

TRIBUNALE DI GENOVA, Sez. I, ordinanza 4 luglio 2019; TUTTOBENE Pres. ed Est.; Peters & May c. Weco Project.

Convenzione arbitrale per arbitrato esterno - Ricorso al giudice italiano per l'accertamento tecnico preventivo - Ammissibilità.

A seguito di Corte cost. n. 26 del 28.1.2010 deve ritenersi ammissibile il ricorso al giudice italiano per l'accertamento tecnico preventivo anche quando il giudizio di merito sia devoluto ad arbitri esteri.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (*Omissis*) a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 29/05/2019, osserva quanto segue.

La resistente Weco Projects ASP, pur non opponendosi all'effettuazione degli accertamenti tecnici urgenti (vedi il verbale d'udienza del 29/5/19), ha comunque eccepito:

1. il difetto di legittimazione attiva e comunque di interesse ad agire della ricorrente Peters & May, che non figura come destinatario delle merci
2. l'impossibilità di disporre ATP in una materia convenzionalmente rimessa dalle parti ad arbitri stranieri.

(*Omissis*).

Quanto al fatto, anch'esso pacifico in causa, che la causa di merito sia convenzionalmente rimessa ad arbitri stranieri, si osserva in primo luogo che non solo tutti gli altri resistenti, ma la stessa Weco, che pure ha proposto l'eccezione in esame, hanno esplicitamente dichiarato, all'udienza del 29/5/19, di non opporsi all'effettuazione degli accertamenti di cui al ricorso: di conseguenza l'attività peritale disposta all'esito di quella udienza deve ritenersi svolta sul consenso delle parti, idoneo a delimitare gli effetti della clausola compromissoria.

Al di là di tale rilievo, l'eccezione deve comunque essere disattesa per le ragioni che di seguito si illustrano.

Con la sentenza 28/01/2010 n° 26, la Corte Costituzionale ha dichiarato "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".

La decisione è basata sul riconoscimento della natura cautelare dell'accertamento tecnico preventivo, istituto necessario per assicurare alle parti il diritto alla prova nei casi in cui non è possibile ricorrere agli arbitri per ottenere una consulenza da effettuare immediatamente (osserva la Corte che gli arbitri non possono concedere provvedimenti cautelari, salvo diverse disposizioni di legge), mentre "l'alterazione dello stato dei luoghi o, in generale, di ciò che si vuole sottoporre ad accertamento tecnico, [potrebbe] provocare pregiudizi irreparabili al diritto che la parte istante intende far valere".

Su tali premesse, la Corte conclude 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*, non supera lo scrutinio di ragionevolezza, in riferimento all'art. 3, primo comma, Cost."

La decisione, come si vede, riguarda una fattispecie diversa da quella oggi in esame: è stata infatti adottata con riferimento all'arbitrato nazionale, mentre la presente controversia è rimessa ad arbitrato straniero.

Ma le argomentazioni della Corte, pur muovendo da un fatto concreto, non sono svolte con specifico riferimento a caratteristiche particolari dell'arbitrato nazionale, e si estrinsecano in una decisione che riguarda *tutti* gli arbitrati, anche quelli esteri: d'altra parte, in questi casi sussiste in maniera identica l'indifferibile esigenza tutela della prova (che può farsi particolarmente intensa in casi come quello di cui si tratta, data la distanza tra la sede dell'arbitrato ed il luogo ove si trova la cosa da periziare).

Ciò, peraltro, pone un ulteriore problema: la pronuncia di illegittimità costituzionale riguarda l'art. 669 *quaterdecies* con riferimento alla sola norma che doveva essere applicata nel processo *a quo*, vale a dire l'art. 669 *quinquies*, che affida la competenza al "giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito". La competenza del Tribunale di Genova, nel presente procedimento, è stata invece affermata dalla ricorrente richiamando l'art. 669 *ter*, comma terzo, cpc, secondo cui "Se il giudice italiano non è competente a conoscere la causa di merito, la domanda si propone al giudice, che sarebbe competente per materia o valore, del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento cautelare". Evidentemente, la stessa ricorrente muove da presupposto che non esiste un giudice italiano competente a conoscere della causa. L'art. 669 *ter*, però, da un punto di vista formale, non rientra nel profilo di illegittimità dell'art. 669 *quaterdecies* espressamente affermato nel dispositivo della sentenza della Corte.

Quindi si verifica un'antinomia: l'art. 669 *quinquies*, nel suo contenuto precettivo risultante dalla decisione della Corte, prevede in termini generali che l'accertamento tecnico preventivo sia proponibile davanti al giudice italiano nonostante la presenza di una clausola arbitrale (anche se estera); ma conferisce la competenza in base ad un criterio (quello della competenza per causa di merito) che, nello specifico caso in esame (si noti, non in tutti i possibili casi di clausola arbitrale estera), non potrebbe operare.

Tuttavia, una volta riconosciuto che la sentenza della Corte ha una portata precettiva che si estende anche alla ipotesi della clausola compromissoria in arbitri stranieri, la mancanza di una esplicita affermazione dell'illegittimità della norma sulla competenza territoriale per il caso di incompetenza del giudice italiano non rappresenta nulla più di una lacuna, colmabile in via interpretativa. Ed a tal fine si dovrà riconoscere che quando la causa rimessa ad arbitri stranieri non sarebbe di competenza del giudice italiano, l'accertamento tecnico preventivo ad essa relativo, esperibile in forza dell'art. 669 *quinquies* ed affidato in termini generali al giudice del merito, è di competenza del giudice designato ai sensi dell'art. 669 *ter*, che pacificamente, nel caso in esame, si identifica con questo Ufficio.

In base a tali considerazioni, l'eccezione sollevata dalla resistente deve essere respinta.

Un condivisibile e lineare approccio in tema di compatibilità fra istruzione preventiva italiana ed arbitrato estero.

1. L'ordinanza in commento rappresenta un (finalmente) corretto ed inequivoco approccio alla questione del rapporto fra istruzione pre-

ventiva innanzi al giudice italiano ed accordo compromissorio per arbitrato estero; approccio favorito (non imprescindibilmente come dirò) da una benefica sentenza additiva della Consulta (Corte cost. 28.1.2010, n. 26) a suo tempo emanata in tema di istruzione preventiva funzionale a giudizio di merito deferito ad arbitrato interno.

Questi, in estrema sintesi, i presupposti "storici" utili alla comprensione della decisione che si annota.

Con la riforma del 1990 il legislatore del c.d. procedimento cautelare uniforme, giunto all'art. 669 *quaterdecies*, ove di quel procedimento uniforme si delinea l'ambito di applicabilità, sancisce la sua generalizzata inapplicabilità ai rimedi di "istruzione preventiva" (artt. 692 ss. c.p.c.), salvo che quanto all'art. 669 *septies*, il quale dispone in ordine alla possibilità di riproporre l'istanza cautelare nonostante il rigetto o la declaratoria di incompetenza nonché in ordine alla condanna alle spese in caso di istanza cautelare *antè causam*.

L'improvvida esclusione della applicazione alla i.p. di ogni e qualsiasi ulteriore disposizione del procedimento cautelare uniforme è tutto sommato (non è questa la sede per dar conto della varietà di posizioni pur non particolarmente preoccupate) assolta, nell'immediato fiorire di studi *post novella*, dalla nostra prevalente dottrina. Una tale tendenziale inapplicabilità — si dice — si giustifica attesa la natura del tutto *sui generis* della "cautela" che è propria della i.p.: cautela del diritto alla prova e non direttamente del diritto soggettivo sostanziale in vista del giudizio di merito (1). Sennonché questa caratteristica rende sicuramente incongrua l'applicazione di quei disposti del procedimento cautelare uniforme che correlano rigorosamente all'esito del giudizio di merito e perciò all'accertamento in ordine al diritto sostanziale una diretta ed immediata incidenza sulla cautela già impartita (2), non invece di altri.

Ed infatti la giurisprudenza si mostra più attenta e preoccupata di fronte alla striminzita concessione del legislatore dell'art. 669 *quaterdecies*, e così dà giustamente esca, fra l'altro, a due importanti pronunce della Consulta, la quale altrettanto giustamente amplia quella striminzita concessione. Una prima volta la Corte cost. (16.5.2008, n. 144) dichiara — sulla scia del noto atteggiamento già assunto di fronte all'originario art. 669 *terdecies* — l'illegittimità costituzionale dell'art. 669 *quaterdecies* (e dell'art. 695 c.p.c.) nella parte in cui si esclude la reclamabilità del provvedimento di rigetto della istanza di istruzione preventiva.

(1) V. ad esempio, pur con varietà di impostazioni e di limitate perplessità, PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, 36; CONSOLO, *Art. 669 quaterdecies*, in CONSOLO-LUISSO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 724; TOMMASEO, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian-Oppo-Trabuchi, VI, Padova, 1993, 697.

(2) Cfr. CECCHIELLA, *Il processo cautelare*, Torino, 1997, 223 (ma vedi invece MERLIN, *Procedimenti cautelari e urgenti in generale*, in *Digesto civ.*, IV, 428.

Una seconda volta, appunto con la cennata sentenza n. 26/2010 ⁽³⁾, la Consulta dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 669 *quaterdecies* nella parte in cui esclude l'applicabilità ai procedimenti e provvedimenti di istruzione preventiva dell'art. 669 *quinquies* ("Se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali o se è pendente il giudizio arbitrale la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito"). La Consulta — come l'ordinanza in commento non manca di ricordare — muove dalla piena equiparabilità per funzione ed effetti (nonostante la differenza indubbia sopra ricordata) fra istruzione preventiva e tutela cautelare ⁽⁴⁾ e rileva che se l'art. 669 *quinquies* non fosse applicabile alla istruzione preventiva nei giudizi compromessi in arbitri verrebbe a crearsi un vuoto di "tutela della prova". E conclude nel senso che "l'esclusione [in proposito] dell'accertamento tecnico preventivo dall'ambito applicativo definito dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. con conseguente inapplicabilità dell'art. 669 *quinquies* non supera lo scrutinio di ragionevolezza, in riferimento all'art. 3, primo comma, Cost." oltre ad essere correlativamente in contrasto con l'art. 24 Cost.. Sebbene la motivazione della Corte cost. si riferisca espressamente all'"accertamento tecnico preventivo" (poiché di quello si trattava nel giudizio *a quo*), l'operazione additiva, aggiungendo *de iure* nel corpo dell'art. 669 *quaterdecies* anche il riferimento al *quinquies* quanto ai "provvedimenti di istruzione preventiva", vale ovviamente per tutti tali provvedimenti e dunque anche per l'assunzione dei testi *ex art.* 692.

Come ancora ricorda la ordinanza in commento, la pronuncia della Consulta si origina da un giudizio nel quale espressamente si era posto il tema della asserita incompatibilità (vista l'inapplicabilità dell'art. 669 *quinquies* sancita dall'art. 669 *quaterdecies*) fra istruzione preventiva e arbitrato domestico.

2. Di questa pronuncia della Consulta si può anche dire in linea astratta che essa fosse inutile.

Già in termini generali l'art. 669 *quinquies* è semplice norma sulla

⁽³⁾ Vedila, fra l'altro, in *Riv. Dir. Proc.* 2010, 723 ss., con nota di LICCI, ed in questa *Rivista*, 2010, 73 ss., con nota di TISCINI; e vedi anche il commento di SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, 629.

⁽⁴⁾ In proposito — e con la conseguente affermazione della compatibilità fra arbitrato e i.p. — vedi già TARZIA, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, in questa *Rivista*, 1991, 719 ss.; SALVANESCHI, *Sui rapporti fra istruzione preventiva e procedimento arbitrale*, in *Studi in onore di E. Fazzalari*, IV, Milano, 1993, 459 ss.; AULETTA, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di G. Verde, Torino, 2005, 301; BALENA, *Procedimento di istruzione preventiva*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, 3; TRISORIO LIUZZI, *Istruzione preventiva*, in *Digesto Civ.*, X, Torino, 1993, 251; ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004, 296.

competenza cautelare in caso di “merito” compromesso in arbitri ⁽⁵⁾; non è affatto norma che fondi di per sé la generale possibilità della parte di richiedere tutela cautelare al giudice dello Stato quando il merito sia compromesso in arbitri, tale generale possibilità essendo viceversa fondata da un lato sul noto divieto imposto agli arbitri (perfino quando già insediati come tale) dall’art. 818, d’altro lato da una ricostruzione costituzionalmente orientata del sistema in relazione alla appartenenza della cautela alla tutela giurisdizionale effettiva *ex art. 24 Cost.*

Insomma: se gli arbitri non possono impartire cautela (*a fortiori* quando neppure nominati), la cautela a qualcuno la si dovrà pur poter chiedere ed a chi dunque se non al giudice dello Stato, e l’art. 669 *quinquies* sta, come modesta ancillare conseguenza di tutto ciò, a stabilire chi sia il giudice dello Stato competente alla bisogna. Quanto alla istruzione preventiva si poteva ragionare allo stesso modo: gli artt. 692 e 696 hanno riguardo all’esigenza concreta di cristallizzare e conservare il mezzo di prova (deposizione del teste o accertamento peritale dello stato di fatto) prima di un “giudizio” allorché vi sia il rischio della alterazione o dispersione di quel mezzo. Dove sta scritto che il “giudizio di merito” debba essere necessariamente un giudizio ordinario e non possa essere (se le parti così hanno compromissoriamente voluto) un giudizio di merito arbitrale?

E *prima* di un tale giudizio di merito arbitrale gli arbitri non ci sono neppure e dunque non potrebbero provvedere all’istruzione preventiva del tutto a prescindere ⁽⁶⁾ dall’essere i relativi provvedimenti, “cautelari in senso stretto”, o in senso lato o addirittura del tutto non cautelari, dal rientrare essi insomma o meno nel divieto *ex art. 818 (7)*. Da ciò la imprescindibile quanto scontata compatibilità — ancor qui rafforzata ove occorra da ragioni costituzionali di sistema imperniate sulla effettività della tutela giurisdizionale (cui sicuramente appartiene anche il “diritto effettivo alla prova”) — fra istruzione preventiva richiesta al giudice statale e merito affidato agli arbitri (italiani o esteri poco importa). Dopo di che la normicina ancillare sulla competenza (che nel procedimento cautelare uniforme sta scritta nell’art. 669 *quinquies*) la si ritrova anche quanto alla istruzione preventiva nell’art. 693 (richiamato dall’art. 696, c.

⁽⁵⁾ Sulla collocazione sistematica dell’art. 669 *quinquies* ed in generale sulla competenza cautelare giudiziale in caso di merito deferito ad arbitri v. ora l’ampio studio di LICCI, *La competenza cautelare nelle controversie devolute ad arbitri*, in questa *Rivista*, 2019, 339 ss., con riferimenti anche all’istruzione preventiva che riprendono le considerazioni che la stessa Autrice ha svolto a commento della Corte cost. del 2010 (v. *supra* nt. 3).

⁽⁶⁾ Analoga notazione in CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale*, Padova, 2006, 267.

⁽⁷⁾ Divieto che però si è sempre ritenuto, in larghissima prevalenza, esteso anche a provvedimenti di i.p. (v. la esatta ricostruzione di SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit. 629). In senso diverso vedi però RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell’arbitrato*, Padova, 2005, 670.

1°): è competente il giudice “che sarebbe competente per la causa di merito”, ed è del tutto agevole intendere tale espressione — una volta poste le cennate premesse — come “il giudice che sarebbe competente per la causa di merito se l'accordo compromissorio non vi fosse”.

Insomma non vi sarebbe (non vi sarebbe stato) alcun bisogno — in linea astratta ripeto — di dichiarare incostituzionale l'art. 669 *quaterdecies*, nella parte in cui dice inapplicabile alla istruzione preventiva l'art. 669 *quinquies*, per giungere in via sistematica alla compatibilità fra istruzione preventiva ed arbitrato.

Poiché però gli equivoci erano possibili ed anzi vi erano ⁽⁸⁾, bene ha fatto la Consulta ad intervenire nel modo che si è detto.

3. Il Tribunale di Genova si trova però di fronte ad una richiesta di accertamento tecnico preventivo funzionale ad un merito affidato, non già come nel caso che ha dato origine alla pronuncia della Consulta ad arbitri interni, bensì ad arbitri esteri.

E qui gli equivoci e le perplessità, a mio sommo avviso largamente ingiustificati, erano ancora maggiori ⁽⁹⁾, ed il Tribunale invece ragiona oggi, con il supporto della Consulta, in modo assai lineare (facilitato — è bene ricordarlo — dal fatto che nel caso concreto, come si apprende dalla motivazione, il contrasto fra le parti sulla *quaestio iuris* relativa alla compatibilità fra accertamento tecnico preventivo innanzi al giudice ita-

⁽⁸⁾ Ma vedi — e però troppo isolato per rendere davvero inutile l'intervento della Consulta — Trib. Catania, 23 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 820.

⁽⁹⁾ V. — generalizzabili anche nei riguardi dell'arbitrato interno — Cass. n. 5049/1985, Cass. n. 9380/1992, nonché Cass. n. 22236/2009 (in questa *Rivista* con nota di CARLEVARIS) la quale ribaltava (pericolosamente) il problema, concettualmente ribadendo la incompatibilità: la proposizione di istanza per istruzione preventiva comporta rinuncia alla convenzione per arbitrato estero (una riedizione insomma di una fortunatamente non fortunata tesi fondata sulla presunta incompatibilità fra arbitrato irrituale e tutela cautelare, e secondo la quale il ricorso a quest'ultima innanzi al giudice dello Stato avrebbe comportato vanificazione della volontà compromissoria già espressa).

Si rammenti per altro come l'idea di una generale incompatibilità fra istruzione preventiva *ante causam* ed arbitrato aveva dalla sua l'autorevolezza del (pur allora assai giovane) Edoardo Ricci, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, 69-70.

Una sorta di occasione mancata per la smentita di Cass. n. 22236/2009 è rappresentata da Cass. Sez. Un. n. 14649 del 23 maggio 2017. In un caso in cui prima della instaurazione del giudizio di merito in Italia (nonostante la clausola per arbitrato estero) i giudici italiani erano stati aditi sia con istanza di sequestro sia con istanza di accertamento tecnico preventivo, il controricorrente, per indurre la Corte adita in sede di regolamento ad affermare la giurisdizione italiana, deduce la già intervenuta affermazione di tale giurisdizione ad opera del giudice del sequestro (non deduce invece la medesima almeno implicita affermazione ad opera del giudice dell'a.t.p.). La Corte agevolmente disattende l'argomento: la clausola per arbitrato estero non esclude affatto la giurisdizione italiana per il sequestro *ante causam* e dunque l'affermazione di questa non impedisce affatto che debba poi dichiararsi il difetto di giurisdizione del giudice italiano incongruamente adito per il merito. Se il resistente avesse reiterato il fallace argomento anche con riferimento alla affermazione della giurisdizione da parte del giudice dell'a.t.p. la Corte avrebbe avuto appunto l'occasione di replicare allo stesso modo, relegando così nel dimenticatoio Cass. n. 22236/2009. Occasione mancata, dunque, ma non per “colpa” della Corte.

liano ed arbitrato estero era più che altro apparente, di guisa che la soluzione di quella *quaestio iuris* è in buona sostanza accademica o meglio utile essenzialmente *pro futuro*).

L'occasione che nel giudizio *a quo* di allora ha dato origine alla pronuncia additiva della Consulta — così ragiona il Tribunale genovese — è irrilevante. Rilevante è invece che, grazie a quella pronuncia additiva, l'art. 669 *quinquies* si applica ora sicuramente quale regola di competenza oltre che per l'esercizio della funzione *stricto sensu* cautelare del giudice italiano anche per l'esercizio della sua funzione di istruzione preventiva ex artt. 692 ss. tutte le volte che il merito sia compromesso in arbitri. E l'art. 669 *quinquies* non distingue affatto fra convenzione arbitrale per arbitrato interno ed estero⁽¹⁰⁾. Dunque quell'articolo, oggi *de iure* applicabile alla istruzione preventiva, è la conferma della piena compatibilità fra questa, siccome richiesta al giudice italiano, e l'arbitrato estero.

Ma ancor qui — ed in ciò deve completarsi il ragionamento della motivazione annotata — si tratta solo di una conferma (riconducibile ad una regola di competenza interna) e non del fondamento di quella compatibilità. Poiché il fondamento ha invece a che fare anzitutto con la giurisdizione italiana in materia di istruzione preventiva. Ed esso dunque si ritrova, da un lato, nelle considerazioni sistematiche imperniate sull'art. 24 Cost. cui si è già fatto cenno, dall'altro lato, e conformemente ad esse, nell'art. 10 della legge sul d.i.p. (n. 218/1995), a norma del quale "*in materia cautelare la giurisdizione italiana sussiste quando il provvedimento [cautelare] deve essere eseguito in Italia o quando il giudice italiano ha giurisdizione nel merito*".

Di fronte ad una disposizione di tal genere (che è oltretutto in linea con altrettanto nota disposizione di fonte comunitaria scritta oggi all'art. 31 di "Bruxelles I" e già all'art. 24 della Convenzione di Bruxelles del 1968), è ben difficile sottilizzare e distinguere fra la cautela *stricto sensu*, cui si riferisce per intero il nostro procedimento cautelare uniforme, e l'istruzione preventiva⁽¹¹⁾.

Insomma, mentre il legislatore del processo civile è libero di concepire un procedimento uniforme applicabile *in toto* alla cautela *stricto sensu* e solo in minima parte (fin quando la Corte costituzionale non gli faccia cambiare parzialmente rotta) all'istruzione preventiva, la *ratio* della cenata disposizione sulla giurisdizione ha palese vocazione comprensiva sia dell'una che dell'altra.

⁽¹⁰⁾ Sulla intenzionalità e pregnanza di un tale "non distinguere" mi permetto di rinviare a BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi in materia cautelare ed arbitrato estero*, in questa *Rivista*, 2010, 17 ss., spec. 38 ss.

⁽¹¹⁾ Vedi — sia pure ad altro rispetto — la esatta impostazione comparatistica di CARLEVARIS, *La tutela cautelare*, cit., 13 ss.

In definitiva, dunque, la giurisdizione italiana anche in materia di istruzione preventiva sussiste a due alternative condizioni: *a*) o che sussista la giurisdizione italiana di merito (a prescindere dal luogo di esecuzione della misura di istruzione preventiva, salve le contingenti ragioni, in relazione a ciò, di inopportunità nel richiederla), *b*) ovvero che la misura di istruzione preventiva debba essere eseguita in Italia (a prescindere da quale sia il giudice giurisdizionalmente competente per la causa di merito funzionalmente alla quale occorra, attraverso la nostra i.p., assicurare il diritto alla prova).

Riscontrato l'uno o l'altro dei due presupposti della giurisdizione, l'istanza di i.p. è senz'altro ammissibile, e non possono escogitarsi (e fondate su cosa?) ragioni di diniego che non siano quelle intrinseche ai particolari presupposti di *periculum* o di ammissibilità oggettiva disciplinati dalla legge processuale italiana. Non ci si può insomma inventare di sana pianta (come occasionalmente è stato pur fatto) una ragione di inammissibilità per presunta radicale incompatibilità rispetto all'arbitrato estero.

Del resto, se la presenza di una convenzione per arbitrato estero quanto al merito della lite comportasse una *deminutio* del diritto della parte alla prova (e perciò alla effettività della tutela di merito) rispetto a quanto possibile secondo il diritto processuale italiano ove l'accordo compromissorio non vi fosse o fosse per arbitrato interno, si andrebbe incontro ad una palese vulnerazione dello spirito complessivo, se non addirittura dell'art. II della Convenzione di New York del 1958.

4. Vi è piuttosto da dire che proprio la sussistenza di una convenzione arbitrale che affida il merito ad arbitri esteri non comporta con sicurezza, come a tutta prima potrebbe apparire (considerando la sua portata "derogatoria" alla giurisdizione italiana), che la *potestas* del giudice italiano in materia di istruzione preventiva sia limitata al caso in cui si riscontra la condizione cennata *sub b*), al caso cioè in cui la misura di i.p. sia da eseguirsi concretamente in Italia.

Continuo infatti a ritenere⁽¹²⁾ che dal punto di vista della applicazione dell'art. 10 l. n. 218/1995, sia quanto alle misure *stricto sensu* cautelari (quelle a cui si applica per intero il procedimento cautelare uniforme) sia quanto alle misure di istruzione preventiva, la scelta arbitrale *tout court* sia scelta neutra non idonea né ad attribuire né a sottrarre al giudice italiano alcuna porzione di *potestas iudicandi* rispetto a quanto l'art. 10 gli conferisce in materia "cautelare".

Ciò è evidente se si pone mente al criterio del luogo di esecuzione della misura. Ma anche in relazione all'altro criterio — quello cioè della

(12) BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi in materia cautelare*, cit., 27 ss.

sussistenza della "giurisdizione nel merito" — occorre ragionare per così dire in astratto e come se la convenzione arbitrale non vi fosse. Così come una convenzione per arbitrato italiano, stipulata in relazione ad un merito che in assenza di scelta arbitrale non potrebbe comunque essere instaurato innanzi al giudice italiano (13), non consente di attribuire alla giurisdizione cautelare o di istruzione preventiva italiana nulla di più che le misure da eseguirsi in Italia, parallelamente una convenzione per arbitrato estero, stipulata in relazione ad un merito che in assenza di scelta arbitrale potrebbe essere instaurato innanzi al giudice italiano (14), non sottrae a questi le misure cautelari e di i.p. che egli potrebbe adottare (a prescindere dal luogo di loro esecuzione) sulla base appunto del criterio della sussistenza (in astratto) della giurisdizione di merito (15).

5. E con ciò siamo vicini ad altra questione affrontata dalla ordinanza in commento. La quale esattamente ravvisa che una convenzione per arbitrato estero può riguardare sia un giudizio di merito virtualmente o astrattamente riconducibile (se la convenzione non vi fosse) alla giurisdizione italiana, sia un giudizio di merito neppure astrattamente o virtualmente riconducibile (se la convenzione non vi fosse) alla giurisdizione italiana (la stessa duplicità di situazione — è appena il caso di osservare — può riguardare anche una convenzione per arbitrato interno).

a) Quanto alla cautela *stricto sensu*, il procedimento cautelare uniforme copre — sul piano della disciplina della competenza interna — entrambe le situazioni: nella prima si applica senz'altro l'art. 669 *quinquies* (16) il quale — senza distinguere appunto fra convenzione per arbitrato estero o interno — individua il giudice competente in quello che lo sarebbe stato relativamente al merito, per materia, valore e territorio, in assenza di convenzione arbitrale; nella seconda situazione si applica — ancor qui a mio avviso senza distinguere a seconda che la convenzione preveda un arbitrato estero o interno (17) — l'art. 669 *ter*, c. 3° (sobria-

(13) Ad es.: la sede italiana dell'arbitrato è stata scelta quale sede neutra delle parti entrambe localizzate all'estero in relazione ad un giudizio o a giudizi che nessun elemento di collegamento possono trovare con la giurisdizione italiana.

(14) Ad es.: la sede estera dell'arbitrato è stata convenzionalmente assentita dalla parte italiana in relazione ad un giudizio o a giudizi di merito che quest'ultima potrebbe instaurare anche innanzi al giudice italiano per ragioni di collegamento oggettivo con la giurisdizione italiana, o potrebbe sicuramente subire in Italia per la semplice ragione della sua localizzazione nel corrispondente territorio.

(15) Salvo, si ripete, la concreta inopportunità (non sempre però) di richiedere al giudice italiano una misura di istruzione preventiva da eseguirsi all'estero (molto, è ovvio, dipende — oltre che da circostanze fattuali contingenti — dal confronto fra le difficoltà di esecuzione di una tale misura e le possibilità equipollenti offerte o non offerte da un ordinamento processuale straniero).

(16) Cfr. BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi in materia cautelare*, cit., 41 ss.

(17) Cfr. BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi in materia cautelare*, cit., 44 ss.

mente elasticizzato) ed il giudice competente sarà quello che lo sarebbe stato per materia e per valore se la giurisdizione di merito gli fosse appartenuta, mentre *per territorio* si farà riferimento al luogo di esecuzione della misura.

Questa “copertura integrale” *in punto di competenza interna* di entrambe le situazioni, nel procedimento cautelare uniforme, è sul piano sistematico la riprova della plausibilità della tesi sopra cennata secondo cui la presenza di un accordo compromissorio (per arbitrato domestico o estero) rimane neutra e non incide sulla *giurisdizione* italiana in materia cautelare; nel senso cioè che quest’ultima sussiste non solo quando la misura è da eseguirsi in Italia, ma anche quando il giudizio di merito sarebbe virtualmente instaurabile innanzi al giudice statale italiano se l’accordo compromissorio non vi fosse. Sul piano pratico siffatta “copertura integrale” risolve poi agevolmente il problema di quale sia il giudice statale italiano territorialmente competente quando appunto, anche in assenza di pattuizione compromissoria, il giudizio di merito non potrebbe comunque essere instaurato in Italia ed il titolo di giurisdizione cautelare italiana passi soltanto attraverso il luogo di esecuzione della misura, il quale diviene anche, attraverso la diretta applicazione dell’art. 669 *ter*, c. 3°, il riferimento per la competenza territoriale interna.

b) Se si passa alla particolare cautela rappresentata dalla istruzione preventiva, una volta definitivamente “sdoganata” (brutta ma significativa espressione), grazie alla Corte costituzionale e prima ancora grazie all’art. 10 l. n. 218/1995 ed alla razionalità sistematica, la sua piena compatibilità con un “merito” deferito ad arbitri domestici o esteri, non vi sono ragioni per ricostruire diversamente l’ambito della giurisdizione italiana: essa sussiste quando la misura di istruzione preventiva deve essere eseguita in Italia o comunque quando, a prescindere dalla presenza dell’accordo compromissorio, il giudizio di merito potrebbe virtualmente essere instaurato innanzi al giudice italiano; il che — come non manca di rilevare incidentalmente l’ordinanza in commento — può accadere ma può anche non accadere “in tutti i possibili casi di clausola arbitrale estera” (come pure in tutti possibili casi di convenzione arbitrale per arbitrato domestico).

Sennonché: quando il titolo della giurisdizione italiana è rappresentato dalla virtuale instaurabilità del “merito” innanzi a quest’ultima, la competenza interna per l’istruzione preventiva può essere determinata (per materia valore e territorio) — già sulla base della diretta applicazione dell’art. 693, c. 1°, oggi e dopo la Corte Cost. del 2010 raddoppiata dalla diretta applicazione dell’art. 669 *quinquies* — in capo al giudice “che sarebbe competente per la causa di merito” (18).

(18) Restando residuale e limitata ai casi di eccezione di urgenza la competenza del “tribunale del luogo in cui la prova deve essere assunta” (art. 693, c. 2°).

Viceversa, quando in assenza di virtuale giurisdizione italiana sul “merito”, il titolo per la *potestas iudicandi* del giudice italiano in materia di i.p. è rappresentato solo dal luogo di esecuzione della misura, né l’art. 693, c. 1°, né l’art. 669 *quinquies* risolvono il problema della competenza territoriale interna ⁽¹⁹⁾.

In questo caso — che a quanto pare era poi quello concretamente postosi innanzi al Tribunale di Genova — non resta, secondo quest’ultimo, che applicare l’art. 669 *ter*, con la conseguenza che il giudice territorialmente competente sarà (secondo la soluzione anche sul piano razionale e della opportunità più ovvia e scontata) quello del luogo di esecuzione della misura di i.p. (luogo in cui l’accertamento peritale preventivo deve essere condotto ovvero — direi — luogo di residenza o domicilio del teste da escutere a futura memoria).

È vero che la Consulta ha a suo tempo dichiarato incostituzionale l’art. 669 *quaterdecies* nella *sola parte* in cui non dice applicabile all’istruzione preventiva l’art. 669 *quinquies* senza alcun riferimento all’art. 669 *ter*. Ma una volta assodato che quella pronuncia additiva rappresenta il viatico (a mio avviso per altro solo confermativo) per la affermazione di piena compatibilità fra istruzione preventiva giudiziale e merito arbitrale, ed in particolare, ed anche, merito affidato ad arbitri esteri, ci si trova di fronte — come rileva il Tribunale — ad una semplice “lacuna colmabile in via interpretativa”. Si tratta insomma di applicare estensivamente, nei congrui casi, alla istruzione preventiva anche l’art. 669 *ter*, c. 3°, sulla base di ragionamento ermeneutico costituzionalmente orientato (o fors’anche semplicemente sistematico) che tenga luogo di una declaratoria di incostituzionalità derivata allora (in occasione di Corte Cost. n. 26/2010) non agevolmente alla portata del giudice della legge.

6. *A fortiori* dopo la Corte costituzionale del 2010 non si può neppure escludere che l’istruzione preventiva funzionale al “merito arbitrale” sia richiesta a giudizio arbitrale già pendente ⁽²⁰⁾; e ciò perché l’art. 698 completa in tal senso un regime generale che se ci si fermasse al disposto degli artt. 692 e 696 parrebbe limitato all’assicurazione della prova “prima del giudizio”, vuoi comunque sulla base della stessa appli-

⁽¹⁹⁾ E non lo risolve neppure il c. 2° dell’art. 693 la cui applicazione è — come detto — riservata nei soli casi di “eccezionale urgenza”.

⁽²⁰⁾ Deve invece escludersi la compatibilità fra convenzione arbitrale (per qualsiasi tipo di arbitrato) e ricorso al giudice statale *ex art. 696 bis c.p.c.*, poiché (a prescindere dalla natura tutt’altro che cautelare di un tale ricorso, il cui presupposto non è affatto una imprescindibile e neppure opportuna esigenza di conservazione della prova) “accertamento e determinazione del credito” e tentativo di conciliazione sono cose ben diverse dalla semplice assicurazione del mezzo di prova ed appartengono il primo sicuramente ed in fin dei conti anche il secondo alla “cognizione” sul rapporto, che la convenzione arbitrale vuole appunto riservata ai soli giudici privati.

cazione diretta dell'art. 669 *quinquies* (imposta formalmente dalla sentenza additiva del 2010) ovvero e se del caso dall'applicazione diretta dell'art. 669 *quater*, c. 5°⁽²¹⁾ anch'essa possibile per le stesse ragioni sistematiche di cui si è appena detto con riguardo all'art. 669 *ter*.

Naturalmente dovrà sussistere il *periculum* nei termini richiesti dagli artt. 692 e 696 in relazione alla concreta dinamica dello svolgimento del processo arbitrale; cosa difficile ma non impossibile (si pensi alla, a volte non breve, stasi corrispondente alla fase di costituzione del collegio dopo la notifica della domanda di arbitrato e prima che gli arbitri possano disporre l'assunzione della prova). Ed in caso di arbitrato interno non dovrà trattarsi di un surrettizio aggiramento dei limiti in cui l'ausilio giudiziario è possibile ai sensi dell'art. 816 *ter*: in altre parole, di fronte al rifiuto di comparire del testimone, non vi è che la strada segnata dalla richiesta ad opera degli arbitri dell'ordine coercibile del Presidente del Tribunale della sede dell'arbitrato, né è possibile che la parte richieda direttamente l'assunzione giudiziale della testimonianza gabellando quel rifiuto come rischio di "mancanza" del teste nel senso dell'art. 692.

Nel caso di arbitrato estero pendente, riguardo all'assunzione per via di istruzione preventiva di un testimone localizzato in Italia⁽²²⁾, la faccenda è però più delicata.

E ciò perché il rifiuto del teste di presentarsi innanzi al collegio arbitrale, unitamente alla notevole difficoltà che gli arbitri esteri utilizzino gli strumenti che il giudice statale estero o le parti del giudizio pendente innanzi alla giurisdizione statale straniera sarebbero in grado di utilizzare (Convenzione dell'Aia del 18 marzo 1970 sull'assunzione delle prove all'estero, Reg. CE/1206/02 sulla cooperazione in materia di assunzione di prove, art. 69 l. n. 271/1995), potrebbero consentire la configurazione — con qualche ellittico sforzo di fantasia ma senza surrettizio aggiramento di una via normativa maestra quale quella tracciata dall'art. 816 *ter* per il caso di arbitrato interno — di una situazione di *periculum* ragguagliabile a quella descritta dall'art. 692: vi è il fondato timore non già che il testimone passi a miglior vita ma che egli (o meglio la sua deposizione) sia

⁽²¹⁾ Ancor qui l'art. 669 *quinquies* (che si riferisce anche al caso di giudizio arbitrale pendente) troverà applicazione se in assenza di clausola compromissoria la *potestas iudicandi* per il merito spetterebbe al giudice italiano; in caso contrario si applicherebbe l'art. 669 *quater*, c. 5°, disposto quest'ultimo che, nel sistema del procedimento cautelare uniforme rappresenta quello deputato a definire la competenza interna per il caso di cautela litependente quando la giurisdizione italiana non sussistendo neanche in assenza di convenzione arbitrale, così come l'art. 669 *ter*, c. 3°, è deputato a definire la analoga competenza *ante causam* sempre in assenza anche astratta della giurisdizione italiana di merito.

⁽²²⁾ Alquanto inverosimile, anche se astrattamente possibile per ciò che si è detto (e vedi retro la nota 14), è che la parte trovi utile che il giudice italiano assuma farraginosamente ed attraverso rogatoria, ad arbitrato pendente (altro discorso forse se l'arbitrato debba ancora iniziare), la deposizione di un teste localizzato all'estero.

per mancare quale mezzo di prova rispetto al momento in cui gli arbitri esteri ⁽²³⁾ dichiareranno puntualmente chiusa l'istruttoria.

La cosa va ovviamente approfondita nel quadro di una più ampia verifica riguardo alla reale o meno impossibilità di utilizzazione, funzionalmente al giudizio arbitrale estero, dei cennati strumenti tipici che il giudice straniero o le parti in giudizio ordinario straniero potrebbero attivare per l'assunzione della testimonianza in Italia.

Infine: ogni discorso concreto sul rapporto fra istruzione preventiva giudiziale ed arbitrato deve fare i conti con ciò che quando l'arbitrato ancora da iniziare o già pendente, italiano o estero poco importa, abbia i connotati di arbitrato commerciale internazionale, con conseguente presumibile adeguamento della assunzione della testimonianza a modalità in larga prevalenza anglosassoni (deposito del *witness statement* e successiva *cross examination*) la scelta della parte di ricorrere alla istruzione preventiva giudiziale sconterà presumibilmente la rinuncia a quelle modalità ⁽²⁴⁾.

ANTONIO BRIGUGLIO

⁽²³⁾ I quali oltretutto, in caso di arbitrato internazionale, non sono usi ad emanare un formale provvedimento di disposizione della prova testimoniale né tanto meno a convocare direttamente il teste il quale è invece innanzi ad esso condotto dalla parte.

⁽²⁴⁾ Essendo largamente irrealistica, se non del tutto esclusa sul piano teorico, la possibilità di convincere un giudice italiano a procedere alla istruzione preventiva assumendo il teste con le forme ormai invalse in materia di arbitrato internazionale. Ciò che invece consentirebbero alcuni dei meccanismi di cooperazione transnazionale in materia di assunzione delle prove, se essi fossero finalmente ritenuti applicabili anche in funzione di un giudizio arbitrale (sul che vi è ancora molto da riflettere; per cenni a riguardo v. FABBI, *La prova nell'arbitrato internazionale*, Torino, 2014, 175 ss.).