, non sono soltanto la concentrazione (sollecitudine) e la diligenza (lealtà) a guidare e, allo stesso tempo, limitare il giudice nell'esercizio delle proprie scelte discrezionali, che connotano i suoi poteri di impulso e di direzione processuale. Non vi è dubbio infatti che anche i principi costituzionali e il loro bilanciamento, specificatamente la ragionevole durata del processo e il contraddittorio, costituiscano criteri guida nell'esercizio dei poteri processuali di natura

¹⁵⁶ Così Cass. civ. 8 febbraio 2010, n. 2723.

¹⁵⁷ Ferma restando l'osservazione che il principio di oralità «il principio di oralità ha trovato, nella prassi, scarsa applicazione: lo scambio di comparse che avrebbe dovuto costituire l'eccezione, è divenuto, invece, la regola, cosicché l'importanza dell'udienza nello svolgimento della trattazione risulta ridotta»: MARENCO, voce *Udienza civile* cit., p. 491.

¹⁵⁸ BRUNELLI, sub. art. 175, in , in CARPI – TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, Padova, 2015, pp. 701-705, p. 701.

¹⁵⁹ BRUNELLI, sub. art. 175 cit., p. 701.

¹⁶⁰ PAJARDI, *op. cit.*, p. 488.

¹⁶¹ PAJARDI, *ibid.*

discrezionale riconosciuti al giudice. Sicché, quest'ultimo deve impedire il realizzarsi di comportamenti forieri di inutili ritardi ed evitare di seguire o d'imporre formalità del tutto superflue, qualora ciò possa apportare un beneficio al processo intero in termini di durata, e sempre che ciò non comporti la lesione del diritto al contraddittorio, del diritto all'eguaglianza tra le parti e del diritto di difesa¹⁶².

Infine, il giudice istruttore è incaricato di fissare i termini entro i quali le parti debbono compiere gli atti processuali e le udienze successive alla prima, salvo che non ritenga già di poter rimettere la causa al collegio per la decisione, ai sensi dell'art. 80bis c.p.c.

Infatti, sebbene la disposizione di cui all'art. 183 c.p.c. parrebbe voler pretendere che il giudice esaurisca tutta l'attività di trattazione e di preparazione della causa in un'unica udienza, invero le attività preparatorie di cui al citato articolo 183 c.p.c. possono anche svolgersi in più udienze successive, secondo la valutazione discrezionale del giudice, nell'esercizio dei suoi poteri di direzione formale¹⁶³, né si rinviene in alcuna parte della disciplina processuale un esplicito divieto alla fissazione di udienze di rinvio, anche mero.

Ne segue che i casi di rinvio non sono solo quelli esplicitamente previsti dal comma 1° dell'art. 183 c.p.c., ma anche tutte quelle diverse ipotesi nelle quali il rinvio appaia necessario, perché esso consente il rispetto dei principi costituzionali, e dovrà essere disposto dal giudice, nell'esercizio dei propri **poteri di direzione formale** del procedimento di cui all'art. 175 c.p.c.¹⁶⁴.

Uno dei motivi del rinvio¹⁶⁵, forse il principale, è la costituzione del convenuto in udienza *ex art.* 171, comma 2° c.p.c., che impone normalmente la fissazione di una nuova udienza di trattazione al fine di garantire il diritto di difesa dell'attore e di consentirgli, quindi, di replicare con nuove domande o eccezioni, ovvero con la chiamata del terzo¹⁶⁶. Si osserva che l'ammissione nel nostro ordinamento della costituzione delle parti in giudizio, se da un lato denota sicuramente il *favor* del legislatore per la libertà delle parti, dall'altro lato compromette seriamente la concentrazione del procedimento e, soprattutto, la possibilità per il giudice di esercitare proficuamente i propri poteri di direzione processuale. Fissato in modo definitivo l'oggetto della controversia soltanto in uno stadio avanzato della trattazione, la possibilità che effettivamente il giudice possa fare delle scelte discrezionali e di direzione, materiale ovvero formale, del processo, davvero determinanti per l'economia processuale, sono alquanto esigue.

Dall'analisi congiunta degli artt. 127 e 178 c.p.c. si desume che il giudice, sulla carta, è dotato di notevoli poteri di direzione formale del processo e la formulazione stessa delle disposizioni in esame, sempre sulla carta, lascia un ampio spazio alla discrezionalità del giudice che, se

¹⁶² BRUNELLI, *op. cit.*, p. 702.

¹⁶³ *Contra* CHIARLONI, *Prima comparizione delle parti e trattazione della causa*, in CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Torino, 2007, pp. 150 ss., p. 170.

¹⁶⁴ CEA, *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2010, p. 47: «credo che il “furore analitico” del nuovo legislatore non possa esaurire tutte le ipotesi possibili in cui si renda doveroso il rinvio della prima udienza e che esse dovranno essere valutate dal giudice nell'ottica del rispetto dei valori costituzionalmente garantiti, quali il diritto di difesa e il diritto all'attuazione di un contraddittorio pieno ed effettivo».

¹⁶⁵ Altre ipotesi di rinvio dell'udienza di trattazione sono: la sussistenza di vizi del contraddittorio da sanare; la richiesta congiunta delle parti di fissare un'udienza di comparizione personale per l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione.

¹⁶⁶ CHIARLONI, *op. cit.*, p. 166-167. Per l'a. si tratterebbe di una dimenticanza del riformatore del 2005, che ha però come grave conseguenza quella di indurre il giudice a studiare il processo sulle carte, solo quando siano complete.

correttamente applicata, secondo i criteri ispiratori dell'intera disciplina – ossia, come si è visto, la concentrazione, l'oralità e la ragionevole durata del processo – possono introdurre nel procedimento, in particolare nella fase di trattazione della causa, importanti elementi di flessibilità e anche di velocizzazione del rito.

Senonché, gli artt. 127 e 175 c.p.c. non possono avere piena effettività ed efficacia in un modello processuale ingessato come quello immaginato dal codice di procedura civile, soprattutto con riferimento alla trattazione della causa. Lo schema processuale adottato dagli artt. 183 ss. c.p.c. è preconstituito e impossibile da rimodellare sulle esigenze della causa concreta, di talché ciò che può davvero fare il giudice per dirigere il processo è di portata assai limitata, il ruolo promozionale e di gestione/amministrazione del procedimento riconosciuto al magistrato si riduce a ben poca cosa; certamente, se queste sono le premesse, il giudice non è in grado di apportare in concreto un reale contributo alla concentrazione del procedimento e all'oralità nel processo.

b. Il calendario del processo.

Come si ha avuto modo di constatare durante la trattazione delle più recenti riforme del processo civile italiano¹⁶⁷, è innegabile che il legislatore degli ultimi anni, e specificatamente quello degli anni che vanno dal 2009 ad oggi, abbia decisamente valorizzato i poteri direttivi del giudice, correlativamente responsabilizzando, con maggiore incisività rispetto al passato, le parti processuali^{168 169}, essendosi reso conto del fatto che quella che un tempo veniva vista come la deriva pubblicistica del processo civile, non è altro che lo strumento più ovvio e immediato di velocizzazione e di realizzazione dell'efficienza processuale, salvo specificare poi che esso non può essere l'unico mezzo azionato per risolvere i reali problemi della giustizia italiana.

Infatti, si osserva che l'incremento dei poteri di direzione processuale del giudice si riduce sostanzialmente a un'arma spuntata se non viene accompagnata da una riforma organica del modello processuale di riferimento e da una decisiva riorganizzazione interna dei tribunali e degli uffici giudiziari¹⁷⁰, eventualmente sull'esempio virtuoso del Tribunale di Torino, presieduto da Mario Barbuto¹⁷¹.

¹⁶⁷ V. supra Capitolo terzo, par. B., 1.2., lett. d.

¹⁶⁸ GHIRGA, *Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto*, in *Riv. dir. proc.* 2012, pp. 166 ss., p. 169.

¹⁶⁹ Il riferimento va, in particolare, alla disciplina sulle spese giudiziarie di cui agli artt. 91 ss. e soprattutto all'art. 96 c.p.c. Sul tema v. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, pp. 73 ss.

¹⁷⁰ PROTO PISANI, *I modelli di fase preparatoria dei processi* cit., p.

¹⁷¹ L'iniziativa del Tribunale di Torino parte nel 2001, quando il Dottor Mario Barbuto assume la carica di Presidente del Tribunale, con un progetto che prende il nome di "Programma Strasburgo". Il progetto per la gestione dei procedimenti civili e la riduzione delle pendenze in esame si basa essenzialmente sull'adozione del metodo del LIFO (*first in first out*), che sostituisca il diffuso meccanismo inverso del FIFO (*first in, first out*), ossia prima vengono trattate e decise le cause vecchie e soltanto in seguito, una volta smaltito l'arretrato, si passa alla trattazione e decisione delle cause nuove. Presupposto perché il cambiamento di metodo di lavoro del tribunale funzioni è l'effettiva conoscenza del proprio arretrato. Per questo il Programma Strasburgo prevede anche, come passaggio necessario e fondamentale della sua attuazione, la redazione di una sorta di mappatura delle pendenze, sostanzialmente un censimento delle cause vecchie. L'analisi del magazzino e dei flussi, secondo Barbuto, consente infatti, soprattutto in presenza di numeri importanti, risposte, per così dire, seriali e standardizzate. In definitiva, l'idea è di compiere una rilevazione periodica delle cause pendenti nel Tribunale e dell'arretrato, con la relativa "targatura" dei processi e, sulla base di detta rilevazione, dare precedenza assoluta alle cause più vecchie, *in primis* alle cause con un'anzianità ultra-triennale.

Quanto detto emerge chiaramente dalla semplice analisi dell'istituto del calendario del processo, *ex art 81bis disp. att. c.p.c.*, inserito di recente nel corpo normativo con la riforma n. 69 del 2009¹⁷².

Ai sensi dell'art. 81*bis* disp. att., il giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa, fissa, nel rispetto del principio di ragionevole durata del processo, il calendario delle udienze successive, indicando gli incombeni che verranno in ciascuna di esse espletati, compresi quelli di cui all'art. 189, primo comma¹⁷³.

La disposizione in esame «costituisce specificazione del generale potere di direzione del procedimento attribuito al giudice dall'art. 175 c.p.c., al quale si aggiunge una funzione organizzativa più specifica, diretta alla formulazione di un progetto complessivo di svolgimento del giudizio, con predeterminazione delle attività da svolgersi e delle scadenze temporali delle stesse»¹⁷⁴.

Esattamente come l'art. 175 c.p.c., anche l'art. 81*bis* disp. att. c.p.c. attribuisce al giudice un rilevante potere di direzione formale del processo, volto alla più sollecita e leale conduzione del procedimento, di natura discrezionale quanto al *modus* della sua attuazione¹⁷⁵, ai fini della concentrazione dell'intero rito processuale civile di primo grado.

La tecnica legislativa scelta dal riformatore del 2009 è, giustamente, quella di guidare l'esercizio da parte del giudice del proprio potere discrezionale nella redazione del calendario delle udienze della fase istruttoria, attraverso l'individuazione di criteri generali ed elastici: la natura, l'urgenza e la complessità della causa.

Se da un lato i tre criteri di priorità enunciati sottraggono alla discrezionalità mera del giudice la scansione temporale delle diverse attività processuali¹⁷⁶, dall'altro lato, le menzionate genericità ed elasticità che connotano i criteri usati dal legislatore per guidare il prudente apprezzamento del giudice nella fissazione delle date di udienza e delle attività in esse espletate, consentono al magistrato di avere una notevole libertà organizzativa del proprio lavoro, potendo decidere discrezionalmente quale ritmo assegnare alla singola causa e, soprattutto, come gestire le cause iscritte nel proprio ruolo, soppesando razionalmente i tre caratteri "natura, urgenza e complessità", salvo specificare poi che la legge subordina l'esercizio del potere di direzione formale del giudice in oggetto alla previa audizione delle parti, a tutela dei loro diritti al contraddittorio e alla difesa¹⁷⁷.

¹⁷² V. *supra*, Capitolo terzo, par. B., 1.2., lett. d.

¹⁷³ Per la trattazione del tema si rinvia a quanto già illustrato nel Capitolo precedente al paragrafo B., 1.2., lett. d.

¹⁷⁴ GUGLIELMINO, *Il calendario del processo*, in BESSO – FRUS – RAMPAZZI – RONCO (a cura di), *Trasformazioni e riforme del processo civile. Dalla l. 69/2009 al d.d.l. delega 10 febbraio 2015*, Bologna, 2015, pp. 195 ss., p. 196.

¹⁷⁵ Come si è avuto modo di illustrare nel Capitolo precedente, la redazione del calendario del processo da parte del giudice deve essere inteso come un potere-dovere del magistrato quanto l'*an*, ma come discrezionalità tecnica quanto al suo *quomodo*.

¹⁷⁶ PICOZZA, *Il calendario del processo*, in *Riv. dir. proc.* 2009, pp.1650 ss., p. 1656.

¹⁷⁷ Quanto al momento in cui instaurare il contraddittorio sul calendario del processo v. GUGLIELMINO, *Il calendario del processo* cit., pp. 200 ss. Specificamente, l'a. ritiene che la soluzione interpretativa migliore sia quella che vuole la fissazione del calendario del processo con la medesima ordinanza con la quale ammette le prove ritenute ammissibili e rilevanti e, quindi, le parti potranno fornire le loro indicazioni in merito alla formulazione del calendario o in sede di udienza *ex art. 183 c.p.c.* ovvero nelle memorie *ex art. 183, comma 6° c.p.c.* (p. 201). PICOZZA, *Il calendario del processo* cit., p. 1654: «Con riferimento al momento in cui le parti debbono essere ascoltate è ragionevole ritenere che il

Tuttavia, occorre specificare che l'art. 81bis disp. att. c.p.c., prevedendo l'obbligo per il giudice di sentire le parti, non vuole certo assegnare a queste la prerogativa di poter assentire o meno con le valutazioni del giudice, adattando il calendario ai propri impegni. Semplicemente, il legislatore ha voluto che il giudice, attraverso l'instaurazione di un contraddittorio informale¹⁷⁸, coinvolgesse le parti nella programmazione dei tempi del processo, nel rispetto del principio generale di collaborazione tra i soggetti processuali. Dunque, le osservazioni circa le modalità temporali di assunzione delle prove e le eventuali preferenze o esigenze espresse dalle parti, nei limiti del possibile sono un altro criterio di valutazione del giudice per la redazione del calendario del processo¹⁷⁹.

L'art. 81bis disp. att. c.p.c. prevede la possibilità di prorogare i termini fissati nel calendario per ovvie ragioni di flessibilità della disciplina, che comunque si deve adattare alla realtà della pratica giudiziaria. È possibile, dunque, rinviare le udienze già fissate nel calendario al sopraggiungere, come dispone espressamente la norma in esame, di gravi motivi sopravvenuti. Naturalmente, il rinvio si presenta necessario anche laddove il giudice non sia riuscito a portare a termine tutte le attività processuali fissate per quella singola udienza, salvo specificare che ciò non può certo comportare lo slittamento dell'intero calendario¹⁸⁰.

Dunque, il calendario ha fundamentalmente carattere rigido – come conferma la previsione della sanzione per il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario stesso, *ex* comma secondo dell'art. 81bis disp. att. c.p.c.¹⁸¹ – anche se poi ammette elementi di flessibilità, indubbiamente necessari per rendere la disciplina davvero applicabile nella realtà quotidiana e per impedire che l'innovazione introdotta dalla riforma rimanga lettera morta.

Il calendario del processo, come si è avuto modo di osservare già in precedenza, è un'innovazione senz'altro positiva, da accogliere con grande favore. Esso, infatti, dimostra certamente l'apertura del legislatore verso la concessione al magistrato del potere «di modulare il processo sulle caratteristiche della controversia che si trova davanti»¹⁸² e costituisce un importante mezzo di concentrazione del processo.

Tuttavia, non mancano rilevazioni critiche di rilievo pratico tutt'altro che marginale. Come si è già avuto modo di constatare *supra*, la portata del calendario del processo è limitata alla fissazione delle udienze della sola fase istruttoria fino a quella di precisazione delle conclusioni *ex* art. 189, comma 1° c.p.c., mentre la scansione dei tempi della fase di preparazione e di trattazione della causa, volta alla fissazione definitiva dell'oggetto della controversia, è tutta rimessa alla determinazione della

giudice vi proceda direttamente nell'udienza di cui all'art. 183 [...]. Sarebbe del resto del tutto controproducente – nell'ottica dell'accelerazione dei tempi del processo – imporre al giudice la fissazione di un'udienza apposita solo per discutere il calendario con le parti»; FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruzione*, in *Corr. giur.* 2009, pp. 1161 ss., p. 1163: «Poiché normalmente il giudice provvede sulle richieste istruttorie con l' "ordinanza riservata" di cui all'art. 183 (nel termine di trenta giorni successivi allo scambio delle triplici memorie), è evidente che sentire le parti vuol dire che il giudice, nel contesto dell'udienza di trattazione, deve invitare ciascuna parte ad esprimere le proprie preferenze per i successivi adempimenti del processo».

¹⁷⁸ FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione* cit., p. 1163.

¹⁷⁹ GUGLIELMINO, *op. cit.*, p. 201; PICOZZA, *op. cit.*, p. 1654.

¹⁸⁰ GUGLIELMINO, *op. cit.*, p. 206.

¹⁸¹ Su cui v. ampiamente *supra*, Capitolo terzo, par. B., 1.2., lett. d.

¹⁸² PAGNI, *La "riforma" del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.* 2009, pp. 1309 ss., p. 1312.

legge, la quale fissa rigidamente i termini perentori legali a cui tutti i soggetti processuali debbono necessariamente sottostare¹⁸³.

Il potere di direzione formale del giudice di programmazione delle udienze e delle attività processuali da svolgere in esse risulta, allora, essere sminuito dalla circostanza che il calendario del processo serva a fissare le udienze della sola fase istruttoria, fino a quella di precisazione delle conclusioni *ex art.* 189, comma 1° c.p.c.¹⁸⁴, mentre, come è noto, l'*iter* temporale e cronologico della fase di preparazione e di trattazione della causa, volta alla fissazione definitiva dell'oggetto della controversia, è già predefinito rigidamente dai termini perentori fissati dalla legge, il cui mancato rispetto viene normalmente sanzionato con le preclusioni processuali.

Sui tempi della trattazione e della preparazione della causa, dunque, nulla può fare il giudice e, pertanto, in relazione ad essi il suo ruolo manageriale è sostanzialmente inesistente¹⁸⁵.

Meglio, forse, sarebbe stato, ai fini di una reale deformalizzazione e semplificazione del rito, consentire al potere giudiziario di programmare le attività processuali volte alla trattazione e alla preparazione della causa nell'udienza di cui all'art. 183 c.p.c., di modo che i ritmi dell'intero processo siano programmati dal giudice alla luce delle esigenze e della reale complessità della singola causa concreta, fin dalla fase iniziale del giudizio, rendendo così davvero prevedibili i tempi del processo e stimolando tutti i soggetti processuali alla solerte conduzione/partecipazione al rito¹⁸⁶.

Certo è che essendo i tempi della fase iniziale e di quella più propriamente di preparazione e trattazione della causa sottratti alla direzione del giudice, in quanto predeterminati per legge e rigidamente scanditi dalle preclusioni, non possono configurarsi poteri del giudice di direzione formale del processo e di governo dei tempi dello stesso minimamente incisivi.

c. Il mutamento del rito da ordinario a sommario.

Come si è avuto modo di dire nel capitolo precedente¹⁸⁷, tra le riforme più recenti che hanno riguardato i poteri del giudice di direzione formale del processo, vi è il d.l. 12 settembre 2014, n.

¹⁸³ GHIRGA, *Le novità sul calendario del processo* cit., p. 175; BALENA, *La pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Il Giusto Processo Civile* 2009, pp. 749 ss., p. 787.

¹⁸⁴ È stato giustamente osservato che l'introduzione dell'istituto in esame incide indirettamente sulle disposizioni di cui agli artt. 175, comma 2° e 289 c.p.c., giacché, una volta programmate nel calendario le udienze istruttorie future, il giudice non dovrà più procedere al termine di ciascuna udienza, alla fissazione di quella successiva, salva la possibilità che particolari circostanze o l'esito dell'udienza non lo inducano a modificare in tutto o in parte il calendario già adottato: BALENA, *op. cit.*, pp. 787-788; GUGLIELMINO, *op. cit.*, p. 196.

¹⁸⁵ GHIRGA, *op. cit.*, p. 175. Invero, nell'idea originaria del legislatore, il calendario del processo avrebbe dovuto esserci anche per l'udienza di trattazione; tuttavia, si osservava come la calendarizzazione delle attività processuali potesse concretamente aver luogo soltanto a seguito della definitiva formazione del *thema decidendum ac probandum*: PICOZZA, *op. cit.*, p. 1650.

¹⁸⁶ Secondo FABIANI, *op. cit.*, p. 1163: «il fatto che alla fissazione del calendario del processo si proceda in sede di apertura della fase istruttoria, significa espugnare dal calendario tutta la fase precedente e cioè quella di formazione del *thema decidendi* e del *thema probandi*; in sostanza, se davvero si fosse voluto utilizzare lo strumento del calendario come nuovo modello di flessibilità del processo, ai fini di adattare la cognizione alla complessità della causa, sarebbe stato utile anticipare l'incombente all'udienza di cui all'art. 183 c.p.c., in modo da meglio scandire anche i termini per le memorie».

¹⁸⁷ Capitolo terzo, par. B., 2., lett. d., ii, al quale si rimanda ampiamente.

132¹⁸⁸, il cui art. 14 ha introdotto una nuova norma nel codice di procedura civile in tema di mutamento del rito da ordinario a sommario di cognizione (art. 183**bis** c.p.c.).

Ai sensi del nuovo art. 183**bis** c.p.c., intitolato “Passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione”, nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica, il giudice, all’udienza di trattazione, valutata la complessità della lite e dell’istruzione probatoria, può disporre, previo contraddittorio anche mediante scrittura, con ordinanza non impugnabile, che si proceda a norma dell’art. 702**ter** e invita le parti a indicare, a pena di decadenza, nella stessa udienza i mezzi di prova, ivi compresi i documenti, di cui intendono avvalersi e la relativa prova contraria. Se richiesto – prosegue la norma – il giudice può fissare una nuova udienza e termine perentorio non superiore a quindici giorni per l’indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali e termine perentorio di ulteriori dieci giorni per le sole indicazioni di prova contraria.

Grazie all’art. 183**bis** c.p.c., dunque, il rito sommario di cognizione di cui agli artt. 702**bis**-702**quater** c.p.c., può essere scelto non solo dall’attore, ma anche dal giudice, rendendo così bilaterale l’opzione del rito applicabile alla singola causa concreta¹⁸⁹.

In questa sede, interessa soprattutto soffermare l’attenzione sulla natura e sul contenuto del nuovo potere del giudice di direzione formale del procedimento, capace di condizionare la forma del rito che la singola causa debba seguire, ai fini di accelerazione e di concentrazione del processo. Tale potere è chiaramente di natura discrezionale quanto l’*an* e viene esercitato sulla base di criteri di opportunità definiti dalla legge – esattamente come è giusto che sia – in mondo piuttosto generale, con clausole dal significato elastico, così da lasciare il giusto spazio al libero apprezzamento del giudice di tutte le circostanze del caso concreto.

In particolare, il presupposto di conversione del rito è la ridotta complessità della lite e dell’istruzione probatoria sulla base di ciò che emerge da quanto allegato dalle parti negli atti iniziali e appena prima dell’udienza *ex art.* 183 c.p.c.

Invero, detti criteri di valutazione per disporre il passaggio dal rito ordinario al rito sommario, sono sostanzialmente i medesimi di quelli di cui all’art. 702**ter**, comma 2° c.p.c., che consentono alla causa iniziata nelle forma sommaria di continuare con tale rito¹⁹⁰: la non complessità dell’oggetto della controversia e la non complessità della relativa istruzione probatoria. Secondo un giudizio prognostico, la trattazione della causa e l’istruzione probatoria debbono apparire di facile e agevole conduzione, al punto da giustificare un procedimento deformalizzato e un’istruttoria sommaria.

La complessità della lite alla quale si riferisce la norma in esame si sostanzia nella natura del diritto controverso e del fatto oggetto della domanda tali da consentire l’istruzione sommaria e la

¹⁸⁸ D.l. 12 settembre 2014, n. 132, intitolato *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato civile* (in *G.U.* n. 212 del 12-09-2014), convertito in legge con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162 (S.O. n. 84, relativo alla *G.U.* 10-11-2014, n. 261).

¹⁸⁹ CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della “degiurisdizionalizzazione”*, in *Corr. giur.* 2014, pp. 1173-1183, pp. 1177-1178.

¹⁹⁰ RONCO, *Il d.l. 12 settembre 2014, n. 132*, in BESSO – FRUS – RAMPAZZI – RONCO (a cura di), *Trasformazioni e riforme del processo civile. Dalla l. 69/2009 al d.d.l. delega 10 febbraio 2015*, Bologna, 2015, p. 57. Si veda CARRATTA, *Le “condizioni di ammissibilità” del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.* 2010, pp. 726-730, pp. 278-279. V. *supra* Capitolo terzo, par. B., 2., lett. d., ii.

trattazione deformalizzata¹⁹¹, in quanto non necessitano di uno «sviluppo assertivo e argomentativo delle domande e delle eccezioni in cui si articola la trattazione della causa»¹⁹², né di accertamenti in fatto, ovvero ne necessitano ma in misura limitata¹⁹³.

La complessità dell'istruzione che giustifica il passaggio del rito da ordinario a sommario è quella che comunque consenta alla controversia di essere risolta con un'istruzione sommaria, perché sono stati dedotti mezzi di prova la cui assunzione non richieda necessariamente le forme ordinarie ovvero se i fatti allegati e i diritti fatti valere non richiedano un'istruzione probatoria che possa dirsi appunto complessa, sempre che tale semplificazione delle forme dell'istruttoria non leda i diritti costituzionali delle parti al giusto processo e alla prova. L'esempio più tipico è quello delle cause di natura prevalentemente o esclusivamente documentale¹⁹⁴.

Il giudice, quindi, vaglia la rilevanza e l'ammissibilità delle deduzioni istruttorie e valuta discrezionalmente se le concrete attività istruttorie, che devono seguire per l'accertamento dei fatti allegati a fondamento della propria domanda, siano prevedibilmente complesse o meno¹⁹⁵, «se la dimostrazione della veridicità o falsità dei fatti controversi si presti ad essere conseguita trascendendo dalle formalità che contraddistinguono l'istruzione probatoria ordinaria, ovvero esiga di essere condotta nel rispetto di tali formalità»¹⁹⁶.

Si è da subito posto l'accento sulla grande responsabilità che finisce per gravare sui difensori tecnici delle parti a seguito dell'emanazione dell'art. 183bis c.p.c. in commento. Agli avvocati, infatti, si richiede una particolare prudenza nella redazione degli atti iniziali, i quali devono essere quanto più completi e precisi possibili, in quanto la decisione del giudice monocratico circa il passaggio del rito viene adottata, secondo quanto disposto dalla medesima norma in esame, in qualsiasi momento dell'udienza di cui all'art. 183 c.p.c., compreso, quindi, il momento iniziale; sicché il giudice potrebbe decidere il mutamento del rito da ordinario a sommario sulla sola base degli atti iniziali dell'attore e del convenuto.

Inoltre, ai sensi della norma in esame, le parti devono indicare, a pena di decadenza, nella medesima udienza i mezzi di prova, a meno che il giudice, su richiesta delle parti, decida, secondo il proprio libero apprezzamento, di fissare una nuova udienza e di concedere un termine perentorio non superiore a quindici giorni per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali e termine di ulteriori dieci giorni per le sole indicazioni di prova contraria. Data questa previsione si pretende dalle parti di giungere alla prima udienza di trattazione e comparizione già preparate, «avendo piena contezza delle circostanze e delle deduzioni istruttorie da proporre, nonché dei nominativi dei testimoni eventualmente da indicare, senza fare cieco affidamento sui termini di cui all'art. 183, comma 6° c.p.c.»¹⁹⁷.

¹⁹¹ DELLA VEDOVA, *Alcune riflessioni intorno all'art. 183bis del codice di rito civile ed al giudizio sommario di cognizione*, in www.judicium.it.

¹⁹² RONCO, *Il d.l. 12 settembre 2014, n. 132 cit.*, pp. 57-58.

¹⁹³ BRUNELLI, sub art. 183bis in CARPI – TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, Padova, 2015, pp. 813-815, p. 815.

¹⁹⁴ BRUNELLI, sub art. 183bis cit., p. 815.

¹⁹⁵ VOLPINO, sub 702ter, in CARPI – TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, Padova, 2015, pp. 2702-2706, p. 2708.

¹⁹⁶ VOLPINO, sub 702ter. cit., p. 2708.

¹⁹⁷ BRUNELLI, sub art. 183bis cit., p. 814.

Correlativamente a tale innalzamento dei doveri di diligenza della parti nella preparazione della causa, si riscontra una maggiore responsabilità posta anche in capo al giudice, il quale deve giungere all'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. avendo già ben studiato la causa, così da poter il prima possibile, nella fase iniziale dell'udienza di trattazione, esercitare il proprio potere di conversione del rito¹⁹⁸. Più in generale, si può osservare che la sua valutazione discrezionale è, in un certo senso, subiettiva, perché inevitabilmente condizionata dalla preparazione, dalle capacità, dalla prontezza e dai modi di lavorare, più o meno decisionista, del giudice¹⁹⁹.

È stato osservato in senso critico che la norma di cui all'art. 183*bis* c.p.c. sarebbe inutile, in quanto incapace di apportare una reale e apprezzabile accelerazione del processo. Anzitutto, la disposizione in esame impone al giudice di instaurare il contraddittorio, eventualmente anche in forma scritta, sul passaggio del rito prima della sua disposizione; in questo modo i tempi del processo si dilatano considerevolmente, in contrasto con le finalità di concentrazione tipiche del rito sommario. Inoltre, nella prima udienza di comparizione e di trattazione, il giudice deve comunque espletare, come prima cosa, tutti gli adempimenti di cui ai primi cinque commi dell'art. 183 c.p.c., di talché, alla fin fine, si avrebbe un allungamento dei tempi tale da rendere impossibile che la decisione di passaggio del rito avvenga direttamente alla stessa prima udienza di cui all'art. 183 c.p.c.²⁰⁰.

È chiaro allora che la disciplina del passaggio del rito di cui all'art. 183*bis* c.p.c. finisce per essere controproducente rispetto alla *ratio* di accelerazione dei tempi del processo che essa persegue, apparendo così più funzionali altri strumenti di concentrazione, quali il rigetto delle richieste dilatorie o la riduzione della lista dei testimoni o, ancora, l'imposizione delle forme di cui all'art. 281*sexies* c.p.c. per la decisione²⁰¹.

Le critiche sono indubbiamente fondate²⁰², ma se ne può smorzare la durezza semplicemente guardando nello scopo della norma non soltanto l'intento di velocizzare i tempi del processo, ma anche quello di fornire al giudice uno nuovo strumento di modellazione del procedimento alle circostanze del caso concreto, così da adattare il rito alla singola causa.

Assegnare al giudice un ruolo nella scelta delle forme che il rito debba seguire, alla luce di quanto emerge dalla domanda dell'attore e dalle difese (o non difese, *ex art.* 115 c.p.c.) del convenuto, introduce un apprezzabile elemento di flessibilità e semplificazione processuale, perfettamente in linea con le tendenze generalmente riscontrate nella normativa processuale europea.

L'elemento obiettivamente di maggiore criticità con riguardo all'art. 183*bis* c.p.c. è la sua effettività. Infatti, l'ovvio presupposto di funzionalità della norma è che il giudice eserciti davvero il potere di direzione formale del processo riconosciutogli ora dalla legge, il che significa che egli debba essere tanto diligente da presentarsi preparato alla prima udienza di comparizione sugli atti introduttivi del giudizio e sulle allegazioni delle parti²⁰³, e che partecipi attivamente alla direzione,

¹⁹⁸ BRUNELLI, *op. cit.*, pp. 813-814.

¹⁹⁹ BRUNELLI, *op. cit.*, p. 815.

²⁰⁰ BRUNELLI, *op. cit.*, p. 814.

²⁰¹ BRUNELLI, *ibid.*

²⁰² Dà un giudizio assolutamente negativo della novità normativa introdotta col d.l. n. 132 del 2014, CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo* cit., pp. 1177 ss.

²⁰³ FINOCCHIARO, *Il giudice può disporre il passaggio al rito sommario*, in *Guida al diritto* 2014, pp. 25 ss., p. 25.

anche materiale, del processo, al fine di identificare quanto prima e quanto meglio il *thema decidendum ac probandum* e di valutarne la complessità.

Inoltre, l'esercizio effettivo del potere processuale che la legge riconosce ora al giudice è subordinato all'acquisizione di una piena consapevolezza da parte sua dei generali poteri di direzione formale del processo di cui egli è legalmente investito²⁰⁴. Infine, un ruolo di rilievo va assegnato anche alle parti, che, nel rispetto del principio di collaborazione, devono fornire il prima possibile il quadro completo dell'oggetto della controversia.

Ecco che, allora, si constata che l'applicazione dell'art. 183**bis** c.p.c. dipende fortemente dal modello processuale entro il quale il nuovo potere di direzione formale del processo viene collocato, nonché dal ruolo che il giudice incaricato di esercitare tale nuovo potere riveste in detto modello. Solo se la fase preparatoria è congeniata in modo tale da indurre le parti a "vuotare il sacco" in una fase iniziale del procedimento e solo se il giudice ha la facoltà di intervenire attivamente durante la medesima fase preparatoria, per contribuire alla formazione del *thema decidendum ac probandum* mediante l'esercizio di effettivi poteri di direzione materiale, allora il potere del giudice di scelta della forma che il rito debba seguire acquista il suo pieno significato. Evidentemente, non è questo il contesto processuale in cui il nuovo potere di direzione formale del processo si inserisce.

C. Conclusioni: lo sguardo del comparatista.

Dalla comparazione del processo ordinario di cognizione di primo grado tedesco con quello italiano, si giunge alla conclusione che i due modelli processuali di riferimento oggetto del presente studio hanno origini comuni, un percorso storico assimilabile e si ispirano ai medesimi principi fondamentali e costituzionali. Tuttavia, quando si guardano le riforme per la deformalizzazione e la semplificazione del rito e se si passa all'analisi dei poteri manageriali del giudice sul processo, il modello processuale tedesco e quello italiano smettono di correre su linee parallele e si distanziano nettamente.

Si è visto, anzitutto, che una delle differenze fondamentali tra il sistema giuridico tedesco e quello italiano, quando si tratta di normativa processuale, è la tecnica legislativa adoperata per riformare il processo²⁰⁵; invero, è in tale differenza che si rinviene poi la ragione delle ulteriori diversità tra i due modelli processuali di riferimento. Le scelte operate dal legislatore tedesco nel connotare gli elementi fondamentali del procedimento di primo grado sono molto distanti dalle scelte operate dal legislatore italiano, nonostante le esigenze che muovono le riforme tanto in Germania quanto in Italia siano le medesime: la concentrazione del rito, la velocizzazione del processo, la maggiore efficienza della giustizia civile.

Il divario tra il processo ordinario di cognizione in primo grado tedesco e quello italiano è causato fondamentalmente da tre elementi, dai quali derivano poi ulteriori differenze. Essi sono: l'oralità, il regime delle preclusioni e il modello processuale bifasico; e poiché è dalla configurazione di tali tre elementi che dipende l'ampiezza dei **poteri di direzione processuale** del giudice, ulteriore

²⁰⁴ FINOCCHIARO, *Il giudice può disporre il passaggio al rito sommario* cit., p. 25.

²⁰⁵ Capitolo terzo, par. C.

elemento di differenziazione tra il processo civile tedesco e quello italiano è il ruolo effettivamente rivestito dal giudice all'interno del processo e nella sua amministrazione.

Chiaramente, si tratta di elementi di estrema importanza, cosicché si giunge alla conclusione che il modello processuale civile tedesco e il modello processuale civile italiano sono molto distanti e, allora, ci si chiede fino a che punto abbia senso importare singoli istituti processuali previsti dalla *Zivilprozessordnung* in Italia, se il modello processuale di riferimento è così differente da quello italiano. Piuttosto, il processo civile tedesco potrebbe essere preso a modello di riferimento per una riforma organica e complessiva dell'intero processo ordinario di cognizione. Ma ciò è ancora una volta un problema di tecnica legislativa.

Passando sul piano prettamente processuale e soffermando l'attenzione su ciascuno dei tre elementi che rendono il processo civile tedesco così diverso da quello italiano, e viceversa, anzitutto si constata che l'oralità ha un peso nettamente differente nel processo civile tedesco rispetto a quello che riveste nel processo civile italiano.

È dato di comune esperienza per chiunque abbia modo di frequentare i tribunali italiani in sede civili che l'oralità della trattazione, sancita solennemente dall'art. 180 c.p.c., si riduce nella maggior parte dei casi a ben poca cosa, mentre il ruolo fondamentale nel convincimento del giudice lo rivestono le carte e le memorie scritte. Davvero poco incisivo per il corso del giudizio e per la decisione della causa è molto spesso l'attività svolta in udienza, salvo i casi di assunzione della testimonianza o di audizione del consulente tecnico d'ufficio.

Non così è nel processo civile tedesco, e questo perché l'oralità, benché non sia essa stessa un principio costituzionale, è comunque lo strumento principale per l'attuazione di diritti fondamentali sanciti dalla costituzione, e specificatamente il diritto ad essere ascoltato dal giudice (*Anspruch auf rechtliches Gehörs*) e il diritto alla parità delle armi (*Waffengleichheit*)²⁰⁶. Si è visto infatti nel corso della trattazione che il legislatore tedesco non si è limitato a sancire solennemente la vigenza del principio di oralità nel processo all'interno della parte generale della *Zivilprozessordnung* (§ 128, comma 1°), ma ha anche posto la discussione orale della causa nel cuore del processo ordinario di cognizione di primo grado, cioè nel *Haupttermin*: il dialogo tra le parti e il giudice sull'oggetto della controversia è l'attività fondamentale dell'udienza principale e ha un ruolo determinante ai fini della formazione del convincimento del giudice²⁰⁷.

L'oralità nel processo civile tedesco, in altre parole, non è soltanto un principio generale di cui si legge sui libri durante i corsi universitari e di cui ci si dimentica negli anni di pratica, ma è la realtà, è il modo col quale è normalmente trattata la causa e discusso l'oggetto della controversia. Siccome poi l'audizione della parte personalmente è altrettanto una normale pratica processuale, l'oralità è davvero garanzia per i consociati di attuazione dei propri diritti individuali di natura costituzionale, nonché il mezzo per avvicinare il cittadino alla giustizia.

Il secondo elemento che si è visto essere certamente disciplinato in modo diverso in Germania rispetto che in Italia è il regime delle preclusioni processuali a carico delle parti. Mentre, come è ben noto, il sistema italiano delle preclusioni è rigido e scandisce le attività processuali delle parti

²⁰⁶ Capitolo secondo, parr. 4. e 5.

²⁰⁷ Capitolo terzo, par. A., 2.1., *supra* par. A. 2.4.

entro termini perentori prestabiliti per legge, il sistema delle preclusioni tedesco è, come si è avuto modo di vedere nel corso della trattazione, flessibile e adattabile alle circostanze del caso concreto e alle esigenze della singola causa.

In particolare, le parti nel processo civile tedesco devono “vuotare il sacco” nella fase preliminare²⁰⁸, ma il quando la singola attività processuale, di attacco o di difesa, della parte debba essere posta in essere dipende dalla complessità della controversia nel singolo caso concreto. Quando poi la legge fissa dei termini predeterminati entro il quale le parti debbano attivarsi, si conferisce allo stesso tempo al giudice il potere di attenuare il rigore della preclusione legale, ammettendo le difese delle parti, se ciò appaia necessario alle luce delle circostanze concrete e secondo il prudente apprezzamento del magistrato che guida il procedimento.

In generale, il giudice ha il potere di intervento sul regime delle preclusioni per adattare il rito alla causa grazie ai suoi poteri di direzione formale, di natura discrezionale, da esercitare nel rispetto dei criteri generali fissati dal legislatore affinché la discrezionalità non si tramuti in arbitrio.

Infine, il terzo elemento di differenziazione tra il diritto processuale civile italiano e quello tedesco riguarda il modello processuale di riferimento.

Si è visto che il modello processuale tedesco è tipicamente bifasico. La prima fase è dedicata alla preparazione completa ed esauriente della causa e alla definizione del *thema decidendum ac probandum*, al fine di ridurlo e semplificarlo, chiarirlo e specificarlo, se necessario integrarlo e arricchirlo secondo le indicazioni del giudice ovvero secondo gli stimoli che provengono dal contraddittorio processuale, e pur sempre su iniziativa della parte. La seconda fase, invece, è dedicata esclusivamente al dibattimento in aula, vertente sull’oggetto della controversia, così come definito e fissato una volta per tutte nella precedente fase processuale, e all’istruzione probatoria, sui fatti ritenuti bisognosi di prova, così come è emerso durante la preparazione della causa. Grazie alla previa fase preparatoria, il *Haupttermin*, nel quale si sostanzia la seconda fase, si presenta di regola decisamente concentrato.

In Italia invece, non è mai stata presa in seria considerazione la strada della previsione e della regolamentazione di un’adeguata fase preliminare, preparatoria del *thema decidendum ac probandum*. Si è preferito piuttosto distinguere la fase della trattazione (art. 183 c.p.c.) da quella dell’istruzione probatoria e della decisione della causa.

Il legislatore italiano predilige nettamente un modello rigido di fase preparatoria, analiticamente disciplinato dalla legge, nella quale chiaramente né il giudice ha potere di intervento nella direzione del processo, né le parti hanno la libertà di sviluppare il contraddittorio. Le preclusioni sono sì lo strumento per realizzare la concentrazione del processo, ma la loro disciplina irrigidisce anche la fase di trattazione, che, al contrario, dovrebbe rivestire il carattere della flessibilità per adattarsi alle

²⁰⁸ TARUFFO, *op. cit.*, p. 242: «Sul piano degli oneri [delle parti] spicca in modo particolare quello che si riassume usualmente nell’espressione “vuotare il sacco”. Si tratta, come è facile intendere, dell’esigenza che nella fase preliminare del processo, e non oltre il momento in cui scattano le preclusioni, le parti formulino in modo compiuto tutte le allegazioni, deduzioni, domande ed eccezioni».

peculiarità della singola causa concreta, producendo infine il risultato esattamente opposto rispetto a quello dalle preclusioni stesse perseguito, cioè la velocizzazione del processo²⁰⁹.

Non essendoci una vera e propria fase preparatoria, il modello processuale civile italiano non può neanche godere del vantaggio di favorire la risoluzione anticipata della controversia, attraverso la sua composizione amichevole ovvero attraverso la rinuncia agli atti del giudizio o il riconoscimento della domanda. Infatti, soltanto se le parti hanno con chiarezza davanti agli occhi la posizione della controparte possono pienamente ponderare l'opportunità e la convenienza di un accordo conciliativo e di una composizione amichevole della lite²¹⁰.

I tre elementi ora analizzati – oralità, regime delle preclusioni e modello bifasico di procedimento – ovviamente non sono a sé stanti, ma sono coordinati e interdipendenti tra di loro, si influenzano vicendevolmente: il modello processuale bifasico tedesco necessita un sistema di preclusioni flessibile e si caratterizza per una seconda fase che rivesta la forma prevalentemente orale; il modello processuale bifasico italiano scandisce le fasi processuali prevalentemente in base ai rigidi termini preclusivi fissati dalla legge.

È inoltre da questi tre elementi che dipende il modo in cui è configurato il ruolo del giudice e il tipo di poteri che sono a quest'ultimo attribuiti. Si è ampiamente dimostrato, infatti, che un modello processuale flessibile e dalla normativa non troppo specifica, che lasci ampi spazi alla discrezionalità del giudice nella scelta del come il processo debba procedere, in quali forma e con quali ritmi, è quello che vede un giudice attivo, *manager* del processo e del suo contenuto.

Un giudice che è pur sempre vincolato dai principi costituzionali e i cui spazi di movimenti sono predefiniti dalla legge, ma che, allo stesso tempo, gode di un certo margine di libertà nella valutazione delle scelte che deve compiere, il che, dal punto di vista prettamente procedurale, può apportare enormi vantaggi in termini di concentrazione dell'intero giudizio.

Chiaramente, ciò vale per il modello processuale civile tedesco, mentre lo stesso non può dirsi con riferimento al diritto processuale civile italiano. La minuziosa descrizione di ogni passaggio del corso del procedimento e le limitazioni che le preclusioni impongono alle parti rendono del tutto superfluo un giudice dotato di poteri programmatici, che davvero diriga e governi la preparazione della causa²¹¹.

Il modello di preclusioni scelto dal legislatore italiano, definibile “a binario rigido”, non consente al giudice di rivedere e di riconsiderare i termini di compimento degli atti processuali alla luce delle

²⁰⁹ BALENA, *sub. artt. 180-183-184*, in CIPRIANI – MONTELEONE (a cura di), *La riforma del processo civile. L. 14 maggio 2005, n. 80, L. 28 dicembre 2005, n. 263, L. 8 febbraio 2006, n. 54, L. 23 febbraio 2006, n. 51, L. 24 febbraio 2006, n. 52*, Padova, 2007, pp. 72 ss., p. 74: «un uso malaccorto delle preclusioni, che teoricamente dovrebbero assicurare la concentrazione del processo, non soltanto può implicare l'inopportuno irrigidimento della fase di trattazione, che invece dovrebbe essere sufficientemente duttile da adattarsi alle peculiarità della singola causa, ma può finanche tradursi, paradossalmente, in un grave intralcio per la rapida definizione delle (non poche) controversie che si presterebbero ad essere decise immediatamente».

²¹⁰ TARUFFO, *op. cit.*, p. 243.

²¹¹ TARUFFO, *op. cit.*, p. 248; CHIARLONI, *op. cit.*, p. 156, il quale sottolinea come il legislatore diffidi dall'attribuzione di poteri discrezionali al giudice: «il legislatore preferisce, al riconoscimento esplicito di poteri programmatici al giudice, un accanimento didattico-prescrittivo che lo porta a disciplinare con estrema minuziosità i singoli passi della procedura, disseminandola di momenti preclusivi forieri di decadenze in linea di principio non riparabili».

esigenze del singolo caso concreto, perché tutto è stato già predeterminato e fissato rigidamente dalla legge; più in generale, decisamente pochi sono i poteri discrezionali concessi al giudice per adattare la legge processuale alla causa da lui diretta, sempre perché è la legge a detenere il monopolio delle decisioni sul come debba procedere il rito, soprattutto la trattazione della causa.

Fatte tutte queste considerazioni si giunge allora allo scopo della comparazione, cioè trarre degli spunti per future riforme o proposte legislative. Infatti, i tempi parrebbero maturi per un cambiamento radicale.

Da un lato, si constata che il legislatore italiano muove passi decisi a favore di una maggiore deformalizzazione e semplificazione del rito, accompagnata dal correlativo ampliamento dei poteri del giudice di direzione formale del processo, volti alla gestione manageriale delle forme e dei tempi del giudizio, ai fini della concentrazione del rito²¹².

Dall'altro lato, osservando il lavoro di alcuni importanti Tribunali del Paese, si osserva che la magistratura, parrebbe pronta a assumersi la responsabilità dell'efficiente conduzione del processo civile, esercitando effettivamente e con maggiore incisività quei poteri di direzione formale che la legge gli riconosce²¹³. Si riscontra la diffusa consapevolezza dell'importanza del proprio ruolo da parte del singolo magistrato per cambiare le cose nel processo civile; il giudice deve riprendersi le redini del processo, affinché questo sia diretto da lui soltanto e non dalle parti.

In definitiva, il cambiamento di mentalità inizia a manifestarsi in diverse forme, visto che il legislatore dimostra di conoscere la tecnica normativa della disposizione generica, che lascia alla discrezionalità del giudice l'adattamento del processo alle circostanze del caso concreto, e i magistrati dimostrano di poter concentrare il rito semplicemente applicando diligentemente quei poteri di direzione formale del processo che la legge gli riconosce²¹⁴.

È ciò davvero sufficiente per cambiare le cose e ridurre la durata del processo, senza con ciò intaccare la qualità del contenuto della sentenza?

Se è forse vero dal un lato che non serva ampliare i poteri di direzione formale del giudice attraverso l'emanazione di nuove norme per garantire la concentrazione del processo, dall'altro lato, data la disastrosa situazione in cui versa la giustizia civile italiana, la semplice responsabilizzazione dei giudici non parrebbe di per sé sufficiente per poter godere in Italia di un processo civile ordinario di cognizione in primo grado davvero efficiente.

Si tratterebbe piuttosto di rivedere i tre elementi sopra illustrati – oralità, regime delle preclusioni e modello processuale bifasico – e di dare loro una nuova forma e un nuovo contenuto, il tutto con un tecnica legislativa razionale, escludendo assolutamente gli interventi frammentati e frettolosi e

²¹² V. Capitolo terzo, par. B., 2., lett.d.; *supra* par. B., 3., lettere b. e c.

²¹³ Il riferimento va in particolare al Tribunale di Torino, ove determinante per la maggiore responsabilizzazione del singolo magistrato è sicuramente stata la volontà dirigenziale del Presidente del Tribunale, Mario Barbuto, di indirizzare con le proprie indicazioni i giudici verso condotte virtuose e di spronarli all'efficiente gestione del proprio ruolo, attraverso l'imposizione di regole stringenti sui rinvii e sulla frequenza delle udienze.

²¹⁴ A questo punto, la ricerca dovrebbe proseguire e indagare quali possano essere le conseguenze, eventualmente anche di carattere sanzionatorio, del mancato esercizio dei propri poteri di direzione formale da parte del giudice, quali siano le soluzioni che vengono impiegate all'estero, e in particolare in Germania ove il ruolo del giudice-*manager* del procedimento è valorizzato al massimo.

scegliendo invece la via più lunga e faticosa dell'ampio confronto con tutti gli operatori del diritto, dagli esponenti della dottrina a certamente i magistrati e gli avvocati. Poi, l'ampliamento dei poteri di direzione formale del processo verrà da sé, come automatica conseguenza di un diverso modello processuale deformatizzato e di un diverso modo, più flessibile, di dettare le regole.

BIBLIOGRAFIA

- *Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit. Herausgegeben von Bundesjustizministerium, Bundesjustizministerium, 1961.*
- AA.VV., *Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis. Evaluation ZPO-Reform, Bundesanzeiger Verlag, Köln, 2006.*
- AA. VV., *Tatsachen zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit, Band II, Auswertung, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1974.*
- M. ACIERNO – C. GRAZIOSI, *La riforma 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o piccolo sisma?*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2010, pp. 155 ss.
- V. ANDRIOLI, sub *art. 180*, in V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Vol. II, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1957, pp. 65 ss.
- P. ARENS, *Mündlichkeitsprinzip und Prozeßbeschleunigung im Zivilprozeß*, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1971.
- H. ARNDT, *Die Hauptverhandlung in Zivilsachen*, in *DRiZ* 1968, pp. 274-275.
- H. ARNDT, *Die Friedensaufgabe des Richters*, in *NJW* 1967, Heft 42, pp. 1959 ss.
- D. ASSMANN, sub § 272, § 275, 276, in B. WIECZOREK – R. A. SCHÜTZE (a cura di), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar*, De Gruyter, Berlin, 2013.
- P. AYAD, *Optimierung des Rechtsschutzes und effektiverer Richtereinsatz*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP-Report)* 2000, Heft. 2, pp. 229 ss.

- B. BACHMANN, *Historische Aspekte – Die Entwicklung der ZPO*, in U. BLAUROCK (a cura di), *Gerichtsverfahren zwischen Gerchtigkeit und Ökonomie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.
- G. BALENA, sub *artt. 180-183-184*, in F. CIPRIANI – G. MONTELEONE (a cura di), *La riforma del processo civile. L. 14 maggio 2005, n. 80, L. 28 dicembre 2005, n. 263, L. 8 febbraio 2006, n. 54, L. 23 febbraio 2006, n. 51, L. 24 febbraio 2006, n. 52*, Padova, 2007, pp. 72 ss.
- G. BALENA, sub *art. 81bis disp. att. c.p.c.*, in AA. VV., *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, UTET, Torino, 2009, pp. 212 ss.
- G. BALENA, *Introduzione*, in G. BALENA – M. BOVE (a cura di), *Le riforme più recenti del processo civile. Commento sistematico delle disposizioni processuali di cui al decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80, e successive modificazioni*, Cacucci Editore, Bari, 2006.
- G. BALENA, *La pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Il Giusto Processo Civile 2009*, pp. 749 ss.
- G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.
- G. BALENA, *La trattazione della causa*, in G. BALENA – M. BOVE (a cura di), *Le riforme più recenti del processo civile. Commento sistematico delle disposizioni processuali di cui al decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80, e successive modificazioni*, Cacucci Editore, Bari, 2006.
- G. BALENA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.* 2009, V, pp. 324 ss.
- H. G. BAMBERGER, *Die Reform der Zivilprozessordnung. Eine Wirkungskontrolle*, in *ZRP* 2004, Heft 5, pp. 137 ss.

- J. M. von BARGEN, *Gerichtsinterne Mediation. Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt*, Tübingen, 2008.
- H. T. BATHE, *Verhandlungsmaxime und Verfahrensbeschleunigung bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung*, Walter de Gruyter, Berlin, 1977.
- J. BAUMANN – G. FEZER, *Kritische Anmerkungen zur Zivilprozeßbeschleunigungsnovelle*, in *ZRP* 1970, Heft 6, pp. 127 ss.
- G. BAUMGÄRTEL, *Das Mündlichkeitsprinzip und die hierzu bestehenden Reformversuche, insbesondere das Stuttgarter Modell*, in *Juristische Rundschau* 1973, Heft 8, pp. 309 ss.
- G. BAUMGÄRTEL – P. MES, *Einführung in das Zivilprozessrecht mit Examinatorium*, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1977.
- F. BAUR, *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht*, in W. GRUNSKY – R. STÜRNER – G. WALTER – M. WOLF (a cura di), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983.
- F. BAUR, *Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess*, in *ZZP* 66. Band, Heft 3 1953.
- F. BAUR, *Entwicklungslinien des Zivilprozeßrechts in den Jahren 1947 bis 1987*, in *NJW* 1987, Heft 42, pp. 2636 ss.
- F. BAUR, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en République Fédérale d'Allemagne*, in M. CAPPELLETTI – D. TALLON (a cura di), *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation. Studies in National, International and Comparative Law prepared at the request of UNESCO under the auspices of the International Association of Legal Science*, Giuffrè Editore, Milano, 1973.
- F. BAUR, *Richterliche Verstöße gegen Prozeßförderungspflicht*, in P. GOTTWALD – H. PRÜTTING (a cura di), *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1990.

- F. BAUR, *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 13. Oktober 1965*, Walter De Gruyter & CO., Berlin, 1966.
- F. BAUR – W. GRUNSKY, *Zivilprozessrecht*, Luchterhand, Berlin, 1997.
- E. BECKER-EBERHARD, *Grundlagen und Grenzen des Verhandlungsgrundsatzes*, in K. YILDIRIM (a cura di), *Zivilprozess im Lichte der Maximen*, Istanbul, 2001.
- R. BENDER, *Beschleunigt die „Beschleunigungsnovelle“!*, in *ZRP* 1969, Heft 3, pp. 58 ss,
- R. BENDER, *Die „Hauptverhandlung“ in Zivilsachen. (Ein Bericht über den Versuch der 20. Zivilkammer des Landesgerichts Stuttgart, die Ziele der Zivilprozeßreform auf der Grundlage der geltenden Gesetze zu erreichen)*, in *DRiZ* 1968, 46. Jahrgang, pp. 163 ss.
- R. BENDER, *Die Hauptverhandlung in Zivilsachen – ein erster Schritt zur Justizreform*, in *JA* 1971, pp. 237 ss.
- R. BENDER, *Für das „Stuttgarter Modell“*, in *ZRP* 1972, Heft 11, pp. 258 ss.
- R. BENDER, *Mehr Rechtsstaat durch Verfahrensvereinfachung*, in C. BRODA – E. DEUTSCH – H.-L. SCHREIBER – H.-J. VOLGEL, *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Luchterhand Verlag, Neuwied, 1985.
- R. BENDER – A. BELZ – P. WAX, *Das Verfahren nach der Vereinfachungsnovelle und vor dem Familiengericht. Ein Leitfaden für Praxis*, Verlag C.H. Beck, München, 1977.
- R. BERNHARD, *Rechtspfleger, Richter- und Rechtsprechungsbegriff. Verfassungsrechtliche Überlegungen zum Verhältnis von Richter und Rechtspfleger*, in *Deutsche Richterzeitung* 1981, Heft 10, pp. 362 ss.
- J. BERKEMANN, *Fairneß als Rechtsprinzip*, in *Juristische Rundschau (JR)* 1989, Heft 6, pp. 221 ss.

- C. BESSO, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.* 2010, pp. 722-726.
- K. A. BETTERMANN, *Hundert Jahre Zivilprozeßordnung. Das Schicksal einer liberalen Kodifikation*, in *ZPP* 1978, Heft 4, pp. 366 ss.
- M. BINA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 2010, pp. 117-133.
- F. BINZ, *Anmerkungen zur richterlichen Hinweis- und Aufklärungspflicht*, in V. BIELEFELD – W-R. BUB – M. DRASDO – H. SEUß (a cura di), *Festschrift für Werner Merle zum 60. Geburtstag*, Springer, Berlin, 2000, pp. 91 ss.
- P. BIAVATI, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2010, pp. 185-196.
- H-J. BIRK, *Wer führt den Zivilprozeß – der Anwalt oder der Richter*, in *NJW* 1985, Heft 27, pp. 1489 ss.
- H. BISHOF, *Der Zivilprozess nach der Vereinfachungsnovelle. Eine Einführung mit Musterverfügungen*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 1980.
- H. BISHOF, *Streitfragen der Vereinfachungsnovelle*, in *NJW* 1977, Heft 42, pp. 1897 ss.
- A. von BOGDANDY, *Prospettive della scienza giuridica nell'area giuridica europea. Una riflessione sulla base del caso tedesco*, in *Foro italiano* 2012, II, pp. 54-59.
- F. BOMSDORF, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozess. Vom gemeinen Recht bis zur ZPO*, Duncker & Humblot, Berlin, 1971.
- H. G. BORK, *§ 139 ZPO: Alter Wein in neue Schläuche? Die Veränderung die § 139 ZPO durch das ZPO-RG erfahren hat*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis* 2005, Heft 9, pp. 1139 ss.
- BÖTTCHER, *Autogoverno e cogestione dei tribunali nella Repubblica Federale Tedesca*, in ZANCHETTA (a cura di), *Governo e autogoverno della*

- magistratura nell'Europa occidentale*, Quaderni di questione giustizia, Franco Angelo Libri, Milano, 1987, pp. 75 ss..
- W. BOTTKE, *Materielle und formelle Verfahrensgerechtigkeit im demokratischen Rechtsstaat*, Dunker & Humblot, Berlin, 1991.
 - M. BOVE, *Art. 111 Cost. e «Giusto processo civile»*, in M. L. CAMPIANI (a cura di), *Il giusto processo civile e penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, pp. 9-52.
 - W. BREHM, *Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, J.C.B. (PAUL SIEBECK), Tübingen, 1982.
 - W. BREHM, *Einleitung*, in STEIN-JONAS *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, pp. 1 ss.,
 - M. BREYER, *Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozess. Das deutsche, englische und amerikanische Prozesskostensystem im Vergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.
 - A. BRIGUGLIO, *Il nuovo rito ordinario di cognizione: meno udienze, più preclusioni*, in www.judicium.it 2005.
 - D. BRÜGGEMANN, *Judex statutor und judex investigator. Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteienfreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozess*, Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 1968.
 - D. BRÜGGEMANN, *Rechtliches Gehör im Zivilprozess*, *Juristische Rundschau (JR)* 1969, Heft 10, pp. 361 ss..
 - B. BRUNELLI, sub *art. 175*, in F. CARPI – M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, CEDAM, Padova, 2015, pp. 701-705.
 - B. BRUNELLI, sub *art. 180*, in F. CARPI – M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, CEDAM, Padova, 2015, pp. 778-787.

- B. BRUNELLI, sub *art. 183bis*, in CARPI – TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, Padova, 2015, pp. 813-815.
- R. BRUNS, *Die Frist als gesetzgeberisches Mittel der deutschen Zivilprozeßreform zur Beschleunigung der Verfahren*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Volume primo, Giuffrè editore, 1979, Milano.
- C. BURCHARDT, *Das Verfahren ohne mündliche Verhandlung. § 128, Abs. 2 ZPO*, Herbert Lang, Bern, 1974.
- F. BUSSE, *Justizreform vor dem Abschluss*, in *NJW* 2001, Heft. 21, pp.1545 ss.
- P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, CEDAM, Padova, 1943.
- R. CAPONI, *Brevi note sul contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile*, in CIVININI – VERARDI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile, Atti del Convegno dell'Elba (9-10 giugno 2000)*, Quaderni di «Questioni Giustizia», FrancoAngeli, Milano, 2001, pp. 281 ss.
- R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1996.
- R. CAPONI, *Le riforme della giustizia italiana degli anni novanta su sfondo della giustizia civile tedesca*, in *Riv. trim. proc. civ.* 1998, pp. 579 ss.
- R. CAPONI, *Un modello ricettivo delle prassi migliori: il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.* 2009, V, pp. 334 ss.
- R. CAPONI, *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702bis c.p.c.*, in www.judicium.it.
- M. CAPPELLETTI, *Giustizia e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1972.
- M. CAPPELLETTI, *Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings (general report)*, in M. CAPPELLETTI – D. TALLON (a cura di), *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation. Studies in National, International and Comparative Law prepared at the request of*

UNESCO under the auspices of the International Association of Legal Science, Giuffrè Editore, Milano, 1973.

- M. CAPPELLETTI, *L'accesso alla giustizia e la responsabilità del giurista nella nostra epoca*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Vol. 1, Storia e metodologia, Garanzie e principi generali, CEDAM, Padova, 1994.
- M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1962.
- M. CAPPELLETTI, *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Giurisprudenza italiana* 1968, pp. 2-29.
- M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Il Mulino, Bologna, 1969.
- M. CAPPELLETTI – V. VIGORITI, *Fundamental guarantees of the litigants in civil proceedings: Italy*, in M. CAPPELLETTI – D. TALLON (a cura di), *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation. Studies in National, International and Comparative Law prepared at the request of UNESCO under the auspices of the International Association of Legal Science*, Giuffrè Editore, Milano, 1973.
- B. CAPPONI, *Giustizia civile: nuovi modelli verso l'Europa?*, in *Foro italiano*, V, 1993, pp. 216 ss..
- B. CAPPONI, *Trattazione della causa, ruolo del giudice, cultura del contraddittorio nel d.d.l. Mastella sulle «Disposizioni per la razionalizzazione e l'accelerazione del processo civile»*, in www.judicium.it.
- T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1951.
- F. CARPI, *Un cantiere sempre aperto: la riforma del processo civile di cognizione nel decreto sulla competitività*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2005, pp. 801-813.
- A. CARRATTA, CARRATTA, *Le "condizioni di ammissibilità" del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.* 2010, pp. 726-730.

- A. CARRATTA, *Il ruolo del giudice e delle parti nella fase preparatoria e le prospettive di riforma del processo civile*, in *Studi di Diritto Processuale Civile in Onore di Giuseppe Tarzia*, Tomo III, Giuffrè, Milano, 2005
- C. M. CEA, *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010.
- S. CHIARLONI, *Giudice e parti nella fase introduttiva del processo civile di cognizione*, in *Riv. trim. proc. civ.* 1999, pp. 385-411.
- S. CHIARLONI, voce *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, tomo I, pp. 403 ss.
- S. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2008, pp. 130-152.
- S. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in CIVININI – VERARDI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile, Atti del Convegno dell'Elba (9-10 giugno 2000)*, Quaderni di «Questioni Giustizia», FrancoAngeli, Milano, 2001, pp. 13 ss.
- S. CHIARLONI, *Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di riforma*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2004, pp. 447 ss.
- S. CHIARLONI, *Nuovi modelli processuali*, in *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino, 1995.
- S. CHIARLONI, *Prima comparizione delle parti e trattazione della causa*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Zanichelli Editore, Torino, 2007, pp. 150 ss.
- G. CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 379.
- G. CHIOVENDA, *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 395 ss.

- G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli 1965.
- G. CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, II, Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 1 ss.
- F. CIPRIANI, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuova slogan*, in *Riv. dir. proc.* 2003, pp. 455-466.
- F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedure civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007.
- P. COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli editore, Torino, 2002.
- L. P. COMOGLIO, voce *Contraddittorio*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ. IV, Torino, 1989, pp. 1 ss.
- L. P. COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 1977, pp. 14 ss..
- L. P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del “giusto processo”*, Giappichelli editore, Torino, 2004.
- L. P. COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Vol. 1, Storia e metodologia, Garanzie e principi generali, CEDAM, Padova, 1994.
- L. P. COMOGLIO, *Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.* 2002, pp. 702-758.
- L. P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, CEDAM, Padova, 1982.
- L. P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, CEDAM, Padova, 1970.

- L. P. COMOGLIO, «*Moralizzazione*» del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei, in *Riv. dir. proc.* 2015, pp. 131 ss.
- L. P. COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice*, Giappichelli editore, Torino, 1996.
- L. P. COMOGLIO – C. FERRI –M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Vol. 1, Il Mulino, Bologna, 2011.
- C. CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della “degiurisdizionalizzazione”*, in *Corr. giur.* 2014, pp. 1173-1183
- G. COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in CIVININI – VERARDI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo civile”. Le garanzie, Atti del Convegno dell’Elba (9-10 giugno 2000)*, Quaderni di «Questioni Giustizia», FrancoAngeli, Milano, 2001, pp. 255 ss.
- G. COSTANTINO, *Modifica della fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, in *Foro it.* 2005, pp. 100 ss
- G. J. DAHLMANNNS, *Der strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert. Untersuchungen zur Entwicklungsgeschichte der ZPO an Hand ausgewählter Gesetzgebungsarbeiten*, Scientia Verlag Aalen, Aalen, 1971.
- J. DAMRAU, *Der Einfluß der Ideen Franz Kleins auf den Deutschen Zivilprozeß*, in H. Hofmeister (a cura di), *Forschungsband Franz Klein. Leben und Wirken. Beiträgen des Symposiums „Franz Klein zum 60. Todstag*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1988.
- J. DAMRAU, *Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen seit der Reichszivilprozessordnung von 1877*, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 1975.
- H. DÄUBLER-GMELIN, *Die Justizreform*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP-Gesetzgebungs - Report)* 2000, Heft 11, pp. 458 ss.
- H. DÄUBLER-GMELIN, *Reform des Zivilprozess*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP-Report)* 2000, Heft. 2, pp. 33 ss.

- M. DAUSTER, *Eckpunkte einer Justizreform*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP-Report)* 2000, Heft. 2, pp. 338 ss.
- M. DE CRISTOFARO, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.* 2010, pp. 282 ss.
- M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo processo civile “competitivo” secondo la legge n. 80 del 2005*, in www.judicium.it 2005.
- P. DELLA VEDOVA, *Alcune riflessioni intorno all’art. 183bis del codice di rito civile ed al giudizio sommario di cognizione*, in www.judicium.it.
- V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica*, R. SACCO (a cura di), *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1980.
- V. DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1971.
- K. G. DEUBNER, *Gedanken zur richterlichen Aufklärungs- und Hiweispflicht*, in G. LÜKE – O. JAUERNIG, *Festschrift für Gerhard Schreidermair zum 70. Geburtstag*, Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1976, pp. 79 ss.
- L. DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 2009, pp. 1582-1660
- T. DOMS, *Neue ZPO – Umsetzung in der anwaltlichen Praxis*, in *NJW* 2002, Heft 11, pp. 777 ss.
- D. DÖRR, *Faires Verfahren, Gewährleistung im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, N.P Engel Verlag, Kehl am Rhein, Strassburg ,1984.
- C. ENGELS, *Der neue Zivilprozeß. Erfahrungen und Kritik aus anwaltlicher Sicht*, in *Anwaltsblatt* 1979, Heft 6, pp. 206 ss.
- J. ESSER, *Franz Klein als Rechtssoziologe*, in *Festschrift für 50. Jahre ZPO*, Wien, 1948, pp. 35 ss.

- G. FABBRINI, voce *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, pp. 721 ss.
- M. FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2010, pp. 795-822.
- M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruzione*, in *Corr. giur.* 2009, pp. 1161 ss.
- H. W. FASCHING, *Die Weiterentwicklung des österreichischen Zivilprozeßrechts im Licht der Ideen Franz Kleins*, in H. Hofmeister (a cura di), *Forschungsband Franz Klein. Leben und Wirken. Beiträgen des Symposiums „Franz Klein zum 60. Todstag*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1988.
- E. FAZZALARI, *Cento anni di legislazione sul processo civile (1865-1965)*, in *Rivista di diritto processuale civile* 1965, pp. 491 ss.
- E. FAZZALARI, *La funzione del giudice nella direzione del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1963, pp. 64-72.
- E. FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 1972, pp. 13 ss.
- C. FELLNER, *Richterliche Hinweispflichten. Die Bedeutung des § 139 ZPO für die erste und zweite Instanz*, in *MDR* 2004, Heft 13, pp. 728 ss.
- L. FERRAJOLI, *Quali sono i diritti fondamentali?*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli editore, Torino, 2002.
- C. FERRI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 2010, pp. 92 ss.
- B. FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.
- B. FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo e ruolo del giudice civile: principi ed esperienze a confronto*, in SCARSELLI (a cura di), *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, Napoli, 2010, pp. 65-95.

- G. FINOCCHIARO, *Il giudice può disporre il passaggio al rito sommario*, in *Guida al diritto* 2014, pp. 25 ss.
- F. O. FISCHER, *Ausnahmen von der richterlichen Aufklärungs- und Hinweispflicht nach den §§ 139 I, 278 III ZPO*, in *DRiZ* 1995, pp. 264 ss.
- F. O. FISCHER, *Die Berücksichtigung „nachgereichter Schriftsätze“ im Zivilprozeß*, in *NJW* 1994, Heft 20, pp. 1315 ss.
- N. FISCHER, *Herausforderungen an die zivilprozessuale Ausbildung*, in *ZZP* 2006, Heft 1, pp. 39 ss.
- P. FÖRSCHLER – H. STEINLE, *Der Zivilprozess. Ein Lehrbuch für die Praxis*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2010.
- H. FRANZKI, *Das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle)*, in *Deutsche Richterzeitung* 1977, Heft 6, pp. 161 ss.
- H. FROHN, *Rechtliches Gehör und richterliche Entscheidung. Studie zur Verfassungsdimension des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.
- M. FUHRMANN, *Die Zurückweisung schuldhaft verspäteter und verzögernder Angriffs- und Verteidigungsmittel im Zivilprozeß*, Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 1987.
- M. GEHRLEIN, *Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO. Erinstanzlichen Verfahren und Berufung*, in *MDR* 2003, Heft. 8, pp. 421 ss.
- M. GEHRLEIN, § 216, § 224, § 227, in W. KRÜGER – T. RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, Verlag C.H. Beck, München, 2013.
- A. GENTILI, *Contraddittorio e decisione nel processo civile*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* 2009, pp. 745 ss.
- A. GENTILI, *Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile*, in M. MANZIN – F. PUPPO, *Audiat et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*. Giuffrè Editore, Milano, 2008.

- GERKEN, sub § 216, in WIECZOREK – SCHÜTZE (a cura di), *Zivilprozeßordnung und Nebengesetze*, Band 2, Berlin, 2013.
- M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Giuffrè Editore, Milano, 2012.
- M. F. GHIRGA, *La riforma della giustizia civile nei disegni di legge Mastella*, in *Riv. dir. proc.* 2003, pp. 441-463.
- M. F. GHIRGA, *Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto*, in *Riv. dir. proc.* 2012, pp. 166 ss.
- G. GORLA, *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo*, in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, R. SACCO (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1980.
- P. GOTTWALD, *Civil justice Reform: access, cost, and expedition. The German Perspective*, in A.A.S. ZUCKERMAN (a cura di), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- R. GREGER, *Rechtstatsächliche Erkenntnisse zu den Auswirkungen der Vereinfachungsnovelle in der Praxis*, in *ZZP* 1987, 100. Band, Heft 4, pp. 377 ss.
- V. GREMENTIERI, *La circolazione dei modelli normativi nel sistema giuridico europeo: il contributo delle Corti Europee*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Vol. 1, Storia e metodologia, Garanzie e principi generali, CEDAM, Padova, 1994.
- W. GRUNSKY, *Die Straffung des Verfahrens durch Vereinfachungsnovelle*, *Juristenzeitung* 1977, n. 7, pp. 202 ss.
- W. GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts. Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG*, Giesekin Verlag Bielefeld, Bielefeld, 1974.
- W. GRUNSKY, *vor § 348*, in STEIN/JONAS (a cura di), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Mohr Siebeck, Band 5, Tübingen, 2006, pp. 209 ss.
- W. GRUNSKY, *Zivilprozessrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2008.

- R. GUASTINI, *La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli editore, Torino, 2002.
- R. GUASTINI, *La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento italiano*, in *Ragion pratica*, 11, 1998, pp. 185 ss.
- R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Giappichelli editore, Torino, 1995.
- A. GUGLIELMINO, *Il calendario del processo*, in C. BESSO – G. FRUS – G. RAMPAZZI – A. RONCO (a cura di), *Trasformazioni e riforme del processo civile. Dalla l. 69/2009 al d.d.l. delega 10 febbraio 2015*, Zanichelli, Bologna, 2015, pp. 195 ss.
- V. F. GUILLEN, *Einige prozessuale Probleme im Zusammenhang mit Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention*, in W. GRUNSKY – R. STÜRNER – G. WALTER – M. WOLF (a cura di), *Festschrift für Fritz Baur*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1981.
- B. HAHN, *Kooperationsmaxime im Zivilprozeß? Grenzverschiebungen in der Verantwortung von Parteien und Gericht bei der Tatsachenbeschaffung und Sachverhaltserforschung im neuen Zivilprozeßrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1983.
- M-M. HAHNE, *Die große Zivilprozeßrechtsreform – ein Lagebericht*, in *ZRP* 1999, Heft 5, pp. 356 ss.
- A. HAMANN, *Rechtliches Gehör*, in *Anwaltsblatt* 1958, Heft 9, pp. 141 ss.
- R. HANNICH - C. MEYER-SEITZ (a cura di), *ZPO - Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz*, Verlag C. H. Beck, München, 2002.
- R. HANNICH - C. MEYER-SEITZ - M. ENGERS (a cura di), *ZPO-Reform. Einführung – Texte – Materialien*, Bundesanzeiger Verlag, Köln, 2002.
- H. HANSENS, *Die Zivilprozessrechtsreform aus der Sicht einer Praktikers*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP-Report)* 2000, Heft. 2, pp. 226 ss.

- P. HARTMANN, *Anwaltsprobleme nach der Vereinfachungsnovelle*, in *Anwaltsblatt* 1977, pp. 90 ss.
- P. HARTMANN, *Die ZPO-Vereinfachungsnovelle*, in *Deutsche Rechtspfleger* 1977, Heft 1, pp. 1 ss.
- P. HARTMANN, *Ein Jahr Vereinfachungsnovelle*, in *NJW* 1978, Heft 30, pp. 1457 ss.
- H-J. HEISS, *Verfahrensverbund und Verfahrensbeschleunigung im italienischen Zivilprozeß*, Schaker Verlag, Aachen, 1997.
- H. HENKE, *Die aufklärende Prozeßleitung des Zivilrichters*, in *JZ* 2005, Heft 21, pp. 1028 ss.
- H. HENKE, *Judicia perpetua oder: Warum Prozesse so lange dauern*, in *ZZP*, Band 83, Heft 2, 1970.
- W. HENKEL, *Die mündliche Verhandlung im Zivilprozeß aus kommunikationspsychologischer Sicht*, in *ZZP*, Band 110, Heft 1, 1997, pp. 91 ss.
- C. HERTEL, *Der Urkundenprozeß unter besonderer Berücksichtigung von Verfassung (rechtliches Gehör) und Vollstreckungsschutz*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1992.
- B. HESS, *Effektiver Rechtsschutz vor staatlichen Gerichten aus deutscher und vergleichender Sicht*, in P. Gottwald (a cura di), *Effektivität des Rechtsschutzes vor staatlichen und privaten Gerichten*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2006, pp. 121 ss.
- M. HINZ, *Nach der Entlastungs-Novelle: Was wird aus der Reform des Zivilprozess?*, in *ZRP* 1975, Heft 7, pp. 153 ss.
- F. HOFMANN, *Prozessökonomie – Rechtsprinzip und Verfahrensgrundsatz der ZPO*, in *ZZP* 2013, Heft 1, pp. 83 ss.
- M. HUBER, *Verfahren und Urteilen erster Instanz nach dem Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG)*, in *JuS* 2002, Heft 5, pp. 483 ss.

- J. A. JOLOWICZ, *Active role of the Court*, in M. CAPPELLETTI – J. A. JOLOWICZ (a cura di), *Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation*, Giuffrè Editore, Milano, 1975, pp. 197 ss.
- U. KALLWEIT, *Die Prozeßförderungspflicht der Parteien und die Präklusion verspäteten Vorbringens im Zivilprozeß nach der Vereinfachungsnovelle vom 3.12.1976*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1983.
- F. KLEIN, *Pro futuro. Beratungen über Probleme der Zivilprozessreform in Österreich*, Leipzig, 1891.
- U. KORNBLUM, *Für eine "lupenreine" dreistufige Zivilgerichtsbarkeit*, in *ZRP* 1999, Heft 5, pp. 382 ss.
- W. KRALIK, *Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der Zivilprozeßordnung von 1895*, in H. Hofmeister (a cura di), *Forschungsband Franz Klein. Leben und Wirken. Beiträgen des Symposiums „Franz Klein zum 60. Todstag*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1988.
- B. KRAUSHAAR, *Reform der Zivilprozessordnung – Mutig oder mutwillig*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP-Gesetzgebungs - Report)* 2000, Heft 11, pp. 463 ss.
- L. KROIB, *Das neue Zivilprozeßrecht*, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, 2001.
- K. KUCHINKE, *Die vorbereitende richterliche Sachaufklärung (Hinweispflicht) in Zivil- und Verwaltungsprozeß*, in *Jus* 1967, Heft 7, pp. 295 ss.
- J. KÜNZLE, *Die Prozessförderungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, Göttingen, 1991.
- G. LANCELLE, *Richtermacht oder Parteifreiheit*, in *NJW* 1968, Heft 42, pp. 1959 ss.
- H. D. LANGE, *Der erste Termin als Vorbereitungstermin*, in *NJW* 1986, pp. 1728.

- P. P. LANNI, sub *art. 702ter*, in CONSOLO (cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Vol. III, Ipsoa, Milano, 2013,
- H-W. LAUMEN, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1984.
- D. LEIPOLD, *Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung*, in *ZZP* 1980, Heft 3, pp. 237 ss.
- D. LEIPOLD, *Verfahrensbeschleunigung und Prozeßmaximen*, in R. HOLZHAMMER – W. JELINEK – P. BÖHM, in *Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag*, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1988.
- D. LEIPOLD, *Vorbemerkungen vor § 128*, in STEIN - JONAS (a cura di) *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- D. LEIPOLD, *Wege zur Konzentration von Zivilprozessen. Anregungen aus dem Europäischen Zivilprozeßrecht*, Walter de Gruyter, Berlin, 1999.
- D. LEIPOLD, sub *§ 128, § 136, § 272, § 273, § 275, § 276, §278, § 279, § 296, § 296a*, in STEIN - JONAS (a cura di), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bänden 3-4, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- L. LEVIN, *Richterliche Prozeßleitung und Sitzungspolizei in Theorie und Praxis*, Verlag von Otto Liebmann, Berlin, 1913.
- E. T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. proc. civ.* 1950, pp. 47 ss.
- E. T. LIEBMAN, *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 1977, pp. 452 ss.
- F. P. LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.* 2009, pp. 1568 ss.
- F. P. LUISO, *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2007, pp. 605-620.

- F. P. LUISO, *Poteri d'ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Quaderni della Riv. trim. proc. civ.*, *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 65-73.
- W. LÜKE, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren-Zwangsvollstreckung-Europäisches Zivilverfahrensrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2011.
- W. LÜKE, *20 Jahre Vereinfachungsnovelle – Versuch einer Reform des Zivilverfahrens*, in *JuS* 1997, Heft 8, pp. 681 ss.
- C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. II, Giappichelli Editore, Torino, 2011,
- W. MANFRED, *Entwicklungstendenz im Zivilverfahrensrecht*, in *ZRP* 1979, Heft 7, pp. 175 ss.
- M. MANZIN, *Del contraddittorio come principio e come metodo*, in M. MANZIN – F. PUPPO, *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*. Giuffrè Editore, Milano, 2008.
- M. MARENCO, voce *Udienza civile*, in *Enciclopedia del diritto*, pp. 483-494.
- T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli editore, Torino, 2002.
- S. MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.* 2009, pp. 1025 ss.
- C. von METTENHEIM, *Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozess*, Dunker & Humblot, Berlin, 1970.
- H. MOHNHAUPT, *Il «Project des Codicis Fridericiani Marchici» del 1748. Legge processuale di Samuel von Cocceji*, traduzione dal tedesco a cura di F. CORDOPATRI, in N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di), *Testi per la storia del processo, Codex Fridericianus Marchicus, T. I, Project des Codicis Fridericiani Marchici, 1748*, Giuffrè, Milano, 2000.

- P. MÜLLER, *Prozeßbeschleunigung um jeder Preis?*, in ZRP 1972, Heft 11, pp. 255 ss.
- W. MÜNCHBACH – M. LOTZ, *Justizreform – Reform oder gut verkaufter Abbau des Rechtsschutzsystems?*, in ZRP 1999, Heft 5, pp. 374 ss.
- H-J. MUSIELAK, *Einleitung*, in H-J. MUSIELAK (a cura di) *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, Verlag Franz Vahm, München, 2012.
- H. NAGEL, *Die rechtliche Stellung, Aufgaben und Pflichten der Richter der Bundesrepublik Deutschland in Zivilprozeß*, in *Deutsche Richterzeitung* 1977, Heft 11, pp. 321 ss.
- K.J. NEUHAUS, *Richterliche Hinweis- und Aufklärungspflicht der alten und neuen ZPO: Überblick und Praxishilfen*, in MDR 2002, Heft 8, pp. 438 ss.
- W. NIESE, *Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1950.
- E. NOWAK, *Richterliche Ausklärungspflicht und Befangenheit*, Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1991.
- R. OBERHEIM, *Zivilprozessrecht für Referendare*, Vahlen, München, 2012.
- D. OLZEN, *Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess*, in ZJP 1985, 98. Band, Heft 4, 1985, pp. 403 ss.
- M. OTT, *Verfassungsrecht und zivilrichterliche Aufklärungspflichten*, S. Roderer Verlag, Resensburg, 2004.
- I. PAGNI, *La “riforma” del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.* 2009, pp. 1309 ss.
- P. PAJARDI, sub *art. 175*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Libro II, Tomo I, UTET, Torino, 1980, pp. 480 ss.
- P. PAJARDI, sub *art. 180*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Libro II, Tomo I, UTET, Torino, 1980, pp. 541 ss..

- H-J. PAPIER, *Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht*, in *NJW* 1990, Heft 1, pp. 8 ss.
- C. G. PAULUS, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung*, Springer, Berlin, 2004.
- E. PETERS, *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozess*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983.
- E. PICOZZA, *Il calendario del processo*, in *Riv. dir. proc.* 2009, pp.1650 ss.
- A. PIEKENBROCK, *Der italienische Zivilprozeß im europäischen Umfeld. Eine rechtsvergleichende Studie unter Hervorhebung der richterlichen Verfahrensleitung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- A. PIEKENBROCK, *Umfang und Bedeutung der richterlichen Hinweispflicht*, in *NJW* 1999, pp.1360-1365.
- N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2004, pp. 41 ss.
- N. PICARDI, *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*, in *Il giusto processo civile* 2012, Vol. VI, Fascicolo IV, pp. 1067-1106.
- N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di), *Testi per la storia del processo, Codex Fridericianus Marchicus, T. I, Project des Codicis Fridericiani Marchici, 1748*, Giuffrè, Milano, 2000.
- N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di), *Testi per la storia del processo, Codex Fridericianus Marchicus, T. II, Plan du Roi, 1748; Anhang zum Codice Fridericiano, 1761*, Giuffrè, Milano, 2000.
- P. PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione: un rito flessibile*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2010, pp. 823 ss.
- A. PROTO PISANI, *I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2006*, in *Foro it.* 2006, pp. 374- 389.
- A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2006.

- H. PRÜTTING, *Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung*, in *NJW* 1980, Heft 8, pp. 361 ss.
- H. PRÜTTING, *Die materielle Prozeßleitung*, in C. HEINRICH (a cura di), *Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag*, Verlag C.H. Beck, München, 2004.
- H. PRÜTTING, *Einleitung*, in H. PRÜTTING – M. GEHRLEIN (a cura di), *ZPO Kommentar*, Luchterhand Verlag, München, 2012, pp. 1 ss.
- H. PÜTTING, *La preparazione della trattazione orale e le conseguenze delle deduzioni tardive nel processo civile tedesco*, in *Riv. dir. proc.* 1991, pp. 414 ss., traduzione di E. MERLIN.
- H. PRÜTTING, sub § 136, in H. PRÜTTING – M. GEHRLEIN (a cura di), *ZPO Kommentar*, Luchterhand Verlag, Köln, 2014.
- H. PRÜTTING, sub § 272, § 273, § 275, § 276, § 278, § 279, § 296, § 296a, in W. KRÜGER – T. RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, Verlag C.H. Beck, München, 2013.
- F. PUKALL, *Der Zivilprozess in der Praxis*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006.
- F. PUKALL, *Der Zivilprozess in der gerechtlichen Praxis. Ein Leitfaden für das erstinstanzliche gewöhnliche Erkenntnisverfahren mit praktischen Hinweisen und einem Aktenbeispiel*, Alfred Metzner Verlag, Berlin, 1992.
- PUNZI, *Il procedimento*, in *Incontro sulla riforma del processo civile. Il progetto Liebman sul processo di cognizione (Milano 20-21 maggio 1978)*, Quaderni dell'Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile, Giuffrè, Milano, 1979
- H. PUTZO, *Die Vereinfachungsnovelle. Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren*, in *NJW* 1977, Heft 1/2, pp. 1 ss.
- H. PUTZO, *Die Vereinfachungsnovelle aus praktischer Sicht*, in *Anwaltsblatt* 1977, Heft 11, pp. 429 ss.

- H. RADTKE, sub Art. 103 [*Grundrechte vor Gericht*], in V. EPPING – C. HILLGRUBER, *Grundgesetz: GG Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München, 2013, pp. 1418 ss.
- F. RANIERI, *Cenni sull'esperienza della civilistica tedesca di questo secolo*, R. SACCO (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1980.
- T. RAUSCHER, *Einleitung*, in W. KRÜGER – T. RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, Verlag C.H. Beck, München, 2013.
- H.-H. RAUTER, *Zielkonflikte zwischen Schnelligkeit und Gründlichkeit bei der Rechtsgewährung im Zivilprozeß*, in *DRiZ* 1987, pp. 354 ss.
- W. H. RECHBERGER, *Die Verfahrenskonzentration im österreichischen Zivilprozess*, in K. YILDIRIM (a cura di), *Zivilprozess im Lichte der Maximen*, Istanbul, 2001.
- K. REDEKER, *Beschleunigung des Zivilprozess*, in *ZRP* 1969, Heft 5, pp. 108 ss.
- K. REDEKER, *Mündliche Verhandlung – Sinn und Wirklichkeit*, in *NJW* 2002, pp. 192-193.
- H. REITER, *Materielle Prozeßleitung: Die richterliche Hinweis- und Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO)*, in *JA* 2004, Heft 3, pp. 226 ss.
- K. REISCHL, *Der Umfang der richterlichen Instruktionstätigkeit – ein Beitrag zu § 139 Abs. 1 ZPO -*, in *ZZP* 2003, pp. 81 ss.
- H. RENSEN, *Die richterliche Hinweispflicht*, Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 2002.
- H. RENSEN, *Richterliche Hinweispflicht. Neutralitätspflicht und anwaltliche Vertretung als Grenzen*, in *MDR* 2002, Heft 20, pp. 1175 ss.
- H. RENSEN, *§ 139 ZPO n. F. – Stärkung der ersten Instanz oder alles beim Alten*, in *Anwaltsblatt* 2002, Heft 11, pp. 633 ss.

- G. F. RICCI, , *La Riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69. Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, Giappichelli Editore, Torino, 2009.
- B. RIMMELSPRACHER, *Verbesserung des zivilgerichtlichen Verfahrens erster Instanz*, in *ZRP* 1999, Heft 5, pp. 177 ss.
- J. RÖDIG, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungs- gerichtlichen Prozesses*, Springer Verlag, Berlin, 1973.
- K. F. RÖHL, *Gründe und Ursprünge aktueller Geschäftsüberlaturg der Gericht aus soziologischer Sicht*, in P. GILLES (a cura di), *Effiziente Rechtsverfolgung. Deutsche Landesberichte zur VIII. Weltkonferenz für Prozessrecht in Utrecht 1987*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987.
- A. RONCO, *Il d.l. 12 settembre 2014, n. 132*, in C. BESSO – G. FRUS – G. RAMPAZZI – A. RONCO (a cura di), *Trasformazioni e riforme del processo civile. Dalla l. 69/2009 al d.d.l. delega 10 febbraio 2015*, Zanichelli, Bologna, 2015.
- F. ROTA, *Per un equilibrio dei poteri del giudice*, in *Studi in memoria di Vittorio Denti*, Vol. I, *Storia e metodologia, garanzie e principi generali*, CEDAM, Padova, 1994, pp. 523-556.
- F. ROTA, sub *art. 101*, in F. CARPI – M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2015, p. 414 ss..
- H. ROTH, sub § 216, § 227, in STEIN/JONAS *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.
- L. ROSEMBERG – K. H. SCHWAB – P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2010
- H. ROTTLEUTHNER – M. ROTTLEUTHNER-LUTTER, *Die Dauer von Gerichtsverfahren. Evaluation der ZPO-Vereinfachungsnovelle*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1990.

- R. SACCO, *Comparazione giuridica e conoscenza del dato giuridico positivo*, in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, R. SACCO (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1980.
- S. SATTA, *Codice di procedura civile*, voce *Enciclopedia del diritto* pp. 279 ss..
- G. SCARSELLI, *Il nuovo patrocinio a spese dello Stato nei processi civili ed amministrativi*, CEDAM, Padova, 2003.
- G. SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, Giuffrè Editore, Milano, 1998.
- T. SCHAEFER, *Was ist denn neu an der neuen Hinweispflicht*, in *NJW* 2002, pp. 849 ss.
- E. SCHILKEN, *Die Rolle des Richters im Zivilprozess*, in K. YILDIRIM (a cura di), *Zivilprozess im Lichte der Maximen*, Istanbul, 2001.
- E. SCHILKEN, *Gerichtsverfassungsrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln, München, 2007.
- E. SCHILKEN, *Zivilprozessrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2006.
- H. SCHIMMELSCHULZ, *Die Wahrheitserforschung im neuen deutschen Zivilprozessrecht*, Emil Giebsch, Hamm, 1935
- E. SCHMIDT, *Der Zweck des Zivilprozess und seine Ökonomie. Mit einer Analyse der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs zur sog. Prozeßökonomie*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1973.
- R. SCHMIDT, *Der grundsätzliche Wandel des Erkenntnisverfahrens im Zivilprozeß der Nachkriegszeit (Verhandlungsprinzip und Instruktionsmaxime)*, *ZZP* 1939, pp. 254 ss.
- E. SCHNEIDER, *Beiträge zum neuen Zivilprozeßrecht (Teil I)*, in *Monatsschrift für Deutschen Recht (MDR)* 1977, Heft 10, pp. 793 ss.
- E. SCHNEIDER, *Beiträge zum neuen Zivilprozeßrecht (Teil II)*, in *Monatsschrift für Deutschen Recht (MDR)* 1977, Heft 11, pp. 881 ss.
- E. SCHNEIDER, *Beiträge zum neuen Zivilprozeßrecht (Teil III)*, in *Monatsschrift für Deutschen Recht (MDR)* 1977, Heft 12, pp. 969 ss.

- E. SCHNEIDER, *Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO)*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)* 1968, Heft 9, pp. 721 ss.
- E. SCHNEIDER, *Praxis der neuen ZPO. Taktik, Praxis, Muster*, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Recklinghausen, 2003.
- E. SCHNEIDER, *ZPO-Reform. Taktik, Praxis, Muster, Lexikon der Verfahrensfehler*, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Recklinghausen, 2002.
- A. SCHÖNKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1956.
- M. SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 2010.
- SCHWAB – GOTTWALD, *Verfassung und Zivilprozess*, Verlag Ernst und Werner Giesecking GmbH, Bielefeld, 1984.
- J. SCHULTE, *Die Entwicklung der Eventualmaxime. Ein Beitrag zur Geschichte des Deutschen Zivilprozesses*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1980.
- E. SCHUMANN, *Die absolute Pflicht zum richterlichen Hinweis (§ 139, Abs. 2 ZPO)*, in R. STÜRNER, H. MATSUMOTO, W. LÜKE, M. DEGUCH (a cura di), *Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.
- E. SCHUMANN, *Menschenrechtskonvention und Zivilprozess*, in P. GOTTWALD – H. PRÜTTING (a cura di), *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1990.
- U. SEIF, *Historische Bemerkungen zum Rolle des Richters in Deutschland und England*, in C. HEINRICH (a cura di), *Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag*, Verlag C. H. Beck, München, 2004.
- P. SOMMAREGGIO, *Il contraddittorio come criterio di razionalità del processo*, in , in M. MANZIN – F. PUPPO, *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*. Giuffrè Editore, Milano, 2008.

- R. SPRUNG, *Die Ausgangspositionen österreichischer Zivilprozessualistik und ihr Einfluss auf das deutsche Recht*, ZZP 92. Band, Heft 1, 1979.
- R. SPRUNG, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, in *Riv. dir. proc. civ.* 2012, pp. 24-39.
- A. STADLER, sub § 136, in H. MUSIELAK (a cura di), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, Verlag Franz Vahlen München 2014, pp. 704 ss.
- G. STEINBERG, *Richterliche Gewalt und individuelle Freiheit. Ein Ansatz zu einer allgemeinen Prozesslehre*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2010.
- B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2002.
- G. STICKEN, *Die „neue“ materielle Prozeßleitung (§ 139 ZPO) und die unparteilichkeit des Richters*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2004.
- V. STÖTTER, *Lange Prozeßdauer und ihre Ursachen*, in *NJW* 1968, Heft 12, pp. 521 ss.
- V. STÖTTER, *Vereinfachungsnovelle und Entlastungsgesetz (Änderung der ZPO)*, in *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)* 1975, Heft 4, pp. 265 ss.
- E. STROHM, *Zum Verfahren der ZPO nach „Stuttgarter Modell“*, in *Anwaltsblatt* 1969, Heft 12, pp. 421 ss.
- R. STÜRNER, *Die richterliche Aufklärung der Parteien des Zivilprozesses*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976.
- R. STÜRNER, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1982.
- R. STÜRNER, *Neuere Prozessrechtsreformen in Frankreich und Deutschland – Zwischen Gerchtigkeit und Ökonomie*, in U. BLAUROCK (a cura di), *Gerichtsverfahren zwischen Gerchtigkeit und Ökonomie*, Referate des 11. deutsch-französischen Juristentreffens am 10. Und 11. Juni 2004 in Paris, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

- R. STÜRNER, *Gründe und Ursachen des Problems der Ineffizienz von Gerichtsverfahren – ein historischer Überblick*, in P. GILLES (a cura di), *Effiziente Rechtsverfolgung. Deutsche Landesberichte zur VIII. Weltkonferenz für Prozessrecht in Utrecht 1987*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987.
- R. STÜRNER, *Parteipflichten bei der Sachverhaltungsaufklärung im Zivilprozess*, in ZZP 1985, Heft 3, pp. 237 ss.
- R. STÜRNER, *Prozesszweck und Verfassung*, in H. PRÜTTING (a cura di), in *Festschrift für Gottfried Baumgärtel*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1990, pp. 545 ss.
- R. STÜRNER, *Verfahrensgrundsätze des Zivilprozess und Verfassung*, in W. GRUNSKY – R. STÜRNER – G. WALTER – M. WOLF (a cura di), *Festschrift für Fritz Baur*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1981.
- R. STÜRNER- A. STADLER, *Aktive Rolle des Richters*, in P. GILLES (a cura di), *Anwaltsberuf und Richterberuf in der heutigen Gesellschaft. Deutsche Landesberichte zur IX. Weltkonferenz für Prozessrecht in Coimbra und Lisbon 1991*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991.
- G. TARELLO, *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Il Mulino, Bologna, 1989.
- M. TARUFFO, *Diritti fondamentali, tutela giurisdizionale e alternative*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli editore, Torino, 2002.
- M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2012, pp. 117-140.
- M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Il Mulino, Bologna, 1980.

- M. TARUFFO, *La trattazione della causa*, in M. TARUFFO (a cura di), *Le Riforme della Giustizia Civile. Commento alla L. 353 del 1990 e alla L. 374 del 1991*, UTET, Torino, 1993.
- M. TARUFFO, *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002.
- G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Giuffrè Editore, Milano, 2014.
- P. J. TETTINGER, *Fairneß und Waffengleichheit. Rechtsstaatliche Direktiven für Prozeß und Verhandlungsverfahren*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1984.
- R. TISCINI, sub *art. 702ter*, in COMOGLIO – CONSOLO – SASSANI – VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, Vol. VII, Tomo II, UTET, Torino, 2014, pp. 633 ss.
- N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2001, pp. 381-410.
- N. TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”*, in CIVININI – VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile, Atti del Convegno dell'Elba (9-10 giugno 2000)*, Quaderni di «Questione Giustizia», FrancoAngeli, Milano, 2001.
- N. TROCKER, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Giuffrè Editore, Milano, 1974.
- H. UNBERATH, *Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform. Theorie und Praxis*, in *ZZP* 2007, Heft 3, pp. 323 ss.
- M. VACCARI, *Il “nuovo” art. 81 bis disp. att. c.p.c.: un tentativo di quadratura*, in www.judicium.it.
- J. VELU, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et les Garanties Fondamentales des Parties dans le procès civil*, in M. CAPPELLETTI – D. TALLON (a cura di), *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*.

- Studies in National, International and Comparative Law prepared at the request of UNESCO under the auspices of the International Association of Legal Science*, Giuffrè Editore, Milano, 1973.
- F. VIGORITO, *Il calendario del processo*, in www.judicium.it.
 - M. VOLLKOMMER, *Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß – eine neue Prozeßmaxime? -*, in P. GOTTWALD – H. PRÜTTING (a cura di), *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1990.
 - M. VOLLKOMMER, *Die lange Dauer der Zivilprozesse und Ihre Ursachen*, in *ZZP* 1968, Heft 1/2, 1968.
 - D. VOLPINO, sub 702bis, in F. CARPI – M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, CEDAM, Padova, 2015, pp. 2702-2706.
 - D. VOLPINO, sub 702ter, in F. CARPI – M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, CEDAM, Padova, 2015, pp. 2706-2711.
 - A. WAGNER, *Der Richter. Geschichte, aktuelle Fragen, Reformprobleme*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1959.
 - G. WAGNER, su. §§ 128, 136, 137, 139, 141, 272 in W. KRÜGER – T. RAUSCHER (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, Verlag C.H. Beck, München, 2013.
 - A. WALCHSHÖFER, *Die Auswirkungen der Vereinfachungsnovelle in der gerichtlichen Praxis*, in *ZZP* 1981, 94. Band, Heft 2, pp. 179 ss.
 - R. WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess zur Theorie und Praxis des Zivilprozess im sozialen Rechtsstaat*, Luchterhard Verlag, Neuwied, 1978.
 - R. WASSERMANN, *Die richterliche Gewalt. Macht und Verantwortung des Richters in der modernen Gesellschaft*, R. v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg, 1985.

- P. WILLMANN, *Die Konzentrationsmaxime. Eine Untersuchung heutigen und früheren Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.
- H-H. WINTE, *Große Justizreform – Quo Vadis?*, in ZRP 1999, Heft 5, pp. 387 ss.
- M. WOLF, *Gerichtliches Verfahrensrecht. Darstellung des Zivilprozesses mit vergleichender Betrachtung von Strafprozeß und Verwaltungsgerichtsprozeß*, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Reinbek bei Hamburg, 1978.
- W. ZITSCHER, *Mut zu neuem Zivilprozeß. Kritische Überlegung zur Praxis der Gesetzgebung*, in ZRP 1977, Heft 2, pp. 27 ss.
- R. ZUCK, *Die Grundrechtsrüge im Zivilprozess*, ZAP Verlag, Münster, 2008.
- A.A.S. ZUCKERMAN, *Justice in crisis: comparative dimension of civil procedure*, in A.A.S. ZUCKERMAN (a cura di), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 1999.