



## **Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali<sup>(1)</sup>**

(Private autonomy and civil procedure: the procedural agreements)

**Remo Caponi**

Professor of Civil Procedure at the University of Florence, Italy.

Abstract: Comparing the experience of several countries, the articles deals with the private autonomy in civil procedure and similar institutes in administrative proceedings and arbitral courts.

Key words: Procedural agreements. Civil Procedure.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Tipologia di accordi di parte. – 3. Diminuzione di efficienza della regolazione unilaterale statale e diffusione di strutture di normazione cooperative e consensuali. – 4. Fattori storici della tensione tra accordi di parte e processo. – 5. Tendenza verso l'estensione dell'autonomia privata. – 6. Esperienza tedesca.- 7. Esperienza italiana: silenzio saltuariamente rotto. – 8. Assenza di visione chiaroscurale tra arbitrato e giustizia statale. – 9. Codice di procedura civile del 1942. – 10. Uscita dallo stato d'assedio con una proposta radicale. – 11. Svolgimenti. – 12. Esempi. – 13. Osservatori sulla giustizia civile. – 14. Trauma del distacco del diritto processuale dal diritto sostanziale. – 15. Posizione «speciale» del diritto processuale nel pensiero di Chiovenda. – 16. Confronto con l'esperienza del diritto amministrativo. – 17. Accordi di parte e principio di legalità nella disciplina del processo.

1. – Il seminario su «Accordi di parte e processo» si colloca nella migliore tradizione interdisciplinare della *Trimestrale*, che tanto affascina gli studiosi insofferenti delle barriere mentali frequentemente erette a difesa dei famigerati settori scientifico-disciplinari.

2. - Il tema può essere sviluppato in almeno due direzioni fondamentali.

La prima ha ad oggetto gli accordi diretti alla composizione delle liti, nei loro riflessi sul



processo civile <sup>(1)</sup>.

La seconda ha ad oggetto gli accordi che, secondo una prima e generica definizione, incidono sullo svolgimento del processo civile.

3. – Imbocchiamo la seconda direzione: gli accordi processuali.

È questo un angolo visuale privilegiato per osservare come la tensione tra diritti (e autonomia) delle parti e poteri del giudice, cioè autorità dello Stato, si profili ed evolva nell'epoca moderna, nel processo civile.

La riflessione non cade quindi su questo o quell'accordo processuale, bensì sul problema stesso del rapporto tra autonomia privata delle parti e disciplina legislativa del processo civile statale, con l'obiettivo di estendere i margini della negoziabilità delle regole processuali, per scoprire ciò che effettivamente non è negoziabile.

Inserita nel più ampio contesto dei rapporti tra società civile e Stato <sup>(2)</sup>, questa prospettiva si ripromette di cogliere i segni del tempo: la diminuzione della capacità di regolazione dello Stato secondo il modello tradizionale, basato sulla imposizione unilaterale della regola di condotta <sup>(3)</sup>; la diffusione di strutture di normazione cooperative e consensuali, come tentativo di compensare la perdita di potere autoritativo <sup>(4)</sup> e di affiancare al comando (*Gebot*) l'accordo (*Vertrag*), come altra forma originaria di fondazione del vincolo giuridico <sup>(5)</sup>.

4. – Il rapporto di tensione tra accordi di parte e processo, tra autonomia privata e

---

(\*) Il testo ha costituito la base dell'intervento alla giornata di studio *Accordi di parte e processo*, in occasione del sessantenario della fondazione della *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Bologna, 1° dicembre 2007, nonché della relazione presentata al convegno dell'Università degli Studi di Siena, *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, tenutosi a Siena il 23-24 novembre 2007, in occasione della presentazione del libro di F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, 2007. È stata parzialmente mantenuta la forma di esposizione orale, con l'aggiunta di un apparato essenziale di note.

<sup>(1)</sup> Per un'ampia panoramica v. GABRIELLI, LUISO, *I contratti di composizione delle liti*, Torino, 2006. Per un profilo limitato agli accordi tra i coniugi in considerazione della crisi coniugale, v. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile (appunti sul possibile ruolo del notaio nella crisi coniugale)*, in *Foro it.*, 2008, V, in corso di pubblicazione.

<sup>(2)</sup> Società civile e Stato: un binomio cui non si può rinunciare del tutto, nonostante il pervasivo e incisivo moltiplicarsi dei livelli ultrastatali di formazione del diritto.

<sup>(3)</sup> GRIMM (a cura di), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts?*, Baden-Baden, 1990.

<sup>(4)</sup> BECKER, *Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, Tübingen, 2005.

<sup>(5)</sup> Cfr. HOFMANN, *Gebot, Vertrag, Sitte*, Baden-Baden, 1993, che individua nel comando, nell'accordo e nel costume le tre forme originarie della fondazione del vincolo giuridico.



disciplina dello strumento istituzionale di composizione delle controversie, non è un dato iscritto nella natura della cosa, ma è un fenomeno storicamente condizionato da due fattori.

Il primo fattore si colloca sul piano della storia dei fatti: il disegno dello Stato moderno, fra il secolo XVII e il secolo XVIII, di appropriarsi della funzione di rendere giustizia e di rivendicare a sé il monopolio della legislazione in materia processuale, nel tentativo di porre rimedio alla degenerazione del processo romano-canonico. Questo proposito relega al margine una dimensione di giustizia astatuale, resa in un processo - *l'ordo iudiciarius* medievale – i cui principi provengono dalle regole della retorica e dell'etica, elaborate quindi dalla stessa comunità cui appartengono i protagonisti della vicenda processuale <sup>(6)</sup>.

Il secondo fattore si colloca sul piano della storia del pensiero giuridico. L'origine è un vero e proprio terremoto ideale, che ha il suo epicentro in Germania a metà del secolo XIX e che conduce in pochi lustri ad un cambiamento di natura della riflessione sulla protezione giudiziaria dei diritti rispetto alla sua fondazione giusnaturalista: l'abbandono dell'alveo dello *ius privatum* e la netta scelta di campo in favore della collocazione del diritto processuale civile entro lo *ius publicum*.

5. – Poiché tutti i fenomeni storici, come hanno un inizio, hanno anche una fine e la loro evoluzione diventa ad un certo punto una - più o meno lunga - storia della loro fine, si intende avviare l'indagine se nel nostro presente si intraveda già qualche segno premonitore, per assecondarne idealmente la maturazione, nella speranza che questo approccio storicistico non si riveli del tutto miserevole à la Popper <sup>(7)</sup>.

La direzione di marcia è verso una equilibrata estensione dell'incidenza dall'autonomia privata nella conformazione della vicenda processuale, nei limiti in cui ciò non ostacoli l'efficienza del processo rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia.

6. – Un sia pur rapido sguardo comparativo alle esperienze tedesca e italiana in tema di accordi processuali rivela immediatamente che la prima si trova più avanti della seconda nella direzione di marcia appena indicata.

---

<sup>(6)</sup> Cfr. GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: 'nuova retorica' e teoria del processo*, in *Soc. del dir.* 1986, p. 81 ss. Sulle ricerche di Giuliani e di Picardi, v. le osservazioni di NÖRR, *Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1 ss.; in tema v. CHIZZINI, *Anticam exquirite matrem - Romanesimo e germanesimo alle fonti del giusto processo civile*, in *Giusto processo civ.*, 2006, p. 131 ss.

<sup>(7)</sup> POPPER, *Miseria dello storicismo*, Milano, 1975.



Ciò vale non solo per le punte più avanzate della riflessione della letteratura.

Così è per l'opera di Peter Schlosser: egli pretende di ispirare la valutazione dell'attività consensuale delle parti nel processo civile al criterio «*in dubio pro libertate*»<sup>(8)</sup>.

Così è per l'opera di Gerhard Wagner: egli pretende di «rivitalizzare» l'autonomia privata nel processo civile compiendo una distinzione fondamentale tra due categorie di accordi processuali. La prima concerne gli accordi con cui le parti si impegnano a esercitare o, più frequentemente, a non esercitare i poteri processuali a loro spettanti (disposizione del potere, *Befugnisdisposition*): es., *pactum de non petendo*, *pactum de non exequendo*, accordo di rinunciare all'azione. Essi non toccano l'ambito di validità e vigenza delle norme processuali. Pertanto la loro ammissibilità scaturisce in via generale dalla «correlazione di valutazioni» tra diritto privato e diritto processuale civile<sup>(9)</sup>. La seconda categoria di accordi riguarda gli atti di deroga consensuale a norme processuali (disposizione della norma, *Normdisposition*): es., accordi di deroga della competenza, patti relativi all'onere della prova. Essi necessitano di una previsione legislativa, ma la correlazione di valutazioni tra diritto privato e diritto processuale civile richiede l'indicazione di motivi concreti che impongono e legittimano una limitazione dell'autonomia privata processuale delle parti. Ciò può accadere non solo in vista della tutela di interessi pubblici, bensì anche di interessi di una delle parti, come l'interesse al giusto processo<sup>(10)</sup>.

La posizione avanzata dell'esperienza tedesca nella valorizzazione dell'autonomia privata delle parti nel processo civile si coglie anche nell'affresco sulla posizione tradizionale dipinto da Dieter Leipold nelle pagine del commentario *Stein Jonas*<sup>(11)</sup>. Esordisce Leipold: «mentre la disciplina del diritto civile è in larga parte dispositiva, per cui la regola è la sua derogabilità per contratto, non accade così nel diritto processuale civile, che lascia uno spazio esiguo e tipizzato

---

<sup>(8)</sup> SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*, Tübingen, 1968.

<sup>(9)</sup> Da molti decenni si è dischiusa la prospettiva del recupero di una correlazione di valutazioni tra diritto privato e diritto processuale civile. Scrive Wolfram Henckel nel 1970: «noi non possiamo dire che il processo persegue lo scopo di attuare il diritto soggettivo o di difenderlo. Noi diciamo in modo migliore che il diritto può ed ha il permesso di essere esercitato nel processo e che il nostro diritto processuale fissa limiti di questo esercizio, limiti che nei loro effetti sono paragonabili ai limiti fissati dal diritto sostanziale. Se gli effetti sono paragonabili e sono riconducibili a condotte paragonabili, allora anche le valutazioni del diritto processuale devono accordarsi con quelle adottate dal diritto sostanziale in relazione all'esercizio stragiudiziale del diritto. Il vantaggio che l'una parte consegue a carico dell'altra nello svolgimento del processo non può essere fondato su punti di vista attinenti al bene pubblico. Tale vantaggio deve fondarsi su valutazioni adeguate al diritto soggettivo privato». Così, HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen, 1970, p. 62 s., con rinvio in nota al pensiero di NEUNER, *Privatrecht und Prozeßrecht* (1925).

<sup>(10)</sup> WAGNER, *Prozeßverträge*, Tübingen, 1998.



all'autonomia negoziale delle parti, a causa del carattere di diritto pubblico della disciplina del processo civile»<sup>(12)</sup>. Ancora: «nel diritto processuale civile non vige il principio della libertà contrattuale. In altri termini, non vi è spazio per un processo convenzionale (un processo, le cui regole possano cioè essere determinate attraverso l'accordo delle parti)<sup>(13)</sup>.

Ma ad un certo punto il discorso cambia, quasi improvvisamente, non tanto per il riconoscimento dell'ammissibilità di contratti processuali, quando essi non urtano con disposizioni cogenti del codice di procedura civile<sup>(14)</sup>, quanto per l'esplicita affermazione che «le parti possono (senza necessità di un particolare fondamento legislativo) vincolarsi contrattualmente al compimento o all'omissione di atti processuali, se ciò non urti contro divieti legislativi, i buoni costumi o contro interessi dell'amministrazione della giustizia sottratti alla disponibilità delle parti. In questo ambito la libertà contrattuale corrisponde al principio dispositivo (*Dispositionsmaxime*) e al principio della trattazione (*Beibringungsgrundsatz*)<sup>(15)</sup>.

7. – Completamente diverso è il panorama che si dischiude nel dare uno sguardo all'esperienza italiana. Sulla categoria degli accordi processuali, in sé e per sé considerata, è calato sostanzialmente l'oblio.

Sul punto la letteratura italiana conserva attualmente, di regola, un silenzio, rotto talvolta da qualche breve voce enciclopedica, da qualche nota a sentenza, nonché da qualche osservazione a piè di pagina negli studi monografici dedicati ad altri argomenti. Il tema appare attualmente un ramo piuttosto secco nella riflessione italiana contemporanea, abbandonato ad episodici interventi giurisprudenziali condizionati, come è inevitabile, dall'analisi del caso concreto<sup>(16)</sup>, mentre le energie degli studiosi si concentrano per lo più sull'esame di singoli tipi di accordi

---

<sup>(11)</sup> LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, ventiduesima ed., 3, Tübingen, 2005, premessa al § 128, p. 111 ss.

<sup>(12)</sup> LEIPOLD, STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., p. 111. Nello stesso senso ARENS, *Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts*, in *Humane Justiz*, a cura di Peter Gilles, Frankfurt, 1977, p. 1: «sussiste un interesse pubblico alla conformazione del procedimento, per cui vasti settori del diritto processuale civile hanno un carattere cogente e non possono essere modificati attraverso l'accordo delle parti».

<sup>(13)</sup> LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., p. 111.

<sup>(14)</sup> LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., p. 111. Nello stesso senso ARENS, *Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts*, cit., p. 1: «l'opinione oggi dominante ritiene tuttavia che accordi processuali (contratti processuali) siano possibili, quando essi non urtano con disposizioni cogenti del codice di procedura civile. Il problema della loro ammissibilità consiste nella delimitazione tra diritto processuale cogente e diritto processuale dispositivo. Tale delimitazione scaturisce dalla contrapposizione tra interesse privato e interesse pubblico».

<sup>(15)</sup> LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., p. 112.

<sup>(16)</sup> Per una interessante fattispecie, Cass. 12 agosto 1991, n. 8774, con nota di TOMBARI FABBRINI, *In tema di «pactum de non exequendo»*, in *Foro it.*, 1992, I, 1846.



processuali <sup>(17)</sup>.

Cercare di cogliere le ragioni di questo disinteresse è utile, per cercare di guardare verso il futuro e di individuare le linee evolutive della categoria.

Mi sembra che ciò sia dovuto all'opera casualmente combinata di due fattori di opposta matrice ideale, ma convergenti nel mettere al margine, o meglio nel soffocare in una tenaglia soffocante, la teoria degli accordi processuali.

8. – Il primo fattore è dovuto una concezione di stampo classicamente liberale, che non conosce chiaroscuri o vie intermedie tra la giustizia arbitrale, da un lato, e la giustizia statale, dal lato opposto.

Espressione esemplare di questa disposizione mentale è la critica negatrice della categoria degli accordi processuali svolta da Salvatore Satta nel suo contributo alla dottrina dell'arbitrato del 1931 <sup>(18)</sup>.

Nello spazio intercorrente tra l'arbitrato ricostruito in chiave integralmente privatistica e contrattuale, da un lato, e il processo civile statale irrigidito nella disciplina legislativa, dall'altro lato, per Satta vi è il vuoto: «il punto di contrasto sull'ammissione dei contratti processuali trascende la loro singolare manifestazione per toccare le radici più intime di tutto il diritto processuale, la concezione cioè del processo nella sua struttura e nella sua funzione non solo giuridica, ma forse insieme sociale. Si tratta insomma di decidere sulla convenzionalità o meno del processo, di accettare cioè l'idea del rapporto pubblicistico che prevale nelle concezioni e nelle legislazioni moderne, o di tornare all'antico. I contratti processuali rappresentano una nostalgia di quest'antico» <sup>(19)</sup>.

Questo punto di vista è molto più comune di quanto non si pensi, specialmente tra gli studiosi dell'arbitrato <sup>(20)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> Anche DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959, raccoglie sotto questo titolo riflessioni non sulla categoria in generale degli «atti e disposizioni con cui le parti, nella previsione di un giudizio o nel corso di esso, variamente provvedono alla disciplina di alcune loro relazioni processuali» (op. cit., dall'avvertenza introduttiva), bensì su due tipi particolari di accordi processuali: i patti sulle prove e gli accordi processuali esecutivi.

<sup>(18)</sup> SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato* (1931), rist., Milano, 1969.

<sup>(19)</sup> Così, SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato* (1931), cit., p. 50.

<sup>(20)</sup> Nel recente passato, ho scritto in proposito qualche frase che può prestare il fianco ad equivoci: «l'autonomia privata, o meglio il carattere normalmente disponibile dei rapporti giuridici privati, incide unicamente su alcuni aspetti tipici della disciplina del processo civile statale: l'inizio, la fine, l'oggetto del processo. Una concezione che vedesse un'incidenza atipica e pervasiva dell'autonomia delle parti sul processo civile statale costituirebbe una manifestazione



9. – Il secondo fattore, di matrice opposta, è la virata pubblicistica che si verifica con il codice di procedura civile del 1942 <sup>(21)</sup>. La barra punta diritta verso il «rafforzamento dell'autorità del giudice» <sup>(22)</sup>, nel quadro della concezione del processo civile come mezzo di attuazione del diritto oggettivo nel caso concreto.

Si relega così piuttosto sullo sfondo l'utilità che gli individui si ripromettono di conseguire nel momento in cui intraprendono un processo e la riflessione sulla possibilità che queste utilità possano essere ottenute anche attraverso strumenti diversi dallo svolgimento di un processo giurisdizionale o dal suo esito che si condensa nella sentenza che accerta la volontà della legge nel caso concreto.

Questa svolta può essere colta in modo emblematico nella degradazione della disciplina dei metodi alternativi di composizione delle controversie, come la conciliazione e l'arbitrato, rispetto alla loro posizione privilegiata, all'inizio del codice di procedura civile del 1865.

Sintomatica è altresì la mancata previsione espressa di strumenti negoziali di composizione della controversia nel corso del processo, come il riconoscimento della domanda o la sua rinuncia.

10. - Al cospetto dello stato di assedio promosso da fronti opposti, se vuole evitare di essere definitivamente soffocata, la teoria dei contratti processuali deve tentare una sortita energica, giocando quasi il tutto per tutto.

Si attende allora un'opera di vasto respiro che abbia la sensibilità, il coraggio e la pazienza di discutere *ab imis* il fondamento del canone della tipizzazione degli accordi processuali e di proporsi la domanda radicale: perché il principio della autonomia contrattuale *ex art. 1322 c.c.*, non ha spazio per esplicitarsi nel processo civile?

Un'opera che si interroghi, in secondo luogo, sulla effettiva natura e portata pratica di questa tipizzazione: se si tratta di una tipizzazione legale, come mai si ammettono per esempio il

---

della ideologia vetero-liberale. Nel pluralismo culturale ed ideologico che caratterizza le società contemporanee, l'idea che il processo civile sia solo un affare privato delle parti non può essere bandita. Essa trova però la propria realizzazione non già nel processo civile statale, bensì nell'arbitrato» (così, CAPONI, *In tema di autonomia e certezza nella disciplina del processo civile*, in *Foro it.*, 2006, I, 136).

Oggi continuo a condividere il senso fondamentale di questo passaggio: il processo civile statale non può in alcun modo essere ricostruito come un affare privato delle parti. Sarei solo più cauto nel restringere entro una tipizzazione legale l'incidenza dell'autonomia privata delle parti nella conformazione della vicenda processuale, ma su questo punto rinvio ai successivi svolgimenti nel testo.

<sup>(21)</sup> Si vedano sul punto le riflessioni di CIPRIANI, *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli, 1997.

<sup>(22)</sup> V. la *Relazione al Re* per l'approvazione del testo del codice di procedura civile, in *Codice di procedura civile*, a cura di Cipriani, D'Elia, Impagnatiello, Bari, 1997, p. 209.



*pactum de non petendo* e, come caso particolare di questo, il *pactum de non exequendo*, che non sono conosciuti dalla legge?

Se si muove infatti dal punto fermo del carattere strumentale del processo civile nei confronti dei diritti e dell'autonomia dei privati, si può rovesciare l'impostazione attuale e ritenere che la disciplina del processo e dei suoi risultati possa aprirsi ad una fonte di regolamentazione negoziale, anche in via atipica, ex art. 1322, comma 2 c.c., entro i limiti del rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume, limiti che sono posti a presidio di un'allocatione proporzionata delle risorse statali rispetto al risultato di assicurare alla collettività un servizio efficiente di giustizia civile.

Entro questi limiti, il cui rispetto spetta al giudice verificare, il contratto processuale si impone a questi come gli si imporrebbe un contratto sostanziale tra le parti.

11. - Perché la soluzione dovrebbe essere negativa, se quella condizione di proporzionalità e di efficienza nell'allocatione delle risorse pubbliche è rispettata?

Perché la soluzione dovrebbe essere negativa, se l'autonomia privata rimane pur sempre la fonte principale della regolamentazione degli interessi dei privati dedotti in giudizio?

Se è vero che il processo civile è diretto ad assicurare che gli interessi protetti dalle norme di diritto sostanziale siano realizzati, anche nella ipotesi di mancata cooperazione spontanea fra i soggetti, perché non recuperare tutti gli spazi di agibilità per quest'ultima, laddove la cooperazione non faccia integralmente difetto, ma si indirizzi ad una convergente disciplina negoziale di alcune fra le relazioni processuali delle parti?

Si tratta certamente di un rovesciamento dell'impostazione attuale (per la verità sommersa e implicita, piuttosto che enunciata espressamente).

Esso però: a) potrebbe promuovere una interpretazione estensiva del campo di applicazione delle figure di accordi processuali attualmente previste dalla legge; b) offrirebbe una base normativa solida a figure di accordi processuali, come il *pactum de non petendo* o il *pactum de non exequendo*, che hanno una loro tipicità storica e sociale, ma non certo legale (almeno: non in via generale) <sup>(23)</sup>; c) farebbe sì che l'accordo costituisca un limite all'esercizio di poteri d'ufficio

---

<sup>(23)</sup> Si vedano però gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella recente legge di riforma del diritto fallimentare, sui quali v. M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla «reorganization»*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 263, nonché la letteratura ivi indicata nella nota 1.



del giudice, previo giudizio in concreto ad opera di quest'ultimo circa la meritevolezza ex art. 1322, comma 2 c.c. dell'interesse perseguito dalle parti con l'accordo processuale, alla luce del predetto canone di efficienza della giustizia civile statale; d) promuoverebbe una successiva tipizzazione legale degli accordi processuali, che faccia propria in via generale ed astratta, una volta per tutte, la concreta valutazione giurisprudenziale di ammissibilità.

12. – Proponiamo qualche esempio di accordo processuale, la cui ammissibilità dovrebbe essere prevista una volta per tutte dalla per legge, per sottrarla ad una valutazione in concreto da parte del giudice.

A) proposizione di una domanda nuova nel giudizio di primo grado (già ammessa dalla giurisprudenza nel rito ordinario, come «accettazione del contraddittorio»).

B) superamento delle preclusioni <sup>(24)</sup>.

C) scelta di un modello di trattazione tra una pluralità di modelli predeterminati dalla legge, all'interno di una sequenza procedimentale unitaria.

La prospettiva è *de iure condendo*: molti sistemi processuali europei tendono ad articolare la disciplina del processo ordinario di cognizione in una molteplicità di modelli di trattazione della causa, calibrati sulla tipologia del valore, della materia o, più in generale, della complessità della controversia dedotta in giudizio <sup>(25)</sup>. È quello che accade nel nuovo processo civile inglese, attraverso la scelta tra *small claim track*, *fast track*, *multi track*; nel processo civile francese, attraverso la scelta tra *circuit court*, *circuit moyen* e *circuit long*; nel processo civile tedesco, attraverso la scelta di far precedere l'udienza principale da una prima udienza immediata oppure da un procedimento preliminare scritto <sup>(26)</sup>.

La scelta fra un modello di trattazione e l'altro è affidata al giudice, in collaborazione con le parti, e rientra fra i suoi compiti di direzione formale del processo, ma si potrebbe prevedere che l'accordo tra le parti vincoli il giudice.

D) accordo sul processo modello. La prassi e la riflessione scientifica nell'esperienza tedesca riconoscono alle parti, in ipotesi in cui pendono cause seriali, che presuppongono l'esame

---

<sup>(24)</sup> In questo senso, v. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 232, che richiede il rispetto delle forme indicate dall'art. 306, comma 2 c.p.c.

<sup>(25)</sup> Cfr. TROCKER, *Il processo civile in prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive*, in *Rass. forense*, 2006, p. 1465 ss.

<sup>(26)</sup> Cfr., CAPONI, *Modelli europei del processo di cognizione: l'esempio tedesco*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 163 ss.



di identiche o analoghe questioni, la possibilità di stipulare un accordo (*Musterprozessabrede*, *Musterprozessvertrag*), sottoposto in via di principio alla normativa del codice civile, in base al quale vengono trattate solo singole cause, viene sospeso il termine di prescrizione dei diritti, oggetto delle cause che viceversa subiscono un provvisorio arresto <sup>(27)</sup>, e si conviene che il contenuto della decisione resa sul processo modello, nella parte in cui esso rileva anche nelle cause sospese, vincoli il giudice nella definizione di queste ultime. Sotto questo profilo l'accordo è equiparato ad una transazione intercorsa tra le parti. La nuova disciplina delle impugnazioni agevola l'accesso alla Corte suprema delle cause modello di modesto valore economico, ma di significato fondamentale <sup>(28)</sup>.

E) rientrano nel contesto della valorizzazione dell'autonomia privata nel processo civile, sebbene atti unilaterali, il riconoscimento della domanda e la rinuncia all'azione, nei processi relativi a diritti disponibili.

Nell'ordinamento tedesco se una delle parti riconosce in tutto o in parte la pretesa fatta valere contro di lei, è emanata una sentenza di condanna conforme al contenuto della dichiarazione di riconoscimento <sup>(29)</sup>. Ciò comporta che il giudice non è tenuto in via di principio ad accertare i fatti allegati dall'attore, né a verificare che essi fondino *in iure* la pretesa fatta valere <sup>(30)</sup>, ma deve limitarsi a riscontrare la sussistenza dei presupposti processuali. A differenza della tesi prevalente nell'ordinamento francese, nell'ordinamento tedesco si tende a vedere nel riconoscimento un atto puramente processuale <sup>(31)</sup>. La sentenza resa su riconoscimento è

---

<sup>(27)</sup> Il potere delle parti di stipulare un accordo di moratoria relativo alla decorrenza del termine di prescrizione si fonda sul § 205 BGB («il termine di prescrizione è sospeso fin quando il debitore è legittimato a rifiutare la prestazione, sulla base di un accordo con il creditore»).

<sup>(28)</sup> Sul tema si può vedere, tra l'altro, la recente monografia di JACOBY, *Der Musterprozessvertrag*, Tübingen, 2000.

Nel 2005 è stata approvata la legge sui processi modello nelle controversie dei mercati finanziari: *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*. Cfr. CAPONI, *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007.

In Italia si veda adesso l'imperfetta realizzazione di una forma di tutela collettiva attraverso l'art. 140-bis del codice del consumo, introdotto dalla l. n. 244 del 2007 (finanziaria 2008).

<sup>(29)</sup> Cfr. il § 307 ZPO, ove si prevede che il riconoscimento possa avvenire in udienza o nel procedimento preliminare scritto. La riforma del 2002 ha abolito la necessità di un'apposita istanza dell'attore al fine dell'emanazione della sentenza su riconoscimento (accogliendo così una soluzione alla quale era pervenuta già la giurisprudenza). Una disposizione analoga è prevista dal § 395 ZPO austriaca.

<sup>(30)</sup> Cfr. LEIPOLD, in STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, ventunesima ed., 4/1, Tübingen, 1998, p. 74 ss., ove si ricordano le limitazioni (pretesa contraria a norme imperative, all'ordine pubblico, al buon costume, materia sottratta alla disponibilità delle parti, ecc.); ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, 16 ed., München, 2004, p. 920 ss.

<sup>(31)</sup> Cfr. LEIPOLD, in STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., p. 72. Per indicazioni sulla tesi minoritaria che rinviene nel riconoscimento una duplice natura (processuale e sostanziale), v. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, p. 525 ss.



impugnabile con i mezzi ordinari <sup>(32)</sup>.

F) accordo sulla qualificazione giuridica applicabile per risolvere la controversia, sulla falsariga dell'art. 12, comma 3 del codice di procedura civile francese <sup>(33)</sup>.

Anche nell'ordinamento tedesco, l'assenza del potere del giudice di valutare *in iure* la pretesa fatta valere dall'attore in ipotesi di riconoscimento della domanda ha dischiuso la porta all'idea che l'accordo delle parti possa vincolare il giudice ad una certa qualificazione giuridica della fattispecie dedotta in giudizio o ad un certo insieme di norme <sup>(34)</sup>.

Nell'ordinamento italiano questa prospettiva è molto problematica, per la formulazione attuale dell'art. 113 c.p.c., che prevede come alternativa alla pronuncia secondo diritto solo la pronuncia secondo equità. Un'evoluzione in questa direzione potrebbe avviarsi solo con una correzione della formulazione dell'art. 113 c.p.c., che faccia salva la pronuncia secondo diritto, «salvo che la legge disponga altrimenti», nel quadro di una concezione del processo civile che accentui la sua funzione di composizione delle controversie.

13. – Un discorso a parte, in quanto esplicazione di una forma di autonomia collettiva che coinvolge non solo le parti, ma anche gli uffici giudiziari, merita la prassi del «contratto di procedura» (*contrat de procédure*), avviata nell'ordinamento francese.

Con tali accordi giudici ed avvocati decidono insieme sulla tabella temporale di svolgimento delle attività processuali, sui termini per il compimento degli atti introduttivi e per lo scambio di documenti. Chi ha analizzato questa esperienza constata che il contenuto di questi accordi è molto vario da una sede giudiziaria all'altra, ma in genere presenta molti vantaggi soprattutto per gli avvocati, che conoscono precisamente quando la causa verrà trattata e non sono esposti a sorprese, con notevole risparmio di tempo ed un migliore impiego di energie <sup>(35)</sup>.

---

<sup>(32)</sup> Cfr. LEIPOLD, in STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., p. 80.

<sup>(33)</sup> Testo dell'art. 12: «Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables./Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée./Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat./Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé». Sul punto, v. CADRET, *Le conventions relatives au procès en droit français*, II, 2, B, indietro.

<sup>(34)</sup> Cfr. BAUR, *Vereinbarungen der Parteien über präjudizielle Rechtsverhältnisse im Zivilprozeß*, in *Festschrift für Bötticher*, Berlin, 1969, p. 1 ss.

<sup>(35)</sup> Così, FARRAND, in TROCKER-VARANO, *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Torino, 2005.



In questa direzione si muove nell'ordinamento italiano l'esperienza degli osservatori sulla giustizia civile: un gruppo di magistrati, avvocati, personale giudiziario e docenti universitari si assume liberamente l'impegno di operare, con iniziative congiunte o coordinate, per tentare di lenire nei limiti del possibile l'inefficienza della giustizia civile in un certo ambito locale. Fra le principali attività degli osservatori vi è la «codificazione» di prassi autoregolamentate e condivise, orientate nel loro complesso alla conseguenza di promuovere efficienza nella gestione del processo (i «protocolli»).

I protocolli hanno un contenuto composito, che spazia dalla concretizzazione di norme processuali elastiche, come l'art. 175, comma 1 c.p.c. e l'art. 121 c.p.c., alla fissazione di varianti interpretative o applicative di norme processuali rigide, come quella che disciplina il contenuto della prima udienza del processo (art. 183 c.p.c.), alla codificazione di opportune regole di costume giudiziario, come quelle che impegnano i difensori a comunicare tempestivamente al giudice l'avvenuta transazione stragiudiziale della controversia, a consegnare al giudice copia della giurisprudenza di merito citata negli scritti difensivi o nella discussione orale, a consegnare al giudice del primo grado copia della sentenza emessa dal giudice di appello e dalla Corte di cassazione.

Quanto alla efficacia delle norme contenute nei protocolli, essa non ha carattere vincolante, bensì meramente persuasiva, ma ciò non esclude la possibilità di qualificarle come norme giuridiche, se si accetta l'impostazione secondo la quale il diritto si caratterizza per il fatto di «consistere nella creazione di un complesso di 'norme' destinate ad operare nell'ambito della struttura sociale di una comunità e nel conferire ai precetti che esse esprimono una particolare 'efficacia', la quale le rende più o meno strettamente 'vincolanti' (quando il vincolo è più tenue, si parla di efficacia 'persuasiva' delle norme)»<sup>(36)</sup>.

14. – La prospettiva delineata in questo studio si colloca in un contesto più ampio, che aspira a lenire i postumi del trauma che la riflessione sulla protezione giudiziaria dei diritti subisce a metà del secolo XIX in Germania.

Non è un caso che, nell'indicare lo storico distacco del diritto processuale dal diritto sostanziale, l'esperienza giuridica tedesca impieghi frequentemente il termine *Trennung*: lo stesso

---

<sup>(36)</sup> Così, PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, seconda ed., Milano, 1998, p. 6.

Per un discorso più ampio sul punto si rinvia a CAPONI, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 7.



sostantivo che significa, in altri contesti e accompagnato da diversi aggettivi, la separazione dei coniugi, la scissione di un legame chimico, la segregazione razziale.

La separazione del diritto processuale dal diritto sostanziale costituisce al giorno d'oggi, specialmente negli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale, uno strumento cui difficilmente si può rinunciare nella costruzione e comprensione del sistema <sup>(37)</sup>.

Tuttavia l'impiego del termine *Trennung* costituisce il segno di una originaria separazione traumatica, di cui ancora oggi sono visibili i postumi, non solo a causa della vischiosità dell'evoluzione dell'esperienza giuridica.

In che cosa è consistito questo trauma?

Non già, di per sé, nel fatto che il diritto processuale cominci ad uscire dall'alveo del diritto privato sostanziale e si affermi come autonoma parte del diritto.

Non già, di per sé, nel fatto che, liberato dalla corrispondenza con il diritto soggettivo privato, il diritto di azione si profili ormai come una situazione giuridica soggettiva appartenente al campo del processo, indipendente dal diritto sostanziale.

Il trauma consiste, come parzialmente anticipato all'inizio del nostro discorso, in una sorta di mutazione genetica che il diritto processuale subisce nel costruire la propria autonomia disciplinare: «con la separazione tra diritto sostanziale e processo si dischiude la prospettiva della qualificazione del diritto processuale come diritto pubblico: nel processo le parti compaiono dinanzi al giudice, che esercita il potere statale; non si può più parlare di un assetto paritario come nel diritto privato» <sup>(38)</sup>.

Siamo nella seconda metà del secolo XIX. Non sono certo questi i tempi in cui una branca del diritto appena nata, se vuole crescere bene, possa assecondare la propria intrinseca natura ermafrodita ed interstiziale e possa coltivare una visione chiaroscurale del proprio posizionamento all'interno dell'esperienza giuridica. È questo il tempo della grande dicotomia, della grande contrapposizione tra diritto privato e diritto pubblico.

Bianco o nero: la nuova scienza del diritto processuale non può rimanere sospesa nel mezzo tra i due poli, come le suggerirebbe il modo di essere dei fenomeni studiati, ma deve far

---

<sup>(37)</sup> Cfr. HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, cit., p. 5.

<sup>(38)</sup> Così, ARENS, *Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts*, cit., p. 1, il quale prosegue sostenendo che questa qualificazione del diritto processuale come diritto pubblico oggi non può essere posta più in dubbio.



violenza a questi ultimi, deve prendere risolutamente partito: abbandonare la vecchia culla del diritto privato e correre tra le braccia possenti della scienza del diritto pubblico.

15. – La necessità della scienza del diritto processuale di scegliere il settore dello *ius publicum*, per non essere frantumata nel campo di tensione provocato dai due poli concettuali contrapposti, non è un'operazione indolore, come possiamo scorgere tra le righe del discorso di Chiovenda: «volendo ricondurre la legge processuale civile in una delle due grandi partizioni del diritto, può dirsi che essa appartiene al *diritto pubblico*, perché regola più o meno immediatamente un'attività pubblica. Ma si deve riconoscere che essa è autonoma, cioè ha una posizione speciale, che deriva dall'intreccio continuo dell'interesse generale e dell'interesse individuale nel processo civile. Se l'attuazione delle legge in sé è una funzione dello Stato, il quale è sommamente interessato al modo e agli effetti del suo esercizio, alla rispondenza della propria attività al suo scopo, è certo che all'andamento del processo e al suo risultato *nel caso concreto* sono principalmente interessate le parti, che aspirano traverso l'attuazione della legge a un bene della vita»<sup>(39)</sup>.

Questo passo di Chiovenda è molto significativo: egli concede (è costretto a concedere) che il diritto processuale civile appartiene al diritto pubblico, ma poi sviluppa effettivamente la sua argomentazione in tutt'altra direzione, sondando la possibilità di collocare il diritto processuale in un territorio intermedio tra diritto pubblico e privato. Una possibilità allora ancora difficile, ma oggi concretamente praticabile, poiché ci troviamo al definitivo tramonto della grande dicotomia

Certamente la riflessione sul diritto processuale civile come una sorta diritto intermedio tra diritto privato e diritto pubblico ha vissuto una vita grama, ma ci sono sempre stati degli spunti in questa direzione, che nell'esperienza tedesca si sono potuti valorizzare in modo più incisivo, anche a causa di una maggiore fertilità della teoria del processo come rapporto giuridico processuale, rispetto alla teoria del processo come procedimento.

16. - Fino ai giorni nostri, la teoria e la prassi della protezione giudiziaria dei diritti si sono sentite costrette a muoversi nel campo di tensione provocato da due poli concettuali contrapposti (diritto pubblico, diritto privato).

Oggi si deve apertamente riconoscere - per usare una bella immagine di Michael Stolleis

---

<sup>(39)</sup> CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, I, p. 102.



(<sup>40</sup>) - che questa polarità è come la luce di una stella che si irradia ancora, molto tempo dopo che la sua sorgente si è esaurita.

È giunto il momento di liberarsi dei riflessi mentali di questa dicotomia per lavorare alla costruzione di un diritto intermedio e interstiziale. Una costruzione di cui si rinvergono tracce nel passato, benché queste siano rimaste sommerse dalla impostazione allora dominante.

Sotto questo profilo è importante il confronto con l'esperienza del diritto amministrativo. Una materia che ha completato la costruzione della propria autonomia disciplinare successivamente al diritto processuale civile, guardando anche a quest'ultimo (la celebre definizione di Otto Mayer di atto amministrativo prende a modello la sentenza). Una materia che ha sopravanzato il diritto processuale civile nella percezione del nuovo, anche perché essa è maggiormente a contatto con la realtà sociale ed economica, un contatto non filtrato dalla necessità che ci si trovi dinanzi ad una controversia e da un approccio di avvocati e giudici, talvolta improntato a vecchi schemi dicotomici.

Esemplare è l'art. 54 della legge tedesca sul procedimento amministrativo, che ha introdotto nel 1976 l'accordo sostitutivo di provvedimento amministrativo, poi varato anche nell'ordinamento italiano.

17. - Un'ultima osservazione: dalla previsione costituzionale del giusto processo «regolato dalla legge» (art. 111 Cost.) non si può desumere *in apicibus* una indicazione contraria ad una equilibrata estensione dell'incidenza dall'autonomia privata nella conformazione della vicenda processuale, nei limiti in cui ciò non ostacoli l'efficienza del processo rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia.

Utile si rivela a questo proposito il parallelo con l'esperienza degli osservatori sulla giustizia civile.

Comune alle persone che partecipano agli osservatori è certamente la riaffermazione del valore delle garanzie costituzionali e del principio di legalità nella disciplina processuale. Gli osservatori valorizzano le prassi virtuose, evidentemente non contro la legge e contro le garanzie costituzionali, bensì negli spazi che la legge processuale riconosce o lascia fisiologicamente a

---

(<sup>40</sup>) STOLLEIS, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates*, in HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN, in *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden, 1996, p. 59.



disposizione.

Quest'ultimo profilo coglie anche il senso della valorizzazione degli accordi di parte.

Gli spazi che la legge lascia a disposizione possono essere colti e sfruttati con grande nettezza e consapevolezza teorica, oltre che dall'approccio ermeneutico, da tecniche interpretative relativamente recenti come l'interpretazione orientata alle conseguenze, riferita cioè alle implicazioni pratiche che l'interpretazione ipotizzata presumibilmente produrrebbe all'esterno del sistema giuridico, nella realtà sociale <sup>(41)</sup>.

Non si intende intaccare quindi l'enorme merito che storicamente ha avuto nella disciplina del processo l'affermazione del principio di legalità, la fissazione di una normativa ad opera di una fonte superiore ed esterna rispetto ai protagonisti della vicenda processuale, come strumento principe per combattere l'inefficienza del processo e per aspirare a conferire certezza alle garanzie delle parti.

Piuttosto si deve riconoscere che il sistema normativo processuale, non è chiuso nella propria autoreferenzialità normativa, ma è disposto ad apprendere dall'ambiente circostante. E se si tratta di un ambiente ricco di buone ragioni potenzialmente universalizzabili, come quello che può scaturire da un esercizio equilibrato del potere di autonomia (individuale o collettiva), l'arricchimento del sistema processuale non può essere che notevole.

In sintesi, il principio di legalità della disciplina processuale è riaffermato in un contesto culturale profondamente mutato rispetto a quello ottocentesco. Un contesto nel quale l'interprete teorico e l'operatore pratico del diritto si sono definitivamente liberati dai panni striminziti dell'esegeta, per assumere quelli del coproduttore ed intermediatore di senso delle norme processuali, all'interno di un sistema legale che è come un «polmone aperto sull'esperienza» <sup>(42)</sup>.

---

<sup>(41)</sup> Cfr. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 91 ss.

<sup>(42)</sup> Nello stesso senso, con riferimento all'attività degli osservatori sulla giustizia civile, CAPONI, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in *Foro it.*, 2007, V, cit.