



HAL
open science

Arbitrato e tutela cautelare

Giovanni Bonato

► **To cite this version:**

Giovanni Bonato. Arbitrato e tutela cautelare: Corte costituzionale, 28 gennaio 2010. *Giurisprudenza Italiana*, 2010, 26, pp.1647-1652. hal-01530439

HAL Id: hal-01530439

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01530439>

Submitted on 31 May 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ARBITRATO E TUTELA CAUTELARE

CORTE COSTITUZIONALE, 28 gennaio 2010, n. 26, pag. 1647.

L'arbitrato, l'accertamento tecnico preventivo e la Corte costituzionale, di GIOVANNI BONATO.

ARBITRATO E TUTELA CAUTELARE

CORTE COSTITUZIONALE, 28 gennaio 2010, n. 26 — AMIRANTE *Presidente* — CRISCUOLO *Relatore* — T.M.E. s.p.a. ed altri (avv. Bussoletti) - Veolia Servizi Ambientali s.p.a. e altri.

Provvedimenti cautelari — Convenzione d'arbitrato — Pendenza di giudizio arbitrale — Accertamento tecnico preventivo — Espletamento — Esclusione — Illegittimità costituzionale — Sussistenza (Cost. artt. 3, 24; C.p.c. artt. 669 *quinquies*, 669 *quaterdecies*, 696, 818).

È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., l'art. 669 quaterdecies c.p.c. nella

parte in cui, escludendo l'applicazione dell'art. 669 quinquies, impedisce, in caso di stipulazione di una convenzione d'arbitrato o di pendenza di un giudizio arbitrale, l'espletamento dell'accertamento tecnico preventivo, di cui all'art. 696. I provvedimenti di istruzione preventiva hanno natura cautelare e, visto il divieto dell'art. 818, non possono essere concessi dagli arbitri (1).

1. Con la sentenza del 28 gennaio 2010, n. 26, la Corte costituzionale interviene sul rapporto tra arbi-

trato e tutela cautelare per dichiarare «l'illegittimità costituzionale dell'articolo 669 *quaterdecies* del codice di procedura civile, nella parte in cui, escludendo l'applicazione dell'articolo 669 *quinquies* dello stesso codice ai provvedimenti di cui all'art. 696 cod. proc. civ., impedisce, in caso di clausola compromissoria, di compromesso o di pendenza di giudizio arbitrale, la proposizione della domanda di accertamento tecnico preventivo al giudice che sarebbe competente a conoscere del merito».

Questa la vicenda giudiziaria nell'ambito della quale è sorto l'incidente di costituzionalità sull'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.

Chiesto l'espletamento di un accertamento tecnico preventivo *ante causam*, al fine di verificare lo stato e la qualità di alcuni impianti inceneritori, il Presidente del Tribunale di La Spezia rigetta la relativa istanza, in seguito all'eccezione di patto compromissorio proposta dalla controparte, ritenendo che in caso di stipulazione di una convenzione d'arbitrato resti preclusa alle parti la possibilità di ottenere un provvedimento d'istruzione preventiva, ostandovi il disposto dell'art. 669 *quaterdecies*. Adito in sede di reclamo, il Tribunale di La Spezia solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 669 *quaterdecies* nella parte in cui, escludendo — salva l'eccezione dell'art. 669 *septies* — l'applicazione del rito cautelare uniforme (e, in particolare, dell'art. 669 *quinquies* che interessa nel caso di specie) ai provvedimenti di istruzione preventiva, preclude la proposizione della domanda di accertamento tecnico preventivo, qualora sia stata stipulata una convenzione d'arbitrato o sia pendente il relativo giudizio. Ricordato che l'art. 818 c.p.c. impedisce agli arbitri di emanare dei provvedimenti cautelari, la stipulazione di un patto compromissorio, ad avviso del giudice *a quo*, provoca un evidente e incostituzionale vuoto di tutela, non essendo possibile ovviare al pregiudizio irreparabile dato dall'alterazione dello stato dei luoghi e, in generale, di tutto quello che può essere oggetto di accertamento tecnico preventivo. Invocando come parametri costituzionali gli artt. 3 e 24 Cost., il rimettente specifica, altresì, che il dubbio di costituzionalità della disposizione impugnata non è superabile né con il ricorso all'analogia né grazie all'interpretazione costituzionalmente orientata¹.

La questione di legittimità costituzionale viene accolta dalla Corte, la quale, incidendo sull'art. 669 *quaterdecies*, ammette che, in caso di compromesso, di clausola compromissoria o di pendenza di giudizio ar-

bitrale, la domanda di accertamento tecnico preventivo è proponibile al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito.

Nello stabilire che l'assunzione anticipata della prova possa essere disposta anche in presenza di una convenzione d'arbitrato, la sentenza in esame merita la nostra approvazione in quanto evita un'evidente menomazione del diritto di difesa, che sarebbe derivata dall'accoglimento della soluzione contraria. Tuttavia, la motivazione elaborata dalla Corte delle leggi solleva alcune perplessità, sia in relazione al tipo di decisione emanata (di accoglimento, anziché di manifesta inammissibilità o, quantomeno, di rigetto, come sarebbe stato, all'opposto, preferibile) sia rispetto ad alcuni dubbi interpretativi che potrebbero sorgere sull'individuazione del giudice competente a decidere sulla domanda di cautela del diritto alla prova.

2. Sofferamoci, innanzitutto, sugli argomenti condivisibili della decisione.

Richiamando la propria precedente sentenza del 16 maggio 2008, n. 144 (su cui v. *infra*), la Corte ribadisce che i provvedimenti di istruzione preventiva hanno natura cautelare, come, d'altra parte, viene generalmente riconosciuto². A questo proposito, si può solo ricordare che in ragione dell'oggetto delle misure in discorso (la tutela del diritto processuale alla prova dal pericolo che questa non possa più essere assunta durante il giudizio di merito) una parte della dottrina parla di «natura solo latamente cautelare»³. Sempre in relazione alla tutela cautelare, nella motivazione della sentenza in commento si ricorda che «tale forma di tutela rappresenta una componente della stessa funzione giurisdizionale»⁴.

Successivamente la Corte aggiunge che: «l'autonomia tra gli atti di istruzione preventiva e il giudizio principale, non esclude la natura cautelare delle relative misure, né fa venir meno il collegamento con il giudizio di merito»; «non sussiste incompatibilità tra la normativa generale sui provvedimenti cautelari e la disposizione concernente l'accertamento tecnico preventivo», in ragione del fatto che quest'ultimo «non richiede l'instaurazione entro un dato termine del giudizio ordinario, mentre nel procedimento uniforme, se la domanda sia stata proposta prima della causa di merito, l'ordinanza di accoglimento deve fissare un termine perentorio per l'inizio del giudizio stesso, ai sensi e con le modalità di cui all'art. 669 *octies* cod. proc. civ.». Anche questo punto è pacifico: l'attenuazione del

¹ Sull'ordinanza di rimessione del Tribunale di La Spezia, del 31 ottobre 2008, v., in senso critico, DELLE DONNE, *Ancora sui rapporti tra arbitrato (anche irrituale) e 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 Sulla natura cautelare dell'istruzione preventiva, tra gli altri, v. CALVOSA, voce «Istruzione preventiva», in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, e 310 segg.; TRISORIO LIUZZI, voce «Istruzione preventiva», in *Digesto Priv.*, X, Torino, 1993, 242 e segg., spec. 244, secondo cui «risulta con chiara evidenza, la natura cautelare del procedimento in questione»; SALVANESCHI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1998, 800 e segg., spec. 801; ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004, 3 e segg.; BESSO, *La prova prima del*

processo, Torino, 2004, 224, la quale afferma che «la natura cautelare del procedimento di istruzione preventiva non è mai stata negata».

³ Così PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino, 2010, III, 40 e 76.

⁴ Forse non sarebbe stato superfluo un esplicito riferimento all'essenzialità della tutela cautelare, destinata a garantire la stessa effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, come avvenuto, tra le altre, in Corte cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Giur. It.*, 1995, 409, con nota di CONSOLO, ove si legge che la tutela cautelare è «strumentale all'effettività della stessa tutela giurisdizionale»; e Id., 7 novembre 1997, n. 326, nella quale si afferma che «il principio secondo cui ogni situazione giuridica deve poter trovare un suo momento cautelare, che va raffigurato come componente essenziale della stessa tutela giurisdizionale».

vincolo di strumentalità con il giudizio di merito per i provvedimenti di istruzione preventiva non ha fatto sollevare ragionevoli dubbi sulla loro natura cautelare, semmai ha potuto giustificare (insieme alla particolarità del loro oggetto) la previsione di una disciplina procedimentale distinta e autonoma, rispetto a quella disegnata dagli artt. 669 *bis* e segg.⁵

Sull'argomento la Corte sembra, tuttavia, dimenticare che la legge n. 80/2005 ha introdotto il regime della c.d. strumentalità "attenuata" o "allentata" per i provvedimenti d'urgenza, per gli «altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali» e per «i provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'articolo 688» (art. 669 *octies*, comma 6)⁶. Attualmente, quindi, l'attenuazione della strumentalità con il giudizio di merito non è una caratteristica dei soli provvedimenti di istruzione preventiva, riguardando anche i provvedimenti cautelari dell'art. 669 *octies*, comma 6.

Quanto al rapporto che intercorre nel sistema italiano tra la tutela cautelare e l'arbitrato, la Corte rileva che in forza dell'art. 669 *quinquies* e in ragione del disposto di cui all'art. 818, gli arbitri, salva diversa disposizione di legge, non hanno il potere di pronunciare provvedimenti cautelari, la cui emanazione va chiesta al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito, anche in caso di arbitrato irrituale⁷.

Sul punto non sorge nessun dubbio interpretativo, poiché in presenza del chiaro — ma criticabile — dato testuale dell'art. 818, non possiamo che prendere atto del divieto per gli arbitri di emanare provvedimenti cautelari⁸, divieto in cui si devono ricomprendere anche i provvedimenti di istruzione preventiva⁹. A questo proposito, possiamo aggiungere che ammettere l'istruzione preventiva arbitrale non solo sarebbe contrario al divieto dell'art. 818, ma, quantomeno in relazione alle istanze proposte *ante causam*, risulterebbe anche inopportuno dal momento in cui i tempi richiesti per pervenire alla costituzione del collegio arbitrale impedirebbero di acquisire rapidamente la prova a rischio di dispersione, frustrando le esigenze di tutela del diritto¹⁰.

Condivisibile fino a questo punto, la sentenza in commento solleva, tuttavia, alcune perplessità.

3. La Corte, facendo proprie le censure elaborate dal giudice *a quo* in riferimento alla disposizione impugnata, sceglie di emanare una sentenza di accoglimento additiva¹¹, considerata una soluzione obbligata: poiché «il dato testuale», di cui all'art. 669 *quaterdecies*, «rileva in modo univoco» l'inapplicabilità del rito cautelare uniforme ai provvedimenti di istruzione preventiva, il giudice statale non può disporre l'assunzione anticipata della prova in presenza di una convenzione d'arbitrato o in caso di pendenza del relativo giudizio, non potendo fondare la propria competenza sull'art.

⁵ Così prima della legge n. 80/2005 v. TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 243; SALVANESCHI, *op. cit.*, 800 e segg., che parla di vincolo di strumentalità «estremamente attenuato».

⁶ Sul punto si rinvia, per tutti, a PUNZI, *op. cit.*, 50 e segg. Per la critica alla nozione di strumentalità attenuata in relazione ai provvedimenti cautelari anticipatori v. CARRATTA, *I nuovi riti speciali fra «decodificazione» e «sommarrizzazione»*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario* a cura di Lanfranchi, Carratta, Torino, 2005, 67 e segg., spec. 132 e segg.

⁷ La legge n. 80/2005, modificando l'art. 669 *quinquies*, ha esplicitamente ammesso che il giudice statale può emanare un provvedimento cautelare anche in presenza di una convenzione per arbitrato irrituale. Sul punto si rinvia a PUNZI, *op. cit.*, 42 e segg.

⁸ Il divieto per gli arbitri di disporre provvedimenti cautelari, confermato dalla terza riforma dell'arbitrato, di cui al D.Lgs. n. 40/2006, dipende da una precisa scelta di politica legislativa che appare criticabile in quanto estesa anche ai provvedimenti cautelari in corso di causa, come dimostra, tra l'altro, il fatto che la maggioranza dei sistemi stranieri adotta la soluzione opposta a quella del legislatore italiano. In questo senso, CARPI, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1990, 1255 e segg., spec. 1259; LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv. Arb.*, 1991, 253 e segg.; PUNZI, *op. cit.*, 218 e segg., che parla di «una precisa scelta di politica legislativa non certo imposta dalla natura dell'arbitrato»; ODORISIO, *Il potere degli arbitri di disporre la sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario* a cura di Lanfranchi, Carratta, cit., 491 e segg., spec. 505; G.F. RICCI, *Art. 818. Provvedimenti cautelari*, in *Arbitrato* a cura di Carpi, Bologna, 2007, 481 e segg.; AULETTA, *Cognizione sommaria e giudizio arbitrale*, in *Diritto dell'arbitrato rituale* a cura di Verde, Torino, 2005, 493 e segg.; CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006, 260, secondo cui «nessuna intrinseca ragione teorica si oppone al riconoscimento agli arbitri di poteri in materia cautelare»; GHIRGA, *Art. 818 (Provvedimenti cautelari)*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato* a cura di Menchini, Padova, 2010, 310 e segg. Si ricorda che, in deroga al generale

divieto di cui all'art. 818, è stato conferito agli arbitri il potere cautelare di sospendere l'efficacia della delibera impugnata nell'ambito dell'arbitrato societario (art. 35, comma 5, D.Lgs. n. 5/2003) su cui si rinvia, tra gli altri, a CARRATTA, *Art. 2378. Procedimento di impugnazione*, in *Il nuovo processo societario* a cura di Chiarloni, Bologna, 2004, 1134 e segg., spec. 1196 e segg.; ODORISIO, *op. cit.*, 491 e segg.

⁹ In questo senso, oltre agli autori citati alla nota precedente, v. anche E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, 69; TARZIA, *Istruzione preventiva e arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1991, 719 e segg.; SALVANESCHI, *Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento arbitrale*, *ivi*, 1993, 617 e segg.; CECHELLA, *Il processo e il giudizio arbitrale*, in *L'arbitrato* a cura di Cecchella, Torino, 2005, 201, nota 28; TOTA, *Arbitrato e istruzione preventiva*, in *Arbitrato, ADR conciliazione* a cura di Rubino-Sammartano, Bologna, 2009, 557 e segg. Al contrario, LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 3^a ed., Milano, 2007, 148, ritiene che gli arbitri, ma solo nel corso del giudizio, possano disporre l'assunzione preventiva della prova, ma al tempo stesso afferma «che stesso codice sembra escludere dal novero delle misure propriamente cautelari» i provvedimenti di istruzione preventiva; in senso analogo RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 5^a ed., Padova, 2006, 715, ammette l'istruzione preventiva da parte degli arbitri dopo la proposizione dell'atto introduttivo del giudizio.

¹⁰ Per queste considerazioni v. E.F. RICCI, *op. cit.*, 69 e segg.; SALVANESCHI, *op. cit.*, 619; CARLEVARIS, *op. cit.*, 267; TOTA, *op. cit.*, 557 e segg.

¹¹ Come ricordato da CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, II, 2, 403 e segg., le sentenze additive, appartenenti alla categoria delle decisioni «interpretative di accoglimento» o «manipolative», dichiarano l'incostituzionalità di un'omissione «che, a volte, significa propriamente esclusione, ed in tali casi l'annullamento della parte (idealmente scorponabile) della disposizione che «non dice» elimina un ostacolo all'espandersi, e conseguentemente all'applicabilità, della norma in essa contenuta alle ipotesi implicitamente (ed illegittimamente) escluse». Sulla struttura delle sentenze additive si rinvia anche a CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, 260 e segg.

669 *quinquies*. Quindi, dopo aver ricordato che, in presenza di un «univoco tenore della norma» impugnata, il tentativo dell'interpretazione conforme al dettato costituzionale «deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale», la Corte osserva che «l'esclusione dell'accertamento tecnico preventivo dall'ambito applicativo definito dall'art. 669 *quaterdecies* cod. proc. civ., con conseguente inapplicabilità dell'art. 669 *quinquies*», viola: l'art. 3 Cost., nella misura in cui l'art. 669 *quaterdecies* crea un'irragionevole disparità di trattamento rispetto agli altri provvedimenti cautelari (in particolare con il sequestro giudiziario di beni, di cui all'art. 670, n. 2, c.p.c., avente anch'esso la funzione di garantire l'effettività dell'istruzione probatoria di un giudizio di merito), la cui concessione non è impedita dalla stipulazione di una convenzione d'arbitrato; l'art. 24, comma 2, Cost., in quanto «compromette il diritto alla prova [...] con conseguente pregiudizio per il diritto di difesa».

Pertanto, visto il divieto dell'art. 818, nonché le ricordate difficoltà pratiche e strutturali per ammettere l'istruzione preventiva arbitrale, al fine di evitare che, in presenza di una convenzione d'arbitrato (o in caso di pendenza del relativo giudizio), il diritto della parte istante subisca un pregiudizio irreparabile, risulta evidente che l'espletamento di un accertamento tecnico preventivo e, in generale, l'assunzione preventiva di una prova, a norma degli artt. 692 e segg., debbano poter essere chiesti al giudice statale, pena la violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost.¹²

Tuttavia — ed è questo un punto sul quale ci permettiamo di dissentire rispetto alla motivazione della sentenza in commento — le disposizioni codicistiche in questione non impedivano affatto di percorrere la strada dell'interpretazione “adeguatrice” e “costitu-

zionalizzante”. Si poteva, in effetti, giungere in via interpretativa — alla luce della valenza costituzionale della tutela cautelare — a ritenere il giudice statale competente a concedere un provvedimento di istruzione preventiva quando la lite è deferita agli arbitri, strada che avrebbe condotto la Corte ad emanare una pronuncia di manifesta inammissibilità della questione o, quantomeno, una sentenza interpretativa di rigetto, anziché una “drastica” pronuncia di accoglimento, come avvenuto in concreto¹³.

Bisogna, a questo proposito, ricordare che sul punto non esisteva nessun consolidato orientamento — idoneo ad assurgere al rango di “diritto vivente” — tendente a escludere l'esperibilità di un accertamento tecnico preventivo in caso di stipulazione di una convenzione d'arbitrato. Al contrario, prima dell'intervento della Corte, la dottrina non aveva mai dubitato che, in presenza del divieto di cui all'art. 818 e (anche) in ragione degli impedimenti strutturali all'espletamento di un'istruzione preventiva arbitrale, la domanda di assunzione anticipata della prova dovesse essere rivolta al giudice statale, invocando, a questi fini, un'applicazione analogica dell'art. 669 *quinquies*¹⁴ oppure l'applicazione degli artt. 692 e segg.¹⁵ Allo stesso modo, una giurisprudenza di merito aveva ritenuto di dover applicare «in via estensiva, o quanto meno analogica, l'art. 669 *quinquies*» per permettere l'espletamento di un accertamento tecnico preventivo anche in presenza di una convenzione d'arbitrato, nel presupposto che «le norme di legge vanno interpretate in modo conforme alla Costituzione»¹⁶. Ma di tali prospettive non vi è alcuna traccia nella motivazione della sentenza in commento.

Se le richiamate soluzioni interpretative — favorevoli alla proponibilità al giudice statale dell'istanza volta a

¹² Sulla necessità costituzionale della tutela cautelare per garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, alla luce dei principi del “giusto” processo, v., tra gli altri, PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2010, 591 segg. Sul giusto processo in generale si rinvia, tra gli altri, a LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, Torino, 2004, 3 e segg.; ID., *Del «giusto» procedimento sommario di cognizione, in Davanti al giudice. Studi sul processo societario* a cura di Lanfranchi e Carratta, cit., 1 e segg. In relazione alla tutela cautelare della prova come componente del “giusto” processo civile v. ROMANO, *op. cit.*, 205 e segg.

¹³ In materia si rinvia a ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 292 e segg., il quale ricorda che, rispetto alla scelta del tipo di sentenza (interpretativa di rigetto, interpretativa di accoglimento, di accoglimento puro e semplice), la Corte costituzionale deve preferire la «soluzione meno incidente».

¹⁴ In questo senso BESSO, *op. cit.*, 222 e segg., la quale, propendendo per l'applicabilità di tutte le disposizioni del rito cautelare uniforme compatibili con il procedimento d'istruzione preventiva, ritiene che in caso di patto compromissorio per arbitrato domestico l'art. 669 *quinquies* debba essere esteso anche all'istruzione preventiva poiché «si tratta sicuramente di una disposizione compatibile con le peculiarità procedimentali», mentre in caso di arbitrato estero si dovrebbe applicare l'art. 669 *ter* che attribuisce la competenza al giudice del luogo in cui il provvedimento cautelare deve essere eseguito. Per l'applicazione analogica dell'art. 669 *quinquies* anche ROMANO, *op. cit.*, 295, e TOTA, *op. cit.*, 559.

¹⁵ In questa direzione v. TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 251, il quale, considerando l'art. 669 *quinquies* inapplicabile al procedimento di istruzione preventiva, afferma che «trovano così

piena applicazione gli artt. 693 e 696»; GIALONGO, *Accertamento tecnico preventivo e tutela cautelare nell'arbitrato irrituale dopo la legge n. 80 del 2005*, in *Giur. It.*, 2005, 214 e segg., spec. 223. Oltre agli autori già citati, la dottrina praticamente unanime era favorevole ad ammettere, in via interpretativa, la competenza del giudice statale a disporre un provvedimento di istruzione preventiva. Tra gli altri, v. in questa prospettiva CALVOSA, *op. cit.*, 319; E.F. RICCI, *op. cit.*, 69 e seg.; NICOTINA, *L'istruzione preventiva nel codice di procedura civile*, Milano, 1979, 50; BALENA, voce “Istruzione. II) Procedimento di istruzione preventiva”, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, 3; PUNZI, *op. cit.*, 219 e seg.; GHIRGA, *op. cit.*, 310, nota 1; RUBINO-SAMMARTANO, *op. cit.*, 715. Inoltre, TARZIA, *op. cit.*, 720 e segg., seguito poi da SALVANESCHI, *op. cit.*, 623 e segg., aveva proposto l'idea di ricorrere all'istruzione preventiva in modo alternativo per permettere di superare la carenza di poteri coercitivi degli arbitri (su tale proposta v. anche le considerazioni di AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in *Diritto dell'arbitrato rituale* a cura di Verde, cit., 292 e segg., spec. 301).

¹⁶ Così Trib. Catania, 22 gennaio 1995 (ord.), in *Giur. It.*, 1995, I, 2, 820, con nota di PULEO. Ma in senso contrario, per l'inammissibilità, in caso di controversia oggetto di patto compromissorio per arbitrato irrituale, della consulenza tecnica preventiva ai fini della conciliazione della lite, in ragione della natura non cautelare dell'istituto e (anche) dell'inapplicabilità dell'art. 669 *quinquies* ai procedimenti di istruzione preventiva, v. Trib. Torino, 17 gennaio 2008 (ord.), in *Giur. It.*, 2008, 2274 e segg., con nota di FRUS, *Osservazioni sulla dubbia utilizzabilità della consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, in relazione a controversia oggetto di clausola compromissoria* (v. anche *infra*).

cautelare il diritto alla prova anche in presenza di una convenzione d'arbitrato — fossero state vagliate dal giudice *a quo*, questi non avrebbe dovuto sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 669 *quaterdecies*, difettando una condizione per la sua proponibilità¹⁷. Dal canto suo, la Corte avrebbe dovuto emanare una decisione di manifesta inammissibilità, per non avere il giudice rimettente esattamente valutato la possibilità di pervenire a un'interpretazione conforme al dettato costituzionale, oppure, quantomeno, una sentenza interpretativa di rigetto, proponendo l'interpretazione costituzionalmente orientata della norma impugnata¹⁸. Come accennato, tale interpretazione — a nostro modesto avviso — non era affatto esclusa, considerati, da un lato, la valenza costituzionale della tutela cautelare e, dall'altro lato, il dato testuale, non univoco e, anzi, del tutto neutrale, delle disposizioni sul rapporto tra arbitrato e tutela cautelare del diritto processuale alla prova. La praticabilità della strada dell'interpretazione "adeguatrice" era agevolata, inoltre, dalla presenza del fermo orientamento dottrinale, precedentemente ricordato, favorevole a ritenere il giudice statale competente per la concessione di un provvedimento di istruzione preventiva in caso di deferimento della lite agli arbitri¹⁹. Volendo, a questo proposito, effettuare un breve paragone con la sentenza del 16 maggio 2008, n. 144, con la quale la Corte è intervenuta sul rapporto tra rito cautelare uniforme e istruzione preventiva, dichiarando «l'illegittimità costituzionale degli articoli 669 *quaterdecies* e 695 del codice di procedura civile, nella parte in cui non prevedono la reclamabilità del provvedimento di rigetto dell'istanza per l'assunzione preventiva dei mezzi di prova di cui agli articoli 692 e 696 dello stesso codice»²⁰, possiamo

rilevare che, in quest'ultimo caso, la scelta della decisione di accoglimento sembrava più appropriata, in presenza dell'ostacolo testuale della previsione della non impugnabilità dell'ordinanza, di cui all'art. 695²¹.

5. Ma alla sentenza si può muovere un'altra critica.

Nel richiamare l'art. 669 *quinquies*, la pronuncia della Corte potrebbe indurre a ritenere che, in caso di stipulazione di una convenzione d'arbitrato, la competenza a disporre l'accertamento tecnico preventivo spetti ad un giudice diverso da quello individuato dagli artt. 693 e 696. Infatti, rispetto al rapporto tra arbitrato e tutela cautelare, dal coordinamento degli artt. 669 *quinquies* e 669 *ter* discende che se, in mancanza di patto compromissorio, competente per decidere la causa di merito è il giudice di pace, la domanda cautelare dovrà comunque essere proposta al Tribunale²². L'applicazione dell'art. 669 *quinquies* ai procedimenti di istruzione preventiva potrebbe comportare l'esclusione della competenza del giudice di pace in materia di accertamento tecnico preventivo in ragione della stipulazione di una convenzione d'arbitrato, la cui presenza porterebbe, pertanto, a derogare la regola di competenza stabilita dagli artt. 693 e 696²³. Una conclusione di questo tipo, oltre a concedere alle parti la possibilità di modificare attraverso una convenzione d'arbitrato le regole di competenza previste per l'assunzione preventiva della prova, provocherebbe l'insorgere di inutili complicazioni durante la fase di autorizzazione del provvedimento, determinate dalla necessità di individuare il giudice competente, in conseguenza della proposizione dell'eccezione di patto compromissorio.

Per evitare, quindi, i descritti inconvenienti riteniamo che l'applicazione dell'art. 669 *quinquies* ai prov-

¹⁷ Sul punto, tra le tante, Corte cost., 5 giugno 2003, n. 198, ha affermato che il giudice *a quo* deve seguire, «quale canone ermeneutico preminente, il principio di supremazia costituzionale che impone all'interprete di optare, fra più soluzioni astrattamente possibili, per quella che rende la disposizione conforme a Costituzione». Nel senso che il giudice *a quo*, prima di sollevare la questione, debba cercare di interpretare la legge in modo conforme alla Costituzione v. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 205; RUGGERI-SPATARO, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 183 e seg., secondo cui il tentativo dell'interpretazione "adeguatrice" integra una terza condizione di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, insieme alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza.

¹⁸ Per un'ipotesi di decisione di manifesta inammissibilità della questione, in ragione della possibilità di fornire un'altra interpretazione della disposizione impugnata, v., tra le tante, Corte cost., 18 gennaio 2008, n. 3 (ord.), secondo cui «avendo omesso i giudici rimettenti di sperimentare adeguate soluzioni ermeneutiche — diverse da quelle praticate — idonee a rendere la disposizione impugnata esente dai prospettati dubbi di legittimità, le questioni proposte devono essere dichiarate manifestamente inammissibili». Per altri riferimenti giurisprudenziali si rinvia a RUGGERI-SPATARO, *op. cit.*, 139, i quali ricordano che «il mancato esperimento dell'interpretazione adeguatrice da parte del giudice comporta sempre l'inammissibilità» della questione di legittimità costituzionale.

¹⁹ DELLE DONNE, *op. cit.*, par. 3, commentando l'ordinanza di rimessione del Tribunale di La Spezia, afferma che «la questione di illegittimità, così come prospettata, dovrebbe essere dichiarata inammissibile».

²⁰ La sentenza n. 144/2008, che suscita alcune perplessità nella parte in cui ammette il reclamo solo nei confronti dell'or-

dinanza di rigetto dell'istanza per l'assunzione preventiva dei mezzi di prova, si può leggere in *Giur. It.*, 2008, 2255 e segg., con nota di DELLE DONNE.

²¹ Una parte della dottrina riteneva necessario, infatti, un intervento della Corte costituzionale per rendere reclamabile il provvedimento in materia di istruzione preventiva; così CIPRIANI, *L'impugnazione dei provvedimenti di istruzione preventiva*, in *Foro It.*, 1996, I, 2271 e segg., spec. 2276; SALVANESCHI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, cit., 814; ROMANO, *op. cit.*, 304 e segg. All'opposto BESSO, *op. cit.*, 283 e seg.; ID., *Istruzione preventiva e reclamo: una «relazione» davvero inammissibile?*, in *Giur. It.*, 2008, 174 e segg., riteneva che la reclamabilità potesse già essere desunta grazie all'interpretazione costituzionalmente orientata.

²² Così, tra gli altri, LUISO, *op. cit.*, 255; PUNZI, *op. cit.*, 220; RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali* a cura di Consolo, Chiarloni, Torino, 2005, II, 398 e seg.

²³ È la prospettiva seguita da DELLE DONNE, *Ancora sui rapporti tra arbitrato (anche irrituale) e accertamento tecnico preventivo*, cit., par. 3, la quale — commentando l'ordinanza di rimessione del Tribunale di La Spezia del 31 ottobre 2008 — afferma che: «se si desse corso alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 669 *quaterdecies*, si finirebbe proprio per ottenere un risultato contrario a quello voluto dal legislatore del procedimento cautelare uniforme, e cioè la conservazione della specialità procedimentale dell'istruzione preventiva. L'esito della declaratoria sarebbe infatti la sostituzione di un criterio di competenza (segnatamente quello previsto dall'art. 669 *quinquies*) ad un altro (quello previsto dagli artt. 692 e 696), in uno all'invasione dell'ambito della discrezionalità legislativa in materia di regole processuali, senza una giustificabile superiore esigenza».

vedimenti di cui all'art. 696 — derivante dalla dichiarazione d'illegittimità dell'art. 669 *quaterdecies* — comporti esclusivamente il conferimento al giudice statale del potere di disporre l'assunzione preventiva della prova, senza incidere allo stesso tempo sull'individuazione del giudice competente, che potrà essere anche il giudice di pace²⁴. Tale conclusione non ci sembra esclusa dalla lettera dell'art. 669 *quinquies*, che parla solo di «giudice che sarebbe competente a conoscere del merito», senza escludere, necessariamente, il giudice di pace.

Nella stessa direzione, vista l'impossibilità di applicare in materia l'art. 699, in caso di pendenza del procedimento arbitrale (ma prima della costituzione del collegio), nonché in caso di sua sospensione, la domanda di istruzione preventiva andrà proposta al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito (che, come detto, potrà essere anche il giudice di pace)²⁵. Tuttavia, per attuare il principio della «identità del giudice dell'istruzione col giudice della decisione»²⁶, una volta costituito il collegio arbitrale sembra più opportuno riservare ai soli arbitri il potere di assumere i mezzi di prova²⁷. Infatti, alla condizione che ciò non sia impedito dalle regole del procedimento determinate dalle parti, il carattere deformalizzato del processo arbitrale e la facoltà che hanno gli arbitri di regolare il suo svolgimento, «nel modo che ritengono più opportuno» (art. 816 *bis*, comma 1), permette loro di anticipare l'acquisizione di un mezzo di prova rispetto alla normale tempistica processuale. In tal caso, non si avrebbe una violazione del divieto dell'art. 818, poiché gli arbitri pronuncerebbero, non un provvedimento cautelare, ma un'ordinanza istruttorie, accogliendo in via anticipata e accelerata un'istanza di ammissione di una prova e procedendo alla sua assunzione²⁸.

Sempre per evitare che la stipulazione di un patto compromissorio comporti uno stravolgimento della disciplina dell'istruzione preventiva, qualora in caso di eccezionale urgenza la prova debba essere assunta *inaudita altera parte*, è preferibile applicare i criteri di

competenza indicati dagli artt. 697 e 693, nonché il relativo procedimento, anziché la disciplina prevista in materia dal rito cautelare uniforme all'art. 669 *sexies*.

6. Nonostante la sentenza in commento abbia ad oggetto il solo (ridefinito) rapporto tra arbitrato e accertamento tecnico preventivo (come imposto dal principio di «corrispondenza tra chiesto e pronunciato»), il ragionamento della Corte può agevolmente estendersi anche agli altri mezzi di prova rispetto ai quali la legge prevede l'assunzione anticipata della prova, a norma degli artt. 692 e segg., ossia la c.d. testimonianza a futura memoria e l'ispezione giudiziale, ma non anche alla «consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite», di cui all'art. 696 *bis*, data la natura non cautelare di quest'ultimo istituto, diretto ad ottenere la conciliazione delle parti a fini deflattivi²⁹. Non credo che, per ammettere l'espletamento di un'ispezione giudiziale e l'assunzione di una testimonianza a futura memoria in presenza di una convenzione d'arbitrato, sia necessaria un'ulteriore sentenza di incostituzionalità dell'art. 669 *quaterdecies* (che, come abbiamo visto, era superflua anche rispetto all'accertamento tecnico preventivo), essendo sufficiente una decisione interpretativa di rigetto (se non di manifesta inammissibilità), potendo la Corte, a questo proposito, richiamarsi ai principi ricavabili dalla decisione in commento circa il rapporto tra arbitrato e istruzione preventiva.

GIOVANNI BONATO

²⁴ La prospettiva elaborata nel testo è confortata dall'opinione di chi (ROMANO, *op. cit.*, 295, anche in nota) afferma che l'applicazione analogica dell'art. 669 *quinquies* non escluda la competenza del giudice di pace. Come accennato nel testo, TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 251, richiama, invece, direttamente gli artt. 693 e 696 c.p.c. per individuare il giudice competente a decidere sull'istanza di istruzione preventiva, in caso di stipulazione di una convenzione d'arbitrato; seguito sul punto da GIALONGO, *op. cit.*, 223. Per il richiamo agli artt. 692 e segg. anche SALVANESCHI, *Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento arbitrale*, cit., 662.

²⁵ TARZIA, *op. cit.*, 725, il quale in caso di pendenza del giudizio arbitrale, vista l'impossibilità di applicare l'art. 699, richiama l'art. 693.

²⁶ Così ancora TARZIA, *op. cit.*, 720, per il quale il principio della coincidenza soggettiva tra giudice dell'istruzione e della decisione, «apprezzabile [...] nel processo ordinario [...], lo è ancora maggiormente in quello arbitrale»; seguito sul punto da SALVANESCHI, *op. cit.*, 619.

²⁷ Una prospettiva analoga è seguita dalla Corte di cassazione francese, I civ., 25 aprile 2006, in *Revue de l'arbitrage*, 2007, 79 e segg., con nota di EL ABDA, secondo cui dopo la costituzione del collegio arbitrale non può essere più validamente proposta istanza al giudice statale per ottenere una *mesures d'instruction in futurum*, a norma dell'art. 145 del *Code de procédure civile*. Si

ricorda che nell'ordinamento francese la stipulazione di una convenzione d'arbitrato non impedisce di chiedere al giudice dei *référés* la concessione di una misura di istruzione *in futurum*, come deciso, tra le altre, da App. Parigi, 30 luglio 1986, in *Revue de l'arbitrage*, 1989, 113 e segg., e da Cass., I civ., 11 ottobre 1995, *ivi*, 1996, 228 e segg. V. in argomento, da ultimo, LOQUIN, voce «Arbitrage. Compétence arbitrale. Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire», in *JurisClasser Procédure civile*, Parigi, 2010, MXXXIV, par. 23.

²⁸ Per una simile prospettiva ROMANO, *op. cit.*, 296, nota 34.

²⁹ In tal senso Trib. Torino, 17 gennaio 2008 (ord.), cit. In senso contrario FRUS, *op. cit.*, 2276, il quale propende per la generale utilizzabilità della consulenza tecnica preventiva, di cui all'art. 696 *bis*, anche in caso di stipulazione di una convenzione d'arbitrato, per «l'assenza di un esplicito divieto normativo al riguardo», nonché per la «sostanziale innocuità dell'istituto rispetto ai poteri degli arbitri». Sulla consulenza tecnica preventiva ai fini della conciliazione della lite si rinvia, tra gli altri, a BESO, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Commentario alle riforme del processo civile* a cura di Chiarloni, Bologna, 2007, II, 1316 e segg.; PANZAROLA, *Artt. 696 e 696-bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile* a cura di Briguglio, Capponi, Padova, 2007, 254 e segg.; PICOZZA, *Brevi osservazioni sulle novità in tema di istruzione preventiva*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 1023 e segg.