

Roberta Tiscini

***La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra istruzione preventiva ed arbitrato:
continua l'estensione del rito cautelare uniforme alla tutela preventiva della prova.***

1. L'attuale interesse della Corte costituzionale¹ per i provvedimenti di istruzione preventiva è il chiaro sintomo dell'esigenza di innovare sul punto. Il legislatore del 1990 li aveva immaginati come solo parzialmente compatibili con la struttura del rito cautelare uniforme degli artt. 669 *bis* ss. c.p.c. perciò escludendo l'applicazione di quel procedimento, ad eccezione del solo art. 669 *septies* c.p.c. (questa la portata precettiva dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.). Alla scelta legislativa si oppone il succedersi di più declaratorie di incostituzionalità che incidono non poco sulla disciplina processuale della tutela cautelare della prova.

Risale a meno di due anni fa la dichiarazione di incostituzionalità degli artt. 669 *quaterdecies* e 695 c.p.c. nella parte in cui non prevedono la reclamabilità del provvedimento di rigetto dell'istanza volta a provocare l'assunzione dei testimoni ovvero l'accertamento tecnico o l'ispezione giudiziale².

Oggi la Consulta torna sui rapporti tra istruzione preventiva e rito cautelare uniforme dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. nella parte in cui, escludendo l'applicazione dell'art. 669 *quinquies* c.p.c. all'accertamento tecnico preventivo, impedisce, in caso di clausola compromissoria, compromesso o pendenza di giudizio arbitrale – anche non rituale³ - la

¹ Per un ulteriore commento alla sentenza, vd. Licci, *Istruzione preventiva, arbitrato e art. 669 quaterdecies: una convivenza possibile?*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, in corso di pubblicazione. In commento all'ordinanza di rimessione (Trib. La Spezia, 31 ottobre 2008), Delle Donne, *Ancora sui rapporti tra arbitrato (anche irrituale) ed accertamento tecnico preventivo: è davvero illegittimo l'art. 669 quaterdecies nella parte in cui non prevede l'applicabilità a tali cautele dell'art. 669 quinquies?*, in www.judicium.it.

² Corte cost. 16 maggio 2008, n. 144, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 247, con note di Ferrari, *La reclamabilità del diniego di istruzione preventiva*, e Licci, *Istruzione preventiva e reclamo: una soluzione che ancora non convince*; in *Corr. giur.*, 2008, 1071, con nota di Romano, *La Corte costituzionale estende il reclamo cautelare all'ordinanza di rigetto dell'istanza di istruzione preventiva*; in *Giust. civ.*, 2008, I, 1599; in *Giur. it.*, 2008, 2255. Per un commento alla sentenza vd. anche Delle Donne, *La Consulta ammette il reclamo contro i provvedimenti di diniego dell'istruzione preventiva, ma non contro quelli di accoglimento: è vera parità delle armi?*, in www.judicium.it.

³ Si prescinderebbe, in queste brevi note, dall'affrontare il problema della compatibilità tra tutela cautelare (in generale) e arbitrato irrituale, trattandosi di questione ormai passata alla storia. Basti solo ricordare Corte cost. 5 luglio 2002, n. 320, in questa *Rivista*, 22, 503, con nota di Sassani, *La garanzia dell'accesso alla tutela cautelare nell'arbitrato irrituale*, che – dichiarando manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata intorno agli artt. 669 *quinquies* (vecchio testo) e 669 *octies* c.p.c. – ammette la competenza cautelare del giudice che sarebbe competente per il merito, qualora la controversia sia deferita ad arbitri irrituali. La medesima regola è stata recepita nell'art. 669 *quinquies* c.p.c. così come riformato dal d.lgs. n. 40/2006 (sul testo novellato dell'art. 669 *quinquies*, cfr. Tota, *Commento all'art. 669 quinquies*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio e Capponi,

proposizione della relativa domanda al giudice che sarebbe competente a conoscere del merito (in assenza di convenzione di arbitrato).

Questi i passaggi logici della motivazione. Il dato testuale dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. – limitando l'applicazione ai provvedimenti di istruzione preventiva (nella specie, all'accertamento tecnico preventivo dell'art. 696 c.p.c.) del solo art. 669 *septies* c.p.c., quanto al provvedimento negativo ed al governo delle spese – esclude in modo univoco l'operatività di tutte le altre norme del rito cautelare uniforme. Ciò sul presupposto che si tratta di provvedimenti i quali, seppure dotati di natura cautelare, non sono collegati al giudizio di merito.

Né è possibile una interpretazione diversa dello stesso art. 669 *quaterdecies* c.p.c., dal momento che “l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale”⁴.

Dovendosi confermare la natura cautelare dei provvedimenti di istruzione preventiva (dimostrata peraltro dalla collocazione sistematica dell'istituto)⁵, e il loro ruolo strumentale (comune tanto alle misure anticipatorie, quanto a quelle conservative)⁶, si giustifica il carattere espansivo delle regole del procedimento cautelare uniforme (“carattere che proprio nell'art. 669 *quaterdecies* è normativamente stabilito”).

Nella specie, oggetto di attenzione è l'art. 669 *quinquies* c.p.c. – qualora la controversia sia deferita ad arbitri e tenuto conto della carenza di potestà cautelare in capo a questi ultimi *ex* art. 818 c.p.c. – norma applicabile al sequestro giudiziario di libri registri, documenti, modelli, campioni ed ogni altra cosa da cui si pretende desumere elementi di prova ai sensi dell'art. 670 n 2 c.p.c., e non parimenti applicabile in caso di accertamento tecnico preventivo “ad onta della comune natura cautelare e della finalità probatoria perseguita da entrambi gli strumenti”.

Né è dato riscontrare una incompatibilità strutturale tra la normativa generale sui provvedimenti cautelari e la disciplina dell'accertamento tecnico preventivo. Non può infatti ritenersi che venga meno la natura cautelare di tali provvedimenti per il solo fatto che la disciplina degli artt. 692-699 c.p.c. non prevede la fissazione di un termine per l'inizio del giudizio ordinario.

Di qui l'irragionevolezza del sistema normativo (art. 3 cost.), che differenzia il trattamento dei provvedimenti di accertamento tecnico preventivo da tutti gli altri provvedimenti cautelari, nonché la violazione dell'art. 24 cost. dal momento che l'impossibilità di espletare l'accertamento

vol. I, Padova, 2007, 156 ss.; Dalmotto, *Commento all'art. 669 quinquies*, in *Le recenti riforme del processo civile*, Commentario diretto da Chiarloni, Torino, 2007, 1231).

⁴ Richiama in proposito Corte cost. 20 giugno 2008, n. 219, in *Foro it.*, 2008, I, 3420.

⁵ La natura cautelare dei provvedimenti di istruzione preventiva è sostenuta da una consolidata giurisprudenza di costituzionalità, tenuto conto della *ratio* ispiratrice, diretta ad evitare che la durata del processo vada in danno per la parte che ha ragione. Cita in proposito Corte cost. 16 maggio 2008, n. 144, cit.

⁶ Corte cost. 27 dicembre 1996, n. 421, in *Giust. civ.* 1997, I, 584; *Giur. it.* 1997, I, 358; Corte cost. 23 giugno 1994, n. 253, in *Giust. civ.* 1995, I, 659, con nota di Mammone.

tecnico preventivo in caso di controversia devoluta ad arbitri “compromette il diritto alla prova, per la possibile alterazione dello stato dei luoghi o di ciò che si vuole sottoporre ad accertamento tecnico, con conseguente pregiudizio per il diritto di difesa”.

2. La sentenza in commento conferma – se ce ne era bisogno – la natura cautelare dei provvedimenti di istruzione preventiva. Trattasi di un inquadramento dell’istituto piuttosto pacifico⁷, pochi e residuali essendo i dubbi circa la *ratio* di tali misure, volte pur sempre (al pari di quelle *stricto sensu* cautelari) a impedire che la durata del processo vada a danno della parte che ha ragione⁸.

Il problema si pone sotto il profilo della struttura, tenuto conto del diverso nesso che lega provvedimento di cautela della prova e giudizio di merito, rispetto a quanto accade per qualsiasi diversa misura cautelare. L’elemento debole del rito cautelare uniforme (tale da giustificare una differenziazione tra tutela cautelare *tout court* e tutela cautelare della prova) sta nella strumentalità rispetto al giudizio di merito, essendo meno stringente in materia di istruzione preventiva il legame tra fase sommaria e giudizio ordinario⁹. Mentre infatti le misure cautelari sono solitamente strumentali all’instaurazione di un giudizio di merito, avente ad oggetto la situazione sostanziale

⁷ Così la dottrina maggioritaria: Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, IV, parte 1°, 1968 rist., 252-253 (osservando tuttavia come, pure affermata la natura cautelare dell’istruzione preventiva, “resta del tutto insoluto il problema del come e del perché si possa dare una cautela in ordine alle prove”); Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, ora in *Opere giuridiche* a cura di Cappelletti, IX, 157 ss., spec. 180; Tarzia, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, in questa *Rivista*, 1991, 719 ss., spec. 723; Nicotina, *L’istruzione preventiva nel codice di procedura civile*, Milano, 1979, 193 ss.; Id, voce *Istruzione preventiva*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 154 ss., spec. 156; Balena, voce *Procedimento di istruzione preventiva*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 1 ss.; Trisorio Liuzzi, voce *Istruzione preventiva*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1993, rist. 1999, X, 242 ss. spec. 244; Besso, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, 210 e 224; Salvaneschi, *Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento arbitrale*, in questa *Rivista*, 1993, 617 ss., spec. 619; Romano, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004, 8 ss.; Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, 2009, 244; Giallongo, *Accertamento tecnico preventivo e tutela cautelare nell’arbitrato irrituale dopo la legge n. 8 del 2005*, in *Giur. it.*, 2006, 214 ss. spec. 219. Sostanzialmente nello stesso senso Calvosa, voce *Istruzione preventiva*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 309 ss., evidenziando la funzione cautelare dei mezzi di conservazione della prova ed al contempo escludendoli dal settore delle misure cautelari propriamente dette. In posizione originale si colloca Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano, 2006, 583, il quale rileva come nonostante l’aspetto *lato sensu* cautelare, l’atto di istruzione preventiva sembra appartenere piuttosto alla giurisdizione cognitiva (una sorta di anticipazione della fase istruttoria simmetricamente a come avviene per l’anticipazione della fase decisoria ravvisabile nelle ordinanze degli artt 186 bis, ter, quater c.p.c.). Osserva Panzarola, *Commento sub artt. 696 e 696 bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio e Capponi, cit., 253 ss. spec. nt. 1 come accogliendo questa tesi si disporrebbe di una base solida per affrontare e risolvere problemi evidenziatisi anche in altri settori ordinamentali, soprattutto nell’ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

⁸ Su tale profilo, approfonditamente, in commento a questa stessa sentenza, cfr. Licci, *Istruzione preventiva*, cit., § 3.

⁹ Salvaneschi, *Sui rapporti*, cit., 620.

cautelata (sicché il vincolo tra cautela e merito è individuato nel diritto soggettivo oggetto di giudizio, tutelato *in primis* per le vie urgenti e poi nel processo dichiarativo), in materia di istruzione preventiva viene a mancare la strumentalità tra misura cautelare e giudizio di merito identificata nella comunanza della situazione sostanziale¹⁰. In altri termini, la tutela cautelare ha pur sempre ad oggetto un diritto soggettivo, del quale preserva la possibilità di accertamento o di soddisfazione da realizzare nelle forme del processo cognitivo (o anche di quello esecutivo), diversamente da quanto avviene nell'istruzione preventiva nella quale si spezza il nesso di strumentalità rispetto al diritto soggettivo sottostante, limitandosi essa a conservare una situazione processuale senza incidere sulla realtà materiale¹¹ (il relativo provvedimento punta cioè a assicurare la raccolta di una prova prima – o anche nel corso - del processo, onde evitare che ciò diventi impossibile o difficile quando assunta a tempo debito). Sicché, mentre la tutela cautelare (sia del processo di cognizione, sia del processo di esecuzione) concorre alla conservazione del diritto sostanziale, che potenzialmente accompagna durante l'intero arco della vicenda processuale¹², la tutela cautelare della prova ha una finalità esclusivamente processuale, essendo proiettata sulla conservazione del mezzo di prova in attesa della sua eventuale ammissione all'interno del processo.

Di qui l'asserito limite in punto di strumentalità rispetto al giudizio di merito: una strumentalità che non evocherebbe l'esigenza di assicurare la cristallizzazione della situazione sostanziale, bensì solo la conservazione di uno *status* processuale.

E' innegabile che il provvedimento di istruzione preventiva non incide direttamente (il che non esclude la possibilità di una incidenza mediata e indiretta¹³) sulla situazione sostanziale dedotta nel giudizio di merito, bensì solo punta a conservare una realtà processuale. Tuttavia, ciò non basta per abdicare alla consequenzialità tra fase cautelare e merito¹⁴.

¹⁰ Offre un diverso inquadramento Picardi, *Manuale*, cit., 583, secondo cui, pur essendo palese l'aspetto strumentale dell'istruzione preventiva in rapporto al futuro giudizio di cognizione, esso non corrisponde alla strumentalità tra cautela e merito tipica dei provvedimenti cautelari, dal momento che "non sembra però che l'instaurando giudizio si ponga come causa di merito rispetto al momento cautelare". L'A. desume questa conclusione dal fatto che la disciplina dettata per l'istruzione preventiva non richiama il procedimento cautelare uniforme (ad eccezione dell'art. 669 *septies* c.p.c.) e che sarà comunque onere di chi ha ottenuto l'atto di istruzione preventiva, non soltanto iniziare il giudizio di cognizione nel quale utilizzerà quell'atto, ma anche chiederne l'ammissione nel giudizio stesso. Quale che sia la definizione che voglia preferirsi, è certo che il rapporto tra fase "urgente" e giudizio cognitivo ordinario vincola funzionalmente il provvedimento di conservazione della prova al successivo giudizio di merito, nel senso che il primo può mantenere i suoi effetti solo qualora confluisca e sia recepito nel secondo.

¹¹ Luiso, *Diritto*, cit., IV, 245; Salvaneschi, *Sui rapporti*, cit., 621.

¹² Così specificamente Romano, *La tutela cautelare*, cit., 171.

¹³ Vd. *amplius infra* in questo §.

¹⁴ D'altra parte, è proprio in ragione della sussistenza di un vincolo di strumentalità (o provvisorietà) – dal momento che ai sensi dell'art. 698 c.p.c. l'assunzione preventiva dei mezzi di prova non pregiudica le questioni relative alla loro ammissibilità e rilevanza né impedisce la loro rinnovazione nel giudizio di merito - che la giurisprudenza di legittimità giustifica l'inammissibilità del ricorso straordinario *ex art. 111 comma 7 cost.* avverso i relativi provvedimenti (vd. *ex*

La tradizione ci insegna che i provvedimenti cautelari si connotano per la loro strumentalità rispetto al giudizio di merito, in quanto “non sono mai fine a sé stessi, ma sono immancabilmente preordinati alla emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui essi preventivamente assicurano la fruttuosità pratica”¹⁵, sicché “nascono [...] al servizio di un provvedimento definitivo, coll’ufficio di predisporre il terreno e di approntare i mezzi meglio atti alla sua riuscita”¹⁶. E’ perciò che le misure cautelari sono anche definite “strumenti dello strumento”, nel senso che costituiscono “un mezzo predisposto per la migliore riuscita del provvedimento definitivo, che a sua volta è un mezzo per l’attuazione del diritto”¹⁷.

Così letta la strumentalità, non ci sembra che essa si collochi a troppa distanza da quella che lega un provvedimento di istruzione preventiva al successivo giudizio di merito. Anche esso punta ad assicurare la “migliore riuscita del giudizio di merito”, non nel senso – come può intendersi per un cautelare “puro” – di conservare o anticipare taluni effetti della sentenza, i quali incidano direttamente ed immediatamente sulla situazione sostanziale, bensì nel senso di garantire che il giudice del merito possa giovare di tutte le prove capaci di offrire la più corretta rappresentazione della realtà sostanziale ai fini della decisione “giusta”. Il provvedimento cautelare della prova costituisce lo “strumento dello strumento” per eccellenza, in quanto si colloca solo e soltanto al servizio del processo, ma pur sempre nella prospettiva della sua migliore riuscita.

Sia nell’uno che nell’altro caso la funzione della misura provvisoria si proietta sul giudizio di merito; a distinguere i due modelli sta il fatto che, mentre il provvedimento cautelare incide direttamente sulla realtà sostanziale, quello di istruzione preventiva non produce effetti diretti sulla realtà materiale, bensì sulla sola realtà processuale del giudizio di merito¹⁸. In altri termini, la vera

pluribus Cass. 20 giugno 2007, n. 14301, in *Giur. it.*, 2007, 2525, con nota di Masoni, *La consulenza tecnica d’ufficio e l’accertamento tecnico preventivo dopo le riforme processuali del 2005* (“il provvedimento che ammette la consulenza tecnica preventiva (così come gli altri provvedimenti di istruzione preventiva, di cui condivide la natura) non è suscettibile di ricorso per Cassazione ai sensi dell’art. 111 cost., trattandosi di provvedimento connotato dal carattere della provvisorietà e strumentalità avverso il quale, pertanto, non sono ammissibili neppure il regolamento di competenza e il regolamento di giurisdizione, non potendo il giudice di legittimità risolvere quella stessa questione di competenza o di giurisdizione della quale non potrebbe essere investito a norma dell’art. 111 cost.

”); Cass. 5 luglio 2007, n. 12305; Cass. 19 agosto 2005, n. 17058; Cass. 5 luglio 2004, n. 12304)

¹⁵ Calamandrei, *Introduzione allo studio*, cit., 175.

¹⁶ Calamandrei, op. cit., 175.

¹⁷ Calamandrei, op. cit., 176.

¹⁸ La scarsa capacità del provvedimento di istruzione preventiva di incidere sulla realtà materiale è posta a fondamento della sua differenza rispetto a qualsiasi altro giudizio cautelare. Osserva Luiso, *Diritto*, cit., IV, 245 come mentre gli effetti del provvedimento cautelare incidono e modificano direttamente la realtà materiale (di qui la loro pericolosità), gli effetti del provvedimento di istruzione preventiva non incidono sulla realtà sostanziale, non sono effetti extraprocessuali (di qui la loro minore pericolosità).

differenza tra le une e le altre misure sta nella capacità o meno di modificare la realtà sostanziale; il che se ha un valore ai fini della individuazione della loro pericolosità, non ha un vero e proprio significato discriminatorio in punto di strumentalità (la quale se letta come strumentalità rispetto al giudizio di merito e non rispetto alla situazione sostanziale, è presente in entrambi i casi). In altri termini, elemento distintivo tra tutela cautelare e tutela preventiva della prova è la maggiore “pericolosità” della prima rispetto alla seconda, sicché recede l’esigenza di discriminare i due modelli sul piano dei vincoli con il giudizio di merito, sia l’uno che l’altro legati – seppure sotto profili diversi – alla successiva prosecuzione della fase cognitiva piena.

D’altra parte, anche in punto di “pericolosità”, occorre intendersi sul senso delle parole. Fermo restando che un provvedimento cautelare capace di modificare la realtà materiale è pericoloso perché rischia di produrre effetti irreversibili, non è del tutto vero che la incidenza di altra misura sul piano processuale è indice di una pericolosità “minore”: si può dubitare che un provvedimento cautelare sia meno pericoloso di un altro perché non modifica direttamente la realtà sostanziale, se poi esso è potenzialmente capace di invertire il segno della decisione di merito. Si pensi ad una prova testimoniale assunta a futura memoria, la quale di per sé sola è in grado di sorreggere la decisione e di condurre all’accoglimento della domanda. Anche se si tratta di provvedimento che in prima battuta non modifica la realtà sostanziale, sulla distanza esso è capace di produrre su di essa effetti irreversibilmente distorsivi.

Piuttosto, ha un senso evocare delle differenze tra tutela cautelare della prova e tutela cautelare *tout court* nell’ipotesi in cui sopravvenga l’inefficacia della misura. Mentre infatti se il provvedimento cautelare ha inciso sulla realtà materiale, una volta divenuto inefficace, è necessario dare disposizioni per ripristinare lo *status quo ante* (art. 669 *novies* comma 2 c.p.c.), la stessa esigenza non si pone quando alla conservazione del mezzo di prova non segue la fase di merito: qui il mezzo resterà inutilizzato, senza produrre alcuna ulteriore conseguenza sul piano sostanziale.

3. Si è soliti ritenere che i provvedimenti di istruzione preventiva siano i “più conservativi di tutti”¹⁹, data la loro capacità di conservare una situazione processuale senza incidere sulla realtà materiale. *Rebus sic stantibus*, non vi è stretta consequenzialità tra la premessa (sono provvedimenti “conservativi”) e le conclusioni (non si applica perciò il rito cautelare uniforme). In quanto provvedimenti conservativi, essi (come ci insegna la storia della strumentalità attenuata dei nostri giorni²⁰) sono vieppiù vincolati al giudizio di merito (non ha senso assumere un mezzo di prova in via preventiva se non si pensa di proiettarne l’utilizzo in un futuro giudizio di merito): di qui una “strumentalità” massimamente forte.

¹⁹ Luiso, *Diritto*, IV, 245.

²⁰ Vd. *infra* nel testo.

La disciplina del rito cautelare allora – laddove impone la continuità tra fase cautelare e giudizio di merito – dovrebbe trovare normale applicazione in un contesto in cui la misura urgente decade naturalmente (a prescindere da qualsiasi dichiarazione di inefficacia) nell'ipotesi in cui non faccia seguito il giudizio cognitivo ordinario. In altri termini, dal carattere “più conservativo di tutti” della misura istruttoria dovrebbe derivare la sua maggiore dipendenza rispetto al giudizio di merito e quindi la più fedele applicazione del rito cautelare uniforme per lo meno nelle parti in cui regola la consequenzialità tra fase urgente e merito.

Di diverso – rispetto al modello cautelare tradizionale – c'è che il provvedimento di istruzione preventiva costituisce un mezzo di prova assunto per le vie urgenti senza alcuna certezza che esso sarà utilizzato nel giudizio ordinario²¹. Ciò almeno per due ragioni. Innanzi tutto perché, una volta assunto in via preventiva il mezzo di prova, il giudizio di ammissibilità e rilevanza deve essere ripetuto nella fase di merito (art. 698 comma 2 c.p.c.), sicché non vi è garanzia che quel mezzo sarà posto a base della decisione. In secondo luogo, perché il provvedimento istruttorio può essere strumentale rispetto a *qualsiasi* giudizio di merito, non già ad un giudizio dalla domanda e dai confini predefiniti in fase cautelare. Non è cioè necessario che il futuro processo cognitivo ordinario sia individuato nei suoi contenuti in fase cautelare, o almeno che tale individuazione sia vincolante, potendo il mezzo di prova trovare collocazione in un processo esattamente corrispondente a quello prefigurato in fase cautelare ma anche diverso (a condizione i fatti da provare siano rilevanti per il diverso giudizio).

Così intesa, la strumentalità non si distingue di molto da quella attualmente tipica del rito cautelare uniforme²². Come noto, il d.lgs. n. 5 del 2003, artt. 23 e 24 (prima) e la legge n. 80 del 2005 (poi) hanno “attenuato” (o meglio reso “eventuale”) il concetto di strumentalità per le misure cautelari a contenuto anticipatorio, tanto da non ritenerlo più elemento caratterizzante la tutela sommaria cautelare: possono darsi misure urgenti (anticipatorie) non seguite dal giudizio di merito, ovvero seguite da un giudizio di merito avente un oggetto diverso da quello identificato in fase cautelare (può per esempio proporsi una domanda di merito avente ad oggetto un diritto incompatibile con quello tutelato in via urgente²³; tutto dipende dalla parte che assumerà l'iniziativa processuale in fase di merito).

E' mutato il concetto di strumentalità, ed i legami inscindibili tra fase cautelare e merito, che una volta contraddistinguevano la tutela urgente, oggi si presentano molto allentati (da qui a dire che i provvedimenti cautelari non siano più tali perché la strumentalità è stata “attenuata” il passo è

²¹ Altro argomento a favore della debole strumentalità rispetto al giudizio di merito sta nel fatto che il provvedimento di istruzione preventiva, quand'anche emesso, non assicura alcuna garanzia a che la prova sia utilizzata nel processo: resta fermo l'art. 698 c.p.c. secondo cui il giudice del merito deve poi rinnovare il giudizio di ammissibilità e rilevanza per poter utilizzare la prova all'interno del processo (Luiso, *Diritto*, cit., IV, 254; Picardi, *Manuale*, cit., 583).

²² Analogamente, Ferrari, *La reclamabilità del diniego*, cit., 253.

²³ Comastri, *Commento all'art. 669 octies*, in *Commento alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio e Capponi, vol. I, Padova 2007, 164 ss., spec. 192.

lungo²⁴). Il nuovo contesto a maggior ragione giustifica una assimilazione tra istruzione preventiva e provvedimenti cautelari. Se in ambito cautelare il legame tra fase urgente e merito è stato di molto alleggerito, non si vede perché lo stesso non possa accadere in materia di istruzione preventiva senza incidere sulla struttura oltre che sulla natura dei relativi rimedi.

Che poi all'istruzione preventiva non si applichino le disposizioni che sanzionano con l'inefficacia la mancata instaurazione del giudizio di merito non significa che non possano operare le altre norme compatibili con la funzione cautelare del mezzo di prova. In altri termini, nella tutela preventiva della prova non troveranno collocazione le disposizioni del rito cautelare uniforme strettamente legate ad una lettura forte della strumentalità intesa quale dipendenza del provvedimento cautelare dalla decisione di merito (volta ad incidere sulla situazione sostanziale)²⁵. Nulla esclude invece che le altre disposizioni di quel rito possano operare in quanto compatibili con le finalità conservative dell'atto istruttorio²⁶.

In sintesi e per concludere – sotto questo profilo – bene ha fatto la Corte nel superare (seppure *in parte qua*) la scelta legislativa che (quanto al rito) differenzia i provvedimenti di istruzione preventiva rispetto agli altri cautelari²⁷. Si tratta di una scelta di cui poteva discutersi

²⁴ E' da bandire la tesi – pure prospettata in dottrina all'indomani dell'entrata in vigore della riforma in tema di misure cautelari – secondo cui, una volta attenuatosi il vincolo di strumentalità, i relativi provvedimenti non appartenerebbero più alla categoria delle misure cautelari, tradizionalmente rappresentate dalla successione tra cautela e merito. Altrove abbiamo esposto le ragioni per le quali non riteniamo di poter condividere l'assunto. Ad esse pertanto rinviamo: Tiscini, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009, 124 ss.

²⁵ Così Besso, op. cit. 224, richiamando anche i Lavori preparatori della riforma del '90 (*I lavori preparatori della riforma del codice di procedura civile*, in *Doc. giust.*, 1991, 10, 27). Osserva l'A. come la *ratio* di differenziare la disciplina dell'istruzione preventiva da quella delle altre misure cautelari ha un senso solo quando finalizzata a sottrarre la tutela cautelare della prova all'applicazione delle disposizioni del procedimento cautelare uniforme che presuppongono un rigido nesso di strumentalità tra misura cautelare e giudizio di merito, come gli artt. 669 *octies* e 669 *novies* c.p.c. Non vi era invece l'intenzione di escludere l'applicabilità delle disposizioni "neutre" rispetto al grado di collegamento con il giudizio di merito.

²⁶ A una soluzione analoga perviene già da tempo Besso, *La prova*, cit., 223, ritenendo – a dispetto del dato testuale dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. - che il rito cautelare uniforme possa operare anche in materia di istruzione preventiva. L'A. offre una lettura originale del testo dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. nel senso che la norma "ci dice che nel nostro ordinamento trova applicazione la disposizione del cautelare uniforme relativa al rigetto della domanda, ma non ci dice che questa è l'unica disposizione applicabile ovvero che le disposizioni diverse dall'art. 669 *septies* non trovano applicazione". L'A. giunge così a conclusione analoga a quella fatta propria dalla Corte costituzionale (nel senso di favorire l'operatività del rito cautelare uniforme in materia di conservazione preventiva della prova), ma seguendo un percorso diverso. Mentre infatti Besso ritiene di poter risolvere la questione per via interpretativa (offrendo una lettura dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. in effetti troppo distante dal suo dato testuale), la Consulta punta a raggiungere il medesimo risultato a colpi di incostituzionalità (il che significa aprire le porte al succedersi di plurime sentenze, ciascuna destinata ad estendere una diversa disposizione del rito cautelare alla materia considerata).

²⁷ Sembra invece legata all'esigenza di salvaguardare la specialità procedurale dell'istruzione preventiva rispetto alla disciplina cautelare uniforme, Delle Donne, *Ancora sui rapporti tra arbitrato*, cit., § 3.

prima e di cui *maiori causa* si deve parlare oggi che la strumentalità tra cautela e merito muta i connotati pure nel rito uniforme. Bene ha fatto quindi nell'escludere che l'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. sia una verità incontestabile e nel rimettere in discussione l'ambito di applicazione del rito cautelare uniforme nella materia considerata. Conclusione a cui la Corte costituzionale era già pervenuta, due anni or sono, estendendo il reclamo ai provvedimenti di istruzione preventiva.

4. L'assimilabilità dei provvedimenti di istruzione preventiva a quelli cautelari *tout court* è confermata – a dire della Consulta – dal loro raffronto²⁸ con il sequestro giudiziario²⁹ di prove (art. 670 n. 2 c.p.c.). Ferma la comunanza di *ratio*, risulta evidente – allo stato attuale del sistema normativo – la differenza procedimentale, solo al primo applicandosi l'intero rito cautelare uniforme³⁰. Anche il sequestro di prove (come il provvedimento di istruzione preventiva) incide poco sulla realtà sostanziale, limitandosi piuttosto ad assicurare la conservazione di libri, registri, documenti, modelli, campioni e di ogni altra cosa da cui si intende desumere elementi di prova. Anche qui è evidente la finalità solo processuale del mezzo. Eppure al sequestro dell'art. 670 n. 2 c.p.c. si applica il rito cautelare uniforme e si conferma la sua strumentalità rispetto al merito.

Non è chiaro il motivo per cui due provvedimenti così simili dal punto di vista funzionale debbano tanto differenziarsi sul piano procedimentale. Va detto in effetti che tale differenziazione non necessariamente conduce all'incostituzionalità. Il rito cautelare uniforme è uno come gli altri, e nulla lo impone ogni qualvolta il provvedimento domandato persegue funzioni di "urgenza". Dire che a tutti i provvedimenti funzionalmente proiettati sull'urgenza si deve applicare il rito cautelare uniforme – pena l'incostituzionalità – rischia di essere affermazione viziata per eccesso: la disciplina degli artt. 669 *bis* e ss c.p.c. non ha certo copertura costituzionale per la tutela cautelare,

²⁸ Il raffronto tra i provvedimenti di istruzione preventiva ed il sequestro giudiziario di prove è posto a fondamento anche di Corte cost. 16 maggio 2008, n. 144, cit. per giustificare l'estensione ai primi del reclamo *ex art. 669 terdecies* c.p.c.

²⁹ D'altra parte, non mancano elementi comuni sul piano funzionale tra l'istruzione preventiva ed i sequestri genericamente intesi. Osserva Satta, *Commentario*, cit., 253, come mentre i sequestri (conservativo o giudiziario) puntano ad assicurare alla parte l'esercizio dell'azione operando sul risultato finale (sul bene dovuto), l'istruzione preventiva punta a conseguire la medesima assicurazione operando sul mezzo, e cioè sulla prova. Svolge un discorso funzionalmente unitario, ma evidenziando le dovute differenze, nell'esaminare la disciplina della tutela cautelare della prova (sia nelle forme dell'istruzione preventiva, sia nelle forme del sequestro di prove), Romano, *La tutela cautelare*, cit., *passim*, spec. 51 ss.

³⁰ Ad eccezione che per l'attuazione, dal momento che al sequestro giudiziario di prove si applica una disciplina peculiare rispetto a quella generale dell'art. 669 *duodecies* c.p.c.

così come non ha copertura costituzionale il giudizio ordinario a cognizione piena per la tutela dichiarativa³¹.

Tuttavia, si tratta di un rito pensato e voluto con le migliori garanzie, salutato come la novità più progressista della riforma del '90, e capace di dare una veste omogenea alla disciplina processuale della cautela. E' allora statisticamente probabile che sia ricondotta all'irragionevolezza (con conseguente violazione dell'art. 3 cost.) la scelta legislativa tesa a differenziare la disciplina processuale di due misure volte alla produzione del medesimo risultato (o di un risultato analogo) solo ad una e non anche all'altra applicandosi il rito cautelare uniforme. Fu questa (tra l'altro) la logica su cui la Corte costituzionale giustificò l'estensione all'istruzione preventiva del reclamo cautelare; è questa oggi la *ratio* su cui si fonda la dichiarazione di incostituzionalità in esame.

5. Pure riconoscendo in linea di principio l'espansività di tutte le disposizioni relative al procedimento cautelare uniforme in materia di istruzione preventiva (compatibili con le peculiarità di tali misure), oggetto specifico di attenzione (tramite il sindacato sull'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.) è l'art. 669 *quinquies* c.p.c., norma deputata ad individuare il giudice competente ad emettere la misura cautelare nell'ipotesi in cui la controversia sia deferita ad arbitri, anche non rituali³² (è questo il giudice che sarebbe competente a conoscere del merito in assenza di convenzione di arbitrato).

La questione è risolta attraverso la dichiarazione di incostituzionalità della norma sindacata, piuttosto che per le vie dell'interpretazione, essendo univoco il tenore della disposizione e perciò insuscettibile di diversa lettura.

Quello della competenza ad emettere la misura cautelare sulla prova quando la controversia è deferita ad arbitri è problema posto da tempo all'attenzione degli interpretati e risolto in modo non dissimile da come oggi fa la Consulta. Non esita la dottrina³³ a ritenere possibile una applicazione analogica dell'art. 669 *quinquies* c.p.c.³⁴, nel senso di estenderne la portata all'istruzione

³¹ La Corte costituzionale conferma da tempo che il legislatore ordinario dispone di un'ampia discrezionalità nel disciplinare gli istituti processuali (Corte cost., 16 maggio 2008, n. 144, cit.; Corte cost. 20 giugno 2008, n. 221; Corte cost. 9 novembre 2007, n. 376; Corte cost. 26 giugno 2007, n. 237).

³² Sull'applicazione dell'art. 669 *quinquies* c.p.c. all'arbitrato irrituale, vd. *supra* nt. 3.

³³ Questa l'opinione della dottrina maggioritaria (per tutti Besso, *La prova*, cit., 244 ss., spec. 248, anche per riferimenti bibliografici). Anche senza rinviare espressamente all'art. 669 *quinquies* c.p.c., ovvero prima della sua introduzione, l'attribuzione al giudice ordinario del potere di provvedere in materia di istruzione preventiva, qualora la controversia fosse deferita ad arbitri, è tesi decisamente maggioritaria (Balena, voce *Procedimento*, cit., 3; Trisorio Liuzzi, voce *Istruzione preventiva*, cit., 251; Calvosa, voce *Istruzione preventiva*, cit., 318; Nicotina, *L'istruzione preventiva*, cit., 50; Tarzia, *Istruzione preventiva*, cit., 722; Romano, *La tutela cautelare*, cit., 295). Sul punto, vd. anche *infra* nt. 42.

³⁴ Ritiene Romano, *La tutela cautelare*, cit., 295 che l'art. 669 *quinquies* c.p.c. sia applicabile in via analogica all'istruzione preventiva.

preventiva; sicché, in caso di deferimento della controversia ad arbitri, il potere di emettere provvedimenti istruttori in via preventiva – lungi dall’essere negato – spetta al giudice ordinariamente competente per il merito³⁵.

La Corte costituzionale nega che al medesimo risultato si possa giungere per le vie dell’interpretazione (il che avrebbe condotto verso una dichiarazione di inammissibilità della questione), non essendo ciò sufficiente a colmare il vuoto normativo. Ritiene invece necessario intervenire direttamente sulla portata precettiva delle norme considerate, e quindi sciogliere ogni nodo con una sentenza di accoglimento della questione di legittimità costituzionale.

La scelta va condivisa per più ragioni. Una interpretazione della norma che andasse oltre il dato testuale (*rectius*, una forzatura dell’art. 669 *quaterdecies* c.p.c. tale da includervi il richiamo anche dell’art. 669 *quinquies* c.p.c.) avrebbe potuto ritenersi sufficiente qualora intorno ad essa si fosse formato quel “diritto vivente” capace di trasformare la portata precettiva della disposizione di legge ordinaria. Intorno al problema che ci occupa invece non è dato riscontrare alcun diritto vivente: come noto, nella materia cautelare, sottratta al sindacato di legittimità, manca l’opera uniformatrice della Corte di cassazione³⁶ e con essa la possibilità che si formino consolidati orientamenti giurisprudenziali. D’altra parte, a quanto consta non solo non ci sono pronunce di

³⁵ La possibilità di chiedere al giudice ordinario la pronuncia di provvedimenti di istruzione preventiva aveva peraltro il pregio di risolvere un problema tecnico. Considerato che i provvedimenti istruttori assunti dagli arbitri sono privi di coercibilità, la loro pratica attuazione dipendeva di regola dalla spontanea adesione dei soggetti coinvolti. Non così quando l’istanza istruttoria era formulata a futura memoria, ipotesi nella quale l’attribuzione di competenza al giudice ordinario si accompagnava con gli ordinari poteri coattivi al medesimo riconosciuti in caso di inerzia degli interessati. Ciò aveva ingenerato il sospetto di una ingiustificabile disparità di trattamento, dal momento che la tutela cautelare della prova finiva per attribuire un’utilità giuridica che la medesima tutela conseguita in via ordinaria non avrebbe potuto assicurare (Romano, *La tutela*, cit., 297). Per evitare la sperequazione, si era venuta formando una certa linea dottrinale (inaugurata da Tarzia, *Istruzione preventiva*, cit., 723, a cui avevano aderito Salvaneschi, *Sui rapporti*, cit., 623; Besso, *La prova*, cit., 246) secondo cui il concetto di *periculum in mora* tipico dell’istruzione preventiva doveva estendersi fino a ricomprendere ogni ipotesi in cui il terzo (chiamato a testimoniare, ovvero destinatario di ispezione) rifiutava la propria collaborazione, anche in pendenza del giudizio arbitrale (contro tale soluzione cfr. Romano, *La tutela*, cit., 297). La questione ha oggi una portata applicativa molto minore, data l’innovativa previsione dell’art. 816 *ter* c.p.c. (introdotto con il d.lgs. n. 40/2006), che abilita gli arbitri, qualora un testimone rifiuti di comparire innanzi a loro, di chiedere al Presidente del tribunale del luogo dove ha sede l’arbitrato, di ordinarne la comparizione coatta. Da notare tuttavia che questa recente disposizione risolve solo in parte il problema, operando essa solo per la prova testimoniale e non anche per l’ispezione di cose o persone. Su questo profilo, vd. Licci, *Istruzione preventiva, arbitrato e art. 669 quaterdecies: una convivenza possibile?*, cit., § 5.

³⁶ Nonostante la Corte di cassazione non sia deputata ad esercitare il proprio controllo sui provvedimenti cautelari (non essendo impugnabile con ricorso straordinario il provvedimento reso in sede di reclamo), vi è la possibilità che essa intervenga attraverso l’istituto (di recente innovato con il d.lgs. n. 40/2006) dell’enunciazione del principio di diritto nell’interesse della legge *ex* art. 363 c.p.c. Vi sono diverse pronunce rese ai sensi dell’art. 363 c.p.c. in cui la Corte, pure avendo dichiarato inammissibile il controllo in cassazione straordinario – per incensurabilità del provvedimento impugnato – ha enunciato il principio di diritto nell’interesse della legge, così esercitando sulla materia “nomofilachia”. Così per tutte Cass. 9 luglio 2009, n. 16091.

legittimità sul problema specifico, ma neppure la giurisprudenza di merito si è diffusamente occupata della questione³⁷. Non vi è spazio allora per ritenere che il “diritto vivente” consenta di superare il dato testuale dell’art. 669 *quaterdecies* c.p.c., né quindi che l’art. 669 *quinquies* c.p.c. si applichi alla materia specifica in via analogica³⁸.

6. L’impossibilità di colmare il vuoto normativo per via interpretativa deriva poi dalla mancanza nella disciplina specifica dell’istruzione preventiva di alcuna disposizione capace di

³⁷ Ci risulta che vi sia un solo precedente che affronta la questione risolvendola nel senso di applicare l’art. 669 *quinquies* c.p.c. all’istruzione preventiva in via estensiva o analogica: cfr. Trib. Catania, 23 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 820, con nota di Puleo, *Note minime su competenza cautelare e arbitrato* (“nel caso di clausola compromissoria è il giudice ordinario a dover disporre l’accertamento tecnico preventivo, dovendo ritenersi applicabile in via estensiva o quanto meno analogica l’art. 669 *quinquies* c.p.c.”).

³⁸ A conclusione opposta era giunta Corte cost. 5 luglio 2002, n. 320, cit. in relazione al diverso problema della inapplicabilità dell’art. 669 *quinquies* c.p.c. in presenza di una convenzione per arbitrato irrituale. In quella sede la Corte ebbe a dichiarare manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dal momento che la preclusione all’ammissione della tutela cautelare in presenza di clausola di arbitrato irrituale – lamentata dal remittente – discende(va), non già dalla portata letterale delle norme denunciate, bensì dalla stessa interpretazione offerta dal remittente, incapace però di prevalere di fronte ad opposte interpretazioni, pure proposte in dottrina e condivise in giurisprudenza. L’esigenza nel caso di specie di risolvere la questione per via interpretativa era stata già annunciata da chi aveva commentato l’ordinanza di rimessione (Auletta, “*Le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni non costituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*”: la disapplicazione del principio in materia di arbitrato e tutela cautelare, in questa *Rivista*, 2002, 89 ss., in nota a Trib. Torino, sez. dist. di Chiasso, 21 maggio 2001), osservando come “non è affatto necessario, qui più che mai, che la Corte costituzionale sia chiamata a svolgere l’improprio compito di interpretare la norma ordinaria, mentre è doveroso che, specie in assenza di indirizzi della Corte Suprema (assenza congenita in materia cautelare), ciò faccia il giudice del merito”. I due ambiti in cui la decisione citata e quella qui in esame, pure apparentemente omogenei, sono chiamati a pronunciare si rivelano tra loro assai distanti e giustificano il diverso esito della questione di costituzionalità (ancorché sia l’una che l’altra conducano a conclusioni similari, finendo entrambe per estendere la portata precettiva dell’art. 669 *quinquies* c.p.c.). Mentre sul problema della compatibilità dell’art. 669 *quinquies* c.p.c. con l’arbitrato irrituale poteva dirsi formato un diritto vivente, non solo per il contributo della dottrina, ma anche per il sostegno di una consistente giurisprudenza di merito, nel caso che ci occupa, come si è visto (*supra* nt. precedente) quest’ultima risulta quasi del tutto assente. D’altra parte, il problema della compatibilità dell’art. 669 *quinquies* c.p.c. con l’arbitrato irrituale era facilmente superabile per via interpretativa, dati gli incerti confini tradizionalmente posti tra arbitrato rituale e irrituale (confini di cui nel testo originario della disposizione non vi era traccia). Ben più rigida (*rectius*, poco aperta a divergenti letture interpretative) è invece la portata testuale dell’art. 669 *quinquies* c.p.c. quanto alla sua applicabilità all’istruzione preventiva, dato l’inequivoco testo dell’art. 669 *quaterdecies* c.p.c. nell’ammettere la disciplina del rito cautelare uniforme alla tutela preventiva della prova limitatamente all’art. 669 *septies* c.p.c. Sul problema specifico dei rapporti tra tutela cautelare e arbitrato irrituale, si veda – tra gli altri – Sassani, *Intorno alla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato irrituale*, in questa *Rivista*, 1995, 710; Auletta, *Contro il divieto di assistenza giurisdizionale (cautelare) per i compromettenti in arbitrato libero*, *ivi*, 1999, 82; Chiarloni, *Davvero incompatibili tutela cautelare e clausola compromissoria per arbitrato libero?*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 555; Arieta, *Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale e irrituale e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 744.

sopperire all'art. 669 *quinquies* c.p.c. (come visto³⁹ non applicabile – prima dell'intervento della Consulta – neppure in via analogica). Non basta invocare l'art. 693 c.p.c. - secondo cui l'istanza per istruzione preventiva si chiede "al giudice che sarebbe competente per la causa di merito" - né vale l'art. 697 c.p.c. - secondo cui in caso di eccezionale urgenza i relativi provvedimenti sono pronunciati dal presidente del tribunale o dal giudice di pace con decreto - perché si tratta di norme attributive di competenza in fattispecie che esula dalla presenza di una convenzione di arbitrato⁴⁰. Il fatto che la competenza ad emettere il provvedimento di istruzione preventiva vada individuata in presenza del deferimento ad arbitri del potere di decidere la causa di merito muta non poco le cose.

Occorre riflettere sul ruolo dell'art. 669 *quinquies* c.p.c. in un contesto – quale il nostro – in cui gli arbitri sono sprovvisi (di regola) di *potestas* cautelare ex art. 818⁴¹ c.p.c., norma che sottrae loro il potere di emettere misure cautelari (e così anche di provvedere sull'istruzione preventiva⁴²), salva diversa disposizione di legge⁴³. In assenza di una disposizione quale l'art. 818 c.p.c., si sarebbe pure potuto leggere l'art. 669 *quinquies* c.p.c. quale norma sulla sola competenza, sicché in presenza di una diversa disposizione parimenti attributiva di competenza, il sistema avrebbe potuto

³⁹ Vd. *supra* § precedente.

⁴⁰ Invoca invece la disciplina specifica dell'istruzione preventiva (artt. 692-696 c.p.c.) Delle Donne, *Ancora sui rapporti tra arbitrato*, cit., § 3. *Contra*, Licci, *Istruzione preventiva*, cit., § 4.

⁴¹ Per una ricostruzione del divieto dell'art. 818 c.p.c., cfr. Ricci G.F., *Commento all'art. 818*, in *Arbitrato*, Commentario diretto da Carpi, Bologna, 2008, 481 ss.; La China, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 3° ed. Milano, 2007, 145 ss.; Auletta, *Cognizione sommaria e giudizio arbitrale*, in *Diritto dell'arbitrato*, 3° ed., Torino, 2005, 493 ss. spec. 497; Ghirga, *Commento all'art. 818*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, 310 ss.; Luiso-Sassani, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 301; Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. III, 2° ed., 2010, 218.

⁴² Il divieto dell'art. 818 c.p.c. è esteso all'istruzione preventiva, data la comunanza di *ratio*, trattandosi pur sempre di due forme di tutela cautelare (Ricci E.F., *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, 69 ss.; Besso, *La prova*, cit., 245; Salvaneschi, *Sui rapporti*, cit., 620; Trisorio Liuzzi, voce *Istruzione preventiva*, cit., 251; Tarzia, *Istruzione preventiva*, cit., 722; Ghirga, *Commento all'art. 818*, cit., 310 nt. 1; Punzi, *Il processo civile*, cit., 219; Nicotina, *L'istruzione preventiva*, cit., 50; Ricci, G.F., *Commento*, cit., 483, estendendo il divieto a tutti i provvedimenti sommari, anche non cautelari). Sulla natura cautelare dei provvedimenti di istruzione preventiva vd. *supra* § 2 spec., nt. 7. Una certa apertura alla possibilità per gli arbitri di adottare misure di istruzione preventiva in pendenza dell'arbitrato è rinvenibile in La China, *L'arbitrato*, cit., 146.

⁴³ Non è questa la sede per entrare nello specifico della disciplina dell'art. 818 c.p.c. e delle recenti modifiche apportate alla disposizione. Basti qui ricordare che la sottrazione agli arbitri del potere cautelare è tradizionalmente intesa quale conseguenza della carenza in capo ad essi di poteri autoritativi e coercitivi (non manca la dottrina di mostrare riserve contro questa scelta legislativa: Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 705 ss., spec. 724; Id., *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in questa *Rivista*, 1991, 253; Id., *Diritto*, cit., IV, 185; Giallongo, *Accertamento tecnico preventivo*, cit., 215). La disposizione è stata peraltro modificata di recente, prevedendo la possibilità di derogare alla regola generale, e così ammettendo che in specifiche fattispecie gli arbitri possano emettere misure cautelari (tra le eccezioni rientrava il disposto dell'art. 24 comma 8 d.lgs. n. 5/2003 – oggi abrogato – che abilitava gli arbitri a decidere sull'istanza di sospensione della delibera assembleare).

ipotizzarsi completo⁴⁴. Di contro, l'art. 669 *quinquies* c.p.c. ancor prima di individuare la competenza ad emettere la misura cautelare, è disposizione attribuiva di un potere⁴⁵, che, in sua assenza, non sarebbe dato ad alcuno.

Data la regola generale che crea continuità tra competenza cautelare e competenza per il merito⁴⁶ (regola confermata pure dall'art. 693 c.p.c.), l'art. 818 c.p.c. si colloca nel contesto quale *lex specialis*, escludendo che gli arbitri – competenti a decidere del merito – possano anche rendere la misura cautelare. E' perciò necessario che vi sia una disposizione esplicita capace di individuare un giudice dotato del potere cautelare in presenza di tale *lex specialis*: disposizione individuabile proprio nell'art. 669 *quinquies* c.p.c.

In altri termini, occorre leggere in combinato disposto gli artt. 818 c.p.c. (che esclude il potere degli arbitri) e 669 *quinquies* c.p.c. (che attribuisce il medesimo potere al giudice che sarebbe competente per il merito in assenza di convenzione di arbitrato). La disapplicazione – in materia di istruzione preventiva – dell'art. 669 *quinquies* c.p.c. comporterebbe l'operatività del solo art. 818 c.p.c. che nega il potere cautelare, norma il cui dato testuale sarebbe difficilmente superabile per via interpretativa (mancherebbe una specifica disposizione capace di individuare l'autorità abilitata). L'impossibilità di risolvere per via interpretativa la questione (oltre che dovuta alla mancanza di un diritto vivente⁴⁷) è allora conseguenza del vero significato dell'art. 669 *quinquies* c.p.c., norma attributiva non solo di competenza, ma anche di potere, e perciò essa sola capace di superare il divieto dell'art. 818 c.p.c.

⁴⁴ Ritiene invece che si tratti di disposizione sulla sola competenza Delle Donne, *Ancora sui rapporti tra arbitrato (anche irrituale) ed accertamento tecnico preventivo: è davvero illegittimo l'art. 669 quaterdecies nella parte in cui non prevede l'applicabilità a tali cautele dell'art. 669 quinquies?*, cit., § 2. L'A. sostiene che la questione si sarebbe potuta risolvere senza giungere alla dichiarazione di incostituzionalità individuando quale fonte della *potestas* cautelare non già l'art. 669 *quinquies* c.p.c. bensì lo stesso art. 24 cost. come interpretato dalla costante giurisprudenza nel senso di imporre tra le garanzie minime quella della tutela cautelare.

⁴⁵ Il divieto di attribuzione agli arbitri del potere di emettere provvedimenti di istruzione preventiva si fonda su una duplice congiuntura. Ferma restando la mancanza in capo ad essi di poteri coercitivi ed autoritativi (ragione su cui si basa l'assenza di poteri cautelari), a precludere loro il potere di emettere provvedimenti conservativi della prova *ante causam* contribuisce il fatto che l'urgenza di provvedere sarebbe contraddetta dai tempi, spesso lunghi, necessari per la designazione degli arbitri (Salvaneschi, *Sui rapporti*, cit., 619; Besso, *La prova*, cit., 245). Né d'altra parte una prova assunta a futura memoria dagli arbitri potrebbe mai essere utilizzata qualora la causa fosse instaurata avanti all'autorità giudiziaria, ove possibile (Ricci E.F., *La prova*, cit., 69; Salvaneschi, *Sui rapporti*, cit. 619).

⁴⁶ Che il giudice del merito sia anche il giudice a cui è demandato il potere di emettere la misura cautelare – pure nelle forme dell'istruzione preventiva – è insegnamento costante tramandato da tempo. Sul punto, cfr. Romano, *La tutela cautelare della prova*, cit., 282 nt. 6.

⁴⁷ Vd. *supra* § precedente.

7. Resta da chiedersi quale sia la portata precettiva dell'intervento di costituzionalità in esame e a quali ulteriori lacune dovrà ancora provvedere la Corte costituzionale.

Tenendo conto dei limiti imposti dall'ordinanza di rimessione e della rilevanza della questione, comprensibilmente l'incostituzionalità ha ad oggetto la sola disciplina dell'accertamento tecnico preventivo⁴⁸. Tuttavia, seppure indirettamente, si desume dalla motivazione che il discorso vale in pari misura per l'ispezione giudiziale o l'assunzione dei testimoni. Sarà allora la Corte nuovamente chiamata a pronunciarsi sul punto, ed a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. nella parte in cui non consente di applicare l'art. 669 *quinquies* c.p.c. a questi residui settori dell'istruzione preventiva. A meno che nel frattempo non si offra una lettura diversa della capacità di risolvere il problema per via interpretativa⁴⁹.

Ma non basta. Il percorso di erosione dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. – quanto ai limiti imposti all'applicazione del rito cautelare uniforme all'istruzione preventiva – ha fino ad ora interessato gli artt. 669 *terdecies*⁵⁰ e 669 *quinquies* c.p.c. Ci si può chiedere se la Corte proseguirà sulla stessa strada, colpendo con la scure dell'incostituzionalità ulteriori disposizioni di quel rito ritenute necessarie per completare il procedimento nella cautela della prova.

Strettamente collegato all'art. 669 *quinquies* c.p.c. è l'art. 669 *octies* comma 5 c.p.c., laddove stabilisce che se la controversia è oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nel termine di trenta giorni o nel diverso termine fissato dal giudice, “deve notificare all'altra un atto con il quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta alla nomina degli arbitri”. La norma si colloca bene in

⁴⁸ Da notare che diverso è il percorso (e diversi sono gli effetti) seguiti da Corte cost. 16 maggio 2008, n. 144 cit. per dichiarare l'illegittimità degli artt. 669 *terdecies* e 695 c.p.c. nella parte in cui escludono la reclamabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di istruzione preventiva. In quest'ultimo caso la pronuncia si estende a tutte le domande di istruzione preventiva (assunzione di testimoni, accertamento tecnico, ispezione giudiziale); nel caso in esame, invece, la portata precettiva della pronuncia non va oltre l'accertamento tecnico preventivo. La differenza è dovuta alla diversa formulazione della rimessione: mentre infatti il Tribunale di Chieti (con riferimento al problema del reclamo cautelare) aveva rimesso la questione di legittimità costituzionale estendendo genericamente l'indagine a qualsiasi istanza di istruzione preventiva, qui i termini dell'ordinanza del rimettente sono più stringendosi limitandosi il Tribunale di La Spezia a sollevare la questione per l'accertamento tecnico preventivo.

⁴⁹ Sembra difficile invece poter leggere la dichiarazione di incostituzionalità qui in esame come estendibile anche alle altre forme istruttorie, quali l'assunzione dei testimoni, o lo svolgimento dell'ispezione giudiziale.

⁵⁰ D'altra parte, anche con riferimento al reclamo cautelare il percorso non è completo: la declaratoria di incostituzionalità resa da Corte cost. 16 maggio 2008, n. 144, cit., estendendo il rimedio ai soli provvedimenti di diniego dell'istanza di istruzione preventiva, non lo ha previsto per quelli di accoglimento. La levata di scudi contro siffatta soluzione (criticata dalla dottrina maggioritaria: tra gli altri Ferrari, *La reclamabilità*, cit., 255; Licci, *Istruzione preventiva*, cit., 263; Delle Donne, *La Consulta ammette il reclamo*, cit.) forse indurrà ad un ulteriore intervento anche sul punto.

un contesto in cui vi è consequenzialità necessaria tra fase cautelare e merito, contesto che - come visto⁵¹ – resta estraneo all’istruzione preventiva⁵².

Tuttavia, pure assumendo che l’instaurazione del giudizio di merito dopo l’istruzione preventiva non è necessaria, l’art. 669 *octies* comma 5 c.p.c. consente di segnare il passaggio dalla fase cautelare al merito qualora la domanda di merito sia ciò nonostante proposta. La norma, anche a prescindere dalla sua finalità diretta, è utile strumento interpretativo per individuare l’attività tipica che introduce il procedimento arbitrale, ai fini della pendenza della lite⁵³ (decorrenza degli effetti sostanziali e processuali della domanda) e della individuazione dell’oggetto della domanda. Pertanto, fermo restando il regime di strumentalità “eventuale” e “processuale” nella disciplina cautelare della prova, l’applicazione dell’art. 669 *octies* c.p.c. completa il sistema individuando il termine (e l’attività) a decorrere dalle quali la domanda di merito (nelle forme arbitrali) è proposta (*rectius*, a decorrere dalla notifica di una parte all’altra di un atto contenente la propria dichiarazione di promuovere un procedimento arbitrale proponendo la domanda e procedendo alla nomina degli arbitri). Qui però le vie dell’interpretazione costituzionalmente orientata (piuttosto che dell’incostituzionalità) dovrebbero rivelarsi più facilmente percorribili. Può cioè ritenersi – data la lettura sistematica degli artt. 669 *quaterdecies*, 669 *quinquies* (all’esito dell’incostituzionalità) e 669 *octies* comma 5 c.p.c. – che quest’ultima disposizione operi in materia di istruzione preventiva (senza alcuna dichiarazione di incostituzionalità), nel senso di segnare termini e condizioni della pendenza del giudizio arbitrale.

Non si può poi escludere che in futuro la Corte torni sul problema dei rapporti tra rito cautelare uniforme e istruzione preventiva indagando su altre e diverse disposizioni. Il che, se da un lato è apprezzabile nella prospettiva di estendere l’intera disciplina degli artt. 669 *bis* ss c.p.c. (in quanto compatibile) ad una materia affine⁵⁴, da un altro rischia di esaltare fin troppo (esagerandolo) il ruolo della Consulta quale legislatore piuttosto che giudice delle leggi. Una completa rivisitazione della materia meriterebbe uno specifico intervento di riforma; intervento tutt’altro che da escludere in un sistema processualciviltistico, quale il nostro, in cui esso si ripropone ormai a cadenza (quasi) annuale.

⁵¹ *Supra* §§ 2 e 3.

⁵² Essa, nella sua portata testuale, opera quanto è chiesto un provvedimento cautelare conservativo, dal momento che per quelli anticipatori non vi è necessità, ma solo facoltà di proporre la causa di merito (Luiso, *Diritto*, cit., IV, 385). *Maiori causa*, la disposizione non ha una portata diretta in materia di istruzione preventiva per il debole vincolo che, come visto (*supra* §§ 2 e 3) lega la fase cautelare a quella di merito.

⁵³ Sul tema, v. Muroi, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, *passim*.

⁵⁴ Per le ragioni già esposte *supra* §§ 2 e 3.