

PAOLA LICCI

Istruzione preventiva, arbitrato e art. 669 quaterdecies: una convivenza possibile?

1. - L'art. 669 *quaterdecies* torna (1) sul banco di prova della Consulta senza superarne l'esame di conformità alle regole costituzionali. Questa volta però la dichiarazione di illegittimità investe i rapporti tra tutela cautelare e arbitrato e, più esattamente, quelli tra istruzione preventiva e controversie compromesse in arbitri.

La vicenda origina da un giudizio di reclamo avverso il rigetto di un'istanza di accertamento tecnico preventivo in una controversia oggetto di clausola compromissoria. Il giudice *a quo*, investito con il ricorso *ex art. 669 terdecies* c.p.c. della verifica di compatibilità tra la cautela di cui all'art. 696 c.p.c. e l'arbitrato, esclude che - in ragione del tenore letterale dell'art. 669 *quaterdecies* - l'art. 669 *quinquies* (che consente di domandare la tutela cautelare all'autorità giurisdizionale quando una controversia costituisca oggetto di convenzione arbitrale o quando l'arbitrato sia già pendente) operi qualora il provvedimento richiesto rientri tra quelli disciplinati dalla sezione IV del capo III del Libro IV del codice di rito. Per i provvedimenti di istruzione preventiva è infatti prevista espressamente l'applicabilità di una soltanto delle disposizioni del rito cautelare uniforme (l'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. limita all'art. 669 *septies* c.p.c. il novero delle norme applicabili agli artt. 692 ss. c.p.c.), il che impedisce al giudice remittente di ritenere utilizzabili le altre ed in

⁽¹⁾ Il precedente intervento della Consulta sull'articolo 669 *quaterdecies* c.p.c. risale a Corte cost. 16 maggio 2008, n. 144, in *Riv. dir. proc.* 2009, 247, con note di F. Ferrari, *La reclamabilità del diniego di istruzione preventiva*, e P. Licci, *Istruzione preventiva e reclamo: una soluzione che ancora non convince*, quando fu dichiarata l'illegittimità della predetta norma e dell'art. 696 c.p.c., nella parte in cui non prevedevano la facoltà di esperire reclamo contro l'ordinanza di rigetto dell'istanza per l'assunzione preventiva di testimonianze, accertamento tecnico ed ispezione giudiziale. Per ulteriori commenti alla sentenza v. C. 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 *Giur. it.* 2008, 2256; A.A. Romano, *La Corte costituzionale estende il reclamo cautelare all'ordinanza di rigetto dell'istanza di istruzione preventiva*, in *Corr. giur.* 2008, 1072; G. Deluca, *Sul reclamo avverso i provvedimenti d'istruzione preventiva*, in *Giusto processo civ.* 2008, 907.

particolare quella che consente di ottenere tutela cautelare dinanzi al giudice nelle controversie soggette ad arbitrato (art. 669 *quinquies*). Qualsiasi altra interpretazione, anche costituzionalmente orientata, si porrebbe in contrasto con il dettato dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.

Il Tribunale di La Spezia (2) solleva la questione di legittimità costituzionale della norma che definisce l'ambito di applicazione del procedimento cautelare uniforme, con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non consente di ricorrere all'accertamento tecnico preventivo quando una controversia sia compromessa in arbitri. Gli argomenti addotti a sostegno della sospetta incostituzionalità dell'art. 669 *quaterdecies*, per violazione del principio di ragionevolezza, possono essere così riassunti:

- l'accertamento tecnico è uno strumento di cautela esattamente come il provvedimento disciplinato dall'art. 670 n. 2 c.p.c. (sequestro probatorio) cui è accomunato dalla medesima funzione cautelare probatoria;
- in caso di controversia compromessa in arbitri, è consentito chiedere al giudice - in virtù dell'art. 669 *quinquies* - il sequestro di ogni cosa da cui poter desumere elementi di prova, ma non può chiedersi un accertamento tecnico preventivo (non altrimenti ottenibile dinanzi agli arbitri ai sensi dell'art. 818 c.p.c.).

La diversità di trattamento tra i provvedimenti di cui agli artt. 692 ss. c.p.c. e le altre misure cautelari risulta, ad avviso del remittente, del tutto irragionevole e stride con il principio di uguaglianza. Inoltre, la norma censurata, impedendo l'esercizio del diritto alla prova, violerebbe l'art. 24 Cost.

La Corte costituzionale - sposando le motivazioni dell'ordinanza di rimessione - ritiene fondato il dubbio di legittimità.

Anzitutto condivide che il dato testuale dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. (che rivela in modo univoco l'applicazione del solo art. 669 *septies* c.p.c. ai provvedimenti di istruzione preventiva) non consente di interpretare la norma diversamente rispetto al chiaro significato letterale senza il previo

⁽²⁾ Per un commento all'ordinanza di rimessione del Tribunale di La Spezia 31 ottobre 2008, v. C. 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.

ricorso al sindacato di legittimità costituzionale (3). Rileva poi che la disciplina dell'istruzione preventiva vada inserita nel campo della tutela cautelare, della quale condivide la natura e la *ratio* (assicurare che la durata del processo non si traduca in un pregiudizio per chi ha ragione) e che la sua esclusione dall'ambito applicativo definito dalla norma censurata –soprattutto con riferimento all'art. 669 *quinquies* c.p.c. - si traduce in una irragionevolezza del sistema, *a fortiori* quando consente in arbitrato la concessione di tutti i provvedimenti cautelari ad eccezione di quello dell'art. 696 c.p.c.

2. - La sentenza in commento (4) si apprezza per l'intento perseguito che è quello di offrire una regolamentazione dei rapporti tra arbitrato ed istruzione preventiva (*rectius*, accertamento tecnico preventivo).

La Corte dichiara incostituzionale l'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. poiché, a suo dire, rappresenta un ostacolo alla concessione della tutela cautelare (nella forma dell'istruzione preventiva) nelle controversie compromesse in arbitri.

Per comprendere se la scelta compiuta dal Giudice delle leggi sia opportuna o ancor più necessaria, occorre intendere se la lamentata preclusione all'ammissione della tutela cautelare, in presenza di clausola arbitrale, discenda dalla portata della norma denunciata. In particolare è necessario capire se la questione sollevata involga profili di costituzionalità o meri problemi interpretativi (5). Se si dovesse giungere a questa seconda lettura si dovrebbe ammettere la fallacia

⁽³⁾ A tal proposito la Consulta richiama un suo precedente (Corte cost. 20 giugno 2008, n. 219, punto 4 del considerato in diritto).

⁽⁴⁾ Per un ulteriore commento alla sentenza v. R. Tiscini, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra istruzione preventiva ed arbitrato: continua l'estensione del rito cautelare uniforme alla tutela preventiva della prova*, in www.judicium.it

⁽⁵⁾ Sul rapporto tra il giudizio di costituzionalità e le questioni di interpretazione del diritto vigente v. F. 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 *Riv. arb.* 2002, 89 ss.

della sentenza in commento la quale, altrimenti, avrebbe dovuto concludersi con una dichiarazione di inammissibilità della questione sollevata.

3. - L'art. 669 *quaterdecies* disciplina il campo di operatività del rito cautelare uniforme il quale si applica ai sequestri, alle denunce di nuova opera e di danno temuto, ai provvedimenti d'urgenza nonché agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali (fatta salva l'eventuale incompatibilità con la disciplina specifica prevista per questi ultimi). Ne restano esclusi i provvedimenti di istruzione preventiva rispetto ai quali opera solo(6) l'art. 669 *septies* (7), norma che consente la riproposizione dell'istanza cautelare e la definizione delle spese del procedimento.

Tale diversità di trattamento è stata giustificata, in occasione dei lavori preparatori del «Progetto Vassalli» (al quale dobbiamo l'attuale formulazione dell'art. 669 *quaterdecies*), con l'assenza di

⁽⁶⁾ A seguito di Corte cost. 16 maggio 2008, n. 144, cit., trova applicazione all'istruzione preventiva anche l'art. 669 *terdecies*. E' da rilevare che il legislatore della novella del 2009 (con l. 18 giugno 2009, n. 69) non ha colto l'occasione di riforma del codice di rito per "aggiornare" al *dictum* della Consulta l'art. 669 *quaterdecies*, il quale letteralmente continua a prevedere l'operatività del solo art. 669 *septies* ai provvedimenti di istruzione preventiva. Così invece fu fatto nel 2006 con l'art. 669 *terdecies* con riferimento ai provvedimenti reclamabili e, in particolare, all'ordinanza di rigetto, la cui reclamabilità è stata *in primis* dichiarata da Corte cost. 23 giugno 1994, n. 253 e poi esplicitata con le modifiche apportate dalla l. 14 maggio 2005, n. 80.

⁽⁷⁾ In dottrina è sostenuto quasi univocamente che le norme del procedimento cautelare uniforme diverse dall'art. 669 *septies* non operano nell'istruzione preventiva per esplicita previsione dell'art. 669 *quaterdecies*. V. G. Trisorio Liuzzi, voce *Istruzione preventiva*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, vol. X, Torino 1993, rist. 1999, 255; A. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, 385; E. Merlin, *Procedimenti cautelari e urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIV, Torino 1996, 428; G. Frus, *Ambito di applicazione*, in *Le riforme del processo civile* a cura di Chiarloni, Bologna 1992, 794; L. Salvaneschi, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.* 1998, 805. Diversamente C. Besso, *La prova prima del processo*, Torino 2004, 222 ss., per la quale la formulazione letterale dell'art. 669 *quaterdecies* non conferma che l'art. 669 *septies* sia l'unica disposizione applicabile all'istruzione preventiva.

collegamento tra misura cautelare istruttoria e giudizio di merito (8). Se ne deduce che non possono applicarsi all'istruzione preventiva le disposizioni del rito cautelare uniforme che presuppongono un rigido legame di strumentalità tra la cautela e il merito. Il che potrebbe indurre a ritenere applicabili tutte quelle che – come l'art. 669 *quinquies* - non presumono tale strumentalità (9). Ciò però rappresenta una forzatura del dettato normativo che, allo stato attuale, non consente di ritenere operanti altre norme per l'istruzione preventiva fuorché quella espressamente indicata.

Si può dubitare che la scelta legislativa sia (oggi più di ieri) veramente opportuna.

Il fatto che, come riconosce la Corte, l'art. 669 *quaterdecies* esclude che ai provvedimenti di istruzione preventiva si applichino le norme disciplinanti i procedimenti cautelari ed i relativi provvedimenti – ad eccezione dell'art. 669 *septies* - non è una opzione attualmente condivisibile. La diversità di disciplina voluta dal legislatore del 1990 non è (più) del tutto giustificabile. Come già anticipato *supra*, la ragione di tale scelta va ricercata nella circostanza che i provvedimenti degli artt. 692 ss. sono finalizzati non alla tutela di un diritto sostanziale dal pericolo che esso possa subire dalla durata del processo, bensì ad assicurare la prova dell'esistenza di quel diritto dal pericolo che la stessa non possa essere più assunta (10). Essi puntano quindi a salvaguardare la

⁽⁸⁾ Cfr. *I lavori preparatori della riforma del codice di procedura civile*, in *Doc. giust.* 1991, 10, 27.

⁽⁹⁾ Così C. Besso, *op. ult. cit.*, 223-224. Per l'A. il problema dell'operatività delle singole norme del rito cautelare uniforme non viene affrontato in modo espresso dal legislatore e va risolto sulla base delle indicazioni che lo stesso prescrive nell'art. 669 *quaterdecies*, con riferimento alla clausola di compatibilità ivi contenuta.

⁽¹⁰⁾ Così L. Salvaneschi, *I provvedimenti cit.*, 800; F. Tommaseo, *Variazioni sulla clausola di compatibilità (note in margine all'art. 669 quaterdecies c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.* 1993, 697; G. Balena, voce *Istruzione. Il procedimento di istruzione preventiva*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma 1990, 5; A. Proto Pisani, voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma 1991, 36; Id., *La nuova disciplina cit.*, 385 il quale sostiene che la peculiarità dei procedimenti di istruzione preventiva si rifletta sulla disciplina del procedimento nel senso di «prescindere da qualsiasi forma di strumentalità, almeno nel senso rigido indicato dagli artt. 669, 669 *novies*».

fruttuosità del diritto processuale alla prova e non incidono sulla realtà sostanziale. Il che li rende i provvedimenti cautelari conservativi per eccellenza (11) e i meno strumentali al giudizio di merito.

Nessun dubbio si pone invece quanto alla loro natura cautelare (12). Anche la Corte costituzionale ha avuto modo di rilevare che i provvedimenti di istruzione preventiva rientrano appieno nella tutela cautelare della quale condividono la *ratio* ispiratrice (13) (evitare che la durata del processo si risolva in un pregiudizio della parte che ha ragione) e che l'esercizio dell'*onus probandi*, anche in via preventiva, è espressione del diritto costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost., non diversamente dalla tutela cautelare (14).

⁽¹¹⁾ Così F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, 5^a ed., Milano 2009, vol. IV, 245.

⁽¹²⁾ Così G. Trisorio Liuzzi, *op. cit.*, 244, secondo cui la natura cautelare è confermata dalla collocazione operata dal legislatore all'interno dei procedimenti di cui al libro IV, titolo I; P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, 181; C. Besso, *op. cit.*, 210, 224; A.A. Romano, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli 2004, 8. Per N. Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano 2006, 583, invece, nonostante il riconosciuto nesso di strumentalità tra istruzione preventiva e il futuro giudizio di cognizione nel quale sarà utilizzata la prova preventivamente assunta, non si vede nell'instaurando giudizio una causa di merito rispetto al momento cautelare. Per L'A. «nonostante l'aspetto *lato sensu* cautelare, l'atto di istruzione preventiva sembra appartenere piuttosto alla *giurisdizione cognitiva*» essendo un'anticipazione della fase istruttoria. V. anche F. Auletta, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002, 280, per il quale l'istruzione preventiva non rappresenta una tutela cautelare del diritto alla prova ma il diritto ad un «determinato *procedimento* di prova» atteso che con essa si esercita il diritto di agire in giudizio mediante consulente tecnico. Offre una ricostruzione di queste tesi, A. Panzarola, in Aa. Vv., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, vol. I, Padova 2007, *sub* artt. 696 e 696 *bis*, 253, in particolare nota 1. Sulla natura cautelare dell'istruzione preventiva in giurisprudenza v. *ex plurimis* Cass. 25 novembre 2002, n. 16578.

⁽¹³⁾ Cfr. Corte cost. 16 maggio 2008, n. 144, cit.

⁽¹⁴⁾ Così Corte cost. 22 ottobre 1990, n. 471, in *Giur. it.* 1991, I, 1, 622, con nota di G. Basilico; Corte cost. 19 luglio 1996, n. 257, in *Corr. giur.* 1997, 410, con nota di M.P. Fuiano. In dottrina v. S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. IV, 1, Milano 1959, 253, secondo cui la prova non si atteggia solo ad onere,

Il fatto che non incidano direttamente sulla realtà materiale non è pertanto ragione sufficiente a discriminare i provvedimenti di istruzione preventiva né a privarli della funzione *lato sensu* cautelare, rappresentando anch'essi un profilo essenziale della tutela giurisdizionale.

Le misure degli artt. 692 ss. rispondono all'interesse specifico che giustifica l'emanazione di qualsivoglia provvedimento cautelare: l'esistenza di un pericolo di danno giuridico, derivante dal ritardo di una pronuncia giurisdizionale definitiva. Esemplificando, il pericolo che un bene viziato – la cui origine dei vizi deve essere accertata (15) – possa andare distrutto nel tempo occorrente per svolgere le necessarie indagini, fa sorgere l'esigenza di compiere accertamenti immediati per non correre il rischio di non potervi più provvedere.

Per non dire già che si tratta di misure dotate delle caratteristiche strutturali proprie dei provvedimenti cautelari: la provvisorietà e la strumentalità (16).

La provvisorietà è confermata dal fatto che l'assunzione delle misure stesse non pregiudica le questioni relative alla loro ammissibilità e rilevanza nel giudizio di merito, né ne compromette la rinnovazione in tale sede. I provvedimenti di istruzione preventiva sono cioè destinati a durare fino

alla stregua dell'art. 2697 c.c., ma costituisce un diritto, una manifestazione dell'azione della cui natura partecipa.

⁽¹⁵⁾ La valutazione in ordine alle cause e ai danni relativi all'oggetto di verifica è oggi possibile anche in sede di accertamento tecnico preventivo a seguito della riforma del 2006 che ha consentito di estendere l'indagine del consulente anche alle cause del pregiudizio e alla quantificazione dei danni. Per un commento sulle novità v. A. Panzarola, *op. cit.*, 253 ss.; G. Balena, *L'istruzione preventiva*, in G. Balena e M. Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari 2006, 367 ss.; F.P. Luiso, B. Sassani, *La riforma del processo civile*, Milano 2006, 230 ss.; L. Salvaneschi, *I procedimenti di istruzione preventiva*, in C. Consolo, F.P. Luiso, S. Menchini, L. Salvaneschi, *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano 2006, 113 ss.; G.N. Nardo, *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge n. 80/2005*, in www.judicium.it; C. Besso, in Aa. Vv., *Le recenti riforme del processo civile*, diretto da S. Chiarloni, Bologna 2007, vol. II, *sub art.* 696, 1304.

⁽¹⁶⁾ Cfr. sui criteri per distinguere i provvedimenti cautelari dagli altri provvedimenti giurisdizionali, P. Calamandrei, *op. cit.*, 163 ss.; A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, cit., 5, 33; G. Tarzia, *Il processo cautelare*, 2^a ed., Padova 2004, XIX ss.

a che non sopraggiunga un evento successivo – giudizio di merito – in vista ed in attesa del quale lo stato di provvisorietà permane (17).

La strumentalità, per quanto attenuata, non può negarsi (18) sol perché il provvedimento sopravvive anche in assenza del giudizio di merito. D'altra parte, se il processo di merito non viene instaurato, i provvedimenti di istruzione preventiva, pur non perdendo efficacia, risultano comunque inutili ed inutilizzabili (19). Il che prova la loro dipendenza dal giudizio principale cui sono preordinati per assicurarne la fruttuosità pratica (20).

La tenue strumentalità non basta per giustificare una differenziazione di trattamento, soprattutto nell'attuale quadro normativo che ha notevolmente modificato il concetto di strumentalità tra cautela e merito. Invocare la mancanza di nesso strumentale con il merito, per giustificare un

⁽¹⁷⁾ Sulla definizione di provvisorietà v. P. Calamandrei, *op. cit.*, 167 ss. per il quale la qualifica di provvisorio data al provvedimento cautelare vuol dire che «gli effetti giuridici dei medesimi non solo hanno durata *temporanea* (...) ma hanno durata limitata a quel periodo di tempo che dovrà passare tra la emanazione del provvedimento cautelare e la emanazione di un altro provvedimento giurisdizionale» che nel caso dell'istruzione preventiva corrisponde all'ordinanza di ammissibilità del mezzo di prova nel giudizio di merito.

⁽¹⁸⁾ Il carattere puramente strumentale dei provvedimenti di istruzione preventiva era riconosciuto da P. Calamandrei, *op. cit.*, 182. Concordano con la strumentalità dei provvedimenti degli artt. 692 ss. rispetto al giudizio di merito, G. Tarzia, *Sulla strumentalità dell'accertamento tecnico preventivo*, in *Giur. it.* 1967, I, 2, 819 ss.; N. Picardi, *Manuale cit.*, 583; V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli 1964, vol. IV, 239. Per L. Salvaneschi, *I provvedimenti cit.*, 801, il nesso di strumentalità tra istruzione preventiva e giudizio di merito è un vincolo estremamente attenuato.

⁽¹⁹⁾ Senza un giudizio di merito, i provvedimenti di istruzione anticipata sono comunque “condannati” ad una intrinseca inefficacia e sono destinati a venir meno per mancanza di scopo. Cfr. P. Calamandrei, *op. loc. cit.*

⁽²⁰⁾ Così V. Andrioli, *Commento cit.*, 239, secondo cui vi è un rapporto di funzionalità ipotetica tra i mezzi istruttori assunti in via preventiva e la causa di merito.

trattamento diversificato dell'istruzione preventiva rispetto alle altre misure cautelari, oggi non sembra più corretto (21).

I provvedimenti cautelari anticipatori non si sono visti sottrarre le garanzie e la disciplina degli artt. 669 *bis* ss., sol perché non sussiste più l'onere per le parti di instaurare il giudizio di merito entro un dato termine dopo la loro concessione. Non si vede allora ragione per riservare un trattamento differenziato all'istruzione preventiva assumendone il più debole legame con il merito.

Va perciò condivisa l'affermazione della Consulta in ordine alla insussistenza di ragioni di incompatibilità tra la normativa generale sui provvedimenti cautelari e le disposizioni concernenti l'accertamento tecnico preventivo (per non dire che andrebbe sollecitata una rivisitazione dell'intera disciplina per via legislativa, allo scopo di estendere il procedimento cautelare uniforme alla materia in esame).

4. – L'art. 669 *quinquies* (22), regolando i rapporti tra arbitrato e cautela, individua l'autorità competente ad emettere la misura cautelare, in una controversia deferita o deferibile ad arbitri, nel giudice ordinario civile che «sarebbe stato competente a conoscere del merito» (in assenza di convenzione di arbitrato). Ciò è previsto per i provvedimenti espressamente indicati dall'art. 669 *quaterdecies*, a cui non appartengono quelli di istruzione preventiva.

A chi bisognerà rivolgersi allora per ottenere un accertamento tecnico preventivo nelle controversie compromesse in arbitrato se non è possibile invocare l'art. 669 *quinquies*?

⁽²¹⁾ E' il caso di ricordare che con la l. 14 maggio 2005, n. 80 è stato novellato l'art. 669 *octies* commi 6 e 7, con la previsione che dinanzi a «provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito» non vi è l'obbligo di iniziare il giudizio di merito entro un termine perentorio. Peraltro è previsto che la misura cautelare continui a conservare efficacia anche in caso di estinzione del giudizio principale.

⁽²²⁾ L'art. 669 *quinquies* c.p.c. è stato modificato anch'esso dalla l. 14 maggio 2005, n. 80: oggi prevede che la domanda cautelare possa essere avanzata anche in caso di arbitrato irrituale. Sono state accolte così le numerosi voci di dissenso della dottrina che ritenevano irrazionale precludere il ricorso alla cautela nel caso di arbitrato libero. V. tra tutti, B. Sassani, *Intorno alla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.* 1995, 710 ss.

Occorre in primo luogo stabilire se sia ricavabile *aliunde* la possibilità di ottenere l'anticipazione della prova.

L'accertamento tecnico non può essere disposto dagli arbitri in virtù dell'art. 818 c.p.c., che sottrae ai giudici privati ogni potere cautelare (23), salva diversa disposizione di legge (24). E' indubbio che per i provvedimenti in questione il legislatore non ha previsto alcuna deroga alla regola generale, sicché non sarà possibile ottenere una prova anticipata dagli arbitri né *ante causam* né in corso di causa (25).

⁽²³⁾ La *ratio* del divieto è tradizionalmente ravvisata nella mancanza di poteri coercitivi in capo agli arbitri. Per G. Arieta, *Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale ed irrituale e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.* 1993, 750 la privazione del potere di emettere misure cautelari da parte degli arbitri dovrebbe spiegarsi non tanto con l'assenza di *auctoritas* dei giudici privati, quanto con la mancanza delle necessarie garanzie di indipendenza, indispensabili per la pronuncia di provvedimenti idonei ad incidere sulla realtà sostanziale. La scelta del legislatore non è esente da critiche soprattutto in considerazione del fatto che essa non corrisponde a quella della maggioranza degli ordinamenti stranieri.: v. F.P. Luiso, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv. arb.* 1991, 253; Id., *Diritto processuale cit.*, 185; F. Carpi, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione del disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, 1259 ss.

⁽²⁴⁾ Una «diversa disposizione di legge» è rappresentata dall'art. 35 d.lgs. 5/2003 in virtù del quale è attribuita agli arbitri la *potestas* cautelare di sospendere le delibere assembleari.

⁽²⁵⁾ Tale scelta è certamente ragionevole per quanto riguarda i provvedimenti da emettere *ante causam*: in questo caso, il tempo occorrente alla formazione del collegio arbitrale contrasterebbe con l'esigenza di ottenere una immediata tutela. Sembra possibile invece immaginare l'attribuzione agli arbitri del potere di emettere provvedimenti di istruzione anticipata in corso di causa, atteso che con essi verrebbe compiuta un'attività non diversa da quella che i giudici privati svolgono ordinariamente nella fase istruttoria attraverso la nomina di consulenti tecnici, la cui assistenza è oggi ammessa grazie all'art. 816 *ter*, 5° comma, c.p.c. (sull'utilizzo della consulenza tecnica in arbitrato prima della riforma v. F. Auletta, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 1123 ss.; G.F. Ricci, *La consulenza tecnica nell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2003, 1 ss.). D'altronde i provvedimenti di istruzione preventiva, non incidendo direttamente sulla realtà sostanziale, sono meno pericolosi degli altri provvedimenti cautelari. Pertanto non

Volendo allora cercare, nell'ambito delle norme dedicate all'istruzione preventiva, una regola analoga a quella prevista dall'art. 669 *quinquies* che permetta di individuare l'autorità competente ad emettere il provvedimento cautelare, si noterà come negli artt. 692 ss. c.p.c. manchi del tutto una disciplina della competenza in ipotesi di causa compromessa in arbitri. Il che potrebbe indurre perfino ad escludere che l'istruzione preventiva possa essere concessa in tale circostanza.

Dal momento però che la tutela cautelare è una componente essenziale delle garanzie giurisdizionali (26), e che non è possibile negarla anche quando l'esame del merito sia affidato a giudici privati, resta aperto il dubbio di quali regole seguire per attribuire il potere di emettere il provvedimento di istruzione anticipata.

La Consulta, riconosciuta l'essenzialità della tutela preventiva, prende atto dell'incompletezza del procedimento degli artt. 692 ss. (27) e dell'impossibilità di integrarlo con il rito cautelare uniforme (per via dell'art. 669 *quaterdecies*). Il vuoto normativo viene valutato dalla Corte come irragionevole: i severi limiti di ammissibilità dell'istruzione preventiva non sono dovuti a ragioni strutturali sistematiche o ontologiche, ma sono delle vere e proprie lacune non giustificabili attraverso il richiamo alla discrezionalità legislativa tesa a distinguere le misure degli artt. 692 ss. dagli altri provvedimenti cautelari.

si vedono particolari ragioni ostative alla loro concessione da parte di arbitri. In dottrina v. A.A. Romano, *op. cit.*, 296, nota 34, secondo cui se il collegio è già formato non è da escludere che esso possa anticipare, rispetto al tempo programmato, l'assunzione di un mezzo di prova urgente.

⁽²⁶⁾ V. *supra* § 3.

⁽²⁷⁾ L'incompletezza di disciplina dell'istruzione preventiva è già stata ampiamente oggetto d'attenzione da parte della Corte costituzionale: dapprima con riferimento ai severi limiti di ammissibilità oggettiva, poi in relazione all'impossibilità di proporre reclamo. Con la sentenza 22 ottobre 1990, n. 471, *cit.*, ha dichiarato illegittimo, per violazione dell'art. 24 Cost, l'art. 696, 1° comma, c.p.c., nella parte in cui non consente di disporre accertamento tecnico o ispezione giudiziale sulla persona dell'istante; con la sentenza 19 luglio 1996, n. 257, *cit.*, ha dichiarato incostituzionale l'art. 696, 1° comma, c.p.c., nella parte in cui non consente al giudice di disporre accertamento tecnico o ispezione giudiziale anche sulla persona nei cui confronti l'istanza è proposta, dopo averne acquisito il consenso.

Per colmare il vuoto il Giudice delle leggi dichiara l'illegittimità dell'art. 669 *quaterdecies*, al fine di estendere l'applicazione dell'art. 669 *quinquies* all'istruzione preventiva⁽²⁸⁾. La regola di competenza sarà perciò quella stabilita per tutti gli altri provvedimenti cautelari.

5. - Ad analoga soluzione, in realtà, si giungeva anche prima della pronuncia della Corte costituzionale.

In passato taluna dottrina ammetteva il ricorso all'istruzione preventiva per sopperire all'assenza di poteri coercitivi degli arbitri nell'istruttoria arbitrale. Tutte le volte in cui era necessario acquisire una prova documentale in possesso di un terzo o informazioni dalla Pubblica Amministrazione o una deposizione di testimoni ostili, ovvero ispezionare luoghi sottratti alla disponibilità delle parti, si avvertiva l'esigenza di fronteggiare il difetto di misure coercitive azionabili dagli arbitri con l'ausilio del potere pubblico. L'istruzione preventiva diveniva così una forma di collaborazione giudiziaria all'istruttoria arbitrale che altrimenti sarebbe risultata «imperfetta» sotto l'aspetto della completezza delle fonti di prova (29).

⁽²⁸⁾ Il vuoto normativo non consente alla Corte di conservare la specialità procedimentale dell'istruzione preventiva.

⁽²⁹⁾ Così G. Tarzia, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.* 1991, 720; F. Auletta, *L'istruzione probatoria*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di G. Verde, 3^a ed., Torino 2005, 301 ss.; L. Salvaneschi, *Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.* 1993, 622 s. Tale impiego alternativo dell'istruzione preventiva si fondava su una interpretazione estensiva del «fondato motivo che siano per mancare uno o più testimoni» (e quindi dell'urgenza della cautela) anche alle ipotesi in cui il testimone si rifiutasse di comparire innanzi al collegio. Ciò al fine di superare l'eventuale disparità di trattamento che poteva discendere dall'ammettere l'assunzione dinanzi al giudice delle prove non disponibili dagli arbitri solo ove ricorresse il requisito dell'urgenza e non anche in altre circostanze. Critica la predetta proposta interpretativa A.A. Romano, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. Consolo e F.P. Luiso, Milano 2007, vol. III, *sub* art. 693, 5104, secondo cui si finirebbe per piegare la misura cautelare ad esigenze prettamente esecutive, distogliendola dalla propria funzione che è quella di evitare che il tempo occorrente per la tutela ordinaria si traduca in danno per la parte che ha ragione.

A seguito della riforma del 2006, la lacuna normativa relativa ai meccanismi di assistenza giudiziaria agli arbitri è stata parzialmente colmata dal nuovo art. 816 *ter* c.p.c., comma 3°, c.p.c., che autorizza gli arbitri a richiedere al presidente del tribunale l’emanazione di un ordine di comparizione innanzi a loro del testimone renitente (30).

La proposta interpretativa prima riferita sembrerebbe allora restare valida con riferimento alla verifica dello stato dei luoghi o della qualità o condizione di cose (art. 696 c.p.c.) (31). Sicché, qualora sia necessario compiere degli accertamenti tecnici preventivi nelle controversie compromesse in arbitri, sarà possibile rivolgersi al giudice ordinario per ottenere l’emissione della cautela (32).

Per confermare la fattibilità di tale assunto, occorre riconoscere ad esso un fondamento normativo e quindi individuare una disposizione codicistica capace di determinare il giudice competente in tema di istruzione preventiva: il ricorso andrà presentato al giudice individuato ai sensi dell’art. 696 c.p.c. o ai sensi dell’art. 669 *quinquies* c.p.c.?

Ci sembra che l’art. 696 c.p.c. – che determina la competenza nell’accertamento tecnico preventivo (in combinato disposto con l’art. 693 c.p.c.) - non sia regola idonea a indicare chi possa adottare una misura cautelare nelle controversie compromesse in arbitri (33). Essa, lungi dall’individuare l’organo giudiziario autorizzato ad emanare il provvedimento cautelare quando il merito della controversia è rimesso agli arbitri, si limita a stabilire quale è il giudice ordinario competente quando la lite appartiene alla giurisdizione ordinaria.

⁽³⁰⁾ Sul nuovo art. 816 *ter* e sulle molteplici questioni ermeneutiche e applicative poste dalla norma v. G. Tota, in Aa.Vv., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, vol. III, 2, Padova 2009, *sub* art. 816 *ter*, 710 ss.

⁽³¹⁾ E’ infatti con riferimento all’art. 696 c.p.c. che oggi è stata posta e risolta la questione di costituzionalità.

⁽³²⁾ Tale possibilità è riconosciuta costantemente in dottrina. Cfr. G. Balena, *Istruzione cit.*, 3; G. Trisorio Liuzzi, *op. cit.*, 251; G. Tarzia, *Istruzione preventiva cit.*, 722.

⁽³³⁾ Diformemente G. Trisorio Liuzzi, *op. loc. cit.*, secondo cui il ricorso per accertamento tecnico preventivo va proposto al giudice competente ai sensi dell’art. 696 c.p.c. In tal senso anche C. Delle Donne, *Ancora sui rapporti*, *cit.*, § 3.

L'unico dato positivo offerto per regolamentare i rapporti tra arbitrato e tutela cautelare è l'art. 669 *quinquies* c.p.c.: la domanda, in caso di controversia compromessa in arbitri, si proporrà al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito.

L'assenza di una regola dettata appositamente per i rapporti tra istruzione preventiva e arbitrato obbligherebbe l'interprete ad applicare analogicamente (34) la norma sopra citata (35), così superando il limite rappresentato dall'art. 669 *quaterdecies*.

Né potrebbe obiettarsi che una esegesi di tal fatta confligga con la conservazione di specialità procedimentale dell'istruzione preventiva: non sarebbe la prima volta che si tenta la strada

⁽³⁴⁾ Diversamente, il remittente afferma che non può darsi luogo all'applicazione analogica dell'art. 669 *quinquies* c.p.c. in quanto il ricorso all'analogia postula una lacuna normativa che il Tribunale di La Spezia non individua nella fattispecie. Eppure l'operatività (grazie all'analogia) dell'art. 669 *quinquies* c.p.c. – così come riformato dalla l. 80 del 2005 cit. – consentirebbe di ritenere ammissibile l'istruzione preventiva anche all'arbitrato libero (v. *supra* nota 22). Vero è infatti che tale norma costituisce l'unico fondamento della possibilità di chiedere tutela cautelare nelle controversie compromesse in arbitrato libero. Senza il richiamo ad essa, nessuna misura può essere concessa, atteso che in sua mancanza è stato sempre disconosciuto il diritto di rivolgersi al giudice per ottenere cautela se il merito della controversia è devoluto ad arbitri irrituali. Non consentire l'applicazione analogica della regola di competenza dell'art. 669 *quinquies* c.p.c., e applicare invece quelle degli artt. 692 ss., comporta l'inammissibilità dell'istruzione preventiva in vista di un arbitrato irrituale, atteso che, lo si ribadisce, l'unica norma che autorizza la concessione della tutela cautelare nell'arbitrato libero è l'art. 669 *quinquies*. Se tale norma non opera, la tutela cautelare dovrà essere negata. In giurisprudenza, prima della modifica all'art. 669 *quinquies* c.p.c., v. sull'inammissibilità dell'accertamento tecnico nell'arbitrato irrituale, Cass. 7 dicembre 2000, n. 15524, in *Giur. it.* 2001, 1107, con nota di G. Canale.

⁽³⁵⁾ Cfr. Trib. Catania, 23 gennaio 1995, in *Giur. it.* 1995, I, 2, 820, con nota di A. Puleo, ove si ritiene che escludendo l'applicazione analogica dell'art. 669 *quinquies* all'accertamento tecnico preventivo, ci si esporrebbe ad una non manifesta infondatezza di legittimità costituzionale del quadro normativo di riferimento. Il pericolo può essere scampato, a detta del giudice siciliano, interpretando le norme in modo conforme a Costituzione. Opzione questa non condivisa dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento, la quale ritiene necessaria la dichiarazione di incostituzionalità.

dell'analogia con le norme del rito cautelare uniforme per colmare le lacune del procedimento degli artt. 692 ss. (36) Posta la specialità di disciplina della tutela cautelare preventiva rispetto a quella degli artt. 669 *bis* ss., non può escludersi la necessità di integrare la prima con la seconda (37).

Concludendo, la sola strada percorribile per ottenere un accertamento tecnico preventivo nelle controversie compromesse in arbitrato passa per l'art. 669 *quinquies* c.p.c.

6. – Da analoghi presupposti – rispetto a quelli esaminati *supra* nei paragrafi precedenti – parte la Corte costituzionale.

Fermo restando che l'unica disposizione in grado di individuare il giudice dotato del potere di concedere una misura di istruzione preventiva in caso di controversia compromessa in arbitri è l'art. 669 *quinquies*, la sua inapplicabilità nella fattispecie determina l'irragionevolezza del sistema. Per ottenere un quadro normativo conforme ai principi costituzionali è quindi necessario estendere l'operatività dell'art. 669 *quinquies* quando si voglia chiedere un accertamento tecnico preventivo.

Resta da domandarsi però se fosse poi così doveroso dichiarare l'illegittimità dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.

Si potrebbe obiettare che ad un risultato corrispondente gli interpreti erano già giunti attraverso il ricorso all'analogia, e che la regola ostativa al richiamo dell'art. 669 *quinquies* si riteneva superabile per consentire di colmare il vuoto normativo.

⁽³⁶⁾ Si pensi all'ipotesi di istruzione preventiva da proporsi in corso di causa. L'art. 699 c.p.c. non offre alcuna indicazione in ordine al giudice competente cosicché si è ritenuto di richiamare i criteri dell'art. 669 *quater* c.p.c. (ad eccezione del comma 3° sulla causa di merito pendente davanti al giudice di pace) per colmare la lacuna della normativa relativa all'accertamento tecnico preventivo. V. in tal senso in dottrina L. Querzola, in Aa.Vv. *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di F. Carpi e M. Taruffo, 6^a ed., Padova 2009, *sub* art. 699, 2296; C. Besso, *La prova cit.*, 233-234; G. Balena, *Istruzione cit.*, 3; V. Andrioli, *op. cit.*, 245, secondo cui si applica per analogia l'art. 673 c.p.c. in tema di sequestro (norma abrogata dalla l. 26 novembre 1990, n. 353, alla cui eliminazione dall'ordinamento supplisce l'art. 669 *quater*).

⁽³⁷⁾ Così G. Costantino, in Aa. Vv. *Le nuove leggi civili commentate*, Padova 1993, *sub* art. 669 *quaterdecies*, 402, nota 14.

La Consulta invece si trincerava dietro il principio secondo cui l'univoco tenore letterale di una norma - l'art. 669 *quaterdecies* (che autorizza l'applicazione solo dell'art. 669 *septies* all'istruzione preventiva) – «segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale (38)». Avvertendo l'esigenza di colmare la lacuna legislativa in tema di rapporto tra istruzione preventiva e arbitrato, si è sentita quindi in dovere di dichiarare l'illegittimità della disposizione che, rivelando in "modo univoco" la non applicazione dell'art. 669 *quinquies* c.p.c. per i provvedimenti di cui all'art. 696 c.p.c., rende incostituzionale il quadro normativo di riferimento.

Si è visto (39) che tale scelta non era poi così necessaria. La dichiarazione di illegittimità avrebbe potuto cedere il passo, ad esempio, ad una sentenza interpretativa di inammissibilità, che consentisse di giungere al medesimo risultato esegetico.

Tuttavia, ci sembra che la capacità vincolante di una dichiarazione di incostituzionalità in questa materia sia quanto mai opportuna, non solo e non tanto per generiche ragioni di certezza normativa, quanto e soprattutto perché, in tema di provvedimenti cautelari, non è previsto un controllo di legittimità (40). Sicché l'intervento del Giudice delle leggi per chiarire la portata applicativa delle norme codicistiche si rende qui più necessario che altrove (41).

Il fine ha giustificato il mezzo.

⁽³⁸⁾ V. *supra* § 1, nota 3.

⁽³⁹⁾ V. *supra* § 5.

⁽⁴⁰⁾ Non è ammesso per i provvedimenti di cui all'art. 696 il ricorso *ex art.* 111, 7° comma, Cost. Cfr. Cass., sez. un., 5 luglio 2004, n. 12305, in *Foro it. Rep.* 2004, voce *Istruzione preventiva*, n. 5. In dottrina sulla non impugnabilità con ricorso straordinario in cassazione dei provvedimenti cautelari v. R. Tiscini, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino 2005, 143 ss.

⁽⁴¹⁾ L'esigenza si avverte ancor più se si tiene conto che sulla materia non si è formato il «diritto vivente». In primo luogo per l'assenza di un controllo da parte del Giudice di legittimità; e poi perché le pronunce di merito in argomento sono assai rare.